La négociation collective de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur

Essai de théorisation au départ de quatre cas d'étude

Dissertation doctorale à présenter par Jean-Benoît Maisin

Composition du jury :

Prof. Pierre-Olivier de Broux (Université Saint-Louis – Bruxelles, directeur de thèse)

Prof. Antoine Bailleux (Université Saint-Louis – Bruxelles)

Prof. Daniel Dumont (Université libre de Bruxelles)

Prof. Auriane Lamine (Université catholique de Louvain)

Prof. Ioannis Lianos (University College London)

Prof. Pierre Nihoul (Université catholique de Louvain)

Prof. Mélanie Schmitt (Université de Strasbourg)

Saint-Josse, le

21 avril 2021

Une thèse doctorale n'est pas un projet individuel. Elle s'inscrit dans un paysage institutionnel et dans un réseau de relations. Je tiens donc à remercier :

Mon directeur de recherche ;

Les membres du comité d'accompagnement ;

Les collègues de la délégation syndicale de l'Université Saint-Louis – Bruxelles ;

Les travailleurs et travailleuses de la bibliothèque de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, les moines et oblats de la communauté de Ganagobie ;

La communauté universitaire de l'Université Saint-Louis – Bruxelles dans son ensemble.

Je souhaite de même adresser mes remerciements à Steve Aussems, d'AG Insurance, Alexia Autenne, de l'UCLouvain, Herman Baele, de la Centrale générale de la FGTB, Antoine Bailleux, de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, Xavier Beaudonnet, du département des normes du Bureau international du travail, Adelle Blackett, de l'Université McGill, Antoine Blanchard, de l'Université de Liège, Emmanuel Bonami, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Sarah Bormann, de VerDI, Jean-François Calloud, de la Croix-Rouge de Belgique, Chantal Castermans, de l'UNESSA, Eric Caudron, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Alexia Cauwe, de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Mélanie Ceyssens, de Collectiv-a, Agnès Chapelle, de l'Alliance des mutualités chrétiennes, Nicolas Charbit, de Concurrences, Béatrice Clicq, de Force ouvrière, Aline Conchon, d'IndustriAll, Julie Coumont, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Michel Coutu, de l'Université de Montréal, Guy Cox, du SPF Emploi, travail et concertation sociale, Georgios Dassis, du Comité économique et social européen, Julien de Beys, de la Commission européenne, Pierre-Olivier de Broux, de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, Andrée Debrulle, de la CSC, Michel De Gols, du SPF Emploi, travail et concertation sociale, Nathalie Degroote, de FEBI, Caroline Deiteren, d'UNIZO, Jean-Paul Delcroix, du Conseil national du travail, Joëlle Delfosse, du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale, Tony Demonte, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Olivier Derruine, du Parlement européen, Valerio de Stefano, de la KULeuven, Quentin Detienne, de l'Université de Liège, Matthieu Dewèvre, de l'Union des classes moyennes, Jean-Marc Dullier, d'Alstom, Dominique Dumont, du SPF Emploi, travail et concertation sociale, Daniel Dumont, de l'ULB, Thierry Dupont, de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Baudouin Dupont, de l'ACIS, Youssef El Otmani, de la CSC, Laetitia Driguez, de l'Université Panthéon-Sorbonne, Hilde Engels, du Centre de formation du nettoyage, Judicaël Etienne, de l'UCLouvain, Alexis Felahi, de la CSC, Mark Floyd, d'Uber, Renaud Francart, de l'Union des classes moyennes, Isabelle Gaspard, de la FIMS, Damien Gérard, du Collège de Bruges, Dalia Gesualdi-Fecteau, de l'Université du Québec à Montréal, Guillaume Grégoire, de l'Université de

Liège, Annick Hellebuyck, de la Fédération des entreprises de Belgique, Yves Hellendorff, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Jean Hermesse, de l'Alliance des mutualités chrétiennes, Tijs Hostyn, de la Landelijke Bediendencentrale de la CSC, Christine Jacob, d'ESPU, André Jadoul, de l'APEF, Sandra Jenevois, des Cliniques Saint-Jean, Nicolas Joffraud, d'Eurocities, Aline Jouniaux, du Centre hospitalier Tubize-Nivelles, Manuel Kellerbauer, de la Commission européenne, Nicola Kountouris, du University College London, Jean-Michel Kupper, d'AG Insurance, Serge Kuzée, d'Alstom, Sébastien Krzewinski, du Groupe Jolimont, Patrcia Kruijff, du Federatie Nederlandse Vakbeweging, Claude Lambrecht, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Auriane Lamine, de l'UCLouvain, Etienne Lebeau, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Martine Le Garroy, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Jean-Marc Lepied, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Ioannis Lianos, du University College London, Manon Libert, de l'UMons, Sophie Lijnen, du FOPAS, Didier Lobelle, de la Fédération d'employeurs pour le commerce international, le transport et la logistique, Pierre Nihoul, de l'UCLouvain, Evelyne Magerat, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Loubna Maghouti, de l'APEF, Elena Mamontova, du Comité économique et social européen, Isabelle Martin, de l'Université de Montréal, Mathias Maucher, d'EPSU, Antoine Mayence, de l'ULB, Michelle Meagher, du University College London, Béatrice Mollet, du SPF Emploi, travail et concertation sociale, Gregor Murray, du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, Serge New, de Siemens Mobility, François Ost, de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, Paul Palsterman, de la CSC, Luciano Petrone, du Réseau Jolimont, François Pichault, de l'ULiège, Damien Piron, de l'Université de Liège, Amélie Proulx, du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, Marie Ranty, d'Eurocities, Sophie Remouchamps, de l'ULB, Olivier Remy, de la Landelijke Bediendencentrale de la CSC, Victor Hugo Ricco, du Bureau international du travail, Claude Rioux, du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, Sébastien Robeet, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Nicolas Roby, du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, Franca Salis-Madinier, du Comité économique et social européen, Philippe Samek, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Marcel Savoye, du Service fédéral des pensions, Gérald Scheepmans, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Raphaël Schmidt, de la Croix-Rouge de Belgique, Isabelle Schömann, de la Confédération européenne des syndicats, Sylvie Slangen, d'UNISOC, Emmanuel Slautsky, de l'ULB, Sara Steimes, de la CSC, Nicolas Thirion, de l'Université de Liège, Enrico Traversa, de la Commission européenne, Gilles Trudeau, de l'Université de Montréal, Eric Van Den Abeele, de la Représentation permanente de la Belgique auprès de l'UE, Erwin Vanderstappen, de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Pierre-Paul Van Gehuchten, de l'UCLouvain, Felipe Van Keirsbilck, de la Centrale nationale des employés de la CSC, Jérémie Van Meerbeeck, de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, Marc Van Overstraeten, de l'UNESSA, Corinne Vargha, du département des normes du Bureau international du travail, Ingrid Vormers,

d'AG Insurance, Martin Willems, de la CSC, Wouter Wils, du University College London, Paul Windey, du Conseil national du travail.

Introduction générale

1. L'association des représentants des employeurs et des représentants des travailleurs à la direction de l'économie fait-elle partie des « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur »[1] ? Selon un certain point de vue, il s'agit plutôt de la réalisation d'un droit social fondamental, la négociation collective, et une marque de la démocratie sociale (presque l'expression incontestable du progrès)[2]. Notre thèse s'avance dans une autre direction : cette association serait exigée en raison du fait que le travail n'est pas une marchandise *comme les autres* et que son insertion dans le marché suppose un préalable : un encadrement collectivement négocié et accepté[3]. En ce sens, la négociation collective pourrait donc aussi être comprise parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur.

Notre hypothèse se déploie donc à partir d'une analyse du processus qui, dans nos sociétés ouest-européennes, permet d'associer concrètement les travailleurs à la direction de l'économie : la négociation collective de travail. Mais à la différence des nombreux travaux déjà existants[4], elle analyse ce processus sous le prisme d'un environnement normatif qui n'est pas celui au regard duquel la négociation collective est habituellement appréhendée : l'application de « règles qui, justifiées par des références marchandes, tendent à organiser les échanges de biens et de services et à y assurer une liberté individuelle d'initiative et de choix »[5], à savoir « le droit de la concurrence *lato sensu* »[6] à des situations particulières de la négociation collective de travail, depuis l'émergence de coalitions de travailleurs et la conclusion d'accords sur les prix jusqu'à la

[1] Selon les termes repris à l'art. 3, TFUE. Par application de l'article 26, 2 du TFUE, le marché intérieur de l'Union européenne est un marché unique à l'intérieur duquel les citoyens européens peuvent, notamment, faire des affaires ou travailler librement.

[2] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, Genève, Bureau international du Travail, 2000, p. 9, citant la recommandation (no 91) sur les conventions collectives, 1951 ; G. BAMBER, P. SHELDON, B. GAN, « Collective Bargaining: international developments and challenges » *in* R. BLANPAIN (dir.), *Comparative Labour law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Alhpen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 613-614.

[3] L'italique met en évidence le détournement d'une formule phare de l'OIT. Sur le préalable systémique : P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Travail contemporain et marchandise : libre propos », *Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte De Taal is Gans het Recht*, Bruxelles, Kluwer, 2018, pp. 680-705.

[4] Par ex. : J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK, A. (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

[5] A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *in Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier,* Paris, PUF, 1992, pp. 331-343, p. 331.

[6] *Ibid.*

création, par les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs, de systèmes institutionnels élaborés d'accompagnement du marché du travail.

Associer la négociation collective de travail et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, et suggérer que la première fait partie des secondes, ne va pas de soi, surtout lorsque la doctrine juridique contemporaine ne s'est pas penchée systématiquement sur les interactions entre les deux ensembles, préférant plutôt chercher à les cloisonner l'un et l'autre. Par exemple, dans la thèse de référence de Laetitia Driguez, un ensemble formant le « droit social » est comparé à un autre, désigné « droit de la concurrence »[7]. Au contraire, nous souhaitons montrer qu'il n'existe pas des ensembles distincts[8] mais, plutôt, que la négociation collective de travail est une technique qu'il faut penser parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché. Notre démarche va reposer sur des cas pratiques, quatre au total (dont le raccrochement aux règles de concurrence va prendre des formes variées). Ces cas ont été choisis parce qu'ils permettent de conduire jusqu'à son terme la méthode proposée par la Cour de justice de l'UE visant à concilier les deux ensembles et, de montrer son caractère insatisfaisant. Les diagnostics des cas d'étude conduisent à suggérer que la relation entre la négociation collective de travail et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur est beaucoup plus complexe que celle qui mettrait simplement face-à-face, d'une part, un droit visant la réalisation de la concurrence au niveau de l'Union et, d'autre part, une négociation collective de travail qui aurait pour seul objectif d'engranger des droits au bénéfice des travailleurs. L'objet de notre travail va être de montrer en détail, par l'examen de la négociation collective et de son résultat, ce vers quoi le réel s'achemine.

2. *La thèse majoritaire dont nous nous éloignons* - Une jurisprudence de la Cour de justice, dont les prémices à trouver en 2003 continuent de résonner dans les décisions de la Cour, et qui imprègne largement les catégories de pensées juridiques, suggère qu'un équilibre doit être trouvé entre les libertés économiques et la protection des droits fondamentaux, notamment la négociation collective de travail[9]. Dans l'arrêt *Schmidberger*, le juge communautaire se trouve confronté, et pour la première fois comme l'avait fait

[7] La thèse de Laetitia Driguez est un ouvrage d'une grande qualité (*Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006). Nous nous en distinguons en ce que l'auteure y oppose le droit social, d'une part, et le droit de la concurrence, d'autre part plutôt que la négociation collective de travail, d'une part, et le droit de la concurrence, de l'autre. Une seconde distinction réside dans le fait que nous ne juxtaposons pas les deux termes, mais que nous indiquons que l'un fait partie de l'ensemble formé par l'autre (« parmi »).

[8] En 1991 déjà, Antoine Lyon-Caen écrivait : « le droit social ne peut plus guère être étudié de façon autarcique ». A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *op. cit.*, p. 343.

[9] P. RODIERE, « Article 28. - Droit de négociation et d'actions collectives », *in La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 727-753, p. 744.

remarquer l'avocat général Jacobs, à un conflit direct entre les deux intérêts[10]. A cette occasion, la Cour a affirmé, de manière à l'époque inédite, que la nécessité de protéger les droits fondamentaux peut justifier des restrictions au commerce[11]. Les droits fondamentaux n'apparaissent alors pas seulement comme des motifs de dérogation aux libertés de circulation, mais également comme des intérêts concurrents et équivalents à celles-ci[12]. Dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour laisse donc entendre qu'il ne faut pas traiter les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux sur le mode du principe et de l'exception[13]. Il faut plutôt, pour reprendre les termes de l'avocat général Trstenjak quelques années plus tard dans *Commission c. Allemagne*, considérer que ces « deux notions juridiques ont un rang égal »[14]. Dans cette dernière affaire, relative au droit de

[10] Conclusions de l'avocat général JACOBS du 11 juill. 2002 précédant l'arrêt *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00. *A contrario,* A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Saint-Louis, 2009, points 596 et s., qui met en avant d'autres affaires, préalables au cas *Schmidberger*.

[11] C.J.U.E., *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00. Pour une mise en évidence de ce point, voir, C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *Rev. trim. Dr. H.*, 2004, pp. 439-459, spec. p. 439 ; F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor : the *Schmidberger* case », *E. L. Rev.*, 2004, pp. 255-266, spéc. p. 262 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercanciás y la protección de derechos fundamentals (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Autria" de 12 de junio 2003 », *Revista de Derecho Communitario Europeo*, 2004, pp. 483-506 et spéc. p. 498 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *E.H.R.L.R.*, 2004, pp. 51-61 et spéc. p. 57.

[12] J.-P. MARGUENAUD, J. RAYNARD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger* », *R.T.D.civ.*, 2003, pp. 773-774 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercanciás y la protección de derechos fundamentals (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Autria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 499 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 58.

[13] C.J.U.E. *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00. Sur cet arrêt : A. ALEMANNO, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *Revue du droit de l'Union européenne,* 2004, pp. 709-751, spéc. p. 733.

[14] Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 14 avril 2010 précédant l'arrêt *Commission c.* Allemagne, 15 juill. 2010, aff. C-271/08. Sur l'affaire *Commission c. Allemagne, voy.* Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *Chroniques de droit social/Sociaalrechtelijke kronieken*, 2011, n° 2, pp. 61-64 ; P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of Commission v Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n° 2, pp. 222–229 ; L. LAUTRETTE, « Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE

négociation collective, l'avocat général poursuit en affirmant que « cette égalité de principe signifie, d'une part, que les libertés fondamentales peuvent être restreintes dans l'intérêt des droits fondamentaux. Mais elle implique aussi, d'autre part, que l'exercice des libertés fondamentales peut justifier une restriction des droits fondamentaux »[15]. La recherche d'un juste équilibre devrait donc, selon l'avocat général, être l'objectif de la Cour. Les juges, réunis en grande chambre, semblent suivre ses conclusions, puisqu'ils affirment la nécessité de vérifier qu' « un juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence »[16]. C'est le juge national qui serait le mieux placé pour examiner le conflit entre la liberté économique et le droit fondamental[17]. Sans porter d'atteinte déraisonnable à la liberté économique, il écartera le droit du marché intérieur si celui-ci est inconciliable avec la réalisation de l'objectif social[18]. Dans cette approche, la Cour insiste pour la première fois sur la nécessité d'opérer une « conciliation » pour laquelle « il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts »[19]. La protection des droits fondamentaux serait alors une raison impérieuse d'intérêt général plus importante que les autres :

---

du 15 juillet 2010 », *Droit social*, 2010, n° 12, pp. 1241-1245 ; F. KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, n° 11, pp. 1233-1240 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. – C.J.U.E. 15 juill. 2010, *Commission C/ Allemagne*, aff. C-271/08 », *A.J.D.*A., 2010, p. 1578 ; S. SMITH, « Case comment. The requirement to comply with the procurement Directive is compatible with the fundamental right to undertake collective bargaining. Direct award of contract to pension providers designated in a collective agreement is in breach of the requirement of the procurement Directives. Case C-271/08 Commission v Germany », *Public Procurement Law Review,* 2010, p. NA225.

[15] Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 14 avril 2010 précédant l'arrêt *Commission c.* Allemagne, 15 juill. 2010, aff. C-271/08, points 81 et 84. A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *in Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 217-236, spéc. p. 222 ; A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », *in La flexibilité des sanctions* (sous la dir. D. KAMINSKI), XXIèmes journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 519-539, spéc. p. 534 ; N. STOFFEL VALLOTTON, *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 501.

[16] C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c.* Allemagne, aff. C-271/08, point 52. Sur l'affaire *Commission c. Allemagne,* voy. la doctrine citée à la note 11.

[17] A. BIONDI, *op. cit.,* p. 61.

[18] C.J.U.E., 15 juill. 2010, *Commission c.* Allemagne, aff. C-271/08, points 52 et 66. Voy. également A. BIONDI, *op. cit.,* p. 60 ; C. VIAL, *op. cit.,* p. 456.

[19] C.J.U.E., *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00, point 81. Selon Pierre Rodière, « l'arrêt *Commission c. Allemagne* se démarque [...] en procédant cette fois d'une façon qui équilibre mieux la conciliation recherchée » et, selon l'auteur « on retrouve une ligne d'analyse conciliatoire qui rappelle une décision plus ancienne de la Cour de justice, l'arrêt *Schmidberger* ». P. RODIERE, « Article 28. - Droit de négociation et d'actions collectives », *op. cit.*, p. 744.

là où les raison impérieuse sont constitutives de cause d'exception au principe, la protection des droits fondamentaux est un intérêt légitime d'un rang égal audit principe[20]. Autrement dit, entre l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union et la liberté de négociation collective, il en va, selon la Cour, d'intérêts dont la prise en compte nécessite un juste équilibre.

Selon nous, cette démarche néglige le fait que la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché intérieur dans la même mesure que, par exemple, l'ouverture au marché par des mises en concurrence. Selon nous, lorsque la négociation collective est analysée sous cet angle, elle rend insatisfaisante la thèse majoritaire de l'équilibre entre des intérêts divergents. Elle met au jour que l'environnement normatif entourant, actuellement, la négociation collective de travail, n'est pas à la hauteur du processus de négociation collective.

3. *L'intuition selon laquelle la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché* - L'intuition selon laquelle la négociation collective de travail n'a pas pour rôle d'engranger des droits au bénéfice des travailleurs est née dans une affaire juridique belge à laquelle la Cour constitutionnelle a pris part : la longue affaire juridique et judiciaire relative à l'harmonisation des statuts entre les ouvriers et les employés. L'affaire concerne deux catégories de travailleurs salariés à laquelle la loi belge attribuait (c'est encore partiellement le cas aujourd'hui) des régimes différents. Elle montre selon nous qu'entre la négociation collective de travail et le fonctionnement du marché, il y a plus une relation d'interdépendance que d'opposition d'intérêts. Dans l'affaire en cause, la Cour constitutionnelle belge amenée à trancher l'existence d'une différence de traitement injustifiée entre les ouvriers et les employés, a décidé en 2011 que cette différence était contraire au principe de non-discrimination[21]. Cette décision, où la Cour constitutionnelle belge s'appuye sur une décision de la Cour de justice de l'Union relative à l'égalité et à la non-discrimination, a entrainé une longue négociation collective de travail au terme de laquelle les statuts des deux groupes ont été rapprochés, tantôt en attribuant

[20] C.J.U.E., *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00, point 77. Dans ce sens : J.-P. MARGUENAUD, J. RAYNARD, *op. cit.*, pp. 773-774 et spéc. p. 774 ; A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 237 ; A. BIONDI, *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 59.

[21] C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011. Sur les préalables de cet arrêt, et les nombreuses négociations collectives qui avaient souvent échoué, parfois abouti, sur la question, voy. : P. KNAEPEN, *L'harmonisation des délais de préavis*, Courrier hebdomadaire du CRISP, 2013, n° 2170, 2013.

des droits à certains, tantôt en enlevant à d'autres[22]. Le résultat a été coulé dans la loi en 2013[23]. La négociation collective a ici permis de supprimer une différence dont l'existence n'était plus justifiable en droit. En supprimant une discrimination inscrite par la loi dans le marché du travail, la négociation collective de travail a mis en place une réglementation qui, du point de vue des représentants des travailleurs, est humainement supportable et, du point de vue des entreprises, économiquement pérenne. Ce faisant, la négociation collective de travail a créé du *level playing field* et a contribué à la solidité du marché du travail et de la vie des entreprises. S'agit-il d'un cas isolé ? Au cours de cet épisode, la négociation collective a rapproché deux statuts entre eux : les ouvriers et les employés. Mais ces deux catégories ne sont pas les seules du monde du travail. Il arrive par exemple que des ouvriers et des employés - tous deux sont salariés - côtoient des travailleurs sous statut indépendant ; les trois catégories sont alors intégrées dans une même unité économique. Que se passe-t-il si les travailleurs sous statut indépendant se coalisent et réclament à leur tour le bénéfice de l'égalité de traitement ? La première étude de cas va montrer comment, dans une entreprise en particulier, la négociation collective a permis de leur attribuer des droits équivalents à ceux des salariés, principalement relativement aux règles entourant la rupture du contrat.

[22] L'arrêt de la CJUE auquel la Cour constitutionnelle belge réfère est l'arrêt *Defrenne* (C.J.U.E., *Gabrielle Defrenne c. Sabena*, 8 avril 1976, aff. C-43/75). Au point 20 de l'arrêt, la Cour de justice renvoie à son tour à la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération de l'Organisation internationale du travail (1951) que nous traitons *infra*. Voy. *infra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2. La négociation collective de travail crée les conditions d'égalité dans l'exploitation. Au terme de la négociation collective consécutive à l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge, on lit dans le journal interne du syndicat majoritaire, la CSC, qu' « un compromis a enfin été dégagé : employés et ouvriers sont désormais sur un pied d'égalité ». Le texte explique : « Le délai fixé par la Cour constitutionnelle pour l'élimination des discriminations subies par les ouvriers en matière de préavis et de jour de carence vient à échéance aujourd'hui. Deux ans et un jour après l'arrêt de la Cour, et précisément vingt ans après le premier arrêt rendu sur cette question par la Cour d'Arbitrage, nom que portait alors la Cour constitutionnelle. Avec cette échéance dans le collimateur, la ministre de l'emploi, M. De Coninck, a présenté vendredi après-midi un proposition de compromis au gouvernement. Elle a été acceptée directement par le COMITE MINISTERIEL RESTREINT. Cette proposition fait suite à 27 heures de négociations ininterrompues avec les organisations syndicales et patronales. Elle ne porte pas uniquement sur les délais de préavis et le jour de carence mais trace aussi la voie pour combattre les autres discriminations. Elle s'inscrit dans le prolongement du projet d'AIP pour 2011-2012 et de la revendication de la CSC qui exigeait une solution globale ». Il est utile de préciser que la négociation collective n'a ici pas pris place dans les lieux créés par la loi à cet effet, comme le Conseil national du Travail, mais dans un groupe informel, le « G10 », *G-10 News*, n° 11, 2 juillet 2013.

[23] 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, *M.B.*, 31 décembre 2013. Su cette loi : F. KEFER (dir.), L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés, Limal, Anthémis, 2017.

Il s'ensuit – c'est notre hypothèse – que les dynamiques de négociation collective de travail, plus que des procédés visant à engranger toujours plus de droits et de progrès social, impliquent plutôt de créer et de délimiter des ensembles au sein desquels tous « les producteurs concurrents sur un même marché »[24] sont soumis à d' « équivalentes contraintes »[25]. Elles permettraient une mise en concurrence du travail humainement supportable, où la libre prestation de services peut alors sainement prospérer et constitueraient « d'une certaine manière »[26], du droit de la concurrence. Notre exposé, tant théorique que pratique, va tenter de le montrer. A ce stade, mentionnons peut-être seulement que la première convention collective adoptée dans notre pays, à Verviers en 1906, vise elle-aussi à uniformiser les conditions de travail des ouvriers de l'industrie textile et, signe qu'elle est pensée dans un logique de fonctionnement du marché et d'ouverture à la concurrence, elle interdit simultanément les clauses de non concurrence[27].

4. *Le plan de la thèse* - Considérer la négociation collective de travail comme une technique différente de l'interdiction des ententes ou de l'abus de position dominante, mais participant également au fonctionnement du marché intérieur. Voilà la thèse que nous allons avancer en théorie dans la partie I et en pratique dans la partie II. Dans la partie III, nous comparons, d'un point de vue de théorie du droit, l'approche (dont nous nous éloignons) selon laquelle la négociation collective de travail et les règles de concurrence sont des ensembles juxtaposés et la conception plus adéquate selon nous qui avance que la négociation collective de travail est une technique, parmi d'autres, visant à faire fonctionner le marché. Selon nous, la dynamique entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs participerait, de façon nécessaire, à la création des statuts où les travailleurs sont sur un pied d'égalité (par exemple, ils sont soumis au même régime entourant le licenciement), afin de perpétuer une concurrence équitable entre les entreprises. Après avoir étudié en théorie dans la partie I comment la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché et après avoir exposé le droit européen qui s'applique à cette dynamique, nous détaillons certains aspects de la pratique juridique au cours des quatre cas d'étude de la partie II.

---

[24] A. JEAMMAUD (« La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris, Frison-Roche, 2003, p. 374.

[25] *Ibid.*

[26] A. JEAMMAUD (« La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *op. cit*, p. 375.

[27] Contrat collectif dans l'industrie textile à Verviers signé le 30 octobre 1906 et publié en annexe à la proposition de loi complémentaire du projet de loi déposé le 24 janvier 1907 portant révision de la loi du 16 août 1887 aux conseils de l'industrie et du travail, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. 1906-1907, n° 54. Voy. également M.-T. COENEN, « Les fondements historiques des relations collectives », E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010, p. 19.

La partie I aborde les fonctions de la négociation collective au départ d'une littérature juridique de référence en la matière. Nous voyons alors que la négociation collective de travail crée de l'égalité dans le marché par l'introduction des restrictions de concurrence. On y met ensuite en avant que la Cour de justice, plutôt que d'y voir une technique créant de l'égalité dans l'exploitation, impose le respect d'obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination.

Vus sous l'angle de la négociation collective de travail comme règle de fonctionnement du marché intérieur, les cas d'étude de la partie II ont été choisis parce que, non seulement ils illustrent différents stades de la négociation collective de travail (depuis l'apparition de mouvements de travailleurs jusqu'à son expression dans des formes institutionnelles sophistiquées) mais, aussi, ils montrent des hypothèses où la négociation collective de travail est confrontée à d'autres règles visant la création d'une concurrence entre acteurs économiques, comme l'interdiction des ententes, le droit des marchés publics ou les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination (comme en théorie dans la partie I). Au terme de la partie II, nous pensons pouvoir montrer au lecteur que la négociation collective de travail est, en plus d'un droit social fondamental, une technique participant au fonctionnement du marché et que, à ce titre, il est pertinent de lui donner une place parmi les règles de concurrence.

La partie III de la thèse s'appuie sur les travaux de deux théoriciens du droit : Michael Walzer et Lon Fuller. Elle permet d'abord de conforter l'hypothèse selon laquelle la négociation collective de travail et les règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ne forment pas des sphères différentes. Nous y soutenons, sur la base de la théorie de la séparation des sphères de Walzer, que la négociation collective de travail et les autres règles du droit de la concurrence sont des techniques parallèles. Dans un registre plus prescriptif, nous essayons ensuite d'expliquer pourquoi, dans le monde du travail, la négociation collective de travail doit être privilégiée par rapport à d'autres techniques de réalisation du marché. Nous nous appuyons alors sur les travaux du théoricien du droit Lon L. Fuller, selon lequel « les relations au sein d'une entreprise forment un filet sans couture ; il suffit de le pincer ici pour qu'un schéma complexe d'ajustements traverse toute une structure »[28]. Le juriste qualifie dès lors ces problèmes de « polycentriques » et explique pourquoi les relations de travail appellent certains modes de résolution particuliers comme la négociation collective de travail, plutôt que d'autres technique visant à faire fonctionner le marché, comme les mises en concurrence[29].

5. *Les conséquences juridiques de notre hypothèse* - Est-il pertinent de lier à ce point la négociation collective de travail et le droit de la concurrence ? Le passage de la Constitution de l'Organisation internationale du

[28] « The relations within a plant form a seamless web; pluck it here, and a complex pattern of adjustments may run though a whole structure », L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wis. L. Rev.*, 1963, pp. 3-46, spéc. p. 38.

[29] L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *Am. Soc'y Int'l Proc.*, 1960, pp. 1-7, spéc. p. 3.

travail affirmant que le travail n'est pas une marchandise trouve son origine dans un texte de droit de la concurrence, le *Clayton Act,* un texte fondateur de l'*antitrust* américain par lequel il exempte les dynamiques de négociation collective de travail de son application[30]. Cette formule serait une note de passage, un lien entre les deux mondes. Elle inviterait, comme nous le voyons dans le cas d'étude 1 relatif au droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants et à la façon de l'opinion du Juge Frankfurter de la Cour suprême des Etats-Unis, à juger de la légalité de l'action collective de travail en ayant égard tant au droit collectif du travail qu'au droit de la concurrence, de façon entrelacée[31]. En retour, la négociation collective de travail modifie la façon dont les autres règles de la concurrence sont appliquées. Dans l'Union européenne, quel serait le fondement juridique de cette démarche ? Un équivalent juridique dans l'Union, selon nous, pourrait être l'article 106, § 1 du TFUE, lequel n'est *pas* une cause d'exemption du droit de la concurrence, mais la possibilité d'une application différenciée, tolérant les restrictions de concurrence créées par la négociation collective de travail avec le concours des autorités.

Au terme de la thèse, il semble que la négociation collective de travail soit une technique permettant de faire fonctionner le marché, au même titre que d'autres règles reprises sous le chapitre 1 du titre VII du TFUE, relatif aux règles de concurrence. A ce titre, elle fait partie de la *politique de la concurrence* et les autorités en charge de celle-ci devraient avoir l'obligation de la promouvoir. Cette compétence justifierait le lancement par les services de la Commission européenne compétentes en matière de concurrence, en juin 2020, d'un processus ayant trait à la question de la négociation collective des travailleurs indépendants[32]. Elle éviterait de devoir « soustraire » la négociation collective des travailleurs indépendants du domaine du droit de la concurrence[33]. Au contraire, elle exigerait de prendre en compte la promotion de la négociation collective de travail lorsque les autorités de la concurrence dessinent le marché.

6. *La thèse replacée dans le débat d'idées relatif à la négociation collective de travail* - Avant d'entamer le travail doctoral, il semble utile de replacer notre hypothèse - celle d'une négociation collective de travail faisant partie des règles de la concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur - dans le débat d'idée relatif à la négociation collective de travail et au rôle des coalitions ouvrière.

[30] Clayton Act (1914), Chap. 323, Sec. 6.

[31] Cour suprême des Etats-Unis, U.S. v. Hutcheson (1941), n° 43, jugé le 3 février 1943.

[32] « Competition: The European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed », communiqué de presse de la Commission européenne du 30 juin 2020.

[33] « Carve out », en anglais. Nous renvoyons à l'étude de cas 1, qui traite ce sujet en profondeur. Voy. *infra,* partie II, Cas 1. Négociation collective des indépendants.

Lucien François, un éminent professeur de droit des relations collectives de travail, oppose, dans son ouvrage publié en 1980, la liberté d'association et la liberté du travail. Il explique : « Dans l'histoire du droit et, plus généralement, dans l'histoire des valeurs, [la loi du 24 mai 1921 sur la liberté d'association] constitue un évènement très significatif. C'est en effet, dans la hiérarchie des valeurs consacrées par l'opinion dominante, le recul d'une de celles qu'on avait le plus affirmée, la liberté du travail, d'ailleurs souvent sa rivale ». Le Professeur poursuit : « La liberté de travailler est célébrée depuis la Révolution française comme un principe fondamental du régime. Cette institution qu'on présente comme un bienfait pour les travailleurs est aussi fort appréciée des maîtres des moyens de production, pour lesquels elle se traduit par une précieuse liberté de faire travailler. Aussi la liberté du travail est-elle régulièrement invoquée contre les coalitions ouvrières, tantôt par un désir sincère de protéger cette liberté contre ceux qui veulent imposer à leur compagnons de travail la participation à une grève, tantôt par souci de combattre la grève elle-même par un moyen détourné et souvent hypocrite ». Le désir sincère sur la base duquel certains invoquent, selon le Professeur, la liberté du travail contre les coalitions ouvrières, ne conduit-il pas - à l'inverse de l'objectif poursuivi - à affaiblir la liberté du travail ? Nous allons longuement détailler cette idée dans les parties I et II. En attendant, le professeur liégeois poursuit le récit du débat d'idées et explique que « la première guerre mondiale est venue précipiter l'évolution des idées. Non seulement une loi du 24 mai 1921 apporte à cette liberté syndicale naguère maltraitée la protection (plus solennelle il est vrai qu'étendue) du droit pénal, mais une autre loi, datée intentionnellement du même jour, achève de renverser la tendance en abrogeant l'article 310, ce qui était à la fois réaffirmer la liberté syndicale et retirer à la liberté du travail la protection pénale qu'on venait d'accorder à sa rivale. Bien mieux : le première de ces deux lois […] punit, parmi d'autres, quelques faits que l'on pourrait considérer comme des atteintes à la liberté du travail (faire craindre à quelqu'un la perte de son emploi), mais uniquement en tant que ces conduites sont adoptées en vue de porter atteinte à la liberté d'association : de cette dernière, la liberté du travail n'est donc plus que la servante »[34].

« Servante », « rivale » : au-delà de l'éclairage fourni par le spécialiste des relations collectives de travail, ces mots montrent une relation complexe entre, d'une part la liberté du travail et, d'autre part, la liberté d'association. Le sujet de la thèse que nous entamons n'est donc pas parfaitement original. Il appartient à une longue histoire des idées au sujet des liens entre les dynamiques syndicales et la réalisation du marché. Lucien François ancre le récit dès la Révolution française et il le fait courir jusqu'à la première guerre mondiale. Que s'est-il passé après ? Notre travail, lequel essaie de présenter un certain état (au travers de l'exposé de quatre cas d'étude) de la négociation collective de travail en 2020, puise aussi ses racines dans l'histoire des développements juridiques. Il y a donc la volonté, par l'exergue de la citation du professeur, d'inscrire notre étude de la négociation collective de travail dans une lignée. Notre thèse, qui inscrit la négociation collective

[34] L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 193-195.

de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, va reposer sur des cas d'études (dans la partie II) mais, aussi, s'ancrer dans l'analyse de certains développements historiques au cour de la partie I. Nous allons tenter de reprendre les développements juridiques à partir du moment où la citation du Professeur François s'interrompt : la période consécutive à la fin de la première mondiale. L'exercice historique sera parcellaire et incomplet mais il aide, dans la partie I, à structurer notre étude des fonctions de la négociation collective de travail. L'idée, plus que de se livrer à une tâche systématique, est de tirer sur le fil mis en avant par le Professeur François : la loi du 24 mai 1921 renverse-t-elle vraiment les valeurs ? Un évènement similaire a-t-il eu lieu après la seconde guerre mondiale et ses effets se sont-ils perpétués dans le temps ?

7. *La spécificité de notre démarche* - La mise en avant de la citation permet par ailleurs de préciser la place de notre étude par rapport à celle du professeur liégeois. Ce dernier met en relation deux libertés ; d'une part, la liberté syndicale, et d'autre part, comme y faisant face, la liberté du travail. Dans les raisonnements de la Cour de justice de l'Union que nous avons brièvement présentés plus haut, la liberté de négociation collective se définit comme un intérêt, confronté à un autre, la réalisation des libertés économiques et l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union. Ce cadre de pensée était également présent dans le célèbre arrêt *Viking* de la même Cour qui présentait le droit fondamental de mener une action collective face à la liberté d'établissement[35]. Dans cet arrêt, « la libre circulation [peut] s'analyser comme une entrave à *l'exercice,* par des particuliers, de leurs droits fondamentaux »[36]. Nous allons tenter de nous détacher de ces confrontations.

Nous ne souhaitons pas problématiser deux ensembles juridiques, puis analyser comment l'un empiète sur l'autre. Dans ce sens, notre travail doctoral ne tend pas à identifier, comme le professeur François le fait avec l'article 310 du Code pénal, des instruments juridiques par lesquels on vient limiter, tantôt la liberté syndicale, tantôt la liberté de travailler. Pour prendre un exemple récent, le lecteur ne trouvera rien dans nos travaux qui a trait à la loi du 26 juillet 1996 relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité[37] et la façon dont elle limite la négociation collective des salaires, ni aux « recommandations » du Conseil de l'Union émises dans le cadre des programmes nationaux de réforme et relatives aux systèmes

[35] C.J.U.E., 11 déc. 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, point 45. Sur cet arrêt : P. RODIERE, « Les arrêts *Viking* et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *», RTD eur.,* 2008, pp. 47-66, spéc. p. 59 ; P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises. CJCE 11 décembre 2007, ITF & The Finnish Seamen's Union, aff. C-438/05, CJCE 18 décembre 2007, Laval & Partnery Ltd, aff. C-341/05 », *Droit social*, 2008, pp. 210-220.

[36] A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux », *in* L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 225-256, sépc. p. 230.

[37] *M.B.*, 11 août 1996.

de sécurité sociale ou à la progression barémique[38]. Faire un trait sur ce type d'examen permet d'éviter les raisonnements juridiques qui y sont associés, particulièrement la conciliation de l'exercice d'un intérêt protégé avec d'autres intérêts, conformément au principe de proportionnalité. Nous pensons en effet que ce type de construction juridique empêche de prendre en compte la façon dont les dynamiques de négociation collective de travail permettent le fonctionnement du marché, par la création de l'égalité dans le travail.

8. *Une approche casuistique* - Comment allons-nous procéder ? Nous allons étudier la relation qui lie la négociation collective de travail et le droit nécessaire au fonctionnement du marché. Nous voulons montrer que la négociation collective de travail s'inscrit *parmi* les règles de concurrence, et pourquoi l'un est utile à l'autre, plutôt que d'opposer la liberté de négociation collective et le fonctionnement du marché. Nous ne voulons pas dire si un des deux intérêt s'inscrit en mineure de l'autre (la « servante ») – ou si le « juste équilibre » est atteint. Nous avons plutôt choisi de montrer, au travers de l'étude de cas concrets, comment les dynamiques de négociation collective qui s'y déroulent créent de la concurrence (alors que la Cour considère qu'elles forment un autre intérêt, différent du fonctionnement du marché). C'est pourquoi l'essentiel de notre travail doctoral repose sur l'analyse de quatre cas d'étude. Ils forment le cœur de la thèse et sa partie II. La particularité des quatre cas exposés dans la partie II est, nous l'avons déjà effleuré, de présenter des dynamiques de négociation collective saisies par les règles nécessaires au fonctionnement du marché (tantôt l'article 101 du TFUE, tantôt les règles de mise en concurrence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination, applicables par le truchement de l'article 106 du TFUE). Le mouvement particulier, par lequel la négociation collective de travail est saisie elle-même par les règles de droit de la concurrence, permet de mener une réflexion approfondie sur les liens entre les deux ensembles. Les quatre cas d'étude ont par ailleurs été sélectionnés afin d'illustrer la relation entre la négociation collective de travail et les (autres) règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur à différents stades de la négociation collective de travail : depuis sa gestation, quand des mouvements de travailleurs sont créés (cas 1), jusqu'à son affirmation plus complète, lorsque la négociation collective de travail crée un système institutionnel de formation professionnelle apparenté à la sécurité sociale, autour du reclassement professionnel (cas 4). Cette préoccupation conduit à ce que les deux premiers cas proviennent du niveau de l'entreprise alors que les deux suivants se déroulent à l'échelon des secteurs d'activité. La négociation collective de travail se structure en effet en Belgique à trois niveaux : l'entreprise, le secteur et le niveau interprofessionnel.

9. *In fine, une conception étendue du droit de la concurrence* - Le projet de la thèse se dessine peu à peu : comprendre comment la négociation collective de travail s'inscrit sous le concept de droit de la concurrence.

[38] Par exemple, la Recommandation du 5 juin 2019 du Conseil concernant le programme national de réforme de la Belgique pour 2019 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la Belgique pour 2019, COM(2019), 501.

A cette fin, différentes notions du droit de la concurrence sont utilisées, entrainant avec elles des règles du marché intérieur. Il s'agit tout d'abord de l'article 101 du TFUE proscrivant les ententes dans le cas d'étude 1. Dans les cas d'étude 2, 3 et 4, ce sont les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE qui sont au cœur de l'analyse, lesquelles trouvent à s'appliquer tantôt par le truchement de l'article 106 du TFUE (dans les cas d'étude 3 et 4), tantôt en raison de la prégnance croissante des obligations de transparence, notamment aux organismes institués par les acteurs de la négociation collective de travail (dans les cas d'étude 2 et 4). *In fine*, la conception du droit de la concurrence nous paraît devoir être étendue parce nous plaidons qu'elle inclue les dynamiques de négociation collective de travail. La négociation collective de travail apparait alors, à côté de l'interdiction des ententes, des positions dominantes, le contrôle des concentrations et le contrôle des aides d'Etat, comme une cinquième branche du droit européen de la concurrence, sans doute à ranger en partie sous l'article 106, § 1 du TFUE.

Il est sans doute des thèses de doctorat de toutes sortes. Celle-ci, plus que de fouiller et faire l'état exhaustif d'un domaine du droit, cherche à mettre en relation, à créer un dialogue entre des (sous-) disciplines qui se parlent peu. Le défaut de cette démarche réside de temps à autres, dans les ellipses (le plus souvent évitée, nous l'espérons) servant à passer d'une branche du droit à l'autre[39]. Toujours est-il que le lecteur sera peut-être intrigué, perplexe, amusé, de rencontrer au fil de nos écrits du droit collectif du travail, du droit de la concurrence, du marché intérieur, des marchés publics, de la sécurité sociale puis de la théorie du droit et quelques notions économiques. Si toutes ces disciplines présentent une rationalité interne (jusqu'à un certain point...), notre ambition est de mener un effort d'intégration. Il appartient bien sûr au lecteur d'en juger la fécondité.

[39] Il y a des écarts de langage que nous allons tenter de réduire. Par exemple, les juristes de droit du travail parlent de l'égalité dans l'exploitation des moyens de production. Ce faisant, ils renvoient au même besoin que celui visé par d'autres juristes, quand ces derniers évoquent l'égalité dans le marché.

Partie I. La négociation collective de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur – Etude des ses fonctions et de son régime de droit européen

« Ce qui échappe à la théorie économique, ce qui échappe aux économistes dans leur analyse, c'est l'institution, et nous devons passer à un niveau de droit économique conscient à la fois par l'analyse historique qui montrera en quoi et comment l'institution et les règles de droit ont des rapports de conditionnement réciproque avec l'économie et, par-là, prendre conscience des modifications possibles à introduire dans ce complexe économico-juridique. »

Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard / Le Seuil, coll. Hautes Etudes, p. 173.

Introduction de la partie I

10. *Contenu de la partie I* - La partie I de la thèse pose un double jalon théorique. Au départ d'une analyse des fonctions de la négociation collective de travail dans le chapitre 1, nous insistons d'abord sur son rôle dans le fonctionnement du marché. Grâce aux travaux d'auteurs de droit du travail tels G. Lyon-Caen, A. Jeammaud, M. Jamoulle, A. Supiot ou L. François, il est possible de mettre en avant que la négociation collective de travail, en créant de l'égalité grâce aux restrictions de concurrence qu'elle introduit, permet la concurrence loyale. Pour s'éloigner de la conception (selon nous erronée) de la négociation collective selon laquelle elle permet l'émancipation des travailleurs, nous faisons référence à plusieurs moments clés du droit du travail (la révolution française, les développements juridiques postérieurs à la première guerre mondiale et ceux consécutifs à la seconde guerre mondiale). Plutôt que d'œuvrer à l'émancipation juridique du travailleur, la négociation collective participe à la refondation du contrat économique lorsque, à des moments clés, l'horizon collectif doit être défini.

Au cours du chapitre 1, nous faisons le lien entre la négociation collective de travail et deux notions juridiques : les restrictions de concurrence introduites par la négociation collective et l'égalité dans le marché qu'elles créent. Le chapitre 2 interroge le droit européen et cherche à comprendre quelle grille de lecture le droit de l'Union applique aux restrictions de concurrence introduites par la négociation collective. D'entrée, nous présentons un arrêt de la CJUE (l'arrêt *UNIS et Beaudout*) par lequel la Cour soumet la négociation collective de travail à des obligations de transaprence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, plutôt que de reconnaître son rôle créateur d'égalité, nécessaire au fonctionnement du marché. La lecture offerte par la CJUE ne semble donc pas conforme à l'exposé du chapitre 1. Pour mieux comprendre l'approche de la juridiction européenne, le contenu et le champ d'application des principes d'égalité et de non-discrimination auxquels la négociation collective est soumise sont alors présentés. Dans la foulée, et parce qu'ils fondent l'application des principes d'égalité et de non-discrimination à la négociation collective, nous présentons le régime des droits exclusifs de l'article 106 du TFUE. Quelles sont les conséquences de la soumission des dynamiques de négociation collective de travail à (d'autres) règles liées au droit de la concurrence ? Notre hypothèse est que la non-reconnaissance du rôle de la négociation collective de travail dans le fonctionnement du marché, puis sa sujétion aux obligations de transparence l'empêche en partie de participer au fonctionnement du marché. Cette démonstration aura lieu dans la partie II, dont la partie I offre, préalablement, les clés de compréhension juridiques.

Chapitre 1. Une définition fonctionnelle de la négociation collective de travail

11. *Plan du chapitre* – La section 1 montre les apports de la négociation collective de travail au fonctionnement du marché sur deux plans. Non seulement, la négociation collective de travail diffuse le postulat d'égalité permettant de nouer des contrats de travail, mais elle crée aussi, en réalité, de l'égalité dans l'exploitation, afin de garantir la concurrence loyale. La section 2 avance sur le terrain de la négociation collective de travail comme outil d'émancipation des travailleurs. Après avoir constaté que cette visée est, à plusieurs reprises, détournée en faveur du fonctionnement du marché, on suggère que, malgré tout, les resrictions de concurrence introduites par la négociation collective de travail sont susceptibles de créer plus d'égalité que ce qui est requis par le fonctionnement de celui-ci. La section 3 propose de concevoir les tentatives d'émancipation des travailleurs comme des moments de refondation du contrat économique, surtout dans les moments clés comme au lendemain d'une guerre.

Remarques préliminaires

12. *Un avertissement et deux remarques* - Avant de nous engager dans chacune des trois sous-sections, nous formulons d'abord une précision, par laquelle nous expliquons notre objectif de décrire les fonctions de la négociation collective de travail et deux remarques, qui ont trait à la spécificité de cette démarche.

Précision. Notre étude cherche à identifier les fonctions de la négociation collective de travail

13. *Une lecture sans indulgence des fonctions de la négociation collective de travail* - L'avertissement est le suivant : notre ambition est de décrire les fonctions de la négociation collective de travail et, à la manière de l'étude du droit du travail par G. Lyon-Caen, « en faire une lecture critique sans indulgence »[40]. Le lecteur sera alors peut-être perturbé par une description des fonctions, comme A. Jeammaud l'explique, « distinguées de ses fins ou de ses finalités convenues »[41] et donc description différente de celle que, éventuellement, le lecteur

[40] G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. Ouvrier*, 2004, p. 50.

[41] A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *in* A. JEAMMAUD *(dir.), Le droit du travail confronté à l'économie,* Paris, Dalloz, 2005, p. 21.

voudrait que la négociation collective de travail soit, ou du programme politique qu'il *souhaite* y attacher. La définition de la négociation collective de travail par sa finalité ne sous semble en effet pas satisfaisante[42].

14. *Une définition par la finalité relève du système de valeurs* - Par exemple, les auteurs de référence du droit social international que sont Bernard Gernigon, Alberto Odero et Horacio Guido expliquent, en mobilisant les textes de l'Organisation internationale du Travail, que « la négociation collective se conçoit comme l'activité ou le processus qui a pour but la conclusion d'un accord ou d'une convention collective. Aux fins de la recommandation n° 91, on entend par convention collective : '' tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale '' (recommandation n° 91, paragraphe 2)) »[43]. Les mêmes auteurs ajoutent que « la convention n° 98 ne définit pas la convention collective, mais elle délimite ses caractéristiques principales en précisant que la négociation a pour objet "de régler par ce moyen les conditions d'emploi" et en préconisant des mesures appropriées "pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part" dans le but mentionné »[44]. Enfin, ils précisent que « la convention n° 154 précise dans son article 2 que "les termes négociation collective s'appliquent à toutes les négociations qui ont lieu entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de : *a)* fixer les conditions de travail et d'emploi, et/ou *b)* régler les relations entre les employeurs et les travailleurs et/ou *c)*

[42] Un même reproche pourrait être adressé à la contribution récente de Frédéric Gea (F. GEA, « A quoi sert le droit du travail ? », *Recueil Dalloz,* 2020, p. 440), qui, bien que reconnaissant la fonction de coopération entre le travail et le capital, se concentre sur les finalités du droit du travail et, au travers du droit du travail, de la négociation collective.

[43] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, *op. cit.*, p. 9, citant la recommandation (no 91) sur les conventions collectives, 1951. On retrouve une définition presque identique dans une autre référence déjà citée en introduction : G. BAMBER, P. SHELDON, B. GAN, « Collective Bargaining: international developments and challenges » *in* R. BLANPAIN (dir.), *Comparative Labour law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, *op. cit.*, 2010, pp. 613-614.

[44] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, *op. cit.*, p. 10. Les auteurs font ici référence à la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 et à la Convention (n° 154) sur la négociation collective, 1981.

régler les relations entre les employeurs ou leurs organisations et une ou plusieurs organisations de travailleurs" »[45].

La définition des trois juristes, en plus d'indiquer que la négociation collective de travail associe, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, repose sur la *finalité* de celle-ci. En effet, on comprend de la définition qu'il s'agit de « conclure des conventions collectives ou des accords en vue de régler les conditions de travail et d'emploi, voire plus largement, les relations entre les employeurs et les travailleurs, ou aussi, les relations entre les employeurs ou leurs organisations et une ou plusieurs organisations de travailleurs »[46]. En considérant que la conclusion d'un accord n'est pas la caractéristique de la négociation collective de travail – car c'est plutôt la marque du droit civil –, faut-il comprendre que le reste de la phrase, commençant par « en vue de », définit la négociation collective et que celle-ci doit se cantonner aux objectifs avancés ? Oui, mais on comprend de l'exposé des trois auteurs que, dans bon nombre de cas, « certains domaines qui traditionnellement appartenaient exclusivement à la consultation sont devenus l'objet, quoique généralement de façon occasionnelle ou intermittente, de conventions collectives centrales et tripartites portant sur des aspects importants de la politique économique et sociale »[47]. L'objet de la négociation collective est donc plus large et les auteurs semblent y voir, plus qu'une exception à la règle, « une avancée » qui, par de « grand accords », « porte la marque de la démocratie sociale » et apporte « des bénéfices politiques et techniques non négligeables »[48]. Autant qu'une définition par la finalité, les précisions des trois commentateurs du droit social international semblent relever du programme politique. Ces derniers voient apparemment dans l'extension du champ de la négociation collective une avancée, presque la marque incontestable du progrès.

15. *Notre souhait de définir avec précision* - Vis-à-vis d'une définition qui s'inscrit en filigrane dans un appareil de valeurs et dans un programme politique, notre ambition est d'être plus précis. Dans la conclusion générale de l'ouvrage collectif belge sur la concertation sociale dirigé par Etienne Arcq, Michel Capron, Evelyne Léonard et Pierre Reman en 2010, on lit que la négociation collective de travail est « un mode de gouvernement dont

[45] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, *op. cit.*, p. 11.

[46] *Ibid.*

[47] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, *op. cit.*, p. 11.

[48] B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, *op. cit.*, p. 12.

la mission complexe est de rapprocher des points de vue divergents et de rendre compatibles des intérêts antagonistes »[49]. Par ces quelques mots, Georges Liénard et Pierre Reman, en prenant appui sur les réflexions de Gilbert Demez et de Jean De Munck, rappellent que la négociation collective de travail met en relation deux parties aux intérêts antagonistes. La définition des auteurs belges permet en partie de révéler que celle-ci a pour effet de « rendre compatible » les intérêts des deux parties.

C'est dans cette perspective fonctionnaliste que nous voulons, à notre tour, développer notre propos. La négociation collective est-elle une technique pour faire fonctionner ensemble les deux parties ? Comment opère-t-elle ? Pour caractériser précisément, en plus de l'approche théorique de la partie I, la partie II part du réel, de l'empirie, pour expliquer ce qu'est la négociation collective de travail. Ce faisant, l'ambition est de coller au mieux aux dynamiques de négociation collective, en regardant au plus près le phénomène.

Première remarque. La négociation collective de travail est aussi un droit fondamental

16. *Distinguer négociation collective de travail et droit de négociation collective* - Chercher à définir la négociation collective par ses fonctions n'exclut pas qu'elle bénéficie d'un encadrement juridique propre. En effet, le droit de négociation collective est consacré à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union et reconnu dans la jurisprudence de la CJUE comme un « droit fondamental »[50], par exemple dans l'arrêt récent *Allianz Vorsorgekasse AG*[51] ou dans l'arrêt moins récent, mais rendu en grande chambre, *Commission c. Allemagne*[52]. Par ailleurs, et depuis bien plus longtemps, la négociation collective reçoit un régime juridique propre consécutivement à sa reconnaissance comme un liberté par des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail, en ce compris les Conventions fondamentales n° 87 sur la liberté syndicale (1949) et n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949), et que ces dernières sont ratifiées par tous les Etats membres de l'Union[53].

17. *L'obligation de promouvoir la négociation collective* - plusieurs textes de l'OIT insistent sur l'obligation positive reposant sur les Etats en matière de promotion de la négociation collective. En ce sens, la recommandation n° 163 (1981) sur la négociation collective indique que « les mesures adaptées aux circonstances nationales

[49] P. REMAN et G. LIENARD, « La place de la concertation sociale dans une démocratie approfondie », *in* E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010, pp. 559-575, spéc. p. 560.

[50] Sur cette question : P. RODIERE, « Article 28. - Droit de négociation et d'actions collectives », *op. cit,* p. 727.

[51] C.J.U.E., 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, aff. C-699/17, point 43.

[52] C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c.* Allemagne, aff. C-271/08, point 46.

[53] Les dernières ratifications sont celles de la Lituanie, le 26 septembre 1994.

devraient, si nécessaire, être prises pour que la négociation collective soit possible à quelque niveau que ce soit, notamment ceux de l'établissement, de l'entreprise, de la branche d'activité, de l'industrie, ou aux niveaux régional ou national »[54]. La commission des experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) précise sur ce plan que, « quel que soit le type de système retenu, il devrait avoir pour but premier d'encourager par tous les moyens possibles la négociation collective libre et volontaire entre les parties, en leur laissant la plus grande autonomie possible, mais tout en établissant un cadre législatif et un appareil administratif auquel elles peuvent recourir, sous une forme volontaire et d'un commun accord, pour faciliter la conclusion d'une convention collective »[55]. Dans le même sens, les experts de la CEACR expliquent que les organismes et procédures existants doivent être destinés à faciliter la négociation entre les partenaires sociaux, ces derniers restant libres de leur négociation[56]. Il s'agit là avant tout d'une injonction formulée à l'Etat pour qu'il joue un rôle actif[57]. La même pratique est consacrée au travers de l'article 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme relatif à la liberté d'association ou de l'article 6, § 2 de la Charte sociale européenne. Concernant le niveau national, des garanties sont attachées à son exercice en raison de la reconnaissance du droit de négociation collective à l'article 23, al. 3, 1° de la Constitution[58].

---

[54] Recommandation OIT n° 163 sur la négociation collective (1981), art. 4, 1. Dans ce sens : N. VALTICOS, *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, 1970, p. 268.

[55] Etude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 1994, Rapport III (Partie 4B), § 247.

[56] *Ibid*, § 248.

[57] H. SINZHEIMER, "Eine Theorie des sozialen Rechts", *in* O. KAHN-FREUND, T. RAMM (dir.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsatze und Rede*, tome 2, Francfort, Europäische Verlaganstalt, 1976, p. 177 ; M. COUTU, "Autonomie collective et pluralisme juridique : Georges Gurvitch, Hugo Sinzheimer et le droit du travail", *Droit et Société,* 2015, pp. 351-370.

[58] Cette consécration constitutionnelle implique à tout le moins une obligation de *standstill* qui s'opposerait à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection sans qu'existent des motifs tenant à l'intérêt général. Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 107/2017 du 28 septembre 2017, notamment au point B.15.4, qui peut elle-même s'appuyer sur la doctrine relative à l'effet de l'article 23 de la Constitution en matière de protection sociale (voy. D. DUMONT, « Peut-on défaire les mises en oeuvre du droit à la sécurité sociale ? L'effet de standstill, ou le versant négatif du droit à la sécurité sociale » *in Questions transversales en matière de sécurité sociale*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 68-97, et les références citées). La Cour a jugé par ailleurs que « Il ne peut être déduit de l'article 23, alinéa 3, 1°, de la Constitution que le législateur doit garantir à chaque travailleur le droit précité en lui fournissant personnellement l'accès aux organes de concertation qu'il a instaurés et dont il règle la composition et l'élection » (C.C., arrêt n° 9/2009 du 15 janvier 2009, point B.52).

Cette première remarque consiste à dire que notre opération de définition ne vise pas le droit de négociation collective, mais la négociation collective de travail elle-même. Toutefois, étant donné qu'il s'agit des catégories de pensée dont nous souhaitons nous démarquer (nous l'avons expliqué en introduction), notre travail va parfois exiger de faire référence à ces instruments et, plus concrètement, à l'exercice de mise en balance entre la prise en compte de différents intérêts qu'ils impliquent. Le lecteur va donc, de temps à autres, rencontrer des développements relatifs à la jurisprudence de la Cour de justice précitée[59].

Nous avons en effet déjà expliqué que notre étude ne vise pas à examiner l'état du droit de négociation collective vis-à-vis des libertés économiques mais plutôt la négociation collective elle-même *parmi* les règles nécessaires au fonctionnement du marché. La démarche ne vise pas à regarder l'état d'un droit fondamental de la négociation collective – lequel serait le pendant charitable du (mauvais) droit du libre marché. En effet, notre travail tend à considérer la négociation collective de travail comme une technique de fonctionnement du marché et vise donc à examiner la façon dont elle participe à la réalisation de la concurrence.

Seconde remarque. Définir la négociation collective de travail participe à sa construction

18. *Un exercice délicat, inhérent au rôle du juriste* - Remarquons ensuite que l'opération de définition n'est pas anodine, surtout en droit. Définir, qui nous vient de *finir,* participe à la terminaison d'un concept, à dire ce qu'il est et ce qu'il n'est pas (ne pourra être). Le droit tente à travers la définition de dire ce qu'est un concept et lui donne une certaine orientation. Les orientations, forcément choisies, participent à une idéologie, faisant du droit une « force idéologique »[60]. Encercler la négociation collective dans une définition – que ce soit par ses finalités ou ses fonctions - nie une partie de sa dynamique créatrice ou, pire, participe à l'interdire. L'avertissement réalisé, nous sommes alors tentés de ne rien dire du tout, de ne pas dire ce qu'*est* la négociation collective de travail. Mais l'entorse à la discipline juridique serait trop grande. Puis le rôle de chercheur en sciences juridiques y contraint et le règne du droit est une marque de notre société où domine la « conception juridique du monde »[61]. Nous irons donc un peu plus loin que certains auteurs pour qui « la négociation collective est un fait »[62]. Mais nous tenterons d'être prudents afin de ne pas enserrer une réalité, ni dans un carcan (conférer à la négociation collective de travail des fonctions circonscrites), ni dans un

[59] Voy. par exemple *infra*, partie II, cas d'étude 3, section 3, n° 191 et s.

[60] J.-M. VINCENT, « Droit naturel et marxisme moderne », *Archives de philosophie du droit,* 1965, pp. 65-82.

[61] F. ENGELS, « Socialisme des juristes », article paru dans la *Neue Zeit, 5e année, 1887, n° 2, pp. 49-51.*

[62] Ce sont les premiers mots de l'ouvrage de J. MINEUR, *La Réglementation conventionnelle des salaires en Belgique*, Gembloux, Duculot, 1936, p. 7.

fantasme (lui attacher des objectifs prédélimités). La prudence est pourtant déjà fausse, dès lors qu'en disant, il y aura déjà une certaine caractérisation du réel, une certaine orientation qui lui est donnée.

Section 1. La négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché en créant de l'égalité dans l'exploitation

19. *Les acteurs de la négociation collective de travail participent à la configuration des rapports de production* - La section 1 prolonge l'idée, déjà bien connue des juristes de droit du travail et sur les travaux desquels elle s'appuie, relative à l'importance de l'opposition entre travail et capital (entendu comme la propriété des moyens de production) pour comprendre le droit du travail[63], et selon laquelle celui-ci « participe à l'''expression juridique déformante '' et au '' conditionnement juridique '' des rapports de production »[64].

Selon nous, cette idée doit être prolongée. En effet, le droit du travail est un arsenal normatif qui doit être diffusé par des acteurs, sans qui il reste lettre morte. Au premier rang de ceux-ci, en raison de leur pouvoir normatif et de leur présence dans toutes les entreprises grandes ou moyennes, il y a les acteurs de la négociation collective de travail[65]. D'emblée, il nous semble donc utile de resituer le propos des juristes de droit du travail en avançant ce qui suit : les acteurs du droit du travail, au premier rang desquels les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs, participent à la configuration des rapports de production. Une fois cette distinction entre le discours (le droit) et celui qui le véhicule (l'acteur) réalisée, il nous semble que la meilleure manière (empruntée à Antoine Jeammaud) de faire comprendre la dynamique est de faire une analogie avec une mise en scène au cours de laquelle un texte (le droit) est joué par des acteurs (au premier rang desquels les représentants des employeurs et des travailleurs), participant à la validation des rapports de production aux yeux des spectateurs (les travailleurs)[66]. Cette analogie implique de considérer que l'analyse des caractéritiques du droit du travail renvoie nécessairement aux dynamiques normatives participant à son existence et à sa diffusion, en premier rang desquelles la négociation collective de travail.

---

[63] O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, London, Stevens, 1977.

[64] L'extrait provient d'une contribution de A. Jeammaud, dans laquelle il retrace la pensée d'un juriste plus connu encore, G. Lyon-Caen. L'extrait poursuit une phrase commençant par « La thèse avancée est que ... », illustrant la centralité du propos. A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *op. cit.*, p. 21. L'approche n'est pas différente dans, par exemple, les premières lignes de l'ouvrage de M. Jamoulle, M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. 14.

[65] M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale*, Limal, Anthémis, 2011, pp. 151-192.

[66] A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *op. cit.*, p. 97. Dans son ouvrage *Critique du droit du travail,* Alain Supiot utilise la même métaphore de « mise en scène » au sujet des relations collectives de travail. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail,* Paris, Quadrige, 3e édition, 2015, p. 87.

Par conséquent, au cours de la section 1, nous allons explorer l'affirmation selon laquelle la négociation collective de travail met en scène le droit du travail, et chercher à comprendre pourquoi le droit du travail est la modalité nécessaire d'insertion du travail formellement libre dans le marché. En effet, dans notre système économique, le travail est acheté dans la sphère de la circulation, mais cette marchandise particulière est consommée dans les entreprises[67], selon la formule de Marx le « laboratoire secret » de la sphère de la production[68]. Des marchandises y sont produites et rendues à la sphère de la circulation, tandis que le propriétaire des outils de production s'approprie une plus-value. Le droit collectivement négocié et accepté est, selon nous, un élément constitutif de la médiation entre les deux sphères, permettant la perpétuation du capitalisme dans le temps.

20. *Plan de la section* – La section 1 se divise en deux paragraphes. Le premier explique que la négociation collective insuffle dans les entreprise le postulat d'égalité qui permet de nouer des contrats de travail. Le second paragraphe avance que la négociation collective de travail crée de l'égalité dans l'exploitation, pour permettre la concurrence entre les détenteurs des moyens de production. La distinction entre les deux paragraphes est que, dans le premier, la négociation collective diffuse un postulat d'égalité, théorique, entre ceux qui deviennent par le contrat employeur et travailleur et que, dans le second paragraphe, elle crée de l'égalité, en pratique, entre les détenteurs des moyens de production.

§ 1. La négociation collective de travail diffuse le postulat d'égalité permettant le fonctionnement du marché

21. *Notre système capitaliste est caractérisé par l'introduction du travail formellement libre dans le marché libre* - L'affirmation selon laquelle la négociation collective de travail donne vie à une technique nécessaire d'insertion du travail formellement libre dans le marché mérite quelques explications. Dans un premier temps, il faut se pencher sur la partie de phrase selon laquelle notre système capitaliste est caractérisé par l'introduction du travail formellement libre dans le marché. La réflexion provient des travaux du sociologue et juriste allemand Max Weber[69]. La liberté du travailleur est formelle puisque le capitalisme *impose* à ceux qui n'ont pas de moyens, la main d'œuvre, de se subordonner à ceux qui ont, les détenteurs des moyens de production, afin de subvenir à leurs besoins[70]. Marx explique : « L'ouvrier libre se vend lui-même, et cela morceau par morceau. Il vend aux enchères 8, 10, 12 , 15 heures de sa vie, jour après jour, aux plus offrants, aux possesseurs des

[67] K. MARX, *Le Capital, Critique de l'économie politique,* Livre 1, Paris, Ed. Sociales, 1972, p. 128.

[68] H. MICHEL, « Introduction à la pensée de Marx », *Revue Philosophique de Louvain*, Troisième série, tome 67, n°94, 1969, p. 265.

[69] M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme,* Paris, Flammarion, 2000, pp. 54.

[70] R. DUKES, *The Labour Constitution. The enduring Idea of Labour Law,* Oxford, OUP, 2014, p. 15.

matières premières, des instruments de travail et des moyens de subsistance, c'est-à-dire aux capitalistes »[71]. Mais, pour que le rapport entre capitaliste et le travailleur libre persiste, « il faut que le propriétaire de la force de travail ne la vende jamais que pour un temps déterminé »[72]. On reconnait l'essence des idéaux révolutionnaires bourgeois : abolition du servage, interdiction des corporations, dont le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier sont les expressions. Le droit privé crée un marché libre dans lequel le travailleur dépendant est dominé[73].

22. *Le droit du travail remplit une fonction nécessaire dans la reproduction des rapports de production* - Et le droit du travail dans tout ça ? La vente aux enchères répétée du travail sur le marché pourrait-elle se passer de droit du travail ? Pourrait-elle se passer de la mise en scène qui crée ce droit ? Antoine Jeammaud, parmi les principaux théoricien français du droit du travail, apporte un éclairage qui nous semble utile. Nous allons utiliser avec force sa contribution « Droit du travail et/ou droit du capital » pour nous aider à éclairer ce qui, selon nous, est la première fonction de la négociation collective, celle liée au fonctionnement du marché. Il ne faut toutefois pas y voir une récupération en bloc des idées du théoricien, lesquelles sont complétées au cours des sections 2 et 3.

L'auteur français théorise : « Le contrat de travail est une opération qui n'apparaît réellement dans le secteur de la production des marchandises qu'avec l'avènement du mode de production capitaliste comme mode dominant dans la formation sociale »[74]. Il l'est l'expression juridique d'un contexte particulier : « L'émergence de cette technique juridique qu'est le moderne louage de services, officiellement devenu ''*contrat de travail*'', est lié au mode de production capitaliste »[75]. Lyon-Caen synthétise : « Il a fallu cet évènement historique, la dissociation du travail humain de la propriété des moyens de travail, pour que naisse le moderne droit du travail. Il a fallu que l'homme soit considéré comme juridiquement libre. Il a fallu que pour vivre, l'homme ''*libre*'' soit contraint de vendre sa force de travail contre un salaire ou un traitement »[76]. Résumé encore plus brièvement, le droit du travail, mis en scène au travers de la négociation collective, est l'expression juridique

[71] K. MARX, *Travail salarié et Capital*, Paris, Ed. Sociales, 1952, p. 22.

[72] K. MARX, *Le capital*, *op. cit.*, p. 130.

[73] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, p. 8.

[74] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *Procès*, 2-1978, pp. 15-115, spéc. p. 36.

[75] *Ibid*, p. 31.

[76] G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Droit* ouvrier, 1951, p. 1. Dans le même sens, Marx a écrit : « La sphère de la circulation des marchandises, où s'accomplissent la vente et l'achat de la force de travail, est en réalité un véritable Eden des droits naturels de l'homme et du citoyen », K. MARX, *Le Capital*, *op. cit.*, p. 135.

du mode de production capitaliste. Il habille et crée en même temps la relation de production. N'aurait-elle pas pu plutôt rester nue ?

La pratique juridique exprime, par la mise en scène de la négociation collective de travail, les rapports de production. Toutefois, en les exprimant, elle les déforme. « Si le droit du travail participe en première ligne à la représentation illusoire des rapports sociaux (…) en donnant à croire que ceux-ci n'existent pas tels qu'ils sont, ce n'est pas aux fins de pure mystification (…) mais bien plutôt pour les faire fonctionner »[77]. Le dernier mot de la citation met en avant la fonction nécessaire du droit du travail.

23. *Approche historique de la nécessité* - La nécessité peut être comprise dans un sens historique. Par exemple les crises sociales de la seconde moitié du XIXe furent des moments où « le rapport de forces dans le champ politique est favorable à la classe ouvrière » et « où le rapport, sans être finalement renversé, semble tout près de basculer » – il a d'ailleurs basculé dans la Russie tsariste – et « où la classe dominante juge opportun, ''*pour sauver les meubles*'', de faire des concessions »[78]. Parfois la classe dominante ne parvient pas à résorber la violence : la crise capitaliste de 1929 a par exemple participé au climat de guerre[79].

24. *Approche anhistorique de la nécessité* - Mais il faut aller plus loin. La vision selon laquelle le droit du travail est l'émanation du rapport de force entre la classe ouvrière organisée et les représentants des propriétaires des moyens de production est réductrice. En effet, « la naissance d'une ''*législation industrielle*'' est due en partie à des préoccupations étrangères au péril que pouvaient représenter les revendications ouvrières »[80]. Plus précisément, « certaines institutions, aujourd'hui volontiers perçues comme des conquêtes ouvrières, ont été largement inspirées à l'origine par le souci d'assurer la discipline des travailleurs par l'encadrement et l'édification »[81]. Par exemple, « la reconnaissance de la liberté syndicale et l'institution des conventions

[77] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 60.

[78] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 38. Dans le même sens : P.-O. DE BROUX, « L'internationalisation des droits sociaux fondamentaux. De la paix mondiale à la justice sociale : les origines de la Charte sociale européenne », *in* F. DORSSEMONT, S. VAN DROOGHENBROECK, G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer - Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail* », Bruxelles, la Charte, 2016, pp. 15-39, spéc. p. 21.

[79] E. J. HOBSBAWM, *L'âge des extrêmes. Une histoire du court XXe siècle, 1914-1991*, Paris, Editions Complexes, 1994, pp. 61, 179.

[80] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 40.

[81] *Ibid.*

collectives sont moins apparues, dans d'importants secteurs du mouvement ouvrier, comme des conquêtes sociales que comme des moyens de discipliner la classe ouvrière »[82].

Le droit du travail exprime (par nature en les déformant) les rapports de production et permet l'exploitation. Le droit du travail ne peut donc être vu comme la bibliothèque rose – le pendant charitable – du droit privé[83]. Dans le même sens, « prendre le droit du travail pour un contre-droit fondamentalement favorable aux salariés n'est-ce pas, dès lors, tomber dans le piège tendu par les causes et circonstances de son émergence, en le prenant pour ce qu'il prétend être ? »[84] alors que « la contradiction se manifeste au cœur même du droit du travail »[85]. Au contraire, il semble compléter et prolonger adéquatement la liberté d'entreprise, pour permettre sa réalisation.

Plus conceptuellement, le droit du travail « désigne en masquant »[86] et c'est « dans et par cet écart », inhérent à la fonction de langage, « que le juridique contribue essentiellement à structurer les rapports de production eux-mêmes et à les reproduire »[87]. Antoine Jeammaud explique par-là que « les formes juridiques, exprimant et codifiant dans le même mouvement qu'elles masquent la vérité des rapports capitalistes de production sont irrationnelles et cependant nécessaires »[88]. « Sans être engendré par les forces de production, pas plus qu'il ne les engendre, le droit les conditionne en ce sens qu'il est un élément de la constitution de ces rapports »[89]. Autrement dit, les tensions qui traversent l'organisation de notre système productif sont telles que, sans le droit du travail collectivement mis en scène, il ne pourrait pacifiquement se perpétuer.

Dans cette première approche du droit du travail, Antoine Jeammaud reconnait à ce dernier un rôle nécessaire de perpétuation du système capitaliste. « Il s'agit de comprendre que le droit du mode de production capitaliste, et le droit du travail en première ligne, n'intervient pas comme condition secondaire, surajoutée et donc accessoire, des rapports de production spécifiques de ce mode – pour mettre de l'huile dans les rouages en quelques sortes – mais qu'il est leur condition *sine qua non*»[90]. Le caractère nécessaire de cette condition

[82] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 41.

[83] P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Travail contemporain et marchandise : libre propos », *op. cit.*, p. 680.

[84] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 54.

[85] *Ibid,* p. 45.

[86] *Ibid,* p. 61.

[87] *Ibid,* p. 62.

[88] *Ibid,* p. 78.

[89] *Ibid.*

[90] *Ibid,* p. 92.

impose qu'elle soit continuellement rencontrée. Les différents lieux de la négociation collective sont alors les lieux où on répète inlassablement la pièce du droit du travail, faisant par-là fonctionner l'écart de langage nécessaire au fonctionnement du marché[91]. L'écart de langage nécessaire au fonctionnement du marché prend des formes variées, comme les « pouvoirs rigoureusement limités (non-pouvoir) des représentants des travailleurs en matière ''*économique*'' » ou la référence constante au « chef d'entreprise »[92] dans les lieux paritaires de la négociation collective de travail. Plus pratiquement, chaque réunion du Comité pour la prévention et la protection au travail, chaque conseil d'entreprise, chaque réunion de Commission paritaire et chaque rencontre du Groupe des Dix réalise le droit du travail et la reconnaissance du pouvoir du détenteur des moyens de production. En conclusion, le droit du travail dans son ensemble ne serait-il pas le droit du capital, expression juridique nécessaire au système d'exploitation de la force de travail et qui permet son fonctionnement ?[93]

25. *La négociation collective de travail déploie dans l'entreprise le principe d'égalité et d'autonomie de la volonté des parties* - Des auteurs mettent en avant que le lien entre le droit du travail et le droit des obligations n'est jamais tout à fait rompu[94]. La collectivisation du marchandage ne fait pas exception à la règle : elle respecte à la fois le principe d'égalité et celui de l'autonomie de la volonté des parties.

[91] Les lieux de la négociation collective sont variés et elle n'exige pas de se tenir dans des cénacles particuliers, définis par la loi. Le cas d'étude 1 montre par exemple que la pratique peut faire naître de nouveaux lieux. Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, section 1, n° 101. Dans l'introduction générale, nous avons fait référence au rôle joué par la négociation collective de travail dans la suppression de certaines discriminations entre les régimes des travailleurs employés et ouvriers. A ce sujet, il est utile de remarquer que l'extrait d'une communication du syndicat majoritaire que nous avons alors reproduit ne fait état d'aucun lieu, spécifiant seulement « 27 heures de négociations ininterrompues ». C'est par contre un bon exemple d'écart de langage puisque, alors que le titre annonce un compromis (que le langage assimile à une convention), la suite du texte explique : « Non, le texte de compromis n'est pas un accord. Ce n'est pas un accord entre partenaires sociaux, et ce n'est pas un accord entre les partenaires sociaux et le gouvernement. C'est une proposition faite par la ministre de l'Emploi au gouvernement, après la guerre d'usure de jeudi et de vendredi. La ministre estime que cette proposition bénéficie globalement d'une adhésion suffisante ». Voy. *supra*, n° 3.

[92] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 73.

[93] *Ibid*, p. 58.

[94] Sur l'inscription du droit du travail dans le droit des obligations, vis-à-vis duquel le droit du travail « apparaît comme l'ensemble des exceptions apportées par le législateur au droit des obligations » : M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, pp. 58 et s. ; M. JAMOULLE, « Contrat de travail et contrat d'emploi », *R.P.D.B.*, 1969, pp. 516-617. Sur le droit commun des obligations, dont le droit du travail « n'est ni séparé, ni dissociable », voy. A JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *op. cit.*, p. 21.

Principe d'égalité : la collectivisation du marchandage a pour conséquence que les parties, réputées traiter sur un pied d'égalité, sont légitimées pour encadrer juridiquement la relation de production. Le rétablissement du rapport de force qu'opère le droit relève, en partie, d'une mise en scène. Autrement dit, l'expression juridique de la réalité est « tout autre chose que les rapports capital/travail salarié qui commandent réellement la structuration d'une formation sociale »[95]. Concrètement, le fait qu'une certain nombre de représentants des travailleurs s'assoient d'un côté de la table de la Commission paritaire ne supprime pas le déséquilibre économique. En fait, « la mise en scène que réalise le droit fait de ses ''*sujets*'' des acteurs suffisamment imprégnés de leur rôle pour pouvoir donner un nombre indéfini de ''*représentations*'' sans direction chaque fois renouvelée de leur jeu »[96]. Le rôle insufflé par le droit et la fiction juridique d'égalité pousse les acteurs à participer indéfiniment au marché.

Principe d'autonomie : Les parties négocient en toute autonomie, sans restriction quant à l'objet de la négociation. Il en découle que négocier collectivement, c'est tout autant définir si lacer des chaussures de sécurité fait partie du temps de travail des ouvriers d'une institution hospitalière que de décider comment organiser un système de santé. On voit là le champ potentiellement très large de la négociation collective de travail – machine à rêve du syndicaliste en quête d'émancipation collective (nous reviendrons sur cet aspect dans la section 2). De l'autonomie découle surtout que chaque partie à la négociation est maître incontesté du contenu de celle-ci. La partie employeur, sensiblement dominante dans le réel, peut facilement imposer agenda et programme de négociation. On comprendra par-là que la négociation collective ne remet *jamais* en cause la supériorité et la domination du « chef d'entreprise », liée à sa propriété des moyens de production (laquelle n'est *jamais* au programme de la négociation collective) et inscrite par le droit dans le contrat de travail[97]. Seule hypothèse de discussion de la question de la propriété : celle où le détenteur des moyens de production *consent* à leur abandon. D'expérience, cette hypothèse existe surtout lorsque le capitaliste souhaite mieux terminer une activité économique qu'il pense finie (cet élément fera l'objet de développements dans la section 3[98]).

[95] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 62.

[96] *Ibid*, p. 97.

[97] M. Jamoulle relève que G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen caricaturent à peine lorsqu'ils affirment qu' « on parlera de la couleur des murs, non des cadences de travail ; du bruit ou de l'environnement de travail, non de son contenu ». M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, p. 82. Pour une évaluation nuancée et en contexte de cette affirmation, voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, section 1, Sous-section 2. Historique des relations de travail au sein de Sanoma.

[98] Voy. *infra*, n° 46.

§ 2. La négociation collective de travail crée les conditions d'égalité dans l'exploitation

26. *La négociation collective de travail crée l'égalité des conditions de concurrence* - A ce stade, nous avons montré que la négociation collective de travail, par le discours qu'elle formule, insuffle le B.A.BA du capitalisme dans les entreprises. Le postulat d'égalité entre les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs permet la négociation collective de travail (attention à la formulation : l'égalité n'est pas une condition de validité de la négociation collective, de telle sorte que les négociations collectives sont arrêtées en cas de constat de rupture d'égalité ; elle est un postulat légitimant leur existence). Le même postulat d'égalité permet à l'ouvrier de se vendre lui-même, « morceau par morceau »[99], heure par heure. A cet égard, nous avons déjà rappelé le lien entre la révolution bourgeoise et deux textes, le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. Toutefois, le détenteur des moyens de production n'a pas uniquement besoin de pouvoir acheter du travail. Pour assurer une viabilité à son entreprise, il a besoin que les autres détenteur des moyens de production achètent du travail dans les mêmes conditions. Selon Marx, « le premier droit du capital n'est-il pas l'égalité dans l'exploitation du travail ? »[100]. Dans son ouvrage *Le Capital,* l'auteur explique à plusieurs reprises que « le capital est, par sa nature, un niveleur. Le capital réclame [...] l'égalité des conditions d'exploitation du travail »[101]. Il explique plus loin « le fait que les capitalistes eux-mêmes réclament à corps et à cri l'égalité des conditions de concurrence, c'est-à-dire les mêmes bornes à l'exploitation du travail »[102]. Engels complète : « La concurrence, qui est la forme fondamentale des relations entre libres producteurs de marchandises, est la plus grande niveleuse qui soit, l'égalité devant la loi devint le grand cri de guerre de la bourgeoisie »[103]. Nous insistons sur ce point, qui structure un part importante de nos travaux doctoraux : le fait que le droit du capital, que nous nommons au XXIe siècle « liberté d'établissement » ou « libre prestation de service » exige l'égalité

[99] K. MARX, *Travail salarié et capital, 1891*. Extrait de Marx et Engels, *Œuvres choisies,* Éditions du Progrès, Moscou, 1978, p. 69-72.

[100] K. MARX, *Le Capital*, *op. cit*, p. 217. Dans une autre traduction, on lit : « le premier droit de l'homme du capital n'est-il pas l'égalité devant l'exploitation de la force de travail ? », K. MARX, *Le Capital,* Livre 1, Paris, Quadrige, PUF, 1991, p. 327.

[101] », K. MARX, *Le Capital,* Livre 1, Paris, Quadrige, PUF, 1991, p. 446.

[102] *Ibid,* p. 551. K. MARX utilise l'exemple de fabricants de clous et de chaines à Bristol et il précise alors que l'égalité ne vise pas seulement l'égalité dans les conditions de production, mais aussi le respect par tous de conditions d'exploitation ne conduisant pas, par un travail en dehors des heures, à « l'épuisement de la force de travail ». K. MARX, *Le Capital,* Livre 1, Paris, Quadrige, PUF, 1991, pp. 551-552.

[103] F. ENGELS, « Socialisme des juristes », *op. cit., pp. 49-51.*

(la non-discrimination) dans l'exploitation[104]. Jeammaud explique : « en précisant les modalités et conditions d'achat et mise en œuvre de la force de travail, les dispositions du droit du travail, de primes abord essentiellement ''protectrices'' des salariés fonctionnent (''plus essentiellement'' faudrait-il oser dire) comme garanties de l'égalité entre fonctionnaires du capital, donc garanties de la concurrence capitaliste »[105]. Il précise dans d'autres travaux que : « le droit du travail [...] assur[e] une manière d'égalité entre entrepreneurs concurrents et, au-delà de ces derniers, entre détenteurs du capital, au service d'une ''saine concurrence'' »[106]. L'auteur français ajoute ailleurs que l'égalité dans l'exploitation « passe par un ensemble de règles qui ne sont pas toutes, à proprement parler, des règles d'égalité, mais qui tendant à assurer une égalité de traitement des salariés »[107]. Il explique par exemple, qu'aux normes visant l'égalité de traitement, « se mêlent ou s'ajoutent des règles de non-discrimination, prohibant ou disqualifiant certaines décisions ou distinctions entre salariés »[108]. Micheline Jamoulle ne fait-elle pas écho à la même fonction, lorsqu'elle explique que « l'interventionnisme contribue à collectiviser et à uniformiser les relations de travail » et que ce « cadre extérieur » « se trouve également alimenté par conventions collectives » ?[109] Plus récemment, Frédéric Géa attribue une fonction de régulation de la concurrence au droit du travail[110]. Le rôle de la négociation collective serait donc, en plus d'insuffler les rapports de production dans l'entreprise, des les niveler, afin de créer les conditions d'une concurrence équitable. Exprimé dans le langage du droit de la concurrence auquel nos écrits vont progressivement se plier, cela revient à dire que la réglementation du travail est un élément du *level playing field* et que la négociation collective de travail, en vue de permettre le fonctionnement du marché, met en œuvre, en pratique, le principe de non-discrimination.

Conclusion de la section 1

27. En résumé, la négociation collective de travail insuffle les rapports de production dans les entreprises, en diffusant le postulat d'égalité permettant de conclure des contrats de travail. Elle répond également au besoin des entreprises, lesquelles réclament « à corps et à cri » l'égalité des conditions de concurrence, c'est-à-dire les mêmes bornes à l'exploitation du travail. Ce faisant, elle est un élément nécessaire au fonctionnement du

[104] La liberté d'établissement, ici au sens de l'article 49 du TFUE, tout comme la libre prestation de services, au sens de l'article 54 ou la non-discrimination, au sens de l'article 18 toujours du même texte.

[105] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, p. 92.

[106] A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *op. cit.*, p. 21.

[107] A. JEAMMAUD (« La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 378.

[108] *Ibid,* p. 378.

[109] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, pp. 63.

[110] F. GEA, « A quoi sert le droit du travail ? », *op. cit.*, p. 440.

marché, parce qu'elle permet de nouer des contrats de travail et qu'en soumettant les entreprises aux mêmes contraintes, elle crée les conditions de la concurrence loyale. Pourtant, la négociation collective de travail ne véhicule-t-elle pas, surtout dans le chef de certains de ses protagonistes, un désir d'émancipation du travailleur ? Nous nous penchons sur cette question dans la section 2.

Section 2. En introduisant des restrictions de concurrence, la négociation collective de travail crée de l'égalité au-delà de ce que requiert le marché

28. *Plan de la section* – Le premier paragraphe de la section 2 explore, par l'examen de certains développements du droit, les désirs d'émancipation véhiculés par la négociation collective de travail. Nous suggérons alors que la réalisation de ce désir est un échec perpétuel. Malgré tout, nous mettons ensuite en avant que les restrictions de concurrence introduites par la négociation collective de travail pour créer de l'égalité sont susceptibles d'aller plus loin que ce qui est requis par le fonctionnement du marché.

§ 1. La négociation collective de travail ne permet pas de dépasser la condition de travailleur

29. *Le travailleur, une personne séparée du travail* - L'objet *travail*, soit un produit que consomment les détenteurs des moyens de production et, par-là, un objet juridique de la négociation collective, n'est pas dénué de particularités[111]. Le travail, bien avant l'ère industrielle ou la révolution française, se révèle être la manière privilégiée qu'ont les hommes et les femmes de façonner le monde qui les entoure[112]. Nous ne nous appesantirons pas sur son étymologie francophone, permettant de le relier à la mise au monde dans la souffrance, ou la néerlandaise (et anglaise), qui renvoie à l'œuvre[113]. Le travail recouvre les activités humaines, coordonnées en vue de perfectionner l'environnement dans lequel elles s'intègrent. Il est (sans doute devenu au fil des siècles de notre ère) la voie privilégiée de participation au monde[114]. Selon cette conception, la participation des travailleurs au façonnement de leur communauté de travail va d'elle-même, puisque c'est leur voie privilégiée d'humanisation du monde[115]. Pourtant, on a compris à la lecture du paragraphe précédent, combien les travailleurs ne participent *pas* à la conduite véritable de l'entreprise, dont ils fournissent

[111] A ceci près que nous illustrons dans le cas d'étude 1 (en plus des précisions de cette sous-section) que la négociation collective de travail se penche presque exclusivement sur les externalités du travail : la rémunération qui y est attachée, sa durée, ses conditions de réalisation. Nous y décelons la reconnaissance implicite du pouvoir du « chef d'entreprise ». Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, section1, n° 89.

[112] Dans ce sens : A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 27.

[113] Acceptions française et néerlandaise se rencontrent d'ailleurs dans le terme ouvrier, qui exprime l'ouvrage, le *werk*.

[114] On renvoie aux historiens de savoir si d'autres siècles ont été placés sous la houlette de personnages tels l'inventeur, le guerrier, le poète, ou le scientifique. Michel Foucault identifie qu'il s'agit aujourd'hui de l'entrepreneur. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, spéc. p. 212.

[115] Le vocable communauté de travail renvoie à une réalité préindustrielle mais aussi actuelle, puisque c'est une manière de se référer à l'unité technique d'exploitation. Sur cette notion : S. REMOUCHAMPS, « Quelques considérations sur la présomption d'unité technique d'exploitation », *TSR-RDS*, 2011, pp. 256-282.

uniquement l'un des consommables – le travail – et comment la négociation collective de travail légitime et réalise en fait les rapports d'exploitation. La relation juridique de travail « rejette les salariés en dehors de la cellule économique à l'œuvre de laquelle ils sont pourtant appelés à participer »[116]. Cette *séparation* de l'homme et de son travail, conséquence du droit civil et de son prolongement par le droit du travail, irrite, révolte et fonde sans doute en partie les mouvements de travailleurs, puis de négociation collective. Le besoin politique de résoudre la séparation entre l'homme et son travail apparait de façon plus prégnante lorsque des évènements graves mettent en perspective les injustices que crée le système capitaliste et que, au moment de réintégrer les rôles, les acteurs se posent immanquablement la question du pourquoi. « Pourquoi, après avoir fait de nous des soldats, devrions-nous reprendre notre bleu de travail ? » imagine-t-on dans la bouche des ouvriers. C'est la raison pour laquelle les travaux législatifs d'après-guerre sont souvent marqués par une gravité qui tait les intérêts particuliers. La conscience d'une destinée commune et des désastres qu'elle a provoqués encourage à ôter les masques. Prenons dès lors un moment pour examiner certains travaux législatif consécutifs aux deux évènements marquants du XXe siècle en Europe : les deux guerres mondiales. Dans un premier temps, nous allons montrer que tant en Allemagne en 1919, qu'à l'échelon international et qu'en Belgique, les tentatives d'émancipation ont avorté. Ensuite, nous analysons la situation de la Belgique en 1948, en ancrant les développements juridiques qui y ont pris place avec la construction européenne. Ce faisant, nous pouvons dresser un panorama tant national qu'international. Précisions déjà que des analyses similaires pourraient découler de la Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947 ou, en France, des textes réglementaires adoptés dans le sillage du programme du Conseil national de la Résistance.

(i) Analyse de certains développements juridiques consécutifs à la première guerre mondiale en Allemagne, à l'échelon international et en Belgique

30. *L'échec de Weimar* - En 1919, la Constitution de l'organisation mondiale la plus ancienne encore en activité, l'OIT, indique « *qu*'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale »[117]. En Allemagne, « inspiré notamment par Hugo Sinzheimer, l'article 165 de la Constitution de Weimar prévoyait parmi les institutions du Reich des conseils ouvriers chargés de missions assez importantes. (…) C'est ce qu'on appela ''ancrer dans la Constitution'' les conseils ouvriers issus de la Révolution[118], à la fois contre ceux qui

[116] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, p. 73.

[117] Partie XIII du Traité de Paix de Versailles signé le 29 juin 1919, qui deviendra la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT), art. 387 à 426. Sur cette dynamique : P.-O. DE BROUX, « L'internationalisation des droits sociaux fondamentaux. De la paix mondiale à la justice sociale : les origines de la Charte sociale européenne », *op. cit.*, pp. 15-39.

[118] Souvenons-nous qu'en 1918 le péril rouge était direct et que des villes allemandes symboliquement importantes, comme Kiel, furent contrôlées par les révolutionnaires. E. J. HOBSBAWM, *op. cit.*, p. 91.

voulaient les dissoudre et ceux qui cherchaient au contraire à les laisser, sans contrôle démocratique, développer et accroitre leur influence, d'après le modèle récent des soviets »[119]. Cette consécration associait, au niveau national, un conseil ouvrier à un conseil industriel, lequel aurait pour charge de définir des « objectifs de travail » (*betriebszweck* en allemand), ayant pour vocation de limiter la liberté de l'employeur de contrôler l'usage des moyens de production[120].

En tant que représentant du SPD (le parti social-démocrate allemand) à l'assemblée nationale et porte-parole de ce même parti sur les questions de travail, Sinzheimer a pu convaincre de l'importance d'inscrire dans l'article 165 de la Constitution de Weimar un système reposant sur des conseils. L'objectif du système entier était de limiter la liberté de contrôle des moyens de production de l'employeur. L'idéal de Sinzheimer, qui était de dépasser la domination imposée par le droit privé et de réaliser l'émancipation du travailleur dépendant, s'est malheureusement retourné contre lui-même. Là où le juriste avait inscrit dans la Constitution de Weimar des mécanismes institutionnels conduisant à créer une démocratie économique, aucune législation n'est venue les mettre en œuvre. De l'article 165, une seule partie fut mise en œuvre, celle prévoyant des conseils de représentants des travailleurs au niveau de l'entreprise. En l'absence d'une architecture complète, face aux seuls conseils et en l'absence de définition législative, la jurisprudence a donné une signification contraire au concept de *betriebszweck*. En effet, les juridictions du travail ont interprété les « objectifs de travail » comme une co-extension des objectifs de l'employeur de maximisation des profits, venant même à faire prévaloir ce but sur l'intérêt des travailleurs exprimé par le résultat des négociations collectives en entreprise[121].

31. *Un échec aussi à l'échelon international* - Cette vision peu enthousiasmante de l'élan législatif postérieur à la première guerre mondiale pourrait être nuancé, surtout si l'on prête attention à l'action de l'OIT, « qui va déployer son activité bien au-delà des missions que lui octroyaient les traités de paix. De 1919 à 1939, ce ne sont pas moins de 67 conventions que l'OIT va proposer à la ratification de ses membres, outre une série équivalente de recommandations et d'autres travaux »[122]. Toutefois, cette « activité débordante », « inquiète d'emblée les Etats » et, « dès 1921, une commission d'experts de la Société des Nations est chargée d'examiner la ligne de conduite du BIT »[123]. Les conséquences politiques de ce genre de commission sont

[119] L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 177.

[120] R. DUKES, *The Labour Constitution. The enduring Idea of Labour Law*, *op. cit.*, p. 23.

[121] *Ibid*, pp. 22-23.

[122] P.-O. DE BROUX, « L'internationalisation des droits sociaux fondamentaux. De la paix mondiale à la justice sociale : les origines de la Charte sociale européenne », *op. cit.*, p. 23.

[123] *Ibid.*

difficile à estimer et, souvent, leur institution est le fait saillant le plus marquant. Cette reprise main a-t-elle conduit à un recadrage de l'action de l'OIT en faveur des principes capitalistes ? A l'heure actuelle, il est seulement possible de remarquer que, parmi les huit conventions dites « fondamentales » de l'OIT, six au moins peuvent être directement raccrochées à la prolongation – dans le sens de ce que nous expliquions dans la section 1 – des idéaux révolutionnaires et du principe de non-discrimination nécessaire au fonctionnement du marché[124]. En effet, le Conseil d'administration du Bureau international du Travail a identifié, en juin 1998, huit conventions comme fondamentales pour les droits humains au travail. Selon les termes de l'organisation, ces conventions recouvrent « quatre aspects principaux pour l'établissement d'un '' plancher '' social dans le monde du travail : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé et obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession»[125]. Parmi ces quatre thématiques, l'élimination du travail forcé et l'élimination de la discrimination illustrent bien comment les normes de l'OIT participent à diffuser, dans le monde du travail, la liberté formelle du travailleur et l'égalité dans l'exploitation. Plus précisément, les six conventions fondamentales dont nous pensons qu'elles sont nécessaire au fonctionnement du marché sont les suivantes : la Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, la Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, et, bien sûr, la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. Il est plus délicat de relier les deux conventions fondamentales restantes, à savoir la Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 et la Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 aux mêmes enjeux, même s'il n'est pas impossible d'y voir un lien avec le besoin de maintien de la main d'œuvre.

[124] A savoir la Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, la Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957, et, bien sûr, la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

[125] *Les conventions fondamentales de l'organisation internationale du travail*, Programme focal de promotion de la Déclaration, Bureau international du Travail, Genève, 2002, p. 7.

32. *Et partagé en Belgique* - En ce qui concerne la Belgique et afin de progressivement se tourner vers la scène nationale, l'enthousiasme semble aussi céder la place à de nombreux blocages et, en un mot, à l'enragement des socialistes dont le « système idéal (…) n'avait aucune chance d'aboutir »[126].

En résumé, en Allemagne, en Belgique ou au niveau international, les aspirations à l'émancipation consécutives à la première guerre mondiale n'ont pas trouvé une concrétisation satisfaisante dans le chef de ceux qui les portaient. L'analyse des évolutions juridiques consécutives à la deuxième guerre mondiale va-t-elle nous amener à tirer un constat identique ?

(ii) Les travaux législatifs belges consécutifs à la seconde guerre mondiale : l'exemple de la commission spéciale

33. *En 1948 en Belgique, l'esprit de Philadelphie* - Nouveau choc, nouveaux idéaux et en 1947, un air de justice sociale souffle sur l'Europe[127]. A Bruxelles, le 4 juin, le ministre du Travail et de la Prévoyance sociale propose de créer une commission spéciale « dont le rôle serait singulièrement large, puisqu'elle aurait à examiner toutes les propositions déjà déposées et même celles qui pourraient l'être encore, afin d'édifier une construction harmonieuse qui assumera la participation des employeurs et des travailleurs à l'organisation économique et sociale des entreprises ». Elle est composée de 23 élus, dont le président et le vice-président de la Chambre des représentants ainsi que d'un externe. La commission spéciale est chargée du travail législatif rentrant dans le cadre des « réformes de structure ». Elle siège du 8 janvier au 28 avril 1948 et se saisit de cinq documents parlementaires[128] : le projet de loi portant création d'un Institut des réviseurs d'entreprise[129] ; la proposition de loi concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil national du

[126] G. VAN THEMSCHE, *La sécurité sociale. Les origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, De Boeck, 1944, p. 22.

[127] Le 10 mai 1944, la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, réunie à Philadelphie, aux États-Unis – l'Europe est alors encore occupée –, a adopté la Déclaration de Philadelphie qui redéfinit les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail. La Déclaration de Philadelphie proclame que « le travail n'est pas une marchandise ».

[128] C.R.I., *Doc. parl.*, Ch. repr., séance du mercredi 4 juin 1947, p. 14 ; Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1947-1948, n° 511, p. 3. Sur ces travaux voy. W. DAMBRE, « Ontstaangeschiedenis van de ondernemingsraden in België (1944-1949) », *Res Publica*, 1985, pp. 87-124, spéc. p. 113 ; L. BETTENS, « La loi sur instituant les élections sociales a 60 ans. Retour sur une étape essentielle de la mise en place de la concertation sociale en Belgique », Analyse de l'IHOES, www.ihoes.be (consulté le 6 sept. 2017).

[129] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 52, lequel aboutira à la L. du 22 juill. 1953 créant un Institut des reviseurs d'entreprises, *M.B.*, 2 sept. 1953.

Travail[130] ; la proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales[131] ; le projet de loi portant organisation de l'économie[132] ; le projet gouvernemental sur l'enregistrement comptable[133]. Les intitulés des projets et proposition de lois montrent combien il s'agit de combiner l'organisation de l'économie avec la négociation collective de travail.

Sur le plan des idéaux, le rapport de la commission spéciale sur le projet de loi portant organisation de l'économie donne la mesure de l'élan qui anime le travail législatif. On y lit que « la déclaration que l'égalité politique est aujourd'hui compromise par l'inégalité économique […] ne rencontre pas de contradiction sérieuse ». Face à ce constat, le Gouvernement d'alliance entre les démocrates-chrétiens et les socialistes « est résolu à créer des organes qui permettront aux travailleurs de participer activement à tous les degrés de la vie économique »[134]. Conseil central de l'Economie, concertation sectorielle paritaire, conseil d'entreprise, chambres de commerce : le mouvement est de taille. Parmi eux, « le conseil d'entreprise est de tous les organes prévus par le présent projet, celui dont l'institution est appelée à avoir la signification la plus profonde au regard des principes de notre droit »[135]. Les principaux lieux de négociation en entreprise sont créés à ce moment : la délégation syndicale est instituée par l'accord national du 17 juin 1947 relatif aux principes généraux du statut des délégations syndicales du personnel des entreprises[136] et la loi du 20 septembre 1948 relative à l'organisation de l'économe crée le conseil d'entreprise paritaire (lequel sera par la suite complété

[130] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1946-1947, n° 486, laquelle aboutira à la L. du 29 mai 1952 organique du Conseil national du travail, *M.B.*, 31 mai 1952.

[131] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1946-1947, n° 487, laquelle aboutira à la L. du 1er déc. 1953 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, *M.B.*, 16 déc. 1953.

[132] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 50, lequel aboutira à la loi du 20 sept. 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27-28 sept. 1948.

[133] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 470.

[134] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *Le rôle du réviseur d'entreprise à l'égard du Conseil d'entreprise - De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, Anvers, Maklu-uitgevers et ICCI, Centre d'information du révisorat d'entreprises, 2010, p. 6.

[135] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 50, p. 12.

[136] Lequel texte donnera suite au texte actuellement applicable, à savoir la la Convention collective de travail n° 5 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises conclue le 24 mai 1971 au sein du Conseil national du Travail.

par un comité pour la protection et la prévention au travail)[137]. Quelques années plus tard, en 1952, le Conseil national du Travail est institué[138].

L'influence des travaux de la commission spéciale sur les documents parlementaires qui lui sont soumis est considérable. Par exemple, pour relever un domaine qui fera l'objet d'une étude approfondie dans la partie II de la thèse, la proposition de loi du 16 novembre 1949 portant création d'un Institut de réviseurs d'entreprise s'inscrit dès les premières lignes dans la nécessité de faire appel à des réviseurs soumis à une discipline professionnelle sévère pour assurer « le fonctionnement harmonieux des conseils d'entreprise ». Il s'agit de « vérifier et certifier l'exactitude des renseignements communiqués par le direction au conseil d'entreprise »[139]. En bref, un système donnant plus de pouvoir à la main-d'œuvre apparaît. Dans le monde actuel où les décisions relatives à la vie des entreprises sont plus souvent prises à l'extérieur – par les actionnaires, une maison-mère, les clients ou les fournisseurs –, ce système surprend[140]. Il s'agit, selon la commission spéciale, « de bâtir un statut de collaboration entre l'élément propriétaire des moyens de production et l'élément de mise en œuvre de ces moyens »[141]. On reconnait, dans les travaux de la loi de 1948, les idéaux de Sinzheimer, selon qui une vaste majorité de la population n'était pas libre aussi longtemps que la démocratie politique n'était pas alliée à une démocratie économique[142].

34. *La réalité de Manchester* - Mais la participation, même réelle, des syndicats à l'élaboration de la rationalité juridique n'est-elle pas une manière de les rendre auteurs, donc responsables, d'un droit capitaliste servant à habiller leur domination ? Lucien François écrit qu'une façon « peut-être encore plus intime, de faire participer les syndicats à l'élaboration de normes étatiques, consiste non plus à leur permettre d'imposer un modèle aux organes étatiques habilités à produire ces normes, mais à les admettre au sein de ces organes ». Et le

[137] Loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27 septembre 1948.

[138] Loi du 29 mai 1952 organique du Conseil national du Travail, *M.B.*, 31 mai 1952.

[139] *Doc. parl.*, Ch. repr., 1949-1950, n° 514, p. 1. Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 2, section 1, n° 129 et s.

[140] Pour une illustration récente de la manière dont les autorités concoivent le direction d'une entreprise, *voy.* le Livre vert de la Commission européenne « Restructurations et anticipation du changement: quelles leçons tirer de l'expérience récente? », COM 2012/07 qui explique que les « ajustements » dans l'entreprise découlent « du renforcement de la concurrence et de l'émergence de nouveaux concurrents, de l'évolution des préférences des consommateurs, des modifications de la législation, de la disponibilité et du coût des ressources et des autres facteurs de production, de l'accès au marché », etc… mais apparement peu des initiatives des travailleurs !

[141] Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 511, p. 25.

[142] R. DUKES, *The Labour Constitution. The enduring Idea of Labour Law, op. cit.*, p. 18.

professeur de la cité industrielle de renvoyer aux multiples modes de participation existants : les juges sociaux dans l'ordre judiciaire, la désignation conjointe des magistrats de carrière des juridictions du travail par le ministre qui a en charge la justice et celui dont relève le travail ; la participation dans de nombreux organes de gestion, comme le comité de gestion de la sécurité sociale ou aussi d'organismes à visées économiques tels la Banque nationale, des Universités de l'Etat sans parler des innombrables organismes en principe consultatifs[143]. Nous considérons que l'*intimité* à laquelle il est fait référence se distingue difficilement d'une adhésion au système de liberté de travail consacrée par le droit révolutionnaire[144]. Ailleurs, le même auteur explique que « dans l'ensemble, le mouvement syndical tient beaucoup plus systématiquement à contester le pouvoir patronal qu'à le remplacer ». Selon lui, « c'est une constante du discours syndical que de reprocher aux maitres des moyens de production (au ''*capital*'') de négliger et souvent de même de sacrifier délibérément les intérêts des travailleurs. Mais si depuis un siècle cette accusation accompagne régulièrement les revendications successives et leur apporte un appui psychologique certain, il reste immanquablement rare que l'action syndicale aille jusqu'à tenter réellement d'ôter à ces maîtres leur pouvoir »[145]. Les travaux préparatoires de la loi de 1948 portant organisation de l'économie se sont pas exempts de cette conception. D'emblée, il s'ouvrent en référence à « la philosophie politique qui a précédé ou a suivi la Révolution française »[146] et on remarque à leur lecture l'intime imbrication qui réalisée entre deux tresses, celle de la participation des travailleur et celle de leur reconnaissance de l'autorité légitime de l'employeur[147]. Le premier principe de la convention collective n° 5 conclue au sein du Conseil national du Travail, un texte que nous examinons dans le cas d'étude 1 de la partie II et fondamental pour un des deux canaux de la représentation en entreprise,

[143] L. FRANÇOIS, *op. cit.*, pp. 208-209.

[144] La Commission consultative et de concertation en matière de placement en Wallonie (COPLA) a une compétence en principe consultative en matière de régulation du secteur des agences d'emploi et du travail intérimaire, qui prend dans les faits la forme d'une délégation officieuse de la compétence régionale dans le même domaine. Cet état, qui perdure probablement aussi longtemps que l'activité de la COPLA convient aux autorités publiques, satisfait les représentants des entreprises puisqu'ils y participent. La question de savoir si le travail de la COPLA satisfait le banc syndical est plus complexe. En tout état de choses, il y joue un rôle. Sur la COPLA, voy. les art. 8 et 14 du décret wallon du 8 avril 2009 relatif à l'enregistrement ou à l'agrément des agences de placement,*M.B.*, 5 mai 2009. La thématique est développée dans le cas d'étude 4 de la partie II, n° 207 et s.

[145] L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 178.

[146] Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 511, p. 1.

[147] « Ce ne fut d'ailleurs, à aucun moment, le sujet des débats que de mettre en cause les deux piliers du système capitaliste : la propriété privée des grands moyens de production et d'échanges et la production pour le profit ». Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 511, p. 10.

rappelle lui aussi que « les travailleurs reconnaissent la nécessité d'une autorité légitime des chefs d'entreprise et mettent leur honneur à exécuter consciencieusement leur travail »[148].

Nous mettions en avant que le souhait était, en 1948, d'inclure les règles comptables dans les travaux de la commission spéciale. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Belgique ne dispose en effet d'aucune norme de la sorte[149]. Le rapport de la commission spéciale présentée plus haut explique que « la loi sur l'enregistrement comptable, en imposant aux entreprises un plan comptable, comportera les éléments d'investigation pour les Conseils d'entreprises permettant à ceux-ci d'être informés des résultats d'exploitation »[150]. L'exposé des motifs ajoute que « lorsque les deux importantes réformes, actuellement en cours d'élaboration et tendant à l'institution de réviseurs d'entreprise et à l'instauration d'un enregistrement comptable type, seront consacrées par la législation, elles pourront s'intégrer dans le système établi par le projet [sur le conseil d'entreprise] pour lui assurer une complète souplesse et une entière efficacité »[151]. L'idée est donc de conférer aux représentants des travailleurs les clés de lecture et de compréhension de leur entreprise, ce qui est une étape utile sur le chemin de la participation à la conduite de celle-ci. Toutefois, actuellement, qui relie encore les règles comptables applicables aux entreprises et la participations des travailleurs à leur direction ? En 1976, presque deux décennies plus tard, lorsque les obligations comptables sont finalement adoptées, elles reposent sur la « mise au diapason du droit belge au régime qui, demain, sera applicable à l'ensemble de entreprises de la Communauté européenne »[152]. Les objectifs de démocratisation de l'entreprise sont passés au second plan au profit de la *mise au diapason* des travailleurs aux règles du marché intérieur. Le cas d'étude 1 va montrer que cet inaboutissement a des répercussions bien réelles[153]. On

[148] Ce principe vient même avant la reconnaissance de la liberté d'association ! Art. 2 de la Convention collective de travail n° 5 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises conclue le 24 mai 1971 au sein du Conseil national du Travail. Dans le cas d'étude 2, on montre que l'action syndicale est concimmittante de la reconnaissance du fait syndical par le chef d'entreprise. Voy. *infra,* partie II, cas d'étude 1, section 1, spéc. n° 104.

[149] K. CERRADA, Y. DE RONGE, M. DE WOLF, M. GATZ, *Comptabilité et analyse des états financiers*, Bruxelles, De Boeck, 2011, p. 54.

[150] Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 511, p. 45.

[151] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 50, p. 15.

[152] Projet de loi relatif à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1974-1975, n° 621, p. 2. Bien que l'exposé des motifs au Sénat débute par une référence à l' « *harmonie des relations sociales* », cette préoccupation est écartée pendant les 16 pages suivantes et tous les travaux législatifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1974-1975, n° 436.

[153] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 2, n° 127 et s.

reconnait, dans une plus faible ampleur, l'échec de l'article 165 de la Constitution de Weimar : le droit, allié de la construction du marché, reprend le dessus en empêche la réalisation des idéaux.

1919, 1948 : les dépassements du droit révolutionnaire semblent plutôt des fulgurances avortées[154]. L'autonomie de la branche du droit par rapport au droit des obligations se révèle comme un mensonge éloigné du réel[155]. En conclusion, la négociation collective apparait moins comme le vecteur de l'émancipation des travailleurs que comme la mise en scène répétée des rapports de production, sur laquelle vient se greffer un programme irréalisé d'émancipation. Par conséquent, serait-elle la seule servante du marché, œuvrant perpétuellement à son fonctionnement ? Dans le paragraphe suivant, nous nuançons cette idée sur deux plans. D'abord, nous montrons que le nivellement des conditions d'exploitation requiert d'introduire des restrictions de concurrence. Ensuite, la négociation collective de travail est susceptible de créer plus de l'égalité que ce que le fonctionnement du marché exige.

§ 2. La négociation collective de travail introduit des restrictions de concurrence et crée de l'égalité au-delà de ce qui est requis par l'exploitation

35. *L'égalisation des conditions de travail crée de l'exclusion* - Il est utile de préciser que, lorsque de l'égalité est créée entre certains travailleurs, un périmètre est dessiné et, à cette occasion, ce sont toujours d'autres travailleurs qui sont exclus. Le phénomène est inévitable puisque, comme nous l'avons expliqué (*supra*, § 29), un travailleur est défini par la négative comme celui qui est séparé de son travail. Or, cette définition négative n'a pas de limite et elle est susceptible d'inclure un nombre très important de personnes – qui ne jouiront alors pas toutes de l'égalité dans l'exploitation[156]. Le cas d'étude 1 va par exemple montrer que l'attribution aux

[154] Ce thème revient au gré des années dans la doctrine, n'empêchant pas la perpétuation du capitalisme. Par ex. : M. BOURJOL, A. JEAMMAUD, M. JEANTIN, « le droit bourgeois en dépassement », *in Pour un critique du droit*, P.U.G., Maspéro, 1978 ou, plus récent, I. FERRERAS, *Firms as Political Entities. Saving Democracy through Economic Bicameralism*, Cambridge/New York City, Cambridge University Press, 2017.

[155] Ce point un peu abstrait est mieux compris s'il est illustré : Face à un arsenal réglementaire touffu et résolument protecteur du « bon » droit du travail, autonome du droit « économique », le délégué des travailleurs mis aux fers par les contraintes du système de production est souvent dubitatif. Dans les entreprises, ça ne marche pas (comme ça) ! L'efficacité relative du juridique sur l'économique est signalée par Marx dans le Chapitre X du Livre I du Capital sur « *La journée de travail* ». Sur l'autonomie du droit du travail vis-à-vis du droit des obligations, nous renvoyons au chapitre V de l'ouvrage de M. Jamoulle : M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, p. 93 et s.

[156] Les organisations syndicales poussent loin cette extériorisation de la négociation collective, en incluant (marginalement certes) les *travailleurs sans emploi*. Cette double négation, faisant référence à une double séparation (celle de son ouvrage en tant que travailleur, celle de son travail en tant que chômeur), est un geste potentiellement illimité d'inclusion.

travailleurs sous statut indépendant d'une protection contre le licenciement équivalente aux travailleurs salariés s'est fait au détriment d'une autre catégorie : les travailleurs occupés et mis à disposition par la coopérative SMart.

Les dynamiques de négociation collective de travail, plus que des procédés visant à engranger toujours plus de droits et de progrès social, implique selon nous plutôt de créer et de délimiter des ensembles au sein desquels une mise en concurrence du travail est humainement supportable et la libre prestation de services peut sainement prospérer. Cette approche semble corroborée par l'examen du fameux projet de loi mis en exergue dans notre introduction par la citation de Lucien François. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi tendant à garantir la liberté syndicale explique qu' : « un contrat de travail [...] ne doit pas être nécessairement considéré comme illicite par le fait qu'il stipule *l'exclusion* de certains ouvriers. Il y a lieu de chercher si ces clauses ne sont pas justifiées par le désir légitime d'écarter de l'atelier des individus indignes ou dont les agissements tendent à avilir le prix de la main-d'œuvre ou à énerver l'observation loyale des conventions ou des accords intervenus. L'intérêt professionnel est ici en jeu. L'on ne peut imposer à personne de subir une concurrence déloyale »[157]. On voit dans l'exposé des motifs relatif à la liberté syndicale que l'égalisation des conditions d'exploitation coïncide avec le fait d'écarter certains individus.

Dans ce sens, la négociation collective de travail introduirait des exceptions licites au principe de libre concurrence. Lucien François analyse l'action collective ouvrière comme « auto restriction de concurrence »[158]. Le cas d'étude 1 va par exemple montrer que la négociation collective conduit à conclure des textes qui fixent des quotas de travailleurs, par catégorie[159]. Dans le même registre, « la CJUE a interprété les conventions collectives de travail comme une restriction de la concurrence entre les entreprises signataires »[160]. Dans l'arrêt en question, rendu le 21 septembre 1999 dans l'affaire *Albany*, la Cour se penche sur le droit exclusif attribué à un fonds de pension de gérer dans un secteur déterminé un régime de pension complémentaire[161]. Au point

https://www.lacsc.be/services/services-sur-mesure/travailleurs-sans-emploi (26 déc. 2020). Cette idée est corroborée par Frédéric Géa dans sa contribution « A quoi sert le droit du travail ? » (*Recueil Dalloz,* 2020, p. 440), lorsqu'il avance le rôle inclusif du (droit du) travail, en prenant cette fois l'exemple des personnes handicapées.

[157] Nous soulignons. Projet de loi tendant à garantir la liberté syndicale, exposé des motifs, séance du 27 janvier 1920, *Doc. parl.*, *Ch. repr.*, sess. 1919-20, n° 66, p. 3.

[158] L. FRANÇOIS, *Introduction au droit du travail,* Faculté de Liège, Liège, 1973, p. 30.

[159] Voy. *infra,* partie II, cas d'étude 1, section 1, sous-section 2, § 2. L'interdiction du remplacement de salariés par des indépendants en 2013 et § 3. La préservation du ratio entre les indépendants et les travailleurs en 2015, et le début d'une approche syndicale globale.

[160] A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, *op. cit*, p. 19.

[161] C.J.U.E., 21 déc. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, point 88.

59 de l'arrêt, la Cour fait état du fait que « certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs »[162]. La Cour y mobilise ensuite avec force l'article devenu entretemps 106, § 2 du TFUE et décide que le droit exclusif attribué à un fonds sectoriel de pension en vue de gérer les pensions complémentaires dans un secteur déterminé et la restriction de la concurrence qui en découle peuvent être justifiés au titre de cette disposition[163]. On voit poindre le rôle des droits exclusifs dans l'égalisation des conditions d'exploitation et les cas d'étude 3 et 4 vont approfondir la question en pratique. A ce stade, retenons seulement que l'égalisation des conditions d'exploitation requiert d'introduire, par voie des conventions collectives par exemple, des restrictions de concurrence.

Par exception, la dynamique d'égalisation semble pouvoir aller au-delà de ce qu'exige le fonctionnement du marché.

36. *Plus d'égalité que ce que le fonctionnement du marché exige* - L'échec n'est donc pas complet et le programme d'émancipation de la négociation collective de travail a des effets juridiques, même s'ils ne sont pas forcément ceux attendus. Nous annoncions en introduction que, malgré tout, l'association des travailleurs à la création de la réglementation du travail crée un droit d'exception[164]. En effet, les travailleurs coalisés et impliqués dans la négociation collective négocient et concluent réellement des conventions collectives, jusqu'à construire des systèmes institutionnalisés (nous allons le voir dans les différents cas d'étude, spécialement le cas d'étude 4). Ce faisant, les travailleurs montrent qu'ils n'ont pas besoin du droit (de propriété) pour faire naître des règles s'appliquant au marché[165].

Si la négociation collective de travail n'aboutit pas à émanciper le travailleur, elle conduit véritablement à associer les représentants des travailleurs à la perpétuation des conditions d'exploitation. Dans ce mouvement d'égalisation de la situation des travailleurs, la négociation collective de travail va sans doute plus loin que ce que le fonctionnement du marché exige. Micheline Jamoulle explique, au sujet du cadre extérieur à la relation

[162] Pour plus de développement sur cette question : I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFNO, « Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labourmarket », *European Labour Law Journal,* 2019, pp. 291-333, spéc. p. 300.

[163] C.J.U.E., 21 déc. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, points 88 à 123.

[164] Nous avons déjà relevé, avec l'appui de M. JAMOULLE, que le droit du travail « apparaît comme l'ensemble des exceptions apportées par le législateur au droit des obligations » (M. JAMOULLE, « Contrat de travail et contrat d'emploi », *op. cit.*, p. 517).

[165] Le fait de ne pas avoir besoin du droit pour créer du droit est un concept est emprunté aux travaux de C. SCHMITT (*Théologie politique,* Paris, Gallimard, 1988, p. 24).

de travail alimenté par conventions collectives, que, désormais, « les salariés d'un même entreprise sont soumis, par catégories, à un régime analogue, sinon identique »[166]. Les cas d'étude 2 et 3 vont montrer que le « régime analogue », produit de la négociation collective de travail, tantôt dépasse les limites de l'entreprise, conférant des droits identiques à des catégories de travailleurs différents (salariés et indépendants), tantôt dépasse les limites du marché, en donnant des droits à des travailleurs qui ne vendent plus leur force de travail, parce qu'il sont retraités. L'idée d'une égalité qui déborde la fonction initiale - l'égalité dans l'exploitation - apparait alors. Lucien François souligne, dans son *Introduction au droit social,* que la condition ouvrière « a connu ce sort exceptionnel de finir par susciter une politique protectrice », à laquelle s'attache une amélioration des conditions d'existence des travailleurs[167]. Mais, il ne parait pas évident de distinguer avec précision ce qui, dans les politiques protectrices, va au-delà des besoins du marché et ce qui est nécessaire à son fonctionnement.

Conclusion de la section 2

37. En conclusion de la section 2, la négociation collective de travail ne permet pas d'émanciper le travailleur. Elle est avant tout une technique permettant de faire fonctionner le marché, en garantissant une égalité dans l'exploitation. On peut remarquer (et cela étonnera peut-être les juristes convaincus que, pour faire fonctionner le marché, seules les ouvertures à la concurrence sont utiles) que l'égalité dans l'exploitation requise par le fonctionnement du marché nécessite d'introduire des restrictions de concurrence. Par ailleurs, ces restrictions de concurrence sont susceptibles d'aller plus loin que l'égalité requise par le fonctionnement du marché, par exemple en attribuant des revenus à des travailleurs qui ne travaillent plus.

[166] M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, *op. cit*, p. 63.

[167] L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1974, p. 53 et s.

Section 3. La négociation collective est un outil permettant la refondation du marché dans les moments clés

38. *Les pouvoirs du chef d'entreprise limités dans les moments clés* - A ce stade intermédiaire de la présentation de la négociation collective de travail, elle est avant tout un mécanisme nécessaire au fonctionnement du marché, ouvrant par ailleurs la possibilité d'un geste de nivellement au-delà de ce qui est nécessaire au fonctionnement du marché. En d'autres mots, elle est d'abord la modalité nécessaire de fonctionnement du marché, grâce à sa capacité à diffuser le principe d'égalité et à créer une concurrence loyale. Elle est aussi une opportunité d'extension de l'égalité à tous les travailleurs. Nous l'avons écrit : la négociation collective, présentée de cette manière, ne remet pas en cause les pouvoirs du détenteur des moyens de production et sa capacité à s'approprier la plus-value du travail. Au contraire, elle les renforce. La présente section 3 explore l'idée d'une négociation collective de travail qui est, en plus de ce que nous en avons déjà dit, un outil de refondation du marché. La négociation collective serait, lors de ces épisodes clés, invitée à se pencher, en plus des règles de fonctionnement du marché, sur ses fondements et ses visées.

Dans la section 2, nous avons évoqué certains moments clés (la république de Weimar en 1919, la mise en place des conseils d'entreprise en Belgique en 1948, ...) qui, s'ils n'ont pas conduit à l'émancipation des travailleurs, ont permis à leurs représentants d'être associés plus fortement. Il s'agit selon nous de moments clés parce que, face à un horizon collectif qui reste à construire, il était à chaque fois nécessaire de refonder le contrat économique. Dans le même sens, un cas d'étude montre que lorsque qu'il est requis de restructurer en profondeur une activité économique, comme ce fut le cas dans l'entreprise de presse Sanoma, les représentants des travailleurs tendent à être associés à la direction des opérations[168]. De façon corroborante, nous avons déjà indiqué que la réglementation belge associe plus que jamais les représentants des travailleurs lorsque la pérennité de l'activité économique est menacée[169]. Autrement dit, dans les cas de restructurations profondes de l'outil économique, le pouvoir de direction du « chef d'entreprise » est relativisé. Sans doute cette tendance est consubstantielle avec les catégories de pensée du droit bourgeois, profondément

[168] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, section 1, n° 95 et s.

[169] Le droit a consacré cette approche puisque la procédure dite « Renault » de licenciement collectif est la seule connue de la négociation collective où les représentants des travailleurs ont la maitrise de l'agenda de discussion. Or cette procédure est le plus souvent mise en œuvre en cas de fermeture, si pas d'entreprise, de division d'entreprise. Hors fermeture, l'employeur utilise plutôt la technique du licenciement « perlé » ou de non-remplacement des départs au chômage avec complément d'entreprise. Sur la procédure « Renault » : Convention collective de travail n° 24 concernant la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs en matière de licenciements collectifs conclue le 2 octobre 1975 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 21 janvier 1976, *M.B.*, 17 février 1967).

antiautoritaire. Notre société admettrait sans doute difficilement que la profonde restructuration d'une communauté de travailleurs procède par la voie martiale, à la façon dont fut menée l'industrialisation forcée dans les régimes communistes[170]. Ne s'agit-il pas, après les deux guerres mondiales, de moments de refondation, de remise en route concertée de notre système productif ? On peut le penser en lisant le discours du Roi du 22 novembre 1918, où il exprime le souhait d'une : « alliance loyale du Capital et du Travail, alliance de concours et d'efforts avec une répartition équitable et méthodique du fruit de ces efforts commun pour mettre un frein à des luttes qui, par leur âpreté même, desservent les intérêts des deux parties »[171].

39. *Les modes de production sont remis en cause actuellement* - Ce type d'enjeux appartient-il au passé ? Un constat apparait à l'examen de notre système productif : les exemples microscopiques que nous évoquons – une entreprise qui ferme, une autre qui se réinvente – ne sont rien face aux défis qui se dressent devant le capitalisme occidental dans son ensemble. En effet, l'épuisement des ressources ou le danger conduisant à leur continuelle exploitation remet en cause la façon de produire elle-même[172]. La mécanique capitaliste, à savoir l'appropriation de la plus-value à la suite de la vente de la matière première transformée par la force de travail, souffrira une difficulté : la matière première elle-même va venir à manquer ou son accès sera fortement contraint. Depuis la naissance du capitalisme, la « sphère juridique de la production demeure dans la dépendance de l'organisation juridique de l'univers de la circulation »[173]. Il est possible que la relation inverse s'installe : la « sphère de la circulation » sera plus dépendante à l'avenir de la production et du droit qui l'entoure. L'importance croissante des débats juridiques relatifs aux techniques de production, par exemple dans l'agriculture et concernant l'usage de néo-nicotinoïdes, l'illustre déjà[174].

Le renversement du rapport de dépendance entre la réglementation du marché et celle de la production peut conduire, selon nous, à faire sortir les techniques de production, qui allient travail et capital, de leur cour

[170] E. J. HOBSBAWM, *op. cit.*, pp. 137 ; 494 ; 603.

[171] Discours du Roi du 22 nov. 1918, *Doc. Parl.*, *Ch. repr.*, séance d'ouverture de la session 1918-1919, doc. n° 1, pp. 8-9.

[172] B. THOMASSEN, *Liminality and the Modern: Living Through the In-Between*, Routledge, 2016 ; « Breaching a "carbon threshold" could lead to mass extinction. Carbon dioxide emissions may trigger a reflex in the carbon cycle, with devastating consequences, study finds », MIT News Office, 8 juillet 2019.

[173] A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *op. cit.*, spéc. p. 85.

[174] Voy., en guise d'illustration, la résolution du Parlement européen du 17 septembre 2020 sur le projet de règlement de la Commission modifiant les annexes II, III et IV du règlement (CE) n° 396/2005 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les limites maximales applicables aux résidus de cycloxydim, de flonicamide, d'haloxyfop, de mandestrobine, de mépiquat, de Metschnikowia fructicola, souche NRRL Y-27328, et de prohexadione présents dans ou sur certains produits, D063880/06 – 2020/2734(RPS) ou le point 60 de la résolution du Parlement européen du 15 janvier 2020 sur le pacte vert pour l'Europe, 2019/2956(RSP).

habituel. Passera-t-on par des phases d'économie mixte, voire d'économie planifiée ?[175] Seulement peut-on anticiper que les évolutions auront des conséquences importantes sur les méthodes de production, et donc sur le procédé de consommation de la force de travail. Eventuellement, le détenteur des moyens production n'aura plus la liberté de choisir uniquement la maximisation du profit, mais d'autres objectifs s'imposeront à lui[176]. L'affirmation selon laquelle la concurrence n'est pas un but en soi mais un moyen, au service des objectifs de l'Union est en effet de plus en plus mise en avant par les responsables des autorités de la concurrence à l'occasion des débats sur la transition écologique[177]. De façon plus remarquable encore, il est surprenant que lire que le passage relatif au droit de la concurrence dans les futures relation entre l'Union européenne et le Royaume-Uni prévoit, d'emblée, que le commerce doit être soumis à des dispositions qui garantissent qu'il a lieu de manière à favoriser le développement durable[178]. Le « laboratoire secret de la production sur le seuil duquel il est écrit : on n'entre pas ici, sauf pour affaires ! »[179] sera peut-être, et les travailleurs en première ligne, soumis à des changements importants.

Les travailleurs seront-ils associés aux changements ? Nous pourrions être tentés de répondre positivement en faisant référence à la définition de la négociation collective de travail de Bernard Gernigon, Alberto Odero et

---

[175] Hobsbawm doutait que des épisodes d'économie planifiée se reproduisent, en dehors des guerres. E. J. HOBSBAWM, *op. cit.*, p. 489.

[176] Une affirmation future ne peut que se fonder à l'aune d'indices du présent. Par exemple, le concept de *sustainable competition* prend de l'épaisseur et est désormais à l'agenda de l'OCDE (le 21 janvier 2021), de l'International Competition Network ou du European Competition Network. Voy. également la conférence organisée par le Global Competition Law Center le 24 oct. 2019 au Comité économique et social européen, en présence de la Commissaire européenne, https://cor.europa.eu/en/events/Pages/cor-eesc-sustainability-competition-policy.aspx (29 octobre 2019). On peut y ajouter les papiers de l'autorité néerlandaise (ACM, « Guidelines. Sustainability agreements Opportunities within competition law », https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf, 15 octobre 2020) ou hellenique (HCC, « Draft staff discussion paper on sustainability issues and competition law », www.epant.gr%2Fen%2Fenimerosi%2Fcompetition-law-sustainability%2Fitem%2Fdownload%2F1896_9b05dc293adbae88a7bb6cce37d1ea60.html&usg=AOvVaw1o02EXbqbpDDhpdKD1RTlj, 15 octobre 2020) de la concurrence de septembre 2020.

[177] Lors de la conférence organisée par l'autorité hellénique de la concurrence le 28 sept. 2020, Martijn Snoep, directeur de l'autorité néerlandaise de la concurrence (ACM), a mis en avant que la concurrence n'est pas un but en soi, mais un moyen réalisation des objectifs du traité.

[178] Article 1.1 du chapitre 1 du titre XI de la partie II (« Level playing field for open and fair competition and sustainable development ») de l'accord sur le commerce et la coopération conclu le 24 décembre 2020 entre l'Union européenne et Euratom, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part.

[179] K. MARX, *Le Capital*, *op. cit.*, p. 129.

Horacio Guido examinée au début de la partie I, laquelle est empreinte de préférences politiques, d'un appareil de valeur. Sans faire référence à des partis-pris idéologiques, nous avons plutôt mis en avant que la négociation collective de travail est nécessaire à au fonctionnement du marché et permet de refonder le système productif, comme lorsqu'il fallait remettre les industries en route après les deux guerres mondiales. Dans cet ordre d'idée, les représentants des travailleurs seront fort probablement amenés, pronostiquons-nous, à participer aux travaux. Dans nos régimes où la liberté d'expression et d'association tendent à être garanties, en partie parce qu'elles sont les fondements de la rationalité capitaliste, les changements que les travailleurs vont subir et qui pèseront sur eux vont requérir une forme de négociation, afin d'emporter leur consentement. Il faut malgré tout relativiser la portée de la nécessaire association : nous avons vu dans la section 1 que l'association des représentants des travailleurs permet avant tout de légitimer les rapports de production[180].

Dans cette hypothèse, la question du fonctionnement du marché qui est l'objet de la négociation collective de travail laisse place à une autre question d'une plus grande ampleur : celle de la délimitation du marché, réglée par le périmètre de l'égalité dans l'exploitation et, de l'importance des restrictions de concurrence (véhiculées par les droits exclusifs). On aboutit en fait à une situation où, comme le relevaient les trois auteurs de droit social international dont nous avons repris la définition, « certains domaines qui traditionnellement appartenaient exclusivement à la consultation sont devenus l'objet, quoique généralement de façon occasionnelle ou intermittente, de conventions collectives centrales et tripartites portant sur des aspects importants de la politique économique et sociale ». A la différence pour nous qu'il ne faut pas y voir l'accomplissement d'une avancée, mais un procédé de refondation du marché. Glissement substantiel, vide existentiel dans l'esprit des négociateurs syndicaux nés en plein âge d'or du capitalisme et uniquement habitués à respecter le carcan « social » de la négociation collective de travail[181] ? La question ne peut pas trouver de réponse à l'heure actuelle.

---

[180] « Tendent à être garanties » : on a vu la répression féroce par le pouvoir exécutif français du mouvement des gilets jaunes, notamment reprochée par le Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, le 6 mars 2019 (https://news.un.org/fr/story/2019/03/1037951, 26 décembre 2021), tant dans leur liberté de s'associer et de manifester que des limitations du droit d'expression entourant leur mouvement. Aussi longtemps que le pouvoir exécutif doit se référer (de temps à autres) au peuple, cette attitude le fragilise toutefois et n'est pas tenable si les tensions sur les travailleurs augmentent encore.

[181] David J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition law and the "New" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84. On lit dans les cours au Collège de France de M. Foucault qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale en Allemagne, « le premier grand ralliement, le plus officiel, le plus manifeste, étant celui de Theodor Blank qui était vice-président du syndicat des mineurs et qui déclare que l'ordre libéral constitue une alternative valable au capitalisme et au planisme. On peut dire que cette phrase est tout à fait hypocrite ou joue

Conclusion de la section 3

40. En conclusion de la section 3, la négociation collective semble participer, dans les moments clés, à la refondation du contrat économique. Les questions du rôle du marché, réglée par le périmètre de l'égalité dans l'exploitation et, de l'importance des restrictions de concurrence, sont alors susceptibles d'être au programme de la négociation collective. C'est ce qu'enseigne l'examen des travaux législatifs consécutifs aux deux guerres mondiales, tant en Belgique que dans d'autres pays. Cette approche est corroboré par des exemples microscopiques, où les représentants des travailleurs sont associés plus que jamais à la conduite de l'entreprise lorsque son avenir est menacé. Il nous semble d'ailleurs que, au vu des défis que vont rencontrer nos méthodes de production actuelles, ce types de circonstance est appelé à se reproduire.

Conclusion du chapitre 1

41. Au cours du chapitre 1, nous avons mis en avant que les contacts répétés, mis en scène et producteur de normes entre les représentants des travailleurs et le « chef d'entreprise » (ou leurs représentants) participent au fonctionnement du marché (dans la section 1). La section 2 a montré que, si la négociation collective de travail ne permet pas d'émanciper le travailleur, l'égalité dans l'exploitation requise par le fonctionnement du marché nécessite qu'elle introduise des restrictions de concurrence. Les restrictions de concurrence participent en effet au nivellement des conditions de travail. De surcroît, elles sont susceptibles de créer de l'égalité entre travailleurs au-delà de ce qui est requis par le fonctionnement du marché. La section 3 a permis de mettre en avant le rôle de la négociation collective de travail au moment de refonder le contrat collectif, dans les moments clés comme au sortir d'une guerre, ou lorsqu'il faut modifier le système productif. Cette triple

naïvement sur beaucoup d'ambiguïtés, car en fait, en disant que l'ordre libéral constituait une alternative au capitalisme et au planisme, vous voyez bien toutes les dissymétries dont il jouait, puisque d'une part l'ordre libéral n'avait jamais prétendu ou ne prétendait certainement pas, dans la bouche du futur chancelier Erhard, à être une alternative au capitalisme, mais bien une certaine manière de faire fonctionner le capitalisme », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, spéc. p. 89. Dans le même registre, R. DUKES explique qu'en 1948, un responsable syndical et représentant du SPD justifie la défense de l'autonomie de la négociation collective en déclarant "in a controlled or planned economy, autonomy in collective bargaining will only be possible within limits set out in advance" (*R. DUKES, op. cit.*, p. 51). Cette opinion est toujours présente : en février 2019, la cinquantaine bien tassée, un responsable syndical allemand introduisait notre exposé sur la négociation collective de travail et le droit de la concurrence en expliquant qu'une règle élémentaire sur le champ de bataille est de ne jamais prendre l'arme de l'ennemi, et que la situation où un représentant des travailleurs utilise le droit de la concurrence s'y apparente (conférence NetLex de la Confédération européenne des Syndicats (CES) le 20 février 2019 à Stockholm).

fonction de la négociation collective de travail l'intrique dans la société capitaliste et dans la production juridique.

Suivant cette analyse, ce n'est pas un hasard si chacune des trois sections s'est conclue par une référence aux règles nécessaires au fonctionnement du marché, plutôt qu'à la négociation collective de travail. Effectivement, la section 1 a souligné que la négociation collective de travail diffuse le postulat d'égalité permettant de nouer des contrats de travail et crée de l'égalité dans l'exploitation, afin de réaliser les conditions de la concurrence. Dans la section 2, la négociation collective de travail permet aux travailleurs de participer à l'introduire de restrictions de concurrence, notamment (en reprenant les termes de l'exposé des motifs de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association) pour créer les conditions d'une « concurrence loyale ». Cette dynamique est susceptible de créer de l'égalité au-delà de ce que le fonctionnement du marché requiert. Nous avons alors fait le lien avec l'arrêt *Albany* de la CJUE et l'article 106 du TFUE. Petit à petit, un fil rouge de la thèse apparait : la façon dont l'article 106 du TFUE peut être le point d'ancrage des dynamiques de négociation collective de travail dans le droit de la concurrence, parce qu'il correspond de façon exacte à la façon dont la négociation collective participe au fonctionnement du marché et, également, introduisent des restrictions de concurrence.

La section 3 situe la négociation collective de travail dans les moments clés et explique qu'elle participe alors à la refondation du contrat collectif, que ce soit à l'échelle d'une entreprise ou du marché entier. Cette refondation exige de ré-exprimer les règles du marché en définissant le périmètre de l'égalité dans l'exploitation et, au contraire, les activités où la concurrence est restreinte.

42. Au terme du chapitre 1, notre définition de la négociation collective de travail illustre des connexions avec deux notions juridiques : l'égalité et de la non-discrimination, d'une part, et les droits exclusifs, d'autre part. Avant de tenter de mettre ces deux notions en musique au travers des cas d'étude, il semble important d'avoir une vue plus claire, en droit européen, de l'approche juridique de la négociation collective de travail. C'est l'objet du chapitre 2 de la partie I.

Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen de la concurrence

43. *Plan du chapitre* – Le chapitre 2 apporte un éclairage de droit européen à la négociation collective de travail, étant entendu (à la suite du chapitre 1) que la négociation collective de travail est un élément nécessaire au fonctionnement du marché, parce qu'elle permet de nouer des contrats de travail et qu'en soumettant les entreprises aux mêmes contraintes, elle crée les conditions de la concurrence loyale. La lecture théorique du chapitre 1 correspond-t-elle à l'approche juridique dans l'Union européenne ? Le chapitre 2 interroge la jurisprudence de la Cour de justice et, à travers elle, les règles des traités afin d'analyser les liens entretenus, selon la CJUE, entre l'égalité dans le marché et la négociation collective de travail. Nous voyons dans la section 1 comment la Cour de justice, dans l'arrêt *UNIS et Beaudout,* a soumis la négociation collective de travail aux principes d'égalité et de non-discrimination et aux obligations de transparence inspirées du droit de la commande publique qui en découlent plutôt que de reconnaître qu'elle est une technique qui crée de l'égalité dans le marché. Par conséquent, l'approche de l'égalité dans le marché selon la CJUE ne semble pas correspondre à celle que nous avons développée dans le chapitre 1. Fort de ce constat, la suite de la section cherche à comprendre les racines de la jurisprudence de la Cour. On détaille alors la cohérence juridique qui sous-tient le raisonnement de la Cour et on circonscrit la portée des obligations associées aux principes d'égalité et de non-discrimination, parce que des causes d'exemption à l'application des obligations de transparence sont susceptibles d'intervenir dans le domaine de la négociation collective de travail. La section 2 explore les liens entre la négociation collective de travail et les restrictions de concurrence en droit européen. Les obligations de transparence s'imposent en effet à la négociation collective de travail, selon la Cour, en raison de l'introduction de restrictions de concurrence. A cette fin, il est utile d'étudier le mécanisme de droit européen de la concurrence autorisant les restrictions de concurrence, à l'article 106 du TFUE.

D'emblée, il est utile de préciser ce que le chapitre 2 n'étudie pas. Le prisme de l'étude, à savoir la façon dont le droit européen aborde la façon dont la négociation collective de travail crée de l'égalité dans l'emploi, conduit à laisser de larges pans du droit social européen de côté. C'est le cas lorsque le droit européen crée de l'égalité dans l'emploi, sans toutefois reposer ou intervenir sur les dynamiques de négociation collective de travail, comme au travers de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ou 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes

en matière d'emploi et de travail[182]. Cette précision nous amène à clarifier que la négociation collective de travail n'est bien sûr pas le seul vecteur de l'égalité dans l'exploitation. Nous n'abordons pas non plus les instruments de droit européen qui, bien qu'ayant trait, directement ou indirectement, à la négociation collective de travail, ne visent pas à créer de l'égalité dans l'exploitation. Pour cette raison, le lecteur ne trouve rien dans le chapitre 2 au sujet des directives 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ou 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs relatives à l'information et à la consultation des travailleurs[183].

Section 1. L'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité en droit européen

44. *Plan de la section* - La section 1 fait suite au chapitre 1, lequel a montré que la négociation collective de travail permet, en créant de l'égalité dans les conditions d'exploitation, le fonctionnement du marché. La présente section commence par la présentation d'une décision de la CJUE rendue dans l'affaire *UNIS et Beaudout* où la Cour a utilisé les principes d'égalité et de non-discrimination dans le contexte de la négociation collective de travail – mais en soumettant celle-ci au respect des principes d'égalité et de non-discrimination plutôt qu'en reconnaissant que la négociation collective est créatrice d'égalité dans le travail (§ 1). On expose alors le contenu des obligations déduites des principes d'égalité et de non-discrimination (dans le § 2). Enfin, nous retraçons l'extension de leur champ d'application (dans le § 3).

§ 1. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la CJUE impose le respect des obligations découlant des principes d'égalité et de non-discrimination à la négociation collective de travail

45. *Présentation de l'arrêt* - L'évènement juridique déclencheur de notre intérêt pour l'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité fut la décision de la Cour de justice de l'Union du 17 décembre 2015, prononcée dans l'affaire *UNIS et Beaudout*[184]. En France, dans deux secteurs, l'immobilier

[182] Sur ces questions, voy. P. GOSSERIES, D. MARTIN, M. MORSA, *Droit du travail européen, questions spéciales,* Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 527-637.

[183] *Ibid,* pp. 703-803.

[184] C.J.U.E., 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 ; J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert une mise en concurrence ? », *in* P.-O. DE BROUX, P. NIHOUL (dir.), *Actualités de droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-27.

(C-25/14) et la boulangerie (C-26/14), des conventions collectives de travail ont été conclues. Elles instaurent un régime sectoriel de prévoyance couvrant les risques de décès, d'incapacité de travail et d'invalidité et des régimes complémentaires de remboursement de frais de soins de santé. Les conventions collectives imposent aux employeurs de s'affilier auprès d'un organisme assureur désigné par la commission paritaire, l'Institution de prévoyance de groupe Mornay (IPGM). Elles ont été rendues obligatoires par arrêté du ministre français du Travail. A la façon exposée dans le chapitre 1, l'affaire *UNIS et Beaudout* est un exemple où la négociation collective crée de l'égalité entre les travailleurs, permettant la concurrence dans les secteurs de l'immobilier et de la boulangerie, grâce à l'introduction d'une restriction de concurrence.

Deux employeurs désirent toutefois recouvrir leur liberté contractuelle et contestent la validité des arrêtés d'extension de la force obligatoire. Ils demandent leur annulation au motif, notamment, que l'organisme assureur « aurait été désigné comme unique organisme assureur desdits régimes sans qu'ait été respectée l'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement qui découlent de l'article 56 TFUE »[185].

A la suite d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat français, la Cour de justice de l'Union examine l'affaire au regard des obligations de transparence, lesquelles débordent le champ d'application des directives relatives aux marchés publics en raison de leur lien avec le principe de non-discrimination sur la base de la nationalité. Ce dernier principe, affirmé de manière générale à l'article 18 TFUE, sous-tend notamment l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), qui organise la libre prestation des services. Les juges donnent raison aux employeurs : ils ne sont pas liés au prestataire désigné par la convention collective de travail. L'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité s'oppose à l'extension de la force obligatoire de l'accord collectif dans la mesure où celui-ci sélectionne un opérateur économique unique, sans publicité adéquate[186]. La création du droit exclusif, soit la sélection de l'opérateur, aurait dû avoir lieu en suivant des règles de publicité et de mise en concurrence adéquates.

46. *UNIS et Beaudout s'inscrit dans la jurisprudence de la CJUE* - En 2010, dans une affaire *Commission c. Allemagne* relative à la création par la négociation collective du secteur public de mécanismes d'assurances complémentaires, la Cour avait déjà décidé – en grande chambre – que la négociation collective dans le secteur public n'échappe pas au champ d'application du droit dérivé des marchés publics[187]. L'arrêt *UNIS et*

[185] C.J.U.E., 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14, point 11.

[186] *Ibid*, point 46.

[187] C.J.UE., 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08. A propos de cet arrêt, voy. la doctrine citée à la note 11. Voy. également : M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. – C.J.U.E. 15 juillet 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08 », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1578 ; S. SMITH, « Case comment. The requirement to

Beaudout s'inscrit donc dans une jurisprudence de la Cour de justice qui trouve ses racines en 2010 relative à l'obligation *de* transparence découlant des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement déduits des articles 18, 49 et 56 TFUE. C'est à la lumière de cette jurisprudence antérieure que l'on peut préciser son contenu, qui fait l'objet du § 2. L'arrêt *UNIS et Beaudout* de 2015 présente à cet égard une nouveauté en ce qu'il rend applicable l'obligation de transparence à la sélection d'un opérateur imposée à un ou plusieurs secteurs par l'extension du résultat de la négociation collective de travail, en dehors du champ d'application du droit dérivé des marchés publics. Nous allons en effet voir dans le § 3 que le périmètre d'application des obligations de transparence s'est considérablement étendu au fil du temps.

§ 2. Le contenu des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination

47. *Origine de l'obligation de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'arrêt Teleaustria* - L'obligation de transparence trouve ses origines dans l'interprétation de textes du droit dérivé de la commande publique de l'Union[188]. Les premières formulations de l'obligation de transparence ont été adoptées par la Cour en vue de guider l'interprétation des directives européennes relatives aux marchés publics. La Cour a employé l'expression « principe de transparence » pour la première fois en 1996, à l'occasion d'un recours en manquement de la Commission contre la Belgique pour non-respect de la directive applicable aux faits de l'espèce[189]. Prenant appui sur un considérant de la directive, elle y affirmait que le respect du principe de transparence doit être assuré, avec celui du principe d'égalité de traitement, à chaque stade de la

comply with the procurement Directive is compatible with the fundamental right to undertake collective bargaining. Direct award of contract to pension providers designated in a collective agreement is in breach of the requirement of the procurement Directives. Case C-271/08 Commission v Germany », *Public Procurement Law Review*, 2010, p. NA225.

[188] S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3e éd., Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014, p. 264 ; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch, Uitgeverij BOXPress, 2013, pp. 153-154. A propos de l'histoire de l'obligation de transparence dans la jurisprudence de la Cour, voy. aussi J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert une mise en concurrence ? », dans P.-O. DE BROUX, P. NIHOUL (dir.), *Actualités de droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-27 ; Q. DETIENNE, J.-B. MAISIN, « Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation », *Tijdschrift voor Sociaal Recht (TSR) / Revue de Droit Social (RDS)*, 2018, pp. 457-513 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, pp. 809-811 ; J. BERGEVOET, « De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereglementeerde opdrachten nader beschouwd », *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2008, vol. 15, n° 4, pp. 113-118.

[189] Ce point a été mis en évidence par A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 153.

procédure d'attribution d'un marché public tel que celui alors en cause[190]. La matière ne reçoit réellement une substance qu'à partir de l'arrêt *Teleaustria,* lorsque la Cour sort l'obligation du droit dérivé des marchés publics et l'inscrit dans le droit primaire de l'Union[191]. Dans l'arrêt *Teleaustria* de 2000, au sujet d'une concession de télécommunication, la Cour précise que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »[192]. Il en ressort que la concession en cause, malgré qu'elle ne soit pas couverte par le champ d'application des directives relatives aux marchés publics, est néanmoins soumise à l'obligation de transparence.

La Cour déduit initialement du principe de non-discrimination, fondé sur la base de la nationalité, deux obligations : l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité des procédures[193]. Ce n'est pas encore une mise en concurrence qui est requise. Un degré de publicité adéquat suffit lors de la passation de contrats[194]. La transparence est renforcée, « ce qui permet aux collectivités publiques de renforcer la qualité de leur commande, grâce à une concurrence stimulée »[195].

48. Des précision apportées dans les arrêts *Coname et Parking Brixen* - Le raisonnement va être répété[196]. En 2003, l'arrêt *Coname* concerne une concession de service public de gaz. La Cour réunie en grande chambre

[190] C.J.U.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, point 53.

[191] On lit au point 60 que : « Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », C.J.U.E., 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

[192] C.J.U.E., 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, point 62. Dans le même sens : A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice : Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives », *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 169.

[193] A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *note sous* C.J.U.E., 3 juin 2010, Sporting Exchange, aff. C-203/08, *S.E.W.*, 2011, n° 2, p. 84 ; B. CANTIER, A. TROIZIER, « Droit communautaire des concessions : un pas décisif vers la mise en concurrence européenne », *Petites affiches*, n° 85, 2001, p. 16.

[194] A. BROWN, « Transparancy Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives : A Notes on C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de'Botti », *Public Procurement Law Review*, 2005, p. NA157.

[195] B. CANTIER, A. TROIZIER, *op. cit.*, p. 18.

[196] E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Droit de la concurrence - Abus de position dominante », *L'actualité juridique, droit administratif*, 2008, p. 2341.

indique que l'attribution doit répondre à « des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise […] puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession ». L'arrêt *Parking Brixen* d'octobre 2005 concerne une concession de parkings publics. La Cour y mobilise trois dispositions du droit primaire : les articles 18, 49 et 56 du TFUE. Elle conforte son courant jurisprudentiel et va plus loin : une publicité préalable seule ne suffit pas ; une mise en concurrence devient nécessaire[197]. Les arrêts postérieurs *Coditel Brabant* et *Wall* qui imposent les mêmes obligations concernent également des concessions[198].

Selon la juridiction européenne, la mise en concurrence découle d'un principe général[199]. La notion de publicité adéquate restait relativement vague dans l'arrêt *Coname*. Elle impliquait seulement que des candidats potentiels d'autres Etats membres soient tenus au courant utilement, c'est-à-dire suffisamment tôt pour pouvoir faire valoir leurs qualifications auprès de l'autorité concédante[200]. Cette notion se précise singulièrement dans l'arrêt *Parking Brixen* dès lors que les juges exigent non seulement un avis de marché mais, également, une procédure de mise en concurrence[201]. Par ailleurs, la nécessité d'un contrôle de l'impartialité de la procédure se confirme[202].

L'approche de la Cour a suscité de nombreuses critiques[203]. Selon certains auteurs, « on aurait pu sans doute admettre que l'obligation de transparence était satisfaite par la publicité de la décision administrative

---

[197] A. BROWN, « Transparancy Obligations Under the EC Treaty in Relation to … », *op. cit.*, NA153-NA159 ; C.J.U.E., 21 juilet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, point 28 ; P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's Guide*, Oxford, *Oxford* University Press, 2007, p. 14 ; A. BROWN, « The Application of the EC Treaty to … », *op. cit.*, NA40-NA47 ; C.J.U.E, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 46 ; *voy.* aussi C.J.U.E., 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, point 60 ; M. NICOLELLA, « Cour de Justice des Communautés européennes, 13 oct. 2005, Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen », Gazette du Palais, 2006, n° 103, p. 30 ; E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Délégations de services publics, L'actualité juridique », *A.J.D.A.*, 2005, p. 2341.

[198] C.J.U.E., 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07 ; C.J.U.E., 13 avril 2010, *Wall*, aff. C-13 avril 2010, aff. C-91/08.

[199] C. DE CONINCK, *Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 158 ; C.J.U.E, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 48-49 ; C.J.U.E., 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

[200] A. BROWN, « Transparancy Obligations Under the EC Treaty in Relation to … », *op. cit.*, NA153-NA159 ; B. KOTSCHY, « Arrêts "Stadt Halle", "Coname" et "Parking Brixen" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 849.

[201] M. NICOLELLA, *op. cit.*, p. 30.

[202] E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Délégations de services publics, L'actualité juridique », *op. cit.*, p. 2340.

[203] Entre autres : A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire - Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 391 ; E. PIJNACKER HORDIJK, M. MEULENBELT, « A Bridge too Far : Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives

concrétisant le choix du délégataire », soit sans publicité préalable[204]. Dans son guide des marchés publics, P. Trepte s'inquiète des conséquences incertaines et indésirables de la consécration d'un principe général, ainsi que du manque de fondement de celui-ci[205]. L'avocate générale Sharpston estime que la création d'un droit prétorien de la commande publique est « l'antithèse de la sécurité juridique »[206].

49. *Attitude de l'exécutif européen* - Stimulée par la jurisprudence volontariste de la Cour, la Commission publie en 2006 une communication, qui affirme la nécessité d'une mise en concurrence[207]. Le texte est contesté sans résultat devant la Cour par l'Allemagne[208]. La Commission y indique que tous les participants doivent pouvoir connaître à l'avance les règles applicables et avoir la certitude que ces règles sont appliquées de la même manière à tous les opérateurs. C'est ce que nous désignons par la suite les obligations de mise en concurrence et de contrôle de l'impartialité de la procédure. Selon la Commission, l'exigence de contrôle de l'impartialité de la procédure implique que « sans mécanisme de recours approprié, le respect des normes fondamentales que sont la loyauté et la transparence ne peut être valablement garantie ». La Commission plaide également en faveur d'une procédure de recours lors de toute attribution[209].

En résumé, les obligations de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité déduits des articles 18, 49 et 56 du TFUE exigent, selon la Cour et la Commission, une procédure d'octroi divisée en trois phases – l'ouverture, l'exécution et la conclusion – avec des exigences de publication, de transparence des critères, de publicité des discussions, de motivation du choix et de recours possible[210].

---

should be Dismissed », *Public Procurement Law Review*, 2005, 3, pp. 123 et s. ; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (éds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives ans New* Directions Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 83.

[204] E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Délégations de services publics, L'actualité juridique », *op. cit.*, p. 2341.

[205] P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's Guide*, *op. cit.*, p. 16.

[206] Conclusions de l'avocat général SHARPSTON du 18 janv. 2007, *Commission c. Finlande*, aff. C-195/04, point 96.

[207] Communication interpretative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », COM 2006/C 179/02.

[208]Trib. U.E., 20 mai 2010, aff. T-258/06.

[209] A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice : Advertising, … », *op. cit.*, p. 172 ; Communication interpretative de la Commission, *op. cit.*, COM 2006/C179/02, p. 6.

[210] A. DRAHMANN, « Tijd voor een Nederlands tranparantiebeginsel ? », *in Europees offensief tegen nationale rechtbeginselen ? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, La Haye, Boom Juridische uitgevers, 2010, p. 157.

§ 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption

50. *Des cas d'application multiples* - Les règles développées par la Cour, synthétisées par la Commission, forment le droit primaire de la mise en concurrence. Quelle est le champ de cet arsenal réglementaire ? Son ancrage dans le droit dérivé de la commande publique (i), son rattachement à des dispositions des traités (ii) et sa promiscuité avec le droit de la concurrence (iii) multiplient les cas d'application. Nous examinons ces matières successivement, notamment parce qu'elle révèlent chacune le champ des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et, par exception, les causes d'exemptions à l'application des règles de droit primaire imposant des mises en concurrence.

(i) L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions

51. *Notion d'organismes de droit public* – La nature contractuelle d'un acte d'attribution entraine la soumission au droit des marchés publics[211]. C'est le cas lorsqu'un des co-contractant est un « organisme de droit public », au sens de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Le droit de l'Union considère comme tel les personnes qui (1) ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général (autres qu'industriel ou commercial), (2) sont dotées de la personnalité juridique et, (3) à condition qu'elles soient majoritairement financées par les autorités publiques ou qu'un des deux autres critères prévus par la directive témoigne d'une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics[212]. Dans toutes ces situations, l'exigence de transparence est d'application. Le champ d'application des directives réglant la matière des marchés publics n'a eu de cesse de s'étendre – nous en voyons un application pratique dès le deuxième cas d'étude de la partie II[213]. Des matières puis, aussi, des pans entiers de l'économie qui n'y étaient pas soumises le sont désormais, et donc doivent respecter l'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité qui sous-tient ce droit. De surcroit, un autre instrument de droit dérivé est venu compléter la directive 2014/24. Il s'agit de la directive 2014/23 relative aux concessions, lesquelles se distinguent des marchés publics en raison du risque qui est supporté par le concessionnaire. Cet

[211] S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 385 ; P. NIHOUL, Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne, *J.D.E.*, 2018, p. 314 ; P. NIHOUL, Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne, *J.D.E.*, 2017, p. 335 ; P. NIHOUL, Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne, *J.D.E.*, 2016, p. 322 ; P. NIHOUL, Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne, *J.D.E.*, 2015, p. 332.

[212] P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 138 et s.

[213] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 2, section 2, spéc. n° 143 et s.

instrument, reposant aussi sur l'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité, complète la réglementation et étend donc l'application des principes qui la structurent.

52. *L'application du principe emporte celui de ses exceptions* - Il faut en déduire que lorsqu'un organisme de droit public, au sens de la directive 2014/24, attribue une mission, il doit respecter les principes généraux de la commande publique, en ce compris les obligations de transparence. L'application du principe emporte aussi ses exceptions. Il faut alors faire application de l'exception *Teckal*, de quasi-régie, dite « in-house », ou encore *public-public* et inscrite dans la directive 2014/24 à l'article 12. L'exception de quasi-régie est au départ une construction jurisprudentielle, élaborée dans l'arrêt *Teckal*[214]. Elle permet de se délivrer des contraintes du droit des marchés publics lorsque, entre autres conditions, le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services[215]. La Cour fait usage de l'exception de quasi-régie dans les arrêts précités *Coname* et *Parking Brixen* où la directive actuelle 2014/24 ne trouve pas à s'appliquer pour des raisons de qualification du marché mais où, sur la base de l'application des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE, les obligations de transparence trouvent à s'appliquer. On voit que, désormais, la Cour ancre son raisonnement dans le droit primaire et non plus seulement selon une interprétation téléologique des textes de droit dérivé, pour combler les lacunes. Autrement dit, la Cour étend l'exception à des situations où l'obligation de mise en concurrence découle du droit primaire[216]. Selon A. Brown, le raisonnement découle de la convergence entre le droit primaire de la commande publique et le droit dérivé qui lui en est issu[217]. L'apparition d'un « droit primaire de la commande publique » requiert de l'analyser de façon autonome. C'est l'objet du point (ii). Dans la partie II de la thèse, nous allons mettre en pratique l'exception de quasi-régie , spécialement dans les cas d'étude 3 et

[214] C.J.U.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

[215] Dir. 2014/24 du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, art 12. ; pour un exposé sur l'exception *public public, voy.* E. SLAUTSKY, « Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives », *Overheidsopdrachten & Overeenkomsten*, 2014, pp. 5-21.

[216] B. KOTSCHY, *op. cit.*, p. 850 ; M. HEINE, B. SCHUTYSER, R. VAN MELSEN, « La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives », *R.D.I.R.*, pp. 283-298.

[217] A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice : Advertising, … », *op. cit.*, p. 177 ; *voy.* égal. C.J.U.E, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 62 et les conclusions de l'avocat général KOKOTT du 1er mars 2005 dans la même affaire, points 40 et s.

4[218]. Remarquons cependant déjà que cette approche ne permet pas de faire l'économie complète d'une mise en concurrence, puisqu'elle est réintroduite dans les actes de gestion de l'opérateur économique qualifié de quasi-régie. Cet effet de transfert en « cascade » des obligations de transparence qui est plus facile à comprendre en pratique est étudié à plusieurs reprises dans les cas d'étude[219].

(ii) En ancrant l'obligation dans le droit primaire, la Cour impose l'existence d'un intérêt transfrontalier

53. *Une application au-delà des actes bilatéraux* - Les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, lesquelles imposent un mode de sélection proche de celui de la commande publique contractuelle, ont un champ d'application qui dépasse le droit dérivé des marchés publics et des concessions. Quelle est leur champ d'application *ratione materiae* ? On pourrait envisager deux réponses. Une première hypothèse est que les exigences de transparence et de publicité se limitent aux concessions. Dans une seconde hypothèse, dès lors qu'elles sont déduites du droit primaire, les exigences de transparence et de publicité s'appliquent largement, que l'attribution soit la conséquence d'un acte bilatéral, un contrat, ou d'une décision unilatérale de l'autorité[220]. La jurisprudence de la CJUE montre que la seconde hypothèse doit être retenue.

54. *Jurisprudence Sporting Exchange* - Quelques années avant l'arrêt *UNIS et Beaudout* et, au sujet de l'octroi unilatéral de droits exclusifs à un organisme néerlandais de jeux et paris, la Cour donne une réponse à la question de l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination au-delà des actes bilatéraux. On lit dans l'arrêt *Sporting Exchange* de 2010 que : « l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur »[221]. Les conclusions rendues par l'avocat général Bot dans cette affaire allaient dans le même

[218] Voy. *infra*, cas d'étude 3, section 2, § 2. L'exécution de la mission par une quasi régie ; cas d'étude 4, section 2, sous-section 1, § 2. L'examen de l'exécution de la mission par une quasi-régie crée des difficultés, et sous-section 3, § 1. Les FSE remplissent les conditions de l'exception de quasi-régie.

[219] Voy. *infra*, cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 2, n° 200 ; cas d'étude 4, section 2, sous-section 1, § 2, n° 268 et sous-section 3, § 1, n° 275.

[220] B. KOTSCHY, *op. cit.*, p. 852 ; S. PLANZER, « The ECJ on Gambling Addiction - Absence of an Evidence-Oriented Approach », *European Journal of Risk Regulation*, 2010, p. 291 ; A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *op. cit.*, p. 84. Pour une illustration jurisprudentielle : C.J.U.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, aff. C-350/05, points 74-75.

[221] C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, point 47. Sur cet arrêt : J.C.M. VAN DER BEEK, « Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga », *NtEr*, 2010, p. 311 ; A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *op. cit.*, pp. 81-85.

sens[222]. Le Gouvernement néerlandais avait pourtant formulé deux remarques conduisant à ne pas appliquer les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination à l'affaire. La première est que le droit exclusif a pour but d'éviter une concurrence par le marché. La réintroduction d'une concurrence lors de la désignation de l'opérateur supprime cet avantage et lui ôte son sens. La seconde remarque est que l'application des principes généraux aux droits exclusifs relève d'une confusion entre les actes contractuels et réglementaires[223]. Selon J. C. M. Van Der Beek, la concurrence en amont de la désignation est moins *dommageable* que la concurrence par le marché[224]. Il nous paraît étrange que le critère du moindre dommage justifie une mise en concurrence.

55. *Notion d'intérêt transfrontalier* - Par conséquent, selon la jurisprudence *Sporting Exchange*, les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination s'appliquent aux décisions des autorités dès que le droit européen trouve à s'appliquer[225]. Ce n'est plus le droit dérivé des marchés publics qui détermine leur champ d'application mais le droit européen des traités eux-mêmes. Partant, seuls de petits contrats à dimension locale peuvent encore être attribués sans se conformer aux principes susmentionnés, si les services en question ne présentent aucun intérêt transfrontalier pour les opérateurs d'autres États membres et n'ont donc aucune incidence sur le fonctionnement du marché intérieur[226]. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout,* la Cour précise qu'une opération présentant un intérêt transfrontalier certain est une opération objectivement susceptible d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui attribue le marché ou le droit exclusif[227]. Cette définition est évidemment liée à l'objectif fondamental de l'obligation de transparence, qui est d'assurer que les marchés nationaux ne restent pas cloisonnés en raison d'un manque d'informations accessibles aux opérateurs économiques étrangers. On remarquera qu'elle est particulièrement large : il suffit qu'une opération soit susceptible *d'intéresser* (objectivement !) des opérateurs étrangers pour qu'elle présente de manière certaine un intérêt transfrontalier. On ne peut donc déduire de l'absence de manifestation d'intérêts actuels par des opérateurs étrangers que

[222] Conclusions de l'avocat général BOT du 17 déc. 2009, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, point 154.

[223] *Ibid*, point 149.

[224] J.C.M. VAN DER BEEK, *op. cit.*, p. 315.

[225] L'arrêt a été confirmé par entre autres : C.J.U.E., 9 septembre 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08, points 52-53 et C.J.U.E., 14 novembre 2013, *Belgacom*, aff. C-221/12, point 34.

[226] Sur cette notion, *voy.* Guide du 29 avril 2013, *op. cit.*, SEC (2013) 53 final/2, § 201.

[227] Point 27 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

l'opération ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain[228]. Comme exception à l'application du droit primaire, la notion d'intérêt transfrontalier est interprétée restrictivement.

A propos des critères à l'aune desquels l'existence de cet intérêt doit être appréciée, la Cour précise dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* que « l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné » doivent être pris en compte[229]. L'objet des prestations à fournir, la valeur du marché à attribuer, sa localisation, les coûts à supporter pour pénétrer le marché national sont ainsi des critères pertinents pour mener cette appréciation. Celle-ci doit être menée cas par cas, par l'autorité qui envisage de passer un marché ou d'octroyer un droit exclusif[230]. Dans la partie II de la thèse, nous allons appliquer l'exception tirée de l'absence d'intérêt transfrontalier aux cas d'étude[231].

En résumé, par application des règles du droit primaire, le respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination est exigé non seulement dans le cadre de la directive 2014/24 relative aux marchés publics, mais aussi lorsqu'un contrat est passé sans tomber sous l'application de la directive et, également lorsqu'une mission est attribuée par l'autorité publique, sans même qu'un contrat soit passé. Par exception, ces obligations ne s'appliquent toutefois pas, en plus des situations où on reconnait l'existence d'une quasi-régie, lorsqu'il n'existe pas d'intérêt transfrontalier. Autrement dit, deux exceptions, l'une *ratione personae* l'autre *ratione materiae*, permettent de faire l'économie des exigences de transparence[232]. Il s'agit du critère de l'absence d'intérêt transfrontalier et de l'hypothèse de la quasi-régie.

Dans nos développements ci-dessus, une notion de droit de la concurrence apparait : les droits exclusifs. On voit alors que les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination trouvent à s'appliquer non seulement lorsqu'un marché est passé, mais aussi lorsqu'un droit exclusif est attribué. Issus du droit de la commande publique, désormais épanouis dans le droit primaire, les obligations de transparence

---

[228] En ce sens, voy. le point 44 des conclusions de l'avocat général JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

[229] Point 30 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité ; voy. également le point 29 de l'arrêt *Belgacom*. C.J.U.E., 14 novembre 2013, *Belgacom*, aff. C-221/12.

[230] Voy. notamment C.H. BOVIS, « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 264-265 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, pp. 813-815.

[231] Voy. *infra,* partie II, cas d'étude 3, section 2, § 1. L'absence d'intérêt transfrontalier ; cas d'étude 4, section 2, sous-section 1, § 1, § 1. Un intérêt transfrontalier est très certainement présent.

[232] Conclusions de l'avocat général BOT du 17 déc. 2009, Sporting Exchange, aff. C-203/08, points 143 et s.

tendent alors à s'installer dans une autre branche du droit européen, le droit de la concurrence. Nous poursuivons notre examen dans cette branche du droit.

(iii) Le droit de la concurrence prévoit, à l'article 106, § 2 du TFUE, des causes d'exemption

56. *Les obligations de transparence s'invitent en droit de la concurrence* - Dans nos développements *supra*, nous avons vu que la jurisprudence de la CJUE a inscrit les obligations de transparence déduites du droit dérivé des marchés publics dans le droit primaire, en les reliant aux principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement qui découlent des articles 18, 49 et 56 du TFUE. Le droit européen des marchés publics vise à l'accomplissement du marché intérieur dans le domaine de la commande publique, c'est-à-dire à la création d'une concurrence entre opérateurs économiques au niveau européen dans les marchés de biens et services où les acheteurs sont des autorités publiques[233]. L'examen des objectifs du droit des marchés publics fait donc apparaître une relation avec la concurrence. De surcroît, la pratique judiciaire montre des connexions entre les obligations de mise en concurrence et le droit de la concurrence. En effet, on a mis en avant un passage de l'arrêt *Sporting Exchange* stipulant que : « l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur »[234]. Soulignons la notion d'activité économique qui y apparait : alors que l'obligation de transparence est issue du droit de la commande publique, dont le champ d'application repose – on l'a évoqué – sur la notion d'organisme de droit public, la Cour fait ici référence à une notion de droit européen de la concurrence : l'activité économique. En effet, et le premier cas d'étude de la partie II s'attardera longtemps sur ce point, la nature économique d'une activité, laquelle confère à celui qui l'exerce la qualité d'entreprise, détermine

[233] Voy. C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06, point 38-39 ; C.J.U.E., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, point 27 ; C.J.U.E., 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, point 41 ; C.J.U.E., 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, points 32-33 ; C.J.U.E., 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, point 16 (nous examinons certaines conséquences de ce dernier arrêt *infra*, partie II, cas détude 2, section 2, sous-section 1, § 1. Applicabilité rationae personae : de plus en plus large). Voy. également les conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, précitées, point 97 ; voy. aussi C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *in* P. ADRIAANSE *et al.* (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 243-244 ; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 6 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 150-155 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 805.

[234] C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, point 47 ; J.C.M. VAN DER BEEK, « Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga », *NtEr*, 2010, p. 311 ; A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *op. cit.*, pp. 81-85.

l'application du droit de la concurrence[235]. On peut donc en déduire que les oobligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE sont également liées au droit de la concurrence, même si ce lien n'est pas encore clair à ce stade de notre travail.

57. *L'article 106, § 2 du TFUE prévoit des causes d'exemption à l'application des obligations de transparence* - Peut-on trouver dans le droit de la concurrence des causes d'exemption à l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE ? Une des exceptions à l'application du droit de la concurrence est prévue à l'article 106, § 2. Cette disposition prévoit que : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traites, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ». On appelle plus communément ce mécanisme « jurisprudence *Altmark* » ou « Paquet SIEG ou Almunia », du nom des interventions du pouvoir judiciaire ou exécutif dans le domaine. Le mécanisme a trait notamment au domaine des aides d'Etats et aux critères permettant de conférer une aide financière à un opérateur économique chargé d'un service d'intérêt général. Aux fins d'illustrer les liens croisés entre le droit européen de la commande publique et le droit de la concurrence, il est intéressant de remarquer que le droit de la concurrence impose lui-même, pour attester de la conformité de l'attribution d'une compensation de service public, des procédures de marché public. Par exemple, dans la réglementation issue de l'arrêt *Altmark,* une compensation financière attribuée par l'autorité publique respecte le droit des aides si elle résulte « d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité »[236]. En définitive, si une cause d'exemption semble prévue à l'article 106, § 2 du TFUE, elle implique le respect d'une procédure de marché public et, donc, des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE. L'examen plus en détail de l'article 106 du TFUE dans la section 3 va toutefois nous conduire à étudier une jurisprudence de la CJUE conduisant à identifier une cause d'exemption autonome du droit des marchés publics ou des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE qui en sont déduites. A ce stade, retenons seulement que les obligations de transparence prospèrent aussi en droit de la concurrence, sans que l'article 106, § 2 du TFUE ne prévoie de cause d'exemption spécifique à leur application.

[235] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, section 2, **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**.

[236] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/02, § 62.

Conclusion de la section 1

58. En conclusion, l'obligation de transparence apparait dans le droit européen de la commande publique mais s'ancre désormais dans un programme plus large de réalisation de la concurrence. D'abord affirmée comme un principe devant guider l'interprétation des directives relatives aux marchés publics, elle a ensuite été déclarée applicable aux commandes publiques ne relevant pas du champ de ces directives, pour être enfin étendue, au-delà du domaine de la commande publique, aux cas d'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique par les autorités, peu importent les raisons de cet octroi. Elle exige une mise en concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Il est admis que deux causes d'exemption conduisent à ne pas appliquer les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE. L'une, *ratione personae,* repose sur l'analogie avec le droit dérivé des marchés publics lorsqu'on identifie l'existence d'une quasi-régie. L'autre, *ratione materiae*, découle des conditions d'application du droit primaire et permet de faire l'économie des exigences de transparence en l'absence d'intérêt transfrontalier. Enfin, les liens avec le droit de la concurrence pourraient conduire à établir d'autres causes d'exemptions. Toutefois, à ce stade, un bref examen de l'article 106, § 2 et de la réglementation qui lui est attachée ne permet pas d'identifier une cause d'exemption délivrant de l'application des obligations de transparence. De fait, l'article 106, § 2 du TFUE et la réglementation issue de l'arrêt *Altmark* prévoit qu'une procédure de marché publics doit être suivie, confirmant plutôt l'importance de la mise en concurrence et du contrôle de l'impartialité de la procédure. La sous-section 2, qui se penche plus méthodiquement sur l'article 106 du TFUE, va cependant analyser une autre jurisprudence de la CJUE, laquelle permet de suggérer une cause d'exemption échappant au droit du marché intérieur.

Section 2. Les droits exclusifs, leur régime d'attribution en droit européen et la négociation collective

59. *Plan de la section* - La présente section détaille les droits exclusifs, un concept que nous avons relié dans la section 1 à la capacité de la négociation collective de créer des restrictions de concurrence. Le lien entre la négociation collective de travail et les droits exclusifs est en effet apparu de façon directe à l'examen de l'arrêt *Albany* mais de manière aussi plus générale en examinant la façon dont la négociation collective de travail introduit des restrictions de concurrence. Le paragraphe 1 de la présente section présente le siège juridique de la notion, à l'article 106 du TFUE. Le paragraphe 2 explique comment la négociation collective de travail se trouve en prise, en droit européen, avec les droits exclusifs. Le paragraphe 3 expose le régime d'attribution des droits exclusifs en droit européen et permet d'identifier, comme nous l'annoncions à la fin de la section 1, une troisième cause d'exemption à l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination susceptible de s'appliquer aux dynamiques de négociation collective de travail.

§ 1. Fondement juridique et définition des droits exclusifs

60. *Définition des droits exclusifs* - Les droits exclusifs trouvent leur fondement à l'article 106 du TFUE[237]. L'article 106, § 1 du TFUE dispose que : « les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traites, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Selon le droit dérivé de l'Union, les droits exclusifs sont « des droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité »[238]. On peut considérer qu'ils sont des restrictions de marché, du fait de l'autorité publique[239]. Un droit exclusif trouve donc sa naissance dans l'acte d'une autorité[240].

---

[237] P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 277 et s. ; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, 3e ed., Oxford, Oxford university press, 2014, n° 6.16 à 6.24, pp. 818 et s.

[238] Dir. 2014/23 du 26 fév. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, art. 5, 10) ; *voy.* également l'art. 2, f) de la dir. 2006/111 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

[239] P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 278.

[240] J. FAULL, A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 818.

Selon une doctrine de référence antérieure à la définition législative précisée plus haut, un droit exclusif peut également être défini comme une mesure prise par un Etat membre dans l'exercice de ses fonctions d'autorité publique au travers de n'importe quel instrument légal, réglementaire ou, administratif par laquelle l'exclusivité est accordée en faveur d'une entreprise, privée ou publique. L'exclusivité concerne l'exercice d'une activité économique donnée, sur un territoire et pour une période donnée[241].

Les deux définitions précitées indiquent la nécessité de l'intervention des autorités pour qu'un acte juridique soit considéré comme un droit exclusif. Cette exigence est répétée de façon constante par la doctrine de référence en la matière. J.L. Buendia Sierra écrit par exemple, à propos de l'article 106 du TFUE que « le point essentiel est que l'acte en question peut être attribué à une autorité publique qui fait partie d'un Etat membre et qu'il a été réalisé dans l'exercice des fonctions de l'autorité publique »[242]. Pour le reste, le droit européen est très peu formaliste. Lors de l'identification d'un droit exclusif, il faut en effet avoir égard à la à la substance de l'acte de l'autorité. L'important réside dans les effets d'une mesure réglementaire[243]. C'est ainsi qu'une concession de service public est souvent considérée comme un contrat constitutif de droits exclusifs[244]. Mais l'effet ne doit pas forcément résider dans l'attribution d'une mission. De fait, la mesure étatique couverte par l'article 106 du TFUE peut être de nature diverse : la fixation abusive de tarifs, l'attribution d'avantages à certains opérateurs ou des restrictions d'accès à certaines activités sont juste quelques exemples[245]. Plus concrètement, les tarifs de guidage dans le port de Gênes, qui différaient selon le type de bateau, sont constitutifs de droits exclusifs[246]. La qualité du destinataire n'est pas non plus déterminante lorsqu'il s'agit

[241] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, *Oxford* University Press, 2014, p. 6. Dans le même sens : D. DE ROY, D. YERNAULT, « Les obligations de service public de droit européen et les services publics de droit interne belge : une superposition délicate, un conjugaison indispensable (1ère partie) », *R.D.I.R.*, 2015, p. 436. Pour des applications législatives et de la Commission : Dir. 94/46, art 2.1 ; Décision 2012/21 UE de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, art. 4. Pour des exemples de jurisprudence : C.J.U.E., 8 sept. 2010, *Markus Stoß*, aff. C-316/07, point 83 ; C.J.U.E., 30 juin 2011, *Zeturf*, aff. C-212/08, point 58.

[242] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 132.

[243] *Ibid*, p. 16. Pour une application jurisprudentielle : C.J.U.E., 5 oct. 1994, *la Crespelle*, aff. C-323/93.

[244] P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's Guide*, *op. cit.*, p. 17. *Par ex.* : C.J.U.E, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 40.

[245] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 133, n° 4.13.

[246] C.J.U.E., 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia srl c. Corpo dei Pilotidel Porto di* Genova, aff. C-18/93. Dans le même sens, la doctrine : J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 136, n° 4.23.

d'identifier un droit exclusif. Comme l'indique le texte du traité, le destinataire du droit exclusif est indifféremment public ou privé. La qualité d'entreprise semble, selon le traité, un élément sans conséquence. En résumé, une compréhension large de la définition de droit exclusif semble plus en accord avec les traités[247].

§ 2. Les droits exclusifs et la négociation collective de travail

61. *Entre Albany et UNIS et Beaudout, l'apparition des obligations de transparence change la donne* – Le présent paragraphe se penche, au départ de la jurisprudence de la CJUE, sur l'importance des liens entre les droits exclusifs et la négociation collective de travail. Dans notre partie relative à l'analyse des fonctions de la négociation collective de travail, nous avons en effet mis en avant qu'un arrêt important de la CJUE relativement à la négociation collective de travail, l'arrêt *Albany* de 1999, touche à l'attribution à un fonds de pension le droit exclusif de gérer dans un secteur déterminé un régime de pension complémentaire. La Cour justifie alors cette attribution sur la base de ce qui est devenu l'article 106, § 2 du TFUE. Dans l'affaire *UNIS et Beaudout* de 2015, il est également question de la sélection d'un organisme de pension par la négociation collective. Toutefois, entre les deux arrêts, une jurisprudence que nous avons détaillée conduit à devoir respecter les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE lors de tout attribution par la voie réglementaire d'un droit exclusif. Alors que l'arrêt *Albany* n'imposait à la négociation collective de travail que le respect du principe de non-discrimination, l'arrêt *Unis et Beaudout* lui applique le respect d'obligations issues du droit des marchés publics. Par conséquent, le dispositif de l'arrêt *UNIS et Beaudout* ne se fonde plus sur l'article 106, § 2 du TFUE, mais sur la nécessaire mise en concurrence et l'exigence du contrôle de l'impartialité de la procédure. Dans les deux cas, on peut être surpris des liens entretenus par la négociation collective de travail et l'intervention des pouvoirs publics sans laquelle, on l'a vu dans le paragraphe 1, aucun droit exclusif ne peut être identifié.

62. *Les liens entre la sphère publique et la négociation collective de travail sont complexes* - La relation qu'entretiennent les dynamiques de négociation collective de travail avec la sphère de l'autorité publique n'a jamais été – et ne sera sans doute jamais – clarifiée. Dans son ouvrage de référence, Ruth Dukes détaille longuement les différences de conception que développent deux penseurs du droit social, Sinzheimer et Kahn-Freund, au sujet des liens entre le droit du travail et les autorités publiques. Tandis que Sinzheimer insère les dynamiques de négociation collective dans un réseau institutionnel créé par l'autorité publique, Kahn-Freund insiste plutôt sur l'autonomie et la spontanéité jaillissante du droit du travail[248]. Le but de notre ouvrage n'est

[247] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 8.

[248] R. DUKES, *op. cit.*, p. 35. Dans son ouvrage *Critique de droit du travail,* Alain supiot parle d' « imbrication » entre le public et le collectif. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 138. Antoine Lyon-Caen évoque un « enchevêtrement », un terme qui selon lui « exprime [notamment] des choix d'organisation qui associent puissance

pas de clarifier ces liens, même si, dans le cas d'étude 1, nous allons mettre en avant la façon dont l'autorité publique peut recevoir les actes de la négociation collective puis, nous indiquons que l'article 4 de la convention n° 98 de l'OIT relative la négociation collective est avant tout une injonction formulée à l'Etat pour qu'il joue un rôle actif en vue de promouvoir la négociation collective de travail[249]. Les liens avec les autorités publiques vont apparaître de façon remarquée ailleurs, comme dans le cas d'étude 2 où la loi institue des experts au service de la négociation collective de travail[250], dans le cas d'étude 3 où le texte de loi qui encadre la sélection d'un opérateur de pensions complémentaires est le fruit d'une négociation collective de travail[251] et le cas d'étude 4, où, entre autres, se pose la question du cadre légal des dispositifs créés par les acteurs de la négociation collective dans le domaine de la formation professionnelle[252].

Le fait que la négociation collective de travail entretient une grande proximité avec les autorités publiques explique pourquoi la Cour identifie à plusieurs reprises, comme dans *Albany* ou dans *UNIS et Beaudout*, l'existence d'un droit exclusif dans des contextes de négociation collective. De façon plus précise, dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la Cour de justice reconnait l'existence d'un droit exclusif en raison de ce que la convention collective conclue par employeurs et travailleurs est rendue obligatoire par l'autorité française. Il y a donc là un acte de l'autorité publique, constitutif de droit exclusif. Dans cette conception, le seul débiteur de l'obligation de transparence au regard du droit européen semble être l'autorité étatique qui étend la force obligatoire de l'accord collectif. La Cour insiste en effet sur le fait que l'obligation de transparence est applicable en l'espèce en raison de la création d'un droit exclusif *du fait de l'intervention de l'autorité publique*, laquelle a fait usage de son pouvoir d'étendre la force obligatoire de l'accord collectif[253]. Pourtant, dans les

publique et partenaires sociaux selon des modes divers ». (A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *op. cit.*, p. 334).

[249] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 1, sections 1, n° 105 et 3, n° 134 et s.

[250] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 2, section 1, n° 147 et s.

[251] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 3, section 3, sous-section 3, n° 214.

[252] Voy. *infra*, partie II, cas d'étude 4, section 1, n° 213 et n° 241 et s.

[253] Points 34-36 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité. On voit concrètement dans le cas d'étude 4 de la partie II (spécialement à la section 2, Sous-section 2. Une CCT rendue obligatoire suggère un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire désigne un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire suggère un prestataire) qu'en ce qui concerne les conventions collectives de travail conclues au niveau de la branche d'activité, l'absence de demande d'extension de la force obligatoire de la convention et, par conséquent, l'absence de mesure étatique, empêche la constitution d'un droit exclusif. Toutefois, l'enchevêtrement entre la négociation collective de travail et l'autorité publique est tel que cette prise de distance des dynamiques de négociation collective vis-à-vis de l'autorité publique ne permet pas d'éviter dans tous les cas l'imposition des obligations de transparence à la négociation collective, lesquelles obligations

faits, l'obligation de respecter le contenu des obligation de transparence repose – nous le verrons très précisément dans les cas d'étude 3 et 4 de la partie II – sur la dynamique de négociation collective. Autrement dit, une action de l'autorité publique crée des obligations dans le chef acteurs de la négociation collective de travail, alors qu'ils ont déjà conclu la convention dont la force obligatoire est étendue. Une action par essence postérieure à une autre modifie le régime juridique applicable de la première. Cette bizarrerie juridique illustre le fait que négociation collective et autorité publique entretiennent des liens qu'on résout difficilement par le fait que l'une ressort de dynamiques de droit privé tandis que les autres appartiennent à la sphère publique.

En résumé, une compréhension large et en accord avec les traités de la définition de droit exclusif conduit, en raison des nombreux liens entre l'action des autorités publiques et la négociation collective de travail, à souvent identifier des droits exclusifs dans le résultat des dynamiques de négociation collective de travail. La Cour a en effet identifié des droits exclusifs dans deux arrêts concernant la négociation collective de travail : l'arrêt *Albany* et l'arrêt *UNIS et Beaudout*. En plus de la raison tenant dans les liens entre la négociation collective de travail et l'action des autorités publiques, il faut sans doute l'expliquer par le fait, que nous avons mis en avant dans le chapitre 1, que la négociation collective, en mettant en œuvre le principe d'égalité au-delà de ce qui est nécessaire pour faire fonctionner le marché, est susceptible de créer des restrictions de concurrence. L'article 106 du TFUE, lequel vise les restrictions de concurrence du fait de l'autorité publique, semble alors une disposition vers laquelle les juristes se tournent logiquement quand il faut appréhender la négociation collective de travail en droit européen.

§ 3. Le régime d'attribution des droits exclusifs

63. *L'article 106 du TFUE concerne les activités économiques* - Le régime applicable aux droits exclusifs varie selon la nature de l'activité attribuée au bénéficiaire du droit exclusif. L'article 106 du TFUE fait partie des règles de concurrence et s'applique donc en principe uniquement si la nature de l'activité est économique, laquelle confère au bénéficiaire du droit exclusif la qualité d'entreprise[254]. Ceci indépendamment de la forme juridique, du mode de financement de l'opérateur économique ou, de la poursuite d'un but lucratif[255]. Une activité

sont potentiellement applicables par d'autres biais (partie II, cas d'étude 4, section 3, Sous-section 1. Les F.S.E., comme les autres organismes mandatés, sont soumis au droit dérivé des marchés publics).

[254] C.J.U.E., 1er juil. 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, point 20. Sur cet arrêt : A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, p. 491.

[255] C.J.U.E., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, point 21. Voy. aussi L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence. Tome 1. Domaine d'application, ententes*, Paris, LawLex, 2005, p. 196 ; E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Droit de la concurrence - Abus de position dominante », *op. cit.*, p. 1539.

économique est une activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné[256]. Il s'agit d'une notion de droit européen qui reçoit une large interprétation[257]. Seules les activités régaliennes et, certaines activités du fait de leur caractère exclusivement social, comme la sécurité sociale, échappent à cette définition[258]. Du côté de la sécurité sociale, la Cour a d'ailleurs déjà eu l'occasion de dire que seuls les régimes fondés sur la solidarité sont exemptés[259]. Le régime d'attribution des droits exclusifs est défini par l'article 106 du TFUE, lequel se divise en un § 1 déterminant un régime général, et un § 2 prévoyant un régime dérogatoire. L'examen de l'article 106, § 2 du TFUE conduit à suggérer une troisième cause d'exemption à l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE, en plus de deux que nous avons identifiées dans la section 1.

(i) L'article 106, § 1er impose le respect des règles des traités

64. *Le régime général requiert le respect, en particulier, du principe de non-discrimination* - Selon l'article 106, § 1 du TFUE, l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs ne dispense pas de l'application des règles des traités, notamment celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 du TFUE[260]. Cette disposition stipule en effet que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». L'article 18 du TFUE, que nous avons déjà mobilisé au moment d'exposer les obligations de transparence, interdit la discrimination sur la base de la nationalité. Il découle de l'article 106, § 1 que l'octroi de droits exclusifs doit respecter l'obligation de transparence issue des principes de non-discrimination et d'égalité, dont le contenu a largement été détaillé

[256] C.J.U.E, 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180/98 à C-184/98, point 75.

[257] Sur le caractère englobant de la notion, voy. D. DE ROY, D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 434 ; Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, pp. 331-364.

[258] C.J.U.E., 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 ; C.J.U.E., 16 juin 1987, *Commission c/ République italienne*, aff. C-118/85, point 7-8. Sur un commentaire relatif droits exclusifs : C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 371. Pour une étude plus générale de na notion de solidarité : Q. DETIENNE, *op. cit.*, pp. 331-364.

[259]C.J.U.E., 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, points 51-55 et, la doctrine liée : C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 382 ; L. VOGEL, *op. cit.*, p. 156..

[260] J. FAULL, A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 822 ; P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 255.

dans la section 1. En résumé, chaque attribution de droit exclusif, même celles qui interviennent par le législateur[261], doit suivre une mise en concurrence et permettre le contrôle de l'impartialité de la procédure.

De plus, il est important de remarquer que la Cour a estimé que l'octroi d'un droit exclusif pour un terme illimité ou pour une durée particulièrement longue peut constituer une restriction disproportionnée à la libre prestation des services[262]. Un acte de l'autorité qui désignerait un opérateur économique sans prévoir que cette désignation doit être reconsidérée à intervalles réguliers risquerait de se mettre en porte-à-faux avec cette jurisprudence. Cette approche qui vise à interdire l'octroi de droit exclusifs pour une durée illimitée est confirmée par la réglementation relative aux droits exclusifs contenue dans la suite de l'article 106, à son paragraphe 2.

(ii) L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence

65. *Les S.I.E.G.* - Par dérogation, le deuxième paragraphe de l'article 106 du TFUE prévoit une application limitée des règles des traités, notamment des règles de concurrence, pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général[263]. Le service d'intérêt général est un prestataire à qui une obligation de service public est confiée par mandat[264]. Une jurisprudence estime qu'un service d'intérêt économique général ne peut être constitué qu'en cas de carence du marché[265]. La Commission a aussi exprimé cette

[261] Au point 388 des conclusions de l'avocat général Jacobs, celui-ci ne fait pas de distinction selon que le droit exclusif est attribué par intervention législative ou administrative. Conclusions de l'avocat général JACOBS rendues le 28 janvier 1999 dans l'affaire *Albany* (21 septembre 1999, aff. C-67/96).

[262] C.J.U.E., 9 septembre 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08, point 46 ; C.J.U.E., 9 mars 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-323/03, point 47 ; C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, point 79. Dans le même sens : C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 255 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, n° 1,$, p. 221.

[263] J. FAULL, A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 834 ; C.J.U.E., 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, point 102 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09, points 73 et s.

[264] P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 277 ; D. DE ROY, D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 435 ; Guide du 29 avril 2013 relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etats, de marchés publics et de marché intérieur, SEC (2013) 53 final/2, §§ 2 et 161.

[265] Trib. U.E., 16 sept. 2013, *Iliad SA*, aff. T-325/10, point 185. Sur la carence du marché, *voy.* D. DE ROY, D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 436 ; *contra* G. BROUHNS, *Introduction au droit public belge et européen de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 102.

opinion[266]. Des auteurs montrent toutefois que « le marché étant évolutif, la notion de SIEG l'est aussi »[267]. La condition serait alors rencontrée dès lors qu'une autorité publique, après un examen des besoins sociaux, fait démocratiquement le choix de constituer un service d'intérêt économique général[268]. Par ailleurs, certains travaux sur le sujet relativisent l'approche ; par exemple, J. Burke, auteur de *A critical account of article 106(2) TFEU. Governement Failure in Public Provision,* indique que ce critère ne doit pas être pris seul mais couplé avec des objectifs de cohésion sociale[269].

66. *Une convergence de régimes entre 106, § 1 et 106, § 2* - Le libellé de l'article 106, § 2 du traité est, selon les termes devenus connus de l'avocat-général Tesauro précédant l'arrêt du 19 mars 1991 dans l'affaire *France c. Commission*, d'une « claire obscurité »[270]. Cet aspect est répété par Jose Luis Buendia Sierra, dans son ouvrage relatif aux droits exclusifs, comme le fait également Quentin Detienne dans sa thèse[271]. Ce foisonnement n'est pas pour faciliter la tâche du juriste souhaitant synthétiser la jurisprudence et la doctrine. Le mieux qu'on puisse sans doute dire au sujet de l'article 106, § 2, sans risquer de faux pas, se concentre sur le rappel de principes généraux édictés par le traité et la Cour. Dans cette optique, il est utile de préciser que le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné à l'exercice de la mission attribuée à l'opérateur[272]. Le droit exclusif attribué dans le cadre d'un service d'intérêt économique général est justifié si, en son absence, son bénéficiaire n'est pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été donnée[273]. A la suite de l'arrêt *Altmark* concernant une compensation de service public, la Commission a précisé les modalités d'octroi de compensations rendue nécessaire par la poursuite d'une mission de service public dans un paquet

[266] Guide du 29 avril 2013, *op. cit.*, SEC (2013) 53 final/2, § 11.

[267] P.-O. DE BROUX, P. LAGASSE, « Créer et organiser des services publics économiques : actualités des balises nationales et européennes », dans P.-O. DE BROUX, P. NIHOUL (dir.), *Actualités de droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, p. 74

[268] Dans ce sens, une version préalable du document de travail de la Commission : COM (2008) 580 final, résumé général ; G. BROUHNS, *op. cit.*, p. 106.

[269] Oxford, Hart Publishing, 2018, p. 110.

[270] Aff. C-202/88, point 11.

[271] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 129, point 4.01 ; Q. DETIENNE, *Droit économique européen et systèmes de pensions nationaux,* à paraître.

[272] C.J.U.E, 13 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, point 14. La doctrine souligne ce point, par ex. A. DECOCQ, G. DECOCQ, *op. cit.*, p. 499.

[273] T.F.U.E., art. 106, § 2. Pour des applications jurisprudentielles, voy. C.J.U.E, 13 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, point 16 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09, point 73 et pour un commentaire doctrinal, voy. J. L. BUENDIA SIERRA, *op. cit.*, p. 831

réglementaire appelé « *Almunia* »[274]. On y retrouve un ensemble de deux communications, une décision et un règlement[275]. Particulièrement, il est intéressant d'avoir égard au paragraphe 19 de la communication de la Commission 2012/C8/03, lequel stipule : « une aide ne pourra être considérée comme compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 106, paragraphe 2, du traité que si l'autorité responsable, au moment de confier la prestation du service à l'entreprise concernée, s'est conformée ou s'engage à se conformer aux règles de l'Union applicables dans le domaine des marchés publics. Cela comprend toutes les exigences en matière de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination découlant directement du traité et, s'il y a lieu, du droit dérivé de l'Union. Toute aide ne respectant pas ces règles et exigences est réputée affecter le développement des échanges dans une mesure contraire aux intérêts de l'Union, au sens de l'article 106, paragraphe 2, du traité ».

Nous sommes d'avis, comme Jarleth Burke, que ce passage introduit une modification significative, puisqu'il soumet les droits exclusifs rangés sous le régime de l'article 106, § 2 aux mêmes conditions que celles que nous avons examinés sous le premier paragraphe de l'article 106. Jarleth Burke en déduit que l'octroi de droits exclusifs pour une durée indéterminée, également dans le cadre de l'article 106 § 2, est potentiellement interdit[276]. Cette approche est confirmée par un autre passage de la même communication de la Commission indiquant que « en principe, la durée du mandat ne devrait pas excéder la période nécessaire à l'amortissement comptable des principaux actifs indispensables à la prestation du SIEG »[277].

CASTA et Spezzino : *l'exception fondée sur la finalité sociale permettant une attribution indépendante des règles du marché intérieur* - Malgré la convergence de régimes entre les articles 106, § 1 et 106, § 2 du TFUE, une jurisprudence récente de la CJUE laisse penser qu'il est possible d'attribuer des droits exclusifs selon des procédés qui laissent de côté le droit du marché intérieur, et particulièrement le principe de non-

[274] C.J.U.E., 23 juillet 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

[275] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/02 ; Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), 2012/C 8/03 ; Règl. (UE) 1407/2013 du 18 décembre 2013relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis ; Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, notifiée sous le numéro C(2011) 9380.

[276] J. BURKE, *op. cit.*, pp. 169-170.

[277] Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), 2012/C 8/03, point 17.

discrimination. Dans des arrêts *Spezzino* et *CASTA*, la Cour autorise ainsi une procédure de mandatement d'un opérateur économique – et donc l'attribution d'un droit exclusif – qui s'écarte de l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité déduite des articles 18, 49 et 56 du TFUE[278]. Certes, selon la même jurisprudence, dans l'exercice de cette compétence, les États membres ne peuvent pas introduire ou maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice des libertés fondamentales[279]. La jurisprudence *Spzzino* et *CASTA* ajoute que, toutefois, dans l'appréciation du respect de cette interdiction, il doit être tenu compte du fait que certaines préoccupations occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité, et qu'il appartient aux Etats membres, qui disposent d'une marge d'appréciation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de ces intérêts ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint[280].

Un auteur estime que ces décisions s'inspirent de la dérogation ouverte par l'article 106, § 2 du TFUE[281]. On peut y reconnaître la réalisation du souhait d'un autre auteur « d'imaginer et d'imposer […] une exemption des règles du marché public et plus généralement des règles de la concurrence dès lors que sont mis en place des mécanismes de solidarité »[282]. Ces décisions de la Cour concordent avec l'opinion formulée par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions rendues dans les affaires *Coname* et *Commission c. Irlande.* Selon l'avocat général, il n'existe pas de régime de passation de marché de droit primaire uniforme, mais il convient de procéder à une différenciation d'après les circonstances de la passation du marché en cause ; précisément,

---

[278] C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13 ; C.J.U.E., 28 janvier 2016, *CASTA*, aff. C-50/14. A propos de ces arrêts, voy. notamment A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, pp. 31-38 ; P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 152 ; D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt CASTA », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2016, n° 52, pp. 43-47 ; E. BROUSSY, *AJDA*, 2015, p. 329 ; H. STERGIOU, « Hoe zeus Hera verleidde: Een bespreking van het arrest San Lorenzo (C-113/13) over opdrachtverstrekking van medisch vervoer aan vrijwiligersorganisaties in Italïe », *NtEr*, 2015, pp. 141-147.

[279] C.J.U.E., 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95 (grande chambre), point 27 ; C.J.U.E., 1er juin 2010, *Perez Gomez,* aff. C-570/07 et C-571/07 (grande chambre), point 43 ; C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13, point 55 ; C.J.U.E., 28 janvier 2016, *CASTA*, aff. C-50/14, point 57.

[280] C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13, point 56 ; C.J.U.E., 28 janvier 2016, *CASTA*, aff. C-50/14, points 59 et 60.

[281] A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38.

[282] F. KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition. CJUE 15 juillet 2010 aff. C-271/08 Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p. 1233.

des circonstances particulières peuvent justifier que l'on fasse exception à l'obligation de transparence[283]. Par analogie avec une autre jurisprudence de la Cour, cette approche permet d'appréhender l'attribution de droits exclusifs de façon autonome, c'est-à-dire sans les considérer comme une démarche dérogatoire au droit du marché intérieur, comme le fait la sous-section précédente[284]. D'autres auteurs ne voient pas d'un si bon œil l'apparition de modes d'attribution en dehors du droit du marché intérieur, y décelant plutôt une « faille majeure » et regrettent l'absence de test de proportionnalité, auquel ils attachent un risque d'abus[285].

La Cour décide dans ces arrêts que la procédure directe d'octroi d'un droit exclusif dérogeant à l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité est autorisée lorsque quatre conditions sont rencontrées. Tout d'abord, l'attribution directe et prioritaire d'un marché doit contribuer effectivement à la finalité sociale de l'activité faisant l'objet du marché. Ensuite, l'attribution doit renforcer la solidarité. Elle doit aussi participer à la poursuite d'objectifs d'efficacité budgétaire. Par exemple, l'opérateur économique ne doit pas poursuivre d'autres objectifs que ceux-là, c'est-à-dire assurer la finalité sociale de l'activité dont la gestion lui est confiée dans des conditions de solidarité et d'efficacité budgétaire. Enfin, il ne peut réaliser aucun profit du fait de ses prestations ni procurer aucun profit à ses membres[286]. Nous allons essayer d'examiner la portée de ce mandatement « social et solidaire » permettant une attribution indépendante des règles du marché intérieur tout au long de la partie II de la thèse, et spécialement au cours des cas d'étude 3 et 4[287]. D'emblée, il est toutefois utile de mettre en rapport la jurisprudence sur laquelle l'exeption « sociale solidaire » repose et le fait que, au cours des remarques préliminaires de ce même chapitre, nous avons mis en avant la faiblesse d'une définition de la négociation

[283] Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL présentées le 12 avril 2005 dans l'affaire *Coname* (aff. C-231/03), points 69 et s. ; conclusions de l'avocat général STIX-HACKL présentées le 14 septembre 2006 dans l'affaire Commission c. Irlande (aff. C-532/03), point 70.

[284] C.J.U.E., 1er juin 2010, *Perez Gomez,* aff. C-570/07 et C-571/07 (grande chambre).

[285] E. MANUNZA, N. MEERSHOEK, « Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors », *Public Procurement Law Review*, 2020, n° 6, pp. 343-358 ; R. CARANTA, « After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector », *European Procurement & Public Private Partnerships Law Review*, 2016, pp. 14-21.

[286] C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13 ; C.J.U.E., 28 janvier 2016, *CASTA*, aff. C-50/14. Sur l'absence de profit : D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt CASTA », *op. cit.*, pp. 43-47.

[287] Voy. *infra,* partie II, cas d'étude 3, section 2, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif ; cas d'étude 4, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusifet sous-section 2, § 2 de même que dans la section 3 du même cas d'étude, § 2. Les FSE remplissent les conditions de l'exception .

collective de travail s'attachant à sa finalité (« sociale ») convenue. Au cours de la partie II de la thèse, l'application de la cause d'exemption tirée des arrêt *Spezzino* et *CASTA* aux dynamiques de négociaiton collective va, dans le même sens, se révéler en porte à faux avec la façon dont celle-ci participe au fonctionnement du marché.

Conclusion de la section 2

67. La section 2 a permis d'examiner le régime européen des droits exclusifs. Plusieurs enseignements peuvent principalement en être tirés. D'abord, sauf la nécessité d'identifier une intervention de l'autorité publique, le droit européen est très souple quant à la définition des droits exclusifs. On reconnait un droit exclusif avant tout en raison de l'intervention de l'autorité publique. Dans ce sens, la fixation abusive de tarifs, l'attribution d'avantages à certains opérateurs ou des restrictions d'accès à certaines activités peuvent être considérés comme des droits exclusifs. Cet examen du régime européen des droits exclusifs était utile parce que la négociation collective de travail entretient des liens forts avec les autorités publiques, notamment parce que ces dernières ont l'obligation de la promouvoir. Cette caractéristique, couplée au fait que la négociation collective introduit des restrictions de concurrence (afin de délimiter des champs au sein desquels elle crée de l'égalité dans l'exploitation), a conduit le juge européen à reconnaitre, à plusieurs reprise, l'existence de droits exclusifs à l'examen de dynamiques de négociations collectives de travail. En plus de l'arrêt *UNIS et Beaudout* étudié dans la section précédente, la section 2 relève un autre arrêt de la CJUE important dans le domaine de la négociation colective et à l'occasion duquel la Cour identifie l'existence de droits exclusifs : l'arrêt *Albany*.

Un autre enseignement de cette section est que l'attribution de droits exclusifs, qu'ils tombent sous le régime du § 1 ou du § 2 de l'article 106 du TFUE, est soumise aux obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE. Cette obligation semble toutefois pouvoir être écartée en se basant sur une certaine jurisprudence de la CJUE, rendue dans les affaires *Spezzino* et *CASTA*. Dans cette jurisprudence, la Cour établit la conformité de l'attribution directe de droits exclusifs directement, sans mise en concurrence et sans contrôle de l'impartialité de la procédure. Il s'agit d'un mandatement « social et solidaire », permettant une attribution indépendante des règles du marché intérieur, que certains auteurs rattachent à l'article 106, § 2 du TFUE.

Conclusion du chapitre 2.

68. La section 1 du chapitre 2 s'est ouverte en analysant une décision de la CJUE, l'affaire *UNIS et Beaudout*. On y a constaté que, face à une restriction de concurrence introduite par la négociation collective pour créer de l'égalité dans le marché, la Cour apporte une lecture juridique propre. Sans reconnaître que la négociation collective de travail est une technique qui crée de l'égalité dans le marché, les juges ont requis le respect, par la négociation collective de travail, des obligations déduites des principes d'égalité et de non-discrimination.

A la suite de cet enseignement prétorien, il est apparu utile de retracer l'origine des principes d'égalité et de non-discrimination, auxquels la Cour de justice de l'Union attache des obligations de transparence. Ces principes sont apparus dans le droit européen de la commande publique mais s'ancrent désormais dans un programme plus vaste de réalisation de la concurrence. Les obligations de transparence qui en découlent sont désormais étendues, au-delà du domaine de la commande publique, aux cas d'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique par les autorités, peu importent les raisons de cet octroi. Elles exigent une mise en concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure.

69. La section 2 du chapitre 2 a permis de mesurer les liens entre la négociation collective de travail et les droits exclusifs. En effet, la négociation collective de travail introduit, grâce au concours des autorités publiques, des restrictions de concurrence. En raison des droits exclusifs apparus au travers des restrictions de concurrence, les autorités judiciaires de l'Union sont alors tentées (et elles le font dans la pratique dans les arrêts *UNIS et Beaudout et Albany*) d'identifier des droits exclusifs. Les droits exclusifs sont en effet caractérisés par des restrictions de concurrence du fait de l'autorité publique. La Cour soumet alors les dynamiques de négociation collective de travail – en cohérence avec sa jurisprudence – au respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE.

70. En se penchant sur le champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, la section 2 a dégagé trois causes d'exemptions. Il s'agit de trois hypothèses dans lesquelles, par exception, les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE ne trouvent pas à s'appliquer. La première, *ratione personae,* repose sur l'analogie avec le droit dérivé des marchés publics et apparait lorsqu'on identifie que la mission a été attribuée à une quasi-régie. La deuxième, *ratione materiae*, découle des conditions d'application du droit primaire dans lequel les obligations de transparence s'épanouissent désormais et permet de faire l'économie de leur application en l'absence d'intérêt transfrontalier. La troisième s'appuie sur une jurisprudence de la CJUE, rendue dans les affaires *Spezzino* et *Casta*. Il s'agit d'une exception fondée sur le but poursuivi, permettant mandatement « social et solidaire », indépendant des règles du marché intérieur. Certains auteurs la rattachent à l'article 106, § 2 du TFUE.

Conclusion de la partie I

71. La partie I de la thèse a eu pour ambition de donner des clés de lecture théoriques. Le chapitre 1, au départ d'une définition doctrinale de la négociation collective de travail étayée par des développements historiques, a permis d'associer trois fonctions à la négociation collective relativement au fonctionnement du marché. D'abord, la négociation collective de travail y a été présentée comme une technique créatrice d'égalité dans l'exploitation, permettant de faire fonctionner le marché. Ensuite, nous avons expliqué que la négociation collective de travail permet aux représentants des employeurs et des travailleurs d'introduire des restrictions de concurrence. Ces restrictions sont nécessaires pour créer de l'égalité dans l'exploitation mais elles vont cependant parfois au-delà de ce qui est requis pour faire fonctionner le marché. Enfin, la négociation collective de travail a été présentée comme une technique permettant de refonder le contrat économique, comme au sortir d'une guerre, ou lorsqu'il faut modifier le système productif.

72. Dans le chapitre 2, l'examen de l'arrêt *UNIS et Beaudout* a toutefois montré que la CJUE a sa lecture propre de la négociation collective de travail : plutôt que de reconnaître son rôle dans le fonctionnement du marché, elle lui impose le respect d'autres règles visant l'ouverture à la concurrence. Ces règles sont déduites des principes d'égalité et de non-discrimination issus des articles 18, 49 et 56 du TFUE et imposent des obligations de transparence. Les obligations de transparence trouvent pourtant leur origine dans un registre plus restreint, à savoir l'orientation du comportement des autorités publiques lorsqu'elles passent des contrats. Il y a là un mouvement particulier qui va être le noyau de notre thèse : celui par lequel la négociation collective de travail, dont nous avons vu qu'elle fait fonctionner le marché en créant de l'égalité dans l'exploitation, est saisie elle-même par des règles visant le fonctionnement du marché. Notre hypothèse est que la soumission de la négociation collective de travail aux règles visant l'ouverture à la concurrence l'empêche de fonctionner correctement. Les cas d'étude de la partie II de la thèse vont permettre de dresser un diagnostic de l'application de règles de droit de la concurrence et de mettre à jour certaines contradictions. Par exemple, on va montrer que les obligations de transparence et les dynamiques de négociation collective sont, dans une certaine mesure, inconciliables. Les cas d'étude éclairent également, en pratique, comment la négociation collective de travail crée les conditions d'égalité dans l'exploitation nécessaires au fonctionnement du marché. La partie II invite alors, dans son ensemble, à utiliser d'autres règles du droit de l'Union, lesquelles tiennent mieux compte du mouvement du réel.

73. Le chapitre 2 a également permis de dégager trois causes d'exemption aux obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE. La suite de notre travail va consister à analyser, dans la pratique, ces causes d'exemption. Conduisent-elles à exempter les dynamiques de négociation collective de travail du respect des règles imposant des mises en concurrence et

le contrôle de l'impartialité des procédures ? Dans la négative, nous allons être obligés d'appliquer les cadres de pensée de la CJUE présentés en introduction, et de tenter de concilier la négociation collective de travail, qualifiée alors d'exercice d'un droit fondamental, avec un autre intérêt, l'ouverture à la concurrence. Conceptuellement, cette démarche semble déjà inepte puisque nous avons vu, dans la partie I, que la négociation collective de travail permet elle aussi la concurrence, en créant l'égalité dans l'exploitation. Dans la pratique, nous allons faire face à des situations où l'exercice de la négociation collective reste incompatible avec les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE, démontrant que certaines règles du marché intérieur ne sont pas compatibles avec la négociation collective de travail. La question se posera alors d'une prise en compte plus adaptée de la négociation collective de travail par le droit européen.

Partie II. La négociation collective de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur – Variations sur quatre cas d'étude

« *Les conditionnements associés à une classe particulière de conditions d'existence produisent des habitus, systèmes de dispositions durables et transposables, structures structurées prédisposées à fonctionner comme structures structurantes.* » Pierre Bourdieu, *Le sens pratique*, Paris, Editions de Minuit, 1980, p. 88.

Introduction de la partie II

74. *Quatre cas d'étude dans la partie II* - La chair de la deuxième partie de la thèse est composée de quatre études de cas. Comme nous l'expliquions en introduction, les deux premiers concernent le niveau de l'entreprise (chapitre 1), tandis que les deux suivants s'inscrivent sur la scène de la branche d'activité (chapitre 2). Les quatre cas d'étude ont été sélectionnés afin d'illustrer la relation entre la négociation collective de travail et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, et plus spécifiquement l'article 101 du TFUE (dans le cas d'étude 1), les règles déduites des principes d'égalité et de non-discrimination permettant l'ouverture à la concurrence (dans le cas d'étude 2, en lien avec le droit des marchés publics), l'article 106 du TFUE, en ce qu'il impose le respect des principes d'égalité et de non-discrimination (dans les cas d'étude 3 et 4)[288]. Les cas d'étude concernent différents *moments* de la négociation collective de travail : depuis sa gestation, quand des mouvements de travailleurs sont créés (cas 1), jusqu'à son affirmation plus complète, lorsque la négociation collective de travail crée un système institutionnel de formation professionnelle apparenté à la sécurité sociale (cas 4), en passant par le renforcement des mouvements de travailleurs dans les entreprises (cas 2) et la structuration du marché du travail par la négociation collective, en faisant appel à des prestataires de service tiers (cas 3). En figuré, nous pouvons dire que les quatre études de cas sont une plongée en profondeur progressive dans les eaux méconnues de la négociation collective de travail. Les cas d'études ont par ailleurs été spécialement retenues parce qu'ils permettent, souvent au départ d'un arrêt de la Cour de justice, d'éclairer la relation entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence.

75. *Cas d'étude 1* - Dans le cas 1, nous examinons la façon dont des travailleurs jusqu'alors considérés comme indépendants (et donc considérés comme des entreprises ?) sont inclus dans la négociation collective de travail dans l'entreprise Sanoma. Le premier cas d'étude a en effet trait à la validité des conventions collectives de travail lorsqu'elles incluent les travailleurs sous statut indépendant, en écho à la jurisprudence *FNV Kunsten* de la Cour de justice. De la façon expliquée dans la partie I de la thèse, la négociation collective de travail attribue à des travailleurs considérés comme indépendants des droits équivalents à ceux des travailleurs salariés. Elle produit un *level playing field* entre travailleurs, quel que soit l'arrangement contractuel. Simultanément, elle réduit la liberté d'entreprise du bénéficiaire des prestations de travail, comme nous le voyions. L'atteinte à la libre concurrence est appréhendé négativement par le droit de la concurrence et, lorsque l'accord porte sur les prix, elle est proscrite par l'article 101 du TFUE. Le cas 1 examine en profondeur la relation entre la négociation collective des tarifs des travailleurs considérés comme prestataires indépendants et l'interdiction

[288] Art. 3, 1., b), TFUE.

des accords sur les prix prévue par les traités européens. Le cas d'étude 1 esquisse une relation entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence, par laquelle des questions relatives à la négociation collective de travail (principalement celle de l'identification du titulaire du droit de conclure des accords sur les prix) trouvent des réponses, dans l'Union européenne, dans le droit de la concurrence. L'influence ne serait toutefois pas unilatérale : le cas d'étude 1 suggère que la négociation collective de travail contribue à l'élaboration des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, par la définition du prix du travail. Les cas d'étude suivants vont poursuivre la dialectique entre les deux termes.

76. *Cas d'étude 2* - Le cas 2 se penche sur une dynamique plus structurée de négociation collective de travail en entreprise. En effet, si l'on veut, par la négociation collective de travail et, selon les termes de l'exposé des motifs de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (laquelle est un fil rouge du cas d'étude 2), « rétablir chez les travailleurs la notion de la personnalité »[289] (à savoir un échec partiel selon ce que nous avons expliqué dans la section 1 de la partie I de la thèse) et « le sens de la productivité »[290] (on retrouve la fonction capitaliste de la section 1 de la partie I de la thèse), « les travailleurs doivent être exactement informés des éléments essentiels relatifs à la marche de l'entreprise »[291]. Afin de promouvoir l'association des travailleurs à la vie économique de leur entreprise, la loi belge prévoit alors que les réviseurs d'entreprises sont co-désignés par les représentants des travailleurs et par l'employeur. L'aide du réviseur permet aux travailleurs de mieux saisir les enjeux économiques et financiers de l'entreprise. L'action des réviseurs contribue à solidifier la négociation collective de travail dans le domaine financier et économique.

Toutefois, dans les entreprises majoritairement financées par les pouvoirs publics – et elles sont nombreuses vu l'acception large de la notion de financement public –, la procédure de nomination du réviseur d'entreprise prévue par le Code des sociétés et des associations est supplantée par le droit des marchés publics et les principes de transparence déduits du TFUE, lesquels imposent une mise en concurrence. Le cas d'étude cherche à comprendre les raisons de la co-sélection du réviseur par les représentants des travailleurs, et y décèle des causes d'exemption reconnues, par le droit dérivé des marchés publics, de l'application de celui-ci. Nous tentons alors de conjuguer la désignation du réviseur par les représentants des travailleurs avec d'autres règles, inspirées du droit des marchés publics mais découlant directement des traités, et qui imposent malgré tout l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure : les obligations de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination, exposées dans le partie I. Leur application persiste effectivement malgré la non applicabilité des textes de droit dérivé relatifs aux marchés

[289] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1947-1948, n° 50, p. 13.

[290] Ibid.

[291] *Ibid*, p. 14.

publics. Le cas d'étude tente alors d'opérer une mise en balance entre, d'une part, le droit de négociation collective et, d'autre part, les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans les traités. Au terme de l'analyse, il semble toutefois qu'un nœud résiste à la balance des intérêts, suggérant une approche juridique insatisfaisante. Le cas d'étude 3 va explorer plus profondeur les difficultés créées par l'approche conciliatoire.

77. *Cas d'étude 3* - Le cas d'étude 3, cette fois au niveau du secteur, tente un exercice similaire dans un contexte où la négociation collective de travail sélectionne un tiers. Le tiers n'est toutefois plus choisi afin de promouvoir les dynamiques de négociation collective, comme dans le cas d'étude 2, mais constitue une étape de la structuration du monde du travail dans son ensemble : le cas d'étude 3 porte sur la sélection du prestataire d'un régime de pension sectoriel. Les membres de la commission paritaire compétente y procèdent en principe de façon autonome. Toutefois, dans les arrêts *UNIS et Beaudout* de décembre 2015 que nous avons déjà examiné dans la partie I, la Cour de justice de l'Union européenne a identifié un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE et a imposé, pour son attribution, le respect de l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure, inspirés du droit des marchés publics et déduits des principes d'égalité et de non-discrimination. Le cas d'étude s'appuie sur le récit de deux procédures récentes de sélection du gestionnaire d'un régime de pension. Nous examinons d'abord si les situations exposées présentent les traits de cas où, par exception, les obligations de transparence dégagées par la Cour ne trouvent pas à s'appliquer. Cette analyse fait naître des pistes d'application dérogatoire : les obligations déduites des principes découlant des traités ne trouveraient, dans certains cas, pas à s'appliquer. L'analyse fait également surgir des interrogations juridiques, lesquelles sont renvoyées pour un examen plus développé au cas d'étude 4. Dans l'hypothèse principale où les obligations de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination s'appliquent, la suite du cas d'étude se plonge dans la voie de la balance des intérêts. Contrairement à l'arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015 mais à la manière de l'arrêt *Allianz Vorsorgekasse AG* d'avril 2019, nous identifions en effet que la sélection de l'organisme de pension relève de l'exercice du droit fondamental de négociation collective. L'examen des possibilités de conciliation des exigences potentiellement contradictoires du droit de négociation collective, d'une part, et de l'obligation de transparence, d'autre part mène toutefois, comme dans le cas d'étude 2 mais dans une plus large mesure, à l'apparition d'un résidu d'éléments inconciliables. Le cas d'étude 4 va-t-il aider à surmonter cette difficulté ?

78. *Cas d'étude 4* - Le cas d'étude 4 appréhende aussi une réalité sectorielle, à la différence que celle-ci est une expression plus aboutie (dans le sens de plus sophistiquée), de la négociation collective de travail. Cette partie de la thèse explore le monde de la formation sectorielle ou, autrement dit, la manière dont la négociation collective de travail a répondu, au niveau de la branche d'activité, à des besoins de formation des travailleurs. L'angle d'entrée est celui des mesures de formation et d'accompagnement consécutives à un licenciement. Nous voyons alors que de nombreux organismes sont tantôt créés, tantôt mandatés par la négociation

sectorielle. Un des exercices du cas d'étude consiste à identifier les situations dans lesquelles, en raison de la reconnaissance d'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE, les obligations de transparence trouvent à s'appliquer et, par exception, celles qui correspondent à une cause d'exemption prévue par le droit européen. Cette analyse, lorsqu'elle implique une analyse des modes d'organisation, donne du fil à retordre, en raison de la variété des dispositifs mis en place par la négociation collective de travail. En revanche, elle semble suggérer la non-application des obligations en matière d'ouverture à la concurrence et de contrôle de l'impartialité des procédures lorsque la cause d'exemption ne repose plus sur la nature institutionnelle mais, sur la spécificité de la mission. Cette dernière cause dérogatoire, reposant sur la reconnaissance du rôle de la négociation collective de travail et les liens entretenus par cette cause d'exemption avec le droit de la concurrence, invite, dans la continuité des cas d'étude 1, 2 et 3, à suggérer que la négociation collective de travail ne doit pas être pensée à côté ou par opposition aux règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Au contraire, elle trouve selon nous sa place *dans* les règles de concurrence, au titre d'une cinquième branche. Les règles de concurrence présentées dans les différents cas d'étude et celle entourant la négociation collective de travail procéderaient alors à la même dynamique : faire fonctionner le marché intérieur. Par conséquent, elle modifie la façon dont les règles sont appliquées au sein de cette branche du droit de l'Union. Cette approche permet de se libérer des nœuds que nous avons identifiés dans les cas d'étude 2 et 3, encore exacerbés dans le cas d'étude 4 : la négociation collective de travail, considérée comme une méthode nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, s'inscrit en relation avec d'autres règles nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, comme l'interdiction des ententes ou l'obligation de respecter des obligations dérivées du droit des marchés publics lors de l'attribution de droits exclusifs.

79. *Plan de chaque cas d'étude* - Dans chaque cas d'étude, une section 1 présente et décrit un conflit entre la négociation collective et les règles de droit de la concurrence. Le lecteur prend alors connaissance de pratiques qui sont souvent méconnues, parce que peu mis en avant par la doctrine juridique. La section 2 de chaque cas consiste en l'analyse du conflit au regard du droit européen. Une partie importante des développements est alors consacrée à la question du domaine d'applicabilité des règles de droit de la concurrence ; il est en effet nécessaire de se demander si, par exemption, les règles de droit de la concurrence en cause ne s'appliquent pas. La section 3 de chaque cas pointe les limites du raisonnement développé dans la section précédente. Dans le cas d'étude 1, nous mettons l'accent sur le rôle potentiel de la négociation collective de travail dans la définition du prix des prestations de services. Dans les autres cas, nous explorons la voie suggérée par la CJUE quand la juridiction explique qu'un équilibre doit être trouvé entre la réalisation du marché intérieur et la protection des droits fondamentaux, ici la négociation collective de travail. En effet, selon la Cour, entre l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union et le droit de négociation collective, il en va d'intérêts dont la prise en compte nécessite un juste équilibre. Au fur et à mesure des cas d'étude, nous

allons toutefois mettre en avant que l'exercice de la conciliation fait persister un résidu d'éléments inconciliables. Dans la continuité du cas d'étude 3, nous insistons dans la cas d'étude 4 sur l'intérêt d'une cause d'exemption fondée sur le rôle de la négociation collective, cette-dernière n'étant selon nous pas différente des autres règles nécessaires au fonctionnement du marché.

80. *La conclusion future* - Au terme des quatre cas d'étude, il semble que la négociation collective de travail soit une technique permettant de faire fonctionner le marché intérieur, au même titre que, par exemple, le contrôle des concentrations. A ce titre, elle fait partie de la *politique de la concurrence* et les autorités en charge de celle-ci ont l'obligation de la promouvoir.

Chapitre 1. Niveau de l'entreprise

Cas 1. Négociation collective des indépendants

81. *Plan de l'étude de cas* - Dans l'Union européenne, le droit de la concurrence détermine la validité d'un accord sur les prix. Les conventions collectives relatives aux conditions de rémunération n'échappent pas à la règle[292]. Cette approche a conduit à la nullité d'un certain nombre de conventions collectives fixant les tarifs de travailleurs sous statut indépendant. La thématique est l'objet du cas d'étude 1, dans la lignée des contributions de Xavier Beaudonnet, du département des normes de l'Organisation internationale du Travail, d'Adela Boitos et de Manuel Kellerbauer, du service juridique de la Commission européenne et de Silvia Borelli, lesquels ont traité ce sujet dans l'ouvrage collectif que nous avons dirigé avec Daniel Dumont et Auriane Lamine[293]. Les lignes qui suivent s'appuient sur leur travail et reprennent en grande partie nos contributions dans le même ouvrage, notamment celle co-rédigée avec Tijs Hostyn (lorsqu'il s'agit de décrire en pratique le cas de l'entreprise Sanoma)[294].

La section 1 de ce cas d'étude présente la problématique du conflit entre l'adoption de conventions collectives au bénéfice de travailleurs indépendants, d'une part, et l'article 101 du TFUE, d'autre part. Pour ce faire, nous nous référons brièvement à l'affaire des *Advertising Practitioners* en Irlande. Assez rapidement, nous nous tournons vers une situation belge : l'entreprise journalistique Sanoma. Des textes y ont été adoptés collectivement au bénéficie de *freelances*, sans que l'on puisse clairement établir s'il s'agit de conventions collectives au sens du droit belge. Nous constatons toutefois que l'employeur promeut la négociation collective de travail au bénéfice des travailleurs indépendants. Si, comme en Irlande, les textes au bénéfice des travailleurs indépendants avaient déterminé les prix, quelle aurait été la réponse du droit européen de la concurrence ? Par un examen de la jurisprudence de la CJUE, la section 2 analyse le cas au regard de l''article 101, en se penchant plus particulièrement sur la notion d'entreprise. On y découvre que l'opposition entre le destinataire de l'interdiction des accords sur les prix de l'article 101, d'une part, et le titulaire de négocier

[292] A. BOITOS et M. KELLERBAUER, « Le droit des prestataires de services indépendants à conclure des conventions collectives », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 87-108.

[293] Dans le même ouvrage, voy. X. BEAUDONNET, « Le droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants au regard des normes de l'organisation internationale du travail », pp. 55-86.

[294] Dans le même ouvrage, voy. T. HOSTYN, J.-B. MAISIN, « Les stratégies de négociation collective des travailleurs indépendants. Le cas d'un groupe de presse : Sanoma », pp. 141-170 et J.-B. MAISIN, « Sonate en trois mouvements sur le droit de négociation collective des travailleurs indépendants et l'interdiction des accords sur les prix », pp. 291-332.

collectivement des accords sur les prix, d'autre part, n'est pas insoluble : le droit de la concurrence offre des balises qui, appliquées au cas de Sanoma ou de tout autre situation similaire, autorisent les accords sur les prix au bénéfice des *freelances*. Dans la section 3, on traite la question de l'encadrement des conditions de travail et de rémunération des travailleurs *freelances*. L'idée avancée est que la négociation collective de travail pourrait, mieux que d'autres techniques, apporter des solutions réglementaires adaptées.

Section 1. Présentation et description du conflit

82. *Advertising Practitioners en Irlande* - L'affaire irlandaise que le fonctionnaire de l'OIT commente dans notre ouvrage concerne une convention collective entrée en vigueur le 1er octobre 2002 relative, entre autres, à la rémunération des travailleurs indépendants de l'audiovisuel[295]. Celle-ci ayant été déclarée illégale, les interlocuteurs sociaux ont dû négocier une nouvelle convention. Lors de l'examen du cas à la Commission de l'Application des Normes de la Conférence internationale du Travail en 2016 et, selon le rapport du gouvernement irlandais, les travailleurs indépendants sont considérés en droit européen comme des entreprises[296]. Le gouvernement explique qu'en vertu de l'article 101 du TFUE, les accords entre les travailleurs indépendants et leurs commanditaires sont dès lors interdits, s'ils ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. En 2006, l'Organisation internationale du Travail s'était déjà penchée sur la thématique : une première demande directe adressé au gouvernement irlandais de la commission d'experts de l'OIT (la CEACR), répétée à plusieurs reprises par la suite, avait fait état des restrictions du droit d'organisation et de négociation collective causées par des décisions de l'Autorité irlandaise de la concurrence, quand cette dernière a déclaré nul l'accord collectif entre le syndicat IRISH EQUITY/SIPTU et l'Institute of Advertising Practitioners[297]. Selon le rapport de l'OIT des discussions de la

[295] X. BEAUDONNET, « Le droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants au regard des normes de l'organisation internationale du travail », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 73 et s.

[296] Cas individuel (CAS) - Discussion : 2016, Publication : 105ème session CIT (2016), Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 - Irlande (Ratification : 1955) (https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3284597 (10 novembre 2020).

[297] En 2006, une première demande directe des experts fait état de restrictions du droit d'organisation et de négociation collective. En effet, l'autorité irlandaise de la concurrence a déclaré que l'accord collectif conclu entre Equity/SIPTU et l'institut des praticiens de la publicité est contraire à la loi. Les experts ont demandé au gouvernement de fournir des informations. Cette demande directe a été répétée en 2007 et en 2008. La réponse du gouvernement est reprise dans une demande directe en 2009. Les experts prennent note d'un engagement du gouvernement. Celui-ci promet de modifier la réglementation sur la concurrence, en vue de permettre la conclusion de conventions collectives. À cette occasion, les experts ont souligné que l'intervention d'une autorité quelconque qui aboutirait à un changement unilatéral des termes et

Commission de l'Application des Normes de 2016, « la législation de l'Union européenne (UE) en la matière tout comme celle de l'Irlande prévoient que les travailleurs indépendants sont considérés comme des « entreprises ». De nombreux cas de jurisprudence présentés à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont considéré que les travailleurs indépendants sont considérés comme des entreprises du point de vue du droit européen de la concurrence. L'article 4 de la loi irlandaise de 2002 sur la concurrence interdit et rend nul tout accord conclu entre les entreprises, toute décision prise par des instances représentant les entreprises, ainsi que toute pratique concertée ayant comme objectif ou comme effet la prévention, la restriction ou la distorsion de la concurrence dans le commerce de tous biens ou de tous services ayant lieu dans l'Etat ou dans toute partie de l'Etat »[298]. La question des accords sur les prix négociés par des travailleurs sous statut d'indépendant va nous occuper tout au long du cas d'étude 1. En 2021, au moment de terminer ces pages, la problématique préoccupe les autorités de l'Union (et plus spécialement sa direction générale en charge de la concurrence) puisque « la Commission européenne entame un processus ayant trait à la question de la négociation collective pour les travailleurs indépendants »[299].

83. *Sanoma en Belgique* - Dans la section 1, nous présentons de façon détaillée une dynamique de négociation collective incluant les travailleurs sous statut indépendant. Celle qui est présentée concerne l'entreprise Sanoma. Elle nous a semblé la plus intéressante, parce qu'elle montre comment un employeur a reconnu le fait syndical au bénéfice des travailleurs indépendants et comment cette reconnaissance est liée à l'établissement d'un marché du travail commun avec les salariés. L'intérêt réside également dans les interactions entre la négociation collective de travail et les textes de droit belge organisant celle-ci. D'autres exemples intéressants de dynamiques collectives incluant les indépendants auraient été possibles et nous

des conditions négociés est, en général, contraire à la C.98. Le gouvernement n'a pas répondu aux souhaits des experts. Ceux-ci ont donc répété la demande directe en 2011. En 2012, le gouvernement n'a toujours pas exécuté son engagement. La demande directe fait alors apparaître que le plan d'aide financière accordé par le FMI, la Commission européenne et la Banque centrale européenne interdit au gouvernement de modifier la loi sur la concurrence. Le gouvernement ne peut donc honorer son engagement vis-à-vis des interlocuteurs sociaux. Par la suite, les experts ont redit leur souhait que le gouvernement tienne ses promesses. La demande directe de 2014 répète la même requête.

[298] Cas individuel (CAS) - Discussion : 2016, Publication : 105ème session CIT (2016), Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 - Irlande (Ratification : 1955) (https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3284597 (10 novembre 2020).

[299] « Competition: The European Commission launches a process to address the issue of collective bargaining for the self-employed », communiqué de presse de la Commission européenne du 30 juin 2020.

renvoyons le lecteur à la lecture de l'ouvrage que nous avons dirigé avec Daniel Dumont et Auriane Lamine sur le sujet[300].

L'étude de cas se penche sur une entreprise de publication de périodiques, Sanoma. Fortement exposée à la numérisation de l'information, elle s'est séparée d'un nombre important de collaborateurs indépendants puis, elle a remplacé une partie de ses travailleurs salariés par des travailleurs sous statut indépendant. Cette dynamique a mis les travailleurs sous statut indépendant au centre des nombreuses tensions et a fait émerger de nouveaux modes de négociation collective. Le récit de la négociation collective qui va suivre montre également des glissements dans le rapport entre la sphère juridique et celle de la négociation collective de travail.

84. *Plan de la section* - Afin d'explorer les dialectiques précitées, la section 1 se divise en trois sous-sections. La première sous-section permet de comprendre le point de départ de la négociation. C'est l'analyse statique. On y brosse (autant que possible) la situation socio-économique des travailleurs sous statut indépendant (§ 1). L'entreprise dans laquelle ils exercent leur mission est également décrite (§ 2). Le troisième temps de la partie statique explique les canaux juridiques de la représentation collective sur le lieu de travail en Belgique et identifie les obstacles – ou les opportunités – qu'ils opposent à l'inclusion des travailleurs indépendants (§ 3). Ce troisième paragraphe aborde consécutivement le canal de la délégation désignée par l'organisation syndicale puis celui de la représentation élue dans l'entreprise. Dès lors que le décor est planté, le récit de la négociation collective, lequel couvre une période de plus de vingt ans et pas moins de cinq accords sociaux, est abordé chronologiquement par la sous-section 2. De temps à autres, nous faisons référence aux débats généraux et aux évolutions au sein du mouvement syndical, étant donné qu'ils se construisent en lien avec la réalité des entreprises, et réciproquement. Au cours du récit, on verra les travailleurs indépendants prendre une part de plus en plus affirmée dans la négociation collective et le droit collectivement négocié refléter cette tendance.

Comment ces pratiques de production juridique sont-elles considérées par le droit « d'en haut » ? Par droit d'en haut, nous entendons les règles inscrites dans les traités européens et interprétées par la Cour de justice de l'Union, particulièrement les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché au sens de l'article 3, 1., b) du TFUE. Que se passe-t-il quand la production normative des représentants des travailleurs et des employeurs rencontre le prescrit de son article 101 ? Le rapprochement des deux espaces normatifs est l'objet de la suite du cas d'étude.

[300] Voy. spéc. F. DELCHEVALERIE, M. WILLEMS, « Le cas d'une plateforme de livraison : Deliveroo », pp. 170-222 ; S. CAPIAU et A. LAMINE, « Le cas d'une coopérative de travailleurs auonomes : SMart », pp. 223-269 *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 87-108.

Sous-section 1. Spécificité de l'ordre juridique étudié

§ 1. Profil socio-économique des travailleurs

85. *De plus en plus d'indépendants* - Les travailleurs, dans une entreprise comme Sanoma, sont des individus pratiquant des métiers créatifs, comme des journalistes ou des graphistes. Il s'agit de travailleurs qualifiés avec des revenus plutôt élevés. Nous avons déjà relevé le fait que les journalistes ne sont bien évidemment pas la seule catégorie professionnelle représentée chez Sanoma. De nombreux autres métiers sont nécessaires à la publication de magazines. Pour connaitre la part qu'ils représentent, il est utile de se référer aux chiffres généraux du secteur. Alors que l'association des journalistes flamands comptait 2587 membres reconnus en 2015, une étude réalisée en 2014 par Flanders DC/Antwerp Management School Kenniscentrum a recensé 3652 travailleurs sous statut d'indépendant dans le secteur de la presse écrite en Flandre et 5959 travailleurs salariés[301]. Autrement dit, chaque entreprise de presse compte trois « travailleurs créatifs » pour chaque journaliste reconnu. Quelles sont leurs conditions de vie et de travail ? Il n'existe malheureusement pas d'analyse. Seulement peut-on raisonnablement supposer que, faute de mouvement de défense de leur profession telle l'association de journalistes, les tendances que nous allons décrire les touchent de façon plus exacerbée.

Une étude réalisée en 2018, en collaboration avec des sociétés de journalistes, permet de mieux cerner le profil socio-économique des journalistes[302]. Notons déjà que l'association co-auteure de l'étude est celle que l'on retrouvera par la suite, assise à la table des négociations, dans l'entreprise Sanoma. On y apprend que le groupe des journalistes belges détenteurs de la carte de presse est majoritairement de sexe masculin, diplômé d'université et très peu diversifié du point de vue des origines. Il travaille majoritairement sous contrat à durée indéterminée même si le statut d'indépendant est plus fréquent en 2018 que lors de la dernière enquête, en 2013. Ainsi, en 2013, l'enquête comptait 78% de salariés et 20 % d'indépendants ; en 2018, 72,7 % des répondants sont salariés et un sur quatre est indépendant (23,5 %). Nous l'indiquions plus haut : près de deux tiers des répondants déclarent que les médias contraignent de plus en plus les journalistes à travailler sous statut d'indépendant ou d'intérimaire. Qu'ils soient salariés ou indépendants, les journalistes interrogés sont

[301] J. SCHRAUWEN, M. DEMOL, W. VAN ANDEL, A. SCHRAMME, *Onderzoeksrapport. Creative industrieen in Vlaanderen – Update. Mapping en bedrijfseconomische analyse*, Leuven, Flanders DC/Antwerp Management School Kenniscentrum, 2014.

[302] Entre janvier et avril 2018, un questionnaire a été envoyée, en ligne, aux 5 307 journalistes répertoriés dans les bases de données de l'Association des journalistes professionnels (AJP) et de la Vlaamse Vereniging van Journalisten (VVJ). Au total, 24,5 % des journalistes ont accepté de participer à l'enquête. S. VAN LEUVEN, K. RAYEMAECKERS, M. LIBERT, F. LE CAM, J. STROOBANT, S. MALCORPS, A. JACQUET, J. D'HEER, F. HEINDERYCKX, S. DE VUYS, B. VANHALEWYN, *Portrait des journalistes belges en 2018*, Gand, Academia Press, 2019, pp. 1-2.

majoritairement satisfaits de leur degré d'autonomie organisationnelle. Il n'empêche que les conditions de travail sont perçues comme difficiles, tant par les salariés que par les indépendants : les journalistes expriment avoir vu leur charge de travail augmenter ces dernières années. Ils sont une écrasante majorité à penser que la sécurité de l'emploi dans leur secteur ne fera que diminuer à l'avenir, avec des entreprises médiatiques les contraignant davantage à travailler sous le statut d'indépendant ou d'intérimaire et à renforcer la polyvalence.

Toujours selon l'étude susmentionnée, il semble que le recours au statut indépendant tende à être plus fréquent en Flandre, là où les dynamiques de négociation collective dont il sera question plus bas ont lieu, et que ce statut apparait comme une porte d'entrée et de sortie du métier. Dans ce sens, les journalistes stagiaires, souvent des jeunes travailleurs, sont plus souvent recrutés sous statut d'indépendant. Le statut de salarié ou d'indépendant est par ailleurs un marqueur important de l'ancienneté professionnelle. En effet, sur une durée moyenne de carrière de 20 ans, les journalistes salariés travaillent depuis 16 ans, en moyenne, pour leur employeur actuel tandis que les répondants indépendants, dont la durée moyenne de carrière est de 21 ans, collaborent depuis 10 ans en moyenne pour le même média. Une plus grande continuité est donc liée au statut de salarié. Plus de nonante pour cent des journalistes salariés déclarent être satisfaits de leur statut. C'est beaucoup moins le cas chez les indépendants, dont la satisfaction ne dépasse pas les deux tiers des interrogés. Les journalistes indépendants sont plus représentés dans la presse périodique et dans le secteur de l'information, qui est d'ailleurs au cœur de la suite de notre étude, que dans d'autres secteurs, comme le secteur audio-visuel ou celui des agences de presse.

86. *Des conditions de travail et de rémunération moins avantageuses* - Selon l'étude, l'organisation du travail semble aussi diverger fortement entre travailleurs salariés et journalistes sous statut indépendant. Ces derniers travaillent très peu en salle de rédaction, plus à leur domicile et se rendent plus souvent sur le terrain. Cela s'explique par le fait que les journalistes occupant des positions hiérarchiques plus élevées, et moins mobiles, sont presque toujours salariés. Les répondants, salariés et indépendants confondus, dont le journalisme est l'activité principale, travaillent en moyenne 42,6 heures par semaine, alors que le droit du travail fixe la limite moyenne hebdomadaire à 38 heures. Les horaires des journalistes sont changeants mais la flexibilité concerne davantage les journalistes indépendants, et cette flexibilité n'occasionne pour eux que peu de compensations financières. En effet, ils sont bien plus nombreux que les salariés à déclarer travailler toujours ou presque les week-ends et les jours fériés et ils sont quatre fois moins à affirmer percevoir des compensations lorsqu'ils effectuent des « heures supplémentaires ». Cette dernière différence frappante doit cependant être remise en contexte : le travail des salariés est organisé sur la base d'un horaire de travail, alors que les indépendants sont rémunérés au projet.

Le revenu net qui découle des activités est largement inférieur pour les journalistes sous statut d'indépendant, s'élevant en moyenne à 1983 euros par mois, par rapport à celui dont jouissent les salariés, à hauteur de 2451

euros[303]. Le revenu net est par ailleurs un point de comparaison insuffisant. La rémunération d'un salarié impose en effet le paiement de cotisations de sécurité sociale bien plus élevées que celles qui s'appliquent sur le revenu d'un indépendant et elles participent au salaire socialisé. Les cotisations sociales d'indépendant, lesquelles sont à charge du travailleur, doivent être payées y compris lorsque l'indépendant ne dégage aucun revenu de son activité, compte tenu de l'existence, dans le statut social des indépendants, d'un revenu plancher pour les besoins du calcul des cotisations. La différence de cotisations sociales a des répercussions significatives en ce qui concerne l'ouverture de droits de sécurité sociale, réduits pour l'assurance indemnités et le secteur des pensions. De plus, le revenu net des travailleurs indépendants est régulièrement composé de droits d'auteurs, ces derniers n'ouvrant aucun droit de sécurité sociale.

87. *Une intégration dans un collectif de travail* - Même s'ils ont opté initialement pour un statut d'indépendant – et on a vu que le caractère réellement volontaire de ce statut est de moins en moins la pratique –, beaucoup de travailleurs sous statut indépendant des sociétés d'information sont intégrés dans l'organisation générale du travail, et tirent leur principal revenu de cette activité. Il existe donc un degré de dépendance économique important vis-à-vis d'un donneur d'ordre quasiment exclusif. Dès lors, l'arrêt de la collaboration avec un indépendant, par exemple à l'occasion d'un *round* de mesures d'économies, a des répercussions sociales immédiates pour le travailleur.

Chez Sanoma, la prise de conscience de la dépendance économique et du caractère structurel de la présence des travailleurs sous statut indépendant a encouragé les représentants des travailleurs salariés à prendre en compte la situation des travailleurs sous statut indépendant. Cette prise de conscience ne fut pas immédiate et la longue période de troubles sociaux qu'a traversée l'entreprise a incité les organisations représentatives de travailleurs à faire preuve de créativité. En effet, Mediaxis NV, puis Sanoma, est une entreprise active dans un créneau qui a connu d'intenses bouleversements au cours des vingt dernières années. C'est ce que détaille la deuxième sous-section.

§ 2. L'entreprise étudiée

88. *Une entreprise sous pression* - Sanoma est une entreprise de médias finlandaise. En 2001, elle reprend l'entreprise belge Mediaxis NV et acquiert ainsi une place dans le marché belge de l'information et des médias. L'entreprise n'est pas active qu'en Flandre mais elle y possède un large portefeuille de magazines, rassemblant Humo, Story, Flair, Feeling et Libelle. Au moment de la reprise, Mediaxis NV vient de terminer la liquidation

[303] Toutes les données proviennent toujours de S. VAN LEUVEN, K. RAYEMAECKERS, M. LIBERT, F. LE CAM, J. STROOBANT, S. MALCORPS, A. JACQUET, J. D'HEER, F. HEINDERYCKX, S. DE VUYS, B. VANHALEWYN, *Portrait des journalistes belges en 2018*, S. VAN LEUVEN, K. RAYEMAECKERS, M. LIBERT, F. LE CAM, J. STROOBANT, S. MALCORPS, A. JACQUET, J. D'HEER, F. HEINDERYCKX, S. DE VUYS, B. VANHALEWYN, *Portrait des journalistes belges en 2018*, Gand, Academia Press, 2019, *op. cit.*

d'un de ses titres phares : de *Nieuwe Panorama.* Par la suite, d'année en année, Sanoma a étoffé son offre en Belgique et prend même pied un temps dans le domaine de la télédiffusion. L'activité centrale de l'entreprise reste cependant toujours la publication de magazines.

L'entreprise évolue dans un contexte de pression constante pendant de nombreuses années. En effet, la progression continue des canaux numériques d'information met les médias traditionnels en difficulté. Les éditeurs « papier » sont bien sûr les premiers concernés. Au fil des années, Sanoma a mis en place diverses stratégies afin d'améliorer ses résultats financiers. Des investissements ont été réalisés dans des domaines variés, comme les médias digitaux, les données ou encore le commerce en ligne. A la suite de nombreuses tentatives, le constat est malheureusement implacable : pour la société en question, aucune des nouvelles sources de revenus ne permet de contrecarrer la chute des ventes de magazines. Dans cette situation, Sanoma choisit, pour continuer à dégager un bénéfice, de réduire ses dépenses. Il en résulte une succession rapide de plans d'économie et de restructurations dans l'entreprise. D'intenses négociations sociales sont menées pendant vingt ans, l'entreprise s'engageant dans un mouvement continu de réorganisation et de modification de l'organisation du travail.

De façon générale, les périodes de restructuration sont, dans une entreprise, des moments où la négociation collective est intense. La redéfinition du projet collectif semble requérir la prise en compte du point de vue de toutes les parties prenantes. Mais comment inclure dans la discussion une catégorie de travailleurs dont la présence structurelle ne donne pas accès à des canaux de représentation ? Pour mieux comprendre le chemin parcouru chez Sanoma, penchons-nous d'abord sur le cadre juridique de la représentation, de ses limites et des opportunités qu'elle offre aux travailleurs sous statut indépendant.

§ 3. Le régime juridique de la représentation de l'entreprise étudiée

89. *Plan du paragraphe* - Dans l'entreprise de presse Sanoma, des dispositions normatives au bénéfice des indépendants ont été inscrites dans des instruments juridiques habituellement réservés au monde des salariés. Cette pratique est même devenue une habitude. Les conventions collectives de travail permettent-elles de répondre aux besoins des indépendants ? De manière complémentaire, les organes représentatifs en entreprise sont-ils compétents pour les travailleurs sous statut d'indépendant ? Ce paragraphe étudie consécutivement ces questions, en examinant les deux voies de représentation des travailleurs existantes dans le monde du travail belge et les manières dont elles peuvent inclure les travailleurs indépendants. En Belgique, la représentation des travailleurs dans l'entreprise connaît en effet un double canal. D'une part, des délégués syndicaux, désignés par une organisation représentative des travailleurs ou (moins souvent) élus sont habilités à conclure des conventions collectives avec leur employeur, en plus des nombreuses prérogatives de contrôle

qui leur sont reconnues par le droit belge[304]. La question est donc : ces délégués peuvent-ils négocier au nom et pour le compte des indépendants ? (i) D'autre part, tous les quatre ans, l'ensemble des travailleurs salariés constitue un collège électoral, lequel institue deux organes représentatifs, le conseil d'entreprise (ci-après CE) et le comité pour la prévention et la protection au travail (ci-après CPPT), du moins si les seuils d'effectifs prescrits dans la loi, pour une « unité technique d'exploitation », sont atteints. Si les deux organes élus jouissent de certaines prérogatives décisionnelles, les représentants des travailleurs qui en sont les membres sont surtout les créanciers des obligations européennes d'information et de consultation[305]. Ici, la question est de savoir si les travailleurs sous statut indépendant peuvent participer au processus électoral et si, à défaut, les travailleurs élus par les salariés peuvent exercer leur mandat également au profit des travailleurs indépendants présents dans l'entreprise (ii).

Au travers d'une analyse plus théorique, ce paragraphe offre au lecteur un panorama des voies de représentation sur le lieu de travail en Belgique, afin de mieux comprendre les enjeux de la représentation des travailleurs sous statut indépendant. Elle permet également de comprendre le décalage entre l'expression théorique du droit, parfois brinquebalante, et l'encadrement pratique de la main-d'œuvre dans l'entreprise, comme chez Sanoma.

(i) La conclusion de conventions collectives au bénéfice des indépendants

90. *Une question qui renvoie au champ d'application ratione personae de la loi du 5 décembre 1968* - Le premier canal de représentation, celui de la délégation syndicale désignée selon les modalités définies par les

[304] L. du 5 déc. 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janv. 1969 ; Convention collective de travail n° 5 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, conclue au sein de Conseil national du Travail le 24 mai 1971. Pour une présentation des textes précités : M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale*, op.cit. C'est toutefois un délégué permanent de l'organisation représentative qui est amené à conclure, au nom de son organisation, la convention collective. Le délégué syndical ne pourra le faire que s'il bénéficie d'un mandat exprès. Les modalités sont à trouver dans chaque convention collective sectorielle mettant en œuvre la convention cadre n°5.

[305] L. du 20 sept. 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27 sept. 1948, art. 15 ; L. du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 19 sept. 1996, art. 65 et s. La réglementation européenne organise également l'information et la consultation des travailleurs : Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ; Dir. 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ; Dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

conventions collectives sectorielles, elles-mêmes encadrées par la convention collective interprofessionnelle n° 5, invite d'abord à se pencher sur l'instrument de cette négociation, à savoir la convention collective d'entreprise puis, sur le domaine de compétence de la délégation syndicale. Nous verrons en effet que la convention collective n° 5 détermine le champ de compétence *maximal* de la délégation syndicale par référence au champ d'application potentiel des conventions collectives.

La loi du 5 décembre 1968 institue le cadre juridique au sein duquel les conventions collectives de travail s'imposant *erga omnes* sont conclues. Les travailleurs sous statut d'indépendant dans une entreprise somme Sanoma sont-ils exclus du bénéfice de cette loi et des conventions qu'elle permet de conclure ? Par application de l'article 2, § 1 de celle-ci, elle s'applique aux travailleurs[306]. Les travaux parlementaires nous enseignent que la loi « s'applique à toutes les personnes qui fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne, que ce soit en vertu d'un contrat de travail ou non »[307]. En effet, en 1967, le législateur a expliqué que cette notion « a une signification beaucoup plus large que dans d'autres lois »[308]. Selon Lucien François, « il faut un contrat de travail ou une situation assimilée »[309]. L'auteur précise que « la situation de travail ''assimilée'' au louage de travail consiste dans la circonstance qu'une personne fournit des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne, en l'absence de louage de travail »[310]. Pour que l'on se situe dans le champ de la loi, il faut mais il suffit que deux conditions soient remplies : d'une part, la fourniture de prestations de travail et, d'autre part, l'autorité d'une autre personne[311]. S'agit-il de l'autorité consubstantielle au lien de subordination de la relation de travail salariée définie par la loi du 3 juillet 1978 ? Non : le législateur opère ici dans un cadre plus large que celui dessiné par la relation de travail définie et encadrée par la loi du

[306] Dans le même sens que la loi : B. PATERNOSTRE, Droit collectif du travail. Tome 2 – Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail, Limal, Anthémis, 2015, p. 27.

[307] Projet de loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *Doc. Parl.*, *Sénat*, sess. 1966-67, n° 78, p. 7.

[308] Projet de loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, *Sénat*, sess. 1966-67, n° 148, p. 8.

[309] L. FRANÇOIS, Théorie des relations collectives de travail en droit belge, *op. cit.*, p. 321.

[310] Ibid.

[311] J. DE WILDE D'ESTMAEL et L. RIGAUX, « Les exclusions », *in La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application* (dir. E. DERMINE ET V. VANNES), Bruxelles, Larcier, coll. « UB³ », 2018, pp. 90-136, spéc. p. 84.

3 juillet 1978[312]. C'est ainsi qu'il est le plus souvent considéré que les travailleurs volontaires et les travailleurs sous contrat d'apprentissage sont visés par la loi du 5 décembre 1968, alors qu'ils ne sont pas liés à un employeur par un contrat de travail[313].

91. *Un champ d'application imprécis* - Le champ d'application souple l'est-il suffisamment pour affirmer que l'assimilation réalisée au § 1er de l'article 2 inclut les travailleurs indépendants en son sein ? Le législateur de 1968 n'a pas eu cet enjeu à l'esprit. Notre étude de cas n'est pas le lieu d'un tel l'examen, même si trancher par la positive viendrait s'accorder avec la contribution de Xavier Beaudonnet dans l'ouvrage que nous avons déjà évoqué et avec la reconnaissance du droit de négocier collectivement indépendamment des arrangements contractuels[314]. Notons seulement qu'il n'existe pas à présent de consensus dans la doctrine belge à ce propos et qu'elle commence seulement à s'intéresser à la question, au regard du droit international principalement[315]. On lit plus particulièrement dans l'ouvrage de référence de Lucien François que « cette assimilation ne vise aucune ''relation de travail de fait''. Elle vise seulement des relations où, comme dans le louage de travail, le travail subordonné est *dû en vertu d'un titre étatique* : prescription directe de la loi (par exemple dans le cas de réquisitions directe de grévistes), ou contrat autre que le louage de travail (contrats de certains apprentis) »[316]. Un autre auteur rappelle qu'il existe déjà une convention collective conclue au sein

[312] Projet de loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *Doc. Parl.*, *Sénat*, 1966-67, n° 78, p. 7 ; projet de loi sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, *Sénat*, 1966-67, n° 148, p. 8. Ces travaux sont repris par J. DE WILDE D'ESTMEAL, L. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 90-136, spéc. p. 84.

[313] Sur les apprentis : Arr. Cass., 16 nov. 1992, *J.T.T*, 1993, p. 229, *Chron. D.S.* ,1993, p. 113, note J. JACQMAIN. Voy. également : B. PATERNOSTRE, Droit collectif du travail. Tome 2 – Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail, op. cit., p. 27. Sur les volontaires : M. DAVAGLE, Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale, op. cit., p. 232 ; M. DAVAGLE, B. NYSSEN, « Le contrat bénévole aux prises avec le droit social », Ors., 2005, n° 9, p. 33 ; P. DUMONT, P. CLAES, Le nouveau statut des bénévoles, Les dossiers du Journal de tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 109 ; M. DAVAGLE, « L'application du droit du travail aux bénévoles », in ASBL en pratique, Waterloo, Kluwer, 2013. Voy. par exemple la convention collective de travail du 5 févr. 2002 conclue au sein de la sous-commission paritaire 319.02 des établissements et services d'éducation et d'hébergement de la Communauté française, de le Région wallonne et de la Communauté germanophone, contenant certaines dispositions quant aux conditions de travail et de rémunération.

[314] X. BEAUDONNET, « Le droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants au regard des normes de l'organisation internationale du travail », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 55-86.

[315] P. PECINOVSKY, « Het recht op collectief onderhandelen voor economisch afhankelijke zelfstandigen », *T.S.R.-R.D.S.*, 2020, pp. 529-551.

[316] L. FRANÇOIS, Théorie des relations collectives de travail en droit belge, *op. cit.*, p. 321.

du Conseil national du Travail par laquelle des droits sont attribués à des personnes qui ne sont pas (encore) travailleurs[317]. Dès lors, poursuit-il, « on ne voit pas trop pour quelles raisons les employeurs impliqués dans la négociation des CCT […] ne pourraient, soit par l'expression de leur volonté unilatérale, soit par l'effet d'un ajout dans les contrats de collaboration, insérer lesdites conventions dans le tissu de droits et obligations qui les lient à leurs collaborateurs indépendants – même si, bien entendu, cette application ne devra rien aux mécanismes de la loi du 5 décembre 1968, mais tout aux sources du droit commun des obligations »[318]. Nous verrons dans l'entreprise Sanoma que la pratique n'a pas l'élégance d'une solution théorique : les accords sont négociés comme s'ils s'agissaient de conventions collectives de travail, pour *in fine* être dénommés « protocoles d'accord » et que, parfois ils sont conclus uniquement par des organisations habilités à conclure des conventions par le régime de la loi du 5 décembre 1968 tandis que, parfois, des organisations tierces s'ajoutent aux signataires. En résumé, il n'est pas évident de savoir si la délégation syndicale peut conclure des conventions collectives incluant, dans leur champ, des travailleurs indépendants.

Délégation syndicale et employeur sont-ils seulement compétents pour discuter du sort des travailleurs indépendants ? Bien que l'étude de cas montre que, dans la pratique, personne ne vient les en empêcher, c'est la seconde question à laquelle nous tentons de répondre. Le commentaire de l'article 6 de la convention collective n° 5 conclue au sein du Conseil national du travail indique que la « représentation par la délégation syndicale peut être étendue à l'ensemble du personnel relevant des catégories visées par la convention collective instaurant la délégation syndicale, cette représentation ne doit cependant s'étendre qu'au personnel occupé de manière permanente, c'est-à-dire à l'exclusion, plus particulièrement, des travailleurs saisonniers ». Autrement expliqué, la même question se répète : le bénéfice de la représentation de la délégation syndicale peut-être étendu par voie de convention collective à l'ensemble des personnes qui sont potentiellement visées par un tel texte ? *In fine*, sauf à être saisonnier et donc expressément exclu du bénéfice de la délégation syndicale, le brouillard conceptuel invite à se référer à la pratique de la négociation collective de travail afin de savoir si un travailleur indépendant reçoit des droits de la négociation collective. Avant de s'intéresser à la

[317] Il s'agit de la convention collective n° 22 concernant l'accueil et l'adaptation des travailleurs dans l'entreprise conclue au sein du Conseil national du Travail le 26 juin 1975, laquelle encadre les procédures d'embauche (voy. spéc. les art. 12 et 14).

[318] P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Territoires, marchés du travail et nouvelles structures des firmes : regard sur les conventions collectives signées par plusieurs employeurs », *in Organes et instruments de la Concertation sociale: Enjeux contemporains*, Actes du colloque organise sous la direction scientifique de F. Dorssemont, P.-P. Van Gehuchten, L. Dear et J.-P. Cordier a l'UCLouvain par l'Atelier de droit social de CRIDES et l'AJPDS le 30 novembre 2018, Kluwer, Etudes pratiques de droit social, 2020, p. 43.

pratique, le point (ii) réalise toutefois un exposé complémentaire, relatif au droit de la représentation élue sur le lieu de travail.

(ii) La relation des organes élus avec les travailleurs indépendants

92. *Une définition légale du travailleur* - En Belgique, le second axe de représentation dans l'entreprise passe par la voie élective. Quels liens sont possibles entre les deux organes élus en entreprise et les travailleurs sous statut indépendant ? Cette question implique une analyse des deux sources juridiques pertinentes, la loi du 20 septembre 1948 pour le conseil d'entreprise, et celle du 4 août 1996 pour le comité pour la prévention et la protection au travail, en se penchant sur les critères qui définissent leur champ d'application, mais aussi ceux qui permettent d'être électeur ou éligible. D'emblée, on remarque que la loi portant organisation de l'économie et la loi sur le bien-être définissent la notion de travailleur de la même manière. Cette définition est fondée sur l'existence d'un contrat de travail ou un contrat d'apprentissage. Les mêmes lois permettent par ailleurs d'assimiler des personnes qui ne sont liées ni par l'un ni par l'autre[319]. Nous verrons que cette habilitation n'a pas été activée et que, de surcroît, la loi a parfois procédé elle-même à l'extension de son champ d'application.

93. Plus précisément, l'article 18, alinéa 1er de la loi du 20 septembre 1948 prévoit que les délégués sont élus par les travailleurs, dont il faut trouver la définition à l'article 14, § 1er, alinéa 2, 2°[320]. La nuance avec la définition de la loi du 5 décembre 1968 déjà examinée réside en ce que l'extension du champ à d'autres travailleurs n'est qu'une faculté, ouverte au Roi. *A* priori, seuls les travailleurs sous contrat de travail ou d'apprentissage participent donc au vote. Pour sa part, la loi du 4 août 1996 ne définit pas de conditions d'électorat. Celles-ci sont à trouver à l'article 16 de la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales laquelle règle de manière précise les élections en entreprise. Cette loi définit la notion de travailleur à l'article 4, 8° puis renvoie

[319] L. du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27 sept. 1948, art. 14, § 1er, alinéa 2, 2° ; L. du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 19 septembre 1996, art. 49, alinéa 2, 2°. Dans ce sens : N. BERBEN, M. JACXSENS, J. VANTHOURNOUT, *Praktijkgids sociale verkiezingen 2020*, Bruxelles, Indicator Larcier, 2019, pp. 141-165.

[320] La loi dispose : « Travailleurs : les personnes occupées au travail en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage; le Roi peut, dans les cas qu'il détermine, assimiler à des travailleurs certaines catégories de personnes qui, sans être liées par un contrat de travail ou un contrat d'apprentissage, fournissent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne; les chercheurs engagés par le Fonds national de la recherche scientifique ainsi que par les Fonds associés au Fonds national de la recherche scientifique, sont considérés comme des travailleurs de l'établissement dans lequel ils exercent leur mandat de recherche ».

systématiquement à cette définition[321]. A ce propos, remarquons que la définition de travailleur qui s'y trouve, en plus de prévoir le critère habituel qu'est l'existence d'un contrat de travail ou d'apprentissage, procède elle-même à une série d'assimilations, sans délaisser cette tâche au pouvoir exécutif. L'article 4, 8° de la loi du 4 décembre 2007 dresse en effet la liste des personnes assimilées à celles occupées en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage. Dans cette liste, on retrouve des personnes ressortissant à la fois au monde de la formation et celui du travail, comme les chercheurs universitaires, mais il n'est pas fait mention d'autres catégories de travailleurs. En conclusion, tant pour le CE que pour le CPPT, les conditions pour être électeur excluent les travailleurs sous statut indépendant. Seule demeure la prérogative laissée au Roi d'adopter un acte les incluant, bien que dans le cadre du CPPT on peut se demander si la réalisation de cette tâche par le législateur n'a pas épuisé l'habilitation du pouvoir exécutif. L'examen des conditions d'éligibilité amène au même constat dès lors que, pour ce qui concerne le CE, l'article 19 de la loi du 20 septembre 1948 utilise aussi le terme travailleur, défini comme nous le disions comme « les personnes occupées au travail en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage ». Du côté du CPPT, l'article 59, § 1er de la loi du 4 août 1996 dispose que les travailleurs sont éligibles, notion dont on connait désormais la définition.

94. *Certaines possibilités d'extension conventionnelles* - A ce stade du paragraphe 3 et de l'analyse des possibilités ouvertes par la législation relative aux élections sociales, un contraste apparait : on a vu le flou qui entoure les possibilités d'inclusion des travailleurs sous statut indépendant dans les conventions collectives, tandis que, par contre, la rigidité de la réglementation relative aux élections empêche l'accès à la représentation élective. Le juriste pourrait y voir tantôt une influence plus marquée du contractualisme et, de ce fait, de l'autonomie de la volonté des parties, tandis que, ailleurs, la matière des élections, par nature plus administrative, fait preuve d'une moins grande souplesse. Toutefois, le commentaire de la relation entre les travailleurs sous statut d'indépendant et les organes élus ne saurait être complet sans mentionner, d'une part, les possibilités offertes par les vastes champs de compétences de ces organes et, d'autre part, les possibilités d'extensions conventionnelles. Au sujet des prérogatives imparties aux organes représentatifs, il faut noter qu'elles sont particulièrement larges – en ce qui concerne les compétences d'avis à tout le moins : par exemple, l'article 15, a) de la loi du 20 septembre 1948 expose que les conseils d'entreprise ont pour mission de donner leur avis et de formuler toutes suggestions ou objections sur toutes mesures qui pourraient modifier

[321] L. du 4 déc. 2007 relative aux élections sociales, *M.B.*, 7 décembre 2007. Le texte dispose : « 8° travailleur : les personnes occupées en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage ; sont assimilées à ces personnes, les personnes placées en formation professionnelle dans l'entreprise par les organismes des Communautés chargés de la formation professionnelle; les chercheurs engagés par le Fonds national de la recherche scientifique ou par le Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek- Vlaanderen ainsi que par les Fonds associés sont considérés comme travailleurs de l'établissement dans lequel ils exercent leur mandat de recherche ».

l'organisation du travail, les conditions de travail et le rendement de l'entreprise. L'introduction de méthodes de production impliquant des travailleurs sous statut indépendant intéressera donc bien sûr les membres du conseil d'entreprise, à la façon dont ils suivent précisément (et contrôlent) le recours aux travailleurs intérimaires. Les délégués élus du personnel, quand bien même ils le sont par les travailleurs sous contrat de travail, ne sont donc pas empêchés d'apporter à la discussion des thématiques relatives aux indépendants, et notamment à l'organisation de leur travail ou à leur bien-être. Parallèlement, des extensions conventionnelles pourraient – et nous le verrons dans le cas de Sanoma, ont pu – consacrer cet élargissement du périmètre d'action.

Rien n'empêche en effet de discuter des enjeux relatifs aux travailleurs sous statut indépendant dans l'un ou l'autre organe puis que l'employeur prenne des décisions dans ce sens. La liberté conventionnelle d'étendre le périmètre d'action des organes légaux s'arrête toutefois là où commence les dispositions d'ordre public prévoyant leur érection[322]. La loi du 4 décembre 2007 en fait partie. De fait, l'article 190 du Code pénal social punit d'une sanction de niveau 3 (le plus élevé étant le niveau 4), l'employeur qui, en contravention à la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, à la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ou à la loi du 4 décembre 2007 relative aux élections sociales, n'institue pas de la façon prévue par la loi de CE ou de CPPT dans son entreprise. Il en découle que la matière n'est pas disponible et que, s'il est loisible de compléter le champ d'action des organes de concertation, il n'est pas possible, par des conventions d'entreprise, de choisir qui peut être élu ou qui est électeur[323].

En conclusion, la porte des CE et des CPPT est quasiment fermée aux travailleurs sous statut indépendant. Ceux-ci ne peuvent, à l'heure actuelle, être ni électeurs ni candidats. Un arrêté royal pourrait les inclure dans la liste des travailleurs assimilés, mais cette voie n'a pas été activée à ce jour. Toutefois, l'interdiction qu'un des leurs procède à leur représentation n'empêche pas que la voix des travailleurs sous statut indépendants et leurs préoccupations y soient portées par d'autres. La rigidité de la loi électorale n'empêche pas non plus que l'action des deux organes classiques, le CE et le CPPT, soit complétée par d'autres lieux de discussion. L'exemple de l'entreprise Sanoma vient l'illustrer.

[322] Voy. notamm. H.-F. LENAERTS, « E□lections sociales 2016 – La protection des candidats », *Ors.*, 2015, n°1 et H.-F. LENAERTS, « E□lections sociales 2016 – Chronique de jurisprudence », *J.T.T.*, 2019, pp. 146-224 qui font écho à de nombreuses reprises au caractère d'ordre public.

[323] Aussi longtemps qu'ils ne sont pas portés devant les tribunaux, de tels arrangement subsistent malgré tout. Sur la question spécifique des *foefelakkoorden*, voy. J. VANTHOURHOUT, « Foefelakkoorden bij sociale verkiezingen: "ceci n'est pas une pipe" », *Liber Amicorum Willy van Eeckoutthe*, 2018, pp 195-213.

Sous-section 2. Historique des relations de travail au sein de Sanoma

95. *Plan de la sous-section* - La deuxième sous-section est la substance du cas d'étude : le récit chronologique. Entre 1997 et 2018, pas moins de cinq négociations collectives aboutissent. Elles mobilisent des acteurs variés. Il y a bien sûr l'employeur et plusieurs organisations représentatives de travailleurs. S'agissant des travailleurs, la CSC est principalement présente chez Sanoma et c'est la raison pour laquelle nous faisons aussi écho aux discussions internes à l'organisation syndicale lorsqu'elles sont en lien avec les pratiques de négociation sur le terrain. Une autre organisation de travailleurs que nous avons déjà évoquée joue également un rôle. Il s'agit de l'association regroupant les journalistes, AGJPB (Association générale des journalistes de presse de Belgique), devenue entretemps AJP (Association des journalistes de presse) et VVJ (Vlaamse Vereniging van Journalisten). Cette dernière est corporatiste dans le sens qu'elle fédère une seule catégorie professionnelle et elle n'a donc pas la qualité d'organisation représentative des travailleurs.

Au cours du récit, le lecteur observe la présence grandissante et de plus en plus formalisée des travailleurs sous statut indépendant dans la négociation collective. On voit qu'ils sont initialement objet de la négociation collective et comment ils deviennent progressivement ses acteurs. Nous identifions également les conséquences de cette évolution sur les pratiques syndicales et, surtout, son influence sur les dynamique de négociation collective classique. En effet, un travailleur sous statut indépendant est, par contraste à un salarié, un travailleur bénéficiant d'une plus grande maitrise du contenu de son travail et cette différence a eu des répercussions sur le contenu de la négociation collective.

Pratiquement, le récit en divisé en cinq paragraphes. Chacun correspond à un accord social. En 1997, la publication d'un magazine historique s'arrête et de nombreuses conventions de travail indépendant ne sont pas renouvelées. En 2013, un *round* de restructurations commence par une attitude circonspecte à l'égard des indépendants, confirmée en 2015. Mais l'approche syndicale globale a évolué entretemps et, en 2016, un basculement s'opère (en droit), conférant une place institutionnalisée aux travailleurs sous statut indépendant. Cette tendance se confirme et se stabilise en 2018, année au cours de laquelle l'employeur s'engage à verser une prime syndicale à certains travailleurs sous statut indépendant.

§ 1. Des (quasi-)indemnités de licenciement pour les indépendants en 1997

96. *Des indemnités similaires à celles dont bénéficient les salariés* - La première vague de restructuration commence en 1997 et le premier accord social est conclu au cours de la même année. L'entreprise se nomme alors encore Mediaxis. Un protocole d'accord est conclu et prévoit l'arrêt du magazine de *Nieuwe Panorama*, lequel prendra la forme et le nom de *P-magazine*.

Le protocole est signé, d'une part, par Mediaxis et, d'autre part, par les trois organisations de travailleurs les plus représentatives, ainsi que par une structure non syndicale. Pour la FGTB (Fédération générale du travail de Belgique, socialiste), tant la centrale des employés, le Setca-BBTK, que la centrale ouvrière, Syndicaat van het Boek, sont signataires. Pour la CSC (Confédération des syndicats chrétiens), les deux centrales des employés, néerlandophone l'une et francophone l'autre, signent l'accord à savoir la LBC-NVK et la CNE. La CGSLB (Centrale générale des syndicats libéraux de Belgique) est aussi signataire. Le protocole est aussi signé par l'organisation de journalistes AGJPB, qui n'est pas une organisation représentative de travailleurs au sens de la loi du 5 décembre 1968 mais qui organise les journalistes professionnels (cette organisation se dénomme actuelle AJP et a un pendant flamand, la VVJ).

Les parties signataires conviennent que la relation contractuelle avec des travailleurs indépendants, ou *freelances*, est interrompue et que ces derniers peuvent, en contrepartie de l'arrêt de la fourniture de prestations de travail, facturer un montant équivalent à trois ou six fois leur facturation mensuelle moyenne, selon leur ancienneté[324]. La partie la plus importante du document est l'article 4. Il stipule que « à l'arrêt de la fourniture de services à partir du 31 décembre 1997 pour la revue *De Nieuwe Panorama*, les personnes reprises sous le groupe I dans l'annexe I peuvent facturer un montant complémentaire équivalent à un montant équivalent à trois fois la facturation personnelle moyenne pendant la période courant du 1er octobre 1996 au 30 septembre 1997, […] pour autant que les prestations de travail cessent, en ce compris au profit d'autres titres du groupe Mediaxis, pendant la période concernée de 3 ou de 6 mois ». Pour les personnes reprises dans le groupe II, qui témoignent d'une ancienneté plus longue au sein de Mediaxis, le montant complémentaire équivaut à six fois la facturation personnelle moyenne[325]. La base de calcul et le facteur, trois ou six, sont inspirés des règles en vigueur pour les travailleurs sous contrat de travail. Un employeur souhaitant se défaire d'un travailleur sous contrat de travail sans lui faire exécuter un préavis de licenciement doit en effet, à l'époque, lui payer une indemnité équivalente à, selon les termes de l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 ancien, trois mois de salaire par tranche entamée de cinq ans d'ancienneté. Un standard équivalent à une

[324] Art. 4 du protocole.

[325] L'article 4 du protocole d'accord du 2 septembre 1997 indique : « Bij stopzetting van de levering van prestaties vanaf 31/12/97 voor de Nieuwe Panaorama kunnen betrokennen zoals gedefinieerd onder groep 1 in bijlage 1 een extra bedrag factureren waarvan het referentiebedrag gelijk is aan drie maal het gemiddeld gefactureerde maandbedrag over de periode 1 oktober 1996 tot en met 30 september 1997 en groep 2 in bijlage 1 een bedrag gelijk aan zes maal het gemiddeld gefactureerde maandbedrag over de periode 1 oktober 1996 tot en met 30 september 1997, voor zover zij voornoemende prestaties niet meer sullen leveren naar andere mediaxis titels binnen de vernomende periode van 3 of 6 maanden. » Traduction libre.

indemnité compensatoire de préavis de licenciement d'un travailleur salarié est donc prévu au bénéfice des travailleurs indépendants qui ne font plus partie de l'équipe de Mediaxis.

97. *Une convention collective de travail ?* - Bien qu'il n'en porte pas le nom, le protocole d'accord remplit-il les critères d'une convention collective de travail ? Cette question pose en fait celle de savoir ce qu'est une convention collective de travail et amène probablement à admettre qu'il existe des conventions collectives plus solennelles que d'autres. A ce titre, celles qui rencontrent tous les critères édictés par la loi du 5 décembre 1968 dont il a été question plus haut et qui sont enregistrées au greffe du Service public fédéral Emploi, travail et concertation sociale sont parmi les plus « solennelles »[326]. On peut examiner l'accord conclu le 2 septembre 1997 à l'aune de cet étalon et tirer certaines conclusions. D'un côté, le texte est conclu entre un employeur et plusieurs organisations représentatives de travailleurs. Le document remplit les conditions d'accord écrit (article 13 de la loi) et de dénomination des organisations qui le concluent (articles 16, 2 de la loi). En outre, il précise l'identité et la qualité des personnes qui l'ont conclu et contient leurs signatures (articles 16, 3 et 8 de la loi). Le texte précise l'entreprise à laquelle il s'applique (articles 16, 4 et 8 de la loi), sa date de conclusion, d'entrée en vigueur ainsi que sa durée de validité (articles 5, 5, 7 et 16 de la loi). Toutefois, une organisation qui n'est pas représentative des travailleurs au sens de la loi du 5 décembre 1968 également signataire et le texte n'a pas été déposé au greffe de la direction générale Relations collectives de travail du Service public fédéral Emploi, travail et concertation sociale. Remarquons à ce dernier égard que, bien que la loi ne le prévoie pas expressément, certains auteurs sont d'avis que l'absence de dépôt, parce qu'il entache la publicité de la réglementation, entraine la nullité de la convention, à tout le moins à l'égard des personnes qui n'en avaient connaissance[327]. Enfin, l'absence d'extension de la force obligatoire de la convention collective, laquelle ne concerne que les conventions collectives conclues au niveau de la branche d'activités, qui doit toujours être demandée par ses signataires et qui demeure un prérogative discrétionnaire de l'autorité publique, n'est pas une condition nécessaire à la reconnaissance d'une convention au sens la loi du 5 décembre 1968[328].

En conclusion, les indépendants qui se retrouvent évincés peuvent facturer à leur ancien partenaire contractuel un montant complémentaire équivalent à trois ou six mois de facturation moyenne. La restructuration de 1997 a permis, chez Mediaxis, l'émergence d'un usage nouveau : l'obtention, par la négociation collective et en faveur de travailleurs sous statut d'indépendant, de protections habituellement attachées au monde des salariés. Ces protections ont été inscrites dans un texte négocié collectivement selon les canaux habituels de

[326] L. FRANCOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 305.

[327] L. du 5 déc. 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janv. 1969, art. 18. Dans ce sens : L. FRANCOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, pp. 319-320.

[328] L. FRANCOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 296, pp. 304 et s.

la représentation des travailleurs salariés. La délégation syndicale s'est donc arrogée le droit de représenter les travailleurs sous statut indépendant et ce fait a été reconnu par l'employeur. La pratique vient ici suggérer une réponse à la question posée dans la première section, de savoir si la délégation syndicale peut défendre les intérêts des travailleurs sous statut indépendant[329]. Il n'est toutefois pas certain que les travailleurs sous statut d'indépendant tirent leurs droits ainsi négociés de la loi du 5 décembre 1968. Certes le texte conclu présente de très nombreuses similitudes avec l'idéaltype d'une convention collective. Mais le flou conceptuel présenté dans la première section empêche de l'affirmer.

§ 2. L'interdiction du remplacement de salariés par des indépendants en 2013

98. *L'instauration de quotas de travailleurs* - La reprise du portefeuille de magazines de Mediaxis NV par l'entreprise finlandaise Sanoma en 2001 ouvre une période de réorientation d'activités, de tentatives d'installation sur de nouveaux segments médiatiques mais, pas de restructuration sociale. Dans un premier temps, le nouveau management tente d'insuffler une nouvelle dynamique à une entreprise active dans un paysage très évolutif. Pourtant, au début des années 2010, cet élan s'estompe.

A partir de 2013, les restructurations se suivent selon un tempo rapide. La question des indépendants se pose alors d'une autre manière : il ne s'agit pas tant d'accompagner leur fin de prestation, comme en 1997, que de limiter le remplacement du personnel sous statut salarié par des travailleurs sous contrat d'indépendant. Les travailleurs salairés craignent en effet un remplacement par une forme d'emploi – comme nous l'avons expliqué plus haut – moins avantageuse pour le travailleur. Dans le plan social de 2013, il est donc décidé que les travailleurs salariés licenciés ne peuvent être remplacés par des indépendants. De plus, un monitoring trimestriel est mis en place pour suivre l'évolution du pourcentage de travailleurs salariés par rapport au nombre d'indépendants et vérifier le respect de cet engagement.

C'est ainsi qu'à partir de 2013, des conventions collectives de travail prévoient des limitations relatives à la proportion d'indépendants actifs dans l'entreprise. Les signataires du côté des travailleurs sont alors uniquement la centrale des employés de la FGTB (le Secta-BBTK) et la centrale néerlandophone des employés de la CSC (la LBC-NVK), les plus actives en pratique. Dans un climat social tendu, on perçoit que les travailleurs sous statut indépendant sont plus considérés comme une menace que comme un public à défendre. On trouve les premières dispositions relatives au contingentement du nombre de travailleurs sous contrat indépendant dans le chapitre II de la convention du 16 avril 2013. Elle prévoit que : « Sanoma ne remplacera pas les travailleurs licenciés au cours de ''Expedition Sanoma'' par des collaborateurs engagés dans des contrats temporaires, par des travailleurs intérimaires, par des freelances ou des consultants. Trimestriellement, Sanoma

[329] Voy. *supra*, sous-section 1, § 3. Le régime juridique de la représentation de l'entreprise étudiée.

présentera au conseil d'entreprise l'évolution du pourcentage de freelances par rapport aux travailleurs fixes. Par ''freelance'', on vise des freelances qui travaillent plus de 50% pour Sanoma et qui sont importants pour la continuité de leur département. A la demande des représentants des travailleurs siégeant au conseil d'entreprise et lorsqu'il est probable que l'équilibre est modifiée au sein d'un département déterminé, un aperçu chiffré du département en question est réalisé »[330].

Cette disposition, si elle reflète la tension et la concurrence impossible entre deux publics, puisque les les travailleurs salariés et les travailleurs indépendants sont contingentés, est aussi un exemple frappant de participation des travailleurs à la conduite de l'entreprise et de restriction du pouvoir d'organisation du « chef d'entreprise ». Les différentes vagues de restructurations ne sont plus alors seulement l'opportunité d'étendre les mesures accompagnant le licenciement aux travailleurs considérés comme indépendants mais elles sont également l'occasion de définir, par « la coopération des employeurs et de la main-d'œuvre », les mesures prises « pour l'amélioration continue de l'organisation de la production », pour le dire dans les mots de la déclaration de Philadelphie de l'OIT[331]. Dorénavant, l'employeur s'est en effet engagé à conduire son entreprise d'une certaine manière, co-définie avec les représentants des travailleurs. Si ces mesures sont encore embryonnaires, les restructurations à venir leur donneront une plus grande portée.

Il faut par ailleurs remarquer que le résultat des négociations sociales de 2013 ne concerne pas le sort individuel des travailleurs sous statut d'indépendant. En effet, contrairement au protocole de 1997, aucune mesure accompagnant leur fin de prestation n'est prévue. En fait, mis à part la mesure de contingentement évoquée, le contenu de l'accord social signé 16 avril 2013 s'apparente à un plan de restructuration classique. Par la forme, il s'en rapproche également puisque les texte prend explicitement la dénomination de « convention collective de travail », que l'association représentant les journalistes (AGJPB) n'est plus signataire et que le texte prévoit son enregistrement auprès de la direction générale Relations collectives de travail du Service public fédéral Emploi, travail et concertation sociale.

[330] Le point 2 du chapitre 2 de la convention collective de travail du 16 avril 2013 prévoit que : « Sanoma zal werknemers die onstlagen zijn in het kader van ''Expedition Sanoma'' niet vervangen door medewerkers die angeworven zijn voor bepaalde tijd, uitzendkrachten, freelancers of consultenten. Trimestrieel zal Sanoma in de OR de evolutie van het % ''freelancers'' ten overstaan van de vaste medewerkers rapporteren. Met ''freelancers'' bedoelen we in deze freelancers dir meer dans 50% voor Sanoma werken en due belangrijk zijn voor de contitnuiteit van de afdeling. Op vraag van de personeelsvertegenwoordiging van de OR kan bij het vermoeden ven een belangrike wijziging van de verhouding binnen een bepaalde afdeling een cijferoverzicht voor die afdeling geraporteerd worden ». Traduction libre.

[331] Déclaration de Philadelphie, annexée à la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, art. III, (e).

99. *Du côté des travailleurs, seulement des organisations représentatives* - Une explication à l'absence de l'AGJPB à l'accord tient dans le fait que la situation sur le terrain avait évolué. Avant les années 2000, la représentation des journalistes passait par une association propre et encore très peu, pour les salariés d'entre eux, *via* les modes de représentation propres aux relations collectives de travail. Autrement dit, les journalistes, en tant que catégorie de travailleurs, ne bénéficiaient pas de représentation au sein du conseil d'entreprise ou du CPPT. Année après année, il semble qu'une prise de conscience de l'utilité des modes légaux de représentation collective les aient encouragés à prendre part aux élections sociales et a rendu la présence de l'AGJPB à la table des négociations moins utile. Cette évolution est toutefois de nature à amplifier la différence de traitement entre travailleurs salariés et travailleurs sous statut indépendant puisque là où l'AGJPB compte parmi ses membres tant des salariés que des indépendants, les élus au conseil d'entreprise ne le sont – nous l'avons vu – que par les travailleurs salariés. La suite du récit va cependant progressivement montrer que la représentation des travailleurs indépendants commence à se poser comme une problématique interne aux relations collectives de travail, et non plus externe.

§ 3. La préservation du ratio entre les indépendants et les travailleurs en 2015, et le début d'une approche syndicale globale

100. *Un contingentement plus précis et l'émergence du désir d'un level playing field* - Dans l'accord social conclu le 1er juillet 2015, les dispositions de l'accord de 2013 sont reprises et amplifiées. Aux deux clauses déjà existantes, l'une portant sur l'interdiction de remplacement d'un travailleur salarié par un travailleur indépendant et l'autre permettant de demander la présentation au conseil d'entreprise d'une évolution chiffrée de certains départements, une troisième est ajoutée. Cette troisième clause indique que « chaque trimestre, Sanoma rendra compte au conseil d'entreprise de l'évolution du pourcentage de ''freelances'' par rapport aux collaborateurs fixes, au moyen d'une liste nominative. Sur une période d'un an, le pourcentage de freelances par rapport aux travailleurs fixes n'augmentera pas (pas plus de freelances par rapport aux travailleurs fixes) comparativement au point de référence 08-2015 (KPI: individus). Une différence de maximum 2% est tolérée mais doit être motivée »[332].

Autrement dit, les nouveautés de l'accord de 2015 tiennent en la mise en place d'un rapportage trimestriel au conseil d'entreprise relatif au nombre de travailleurs sous statuts indépendant dans l'entreprises et à l'encadrement de la marge de manœuvre de l'employeur à ce sujet. Plus précisément, seul un dépassement

[332] Chapitre 2 point 2, al. 2 de la convention collective de travail du 1er juill. 2015, conclue entre Sanoma, d'une part, et les syndicats représentatifs des employés LBC-NVK et SETCa. Traduction libre.

de 2% est toléré. On voit que le pouvoir d'organisation de l'employeur est précisément délimité, accentuant l'idée de la conduite commune de l'entreprise.

Le plan social de 2015 n'apporte donc pas d'éléments nouveaux importants par comparaison à la convention conclue en avril 2013, si ce n'est que la conduite commune de l'entreprise, par l'employeur et les travailleurs, se fait plus prégnante. Comme en 2013, le sort des travailleurs sous statut indépendant est absent du contenu de l'accord. Faut-il en tirer comme conclusion que l'accord de 1997, par lequel une certaine attention était consacrée aux travailleurs indépendants, fut une fulgurance avortée ? De façon plus globale, 2015 est également l'année où les discussions relatives à l'organisation des travailleurs sous statut d'indépendant commencent à irradier l'organisation syndicale dans son ensemble. La ligne de force n° 31 du congrès d'avril de cette année de la CSC décide de créer un groupe de travail et un plan d'action concret à l'égard et avec des indépendants involontaires sans personnel. Il est prévu notamment d' « échanger les exemples et les bonnes pratiques », d' « élargir cette dynamique au plus grand nombre de secteurs où le problème se pose ou risque de se poser » ou encore d' « avancer par le biais de CCT concernant cette problématique, tout en tenant compte de la jurisprudence européenne »[333]. On remarque que malgré le (grâce au ?) flou entourant l'inclusion des travailleurs sous statut indépendant dans les conventions collectives de travail, l'organisation syndicale a le souhait d'utiliser cet instrument à leur bénéfice. Rien n'est par contre prévu relativement aux organes élus, matière qui – nous l'avons vu – est plus rigide et moins disponible. Le projet de texte initial visait les indépendants *économiquement* dépendants. Mais encore fort étrangère au monde de la représentation des travailleurs salariés, cette formulation n'a pas été retenue par les congressistes. Du côté de l'autre grande organisation représentative des travailleurs en Belgique, la FGTB, nous n'avons pas connaissance de tels débats d'instances.

De telles avancées politiques vont-t-elles se répercuter dans la réalité des entreprises ? Il y a fort à penser que la dynamique soit inverse : le prise en compte des intérêts des indépendants dans les négociations collectives sont déjà la marque de fabrique sur le terrain. Peu à peu, le droit et les décisions des instances syndicales viennent consacrer la pratique. Le récit de la suite des négociations vient le suggérer.

§ 4. La création de deux organes de concertation spécifique, l'octroi d'une prime syndicale pour les travailleurs indépendants et affiliation structurelle dans un syndicat en 2016

101. *Plan du paragraphe* - Le 27 juin 2016, deux nouvelles conventions collectives sont conclues. En raison de la situation économique difficile de Sanoma, les organisations syndicales doivent accepter que la proportion de

[333] Ligne de force 31 du texte de congrès adopté le 24 avril 2015 par la CSC.

travailleurs sous statut indépendant – moins onéreux pour l'entreprise – augmente. La politique de contingentement de 2013 et de 2015, qui consistait à maintenir la proportion de travailleurs indépendants à un niveau limité, fait place à une autre, visant à mieux représenter le groupe des freelances. Leur présence structurelle est acceptée par les organisations représentatives, qui cherchent désormais à améliorer leurs conditions de travail. Cet objectif va trouver en 2016 plusieurs réalisations. D'abord, le paysage de la représentation collective en entreprise est complété et de nouveaux lieux de discussion apparaissent, intégrés dans les organes préexistants. C'est la Freelance Connection et le Content Managers Overleg (i). Ensuite, l'employeur admet le rôle des syndicats à l'égard des travailleurs sous statut indépendant et étend à ce public son devoir de promotion de la négociation collective. Concrètement, nous verrons que cette démarche prend la forme d'une prime syndicale au bénéfice des travailleurs indépendants (ii). Enfin, et c'est là un point plus éloigné de la dynamique interne à l'entreprise Sanoma (mais qui se développe dialectiquement), une des deux principales organisations syndicales belges systématise l'affiliation des travailleurs indépendants (iii).

(i) Deux organes ad hoc pour les indépendants, la Freelance Connection et le Content Managers Overleg

102. *L'abaissement des conditions de travail génère la défense des intérêts des freelances* - Dans le texte de la convention collective de travail du 27 juin 2016, les dispositions encadrant le recours à des travailleurs sous statut indépendant disparaissent[334]. En échange de l'augmentation de la proportion d'indépendants, les organisations syndicales obtiennent d'abord qu'un organe interne de concertation soit créé et qu'il reçoive des compétences propres aux travailleurs indépendants. Il s'agit d'un organe dénommé *Freelance Connection*. Les préoccupations des travailleurs freelance y sont abordées. Les membres des organes élus selon les canaux habituels de la représentation en entreprise de même que les représentants de la délégation syndicale peuvent y siéger. Un second lieu de discussion est également institué. Il s'agit du *Content Managers Overleg* où les questions relatives au contenu éditorial et à la qualité sont traitées. Le *Content Managers Overleg* rassemble les managers de contenu, les coordinateurs d'équipe, un freelance par marque, quelques travailleurs fixes et deux membres du conseil d'entreprise ou de la délégation syndicale.

Plus précisément, un passage complet de la convention collective de travail est dédié aux indépendants. Il s'agit du chapitre 7 où on retrouve les arrangements relatifs à la concertation au bénéficie des indépendants et le couplage avec les organes classiques de concertation, en raison des liens possibles avec les missions du conseil d'entreprise. L'article 11 de la convention collective dispose ce qui suit : « Afin de conférer plus de contenu à la négociation collective avec les freelances, les arrangements suivants sont pris :

[334] Convention collective de travail relative au plan social ''Breda'' du 27 juin 2016, conclue entre Sanoma, d'une part, et les syndicats représentatifs des employés LBC-NVK et SETCa.

- Une attention plus importante est donnée à la plate-forme de concertation qui existe déjà et dénommée « Freelance Connections ». Un membre de la direction, un responsable du service du personnel et un groupe représentatif des travailleurs freelances y prennent part. L'objectif de la concertation qui y est menée est de fournir des informations quant à la stratégie de l'entreprise et sa mise en œuvre. Les freelances peuvent également y faire part de leurs préoccupations. Sanoma réunira la « Freelance Connections » au moins quatre fois par an. Le conseil d'entreprise ou la délégation syndicale bénéficient d'une invitation permanente pour y participer. Deux de ses membres peuvent participer aux réunions.
- Au cours de la mise en œuvre, jusque fin avril 2017, des noyaux rédactionnels, six réunions hebdomadaires du Content Managers Overleg auront lieu. Les managers de contenu prennent part à cette réunion, de même que les coordinateurs des noyaux rédactionnels, un freelance par marque, quelques collaborateurs fixes et deux membres du conseil d'entreprise ou de la délégation syndicale. L'objectif de cette concertation est de veiller à ce que la migration vers une forme de rédaction et de production flexible se déroule de la meilleure manière et que la qualité de nos marques est maintenue. Si cela s'avère utile, cette concertation peut être prolongée au-delà de la période initiale.
- L'agenda de la Freelance Connection et du Content Managers Overleg sont définis par l'employeur. Les membres de ces organes sont libres d'ajouter des points à l'ordre du jour.
- En plus des participants habituels, des tiers peuvent être invités pour fournir des éléments complémentaires sur les points à l'ordre du jour.
- Les membres du conseil d'entreprise, dans le respect des compétences de ce dernier en matière d'information et de consultation, peuvent faire porter la discussion au sein de celui-ci sur les points amenés par les freelances »[335].

[335] Art. 11 de la convention collective de travail relative au plan social ''Breda'' du 27 juin 2016, conclue entre Sanoma, d'une part, et les syndicats représentatifs des employés LBC-NVK et SETCa. « Om de dialoog met de freelancers meer substantie te geven worden volgende afspraken gemaakt: 1. Het reeds bestaande overlegplatform Freelance Connection, steviger onder de aandacht wordt gebracht. Aan dit overleg nemen een directielid, en HR Business Partner en een representatieve groep uit de freelance populatie. Het doel van dit overleg is toelichting te geven op de strategie en implementatie van de plannen van Sanoma. Ook kunnen de freelancers anngeven welke zaken en issues er leven. Sanoa zal minimaal vier keer per jaar een Freelance Connection organiseren. De OR of de syndicale delegatie (SD) heeft en standing invitation om met twee leden deel te nemen aan de Freelance Connection bijeenkomsten. 2. Er gerdurende de implementatie van de kernredacties tot einde Q1/2017, een 6 wekelijks te huden Content Managers Overleg zal plaatsvinden. In dit overleg nemen Sanoma's content managers deeln de kerncoördinatoren, alsmede een aatal freelancers

103. *Les freelances acteurs de la négociation collective* - L'érection des deux organes vient confirmer les tendances que nous avons déjà identifiée lors de l'examen des plans de 1997, 2013 et 2015 : les travailleurs indépendants sont de plus en plus concernés par les modes classiques de la négociation en entreprise. Mais la nouveauté, cette fois, est qu'ils le sont désormais non plus comme récipiendaires de droits ou comme public dont la proportion doit être contenue, mais aussi comme acteurs de la discussion. La négociation collective franchit un pas : l'accord vient compléter les canaux de la représentation élue que nous avons décrite dans la première sous-section[336]. Puisque le caractère d'ordre public des lois électorales ne permet pas d'ajouter d'autres catégories d'élus au CE ou au CPPT, par exemple en adjoignant un collège électoral pour les indépendants, les parties à la négociation collective de travail conviennent de créer de nouveaux lieux et pourvoient à leur intégration harmonieuse dans le paysage existant. En effet, l'articulation avec les organes de représentation légaux est organisée, puisque les représentants des travailleurs au conseil d'entreprise et les délégués syndicaux peuvent mettre à l'ordre du jour du conseil d'entreprise n'importe quel élément discuté dans un des deux organes nouvellement érigés. De plus, puisqu'un des deux nouveaux lieux de discussion vise la définition collective du contenu du travail, les travailleurs salariés et indépendants participent en commun à la définition du mode de production de l'entreprise. A un mouvement d'extension de la participation s'ajoute donc un autre, tendant à son approfondissement.

Ces dispositions sont un compromis entre un employeur qui, du point de vue du droit, ne pouvait pas ouvrir les organes institués par la loi aux indépendants et la délégation des travailleurs salariés qui, de son côté, souhaitait représenter un groupe en perpétuelle augmentation. Il en résulte que la négociation colelctive prend forme en deux étapes. La première étape a lieu dans les deux organes nouvellement créés (la Freelance Connection et le Content Manager Overleg). Les indépendants s'y retrouvent avec la direction, en présence des représentants des travailleurs. Les même sujets sont par la suite également abordés dans les organes légaux, principalement le conseil d'entreprise. Il existe donc une reconnaissance implicite du fait que le conseil

per merk, ekele vaste redactioemedewerkers én twee leden van de OR of SD. Het doel van dit overleg is er op toezien dat de migratie van vaste naar flexibele redactionele- en vormgeef productie zo goed mogelijk verloopt en dat de kwaliteit van onze merken en media gehandhaafd blijft. Indien dit nuttig geacht wordt, kan dit overleg voor langere tijd georganiseerd worden. 3. De agenda van Freelance Connection en het Content Managers Overleg wordt bepaald door de werkgever. Het staat de deelnemers aan dit overleg vrij om eveneens punten te agenderen. 4. Naast de vaste genodigden kunnen ook derden worden uitgenodigd om bijkomende inzichten te verschaffen over een bepaald agendapunt. 5. De leden van de ondernemingsraad kunnen, met respect voor de rol van de ondernemingsraad (informatie en consultatie), de punten die door de freelancers werden aangebracht, bespreken in de ondernemingsraad ». Traduction libre.

[336] Voy. *supra*, sous-section 1, § 3. Le régime juridique de la représentation de l'entreprise étudiée.

d'entreprise peut se prononcer sur des questions relatives aux indépendants. De cette manière, les organes de représentation légaux deviennent compétents, certes par un détour, pour les indépendants. Par la même occasion, les représentants des travailleurs salariés obtiennent un droit de regard, une capacité de contrôle, quant à la qualité et au *contenu* des magazines.

Cette évolution importante est-elle surprenante au vu du peu d'importance attribué aux travailleurs indépendants dans les conventions collectives de 2013 et de 2015 ? Certes, l'organisation syndicale semble changer son fusil d'épaule et monnayer la fin du contingentement du groupe des travailleurs indépendants contre une meilleure représentation de celui-ci. Toutefois, les textes juridiques que nous venons d'examiner font apparaitre en filigrane un élément de la pratique de l'entreprise : la négociation collective au bénéfice des travailleurs indépendants existait, dans les faits, *déjà*. Le texte de la convention collective du 27 juin 2016 vient le consacrer et régler son intégration avec les organes classiques de la représentation en entreprise. Le 27 juin 2016, de nombreux travailleurs sous statut d'indépendant sont en effet déjà membres du syndicat de travailleurs et le second texte conclu le même jour vient apporter le soutien de l'employeur à cette tendance.

(ii) L'accord prévoit une prime syndicale pour les indépendants

104. *L'accord consacre le rôle des organisations représentatives* - En juin 2016, la négociation collective porte également sur les primes syndicales. Pour rappel, celles-ci sont allouées par l'employeur aux travailleurs syndiqués en vue de promouvoir la négociation collective. Elles transitent par les organisations syndicales qui ont la charge d'en faire bénéficier les travailleurs qui sont membres d'elles, ce montant venant minorer le coût de l'affiliation à une organisation syndicale. Le 27 juin 2016, une seconde convention collective est signée[337]. Ses signataires sont identiques, à savoir deux représentants de l'employeur et deux représentants de deux organisations les plus représentatives. Son contenu oblige l'entreprise Sanoma à verser un montant aux organisations syndicales en vue de promouvoir l'affiliation des travailleurs. Sa particularité réside dans son article 2, § 1er, *in fine*, lequel prévoit l'inclusion des *freelances* qui travaillent à plus de 50 % pour Sanoma dans le calcul du montant alloué aux organisations syndicales. Cet article est libellé comme tel : « Sanoma met un budget forfaitaire à disposition des organisations syndicales pour le paiement des primes syndicales, en soutien des activités syndicales dans l'entreprise ou pour les coûts liés au paiement de ces primes, à hauteur de maximum 5% du budget forfaitaire. Les ayant droit à la prime syndicale sont les travailleurs et les freelances

[337] Convention collective de travail relative aux primes syndicales du 27 juin 2016, conclue entre Sanoma, d'une part, et les syndicats représentatifs des employés LBC-NVK et SETCa.

qui travaillent plus de 50 % pour Sanoma »[338]. En d'autres mots, l'entreprise accepte de promouvoir la liberté syndicale des travailleurs indépendants et leur alloue un montant à cette fin.

La mise en place d'une prime syndicale au bénéfice des travailleurs indépendants peut être vue comme l'aboutissement d'un long processus d'inclusion de cette catégorie de travailleurs dans les dynamiques de négociation collective d'entreprise. La prise en compte des intérêts des travailleurs indépendants par les organisations syndicales depuis 1997 chez Sanoma, certes de façon variée, prend désormais la forme d'un modèle institutionnel complet où l'affiliation des travailleurs indépendants est soutenue et où leur voix peut être régulièrement portée dans des organes de concertation *ad hoc*, comme le point précédent l'a mis en avant. En effet, si l'initiative de représentation des travailleurs sous statut indépendant appartient aux organisations syndicales, la mise en place d'une prime syndicale au bénéfice des travailleurs sous statut indépendant dénote que cette voie est prise en compte par l'employeur. A la façon dont la convention collective n° 5 légitime le pouvoir de représentation de la délégation syndicale, cette convention collective reconnait que, *ratione personae*, celui-ci s'étend aux travailleurs sous statut indépendant « qui travaillent plus de 50 % pour Sanoma ». De plus, ce nouvel outil de promotion de la négociation collective constitue les prémices d'une affiliation structurelle des travailleurs indépendants au sein d'une des organisations représentatives des travailleurs en Belgique, la CSC.

(iii) L'organisation syndicale s'empare des enjeux liés aux indépendants

105. *Des discussions en cours depuis plusieurs années* et leur aboutissement - A partir de 2016, les pratiques syndicales menées dans des entreprises comme Sanoma commencent à percoler et les débats politiques relatifs à l'inclusion des travailleurs sous statut d'indépendant s'intensifient. Dans la lignée des débats tenus en 2015, le congrès wallon de la CSC, tenu les 12 et 13 mai 2017, avance la volonté d' « organiser les travailleurs des plateformes, quel que soit leur statut »[339]. L'arrangement contractuel ne semble alors pas un frein à l'association syndicale. Les responsables wallons de la CSC souhaitent s'inspirer de pratiques allemandes, où les travailleurs des plateformes sont informés et où les abus sont dénoncés. Le projet de texte du même congrès proposait d'« ouvrir les portes du syndicat aux travailleurs qui ont un statut d'indépendant,

[338] En néerlandais, l'art. 2, § 1er de la convention collective de travail relative aux primes syndicales du 27 juin 2016, conclue entre Sanoma, d'une part, et les syndicats représentatifs des employés LBC-NVK et SETCa prévoit que « Sanoma stelt een forfaitair budget ter beschikking aan de vakorganisaties ter uitbetaling van syndicale premies, ter ondersteuning van syndicale activiteiten in de onderneming of voor de kosten verbonden aan de uitbetaling van de syndicale premies voor maximaal 5% van het forfaitair budget. Rechthebbenden op de syndicale premies zijn werknemers en de freelancers die meer dans 50% werken voor Sanoma ». Traduction libre.

[339] Congrès wallon de la CSC, tenu les 12 et 13 mai 2017, lignes de force 9.1. Le capitalisme de plateforme.

mais sans être indépendants au sens d'entrepreneurs », mais cette résolution n'a pas été retenue, encore une fois parce que l'indépendant comme ennemi de classe du salarié est une représentation qui perdure. Une autre formulation y est préférée et vise à « lutter contre les abus liés aux faux indépendants et autres ''autoentrepreneurs'' et mettre leurs véritables employeurs devant leurs responsabilités »[340].

Cet exemple, conjugué au congrès de 2015 précédemment commenté, montre une volonté croissante d'organiser syndicalement les travailleurs indépendants, mais aussi, dans le même temps, une réticence persistante du mouvement syndical dans son ensemble, qui freine l'intégration d'un public qu'il connait peu et qu'il souhaite avant tout convertir en travailleur salarié. A la suite des décisions de congrès, trois centrales professionnelles, la LBC-NVK, Transcom et la CNE prennent l'initiative et présentent à l'ensemble de l'organisation, en septembre 2017, le projet d'une affiliation expérimentale au bénéfice des travailleurs indépendants. Remarquons que la dynamique institutionnelle poursuit la réalité de la négociation collective dans certaines entreprises, puisqu'en septembre 2017, une prime syndicale au bénéfice des travailleurs sous statut indépendant a déjà été négociée depuis plus d'un an déjà chez Sanoma. Dans la foulée, en octobre et en décembre 2017, les instances d'une des trois centrales à l'initiative du projet expérimental, la CNE, identifient leurs priorités. Ce sont les indépendants sans personnel qui travaillent dans des collectifs déjà structurés par l'organisation syndicale qui sont jugés prioritaires. C'est la situation de Sanoma et une dynamique y existe depuis vingt ans déjà. Il s'agit en fait d'un essai d'extension de déjà-là.

L'ensemble de la CSC approuve, en mars 2018, l'expérience pilote menée par ses trois centrales pionnières. Elle avance la nécessaire « cohésion harmonieuse des intérêts des indépendants sans personnel et de ceux des travailleurs classiques »[341]. Petit à petit, c'est chaque responsable syndical qui est invité, « dans la négociation collective, à s'inquiéter aussi du sort des travailleurs sous statut d'indépendants, s'il y en a dans l'entreprise »[342]. *In fine, t*out travailleur sous statut indépendant, pourvu qu'il ne soit pas lui-même employeur, est libre de s'affilier à la CSC ; l'aspect volontaire ou non est abandonné. Le travailleur est informé que les services syndicaux seront d'autant plus utiles qu'il est actif (« intégré ») de manière durable dans un collectif de travail, avec un donneur d'ordre principal.

[340] *Ibid.*

[341] Décision du Bureau national de la CSC du 18 mars 2018.

[342] Décision du Bureau national de la centrale des employés francophones de la CSC, la CNE, du 4 oct. 2018.

§ 5. Des indemnités de licenciement à partir de 2018 et une approche syndicale structurelle

106. *Une confirmation des tendances* - Quittons la scène syndicale pour un dernier détour chez Sanoma où, encore en 2018, un plan social est conclu. L'inclusion des travailleurs sous statut indépendant dans les mesures encadrant la réduction du nombre de membre du personnel est devenue une habitude. Dans un protocole d'accord, il est prévu que les indépendants qui travaillent directement pour Sanoma (et pas *via* un tiers, comme la SMart[343]) ne doivent réaliser que la moitié d'un préavis de licenciement correspondant à celui d'un travailleur salarié, l'autre moitié étant payée sous la forme d'une indemnité compensatoire de préavis. Ces arrangements collectifs prennent cette fois encore la forme d'un protocole d'accord, et non d'une convention collective de travail au sens strict. Les articles pertinents du protocole d'accord disposent que : « Les Freelances qui font partie du service de soutien des ventes et qui ne sont pas mis à disposition par une agence d'emploi ou un sous-traitant réaliseront la moitié de leur préavis de licenciement tandis que l'autre moitié sera payée, à moins que des dispositions plus favorables existent dans leur accord de collaboration avec Sanoma. Si Roularta et/ou Sanoma reprend ou prolonge la collaboration, le présent arrangement n'est pas applicable. Le régime applicable aux freelances n'est pas réglé par convention collective. Le présent protocole sert d'engagement »[344].

Vingt ans après le premier accord de 1997, le flou entourant la possible inclusion des travailleurs sous statut indépendant dans des conventions collectives de travail demeure mais n'empêche pas de leur attribuer des avantages par la voie de protocoles d'accord. C'est dans ce sens qui faut lire la dernière phrase du dernier passage traduit (« Le présent protocole sert d'engagement »). Chez Sanoma, plus personne ne semble perturbé par l'inclusion des travailleurs indépendants dans le champ de la négociation collective de travail, tant le vocabulaire utilisé à destination des travailleurs indépendants s'apparente à celui issu de la réglementation des relations de travail salariées.

---

[343] Sur le cas de SMart, voir l'étude de Suzanne Capiau et Auriane Lamine dans D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, p. 223-290.

[344] L'article 6 du protocole d'accord « Plan social 2018 » conclu, d'une part, par Sanoma et, d'autre part, part la LBC-NVK et le Setca, dispose en néerlandais que « –Freelancers die behoren tot de ondersteunende diensten of sales, en niet tewerkgesteld zijn via een uitlenend- of servicebedrijf, zullen de helft van de contractuele opzegtermijn presteren en de andere helft uitbetaald krijgen, tenzij in hun samenwerkingscontract met Sanoma een voordeliger regeling is getroffen. Indien Roularta en/of Sanoma echter hun dienstverlening overneemt of verderzet, geldt deze regeling niet. –De regeling voor freelancers zal niet in de cao worden opgenomen. Dit protocol geldt als toezegging ». Traduction libre.

Conclusion intermédiaire

107. *Reconnaissance du fait syndical... - Des travailleurs indépendants acteurs de la négociation collective* – Au cours de l'étude, nous avons vu des changements significatifs quant à l'inclusion des travailleurs sous statut indépendant par les mouvements de travailleurs salariés. Avec pour résultat que, à l'heure actuelle, il semble que les travailleurs indépendants jouissent, comme les salariés, d'une protection en matière de protection contre le licenciement et bénéficient également de lieux collectifs d'expression. Il s'agit des deux organes mis en place en 2016, la *Freelance Connection* et le *Content Managers Overleg*.

Le récit historique montre qu'un enjeu n'est pas tant que les organisations de travailleurs organisent les travailleurs sous statut d'indépendant que le fait que les employeurs reconnaissent ce rôle. La reconnaissance du fait syndical, caractéristique de notre capitalisme libéral, est en effet un évènement très significatif[345]. Cette reconnaissance a pris plusieurs formes chez Sanoma. On peut donc identifier plusieurs niveaux de reconnaissance. En 1997, le protocole d'accord signé par les travailleurs, mais aussi des organisations corporatistes, ne permet pas réellement d'attribuer une légitimité propre aux organisations représentatives des travailleurs. Qui, parmi les signataires, était légitime pour parler au nom des travailleurs sous statut d'indépendants ? Les organisations syndicales habituelles ou l'AGJPB représentant les journalistes ? Le texte n'en dit bien sûr mot. Toutefois, à partir de 2015, cette dernière organisation n'est plus à la table de négociation. Mais le pli est pris et le sort des indépendants continue à faire l'objet des accords. On observe une reconnaissance *de facto* de la légitimité de la délégation syndicale d'entreprise. L'accord social de 2016 apporte quant à lui une consécration *de iure* puisque, par la convention, l'employeur s'oblige à promouvoir la négociation collective des travailleurs sous statut indépendants organisés par les organisations les plus représentatives. Si un préambule avait existé à cette convention, il aurait sans doute pointé la légitimité de la délégation syndicale lorsqu'il s'agit de parler au nom des travailleurs indépendants. Il est utile de pointer que cette reconnaissance du rôle des syndicats de travailleurs est concomitante de la suppression d'un dispositif de ségrégation des publics.

108. *...concomitante avec la mise en place d'un (début de) level playing field* - Le récit historique montre un point d'inflexion : alors qu'une dynamique d'inclusion des travailleurs indépendants était amorcée en 1997, la restructuration de 2013, puis de 2015 met en place des systèmes de contingentement – le public de travailleurs indépendant est considéré comme étranger. Cette dynamique d'entreprise cache le fait que, au même moment, des débats ont lieu au sein de l'organisation syndicale relativement au sort des indépendants. Faut-il les inclure et comment ? Une première expérience semble avoir été nécessaire pour faire naître le débat mais celui-ci cristallise les positions et fige, momentanément dans le cas présent, les avancées. De façon plus

[345] L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, pp. 193-195 ; voy. *supra* n° **1** et s.

systémique, la reconnaissance du fait syndical est concomitante, chez Sanoma, avec la fin du contingentement. Jusque 2016, les deux publics (les salariés et les indépendants) ont été contingentés. Ils ont été tenus à distance l'un de l'autre, afin de rendre la concurrence entre les deux publics impossible. La suppression des barrières juridiques qui les séparaient est intervenue en même temps que la reconnaissance du rôle des organisations représentatives dans la défense des intérêts des travailleurs sous statut indépendant. En d'autres mots, la reconnaissance du droit de négociation collective de travail des travailleurs indépendants semble avoir été un des éléments de l'établissement d'un même espace concurrentiel.

109. Que nous enseigne le cas d'étude concernant les rapports entre la négociation collective de travail et le droit ? L'exposé de la sous-section 1 a dressé les grandes lignes de la représentation légale et de certains obstacles qu'elle oppose à l'intégration des travailleurs sous statut indépendant. Cette analyse a montré un flou juridique relatif à la délimitation du champ d'application *ratione personae* des conventions collectives et, pour les organes élus, une zone de liberté conventionnelle à côté d'un processus électoral précis et indisponible. Il semble que les acteurs se soient emparés de ces zones d'imprécisions réglementaires pour formaliser le résultat de leur négociation et, par-là même, créer du droit. Cette montre que la négociation collective est (aussi) une dynamique par laquelle le droit offre des espaces d'autonomie (le flou autour du champ d'application *ratione personae* des conventions collectives amorce une dynamique discursive) et permet à la négociation collective de définir le périmètre de l'égalité dans l'exploitation par exemple en incluant les travailleurs sous statut indépendant. L'enjeu semble alors de ne pas étouffer ces espaces par l'application stricte de principes du droit. A ce titre, il semble important que les difficultés créées par le droit européen de la concurrence lors de la définition collective des tarifs des travailleurs sous statut indépendant soient considérées comme des problèmes à résoudre plutôt que des fins de non-recevoir. C'est l'objet de la section 2.

Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence

110. *Le prisme du droit de la concurrence* - Comment le droit de la concurrence aborde-t-il la question du droit de négocier collectivement des travailleurs indépendants ? Quelle place le droit laisse-t-il à leur liberté de négociation collective ? Cette question est l'objet de la section 2. Elle est traitée au départ des règles de droit de la concurrence et vise à donner une première approche des liens (complexes) qui unissent le droit de la concurrence et la négociation collective de travail. La section 2 part du droit de la concurrence et permet, grâce un examen minutieux de la jurisprudence européenne rendue dans cette branche, d'identifier deux concepts distincts : l'interdiction des ententes de l'article 101 du TFUE s'applique aux entreprises et, par la négative, ceux qui ne sont pas des entreprises ne sont pas soumis à cette interdiction. De ce fait, l'article 101 du TFUE ne s'applique pas à eux, et ils bénéficient, par exception, de la liberté de conclure collectivement des accords. L'ambiguïté mise en avant par la section 2 est toutefois double. La première ambiguïté réside dans

le fait que la réponse à la question du titulaire du droit de négocier collectivement des accords sur les prix n'est pas donnée par le droit du travail national, par le droit social internationale, mais par le droit européen de la concurrence. Ensuite, une autre ambiguïté découle de la première. Elle tient à ce qu'on peut faire partie d'une unité économique, perdre la qualité d'entreprise et, gagner ainsi la possibilité de négocier collectivement, sans avoir pour autant, au regard d'autres branches réglementaires (comme le droit du travail national), le statut de travailleur. En fait, c'est sans avoir égard au concept de travailleur, en s'attachant uniquement à l'autonomie dans le marché, que l'on définit les destinataires de la négociation collective de travail.

111. *L'importance de la notion d'entreprise* - Déterminer avec acuité les contours que le droit de l'Union donne à la négociation collective de travail correspond à se pencher avec précision sur le périmètre d'application de l'article 101 du TFUE, défini par la notion d'entreprise. En effet, là où les ententes sont interdites, les protagonistes ne peuvent négocier collectivement les prix. A ce sujet, il est utile de préciser que, si le contentieux relatif à la notion d'entreprise semble se focaliser autour de la nature de activités exercées, une entreprise est non seulement une entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, mais également une entité dotée d'une autonomie suffisante de décision pour déterminer son comportement sur le marché[346]. C'est l'exigence d'autonomie attachée au concept d'entreprise. Adela Boitos et Manuel Kellerbauer l'ont mis en lumière : l'interdiction des ententes s'applique aux unités économiques autonomes, elle délaisse l'entité qui n'est pas indépendante face au marché[347]. La jurisprudence européenne explique par exemple que là où une entité principale a un contrôle complet sur les prix auxquels une entité subordonnée vend les biens et à qui ils sont vendus, ils forment

[346] L. VOGEL, *European Competition Law,* 2e ed., Paris, Lawlex / Bruylant, 2018, p. 55, ; B. CHEYNEL, « Retour sur la nécessaire autonomie des entreprises parties à une entente à la lumière des contrats de distribution de carburants », *Revue Lamy Droit des Affaires,* 2007, pp. 61-62. Nous ne revenons pas sur la première partie de cet axiome, héritée de l'arrêt *Höfner*. Sur cette question, voy. J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition, op. cit.*, n° 6.16 à 6.24, pp. 815-816, n° 3.23 à 3.32, et spéc. le n° 3.29 au sujet des travailleurs indépendants, p. 190 et s.

[347] A. BOITOS et M. KELLERBAUER, « Le droit des prestataires de services indépendants à conclure des conventions collectives », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, p. 99. Ils écrivent que « C'est davantage la notion d'unité économique désignée par l'entreprise qui semble fonder le raisonnement de la Cour : ''une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé'', à laquelle le travailleur est intégré ». Dans le même sens, de L. IDOT, « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? (A propos de quelques développements récents) », *Europe*, novembre 1999, pp. 4-8, spéc. p. 6.

ensemble une même unité économique[348]. Toutefois, évaluer l'indépendance de la prise de décision est complexe[349]. Pour réaliser cette démarche complexe, le juriste peut prendre appui tant sur la jurisprudence européenne que sur les lignes directrices de l'exécutif européen. La sous-section 1 examine en détail la jurisprudence rendue en la matière.

112. *Les critères jurisprudentiels forment le plan de la section* - Dans l'arrêt *FNV Kunsten* – au cœur de la problématique de la négociation collective des travailleurs indépendants –, la Cour reconnait qu'un prestataire de services est susceptible de perdre sa qualité d'opérateur économique indépendant, et donc d'entreprise, lorsqu'il ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché et, qu'au contraire, il dépend entièrement de son commettant[350]. La dépendance peut, selon l'arrêt *FNV Kunsten*, être mise en lumière (i) par la preuve que les risques financiers et commerciaux de l'activité principale ne sont pas supportés par le prestataire de services, (ii) que ce dernier opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise dudit commettant. Par ailleurs, (iii) la qualité d'employé peut aussi être établie, selon la Cour, lorsque des services sont réalisés en l'échange d'une rémunération, pendant un certain temps et, quand la réalisation des prestations est sujette à une direction de la part d'une autre personne[351].

Nous entamons cette section par l'examen du critère de l'intégration à l'unité économique, un raisonnement habituel dans les arrêts de la Cour en droit de la concurrence (§ 1.). Dans un deuxième temps, nous nous penchons sur le critère relatif au risque (§ 2.). Le troisième critère inspiré, comme l'a souligné la contribution d'Adela Boitos et Manuel Kellerbauer[352], de la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation des travailleurs, nous intéresse moins. Il viendra toutefois confirmer la convergence entre le droit de la concurrence européen et le droit du travail belge relativement au concept de travailleur (§ 3.).

---

[348] Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"). Dans le même sens : VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law Of The European Community*, 5e ed., New York, Kluwer Law, 2010, p.172.

[349] J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, *op. cit.*, n° 3.52, p. 198.

[350] C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13.

[351] *Ibid*, points 33-34 et 36. Pour un commentaire : R. BABIRAD, « Case comment : FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden », *European Competition Law Review*, 2015, p. 181 ; S. HENNION, « Les limites d'application du droit de la concurrence aux conventions collectives conclues au profit de la protection sociale des travailleurs indépendants », *La Semaine Juridique*, 2015, pp. 549-553, spéc. p. 552.

[352] A. BOITOS et M. KELLERBAUER, « Le droit des prestataires de services indépendants à conclure des conventions collectives », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 94-95.

§ 1. Premier critère pour celui qui peut conclure des accords sur les prix, relatif à l'unité économique intégrée

113. *Jurisprudence Becu, Consten et Grundig, Confederacion, e.a.* - Le critère relatif à l'intégration dans une entreprise provient des arrêts *Becu* et *Confederacion* et, plus aux sources encore du droit contemporain de la concurrence, de *Consten et Grundig.* En 1966, dans *Consten et Grundig*, la Cour indique que le distributeur intégré échappe au droit des ententes[353]. En 1975, l'arrêt *Suiker Unie* relève, pour valider la qualité d'agent que nous détaillerons plus bas, que « les représentants de commerce en cause se sont consacrés principalement aux activités de distribution exercées pour le compte de la requérante, sans agir parallèlement comme négociateur indépendant »[354]. En 1987, dans l'arrêt *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus,* la qualification d'organe auxiliaire intégré dans une entreprise d'un tour-opérateur fut rejetée par la Cour, qui nota que « d'une part, l'agent vend des voyages organisés par un nombre très élevé de tour-opérateurs et d'autre part, un tour-opérateur vend ses voyages à travers un nombre élevé d'agents »[355]. En 1999, *D*ans *Becu*, la Cour a considéré qu' « étant intégrés, pendant la durée de cette relation, dans lesdites entreprises et formant ainsi avec chacune d'elles une unité économique, les travailleurs portuaires ne constituent dès lors pas eux-mêmes des «*entreprises*» au sens du droit communautaire de la concurrence »[356]. En 2006, dans l'arrêt *Confederacion*, la Cour rappelle la doctrine de l'unité économique et donne une importance particulière au

---

353 C.J.U.E., 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. C-56 et 58/64. Pour un éclairage : E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *La Semaine Juridique*, 2007, n° 25, pp. 28-32, spéc. p. 31.

354 C.J.U.E., 16 décembre 1975, *Suiker Unie,* aff. C-40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, point 485 et la doctrine en lien : E. DIENY, *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 31 ; B. CHEYNEL, « Retour sur la nécessaire autonomie des entreprises parties à une entente à la lumière des contrats de distribution de carburants », *op. cit*, pp. 61-62 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *Markt & Mededinging,* 2007, pp. 92-95, spéc. p. 92 ; H.M. CORNELISSEN, « De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA. Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent », *NtER,* 2007, pp. 265-271.

355 C.J.U.E., 1er octobre 1987, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus,* aff. C-311/85, points 20-21. Sur le même sujet : E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », pp. 28-32, spéc. p. 31 ; H.M. CORNELISSEN, « De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA. Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent », *op. cit.*, pp. 265-271.

356 C.J.U.E., 16 septembre 1999, *Jean Claude Becu*, aff. C-22/98, point 26. Pour la doctrine en la matière : J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, *op. cit.*, n° 6.24, p. 816 ; L. IDOT, « Les articles 82 et 86 CE ne s'appliquent pas à des salariés », *Europe, Concurrence,* 1999, p. 20 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Droit européen des affaires. La politique de la concurrence », *RTD com.*, 2000, pp.491-494 ; C. PRIETO, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *J.D.I.*, 2000, pp. 509-510.

critère de l'intégration économique[357]. Selon cette théorie, deux entités juridiques distinctes peuvent être considérées, du point de vue du droit de la concurrence, comme une seule entreprise si les relations qui les lient justifient de les traiter comme une seule unité économique. Leur relation sera alors plutôt considérée comme une répartition des tâches interne à un groupe économique, sans être soumise à l'article 101[358]. Cette situation fait ainsi s'échapper leur relation au droit des ententes, dont l'application est subordonnée à l'existence d'au moins deux volontés autonomes[359]. C'est particulièrement le cas si une personne, bien que jouissant d'une personnalité juridique propre, ne bénéficie pas d'une indépendance économique[360]. Par exemple, dans l'affaire *Centrafarm v. Sterling Drug*, la Cour de justice a appliqué le raisonnement à une entreprise formant une unité économique avec sa filiale, laquelle ne disposait pas de réelle liberté pour déterminer librement son comportement sur le marché[361].

114. *Jurisprudence Viho et Akzo* - L'affaire *Viho c. Commission* confirme que le cœur de la question est de distinguer si les parties sont indépendantes dans leur prise de décision ou si l'une a suffisamment de contrôle sur la seconde pour que ce ne soit pas le cas. Dans cette affaire, la Cour rappelle que « lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'[ancien] article 85, paragraphe 1, peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle

[357] C.J.U.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, aff. C-217/05, point 40. La doctrine va dans le même sens : R. BABIRAD, « Case comment : FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden », *op. cit.*, p. 181 ; E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 30 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95, spéc. p. 93.

[358] J. FAULL, A. NIKPAY, The EU Law of Competition, op. cit., p. 197 ; VAN BAEL, BELLIS, Competition Law Of The European Community, op. cit., p. 22 ; L. VOGEL, European Competition Law, op. cit., p. 55.

[359] E. DIENY, *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 28 ; B. CHEYNEL, *op. cit.*, pp. 61-62 ; H.M. CORNELISSEN, « De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA. Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent », *op. cit.*, pp. 265-271.

[360] VAN BAEL, BELLIS, Competition Law Of The European Community, op. cit., p. 23. Encore d'autres décisions vont dans le même sens : C.J.U.E., 25 novembre 1971, *Béguelin Import c. GLImport Export*, aff. C-22/71, point 8 ; C.J.U.E., 15 octobre 2002, *ICI c. Commission Carbon and Others c. Commission (II)*, aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99, point 59 ; C.J.U.E., 10 mai 2007, *SGL Carbon v. Commission (II),* aff. C-328/05.

[361] C.J.U.E., 31 octobre 1974, Centrafarm and Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc., aff. C-15/74, point 41 et la doctrine liée : J. FAULL, A. NIKPAY, The EU Law of Competition, op. cit., n° 3.49, p. 197. Voy. égal. C.J.U.E., 4 mai 1988, *Bodson c. Pompes Funèbres des Régions Libérées*, aff. C-30/87, point 19.

et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique »[362]. Dans *Akzo*, la Cour confirme que « le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques ». Dit autrement, on ne peut considérer que la filiale agit de façon indépendante si la maison mère exerce une influence déterminante sur la politique commerciale[363].

En résumé, une jurisprudence fournie conduit à l'émergence d'une théorie, la doctrine de l'unité économique. Selon cette théorie, si une partie à un accord n'est pas indépendante dans sa prise de décision, il ne s'agit pas d'une entreprise et cet accord n'est pas soumis à l'article 101, § 1er. Autrement dit, il s'agit d'établir si une entité détermine le comportement d'une autre sur le marché. Cette approche est pertinente lorsque l'on a égard à la situation des indépendants sans personnel, puisque la Cour le fait elle-même dans l'arrêt FNV. Par travailleur réellement indépendant, il faut donc entendre celui qui bénéficie d'une autonomie dans le marché. Pris par la négative, ceux qui ne répondent pas à cette définition peuvent conclure des accords sur les prix avec leur donneur d'ordre. Une ambiguïté réside dans le fait qu'il est possible de faire partie d'une unité économique, et gagner ainsi la possibilté de négocier collectivement, sans obtenir le statut de travailleur par exemple en droit national.

§ 2. Deuxième critère pour identifier l'acteur de la négociation collective de travail, relatif au risque

115. *Lignes directrices de la Commission européenne relatives aux restrictions verticales* - Selon l'arrêt *FNV* ainsi que la jurisprudence dans laquelle l'arrêt s'inscrit, le critère de risque, combiné à celui de l'autonomie, peut conduire à la perte de la qualité d'opérateur économique[364]. C'est le cas si l'agent ne supporte pas le risque

[362] C.J.U.E., 24 octobre 1996, *Viho Europe bv c. commission,* aff. C-73/95, point 47. Pour la doctrine : J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition, op. cit.*, n° 3.50, p. 197 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law Of The European Community, op. cit.*, 2010, p. 23.

[363] C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Akzo,* aff. C-97/08, point 58. Le même élément est repris par J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition, op. cit.*, 2014, n° 3.51, p. 197.

[364] Pour un exposé minutieux au sujet des origines et de l'intrication des critères de risque et d'autonomie, nous renvoyons à E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95, spéc. p. 92.

commercial ou financier lié à l'activité de marché qu'il mène[365]. Dès 1962, la commission européenne a retenu comme critère permettant de qualifier un intermédiaire « d'agent » et de le soustraire au droit des ententes le fait de savoir si celui-ci supporte ou non certains risques économiques[366]. Les décisions relatives aux agents sont peu nombreuses mais elle confirment la pertinence du critère du risque[367]. L'arrêt *Confederacion*, lequel « intéressera […] toutes les entreprises qui ont appel à des intermédiaires », développe longuement la notion et indique que l'article 105 du TFUE ne s'applique pas si l'exploitant assume les risques dans une proportion négligeable[368]. Particulièrement, il est intéressant de remarquer le point 51 qui reprend la typologie des risques issue des lignes directrices de la Commission européenne relative aux restrictions verticales[369]. En

[365] On trouve une illustration dans C.J.U.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, aff. C-217/05, point 43 : « Il résulte toutefois de la jurisprudence que les intermédiaires ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise de celui-ci ». Dans le même sens : VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law Of The European Community, op. cit.*, p. 171 ; L. IDOT, « Nouvelles précisions sur le contrat d'agence », *Europe, Concurrence,* février 2007, p. 24 ; E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32.

[366] Communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce, *JOCE*, 24 décembre 1962, pp. 2921-2922. Pour un commentaire : E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 29 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95, spéc. p. 93.

[367] E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 29. Voy. par ex. T.P.I.U.E., 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler/Commission,* aff.T-325/01.

[368] C.J.U.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, aff. C-217/05, points 43-66, voy. spéc. le point 46 : « Il en découle que l'élément déterminant pour établir si un exploitant de station-service est un opérateur économique indépendant réside dans la convention conclue avec le commettant et, en particulier, dans les clauses, tacites ou expresses, de cette convention relatives à la prise en charge des risques financiers et commerciaux liés à la vente des marchandises à des tiers ». Dans le même sens, la doctrine : L. IDOT, « Nouvelles précisions sur le contrat d'agence », *op. cit.*, p. 24 ; E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. pp. 29-30 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95.

[369] Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010, *JOUE,* 2010/C 130/01, (14). Le point 51 de l'arrêt distingue « d'une part, les risques liés à la vente des marchandises, comme le financement des stocks de carburants, et, d'autre part, les risques liés aux investissements spécifiques au marché, à savoir ceux qui sont nécessaires pour que l'exploitant de station-service puisse négocier ou conclure des contrats avec des tiers ». Le point (14) des lignes directrices explique que, parmi trois types de risques il y a « premièrement les risques propres à chaque contrat, qui sont directement

2010, les lignes directrices de la Commission européenne relatives aux restrictions verticales décrivent, dans les points 8 à 22, les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1[370]. L'autorité européenne y développe, à partir de la notion de risque, une théorie conduisant à l'inapplication de l'article 101, paragraphe 1 aux relations entre le commentant et le « simple agent »[371]. Les lignes directrices précisent que si l'agent subordonné ne supporte aucun risque financier ou commercial, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, « en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits », l'article 101, § 1er ne trouve pas à s'appliquer[372]. Pour établir la qualité de « simple agent », l'autorité européenne fournit une grille d'analyse composée de sept critères. Ils ont trait, entre autres, à l'obligation de réaliser des investissements propres au marché, à l'obligation de contribuer aux coûts liés à l'achat des biens ou des services contractuels ou, à la responsabilité de l'agent en cas de non-exécution ou vis-à-vis des tiers[373].

§ 3. Convergence entre le droit de la concurrence et le droit du travail beige sur le plan de l'analyse du risque économique

116. *Des similarités entre les lignes directrices et un texte de droit belge* - L'importance du risque dans la théorie de l'agence et le lien que la CJUE tente de réaliser entre la notion de travailleur en droit de la concurrence et dans d'autre branches du droit nous incite à la mettre en parallèle avec un texte de droit belge. En effet, selon l'article 337/2 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, en ce qui concerne la nature des relations de

liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks. Deuxièmement, les risques liés aux investissements propres au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat ». Les auteurs avaient déjà fait le lien entre l'arrêt *Confederacion* et les mêmes lignes directrices. Voy. E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 29 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95, spéc. p. 93.

370 L. VOGEL, European Competition Law, op. cit., pp. 205 et s.

371 VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law Of The European Community, op. cit.*, pp. 171 et s. ; L. VOGEL, *European Competition Law, op. cit.*, pp. 203 et s. ; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition, op. cit.*, n° 9.40 à 9.53, pp. 1375-1378.

372 Lignes directrices sur les restrictions verticales**,** *JOUE,* 2010/C 130/01, (15) ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law Of The European Community, op. cit.*, 2010, p.17. Sur cette question : E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 29.

373 Lignes directrices sur les restrictions verticales**,** *JOUE,* 2010/C 130/01**,** (16), a) à g).

travail, le défaut d'un quelconque risque financier ou économique dans le chef de l'exécutant entraine la présomption que ce dernier réalise sa mission dans le cadre d'un contrat de travail[374]. À y regarder de plus près, les critères du droit de la concurrence et ceux du droit du travail belge se recoupent même largement. Parmi les sous-catégories propres à chacun des concepts, nous souhaitons en mettre en avant quatre, dont la similarité est presque complète. C'est notamment le cas (1) à défaut d'investissement personnel et substantiel dans l'entreprise avec du capital propre, qui est aussi un indice de l'existence d'un contrat de travail salarié[375]. Par ailleurs, (2) alors que les lignes directrices prévoient que l'accord ne prévoyant pas de contribution aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels n'est généralement pas soumis à l'article 101, la loi de décembre 2006 indique que le défaut de tout pouvoir de décision concernant la politique d'achat de l'entreprise est un indice de salariat[376]. (3) Les deux textes mobilisent encore le même critère quand ils font valoir que l'absence de responsabilité et de pouvoir de décision concernant les actifs de l'entreprise entraine, d'une part, l'inapplicabilité de l'article 101, § 1er et, d'autre part, l'attribution probable de la qualité de travailleur salarié. Enfin, (4) droit de la concurrence et droit du travail se rejoignent en identifiant dans l'obligation de résultat vis-à-vis des tiers une cause d'application de l'article 101, § 1er et, une raison de ne pas reconnaître la qualité de travailleur salarié[377]. De plus, au-delà de l'analyse législative (même si, rappelons-le nous, les lignes directrices n'ont pas cette qualité), le rapprochement entre les deux réglementations est implicitement encouragé par la Cour. Effectivement, l'arrêt *FNV Kunsten* propose un test permettant de déterminer si un prestataire de services ne doit pas recevoir la qualification d'entreprise. Elle suggère aux juridictions nationales (c'est le troisième critère) de vérifier si les conditions de travail du prestataire de services sont comparables à celles d'un travailleur salarié[378]. Cette reconnaissance est importante puisqu'elle soustrait de l'application de l'interdiction des ententes les prestataires de services se trouvant dans une situation

[374] Loi programme (I) du 27 décembre 2006, en ce qui concerne la nature des relations de travail, *M.B.,* 28 décembre 2006 *;* S. GILSON (dir.), *Subordination et parasubordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail,* Limal, Anthémis, 2017, pp. 123-139. Il est utile de remarquer que les facteurs socio-économiques prévus par cette loi sont utilisés de façon subsidiaire, la confiance étant donnée, *a priori*, à la qualification des parties. V. FRANQUET, J.-B. MAISIN, « Country report: Belgium », dans B. WAAS (dir.), *Collective Bargaining for Self-employed Workers in Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 2021, à paraître.

[375] Lignes directrices sur les restrictions verticales**,** *JOUE,* 2010/C 130/01, (15) ; art. 337/2 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, en ce qui concerne la nature des relations de travail, § 1er, a).

[376] Lignes directrices précitées, (16), a) ; art. 337/2 de la loi-programme précitée, § 1er, c).

[377] Lignes directrices précitées, (16), c) ; art. 337/2 de la loi-programme précitée, § 1er, e).

[378] K. HELLINGMAN, « Over schijn en wezen in het economisch en sociaal recht : FNV KIEM tegen de Staat », *SEW*, 2015, pp. 529-534.

comparable à celle des travailleurs[379]. De ce fait, la Cour indique que lorsque l'on ressemble à un travailleur salarié, on n'est pas soumis au droit de la concurrence. Comme le suggèrent Manuel Kellerbauer et Adela Boitos, il existe une convergence de concept entre celui qui n'est pas une entreprise et celui qui a la qualité de travailleur.

117. *Des théories similaires, mais des portées différentes* - Il est toutefois important de remarquer que les « théories du risque » belge et européenne n'ont pas la même portée. La grille de lecture belge entraine une présomption de la qualité de travailleur salarié et, dès lors, l'inclusion, jusqu'à preuve de l'inverse, dans les dynamiques instituées de négociation collective[380]. La grille de lecture communautaire conduit à ce qu' « aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101 »[381]. Concernant les autres relations juridiques que noue l'agent, le droit de la concurrence regarde celui-ci comme des entreprises. De fait, au regard du marché de fourniture de services d'agence, la Cour de justice a déclaré que l'exclusivité et les clauses de non-concurrence contenues dans les conventions conclues entre un agent et une entreprise peuvent tomber sous le coup de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1. Lesdites clauses sont de nature à enfreindre les règles de la concurrence dans la mesure où elles entraînent le verrouillage du marché concerné[382]. Autrement dit, les lignes directrices exemptent les agents d'une partie seulement du droit de la concurrence.

Cependant, la jurisprudence récente relativise la portée différente de chacune des grilles de lecture. L'application du critère du risque dans l'arrêt *FNV* ne conduit-elle pas à pouvoir négocier collectivement *comme un* salarié, sans restriction d'un droit de la concurrence qui a reconnu son inapplicabilité ? L'approche par laquelle la reconnaissance d'absence de risque ou de risque négligeable dans le chef de l'agent conduit à une inapplication limitée de l'article 101, paragraphe 1 n'est donc pas parfaitement cohérente avec la décision

[379] C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, aff. C-413/13, point 31. Pour la doctrine : R. BABIRAD, « Case comment : FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden », *op. cit.*, p. 181 ; K. HELLINGMAN, « Over schijn en wezen in het economisch en sociaal recht : FNV KIEM tegen de Staat », *op. cit.*, p. 201.

[380] Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, précitée.

[381] Lignes directrices sur les restrictions verticales**,** *JOUE*, 2010/C 130/01, (18).

[382] *Ibid,* (19). Pour une jurisprudence dans le même sens : C.J.U.E., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, aff. C-217/05, point 62. Pour la doctrine liée : VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law Of The European Community, op. cit.*, p. 179 ; E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, pp. 28-32, spéc. p. 30 ; M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *op. cit.*, pp. 92-95 ; H.M. CORNELISSEN, « De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA. Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent », *op. cit.*, pp. 265-271.

la plus récente, à savoir l'arrêt *FNV*. En bref, l'absence de risque dans le chef du prestataire de service est un indice de la qualité de travailleur, entrainant l'inapplicabilité complète de l'article 101 paragraphe 1[383]. L'étape franchie par l'arrêt *FNV* rapproche donc un peu plus les critères issus du droit de la concurrence et ceux du droit du travail belge.

En conclusion, l'arrêt *FNV* propose trois critères pour évaluer si un accord entre des indépendants et leur donneur d'ordre est soumis à l'article 101, paragraphe 1 du TFUE. Parmi ces critères, il est important de remarquer l'importance de la doctrine de l'unité économique. Elle concerne les situations où une entité juridique détermine le comportement sur le marché d'une autre, laquelle ne choisit alors plus librement son positionnement sur le marché. Nous avons dit que par travailleur indépendant, il faut donc entendre celui qui bénéficie d'une autonomie dans le marché. Ceux qui ne répondent pas à cette définition peuvent conclure des accords sur les prix avec leur donneur d'ordre.

Que retenir du raisonnement de la CJUE par rapport à l'analyse de l'entreprise Sanoma que nous avons réalisée ? Il est intéressant de remarquer que les débats syndicaux ayant menés à une politique syndicale en faveur des travailleurs indépendants conduisent à intervenir, de façon prioritaire, au bénéfice des travailleurs indépendants actifs de manière durable dans un collectif de travail, avec un donneur d'ordre principal. Le principal syndicat belge et les arrêts rendus par la CJUE dans le domaine du droit de la concurrence semblent donc développer des raisonnements similaires, voire convergents. La convergence ne se limite pas là : lorsqu'on examine les lignes directrices en matière de concurrence et le droit du travail belge, la proximité entre les critères d'applicabilité du droit de la concurrence et la notion de travailleur salarié attire l'attention. C'est le fait de l'utilisation de la théorie de l'agence par la Cour, dont on a vu qu'elle fait écho aux critères belges de reconnaissance d'une relation de travail salarié. Les deux catégories se répondent : d'un côté, certaines personnes déterminent individuellement et librement leur conduite sur le marché et supportent les risques liés à l'activité, alors que d'autres, « n'ont pas l'autorité pour faire des choix stratégiques importants au sujet de la direction des affaires », qu'ils soient travailleurs salariés ou qu'ils travaillent selon un autre arrangement contractuel[384]. Les différents rapprochements que nous avons menés dans cette sous-section 1

[383] S. HENNION, « Les limites d'application du droit de la concurrence aux conventions collectives conclues au profit de la protection sociale des travailleurs indépendants », *op. cit.*, pp. 549-553, spéc. p . 552 ; R. BABIRAD, « Case comment : FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden », *op. cit.*, pp. 181-186, spéc. p. 185. Voy., par ex. : C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, aff. C-413/13, point 32.

[384] C.J.U.E., 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, aff. C-413/13, point 36. Pour une décision d'un autre juridique concordante : décision du Comité européen des droits sociaux du 12 septembre 2018 dans l'affaire *Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v. Ireland*, plainte n° 123/2016, point 99.

amènent à penser que, si, du point de vue des juristes de droit du travail, il est surprenant qu'un concept de droit de la concurrence (pris par la négative) définisse ceux qui peuvent conclure un accord sur les prix, les raisonnements qui y sont attachés correspondent plutôt bien tant aux catégories de pensées syndicales, que à celles inscrites dans le droit du travail belge. Au terme de la sous-section 1, la confusion entre un acteur de la négociation collective et une entreprise n'est donc théoriquement plus possible. Le paradoxe provient en effet que cette clarification est à trouver, par une lecture négative de la notion d'entreprise, dans le droit de la concurrence[385].

118. Au cours de la sous-section 1, nous avons vu que la notion d'entreprise de droit de la concurrence, prise négativement, détermine ceux qui sont habilités à conclure des accords sur les prix. Un premier lien, important, apparait entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence. Est-il suffisant, pour épuiser l'étude de la relation entre les deux ensembles, de se limiter à ce premier constat ? En vertu de l'article 4 de la convention n° 98 de l'OIT, la négociation collective doit être libre et volontaire et doit respecter le principe de l'autonomie des parties[386]. C'est un aspect fondamental du principe de liberté syndicale[387]. Mais la partie I de la thèse a montré qu'il s'agit avant tout d'une injonction formulée à l'Etat pour qu'il joue un rôle actif[388]. Se risquerait-on à faire le parallèle avec la libre concurrence, laquelle est inexistante sans d'incessantes interventions publiques ?[389] Les interventions de l'autorité publique, tant en faveur de la libre concurrence que de la libre négociation collective de travail, conduiraient en fait au fonctionnement du marché. La section 3 va en effet suggérer, le cas de l'entreprise Sanoma à l'appui, que l'association des représentants des travailleurs permet le fonctionnement du marché.

[385] P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Travail contemporain et marchandise : libre propos », *op. cit.*, pp. 680-705, spéc. pp. 687-689.

[386] N. VALTICOS, *Droit international du travail*, op. cit., p. 268 ; B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, op. cit., p. 27. Voy. également le digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, 2008, Conclusions I, Observation interprétative de l'article 6, § 2, p. 36.

[387] Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Genève, Bureau international du Travail, cinquième édition (révisée), 2006, § 925.

[388] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, remarques préliminaires, Première remarque. La négociation collective de travail est aussi un droit fondamental

[389] Sur les interventions incessantes requises pour réaliser les conditions de la concurrence : L. VOGEL, European Competition Law, *op. cit.*, pp. 27 et s. ; B. CHRISTOPHERS, The Great Leveler. Capitalism and Competition in the Court of Law, Harvard, HUP, 2017 ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 144.

Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement

119. *Un continuum réglementaire au bénéfice des entreprises et des travailleurs* - Outre une meilleure délimitation conceptuelle entre l'entreprise et celui qui n'est pas une entreprise, il est intéressant d'envisager un *continuum* réglementaire entre tous ceux qui sont repris dans la définition négative. Nous avons en effet identifié un paradoxe : on peut être privé d'autonomie (et donc ne pas être une entreprise au sens du droit de la concurrence), sans pour autant recevoir la qualité de travailleur en droit national. Pourtant, les travailleurs ont besoin que les standards qu'ils ont négociés ne soient pas fragilisés par des entreprises ou des indépendants à qui ils ne s'appliquent pas. Surtout, nous avons montré dans la partie I de la thèse que les entreprises ont besoin d'une concurrence loyale, sans qu'elle puisse s'exercer à l'infini sur les rémunérations. Le cas de Sanoma illustre la problématique : de nombreux travailleurs sous statut indépendant sont intégrés dans l'entreprise mais la négociation collective contingente les deux publics. En effet, travailleurs salariés et travailleurs sous statut indépendants forment dans un premier temps deux catégories qui ne se mélangent pas, jusqu'à ce que la négociation collective crée un *level playing field*[390].

De façon moins microscopique, la directive 2019/1152 adoptée le 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles cherche à attribuer une protection à ceux qui ne sont pas des entreprises mais qui ne reçoivent pas pour autant la qualité de travailleur en droit national[391]. Le § 1 de la section 3 examine cet outil et les raisons de son adoption, dont nous voyons qu'elles reposent sur la création d'une concurrence viable. Le § 2 suggère toutefois que pour construire un *continuum* réglementaire (qui permet l'égalité dans l'exploitation), la négociation collective de travail a un rôle important à jouer.

§ 1. La directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union montre l'objectif de concurrence viable mais avance une approche inadaptée

120. *Un objectif de concurrence viable* - Le texte adopté de la directive 2019/1152 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles ne fait aucune référence à la concurrence. Pourtant, dans l'exposé des motif du texte de la proposition ayant conduit à l'adoption de la directive, on lit que, en l'absence de réglementation, « le risque que la concurrence repose sur une dévalorisation des normes sociales s'en trouve aggravé, ce qui

[390] Voy. par ex. la définition du freelance dans les protocoles d'accord de juin 2016.

[391] S. BORELLI, « Parlons des droits syndicaux des travailleurs '' tout court ''. Réflexions transversales à partir de la situation des travailleurs indépendants de platteforme », *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 109-140 et spéc. p. 122.

a également des conséquences néfastes pour les employeurs – qui sont soumis à une pression concurrentielle intenable – et pour les États membres – qui sont privés de certaines recettes fiscales et cotisations de sécurité sociale »[392]. Le même texte explique que les droits matériels mis en place par la proposition « sont justifiés au niveau de l'Union, étant donné que l'action des seuls États membres à l'égard des formes d'emploi nouvelles et atypiques n'offrirait pas forcément le même niveau de protection en matière de transparence et de prévisibilité et qu'elle risquerait d'accentuer les disparités entre les États membres en les mettant potentiellement en concurrence sur le plan des normes sociales. Les entreprises continueraient ainsi à se concurrencer dans des conditions inégales, ce qui entraverait le fonctionnement du marché intérieur. »[393]. On lit plus loin dans le même exposé des motifs que, grâce à l'adoption de l'instrument, « les employeurs bénéficieraient d'une concurrence plus viable, d'une plus grande sécurité juridique et d'une amélioration générale de la transparence sur les marchés du travail »[394]. En bref, le législateur a souhaité introduire des *minima* transversaux pour éviter une concurrence infinie sur les prix du travail et maintenir un *level playing field*.

121. *Un texte s'appliquant à ceux qui ne sont pas des entreprises* - Par cette initiative, la commission européenne tente de rapprocher les deux mondes, celui des travailleurs salariés et celui de ceux qui ne sont pas des entreprises sans pour autant recevoir la protection attachée au statut de salarié. On lit en effet dans l'exposé des motifs qu'un « niveau élémentaire de protection *universelle* » (nous soulignons) est nécessaire pour « limiter le risque que la concurrence repose sur une dévalorisation des normes sociales »[395]. Comment les autorités européennes ont-elles procédé ? Qui est visé par le texte ? Le considérant 7 de la proposition de directive (devenu le considérant 8 de la directive) renvoie à la jurisprudence *FNV* de la CJUE. Par référence à ce que nous avons expliqué dans la section 2, le champ d'application englobe donc tous ceux qui n'ont pas d'autonomie dans le marché. Autrement dit, la proposition européenne irait flirter avec le monde des vrais indépendants, sans en franchir la limite. La logique sous-jacente est que le travailleur sans réelle autonomie sur le marché doit accéder à des informations relatives à sa rémunération, laquelle peut avoir été préalablement collectivement négociée. Il s'agit d'englober tous les travailleurs dans une réglementation qui

[392] Exposé des motifs de la proposition de directive du 21 décembre 2017 du Parlement et du Conseil relative à des conditions de de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, SWD(2017) 478 final – SWD(2017) 479 final, p. 1.

[393] *Ibid*, p. 7.

[394] Exposé des motifs de la proposition de directive du 21 décembre 2017 du Parlement et du Conseil relative à des conditions de de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, SWD(2017) 478 final – SWD(2017) 479 final, p. 10.

[395] *Ibid*.

se veut universelle, en ce compris ceux qui sont considérés comme indépendants par leur droit national et qui bénéficient d'une certaine autonomie dans le marché, quoiqu'insuffisante pour être considérés comme entreprise. Selon la proposition de directive, il serait souhaitable que les individus reçoivent des informations quant à leur relation d'emploi, quel que soit l'arrangement contractuel en droit national.

122. *Un texte prévoyant des protections issues du monde des salariés* - A première vue, les *minima* transversaux portent sur des éléments périphériques de la relation de travail, principalement des éléments d'informations[396]. Prendre au mot le raisonnement de l'arrêt *FNV* lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application et conférer aux travailleurs considérés comme indépendants mais sans réelle autonomie dans le marché une protection inspirée du monde des salariés est-il cohérent ? Lors de la journée d'étude organisée le 28 mars 2018 au Comité économique et social européen[397], des participants à la discussion ont avancé qu'il est incohérent d'étendre les protections conçues initialement pour des travailleurs salariés aux travailleurs considérés comme indépendants par le droit national[398]. L'exemple des heures supplémentaires est frappant. Les travailleurs

[396] La directive introduit notamment des exigences minimales concernant l'information sur les éléments essentiels de la relation de travail et les conditions de travail, dont des informations concernant : la durée et les conditions de la période d'essai ; le droit à la formation ; les modalités concernant les heures supplémentaires et leur rémunération ; les informations essentielles sur la détermination des plannings de travail variables, afin de tenir compte de l'augmentation de ces formes d'organisation du travail, comme le travail occasionnel, les contrats «zéro heure» ou le travail dans l'économie collaborative ; les informations sur le ou les systèmes de sécurité sociale percevant des cotisations.

[397] Cette journée organisée au Comité économique et social européen est le fruit d'une collaboration entre les équipes de droit social de l'Université libre de Bruxelles, de l'Université catholique de Louvain et de l'université Saint – Louis Bruxelles et du Conseil économique et social de la Région de Bruxelles-Capitale. Elle s'intitulait « Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants ». Parmi les 92 participants à la journée d'étude, 32 ressortaient au monde universitaire, 27 représentaient les travailleurs, 18 étaient fonctionnaires et 5 étaient issus d'organisations représentatives d'employeurs. Neuf avocats, dont on ne sait s'ils étaient mandatés, ont également participé à la journée d'étude. Les représentants des travailleurs appartenaient aux trois syndicats représentatifs belges ou à des organisations néerlandaises, françaises ou européennes. Les fonctionnaires publics étaient rattachés à des institutions régionales, fédérales, européennes ou internationales. Certains d'eux provenaient des secrétariats de la concertation sociale, d'autres de ministères (au sens large) et d'autres encore d'organismes de sécurité sociale. Six consultants externes ont également participé à la journée.

Sur les méthodes de délibération utilisées, *voy.* J.-B. MAISIN, « Sonate en trois mouvements sur le droit de négociation collective des travailleurs indépendants et l'interdiction des accords sur les prix » *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 295-296 ; S. KANER, *Facilitator's Guide to Participatory Decision-Making*, Indianapolis, Wiley, 2014.

[398] Les participants ont échangé leurs opinions au sujet des enjeux et des pratiques nationales afin de mieux protéger les travailleurs considérés comme indépendants mais sas réelle autonomie dans le marché. Il a été avancé que la proposition

considérés comme indépendants par le droit national ont souvent des conditions de travail particulières. Pour faire référence à l'examen des freelances chez Sanoma, nous avons expliqué que la flexibilité concerne davantage les journalistes indépendants[399]. L'encadrement de l'organisation du travail peut donc difficilement être copié sur celui des travailleurs salariés. Cette faiblesse ne se trouve-t-elle pas en germe dans la proposition européenne ? En effet, le monde du travail n'est pas une sphère étanche et facilement distinguable de l'ensemble qui rassemble les entreprises. Là où le droit souhaite tracer des limites, il existe dans la réalité un *continuum*, depuis le travailleur le moins autonome jusqu'à celui présentant la plus grande autonomie[400]. Avoir recours au champ d'application tel que défini dans l'arrêt *FNV* aurait comme conséquence d'englober, des travailleurs qui – économie digitale oblige – jouissent d'une certaine marge de manoeuvre pour organiser leur travail, même s'ils n'ont certainement pas celle de se mouvoir de façon autonome sur le marché. Est-il pertinent de les informer quant aux modalités de rémunération des heures supplémentaires ? Un vaste pan du monde des travailleurs salariés fonctionne déjà par le management par objectif et néglige cet aspect[401]. En définitive, pour mettre en place un continuum réglementaire, venant lécher la limite poreuse de la sphère des travailleurs réellement indépendants, le réflexe tendant à se focaliser sur les modalités d'organisation du travail salarié semble incongru.

Pourtant, l'idée d'un continuum réglementaire semble présenter une cohérence. D'une part, nous le disions en introduction, les travailleurs ont besoin que les standards qu'ils ont négociés ne soient pas fragilisés par

législative introduit des notions qui appartiennent au monde des travailleurs salariés, comme les heures supplémentaires. A ce sujet, certains participants ont douté de la pertinence d'un tel encadrement réglementaire, dès lors qu'il n'est pas conforme à la réalité des travailleurs concernés. Des participants ont soulevé à nouveau cette question des heures supplémentaires, de même que les autres éléments de la liste de la proposition législative, en indiquant qu'ils ne répondent pas à la spécificité du travail des travailleurs considérés comme indépendants par le droit national. Ils ont indiqué que, afin d'améliorer leur condition, des discussions avec les organisations de terrain représentatives doivent être menées préalablement. A ce propos, des participants ont soulevé la question de la représentativité des syndicats, un syndicat de travailleurs salariés pouvant difficilement parler au nom des travailleurs considérés comme indépendants par le droit national. D'autres participants ont mis en avant que des discussions collectives entre des travailleurs considérés comme indépendants par le droit national et donneurs d'ordre existent, notamment dans le secteur du journalisme. Mais il semblerait que, plus qu'une discussion, une négociation soit nécessaire.

[399] Voy. *Supra*, section 1, sous-section 1, § 1. Profil socio-économique des travailleurs.

[400] N. COUNTOURIS, « The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope », *ILJ*, 2018, pp. 192-225, spéc. p. 197.

[401] Voy. François PICHAULT, qui utilise la formule de *travailleurs au projet* (D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, p. 33).

des entreprises ou des indépendants à qui ils ne s'appliquent pas. Surtout, nous avons mis en avant dans la parie I que les entreprises « réclament à corps et à cri l'égalité des conditions de concurrence, c'est-à-dire les mêmes bornes à l'exploitation du travail »[402]. Puisque l'extension des protections entourant les conditions de travail et issues du monde des salariés est inapproprié, est-il possible d'imaginer un autre champ réglementaire ?

§ 2. La proposition d'un socle de prix défini par la négociation collective permet de mieux rencontrer l'objectif de concurrence viable

123. *Le paiement, un élément commun au salariés et aux indépendants* - Lorsque les conditions de travail éloignent par définition un salarié d'un travailleur qui, sans bénéficier d'une autonomie dans le marché, est considéré comme indépendant, un élément essentiel les rapproche. De fait, tous deux fournissent des prestations en contrepartie d'une somme d'argent. Du côté du travailleur, l'article 20 de la loi sur le contrat de travail impose à l'employeur de payer la rémunération[403]. Le contrat d'entreprise est quant à lui habituellement défini comme le contrat par lequel une personne, l'entrepreneur, s'engage à effectuer un travail indépendant (un acte matériel) au profit de son cocontractant (le maitre de l'ouvrage) sans représenter celui-ci, moyennant l'engagement réciproque de lui payer un prix[404]. Cet élément commun, appelé rémunération d'une part et prix de l'autre, recouvre-il la même réalité ?

Prix, rémunération, s'agit-il du même concept, jouée dans deux contextes différents ? Nous nous permettons d'en douter. L'entrepreneur assume de nombreuses charges inconnues du travailleur. Il en va pour commencer de la responsabilité vis-à-vis des tiers, fondée sur le droit commun du Code civil pour l'entrepreneur et limitée au dol, à la faute lourde et à la faute légère si celle-ci présente un caractère habituel plutôt qu'accidentel dans le chef du travailleur[405]. Nous avons vu plus haut que l'absence de responsabilité est un signe de la qualité de

[402] K. MARX utilise l'exemple de fabricants de clous et de chaines à Bristol et il précise alors que l'égalité ne vise pas seulement l'égalité dans les conditions de production, mais aussi le respect par tous de conditions d'exploitation ne conduisant pas, par un travail en dehors des heures, à « l'épuisement de la force de travail ». K. MARX, *Le Capital,* Livre 1, Paris, Quadrige, PUF, 1991, pp. 551-552.

[403] L. du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

[404] M.A. FLAMME, PH. FLAMME, A. DELVAUX, F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise, Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Bruxelles, Larcier, pp. 21-22.

[405] Art. 1384, al. 3, C. civ. ; art. 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

travailleur et que le droit de la concurrence y reconnait un critère conduisant à reconnaître un agent[406]. Plus encore, le coût lié aux instruments de travail est supporté par l'entrepreneur, alors que l'employeur met à la disposition du travailleur les instruments et les matières nécessaires à l'accomplissement du travail[407]. La différence est encore frappante en matière de formation : d'un côté la *long life learning* organisée par l'employeur, parfois même co-gérée avec les représentants des travailleurs (nous renvoyons au cas d'étude 4 sur ce sujet)[408], alors que l'entrepreneur supporte seul le fardeau de se maintenir à la page, même s'il est de plus en plus partagé avec les autorités publiques[409]. En définitive, si la somme d'argent versée en contrepartie de la fourniture des prestations traverse les mondes des travailleurs et des indépendants, elle recouvre bien plus d'éléments dans ce dernier.

La conclusion selon laquelle l'élément financier apparait tant chez le travailleur que chez l'indépendant mais que le prix couvre plus de coûts que la rémunération nous conduit à une réflexion : pour une prestation identique, ou pour un prestation d'une même durée, il est économiquement impossible que le prix soit inférieur à la rémunération. Une entreprise, lorsqu'elle facture ses services, doit inclure les frais encourus par la formation de sa force de travail, par le risque lié à la responsabilité vis-à-vis des tiers ou encore au coûts des outils de travail. Les rémunérations versées ne pourront jamais être identiques aux montants facturés, parce qu'il aura fallu au préalable défalquer les montants liés aux charges susmentionnées. Ce raisonnement *a priori* infaillible offre une alternative séduisante à l'initiative européenne en matière de conditions de travail prévisibles et transparentes. Là où il sera toujours bancal d'exiger que le maitre de l'ouvrage propose le même encadrement que l'employeur, il est certain qu'il doit fournir au moins une somme d'argent équivalente. Le socle commun aux travailleurs et aux travailleurs considérés comme indépendants par le droit national pourrait dès lors correspondre à un prix minimal, correspondant à la rémunération négociée collectivement par les travailleurs.

---

[406] Dans notre examen croisé de la loi de décembre 2006 et des lignes directrices relatives aux restrictions verticales, nous avons mis en avant que les deux textes mobilisent le même critère quand ils font valoir que l'absence de responsabilité et de pouvoir de décision concernant les actifs de l'entreprise entraine, d'une part, l'inapplicabilité de l'article 101, § 1er et, d'autre part, l'attribution probable de la qualité de travailleur.

[407] Art. 20 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

[408] Voy. *infra*, Cas 4. Création d'organismes sectoriels de formation.

[409] Le reclassement professionnel, qui est un ensemble de mesure à charge de l'employeur permettant au travailleur de retrouver plus facilement un nouvel emploi est un exemple saisissant, puisqu'on imagine très mal imposer ce coût au maître d'ouvrage. Sur le reclassement professionnel, voy. *infra*, Cas 4. Création d'organismes sectoriels de formation.

124. *Le rôle de la négociation collective dans la fixation du socle de prix* - Le raisonnement consistant à suggérer d'établir des prix *minima* pourrait faire sursauter un juriste de droit de la concurrence[410]. L'idée n'est pourtant pas tout à fait absente de l'histoire législative européenne. La Haute Autorité de la Communauté Economique du Charbon et de l'Acier disposait de prérogatives larges en matière de contrôle des prix. L'article 61 du Traité CECA lui permettait de fixer des prix minima ou maxima. L'article 60 précisait que la fixation de prix contraires aux objectifs de la Communauté, dont le relèvement des niveaux de vie est le plus emblématique, sont interdits. La Haute Autorité était en rapport direct avec les entreprises charbonnières et sidérurgiques : elle contrôlait de près certains aspects de leur activité (salaires, prix), elle pouvait stimuler et coordonner leur investissements[411]. Si les dispositions spécifiques aux prix ont disparu avec le traité CECA, les traités actuels ne démunissent pas la Commission d'une capacité d'action. Un acte d'exécution, pris au titre de l'article 291, deuxième alinéa du traité sur le fonctionnement de l'UE, permettrait d'imposer les prix minima négociés collectivement dans l'Union, à la manière dont le prévoyait le traité CECA[412]. Cette démarche s'apparenterait à une disposition récemment introduite dans la réglementation européenne relative aux marchés publics. En effet, l'article 18 de la directive 2014/24 énonce deux principes prévalant lors de la passation des marchés : le principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence, d'une part, et la nécessité de proposer des prix dans le respect de dispositions sociales et environnementales, en ce compris les conventions collectives de travail d'autre part[413].

Un tel socle réglementaire, s'il offre une garantie de prix aux acteurs économiques se situant quelque part dans la zone grise entre sphère des entreprises et de travail, n'y trouve pas là sa justification. On l'a expliqué, c'est avant tout de la prévention d'un excès de concurrence susceptible de mettre en danger les entreprises et du besoin de large application des rémunérations minimales collectivement négociées revendiqués par les organisations représentatives de salariés qu'il tire sa raison d'être. Le traité CECA prévoyait des consultations préalables avec les Gouvernements, les divers intéressés (entreprises, travailleurs, utilisateurs et négociants) et

[410] En février 2017, l'autorité néerlandaise de la concurrence (*Autoriteit Comsument & Markt*) explique par exemple que les tarifs minimaux au bénéfice des indépendants tombent sous l'interdiction des cartels. *Autoriteit Comsument & Markt,* « Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's », Leidraad, 24 février 2017. *A contrario* et plus récemment, la même autorité invite à analyser les mêmes situations avec plus de prudence (« Price arrangements between self- employed workers », lignes directrices publiées le 26 novembre 2019).

[411] G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10e ed., Paris, Broché, 2012, p. 455.

[412] J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne,* 4e ed., 2004, p. 450, n° 765.

[413] S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3e éd., vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014, p. 264.

leurs associations, le Comité Consultatif ainsi que des experts[414]. Dans la logique économique que nous avons présentée, et puisqu'il s'agit d'une de ses *ratio* legis, le résultat ne pourrait être en-deçà du montant issu de la négociation collective salariée.

En synthèse, le présent paragraphe a démontré que l'objet de la réglementation peut difficilement porter sur des éléments d'organisations du travail, ceux-ci distinguant par définition un travailleur salarié d'un travailleur sous considéré comme indépendant. Par contre, là où leurs conditions de travail les séparent, un élément les rassemble : la contrepartie de la prestation, rémunération dans un cas et prix dans l'autre. Nous avons toutefois montré que pour une même prestation, le prix est toujours plus élevé que la rémunération. Nous concluons alors que les prix pratiqués devraient toujours respecter la rémunération minimale définie par la négociation collective. Il en découle que la négociation collective de travail a alors un rôle important à jouer dans la définition du *level playing field*, puisque c'est la technique utilisée pour définir collectivement le niveau de rémunération est utile à la mise en place d'un *continuum* réglementaire nécessaire à une concurrence viable entre entreprises.

Conclusion du cas d'étude 1

125. Où se trouve la négociation collective des travailleurs indépendants ? Notre intuition, qui a été examinée au cours du premier cas d'étude, est que la négociation collective de travail est autant au cœur du droit de la concurrence que réciproquement. Non seulement le droit de la concurrence définit ceux qui peuvent conclure des accords collectifs sur les prix mais, également, ceux-ci sont déterminants pour définir une concurrence viable au bénéfice des entreprises.

Dans la section 1, nous avons montré – alors que nombre d'auteurs de droit du travail recherchent avec ardeur un concept autonome de travailleur titulaire du droit de négociation collective – qu'en examinant au cœur du droit de la concurrence la notion d'entreprise et l'autonomie qu'elle présuppose, on identifie ceux qui peuvent négocier collectivement des accords sur les prix. Tous ceux qui ne bénéficient pas de la liberté de définir leur comportement et leurs stratégies sur un marché donné, même s'ils n'ont pas la qualité de travailleurs, peuvent négocier collectivement, en ce compris les tarifs. Le risque, et la question de savoir quel acteur économique supporte ses différentes déclinaisons, semble être un indice important de l'autonomie d'un agent sur un marché, tant pour la Cour de justice que pour le législateur belge. Comme le récit de Sanoma l'a montré, l'intégration dans une entreprise est par ailleurs un marqueur utilisé par les organisations de travailleurs pour identifier les travailleurs sous statut indépendant dont elles souhaitent défendre les intérêts en priorité.

[414] Traité CECA, art. 46, al. 1er.

Dans la section 2, après avoir identifié la volonté du législateur européen d'établir une meilleure protection pour tous ceux qui ne bénéficient pas d'une autonomie dans le marché, nous avons relevé une double difficulté. D'abord, (a) la transition entre la sphère des entreprises est celle des travailleurs est floue. Elle donnerait du fil à retordre à qui voudrait discerner précisément un champ d'application. L'examen de la pratique de Sanoma, dans le premier volet, a montré que les tentatives de contingentement des publics indépendants et salariés n'ont pas tenu bon ; la négociation collective a préféré *in fine* établir des conditions de licenciement identiques. Ensuite, (b) cette même transition progressive d'un monde à l'autre, variété infinie consubstantielle au réel, rend peu pertinente l'extension de règles héritées du fordisme. Informer un *freelance* à qui un projet est confié au sujet de son horaire de travail n'a pas de sens. Pour ces deux raisons, nous avons plaidé qu'une régulation devrait porter sur un élément transversal, s'il pouvait exister. De façon plus systématique, il est apparu que les deux mondes partagent un trait : la contrepartie de la prestation, appelée prix ou rémunération. Il s'est d'ailleurs révélé, et nous serions heureux d'entendre des économistes l'infirmer ou le confirmer, que pour un même travail ou une même durée, cette somme d'argent, lorsqu'elle est convenue entre plusieurs entreprises, ne pourrait jamais être inférieure à celle de la rémunération d'un employé. Nous avons donc plaidé que le socle transversal de régulation détermine les prix, au niveau minimum de ce que la négociation collective de travail définit pour la rémunération. C'est la direction qui a été choisie dans l'enreprise Sanoma, où l'encadrement collectif de la rupture de la relation avec les travailleurs sous statut indépendant prend une forme financière. Au juriste, à juste titre attaché à la libre concurrence, venu froncer les sourcils, nous avons rouvert la page d'un temps, pas si éloigné, où le traité CECA conférait à une Haute Autorité la tâche de contrôler et, parfois, de déterminer les prix, notamment pour garantir la concurrence. En définitive, le droit de la concurrence détermine donc ceux qui peuvent négocier collectivement et conclure des accords sur les prix, et il serait souhaitable que ces derniers définissent, en retour, par voie d'accords collectifs, certains prix minima du libre marché.

126. La formule habituelle de l'OIT selon laquelle le travail n'est pas une marchandise, que l'on retrouve initialement dans le *Clayton Act*, un des textes principaux de l'antitrust américain, prend alors un autre sens. Elle serait une note de passage, un lien entre les deux mondes. Elle inviterait, à la façon de l'opinion du Juge Frankfurter de la Cour suprême étasunienne, de juger de la légalité de l'action syndicale en ayant égard tant au droit collectif du travail qu'au droit de la concurrence, de façon entrelacée[415]. En retour, la négociation collective de travail,

[415] "Therefore, whether trade union conduct constitutes a violation of the Sherman Law is to be determined only by reading the Sherman Law and 20 of the Clayton Act and the Norris-LaGuardia Act as a harmonizing text of outlawry of labor conduct. [312 U.S. 219, 232] Were then the acts charged against the defendants prohibited or permitted by these three interlacing statutes?", Cour suprême des Etats-Unis, U.S. v. Hutcheson (1941), n° 43, jugé le 3 février 1943. L'entrelacement

un outil nécessaire au fonctionnement du marché, s'intègre dans le droit de la concurrence puisqu'elle participe à la définition des prix. Les trois cas d'étude suivants vont développer l'idée selon laquelle il faut considérer la négociation collective de travail comme une branche des règles de la concurrence.

entre le droit du travail et le droit de la concurrence est également suggéré par A. JEAMMAUD (« La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 377).

Cas 2. Désignation du réviseur d'entreprises

127. *Plan de l'étude de cas* - La deuxième étude de cas montre que, dans un hôpital du secteur privé, les modifications successives de la réglementation européenne relative aux marchés publics ont étendu le champ des obligations de mise en concurrence. Si bien que la désignation du réviseur d'entreprises, cet expert qui a la mission de certifier les chiffres comptables de l'entreprise et d'en fournir l'explication aux membres travailleurs du conseil d'entreprise, est tombée dans le champ d'application de la directive relative aux marchés publics. La section 1 de l'étude de cas décrit le rôle du réviseur et la procédure spécifique de droit belge applicable à sa désignation, inscrite dans le Code des sociétés et des associations. A cette occasion, nous présentons une situation en particulier, celle de l'hopital Jolimont, où la procédure des marchés publics supplante celle prévue par le Code des sociétés et des associations. La section 2 analyse le droit européen applicable, en partant du droit des marchés publics. Nous analysons alors la position des acteurs en la matière, particulièrement l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE) et les modifications réglementaires récentes. Au cours de la section 3, nous nous demandons si les solutions choisies par la pratique – appliquer les directives relatives aux marchés publics à la sélection du réviseur – sont conformes avec les missions dont il est investi par la loi. Nous expliquons que, selon nous, un autre régime de droit européen s'applique à la sélection du réviseur, avec pour conséquence de faire tomber cette matière en dehors de la réglementation relative aux marchés publics. Si la désignation du réviseur d'entreprise n'est pas soumise au droit dérivé des marchés publics, elle doit toutefois respecter les obligations de transparence issue des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 54 du TFUE. L'application des règles de droit primaire invite alors à chercher une voie de conciliation, à la façon suggéré par la Cour (même si le cas d'étude 1 a déjà montré que la relation entre les règles nécessaires au fonctionnement du marché et la négociation collective de travail sont plus complexes que le registre des intérêts respectifs). Des comparaisons avec des réglementation similaires et le rappel de la nature de la mission du réviseur d'entreprise nous amènent *in fine* à suggérer une application limitée des règles de mise en concurrence à la sélection du réviseur d'entreprises.

D'emblée, il est utile de préciser que ce cas d'étude ne met pas en conflit la négociation collective de travail, d'une part, avec le droit de la concurrence, d'autre part, mais plutôt la négociation collective de travail, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part. Ce cas d'étude présente malgré tout une pertinence sur le plan juridique parce que les règles imposant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure découlant des articles 18, 49 et 54 du TFUE que nous tentons de concilier avec le droit fondamental de négociation collective sont les mêmes que celles qui s'appliquent dans les cas d'étude 3 et 4, là par le truchement de l'article 106 du TFUE.

Le texte de ce deuxième cas d'étude a été en grande partie publié dans la revue Contrats et Marchés Publics en janvier 2018[416].

Section 1. Présentation et description du conflit

128. *Plan de la section* - Dans la sous-section 1, nous revenons sur le rôle du réviseur d'entreprise et le contexte de 1948 dans lequel sa mission a été créée. A cette occasion toutefois, nous expliquons en filigrane que les règles du marché intérieur prennent le pas sur l'esprit du législateur de 1948. La sous-section 2 détaille ensuite la traduction de cette volonté législative : nous examinons les règles prévoyant la désignation du réviseur d'entreprises, contenues dans le Code des sociétés et des associations et consacrant l'implication des représentants des travailleur dans cette procédure. Enfin, dans la sous-section 3, nous montrons comment, en pratique, la réglementation relative aux marchés publics supplantent les règles du Code des sociétés et des associations.

Sous-section 1. Le réviseur d'entreprises, un acteur indépendant qui reçoit la confiance des travailleurs

129. *Les réviseurs d'entreprises sont au service des conseils d'entreprise* - Dans l'élan législatif qui a prévalu en 1948 et auquel nous avons fait référence dans la partie I de la thèse, le souhait était que les travaux de la commission spéciale qui ont abouti à la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie (la loi qui institue les conseils d'entreprise) incluent également les règles comptables et de permettre leur compréhension par les représentants des travailleurs, grâce à l'aide des réviseurs d'entreprises[417]. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Belgique ne dispose en effet d'aucune norme comptable[418]. Le rapport de la commission spéciale explique que « la loi sur l'enregistrement comptable, en imposant aux entreprises un plan comptable, comportera les éléments d'investigation pour les Conseils d'entreprises permettant à ceux-ci d'être informés des résultats d'exploitation »[419]. L'exposé des motifs ajoute que « lorsque les deux importantes réformes, actuellement en cours d'élaboration et tendant à l'institution de réviseurs

[416] J.-B. MAISIN, « Nomination du réviseur d'entreprise : la réglementation relative aux marchés publics en conflit avec l'exercice des compétences du Conseil d'entreprise. Les voies de la conciliation », *Marchés et Contrats publics/Overheidsopdrachten en -Overeenkomsten (M.C.P. - O.o.O.)*, 2018, pp. 477-498.

[417] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 1, Les travaux législatifs belges consécutifs à la seconde guerre mondiale : l'exemple de la commission spéciale.

[418] K. CERRADA, Y. DE RONGE, M. DE WOLF, M. GATZ, *Comptabilité et analyse des états financiers*, Bruxelles, De Boeck, 2011, p. 54.

[419] Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1947-1948, n° 511, p. 45.

d'entreprise et à l'instauration d'un enregistrement comptable type, seront consacrées par la législation, elles pourront s'intégrer dans le système établi par le projet [sur le conseil d'entreprise] pour lui assurer une complète souplesse et une entière efficacité »[420]. Nous l'expliquions dans la partie I : La comptabilité des entreprises ne bénéficie *in fine* pas de l'élan législatif de 1948 ; l'adoption des obligations comptables, en 1976, repose finalement sur la « mise au diapason du droit belge au régime qui, demain, sera applicable à l'ensemble de entreprises de la communauté européenne »[421]. Comme nous l'avons montré, les objectifs de démocratisation de l'entreprise laissent progressivement la place aux règles de réalisation du marché intérieur[422]. Nous expliquons en effet dans la section 2 que la désignation du réviseur d'entreprise est aujourd'hui considérée par le droit européen comme un marché de services classique[423]. Le président de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE) a regretté cette évolution qui « part du postulat que le choix du commissaire (le réviseur) équivaut à la sélection d'un fournisseur quelconque ». Fidèle à l'esprit des travaux de 1948, le président de l'Institut regrette « l'estompement, voire la disparition du caractère *intuitu personae* (ou à tout le moins *intuitu firmae*) de la nomination [du réviseur] »[424].

Comme l'avance l'Institut des réviseurs d'entreprises, la mission d'un commissaire réviseur ne peut être considérée comme un marché de services parmi tant d'autres. C'est une mission d'intérêt public, encadrée

[420] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1947-1948, n° 50, p. 15.

[421] Projet de loi relatif à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1974-1975, n° 621, p. 2. Bien que l'exposé des motifs au Sénat débute par une référence à l' « *harmonie des relations sociales* », cette préoccupation est écartée pendant les 16 pages suivantes et tous les travaux législatifs, *Doc. parl.*, Sén., 1974-1975, n° 436.

[422] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 1, Les travaux législatifs belges consécutifs à la seconde guerre mondiale : l'exemple de la commission spéciale.

[423] M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *Rev. Dr. Santé*, 2009-2010, pp. 268-279.

[424] *M. DE WOLF*, « Editorial », *T.A.A*, 2011, p. 3.

par la loi[425]. Son rôle est de certifier l'image comptable que la société donne à ses partenaires. Elle nécessite une indépendance[426].

130. *Quatre missions principales* - De façon synthétique, le Code des sociétés et des associations confie quatre missions au réviseur d'entreprises :

- faire rapport au conseil d'entreprise sur les comptes annuels et sur le rapport de gestion ;
- certifier le caractère fidèle et complet des informations économiques et financières transmises ;
- analyser et d'expliquer à l'intention particulièrement des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs, les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise, quant à leur signification relative à la structure financière et à l'évolution de la situation financière de la société;
- le cas échéant, combler les lacunes[427].

Il faut comprendre de la loi que le commissaire réviseur est l'acteur indépendant qui doit permettre aux membres du conseil d'entreprise de bénéficier d'une information fidèle et complète quant à la santé financière leur entreprise, année après année, et de la *comprendre*[428]. De fait, la troisième mission du réviseur d'entreprises à l'égard du conseil d'entreprise consiste à analyser et expliquer les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise aux membres du conseil d'entreprise élus par les travailleurs. Le réviseur mène par là une véritable mission d'ordre pédagogique au sujet de la signification des

[425] *M. De Wolf*, « Editorial », *T.A.A*, 2011, p. 3. La même opinion est répétée dans une carte blanche publiée le 12 novembre 2020 et signée par le Président de l'IRE, https://www.lalibre.be/debats/opinions/comment-rendre-plus-interessants-et-plus-clairs-les-chiffres-presentes-aux-conseils-d-entreprises-5fad39e17b50a6525b32c1ac (16 novembre 2020).

[426] J. Malherbe, Y. De Cordt, P. Lambrecht, P. Malherbe, *Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge*, troisième édition, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 273. La loi insiste à de nombreuses reprises sur ce point. Voy. par ex. C. soc. et ass., art. 7:99 ; C. soc. et ass., art. 3:58, 3:72.

[427] C. soc. et ass., art. 3:83. Dans ce sens : Z. Gallez, G. Van Gyes, Y. De Cordt, P.-P. van Gehuchten, Le rôle du réviseur d'entreprise à l'égard du Conseil d'entreprise - De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 112.

[428] Z. Gallez, G. Van Gyes, Y. De Cordt, P.-P. van Gehuchten, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 113.

informations économiques par rapport à l'évolution de la situation financière de la société [429]. La mission du réviseur est une pierre angulaire de la démocratie économique dans l'entreprise[430]. C'est en effet dans la loi portant organisation de l'économie qu'il est fait pour la première fois mention, dans un texte législatif, de la mission du réviseur d'entreprises[431]. En effet, les travaux parlementaires de l'après-guerre, lesquels donnent un rôle important aux organes représentatifs, indiquent qu' « à peine de n'être point efficace, une telle collaboration implique une contrepartie. Pour pouvoir s'intéresser au rendement du travail, pour pouvoir participer utilement à la gestion de l'entreprise, les travailleurs doivent être exactement informés des éléments essentiels relatifs à la marche de l'entreprise »[432]. L'information doit être certifiée et complète[433]. Elle doit aussi être expliquée[434]. Ce rôle est aussi consacrée par le droit européen[435].

131. *Un acteur indépendant qui reçoit la confiance des travailleurs* – La mission du réviseur nécessite une indépendance à l'égard de l'entreprise et une confiance de la part des membres du conseil d'entreprise choisis par les travailleurs. Dans les documents parlementaires relatifs à la proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, l'exigence de confiance est affirmée trois fois en quatre pages[436]. La jurisprudence l'a prise en compte à plusieurs reprises[437]. En 1972, le Conseil central de l'économie a

[429] C. soc. et ass., art. 3:83, 3° ; Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, *op. cit.*, p. 114.

[430] M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 344.

[431] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, Le rôle du réviseur d'entreprise à l'égard du Conseil d'entreprise - De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., 2010, p. 6.

[432] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 50, pp. 14-15.

[433] Prop. de L. modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1950-1951, n° 501 p. 3.

[434] J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge, op. cit., p. 274

[435] Voir « les experts qui les assistent éventuellement » prévus par l'article 6, 1) de la Dir. 2002/14/EC du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne**,** J.O.U.E., *n° L 080, 23 mars 2002, pp. 29-34.*

[436] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1950-1951, n° 501, pp. 1-6.

[437] Prés. Com. Malines, 10 mai 1986, R.D.C., 1986, p. 616 (« Il est indispensable qu'il règne un climat de confiance à l'égard du conseil d'entreprise et plus particulièrement à l'égard des délégués des travailleurs, et ce dans l'intérêt de la société, qui constitue une collectivité d'actionnaires et de travailleurs ; en l'occurrence, cette confiance n'est pas présente pour des raisons qui tiennent à la candidature de monsieur Peeters, nommé dans deux autres entreprises constituant avec la requérante une unité technique d'exploitation ; et qui tiennent également à une certaine défiance à l'égard de monsieur

également eu l'occasion de dire l'importance de cette confiance des travailleurs, « laquelle est indispensable à l'accomplissement de la mission du réviseur »[438]. Cette exigence est répétée à l'occasion du projet de loi relatif à la réforme du révisorat d'entreprise, lequel prévoit un « droit de présentation » du conseil d'entreprise[439]. Comme nous le verrons, ce droit prend la forme du pouvoir de codécision de ce dernier[440].

L'indépendance requise par la fonction est garantie par de nombreuse règles, adoptées dans la foulée des travaux de la commission spéciale évoquée plus haut[441]. Elles prévoient les incompatibilités de la fonction de réviseur avec d'autres fonctions, des règles encadrant sa rémunération ou d'autres qui permettent à l'employeur de le révoquer uniquement pour des justes motifs[442]. De fait, le principe d'indépendance, inhérent à la profession de réviseur d'entreprises exclut que le donneur d'ordre apprécie un éventuel défaut d'exécution des travaux du commissaire et lui inflige des sanctions. Ceci placerait le réviseur dans un lien de dépendance par rapport au donneur d'ordre, or le réviseur « devra parfois se distancer de son client, voire entrer en conflit avec lui en formulant des réserves ou en refusant de certifier les comptes dans l'intérêt des tiers »[443].

Berger, dont on craint qu'en raison de ses relations avec la direction, il ne communiquera pas l'information requise » traduction) ; Prés. Com. Bruxelles, 27 sept. 1989, *Soc. Kron.*, 1990, p. 31 ; Prés. Com. Bruxelles, 21 déc. 1990, *T.R.V.*, 1992, p. 49 (« Même s'il est professionnellement très compétent, loyal et objectif, il subsistera un malaise dès l'instant où le réviseur d'entreprises ne réussit pas à inspirer la confiance aux représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise. Dans ces circonstances, il s'impose de désigner un autre réviseur ») ; Anvers, 3 mai 1993, *R.G.*, 1544/92 (« Compte tenu de sa mission, le commissaire-réviseur doit bénéficier de la confiance des différentes parties. L'absence de confiance dans le chef des délégués des travailleurs au sein du conseil n'a pas besoin d'être démontrée par des faits concrets »).

[438] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, Le rôle du réviseur d'entreprise à l'égard du Conseil d'entreprise - De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 9 ; C.C.E., Avis du 12 juill. 1972, 1972/433, p. 13.

[439] *Doc. parl.*, 1982-83, n° 552/35, p. 3.

[440] *Voy. infra* n° 22 et s.

[441] Comme la L. du 1er déc. 1953 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, *M.B.*, 16 déc. 1953.

[442] Art. 3:65, 3:66, C. soc. et ass. Dans le même sens : Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., pp. 66 et s. ; B. TILLEMAN, Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération, Bruges, la Charte, 2007, p. 44 ; M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, La société et son commissaire - Cas pratiques, Etude IRE, 2004, www.ibr-ire.be, p. 54.

[443] B. TILLEMAN, Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération, op. cit., p. 42.

132. *Une fonction d'ordre public* - Lorsque le réviseur d'entreprises fait une déclaration au sujet des comptes annuels, il remplit en outre une fonction d'ordre public[444]. Les dispositions du Code des sociétés et des associations concernant la nomination, la rémunération, la démission et la révocation, les compétences et la responsabilité d'un réviseur d'entreprises sont considérées comme étant d'ordre public, ladite fonction intéressant particulièrement les tiers[445].

En conclusion, le réviseur est un rouage fondamental de la démocratie économique. Sa mission a été pensée en 1948 vis-à-vis de l'organe représentatif de l'entreprise et, il est lié aux membres travailleurs de celui-ci par une relation personnelle, *intuiti personae*. Il leur permet d'acquérir une capacité de compréhension et d'action. Les documents législatifs et la jurisprudence mettent en avant la confiance que doivent éprouver les membres travailleurs de l'organe représentatif envers l'expert externe et son indépendance. Le législateur national, comme l'organe consultatif national, ont répété cette conception en 1972. D'ailleurs, les règles entourant la désignation du réviseur sont précisément établies par le Code des sociétés et des associations. Nous les examinons dans la sous-section 2.

Sous-section 2. La procédure de sélection du réviseur définie par le Code des sociétés et des associations

133. *Un procédure applicable dans les associations à partir de 100 travailleurs* - Le Code des sociétés et des associations contient plusieurs dispositions qui encadrent la nomination du réviseur. Cette nomination revêt dans bien des cas un caractère obligatoire. De fait, les sociétés dont la responsabilité des associés est limitée doivent procéder à la nomination d'un réviseur commissaire[446]. En ce qui concerne les associations sans but lucratif, les critères qui déterminent le caractère obligatoire de la mission du réviseur sont différents. Parmi eux se trouve le seuil de 100 travailleurs. Ce seuil, inscrit au départ dans la loi du 27 juin 1921 trouve sa raison d'être dans le seuil identique pour la mise en place d'un conseil d'entreprise[447]. La règle provient la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises. La contextualisation historique *supra* a pourtant indiqué que la comptabilité des entreprises a échappé aux travaux de la commission spéciale de 1948 et que les

[444] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1982-1983, n° 552/35, p. 24. Ce point est relevé par H. BRAECKMANS, « de benoeming van de commissaris-revisor : nieuwe rechtspraak », *R.W.*, 1987, p. 1798.

[445] M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, *La société et son commissaire - Cas pratiques*, *op. cit.*, p. 25.

[446] J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge, op. cit., p. 275.

[447] L. du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, *M.B.*, 1er juillet 1921, art. 17, § 5.

travaux parlementaires de 1975 ont fait peu cas des relations sociales en entreprise. Toutefois, huit ans plus tard, cette préoccupation réapparait brièvement : la loi du 1er juillet 1983 modifiant la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises introduit le seuil de 100 travailleurs[448]. Le rapport de la commission parlementaire, lequel traite en très grande partie de « l'adaptation de la loi à la quatrième directive de la C.E.E. dans le domaine du droit des sociétés » justifie le seuil « vu que, à partir de 100 travailleurs, un conseil d'entreprise doit être créé »[449].

134. *Une co-désignation par les représentants des travailleurs* en trois étapes - Le lien entre le réviseur d'entreprise et le conseil d'entreprise n'est cependant pas limité au domaine d'activité du réviseur. Le Code des sociétés et des associations donne à l'organe paritaire de l'entreprise un rôle important dans la procédure de nomination.

La procédure de nomination du réviseur d'entreprises est régie par les articles 3:58, 3:88 et 3:89 du Code des sociétés et des associations. La durée légale du mandat d'un réviseur est fixée par la loi à un terme minimum et maximum de trois ans renouvelables[450]. L'article 3:58 précise que le commissaire est nommé par l'assemblée générale. L'article 3:88 du Code impose une intervention préalable du conseil d'entreprise dans les entreprises où il en existe un. Le conseil d'entreprise a un véritable pouvoir de codécision[451]. Tant les travaux parlementaires, l'avis du pouvoir exécutif que des commentaires de doctrine sont d'accord sur ce point. En effet, selon les travaux parlementaires, dès lors que le réviseur d'entreprises doit fournir des informations au conseil d'entreprise, il est normal que celui-ci soit en mesure de décider de la désignation de la personne qui doit l'informer[452]. Le Ministre des Affaires Economique a confirmé ce point de vue et a insisté sur le pouvoir de

[448] *M.B.*, 8 juillet 1983.

[449] Proj. de L. modifiant la L. du 17 juill. 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, Rapport de la commission de l'économie, *Doc. Parl.*, Chambre des repr., sess. 1981-1982, n° 103/4, p. 9. L'introduction du seuil dans la L. du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes provient des (longs) travaux parlementaires précédents l'adoption de la L. du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, et *spéc.* de son art. 27, modifié par l'amendement n° 120. L'amendement 120 de M. ISTASSE (*Doc. Parl.*, Sén., sess. 1999-2000, 2-203/8), introduit des critères objectifs, en ce compris le seuil de 100 travailleurs, par référence aux critères de l'art. 12, § 2 de la L. du 17 juillet 1976 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises.

[450] C. soc. et ass., art. 3:66, al. 1er. Dans le même sens : M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, *La société et son commissaire - Cas pratiques*, *op. cit.*, p. 49.

[451] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 276.

[452] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1982-1983, n° 552/35, p. 21.

« codécision » du conseil d'entreprise[453]. A l'occasion d'une chronique de jurisprudence, H. BREACKMANS souligne que le terme codécision est particulièrement bien choisi[454].

Les alinéas premier et deux de l'article 3:88 du Code des société disposent que : « Les commissaires de la société visée à l'article 3:87 sont nommés sur présentation du conseil d'entreprise délibérant à l'initiative et sur proposition de l'organe de gestion et statuant à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs. Lorsque la société est tenue de constituer un comité d'audit en vertu de la loi, la recommandation de l'organe de gestion est émise sur proposition du comité d'audit. Cette dernière est elle-même transmise au conseil d'entreprise pour information. La même procédure est appliquée pour le renouvellement du mandat des commissaires ».

La procédure de nomination peut être décomposée en plusieurs étapes[455] : (1) proposition par l'organe de gestion, (2) délibération et décision du conseil d'entreprise, (3) décision de l'assemblée générale.

Première étape de la désignation. Proposition par l'organe de gestion

135. *Droit de véto du conseil d'entreprise* - La première des trois étapes de la nomination est la proposition par l'organe de gestion. L'organe de gestion joue un rôle important dans la procédure de nomination du réviseur d'entreprises, car c'est lui qui prendra l'initiative de présenter des candidats. C'est donc à l'organe de gestion que revient le droit de proposer initialement des candidats et non au conseil d'entreprise. Le conseil d'entreprise dispose à ce stade d'un droit de véto. Il pourra éventuellement suggérer des candidats lors des négociations avec l'organe de gestion[456]. On admet généralement que l'organe de gestion n'est pas légalement tenu de présenter plusieurs candidats au conseil d'entreprise. Dans un litige soumis au tribunal de Nivelles, le président a fait remarquer que tant le texte de loi que les travaux préparatoires restent muets à ce sujet, ce qui est regrettable vu que « le réviseur d'entreprise a une mission particulièrement importante au sein de l'entreprise et qu'il est indispensable qu'un dialogue fructueux s'établisse entre lui et le conseil d'entreprise »[457].

[453] *Ibid.*

[454] H. BRAECKMANS, « de benoeming van de commissaris-revisor : nieuwe rechtspraak », *op. cit.*, p. 1798.

[455] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 46.

[456] *Ibid*, pp. 50-51.

[457] Prés. Comm. Nivelles, 10 avril 1986, *R.D.C.*, 1986, p. 605.

En vertu de l'article 3:89 du Code des sociétés et des associations, si l'organe de gestion ne présente aucun candidat alors que la nomination du réviseur commissaires est obligatoire, tout intéressé pourra requérir du tribunal de commerce que celui-ci procède à la nomination.

Deuxième étape de la désignation. Délibération du conseil d'entreprise

136. *Un droit d'information spécifique* - La deuxième des trois étapes est la délibération et la décision du conseil d'entreprise. Le livre 4 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations concerne la présentation aux conseils d'entreprises des candidats de commissaire ou de réviseur d'entreprises[458].

Il commence par l'article 4:1, § 1 lequel dispose que : « Le présent livre est applicable à chaque société dans laquelle un conseil d'entreprise doit être institué en exécution de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, à l'exception des institutions d'enseignement subsidiées, sauf accord contraire concernant la procédure de présentation des candidats commissaire ou réviseur d'entreprises, acté dans un procès-verbal trois mois au moins avant la date à laquelle doit intervenir la désignation de commissaire(s) ou réviseur(s) d'entreprises au sein de la société, par l'assemblée générale des actionnaires ou à défaut par l'organe statutaire compétent pour l'administration de la société ou par le chef d'entreprise »[459]. L'article 4:8 du même arrêté royal complète le champ d'application et prévoit la même capacité de l'organe représentatif de déterminer la procédure de présentation des candidats. Dans toute entreprise (entendue tant comme société que comme ASBL), le conseil d'entreprise peut donc déterminer lui-même comment se déroule la procédure de nomination.

A défaut d'un tel accord sur la procédure dans le délai requis, la procédure est définie par les articles 4:2 à 4:8 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations. L'article 4:2 de l'arrêté royal prévoit que le conseil d'entreprise doit avoir délibéré au moins une fois et avoir éventuellement pris une décision à propos des candidatures présentées au moins deux mois avant la date à laquelle doit intervenir la désignation du réviseur d'entreprises au sein de la société. La loi impose donc au moins une réunion du conseil d'entreprise pour discuter au sujet de la proposition de l'organe de gestion[460]. L'article 4:3 de l'arrêté royal prévoit toutefois que si la première réunion du conseil d'entreprise ne donne lieu à aucun accord sur le candidat, il faudra à nouveau délibérer sur la proposition au plus tard lors de la dernière réunion

[458] *M.B.*, 30 avril 2019.

[459] Art. 4:1, § 1er.

[460] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 54.

du conseil d'entreprise précédant la date à laquelle la désignation doit intervenir au sein de la société. Si aucune assemblée ordinaire du conseil d'entreprise n'est prévue avant cette date, il faut convoquer une assemblée extraordinaire du conseil d'entreprise. Au cours de cette nouvelle réunion, l'organe de gestion pourra présenter un ou plusieurs nouveaux candidats.

Afin de pouvoir délibérer en connaissance de cause sur les candidats présentés, la loi octroie au conseil d'entreprise un droit d'information spécifique[461]. En vertu de l'article 4:4 de l'arrêté royal précité, toutes les informations écrites que les candidats ont communiquées à l'organe statutaire compétent pour l'administration de la société doivent être communiquées aux membres du conseil d'entreprise en même temps que les invitations aux réunions. En plus, les membres du conseil d'entreprise doivent recevoir un *curriculum vitae*, ainsi que, si une majorité de délégués des travailleurs le demande, une note comprenant une estimation de l'importance et de la rémunération des prestations à effectuer et une description de leur contenu. Par ailleurs, à la demande des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs, statuant à cet effet à la majorité des voix émises par eux, le réviseur présente au conseil une estimation du volume des prestations requises pour l'exercice de ces fonctions et missions[462].

137. *Modalités du vote de désignation du réviseur* - En vertu de l'article 4:5 de l'arrêté royal, à la demande d'une majorité de délégués des travailleurs du conseil d'entreprise, les candidats sont invités à se présenter à la réunion délibérant sur leur présentation. Le candidat commissaire doit être présent à la réunion à laquelle il est invité.

L'article 3:153 du Code des sociétés et des associations prévoit que les réviseurs d'entreprise sont nommés à la majorité des voix émises par les membres du conseil d'entreprise et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs. La loi requiert donc une double majorité : la majorité de tous les membres du conseil d'entreprise et la majorité des membres nommés par les travailleurs[463]. Le texte est ambigu car il méconnait la composition d'un conseil d'entreprise. Il s'agit d'un organe bipartite, dans lequel les délégués des travailleurs sont souvent plus nombreux que les représentants de l'employeur qui peut d'ailleurs siéger seul[464]. Selon M. BOURLAT, il ressort tant de l'esprit du mode de vote relatif à la nomination du

[461] B. TILLEMAN, Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération, op. cit., p. 46.

[462] C. soc. et ass., art. 3:90.

[463] M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, *La société et son commissaire - Cas pratiques*, *op. cit.*, p. 32.

[464] Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad, op. cit., p. 56.

réviseur que de l'avis du Conseil d'Etat et des précisions fournies par le fonctionnaire délégué du Gouvernement que la double majorité peut être comprise de la manière suivante :

> - la majorité des voix émises par le chef d'entreprise et par ses délégués au conseil d'entreprise ;
>
> - la majorité des voix émises par les membres du conseil d'entreprise élus par les travailleurs[465].

Dans la situation d'une société qui dispose de plusieurs sièges d'exploitation avec des conseils d'entreprise distincts, la majorité doit être calculée sur le total des voix. Si un seul siège d'exploitation vote contre la candidature du commissaire, ce vote négatif n'a pas d'effet si le total des voix de ce siège et celui des autres sièges donnent néanmoins une majorité au candidat commissaire[466]. Les représentants des travailleurs disposent donc d'un droit de veto sur la nomination, le renouvellement ou la révocation du commissaire[467]. Le conseil d'entreprise ne doit pas motiver sa décision[468].

Troisième étape de la désignation. Les suites de la délibération du conseil d'entreprise

138. *Nullité d'ordre public en cas d'irrespect de la procédure* - Si la proposition emporte la double majorité des voix au sein du conseil d'entreprise, elle est transmise à l'assemblée générale qui décide en dernier ressort de la nomination. C'est la dernière des trois étapes de la nomination[469]. Au contraire, lorsque le conseil d'entreprise décide de rejeter les candidats proposés ou ne prend pas position, une nouvelle réunion devra être convoquée dans les respect des délais légaux[470].

Dans l'hypothèse où la procédure n'est pas respectée, l'article 3:92 du Code des sociétés et des associations prévoit la nullité de la décision. Cette nullité est d'ordre public. Tous ceux qui justifient d'un intérêt au sens de

---

[465] M. BOULARD, « Le commissaire et le Conseil d'entrerpise », *in La réforme du révisorat*, Journée d'études, Louvain-la-Neuve, 25 sept. 1985, pp. 21-22.

[466] M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, *La société et son commissaire - Cas pratiques*, *op. cit.*, p. 32 ; Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, *op. cit.*, p. 56.

[467] . MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge*, *op. cit.*, pp. 276-277.

[468] Prés. Comm. Liège, 16 avril 1986, *R.P.S.*, 1986, p. 73 ; Prés. Comm. Malines, 9 mai 1986, *R.D.C.*, 1986, p. 612.

[469] C. soc. et ass., art. 3:58 et 3:94, al. 1er.

[470] C. soc. et ass., art. 2:87.

l'article 17 du Code judicaire peuvent la requérir[471]. Selon le même article de loi, la nullité est prononcée par le président du tribunal de commerce du siège social de la société siégeant comme en référé.

139. *Intervention du président du tribunal de commerce* - En cas d'échec de la procédure de nomination, par exemple en cas de désaccord au sein du conseil d'entreprise, l'article 3:89 du Code des sociétés et des associations prévoit que le président du tribunal de commerce, statuant à la requête de tout intéressé et siégeant comme en référé, nomme un réviseur d'entreprises jusqu'à ce qu'il soit pourvu régulièrement à son remplacement[472].

En vertu de l'article 3:89 du Code des sociétés et des associations, « Si les majorités visées à l'article 3:88, alinéa 1er, ne peuvent être obtenues au sein du conseil d'entreprise sur cette proposition et de manière générale, à défaut de nomination d'un ou de plusieurs commissaires présentés en application de l'article 3:88, alinéa 1er, le président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a établi son siège, statuant à la requête de tout intéressé et siégeant comme en référé, nomme un réviseur d'entreprises dont il fixe les honoraires et qui est chargé d'exercer les fonctions de commissaire et les missions visées aux articles 3:83 à 3:86 jusqu'à ce qu'il soit pourvu régulièrement à son remplacement ».

L'article 3:89 alinéa 2 dispose que : « Cette nomination par le président du tribunal de commerce est effectuée sur avis du conseil d'entreprise au cas où celui-ci n'aurait pas été appelé à délibérer sur la nomination du commissaire ». Le président devra le demander à la société, intervenante volontaire ou forcée dans cette procédure unilatérale[473].

Le juge pourra donc être saisi si la double majorité n'est pas obtenue au sein du conseil d'entreprise ou, de manière générale, à défaut de nomination d'un ou plusieurs réviseurs présentés selon la procédure décrite. Concrètement, il s'agit des cas suivants :

- L'organe de gestion ne fait pas de proposition ;
- Le conseil d'entreprise n'est pas convoqué ou refuse les candidats proposés (en faisant usage de son « droit de véto ») ;

[471] *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1982-1983, n° 552/35, p. 24.

[472] C. soc. et ass., art. 3:59, 3:89. Dans ce sens : Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, *op. cit.*, p. 58. ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge*, *op. cit.*, p. 277.

[473] I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *in Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Edition du Jeune Barreau, 1985, p. 283.

- L'assemblée générale ne nomme pas de candidat ;

- La nomination est déclarée nulle en vertu de l'article 3:92 du Code des sociétés et des associations.

L'article 3:89 du Code des sociétés et des associations prévoit la compétence du président du tribunal du commerce dans le ressort duquel la société a établi son siège. Toutefois, lorsque l'entreprise a pris la forme d'une ASBL, il semble indiqué de s'adresser au tribunal de première instance, sur la base de sa compétence résiduaire[474].

En conclusion, le recours à un réviseur d'entreprises est obligatoire et la procédure de nomination est précisément régie par le Code des sociétés et des associations. Ce dernier confère un véritable pourvoir de codécision au conseil d'entreprise. Le législateur, comme le pouvoir exécutif ou la doctrine sont unanimes sur ce point. Le Code des sociétés et des associations prévoit une procédure en trois étapes et un droit d'information spécifique à l'égard du conseil d'entreprise. Il en résulte un véritable droit de veto au profit des membres travailleurs du conseil d'entreprise. Lorsqu'un consensus ne peut être trouvé ou que la procédure n'est pas respectée, le Code des sociétés et des associations confie la nomination au juge.

Toutefois, aujourd'hui, les règles du marché intérieur gomment en partie la procédure spécifique prévue par le Code des sociétés et des associations. Comme nous l'annoncions, les règles relatives aux marchés publics s'appliquent désormais aux marchés de désignation d'un réviseur de la même manière qu'à un marché de services classique. Avant de se pencher sur l'application du droit européen, il semble utile d'ancrer la problématique dans une réalité de terrain.

Sous-section 3. La procédure de sélection du réviseur dans la pratique, dans le groupe hospitalier privé Jolimont, supplantée par le droit des marchés publics

140. *Un cas de la pratique* - Le groupe Jolimont est une ASBL. C'est une structure faitière comprenant quatre réseaux : un réseau hospitalier (Jolimont, Nivelles, Tubize, Lobbes), un réseau orienté vers la santé mentale et les assuétudes (deux institutions), un réseau pour seniors comprenant six maisons de repos et d'autres institutions, comme des résidences services et, un réseau d'accueil de l'enfance, qui comprend plusieurs crèches et de l'accueil extra-scolaire. De manière synthétisée, le groupe Jolimont met à disposition des

[474] C. jud., art. 568. Sur ce point : Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, *op. cit.*, p. 60 ; IRE, *Rapp. Annuel*, 2007, pp. 102-103.

immeubles et gère la trésorerie de neufs structures juridiques (ASBL, SCRLFS ou SPRL) implantées sur une vingtaine de sites[475].

Les comptes financiers sont tenus, selon la loi, par entité juridique. Ils sont également consolidés au niveau du groupe. De plus, la loi sur les hôpitaux requiert des comptabilités séparées pour chacun des deux agréments hospitaliers (Tubize, Nivelles d'une part, Jolimont, Lobbes d'autre part)[476].

En mars 2017, au terme de la durée légale de trois ans du mandat, l'administrateur délégué du réseau hospitalier fait part aux secrétaires des deux conseils d'entreprise de son intention de commencer une procédure de nomination, *via* un marché conjoint passé pour le compte de sept entités juridiques. Un projet de cahier spécial des charges est communiqué. L'administrateur délégué invite les membres des conseils d'entreprise à communiquer les remarques éventuelles dans un délai de sept jours à partir de l'information faite aux secrétaires. En juin 2017, à l'occasion d'une réunion conjointe des conseils d'entreprise des deux entités hospitalières, les comptes de l'année 2016 sont présentés. Les questions transmises par les délégués des travailleurs au réviseur commissaire au sujet de l'information économique et financières relatif à l'exercice 2016 trouvent leur réponse au cours de la réunion, grâce à des informations fournies par l'employeur, alors que les missions légales du réviseur exigent du réviseur qu'il y réponde lui-même et préalablement à la réunion du conseil d'entreprise[477]. Des critiques sont alors formulées vis-à-vis de l'expert, comme ce fut déjà le cas lors de la réunion, un an plus tôt, concernant l'exercice comptable de 2015. Cependant, a l'occasion de la même réunion, l'employeur indique que le conseil d'administration a attribué le contrat au même réviseur, faisant valoir la primauté du droit des marchés publics sur les dispositions du Code des sociétés et des associations[478].

141. *Un cas qui illustre une tendance* - La situation exposée ci-dessus n'est pas un cas isolé. Une rencontre avec les représentants des travailleurs élus aux conseils d'entreprises des hôpitaux privés du Hainaut a permis de se rendre compte d'un phénomène général[479]. En effet, au sein des 12 institutions représentées, il est fait état d'une procédure de sélection satisfaisante du point de vue des représentants des travailleurs dans un cas uniquement[480]. Cette dernière satisfaction semblant tenir plus à la qualité du choix opéré par l'employeur que

[475] Les informations sont issues du cahier spécial des charges du marché public de services « Désignation d'un réviseur d'entreprises comme commissaire pour les institutions du groupe Jolimont », juin 2017, *Bulletin des adjudications*.

[476] L. coord du 10 juill. 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, *M.B.*, 7 nov. 2008.

[477] Rencontre avec les représentants des travailleurs le 30 juin 2017.

[478] Procès-verbaux des réunions du Conseil d'entreprise conjoint du 16 juin 2016 et du 15 juin 2017, inédits.

[479] Réunion du comité provincial des délégués des hôpitaux privés du Hainaut, le 20 juin 2017.

[480] Appartenants aux groupes suivants : Hôpital de Jolimont, centre hospitalier universitaire de Tivoli, Centre hospitalier Epicura, Grand Hôpital de Charleroi, Clinique Notre-Dame de Grâce, Centre Psychiatrique Saint-Bernard, Centre

du respect des prérogatives du conseil d'entreprise en la matière. De manière plus générale, la question se pose dans toutes les entreprises où un conseil d'entreprise est institué, quand ces entreprises sont créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général et majoritairement financées par les autorités publiques.

En conclusion, la pratique montre que les compétences du conseil d'entreprise sont très fréquemment mises de côté au bénéficie de la réglementation relative aux marchés publics. C'est le cas dans les hôpitaux privés. Cela semble être une tendance générale dans tous les organismes où un conseil d'entreprise est institué et qui est par ailleurs soumis aux règles sur les marchés publics.

Section 2. Analyse du cas au regard du droit des marchés publics et de la pratique des acteurs

142. *Plan de la section* - La section 2 du cas d'étude examine, dans la sous-section 1, le droit du marché intérieur tel qu'il est appliqué à la sélection du réviseur d'entreprises. Dans la sous-section 2, nous répertorions les différentes initiatives et prises de position du Centre d'Information du révisorat d'entreprise et de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises, puis nous présentons une évolution législative récente qui est peut-être la conséquence de ces développements.

Sous-section 1. L'applicabilité des directives marchés publics : une prégnance élargie

143. *Une extension tant ratione personae que ratione materiae* - Année après année, le droit européen du marché intérieur élargi sa prégnance sur la commande publique[481]. Le droit européen des marchés publics s'applique ou ne s'applique pas selon la qualité de la personne qui souhaite passer le marché (champ d'application *ratione personae*), en fonction de la nature de l'acte juridique (champ d'application *ratione materiae*) et, de la valeur de celui-ci (champ d'application *ratione summae*). Nous allons voir que, de manière générale, la dynamique est celle d'une extension des exigences de transparence et de concurrence.

Cette section détaille le régime de droit européen des marchés publics applicable aux marchés de réviseur. Une attention est donnée aux évolutions législatives. En effet, le législateur européen a déjà codifié la matière à trois reprises.

hospitalier de Wallonie picarde, Hôpital psychiatrique Saint-Jean de Dieu, Centre hospitalier régional Haute Senne, Hôpital pédopsychiatrique les Feux-Follets.

[481] Ph. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009.

§ 1. Applicabilité rationae personae : de plus en plus large

144. *Notion d'organismes de droit public et hôpitaux* – Dans la partie I de la thèse, nous avons vu que, de nombreux organismes privés sont soumis au droit européen des marchés publics, dans la mesure où ils répondent à la définition d' « organismes de droit public ».[482] Cette définition existait déjà dans la première codification européenne du droit de la commande publique en 1993[483]. Cependant, le législateur de 1993 laissait au pouvoir exécutif la latitude d'exclure certaines personnes de droit privé et de soumettre seulement certains de leurs marchés aux règles relatives aux marchés publics[484]. A l'époque, cette latitude a été exploitée au profit des établissements d'enseignement privés et des hôpitaux privés, parmi lesquels il fallait inclure les maisons de repos et les maisons de repos et de soins privées. Dans les hôpitaux privés, la réglementation relative aux marchés publics ne trouvait à s'appliquer que lorsqu'un marché de travaux (et pas de services) était subventionné à plus de 50 %[485]. De ce fait, les marchés de réviseur n'étaient pas soumis à la règlementation européenne.

Toutefois, dans les suites de l'arrêt *The University of Cambridge* rendu le 3 octobre 2000 par la Cour de justice de l'Union, la loi du 15 juin 2006 de transposition de la directive 2004/18 ne prévoit plus cette possibilité, tout comme la loi du 17 juin 2016 de transposition de la directive 2014/24 qui lui succède. Il en résulte l'application des règles européennes à l'entièreté des marchés des institutions de soin, en ce compris la sélection du

---

[482] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 3, § 3, *En ancrant l'obligation dans le droit primaire, la Cour impose l'existence d'un intérêt transfrontalier.*

[483] L. du 24 déc. 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, *M.B.*, 22 janv. 1994, , art. 4, § 2, 8°. Dans le même sens, en droit français : G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, p. 280. ; M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *op. cit.*, pp. 268-279 et spéc. p. 273.

[484] L. du 24 déc. 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, *M.B.*, 22 janv. 1994, art. 4, § 2, 8°, *in fine* et § 4. La doctrine sur ce point : M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *op. cit.*, pp. 268-279.

[485] A.-R. du 8 janv. 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.*, 26 oct. 1996 ; M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *op. cit.*, pp. 268-279 ; P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, p. 162 ; P. NIHOUL, *La nouvelle loi sur les marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 1994, pp. 20-24 ; sur l'inclusion des maison de repos et des maisons de repos et de soin : courrier du Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden (VIPA) du 17 nov. 1999 et M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *op. cit.*, p. 272.

réviseur (en fait depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006, le 1er juillet 2013). Depuis lors, à côté des autorités publiques classiques et de celles déjà incluse sous la notion d' « organismes de droit public », les hôpitaux privés et les autres établissement de soin entrent *rationae personae* dans le champ d'application de la règlementation européenne[486].

§ 2. Rationae materiae : un code CPV rassemblant les services de comptabilité, services d'audit et services fiscaux

Services prioritaires et code CPV 792 - La première directive du 14 juin 1993 ne s'appliquait pas uniformément à tous les marchés de service. Elle prévoyait une annexe (annexe II) au sein de laquelle elle distinguait les services « prioritaires » (annexe II A) et les services « non-prioritaires » (annexe II B)[487]. Cette distinction a perduré dans la directive 2004/18 qui la remplace : les services « prioritaires », soit 16 catégories reprises sous le II A, devaient respecter l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics alors que les services « non-prioritaires », soit 11 catégories reprises sous le II B, n'étaient soumis qu'aux articles 23 et 35, § 4 de la directive 2004/18[488]. Cette distinction fut traduite en droit belge par l'annexe III. L'appartenance aux services « prioritaires » ou « non-prioritaires » était liée à la nature du marché, basée sur la nomenclature européenne CPV[489]. Dans cette optique, les marchés de réviseur sont soumis aux règles de l'Union dès la première directive du 14 juin 1993 et sa transposition par la loi du 24 décembre 1993[490]. Ils figurent en effet sur l'annexe II A sous la catégorie « Services comptables, d'audit et de tenue de livres ». La présence sur cette annexe signifie qu'il s'agit de marchés de services soumis à l'entièreté des règles communautaires. La deuxième directive relative

[486] C.J.U.E., 3 oct. 2000, aff. C-380/98, *The University of Cambridge*. Sur cette question : D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnés », *J.T.*, 2001, pp. 225-230 ; M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *op. cit.*, pp. 268-279, spéc. p. 274 ; G. L'HEUREUX, « Het ABC van de overheidsopdrachten voor revisoren », *T.A.A.*, 2014, p. 34.

[487] *Dir.* 93/37 du Conseil, *du* 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

[488] P. NIHOUL, Eléments de droit public de l'économie, op. cit., p. 209.

[489] Règl. 213/2008 du 28 novembre 2007 modifiant le règlement n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV.

[490] « Le réviseur est-il concerné par la loi sur les marchés publics ? », *Bull. inf. IRE*, 1999, n° 7, pp. 3.

marchés publics et sa transposition belge ne modifient pas la situation[491]. Le texte européen actuellement applicable ne change pas la donne[492].

Aujourd'hui, la classification entre « services prioritaires » et « services non prioritaires » a disparue[493]. Mais une nouvelle distinction basée sur les codes CPV est apparue. Il s'agit de certains services « sociaux » ou « spécifiques », lesquels bénéficient d'un régime moins exigeant[494]. La question du code CPV applicable aux marchés de réviseurs a été et reste donc une thématique importante. La pratique montre que les codes CPV utilisés pour les services de réviseurs d'entreprise ressortissent au groupe « 792- Services de comptabilité, services d'audit et services fiscaux »[495].

Ce code CPV implique que la désignation du réviseur est un marché de services soumis à la réglementation relative aux marchés publics. L'application de ces règles à la matière a toutefois créé des difficultés et nous les présentons dans la sous-section 2.

Sous-section 2. Développements juridiques récents au niveau national

145. *Plan de la sous-section* - La confrontation entre les règles du Codes des société et des associations que nous avons présentées dans la section 1 et celles qui sont issues du droit européen dérivé des marchés publics a créé des difficultés que certains acteurs institutionnels ont commenté. Le Centre d'Information du révisorat d'entreprise (§ 1) comme l'Institut des réviseurs d'entreprises se sont exprimés à ce propos (§ 2 et 3). Une évolution règlementaire en est peut-être la conséquence (§ 4).

§ 1. L'ICCI confirme les prérogatives des Conseils d'entreprises définies par le Code des sociétés et des associations

146. *Un rappel des prérogatives du conseil d'entreprise en 2014, mais seulement des démarches « volontaires » à la clé* - Dans un avis de 2014, le Centre d'information du révisorat d'entreprise (ICCI) aborde la question de la concurrence normative entre la directive relative aux marchés publics (alors directive 2004/18) et le Code des

[491] L. du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, p. 7355.

[492] Dir. 2014/24 et loi du 17 juin 2016.

[493] Y. LIBERT, « La nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – nouveautés – éléments positifs et négatifs », *T.A.A.*, 2016, pp. 12-17, spéc. p. 13 ; P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 211.

[494] P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 210 ; S. SMITH, « Article 74 to 76 of the 2014 public Procurement Directive: the new « light regime » for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts », *Public Procurement Law Review*, 2014, pp. 159-168.

[495] Et plus précisément 79212300-6. Entretien le chef de service du Secrétariat général de l'IRE.

sociétés et des associations. L'ICCI s'interroge sur les conséquences de la sélection d'un réviseur par l'organe de gestion à la suite d'un appel d'offre dans l'hypothèse où celui-ci ne satisfait pas les membres travailleurs du conseil d'entreprise. L'ICCI s'interroge aussi quant à la possibilité d'un accord préalable dans tous les organes, en ce compris le conseil d'entreprise, quant à une procédure de sélection respectueuse de la réglementation sur les marchés publics.

L'ICCI commence par rappeler et insiste sur le fait que l'extension du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics ne modifie pas les responsabilités des organes de gestion ni celles du conseil d'entreprise. La désignation demeure en effet de l'unique compétence de l'organe de gestion, après une éventuelle procédure de marchés publics, de sélectionner d'un réviseur et de proposer sa nomination à l'assemblée générale, après un avis du conseil d'entreprise. Selon l'ICCI, la loi du 15 juin 2006 de transposition de la directive 2004/18 combinée avec le Code des sociétés et des associations n'imposent aucune consultation préalable du conseil d'entreprise. L'ICCI indique toutefois qu'il est toujours possible que l'organe de gestion consulte le conseil d'entreprise volontairement lors de la confection de la liste des réviseurs à qui l'appel d'offre sera notifié. De la sorte, l'accord préalable du conseil d'entreprise peut être obtenu[496].

§ 2. L'IRE cherche d'abord une solution dans le droit des marchés publics et plaide en faveur de procédures négociées

147. *Un modèle de cahier des charges pour mener des procédures négociées sans publicité* - L'avis de l'ICCI de 2014 peut être lu à la lumière des recommandations de l'Institut des réviseurs d'entreprises. Sous l'empire de la directive 2004/18, ce dernier semblait en effet donner une préférence à une procédure d'appel d'offre négociée sans publicité. Dans ce sens, le site internet de l'IRE proposait en effet un modèle de cahier des charges afin de mener une procédure négociée sans publicité[497]. L'ancienne procédure négociée sans publicité était autorisée notamment lorsque la dépense n'atteignait pas 85.000 euros[498]. Cette procédure permet au pouvoir adjudicateur de consulter directement les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix sans aucune mesure préalable de publicité et de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux[499]. Cette procédure permettait de confectionner préalablement une liste de candidats[500]. L'avantage est que la liste pouvait faire l'objet d'une délibération au sein du conseil d'entreprise. De la sorte,

[496] Centre d'Information du révisorat d'entreprise, avis du 24 févr. 2014, « Toepassing van wetgeving inzake overheidsopdrachten in vzw's met ondernemeingsraad », icci.be (le 22 juin 2017).

[497] IRE, Observatoire des marchés publics, ire.be (le 22 juin 2017).

[498] P. THIEL, Memento des marchés publics et des PPP, op. cit., p. 378.

[499] *Ibid*, p. 394.

[500] Au moins trois. *Ibid*, p. 395.

les compétences de l'organe représentatif pouvaient être respectées, dans la mesure où tous les candidats sont invités[501]. Depuis la directive 2014/24, la nouvelle procédure négociée sans publicité a été modifiée et s'intitule désormais procédure négociée sans publication[502]. Le seuil est désormais de 135.000 euros[503].

§ 3. L'IRE dans un second temps opposé à la mise en concurrence

148. *Un penchant pour la suppression de la mise en concurrence* - Le caractère difficilement conciliable des règles sur les marchés publics et de la procédure établie par le Code des sociétés et des associations a été mis en avant par l'Institut des réviseurs d'entreprises. Ce dernier, même s'il suggère comme nous l'avons vu des solutions *de lege lata*, penche, *de lege ferenda*, pour une suppression des exigences de mise en concurrence[504]. En effet, la mise en concurrence est « un vecteur de risques, notamment en termes de qualité des prestations »[505]. Elle ne serait en effet pas conciliable avec les spécificités de la mission du réviseur d'entreprise. En effet, dans le cadre de sa mission d'ordre public et d'intérêt général, le professionnalisme, la compétence et l'indépendance du réviseur d'entreprises jouent un rôle essentiel qui ne saurait pâtir d'une concurrence exacerbée. Celle-ci tend à mettre en cause le lien de confiance qui soit exister entre le réviseur d'entreprise, l'entité contrôlée et les parties prenantes[506].

§ 4. Modification des règles générales d'exécution des marchés publics par arrêté royal

149. *Exemption réglementaire partielle* - Sans éclairer la problématique de nombreuses explications, le Gouvernement fédéral semble adopter un point de vue similaire. Dans l'arrêté royal du 22 juin 2017[507], et plus

[501] Comme peuvent l'exiger la majorité des membres du conseil d'entreprise nommés par les travailleurs, C. soc. et ass., art. 3:90.

[502] Y. LIBERT, « La nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – nouveautés – éléments positifs et négatifs », *op. cit.*, pp. 12-17, spéc. p. 13.

[503] A.-R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, art. 90, 1°, lequel renvoie au seuil de l'art. 11, al. 1, 2°, *M.B.*, 9 mai 2017.

[504] A. CAUWE, « Concrètement, l'impact sur les marchés publics réservés aux réviseurs d'entreprises », *T.A.A.*, 2016, pp. 18-29, spéc. p. 18 et note 2.

[505] *Ibid*, spéc. pp. 20-21.

[506] Entretien le 22 juin 2017 avec les chefs de service du Secrétariat général et du service des affaires juridiques de l'IRE.

[507] A.-R. modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017.

précisément dans le rapport au Roi, on lit qu' « une nouvelle exemption est prévue pour la désignation d'un réviseur d'entreprises. Il doit en effet être constaté que certaines dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 entrent en contradiction avec le Code des sociétés [et des associations] ». Fort de cette conclusion, le Gouvernement décide de ne pas rendre son arrêté applicable aux marchés de désignation d'un réviseur d'entreprise, à l'exception de certaines dispositions énumérées à l'article 6, § 2. Cet arrêté ne vise toutefois que les conditions d'exécution des marchés. Il permet donc de restaurer l'indépendance du réviseur pendant cette phase, qui, par application du Code des socétés et des associations, dure trois ans. La loi du 17 juin 2016, laquelle détermine les modes de passation, reste toutefois applicable. L'intervention gouvernementale ne permet pas de résoudre l'opposition avec les dispositions du Code des sociétés et des associations, laquelle apparait dès la phase d'attribution du marché.

En résumé, les quatre paragraphes ci-dessus montre une évolution : alors que les commentaires initiaux de l'ICCI ne remettent pas en cause les règles relatives aux marchés publics, les interventions subséquentes de l'IRE soulignent, *crescendo,* l'inadéquation de la réglementation relative aux marchés publics à la désignation du réviseur d'entreprises. Au bout du compte, les acteurs semblent privilégier les préoccupations du législateur de 1948, traduites dans le Code des sociétés et des associations. En effet, alors que l'ICCI a rappelé que l'extension du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics ne modifie pas les responsabilités des organes de gestion ni celles du conseil d'entreprise, l'IRE semble donner une préférence à une procédure d'appel d'offre négociée sans publicité. Il a par ailleurs indiqué que la mise en concurrence est « un vecteur de risques, notamment en termes de qualité des prestations » et qu'elle n'est pas conciliable avec les spécificités de la mission du réviseur d'entreprise. Ce point de vue semble avoir été partiellement repris par le pouvoir exécutif puisque celui-ci a exempté les marchés de réviseurs d'un pan de la réglementation relative à l'exécution des marchés publics. Toutefois, cette exemption, qui ne concerne que l'exécution des marchés, ne permet pas de respecter la procédure de désignation spécifique définie par le Code des sociétés et des associations. Dans l'état actuel de la pratique, on peut donc parler d'une volonté de trouver des solutions, mais sans réponse concluante. Notre travail de doctrine, dans la section 3, est d'aller un pas plus loin.

Section 3. Limites du traitement par le droit des marchés publics et tentative de dépassement

150. *Plan de la section* - La section 3 se divise en trois sous-sections. Dans la sous-section 1, nous expliquons que le code CPV utilisé pour appliquer le droit des marchés publics est sans doute erroné. Il faudrait utiliser, au regard des missions définies par la loi du réviseur, un autre code CPV. Ce changement présente des conséquences importantes puisqu'il conduit à ranger la désignation du réviseur avec des procédures qui sont exemptées de l'application des directives relatives aux marchés publics. La sous-section 2 débute en

expliquant que l'exemption de l'application du droit dérivé des marchés publics n'entraine pas la suppression de toutes obligations de mises en concurrence. En effet, les principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 54 du TFUE imposent des obligations de transparence. Nous entamons alors une tentative de conciliation entre les règles visant l'ouverture à la concurrence et le droit fondamental de négociation collective de travail. Cette exercice conduisant à une impasse, nous faisons dans la sous-section 3 le parallèle avec une autre réglementation de droit européen, qui déroge au principes d'ouverture à la concurrence.

Sous-section 1. Un autre choix de code CPV entrainant l'inapplication de la directive relative aux marché publics

151. *Une classification par domaines* - Nous avons expliqué plus haut que la pratique range les services de réviseurs dans le code CPV 792. Les notes explicatives de la Commission européenne au sujet de la nomenclature CPV subdivisent le groupe 792 en services de comptabilité, services fiscaux et, services de certification des comptes. Dans la mesure où la mission de réviseur diverge de celle des comptables et fiscaux, c'est la sous-catégorie « certification » qui est pertinente. Le document de la Commission la décrit comme suit : « services de vérification financière comprenant le contrôle des enregistrements comptables et d'autres pièces prouvant l'activité de l'organisation afin d'exprimer une opinion sur ses états financiers, ou d'autres services de contrôle comme les services d'audit interne, les services d'audit statutaire, les services d'audit de fraude ou les services de revue comptable comprenant les services de vérification des bilans annuels et intermédiaires et d'autres informations comptables; le champ d'application d'une revue est moins étendu que celui d'un audit et le niveau de certification est également moindre »[508].

152. *Une attribution erronée du code 792* - L'utilisation du groupe 792 pour les marchés de réviseurs ne semble pas faire état correctement de la mission qui leur est légalement conférée. La mission légale du réviseur a été détaillée plus haut. Nous avons expliqué son rôle d'analyse et d'explication. Cette responsabilité implique, nous l'avons vu, une relation de confiance entre le réviseur et les membres travailleurs du conseil d'entreprise[509]. A ce titre, une simple rupture de confiance avec les représentants des travailleurs peut générer un juste motif de révocation.

Or, En ne faisant pas référence à la mission pédagogique et explicative du réviseur à l'attention des membres travailleurs du conseil d'entreprise, le code CPV 792 méconnait la portée complète de leurs missions légales

[508] « CPV 2008 notes explicatives », document du SIMAP, Système d'information pour les marchés publics de la Commission européenne, https://simap.ted.europa.eu/home (15 sept. 2017), p. 38.

[509] *Voy. Supra,* section 1.

en Belgique. Le réviseur mène en effet une véritable mission d'ordre pédagogique au sujet de la signification des informations économiques par rapport à l'évolution de la situation financière de la société[510]. Il serait plus adéquat de sélectionner un code CPV qui fait état de cette réalité.

Dès lors, il paraît plus opportun de ranger la mission du réviseur dans les services, proches du groupe 792 sur le plan conceptuel, de documentation et de certification juridiques. Cette catégorie appartient au groupe « 791- Services juridiques ». La distinction entre la catégorie 791 et la catégorie 792 a toute son importance dès lors que la première faisait partie des services non-prioritaires à l'inverse de la seconde.

153. *Régime juridique du code 791* - Avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition du 24 décembre 1993, « les services fournis par des personnes exerçant la profession libérale d'avocat comme celle de médecin ou d'agent de change ne tombaient pas sous l'application de la réglementation belge des marchés publics »[511]. La directive de 1993 reprend les marchés de services juridiques dans l'annexe II B[512]. Dès l'entrée en vigueur de la loi de transpostion de la directive de 1993, la donne change : ces marchés sont soumis à la réglementation européenne, bien qu'en raison de leur présence dans l'annexe II B, ils jouissent d'un régime moins formaliste[513]. La situation se pose dans les mêmes termes dans la directive 2004/18[514]. L'entrée en vigueur complète, le 1er juillet 2013, de la loi de transposition du 15 juin 2006 confirme l'obligation de se conformer aux procédures européennes pour les marchés de services juridiques[515]. Un problème se pose alors, entre les exigences de la relation *intuitu personae* entre un client et son avocat et les règles imposées par la réglementation relative aux marchés publics[516]. D'emblée, il semble utile de montrer la ressemblance entre les

[510] C. soc. et ass., art. 3:83, 3°. Dans ce sens : Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, *op. cit.*, p. 114.

[511] M. VAN DOSSELAERE, « Marchés publics et les services des avocats », *Entr. et dr.*, 2001, p. 7.

[512] P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 219 ; Catégorie B21 de l'annexe II de la loi, art. 5 et 60 bis de la loi.

[513] Lorsque leur valeur atteint les seuils européens, les services mentionnés à l'annexe II B ne doivent faire l'objet que d'un avis de marché passé mais ne doivent donc pas au préalable avoir fait l'objet d'un avis de marché, P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 221.

[514] V. THIRY, « Les marchés publics de services juridiques : nouvelles concurrence et déontologie », *C.D.P.K.*, 2010, p. 109.

[515] A.-R. du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *M.B.*, 27 juin 2013. ; L. JANS, « Les marchés publics de services juridiques et la déontologie des avocats à l'aune de la loi du 15 juin 2006 », *C.D.P.K.*, 2013, pp. 374-397.

[516] P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 226. Pour une illustration française : C.E. fr. 9 avril 1999, *A.J.D.A.*, 1999, p. 894.

susmentionnées de la mission du réviseur d'entreprise et l'*intuitu personae* et l'indépendance, deux marques de la profession d'avocat. Concernant la soumission des services d'avocat à la réglementation relative aux marchés publics, la Région wallonne met en chantier en 2008 l'étude du régime juridique applicable au choix des avocats des pouvoirs publics[517]. La circulaire administrative du 5 décembre insiste sur le fait que la confiance est « un élément essentiel et déjà évoqué des relations entre le client et son avocat » et met en avant que « les règles générales d'exécution des marchés publics fixées dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 sont difficilement applicables aux prestations dont il est ici question »[518].

Par la suite, La procédure négociée avec publicité semble devenir la procédure de principe[519]. En effet, tous les marchés repris à l'annexe II B peuvent être conclus au terme d'une procédure négociée avec publicité. En outre, le marché peut être passé par procédure négociée sans publicité lorsque la dépense n'atteint pas le seuil de publicité européen[520]. La question de l'exécution du contrat, qui succède à sa passation, a laissé la doctrine interrogative. Les règles d'exécution des marchés publics semblaient inconciliables, dans leur essence, avec les principes d'indépendance et de confiance propres à la profession d'avocat. Les caractéristiques de la profession d'avocat ont conduit à mettre en place de nombreuses dérogations. Elles ont poussé certains auteurs à plaider en faveur d'une exemption complète des règles d'exécution[521]. On reconnait ici les préoccupations et les problèmes auxquels l'ICCI et l'IRE ont fait face.

Dans le domaine des services juridiques, les préoccupations ont reçu un écho auprès du législateur européen. Le droit actuellement applicable est celui issu de la transposition de la directive 2014/24. Comme déjà indiqué, les règles actuelles ne font plus de distinction entre les marchés de services soumis au régime complet de l'annexe II A et ceux qui bénéficient d'un régime réduit de l'annexe II B[522]. Par ailleurs, la liste de « services

[517] P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 234 ; V. THIRY, « Les marchés publics de services juridiques : nouvelles concurrence et déontologie », *op. cit.*, p. 109.

[518] Circ. du 5 déc. 2008 relat. à l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services aux services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions, *M.B.,* 16 déc. 2008 ; P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 234. Il s'agit l'hypothèse d'une relation de longue durée, à savoir l'assistance juridique globale.

[519] P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, *op. cit.*, p. 383.

[520] *Ibid*, p. 378 et p. 381.

[521] *Ibid*, p. 242.

[522] Y. LIBERT, « La nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – nouveautés – éléments positifs et négatifs », *op. cit.*, pp. 12-17, spéc. p. 13.

non prioritaires » est réduite et un régime spécifique y est attaché, repris à l'annexe XVI de la directive[523]. Les services juridiques sont repris dans cette annexe en raison du fait, selon le législateur européen, que « certains services juridiques concernent exclusivement des questions de droit purement national »[524]. Remarquons à ce propos la proximité avec la mission d'un réviseur, qui ne peut être choisi que parmi les membres de l'Institut belge[525]. Surtout, l'article 10 de la directive exclut de nombreux services juridiques de son champ d'application[526]. Le législateur européen le justifie sur la base du fait que « de tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics »[527]. L'exercice de transposition a conduit à prévoir une exemption en tout point identique[528]. Les services visés ne sont dès lors plus soumis qu'aux règles dont l'application découle directement du droit primaire[529]. On y retrouve les principes de transparence et de non-discrimination, exposés dans la partie I[530].

154. *Question préjudicielle relative à l'exemption des services juridiques* - La disposition du droit belge, directement copiée sur la directive et prévoyant l'exemption des services juridiques, a été contestée devant la Cour constitutionnelle. Les requérants contestaient l'absence de mise en concurrence, prévue par le droit des marchés publics. Face à une question d'interprétation de la règle européenne, la Cour constitutionnelle a déféré la question à la CJUE[531]. On lit au point 36 de l'arrêt de la juridiction européenne rendu le 6 juin 2019 qu' « une telle relation intuitu personae entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir »[532].

---

[523] S. SMITH, « Article 74 to 76 of the 2014 public Procurement Directive : the new « light regime » for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certains social, health ans cultural services contracts », *op. cit.*, pp. 159-168.

[524] Considérant 116 de la Dir. 2014/24, précitée.

[525] C. soc. et ass., art. 3:58.

[526] Pour le détail des services juridiques exclus voy. l'art. 10, § 1, d) de la Dir. 2014/24, précitée.

[527] Considérant 25.

[528] Art. 28, § 1er, 4° de la L. du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juill. 2016.

[529] P. THIEL, Memento des marchés publics et des PPP, op. cit., p. 222.

[530] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, Section 1. L'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité en droit européen.

[531] Arrêt 43/2018 du 29 mars 2018.

[532] C.J.U.E., 6 juin 2019, *P. M.*, aff. C-264/18.

La décision de la CJUE est doublement intéressante parce qu'elle se penche également sur les dispositifs d'arbitrage, où deux parties choisissent communément un arbitre. On peut faire le parallèle avec la désignation du réviseur, co-désigné par les représentants des travailleurs et de l'employeur selon le Code des sociétés et des associations. La Cour de justice explique alors au point 31 qu' « en ce qui concerne [...] les services d'arbitrage et de conciliation, visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24, le considérant 24 de celle-ci énonce que les organismes ou personnes fournissant des services d'arbitrage et de conciliation ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits sont sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics ». Le point 32 complète : « En effet, les arbitres et conciliateurs doivent toujours être acceptés par toutes les parties au litige et sont désignés d'un commun accord par celles-ci. Un organisme public qui lancerait une procédure de passation de marchés publics pour un service d'arbitrage ou de conciliation ne saurait, dès lors, imposer à l'autre partie l'adjudicataire de ce marché en tant qu'arbitre ou conciliateur commun ».

En résumé, le code CPV utilisé en pratique pour ranger les services de réviseurs d'entreprises n'est pas adéquat, parce qu'il ne reflète pas la mission pédagogique de celui-ci. Il serait plus opportun de sélectionner le code CPV applicable aux services juridiques. On y retrouve la même exigence de confiance entre le prestataire et le bénéficiaire du service. Or, après de longs débats juridiques, le droit européen de la commande publique prévoit un régime particulier à ce domaine d'activité, en large partie dérogatoire. En fait, seules les obligations découlant du droit primaire et imposant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure s'appliquent. Cette approche juridique a été confortée par l'arrêt commenté de la CJUE du 6 juin 2019, lequel pointe l'incompatibilité entre un rapport de confiance et la description objective du service espéré.

Sous-section 2. L'approche conciliatoire reposant sur la reconnaissance de l'exercice d'un droit fondamental conduit à une impasse

155. *Un droit social fondamental* – Nous avons vu dans la partie I de la thèse que la négociation collective de travail est reconnue par la CJUE comme un droit social fondamental. Il ne faut pas perdre de vue que l'intervention du conseil d'entreprise lors de la nomination du réviseur d'entreprises est un rouage de la négociation collective de travail. A ce titre, il se rattache à l'exercice d'un droit social fondamental reconnu à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. L'information et la consultation des travailleurs sont de plus consacrées par les textes européens. En effet, selon la directive établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, « il importe de renforcer le dialogue social et les relations de

confiance au sein de l'entreprise »[533]. Sur la base de la directive, l'employeur est tenu de délivrer une information sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique[534].

156. *Approche conciliatoire* - En présence d'un droit social fondamental, d'une part, et du respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 54 du TFUE, la question de la conciliation des exigences liées à la réalisation des l'objectif social poursuivi en l'espèce par les parties à la négociation collective avec celles découlant des traités se pose.

Du côté du droit social fondamental, le lien de confiance entre les membres travailleurs du conseil d'entreprise et le réviseur a été mis en avant. De même que l'indépendance de ce dernier. Concrètement, ces préoccupations ont déjà été traduites dans le droit national depuis longtemps. Elles prennent la forme d'un droit de veto (dont l'usage n'est pas conditionné à une obligation de motivation) du conseil d'entreprise, d'une présentation détaillée des candidats à celui-ci, d'une procédure de révocation strictement encadrée[535].

Du côté de l'ouverture à la concurrence, nous avons vu dans la section 2 que le régime applicable aux services « sociaux » et « spécifiques », soit ce qui subsiste de l'annexe II, B correspond aux exigences mises en avant par la Cour dans le domaine du droit primaire des marchés publics[536]. Ces exigences ont trait à la sélection de l'opérateur et laissent libre le champ de l'exécution du contrat. Toutefois, comme nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse, elles exigent, entre autres, d'assurer la transparence de la procédure d'examen des soumissions ainsi que des décisions prises au terme de cette procédure[537].

Or, la Cour de justice de l'Union a expliqué, dans son arrêt rendu le 6 juin 2019 qu'une relation *intuitu personae*, caractérisée par le libre choix et le rapport de confiance, rend difficile la description objective de la

[533] Dir. 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne - Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs, *J.O.U.E.*, n° L 080 du 23 mars 2002, pp. 29-34, considérant 7.

[534] Art. 4, 1., a).

[535] Sur les procédures de réocation, voy. B. TILLEMAN, Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération, *op.cit.*

[536] Dans la mesure où il est possible de les définir avec précision. *Voy.* P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, pp. 123-124.

[537] Voy. *supra,* partie I, chapitre 2, Section 1. L'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité en droit européen.

qualité attendue des services à fournir[538]. Le point 32 du même arrêt explique par ailleurs que, dans la situation d'un intervenant tiers qui doit être accepté par les deux parties (dans notre cas, les représentants de l'employeur et des travailleurs) et qui est désigné d'un commun accord par celles-ci, ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics.

En conclusion, le droit de véto dont bénéficient les représentants des travailleurs (reconnu par la jurisprudence nationale, comme nous l'avons expliqué dans la section 1) et le fait que ces derniers ne doivent pas motiver leur choix paraissent incompatibles avec les exigences de transparence découlant de l'application des traités. Comme l'explique la CJUE, la relation *intuitu personae*, caractérisée par le libre choix et le rapport de confiance, rend difficile la description objective de la qualité des services espérés. Il semble donc que l'approche conciliatoire conduit à une impasse, les deux exigences se neutralisant mutuellement.

Au lieu de tenter de concilier l'exercice d'un droit social fondamental avec l'ouverture à la concurrence, une autre voie juridique n'est-elle pas possible ? La sous-section 3, en faisant le parallèle avec un autre domaine, dessine une voie dérogatoire qui sera explorée plus en détail dans les cas d'étude 3 et 4.

Sous-section 3. Déjà un régime de désignation *ad hoc* prévu par le droit européen pour le contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et pour les services d'arbitrage et de conciliation

157. *Règlement n ° 537/2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public* - La nomination du réviseur reçoit déjà, en droit européen, un traitement spécial[539]. En effet, l'article 16 du règlement relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission prévoit une procédure détaillée de nomination de « contrôleurs légaux des comptes »[540]. Le législateur européen a prévu ce régime « pour assurer un niveau élevé de confiance des investisseurs et des consommateurs dans le marché intérieur » grâce à des contrôleurs légaux qui « devraient faire l'objet d'une supervision appropriée par des autorités compétentes qui sont indépendantes »[541]. Des entités dont le sort intéresse le domaine public sont donc

[538] C.J.U.E., 6 juin 2019, *P. M.*, aff. C-264/18, point 36.

[539] A. CAUWE, « Concrètement, l'impact sur les marchés publics réservés aux réviseurs d'entreprises », *op. cit.*, pp. 18-29, spéc. p. 27.

[540] Règlement (UE) n° 537/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public.

[541] Considérant n° 22. La confiance est mise en avant dès le premier considérant et l'indépendance est reprise aux considérants n° 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 21, 22 et 24.

contrôlées par des experts indépendants institués publiquement[542]. En raison jouent du rôle sociétal particulièrement important des contrôleurs légaux des comptes[543], l'article 16 du règlement n° 537/2014 détaille la procédure de désignation de contrôleurs légaux des comptes ou de cabinets d'audit. Le parallélisme avec l'intérêt porté par les travailleurs au sort de leur entreprise et leur capacité désigner un contrôleur des comptes est possible. De plus, les texte européen identifie l'exigence de la confiance, qui caractérise également la relation entre le réviseurs d'entreprises et les représentants des travailleurs.

La différence entre l'exemple du règlement n° 537/2014 et les missions dévolues au conseil d'entreprise réside dans le public protégé par le dispositif : d'un côté le citoyen-investisseur ou consommateur, d'un autre, le citoyen-travailleur. Sans doute le signe d'une époque. Plus juridiquement, il s'agit d'une question de hiérarchie des normes : face à la primauté du droit européen, le Code des sociétés et des associations s'efface. Alors que, tous deux adoptés aux niveau européen, le règlement 537/2014 est une *lex specialis* et déroge à la directive 2014/24.

158. *Services d'arbitrage et de conciliation* - Sur le plan des régimes dérogatoires, rappelons-nous que le considérant 24 de la directive 2014/24 énonce que les organismes ou personnes fournissant des services d'arbitrage et de conciliation ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24 sont sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics. On a à ce titre déjà tracé le parallèle avec la sélection du réviseur d'entreprise. En effet, comme les réviseurs d'entreprises, les arbitres et conciliateurs doivent toujours être acceptés par toutes les parties au litige et sont désignés d'un commun accord par celles-ci.

159. *Une procédure* ad hoc *pour les réviseurs d'entreprises ?* – A ce jour, rien n'existe de tel en droit européen au bénéfice des réviseurs d'entreprises. Ceci dit, des développements récents en droit européen permettent d'appréhender la sélection d'un opérateur en échappant aux règles du marché intérieur. En effet, la partie de la thèse a permis d'identifier que, dès lors qu'il s'agit de poursuivre une finalité sociale reconnue, de participer à la solidarité et que des garde-fous anti-fraude existent, un Etat membre peut prévoir des modes de sélection échappant au droit du marché intérieur[544]. Nous détaillerons plus longuement cette approche dès l'étude de cas 3, à laquelle elle s'applique de façon plus pertinente[545]. A ce stade, il est plutôt utile de rappeler que le

[542] A noter que les « entités d'intérêt public » visées par le règlement sont les sociétés cotées, les entreprises de crédit et les sociétés d'assurance à qui les normes comptables issues de l'IASB sont appliquées. Sans doute le signe d'une époque. Dir. 2006/43, art. 2, 12) et 13).

[543] Considérant 1 du règlement n° 537/2014.

[544] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 3, L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence.

[545] Voy. *Infra*, cas d'étude 3, Section 2. Analyse du cas au regard du droit des marchés publics et de la pratique des acteurs.

dialogue social est un objectif de l'Union et de ses Etats membres[546]. A cette fin, « en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, l'Union et les Etats membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales »[547]. En vue de réaliser cet objectif, l'Union soutient et complète l'action des Etats membres dans le domaine de l'information et de la consultation des travailleurs[548]. L'importance des objectifs poursuivis dans ce domaine pourrait justifier, par analogie d'une certaine jurisprudence de l'Union, des restrictions qui ont des conséquences négatives sur la liberté d'établissement des opérateurs économiques[549].

A ce stade, et avant des développements plus substantiels dans les cas d'étude 3 et 4, il semble utile de mettre en avant que les réviseurs d'entreprises ont été crées dans la foulée des conseils d'entreprise (pour aider à leur fonctionnement), lesquels ont pour objectif de « rétablir chez les travailleurs le sens de la productivité »[550]. Autant qu'une visée sociale, la désignation du réviseur participe donc au fonctionnement des entreprises. Il est utile de se rappeler que ce dispositif a été mis en place par la loi portant organsation de l'économie, dont l'exposé des motifs explique qu'il s'agit d'un texte général consacrant « les grands principes qui doivent régir l'organisation de l'orde économique et social »[551]. Le rapport fait de la commission spéciale qui s'est penchée sur le même texte entend, de la même façon, « doter notre pays d'un statut économique qui devrait trouver son parallèle dans un statut social des relations entres chefs d'entreprises et travailleurs »[552]. Au Sénat, on dit que les conseils d'entreprises pour qui les réviseurs d'entreprises sont créés « restent axés sur le respect de la liberté au sein de l'économie, au sein de la profession, au sein de l'entreprise »[553] et que « le but que recherchent toutes ces dispostions, c'est de favoriser l'esprit de collaboration qui doit régner entre tous les facteurs de productions »[554]. Selon nous, ces développements législatifs montrent qu'il serait réducteur de considérer le rôle des réviseurs d'entreprises sans considérer que les entreprises (dont ils participent au

[546] Art. 151, al. 1, TFUE.

[547] Art. 151, al. 2, TFUE.

[548] Art. 153, TFUE.

[549] Par analogie : C.J.U.E., 1er juin 2010, *Perez Gomez*, aff. C-570/07, points 43 et 90.

[550] Projet de loi portant organisation de l'économie, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 50, p. 13.

[551] *Ibid,* p. 1.

[552] Projet de loi portant organisation de l'économie, Rapport fait au nom de la commission spéciale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1947-1948, n° 511, p. 3.

[553] Rapport de la Commission des Affaires Economiques chargée d'examiner le projet de loi portant Organisation de l'Economie, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1947-1948, n° 489, p. 4.

[554] *Ibid,* p. 5.

fonctionnement) forment un ensemble plus vaste, ici dénommé « ordre économique et social », au fonctionnement duquel les conseils d'entreprise participent. Prenant d'ailleurs appui sur des travaux plus récents, il apparait désormais que l'entreprise et le marché sont en fait des « formes pures »[555] qui « constituent les bornes d'un *continuum* de modalités diverses où le marché et l'organisation s'interprénètrent ». Dans ce sens et à la façon dont nous l'avons montré dans la partie I de la thèse, l'association des travailleurs à la direction des entreprises concourt au fonctionnement du marché[556]. Or, nous avons vu dans la partie I que le droit des marchés publics vise la création d'une concurrence entre opérateurs économiques au niveau européen dans les marchés de biens et services où les acheteurs sont des autorités publiques[557]. Par conséquent, puisque les deux ensembles normatifs poursuivent le même objectif, nous nous posons la question de savoir s'il n'est pas préférable de privilégier la technique la plus appropriée, plutôt que de tenter de concilier les deux techniques (et d'aboutir alors à une impasse). La partie III de la thèse tente de répondre à la question en avançant que, dans le domaine des relations de travail, la négocation collective est la technique la plus adéquate[558].

Conclusion du cas d'étude 2

160. Les travaux législatifs de la commission parlementaire spéciale d'après-guerre font apparaître tout un système. Dans notre monde où les décisions relatives à la vie des entreprises sont plus souvent prises à l'extérieur – par les actionnaires, une maison-mère, les clients ou les fournisseurs –, ce système surprend. Il donne des droits aux acteurs de l'entreprise et tente, grâce à des experts dont le rôle est défini par la loi, de leur donner une capacité de compréhension et d'action sur le contenu du travail. Il s'agit, selon la commission, « de bâtir un statut de collaboration entre l'élément propriétaire des moyens de production et l'élément de mise en œuvre de ces moyens », le tout dans une logique d'amélioration de la production.

Le réviseur d'entreprises est un rouage essentiel de ce système. Son rôle est avant tout d'aider à faire fonctionner l'organe représentatif de l'entreprise et, il est lié aux membres travailleurs de celui-ci par une relation personnelle, *intuti personae*. Le réviseur permet aux travailleurs d'acquérir une connaissance

[555] M. RAINELLI, « L'orde concurrentiel, l'approche d'un économiste », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris, Frison-Roche, 2003, p. 20.

[556] Voy. *supra,* partie I, chapitre 1, Section 1. La négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché en créant de l'égalité dans l'exploitation.

[557] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, Le droit de la concurrence prévoit, à l'article 106, § 2 du TFUE, des causes d'exemption.

[558] Voy. *infra*, partie III, Chapitre 2. La négociation collective de travail comme technique, parmi les règles de concurrence, adaptée au monde du travail.

nécessaire à leur participation à l'entreprise. Les documents législatifs et la jurisprudence mettent en avant la confiance que doivent éprouver les membres travailleurs de l'organe représentatif envers l'expert externe et son indépendance. La procédure de nomination du réviseur est précisément régie par le Code des sociétés et des associations. Ce dernier confère un véritable pourvoir de codécision au conseil d'entreprise. Le législateur comme le pouvoir exécutif ou la doctrine sont unanimes sur ce point. Le Code des sociétés et des associations prévoit une procédure en trois étapes (1. Proposition par l'organe de gestion, 2. Délibération et décision du conseil d'entreprise, 3. Décision de l'assemblée générale) et un droit d'information spécifique à l'égard du conseil d'entreprise. Il en résulte un véritable droit de veto au profit des membres travailleurs du conseil d'entreprise. Lorsqu'un consensus ne peut être trouvé ou que la procédure n'est pas respectée, le Code des sociétés et des associations confie la nomination au juge.

Toutefois, la pratique montre que les compétences du conseil d'entreprise relatives à la nomination du réviseur sont très fréquemment mises de côté au bénéficie de la réglementation relative aux marchés publics. C'est le cas dans les hôpitaux privés. Cela semble être une tendance générale dans tous les organismes financés par des fonds publics et créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général lorsqu'un conseil d'entreprise est institué.

Nous avons en effet vu que la pratique range les services des réviseurs d'entreprises parmi les services soumis aux procédures d'attribution définies par la directive 2014/24 relative aux marchés publics. Désorientés par le droit des marchés publics, les acteurs semblent privilégier les préoccupations du législateur de 1948, traduites dans le Code des sociétés et des associations. En effet, (i) alors que l'ICCI a rappelé que l'extension du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics ne modifie pas les responsabilités des organes de gestion ni celles du conseil d'entreprise, (ii) l'IRE semble donner une préférence à une procédure d'appel d'offre négociée sans publicité. Celui-ci par ailleurs a indiqué que la mise en concurrence est « un vecteur de risques, notamment en termes de qualité des prestations » et qu'elle n'est pas conciliable avec les spécificités de la mission du réviseur d'entreprise. (iii) Ce point de vue semble avoir été partiellement repris par le pouvoir exécutif puisque celui-ci a exempté les marchés de réviseurs de la réglementation relative à l'exécution des marchés publics. L'intervention gouvernementale ne permet toutefois pas de résoudre l'opposition avec les dispositions du Code des sociétés et des associations, laquelle apparait dès la phase d'attribution du marché.

Selon nous, toutefois, l'application du droit dérivé des marchés publics provient d'une compréhension erronée du code CPV auquel les missions des réviseurs sont rattachées. L'utilisation d'un autre code CPV, plus adéquat au regard de la mission pédagogique des réviseurs d'entreprise, conduit à l'inapplication de la directive 2014/24. Les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 54 du TFUE persistent malgré tout et la reconnaissance de l'exercice d'un droit social fondamental nous a conduit à tenter de mettre en balance les deux intérêts. Cet exercice aboutit toutefois à

une impasse : la confiance semble difficilement conciliable avec les exigences d'objectivité des critères de sélection. Nous avons alors cherché des acteurs dont le rôle similaire conduit, en droit européen, à un régime de désignation *ad hoc.* Le parallèle avec les contrôleurs légaux des comptes des organismes d'intérêt public et les services d'arbitrage et de conciliation nous a alors encouragé à envisager un mode de désignation des réviseurs d'entreprises indépendante du respect des principes d'égalité et de non-discrimination, sans que nous établissions clairement si la justification de cette voie autonome de sélection repose sur la finalité sociale du dialogue social ou, au fait qu'il concourent à un système permettant de faire fonctionner les entreprises. Le cas d'étude 3, puis le cas d'étude 4, vont explorer la façon dont la CJUE et le TFUE prévoient que, lorsque certains objectifs sont poursuivis, un Etat membre peut prévoir des modes de sélection échappant au droit du marché intérieur.

Chapitre 2. Niveau de la branche d'activité

161. *Poursuite de l'analyse, à un niveau plus complexe* - L'analyse de la négociation collective sectorielle se poursuit dans le chapitre 2 au niveau de la branche d'activité. Nous y examinons des dynamiques plus abouties, en ce qu'elles sont des exemples d'une négociation collective de travail qui n'est plus à ses rudiments comme dans les cas exposés dans le chapitre 1 (se coaliser, comprendre la réalité économique de l'entreprise), mais plutôt des illustrations où la négociation collective de travail impose ses règles au marché du travail (ou dit autrement, encadre la façon dont le travail est inséré dans le marché). Dans cette conception, le cas d'étude 3 explore une dynamique de constitution d'un plan complémentaire de pension et le cas d'étude 4 examine les processus d'accompagnement des travailleurs licenciés. Dans les deux cas, la négociation collective de travail participe à la définition du statut du travailleur (en introduisant par exemple dans le cas 3 un régime commun entre les travailleurs retraités du secteur de la chimie ou du transport international). Faut-il soumettre ces dynamiques, comme dans le cas d'étude 2, à l'ouverture à la concurrence et au contrôle de l'impartialité de la procédure ? Les cas d'étude 3 et 4, en présentant de façon détaillée des dynamiques sans doute peu connues, contribuent à établir le rôle de la négociation collective de travail dans le fonctionnement du marché intérieur, et subséquemment, à ses relations avec les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement de celui-ci.

Cas 3. Sélection d'un organisme de pension sectoriel

162. *Origines et plan du cas d'étude* - Le cas d'étude 3 concerne la sélection par la négociation collective sectorielle d'un opérateur de pension et se rapproche, dès lors, de l'hypothèse de l'arrêt *Unis et Beaudout* présenté dans la partie I. L'arrêt *Unis et Beaudout*, rendu le 17 décembre 2015, est un déclencheur de notre étude doctorale. Cet arrêt a catalysé notre intérêt concernant les liens entre la négociation collective de travail et les règles de concurrence. Cette intérêt a conduit à la rédaction du projet de thèse, à l'écriture d'un premier article d'analyse des enjeux juridiques[559] et, pour finir, à un article co-rédigé avec notre collègue Quentin Detienne, sur l'application des règles mises en avant par la CJUE dans l'arrêt *Unis et Beaudout* à des cas belges de sélection d'un opérateur de pension sectoriel[560]. Le cas d'étude 3 est en partie le résultat de la co-rédaction et nous remercions Quentin Detienne pour son aimable autorisation. *In fine*, ce cas d'étude s'inscrit dans une interrogation plus large, celle de savoir si la négociation collective de travail ne doit pas trouver sa place parmi

[559] J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert une mise en concurrence ? », dans P.-O. DE BROUX, P. NIHOUL (dir.), *Actualités de droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-27.

[560] Q. DETIENNE, J.-B. MAISIN, « Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation », *Tijdschrift voor Sociaal Recht (TSR) / Revue de Droit Social (RDS)*, 2018, pp. 457-513.

les règles de concurrence, en raison du fait qu'elle poursuit le même objectif que l'article 101 du TFUE, l'article 106 du TFUE ou d'autres règles de concurrence : faire fonctionner le marché.

Le cas d'étude se divise, comme à l'accoutumée, en trois sections. La section 1 présente le conflit, entre d'une part la sélection d'un prestataire de pensions complémentaires par la négociation collective de travail et, d'autre part, les règles d'ouverture à la concurrence et de contrôle de l'impartialité des procédures de sélection prévues par le TFUE. Etant donné que ce dernier corpus normatif est déjà connu (nous l'avons exposé dans la partie I de la thèse[561]), la section 1 se focalise sur la dynamique de négociation collective de travail. La section 2 analyse les situations présentées au regard du droit de la concurrence et des obligations de transparence applicables par le truchement de l'article 106 du TFUE. L'essentiel du travail de la section 2 tient dans la vérification que les conditions d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination déduites des articles 18, 49 et 56 sont rencontrées dans les situations étudiées. La reconnaissance d'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE ne présage en effet pas de causes de non-application du droit primaire ou d'exemptions spécifiques. A l'occasion de cette analyse, nous mettons en avant certaines fragilités juridiques, liée à l'analogie entre le droit primaire et le droit dérivé des marchés publics. Dans la section 3, nous tentons de dépasser le conflit par l'exercice de la mise en balance de la prise en considération des intérêts respectifs en présence. Comme dans le cas d'étude 2, cette étape conduit toutefois à l'apparition d'éléments inconciliables et nous nous posons alors la question de savoir si une cause d'exemption basée sur la finalité ou sur le rôle de la négociation collective de travail, étudiée dans la section 2, ne semble pas une voie plus adaptée.

Section 1. Présentation et description du conflit

163. *Plan de la section* – La section 1 ce cas d'étude présente le droit belge de la sélection d'un organisme de pension au niveau du secteur (sous-section 1) et deux dynamiques sectorielles, une dans le secteur de la chimie et l'autre dans celui du commerce international (sous-section 2). Ces dynamiques ont été choisies parce qu'elles présentent les traits, dans l'ordre juridique belge, de l'arrêt *Unis et Beaudout* déjà présenté dans la partie I de la thèse et elles conduisent donc à l'identification d'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE[562].

[561] Voy. *supra*, partie I, Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen.

[562] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, *§ 1. Dans l'arrêt UNIS et Beaudout, la CJUE impose le respect des obligations découlant des principes d'égalité et de non-discrimination à la négociation collective de travail.*

Sous-section 1. Le cadre juridique belge de la sélection d'un organisme de pension

164. *Un organisateur désigne une entreprise d'assurance ou un O.F.P.* - En Belgique, l'organisation d'un régime de pension complémentaire est encadrée par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires[563]. Cette loi établit que « la décision d'instaurer, de modifier ou d'abroger un engagement de pension relève de la compétence exclusive de l'organisateur »[564]. Qui est cet organisateur ? L'article 3, § 1, 5°, a) explique que cette notion – dans le cas qui nous concerne, à savoir au niveau du secteur – recouvre « la personne morale qui répond aux conditions cumulatives suivantes : 1. lorsqu'elle intervient pour plusieurs commissions et/ou sous-commissions paritaires, elle a pour unique objet la constitution de pensions complémentaires ; 2. elle est composée paritairement et ; 3. elle est désignée via une convention collective de travail conclue au sein d'une commission ou sous-commission paritaire, constituée en vertu du chapitre III de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, qui instaure un régime de pension ». Autrement dit, l'organisateur est mandaté par les acteurs de la négociation collective sectorielle, au travers d'une convention collective conclue selon le régime de la loi du 5 décembre 1968 (nous avons examiné cette loi dans le cas d'étude 1)[565]. Par ailleurs, la loi exige que l'exécution de l'engagement de constituer une pension complémentaire soit confié par l'organisateur à un « organisme de pension »[566]. Les organismes de pension peuvent être de deux types. Il s'agit soit d'une entreprise d'assurance, soit d'un organisme de financement de pension (O.F.P., que le langage courant appelle un fonds de pension)[567].

En résumé, la loi belge prévoit un double mouvement : les membres d'une commission paritaire mandatent leur organisateur, lequel doit confier l'exécution de l'engagement à un tiers, une entreprise d'assurance ou un fonds de pension.

Sous-section 2. Deux dynamiques de sélection d'un organisme de pension en détail

165. *Deux secteurs d'activité étudiés* - Deux situations ont été choisies pour illustrer les tensions existant entre les exigences de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et la sélection par la

[563] Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 15 mai 2003.

[564] Article 5, § 1.

[565] Voy. *supra*, cas d'étude 1, section 1, La conclusion de conventions collectives au bénéfice des indépendants.

[566] Article 5, § 3 de la loi du 28 avril 2003, précitée.

[567] Article 3, § 1er, 16° de la loi du 28 avril 2003, précitée.

négociation collective de travail d'un opérateur de pension. Elles proviennent de deux secteurs : celui du commerce international, du transport et des activités connexes (§ 1) et celui de l'industrie chimique (§ 2). Les informations ont été récoltées grâce à des entretiens menés avec certains protagonistes de ces négociations.

§ 1. Dans le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes

166. *Présentation général du secteur* - Le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes rassemble près de 3 500 employeurs et environ 45 000 travailleurs. La diversité des entreprises est telle que le secteur comprend tant le centre de logistique de Nike à Laakdal, avec ses 3 500 employés, que des petites agences d'expédition du port d'Anvers.

167. *Plan du paragraphe* - L'examen procède en deux temps. Dans un premier temps, nous décrivons la procédure de sélection de l'opérateur de gestion du régime de pension. Dans un second temps, certains éléments du régime lui-même sont expliqués, afin de mettre en avant certaines informations importantes pour l'application des règles européennes (dans la section 2).

(i) L'adoption du plan

168. *Le rôle décisif d'une pondération évolutive des critères* - Dès 2003, le protocole d'accord biennal conclu par les partenaires sociaux du secteur fait état de la volonté d'instituer un plan de pension complémentaire. L'accord sectoriel charge le « GT affaires générales » de réaliser « une étude de marché auprès des proposants de pensions extra-légales au niveau des secteurs d'activité »[568]. Le GT affaires générales est un groupe restreint institué par la commission paritaire 226, *via* son règlement d'ordre intérieur. Il est composé paritairement. La présidente de la commission paritaire en fait partie et ses membres sont désignés par ceux de la commission paritaire[569].

Les membres du GT affaires générales chargent un bureau de conseil de réaliser une étude de marché. Dans le même temps, ils déterminent les critères qui guideront la sélection de l'opérateur. Un nombre important de critères est établi, à la fois quantitatifs et qualitatifs[570]. Le bureau de conseil est chargé d'identifier les principaux

[568] Convention collective de travail n° 67673 du 14 mai 2003 conclue au sein de la CP 226.

[569] Règlement d'ordre intérieur de la CP 226.

[570] Doc. interne de la CP 226. Sur le plan quantitatif, outre le rendement, sa volatilité et les frais de gestion, les critères ont porté sur les garanties d'intérêt relative aux réserves constituées et aux primes futures. Des critères quantitatifs ont aussi porté sur la part des primes consacrée à des obligations de solidarité. Sur le plan qualitatif, ce sont les exigences de transparence, de flexibilité, d'expérience dans le domaine des pensions sectorielles qui ont été mis en avant, de même qu'une attention aux coûts indirects et de sortie, aux modes de communication et à l'automatisation des processus.

opérateurs économiques et de leur soumettre un questionnaire sur la base des critères choisis. D'une liste longue de dix opérateurs potentiels, le travail de consultance aboutit à la réduction du nombre de prestataires potentiels à deux : Intégrale et ING. C'est au cours d'une discussion menée au GT affaires générales qu'une modification de la pondération des critères permet d'écarter un dernier opérateur et de sortir du blocage. Une plus grande importance est alors donnée à la capacité de suivi administratif autonome de l'assureur. ING est sélectionné.

Au cours de la procédure de négociation suivante, le protocole d'accord 2005-2006, répète la volonté d'ériger un régime de pension sectoriel. Le niveau de contribution est alors fixé à 0,50 % des salaires prévus par la loi. L'accord prévoit aussi l'articulation avec les régimes d'entreprise préexistants[571].

Finalement, la convention collective de travail portant sur l'instauration d'un régime de pension complémentaire sectoriel est conclue le 4 avril 2006[572]. La force obligatoire de cette convention est demandée. Un arrêté royal réalise l'extension en janvier 2007, apportant la touche finale au système[573]. C'est à partir du 1er du même mois que les premières cotisations sont récoltées.

(ii) Le contenu du plan

169. *Un accord contraignant qui prévoit des basculement automatiques* - Les articles 6 et 7 de la CCT déterminent le sort des plans déjà existants dans certaines entreprises[574]. Ces dispositions sont dites « *buiten toepassingsgebied* » dès lors qu'elles excluent du champ d'application de la convention collective les entreprises qui ont déjà organisé un plan de pension complémentaire, dans la mesure où celui-ci répond à des critères déterminés[575]. Il est intéressant de remarquer que cette mesure d'exclusion du champ d'application n'est pas automatique ; par contre, à tout moment la latitude est laissée à l'employeur de basculer dans le système sectoriel. Le basculement dans le système sectoriel est d'ailleurs automatique si l'employeur omet d'exprimer sa volonté de maintenir son plan d'entreprise, conformément aux procédures définies[576].

Il faut donc voir dans cette mesure une nécessité technique d'éviter les doublons de plan de pension, couplée à la volonté de favoriser le plan sectoriel. A l'opposé, il ne faut pas y voir une mesure d'« opt-out », laquelle

[571] CCT n° 75198 du 1er juin 2005 conclue au sein de la CP 226.

[572] CCT n° 79875 du 4 avril 2006 conclue au sein de la CP 226.

[573] A.R. du 29 janvier 2007, *M.B.*, 20 mars 2007.

[574] Convention collective de travail n° 79875 du 4 avril 2006 conclue au sein de la CP 226, rendue obligatoire par l'A.R. du 29 janvier 2007, *M.B.*, 20 mars 2007, art. 6 et 7.

[575] Le plan doit être « valable le 31 décembre 2006 », art. 6.2, 1) et 7.2, 1).

[576] Art. 6.5 et 7.3, al. 2.

permet à un employeur de se désolidariser du système sectoriel et d'organiser son propre système équivalent[577]. Un tel procédé est encadré par l'article 9 de la du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires. L'article 5 de la convention collective du secteur du transport international exclut d'ailleurs explicitement cette possibilité.

Conformément à la loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires, l'article 10 de la CCT désigne le fonds social du secteur comme organisateur[578]. Sur la base de l'article 8 du même texte de loi, l'article 11 de la convention attribue la mission de gestion à ING Insurance SA. Au 1er janvier 2018, Vivium – P&V est devenu à la suite d'une reprise, l'organisme de pension.

En résumé, les partenaires sociaux du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes ont suivi une procédure interne de sélection. A son terme, ING Insurance SA est retenu afin de fournir un service de pensions complémentaires aux travailleurs du secteur. Un arrêté royal a étendu la force obligatoire de la convention collective à tous les employeurs du secteur. Les possibilités d'y déroger des employeurs sont limitées. En définitive, un droit exclusif au sens du droit européen a été confié à ING Insurance pour la gestion du régime de pension complémentaire du secteur.

§ 2. Dans le secteur de l'industrie chimique

170. *Présentation générale du secteur* - L'industrie chimique est répartie entre une commission paritaire rassemblant les ouvriers, la commission paritaire 116, et une commission paritaire compétente pour le personnel sous statut d'employé, la commission paritaire 207. Au dernier quadrimestre de 2016, le secteur comptait 41.123 postes de travail ouvriers et 77.372 postes de travail employés[579]. Derrière ces emplois, c'est un secteur à haute valeur ajoutée qui se dessine, avec un chiffre d'affaires de près de 65 milliards d'euros en 2016 et la Belgique qui se classe parmi les principaux exportateurs mondiaux de médicaments[580].

171. *Plan du paragraphe* - Comme pour le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes, l'examen est divisé en deux étapes : d'abord le récit de la sélection de l'opérateur gestionnaire du régime de pension sectoriel, puis certaines informations relatives au contenu de celui-ci.

---

[577] M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social », in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives* (dir. A. AUTENNE et O. HERMAND), Bruxelles Larcier, 2012, pp. 155-216, spéc. p. 174.

[578] Art. 3, § 1er, 5°, de la loi du 28 avril 2003. Sur les fonds sociaux, voy. *infra*, cas d'étude 4, section 1, sous-section 3, § 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte.

[579] Statistiques ONSS 2016, disponibles sur onssrszlss.fgov.be.

[580] Rapport « Chimie, matières plastiques et sciences de la vie en Belgique. Chiffres clés 2016 », Essenscia 2016 ; rapport « Chiffres Pharma. Décembre 2015 », Association générale de l'industrie pharmaceutique, 2015.

(i) L'adoption du plan

172. *Une négociation collective dans la foulée de la crise des* subprimes - Lorsque les partenaires sociaux de l'industrie pharmaceutique entament des négociations en vue de conclure un régime de pension complémentaire au cours de l'année 2007-2008, la crise financière des *subprimes* bat son plein. Les fonds de pension ne sont pas épargnés[581]. Dès lors, une certaine méfiance envers le monde financier s'installe parmi les responsables sectoriels. Elle les conduit à privilégier des opérateurs économiques qui présentent des garanties que la gestion d'un plan de pension ne sera pas détournée à d'autres fins[582].

La décision d'apporter 250 euros par an et par travailleur au régime de pension est finalement prise, et après l'envoi d'un cahier des charges par l'intermédiaire d'un consultant, six opérateurs économiques se manifestent[583]. Dans un premier temps, Intégrale crée le consensus. Intégrale est alors une association d'assurances mutuelles belge (devenue entre-temps une société anonyme) qui a pour métier principal les assurances de groupe, où employeurs et affiliés sont représentés dans le conseil d'administration et, enfin, qui utilise ses résultats financiers pour constituer les réserves de pensions[584]. Elle dispose en outre d'un agrément de la F.S.M.A. garantissant qu'elle fonctionne selon les principes de répartition du solde bénéficiaire aux affiliés fixés selon l'arrêté royal du 14 novembre 2003[585]. L'absence de distribution des gains annuels aux actionnaires ou aux travailleurs de l'organisme apparaît alors aux yeux des responsables du secteur de l'industrie comme un gage de probité.

[581] Selon une étude menée par l'OCDE à partir des chiffres disponibles pour 23 pays, la valeur des avoirs des fonds de pension privés a chuté de 23 % en moyenne durant l'année 2008. Voy. OCDE, « Pensions and the crisis - How should retirement income systems respond to financial and economic pressures », 2009.

[582] Le récit de l'adoption du plan de pension au sein des CP 116 et 207 se fonde sur un entretien avec Herman Baele, responsable national de secteur FGTB-CG, ayant eu lieu le 15 février 2018.

[583] AG insurance, AXA Banque, Ethias, Intégrale SA, l'Office national des Pensions, et Vivium (P&V).

[584] Art. 11 (« La Caisse est administrée par un Conseil de douze membres au moins composé en nombre égal de représentants des membres adhérents et des affiliés ») et 21 (« Le principe de base de la Caisse est la redistribution totale des résultats bénéficiaires aux affiliés ») des statuts déposés au greffe du tribunal du commerce de Liège, le 5 juillet 2012.

[585] Art. 15 et 16 de l'A.R. du 14 novembre 2003 concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés visés par l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés et aux personnes visées à l'article 32, alinéa 1er, 1° et 2°, du Code des Impôts sur les Revenus 1992, occupées en dehors d'un contrat de travail, *M.B.*, 14 novembre 2003.

Toutefois, la rupture de confiance n'est pas la seule conséquence de la crise financière. Bientôt, les règles entourant la proportion de fonds propres et la solvabilité des entreprises d'assurance sont renforcées[586]. Des différences de solidité financière apparaissent entre entreprises[587]. Par ailleurs, Intégrale n'est pas la seule entreprise disposant de l'agrément F.S.M.A. indiquant qu'elle attribue une part de son solde bénéficiaire aux affiliés[588]. Ce second prisme d'analyse encourage les représentants des employeurs présents à la table de négociation à suggérer un autre opérateur économique : AXA Banque. Mais cette proposition n'est pas du goût du banc syndical. En effet, AXA Banque était le premier actionnaire[589] de la banque d'affaires américaine Lehman Brothers, épicentre du scandale des « subprimes ».

L'application du critère de solvabilité à l'ensemble des candidats permet bientôt d'identifier un opérateur économique dont la solvabilité défie toute comparaison : l'Office national des Pensions (devenu, depuis le 1er avril 2016, le Service fédéral des pensions)[590]. L'organisme public propose en outre un rendement supérieur aux opérateurs privés, avantage que le banc syndical corrèle avec celui de ne pas devoir rémunérer d'actionnaire[591]. En août 2010, L'Office remet une offre. Elle est retenue et, le 15 décembre 2010, les interlocuteurs sociaux des deux commissions paritaires concluent les conventions collectives portant

[586] Dir. 2009/138 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

[587] « La liste des 30 sociétés représentant un risque systémique », dépêche Belga, le 30 novembre 2009.

[588] Sur la base des art. 2 et 3 de l'A.R. du 14 novembre 2003 déterminant les conditions d'agrément des entreprises et organismes d'assurances aux fins de l'exercice des activités d'assurances visées dans l'arrêté royal du 14 novembre 2003 concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés visés par l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés et aux personnes visées à l'article 32, alinéa 1er, 1° et 2°, du Code des Impôts sur les Revenus 1992, occupées en dehors d'un contrat de travail, huit entreprises satisfont aux exigences de répartition du solde bénéficaire telles que définies aux articles 15 et 16 de l'A.R. du 14 novembre 2003concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés, précité. Au 6 septembre 2016, il s'agissait de AG Insurance (SA), Allianz Benelux (SA), AXA Belgium (SA), Intégrale (CCA), KBC Assurances (SA), La Fédérale Pensions (SA), le Service fédéral des pensions et SEPIA (SA) (voy. le site de la F.S.M.A. : www.fsma.be).

[589] Avec 9,46 % du capital, capital.fr, publié le 15 septembre 2008.

[590] Le climat financier favorisait alors la solvabilité des entreprises actives dans le secteur « vie » ; entretien avec Marcel Savoye, président du Service fédéral Pensions, le 28 février 2018.

[591] « Chemie verrast met pensionplan», *De Standaard*, 3 décembre 2010.

désignation de l'organisme de pension[592]. Afin de parachever le système, la force obligatoire de cette convention collective est demandée. Le Roi y pourvoit par arrêtés le 6 et le 12 juillet 2011[593].

173. *Le choix d'un opérateur public mécontente le secteur privé* - Cette décision ne fut pas du goût des acteurs privés du secteur, déjà échaudés par l'offre des mutuelles en matière d'assurance maladie complémentaire[594]. L'offre de pensions complémentaires, en sus de sa mission de gestionnaire des pensions légales, par l'Office national des pensions « fausse le jeu », selon le porte-parole d'Assuralia[595]. Ce dernier indique que l'absence de stricte différenciation des activités entre les premier et deuxième piliers dans le chef de l'organisme public pourrait faire l'objet d'une plainte auprès des autorités européennes de la concurrence[596].

174. *Sept ans plus tard, la fin programmée des services du SFP* - Le 18 décembre 2017, le Comité de gestion du Service fédéral des pensions (SFP) prend la décision de se défaire de son activité de gestion de plans de pensions complémentaires. Ce choix est motivé par les impératifs de la directive 2009/138/CE, sans cesse plus formels, par la difficulté d'améliorer le ratio de solvabilité en raison de l'unicité de l'activité du Service fédéral des pensions et par l'impossibilité de procéder à une recapitalisation[597]. De manière générale, le climat financier n'est plus favorable à des petits opérateurs mono-activité[598]. Que ce soit par la création d'un nouvel organisme de pension ou l'attribution à un acteur du marché, l'activité de l'organisme public devra être transférée.

Le récit de l'adoption du plan de pension complémentaire du secteur de la chimie montre la complexité du choix de l'organisme. A côté des critères classiques, comme le taux et les frais de gestion, d'autres critères d'attribution liés à l'opérateur ont été mis en avant. Ces derniers sont, à première vue, moins directement liés

---

[592] Pour les ouvriers, CCT de□pose□e le 17 décembre 2010 et enregistre□e le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102859/CO/116, pour les employés, CCT déposée le 17 décembre 2010 et enregistrée le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102860/CO/207.

[593] Pour les ouvriers, A.R. du 12 juillet 2011, *M.B.*, 6 septembre 2011 et pour les employés, A.R. du 6 juillet, *M.B.*, 28 août 2011.

[594] « Staat breekt door in tweede pensionpijler », *De Tijd*, 3 décembre 2010 ; « Assureurs et mutuelles toujours pas sur un pied d'égalité », *L'Echo*, 8 décembre 2010.

[595] « Open oorlog in pensioenland », *De Tijd*, 8 décembre 2010.

[596] « Rijksdienst Pensioenen speelt vals in tweede pensionpijler », *De Tijd*, 8 décembre 2010.

[597] Procès-verbal de la réunion du 17 décembre 2017 du Comité de gestion du Service fédéral des pensions, p. 8 ; La directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) est couramment désignée par l'expression « Solvency II ».

[598] Plus petit assureur du secteur des pensions complémentaires, le SFP n'a pas d'activités dans d'autres branches des assurances ; entretien avec Marcel Savoye, président du Service fédéral Pensions, le 28 février 2018.

à l'objet du marché. On relève par exemple l'attribution du solde bénéficiaire du régime à un fonds de répartition, la gestion paritaire de l'organisme ou, encore, l'absence de distribution des gains annuels aux actionnaires. Enfin, les critères classiques et les critères liés à l'opérateur ont été associés à un critère de sélection qualitatif, visant à vérifier l'aptitude des soumissionnaires à effectuer la prestation faisant l'objet du marché, exprimé sous la forme de la solvabilité. L'ensemble des critères a amené les partenaires sociaux à porter leur choix sur un opérateur public, le Service fédéral des Pensions. C'est *in fine* encore un autre critère de sélection qualitatif, cette fois lié à la capacité technique et professionnelle du Service fédéral des pensions, qui a motivé en partie la décision du 17 décembre 2017 de désengagement de l'organisme public.

(ii) Le contenu du plan

175. *Le rôle central du FSE* - Le régime de pension complémentaire est contenu dans deux CCT, conclues le 5 août 2010[599]. Il confère à chaque travailleur du secteur un droit à une pension complémentaire. Les CCT prévoient un mécanisme dit « *buiten toepassingsgebied* ». En effet, l'article 2.2 des CCT exclut de leur champ d'application les employeurs et leurs travailleurs lorsque les travailleurs bénéficient déjà, au 1er janvier 2011, d'un régime d'entreprise équivalent ou meilleur que celui que les CCT instituent.

De manière similaire au régime de la CP 226, cette mesure d'exclusion du champ d'application n'est pas automatique. Elle nécessite une déclaration de l'employeur dans les formes et les délais prescrits par les CCT[600].

De plus, tout comme dans le régime de la CP 226 déjà examiné, les CCT excluent l'« opt-out », lequel permet à un employeur de se désolidariser du système sectoriel et d'organiser son propre système équivalent[601]. Ici aussi, un droit exclusif au sens du droit européen a donc été octroyé pour la gestion du régime de pension complémentaire du secteur.

Conformément à la loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires, l'article 6 des CCT désigne le fonds social du secteur (FSE) comme organisateur[602]. Cet organisme perçoit le financement prélevé par l'ONSS et le transfère « sans délai » à l'organisme de pension, moyennant un prélèvement de 2,5 % au titre de frais de gestion et afin de remédier au défaut de paiement de certaines entreprises, pour cause de faillite par

[599] CCT du 5 août 2010 conclue au sein de la CP 207, n° 101256, rendue obligatoire par l'A.R. du 13 mars 2011, *M.B.*, 4 avril 2011 ; CCT du 5 août 2010, conclue au sein de la CP 116, n° 101254, rendue obligatoire par l'A.R. du 13 mars 2011, *M.B.*, 4 avril 2011.

[600] Art. 3 des CCT.

[601] Art. 5 des CCT.

[602] Art. 3, § 1er, 5° de la loi du 28 avril 2003.

exemple[603]. Sur la base des articles 7 des mêmes textes, l'exécution du régime est attribuée à une assurance-groupe. Comme déjà indiqué, c'est l'Office national des pensions (devenu entretemps Service fédéral des pensions) qui est désigné en tant qu'organisme de pension en charge de l'exécution de l'engagement de pension complémentaire. Ce dernier finance sa propre gestion à hauteur de 1 % des cotisations et offre alors un rendement garanti de 3,25 %[604].

En conclusion, l'exposé des procédures ayant mené à l'adoption d'un régime de pension dans les deux secteurs abordés montre la complexité de la démarche : une multiplicité d'acteurs, tant du côté de l'organisateur que des gestionnaires de pension, des liens avec les pensions légales et les autres domaines de la négociation sectorielle, de nombreux critères possibles (dont les liens avec l'objet du marché sont plus ou moins étroits). Une certaine souplesse dans la gestion de ces critères paraît faciliter la sélection du prestataire, comme en témoigne le récit de l'adoption du régime de pension du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes : une modification de la pondération des critères a été nécessaire pour sortir du blocage des négociations entre partenaires sociaux. Dans le secteur de la chimie, où les critères de sélection ont traduit des enjeux macroéconomiques, la même souplesse semble avoir été utile.

De plus, dans les deux cas, la négociation collective a conduit à l'adoption d'un régime identique de pension complémentaire dans le secteur. Cette dynamique, à la façon dont nous l'avons relevé avec Micheline Jamoulle dans la partie I de la thèse, « contribue à collectiviser et à uniformiser les relations de travail »[605]. A la manière dont l'avocat général Jacobs l'explique dans ses conclusions rendues préalablement à l'arrêt *Albany,* « Le jeu de la concurrence est restreint en ce qui concerne les entreprises des employeurs : un facteur de coût important fait l'objet d'une harmonsation dans l'ensemble d'un secteur »[606]. Elle contribue donc à l'égalité dans l'exploitation de la force de travail, ici sur deux plans au moins et encore selon les mots de l'avocat général : « la liberté de choisir le régime de pension le plus favorable est limitée et les employeurs n'ont pas la possibilité d'attirer des travailleurs âr des régimes de pension plus avantageux »[607].

---

[603] Art. 8.1 des CCT.

[604] Art. 2.2 des CCT. Le taux de 3,25 % correspond au minimum légal garanti. Il a été porté à 1,85 % par la loi du 18 décembre 2015 visant à garantir la pérennité et le caractère social des pensions complémentaires et visant à renforcer le caractère complémentaire par rapport aux pensions de retraite.

[605] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2. La négociation collective de travail crée les conditions d'égalité dans l'exploitation.

[606] Conclusions de l'avocat général JACOBS rendues le 28 janvier 1999 dans l'affaire *Albany* (21 septembre 1999, aff. C-67/96), point 74.

[607] *Ibid.*

Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence

176. *Plan de la section* - L'analyse de l'adoption des situations présentées au regard du droit de la concurrence consiste à déterminer si la dynamique de négociation collective de travail est soumise aux obligations de mise en concurrence et de contrôle de l'impartialité de la procédure telles qu'expliquées par la CJUE dans l'arrêt *Unis et Beaudout* et si elle y est conforme. D'emblée, il faut préciser que cet exercice a une portée pédagogique puisque les règles dégagées par l'arrêt *Unis et Beaudout* ne sont applicables que pour la période postérieure à celui-ci. Or les différents plans ont été adoptés avant décembre 2015.

Nous avons vu dans la partie I de la thèse que les obligations de transparence déduites des articles 18, 49 et 56 du TFUE s'appliquent dès qu'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE est attribué par une autorité, autrement que par acte législatif[608]. Les situations que nous avons présentées dans la section 1 présentent ces traits, principalement en raison du fait que les conventions collectives de travail ont été rendues obligatoires par un acte de l'autorité. En principe, les obligations de transparence s'appliquent donc. Dans un premier temps, il est toutefois nécessaire de vérifier si les situations présentée dans la section 1 ne présentent pas les traits soit, d'hypothèses où le droit européen ne trouve pas à s'appliquer, soit, de causes d'exemption qu'il prévoit. C'est l'objet de la sous-section 1. Dès lors qu'aucune de ces causes dérogatoires ou d'inapplication du droit européen n'est rencontrée, l'application des obligations de transparence est confirmée. La sous-section 2 identifie alors que la dynamique de négociation collective en cause relève de l'exercice d'un droit fondamental.

Sous-section 1. Trois hypothèses de non-application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination

177. *Plan de la sous-section* - Dans la partie I de notre travail, nous avons examiné la portée des obligations de transparence. Nous avons alors identifié qu'en raison de l'ancrage des obligations de transparence dans le droit primaire (plus précisément, les articles 18, 49 et 56 du TFUE), elles ne sont applicables qu'à des situations qui présentent un intérêt transfrontalier[609]. Nous analysons cette condition à l'application du droit européen dans le paragraphe 1. Par ailleurs, ces obligations trouvent leur origine dans le droit des marchés publics et, pour cette raison, elles ne s'appliquent pas si la mission est attribuée à une quasi-régie de l'adjudicateur, par analogie avec le droit dérivé des marchés publics. Le paragraphe 2 examine si les dynamiques de négociation collective de travail présentent cette particularité. Enfin, l'application des obligations de transparence par le

[608] Voy. *supra*, partie I, Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen.

[609] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3, (ii), n° 62.

truchement de l'article 106 du TFUE et une jurisprudence récente de la CJUE nous encourage à examiner une troisième cause d'exemption, fondée sur l'objectif poursuivi. C'est l'objet du paragraphe 3.

§ 1. L'absence d'intérêt transfrontalier

178. *Seulement pour les petits marchés de services à dimension locale* - Nous avons vu dans la partie I que, sous certaines conditions, de petits marchés de services à dimension locale peuvent être attribués sans se conformer aux principes susmentionnés, si les services en question ne présentent aucun intérêt frontalier pour les opérateurs d'autres États membres et n'ont donc aucune incidence sur le fonctionnement du marché intérieur[610]. Les indices dégagés par la Cour pour identifier l'existence d'un intérêt transfrontalier ne semblent pas être des balises strictes. Dans l'affaire C-318/15, la Cour explique que « l'existence d'un intérêt transfrontalier certain ne pourrait être exclue, un indice à cet égard étant le fait que [*le lieu d'exécution du marché*] est située à moins de 200 kilomètres de la frontière »[611]. Remarquons à cet égard qu'aucun point du territoire belge n'est distant de plus de 200 kilomètres de trois (!) autres Etats membres. Etablir que le droit européen n'est pas applicable en raison de l'inexistence d'un intérêt transfrontalier semble donc un exercice périlleux,. Il faut dans doute y comprendre le désir de la juridiction européenne de l'application maximaliste des règles du traité.

Concernant le cas particulier des pensions, nous avons avancé dans l'article co-rédigé avec Quentin Detienne que la Commission a relevé à plusieurs reprises que le marché de l'assurance en général reste très majoritairement découpé selon les frontières nationales, en raison de caractéristiques particulières propres au secteur (diversités législatives, notamment sur le plan fiscal ; liens avec l'administration locale ; emploi des langues ; etc.)[612]. Des auteurs ont tiré argument de cette situation pour soutenir que le marché des assurances sociales complémentaires ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain[613] ; une argumentation similaire a

[610] *Ibid*. Sur cette notion, *voy*. Guide du 29 avril 2013, *op. cit.*, SEC (2013) 53 final/2, § 201.

[611] C.J.U.E., 6 octobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni Srl v Comune di Fossano*, aff. C-318/15, point 21.

[612] Voy. la **c**ommunication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Enquête sectorielle menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur l'assurance des entreprises (Rapport final) COM/2007/0556 final, à laquelle l'avocat général Jääskinen fait référence au § 44 de ses conclusions précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées ; voy. également le *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law* (disponible en ligne à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/insurance/final_report_en.pdf).

[613] Voy. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *Droit social*, 2016, n° 4, pp. 376-383.

été présentée devant la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* par plusieurs parties à l'instance[614]. Nous sommes toutefois d'avis que cet argument a peu de chances d'être retenu, du moins dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaire sectoriel. En effet, nous avons vu que, en cohérence avec l'objectif d'ouverture des marchés nationaux à la concurrence étrangère poursuivi par l'obligation de transparence, la définition de l'intérêt transfrontalier certain est particulièrement large, puisqu'il suffit qu'un opérateur étranger soit susceptible d'être intéressé par l'opération considérée pour qu'elle présente de manière certaine cet intérêt transfrontalier. Or, l'Union européenne a adopté des directives visant précisément à faciliter (entre autres) l'exercice d'activités de gestion de régimes de pension complémentaire par des opérateurs étrangers au sein du marché intérieur, parmi lesquelles la directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle[615]. C'est donc que l'on considère qu'il existe, au moins de manière potentielle, un marché européen pour la prestation de ce type de services, et qu'on souhaite lui permettre de se développer. Nier l'existence d'opérateurs économiques étrangers susceptibles d'être intéressés par la gestion d'un régime de pension semble, dans ce contexte, difficilement soutenable, du moins en matière de principe[616]. En outre, on rappellera que la question du respect de l'obligation de transparence ne se pose qu'à l'égard de la constitution de régimes de pension complémentaire *obligatoires à l'échelle d'un secteur d'activité au moins*, puisque c'est l'octroi d'un droit exclusif au gestionnaire de ce régime *par l'extension d'un accord collectif* qui entraîne son applicabilité de principe. Or, ces régimes couvrent par hypothèse un nombre important de travailleurs, et présentent donc certainement un intérêt économique non négligeable pour les opérateurs du secteur[617].

Pour ces raisons, il nous a semblé que l'existence d'un intérêt transfrontalier devrait pouvoir être facilement retenue dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaire sectoriels. L'obligation de transparence doit donc certainement être considérée comme s'y appliquant en général, sauf à l'égard de régimes particuliers – par exemple, ayant une valeur économique (très) réduite. Il convient enfin de se

[614] Voy. le point 44 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

[615] Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte), qui se substitue à la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

[616] Dans le même sens, voy. S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *Droit social*, 2016, n° 9, pp. 764.

[617] Dans le même sens, voy. le point 49 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

demander si une cause d'exemption à l'application des obligations de transparence tirée de la spécificité du marché en cause pourrait, elle, trouver à s'appliquer.

§ 2. L'exécution de la mission par une quasi régie

179. *L'exception in-house* – Nous avons vu dans la partie I de la thèse que l'origine des obligations de transparence dans le droit des marchés publics permet de conclure, par analogie, à l'application d'une exception tirée de cette branche du droit[618]. L'exception *public-public* est au départ une construction jurisprudentielle. Elle permet de se délivrer de contraintes du droit des marchés publics lorsque, entre autres conditions, le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services[619]. Autrement dit, la Cour étend l'exception à des situations où l'obligation de mise en concurrence découle du droit primaire[620].

180. *Trois conditions cumulatives* – L'exception de quasi-régie, dont on notera qu'elle a été intégrée en 2014 dans le droit européen dérivé des marchés publics[621], requiert la rencontre de trois conditions cumulatives : d'abord, l'autorité publique adjudicatrice du marché doit « exerce[r] sur [l'entité adjudicataire] en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ». Ensuite, cette entité adjudicataire doit « réalise[r] l'essentiel de son activité avec la ou les [entités adjudicatrices] qui la détiennent »[622]. Enfin, le capital de l'entité adjudicataire contrôlée doit être intégralement public, aucune participation privée n'étant admise[623].

---

[618] Voy *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption.

[619] *Ibid.*

[620] B. KOTSCHY, *op. cit.*, p. 850 ; M. HEINE, B. SCHUTYSER, R. VAN MELSEN, « La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives », *R.D.I.R.*, pp. 283-298.

[621] Plus précisément, elle a été intégrée dans trois directives adoptées en 2014, à savoir la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. A ce sujet, voy. notamment A.-L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics », *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 34, pp. 649-654.

[622] Point 50 de l'arrêt Teckal, aff. C-107-98, précité. Voy. égal. entre autres C.J.U.E., 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03, point 49 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, aff. C-215/09, § 32.

[623] M. HEINE, B. SCHUTYSER et R. VAN MELSEN, « La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives », *op. cit.*, p. 284 ; Voy. le point 52 de l'arrêt *Stadt Halle*, aff. C-26/03, précité ; Voy. égal. entre autres le point 32

Ces conditions ont fait l'objet de nombreux développements dans la jurisprudence de la Cour, sur lesquels il n'est pas nécessaire de nous étendre ici. Relevons toutefois que la Cour a précisé que la première condition, celle d'un contrôle analogue, est remplie lorsque l'entité adjudicatrice peut exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'entité adjudicataire[624]. Par ailleurs, le critère de l'essentiel de l'activité est rencontré si 80 % du chiffre d'affaire réalisé par l'entité adjudicataire l'est pour le compte de l'entité adjudicatrice.

181. *Distinguer selon que le plan est confié à un OFP ou à un assureur* - Que donnent les trois conditions aux cas exposés dans la sectio 1 ? La réponse à la question de l'applicabilité de la jurisprudence *Teckal* suppose de distinguer la situation de l'organisateur du régime de pension de celle de l'organisme de pension, telles qu'elles sont régies par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires. Il semble incontestable que l'organisateur d'un régime de pension sectoriel doit être considéré comme l'émanation directe de la commission paritaire. L'article 3, § 1er, 5°, a), de loi que nous avons déjà commentée précise en effet que cet organisateur est une personne morale composée paritairement et désignée via une convention collective de travail. Généralement, l'organisateur est un fonds de sécurité d'existence (un organisme que nous détaillons dans le cas d'étude 4).

Toutefois, l'organisateur d'un régime de pension n'est qu'un intermédiaire, une « interface » entre la commission paritaire et le gestionnaire du régime. En effet, l'organisateur ne peut exécuter lui-même le régime de pension : la loi impose que cette exécution soit confiée à un organisme de pension. Selon l'article 3, § 1er, 16°, de la loi relative aux pensions complémentaires, les organismes de pension peuvent être de deux types. Il s'agit soit d'un organisme visé aux Livres II et III de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, c'est-à-dire d'une entreprise d'assurance, soit d'un organisme visé à l'article 2, 1°, de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, à savoir un organisme de financement de pension (O.F.P., que le langage courant appelle un fonds de pension). C'est à propos de ces deux types possibles d'organisme de pension que se pose la question de l'application de la jurisprudence *Teckal*.

---

de l'arrêt *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, aff. C-215/09, précité ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Sea*, aff. C-573/07, point 46 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08, point 53. Voy. *supra,* partie I, chapitre 1, section 3, § 3, L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions.

624 Point 25 de l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité ; voy. également entre autres C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, point 36 ; point 28 de l'arrêt *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, précité ; point 65 de l'arrêt Sea, aff. C-573/07, précité.

182. *Une entreprise d'assurance est une entreprise avec sa stratégie propre* - L'hypothèse du recours à une entreprise d'assurance semble facile à traiter. La loi relative aux pensions complémentaires prévoit que lorsque l'exécution du régime est confiée à un assureur, un comité de surveillance doit être créé, qui est composé pour moitié de membres qui représentent le personnel au profit duquel l'engagement de pension a été instauré. Par conséquent, certains représentants des travailleurs sont dotés d'un droit de regard sur l'exécution de l'engagement. Mais l'entreprise d'assurance demeure avant tout une entreprise autonome, avec son capital propre, ses structures propres de décision et un panel d'activités souvent varié. Il paraît dès lors très difficile de considérer que les membres de la commission paritaire exercent sur l'entreprise d'assurance un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, et que l'entreprise d'assurance réalise l'essentiel de son activité avec la commission paritaire. Autrement dit, les conditions d'application de la jurisprudence *Teckal*, au premier rang desquels la condition relative au contrôle analogue, ne sont pas rencontrées. En résumé, on ne peut se prémunir de l'exception de quasi-régie pour revendiquer l'inapplication des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE dans l'hypothèse de l'attribution de la mission de pension à une entreprise d'assurance.

183. *L'O.F.P. présente certains trait d'une quasi-régie* - L'examen de l'hypothèse de l'O.F.P. conduit à un tout autre résultat. Tout d'abord, la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle crée de nombreuses exigences à l'égard des O.F.P., parmi lesquelles l'absence de capital social et la limitation de l'objet social aux prestations de retraite[625]. Il découle de ces contraintes, d'une part, que l'O.F.P. ne comporte pas de participation directe de capitaux privés et, d'autre part, que l'essentiel de ses activités provient des tâches confiées par les partenaires sociaux. En outre, lorsqu'un régime de pension sectoriel est institué et qu'il est confié à un O.F.P., la loi du 28 avril 2003 prévoit que le conseil d'administration de cette institution est géré paritairement au sens de la loi, c'est-à-dire qu'il est composé pour moitié de représentants du personnel des entreprises engagées dans le régime, sauf si la convention collective de travail conclue au sein de la commission paritaire compétente en dispose autrement[626]. La loi ajoute que les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales (plus précisément, par la délégation des travailleurs au sein de l'organisateur de pension) parmi les bénéficiaires du régime de pension ou parmi les membres de leurs organisations représentatives des travailleurs. Ces éléments donnent à penser que les critères de l'exception de quasi-régie, tant relatifs à la structure de capital, à la répartition de l'activité qu'au contrôle de

[625] Articles 10 et 11 de la loi du 27 octobre 2006, précitée.

[626] Art. 41, § 1er, 1er alinéa, 1), de la loi du 28 avril 2003, précitée ; à ce propos, voy. M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social », *op. cit.*, p. 172 ; A. AUTENNE, « Les relations juridiques qu'entretiennent les parties prenantes », *in Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives* (dir. A. AUTENNE et O. HERMAND), Bruxelles Larcier, 2012, p. 133.

celle-ci, sont rencontrés. Des auteurs argumentent dans le même sens[627]. Si cette hypothèse se confirme, l'attribution de l'exécution d'un régime de pension par l'organisateur à un O.F.P. ne serait pas soumise à l'obligation de transparence et aux exigences de mise en concurrence qui en découlent.

184. *Application en cascade des obligations de transparence* - La confirmation de cette hypothèse pourrait toutefois également avoir des conséquences sur les pratiques des O.F.P. mandatés. On l'a dit, l'obligation de transparence est une construction jurisprudentielle intimement liée au droit dérivé des marchés publics. Celui-ci, s'il ne s'applique pas en tant que tel, est donc une source d'interprétation certaine du contenu et de la portée de l'obligation[628]. Or, dans la réglementation relative aux marchés publics, un établissement dépendant d'un pouvoir adjudicateur, s'il n'est pas de nature commerciale, sera généralement lui-même couvert par les directives, en tant qu'organisme de droit public. En effet, si le fait d'être contrôlé par un pouvoir adjudicateur permet la satisfaction d'une des conditions de l'exception de quasi-régie, il implique également qu'une des principales caractéristiques de la notion d'organisme de droit public est rencontrée[629]. Or les organismes publics entrent dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des sujets du droit des marchés publics[630]. (Nous avons déjà analysé ce concept dans la partie I)[631]. Cette application « en cascade » du droit des marchés publics est cohérente avec la logique de l'exception de quasi-régie : pour appréhender les relations entre l'autorité adjudicatrice et sa quasi-régie, on ne tient pas compte de leur séparation juridique. Mais cela entraîne également que la quasi-régie, pour les relations qu'elle noue avec les opérateurs économiques, peut être à son tour considérée comme une autorité adjudicatrice, lesquelles relations doivent ainsi avoir été nouées dans le respect du droit des marchés publics.

---

[627] F. VLASSEMBROECK et L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Bruxelles, EBP, 2011, pp. 457-485, spéc. p. 471 ; L. SOMMERIJNS et F. VLASSEMBROECK, *Pensions complémentaires dans le secteur publics,* Bruxelles, Kluwer, Dossier Life&Benefits 2011/02, 2011, p. 22.

[628] A. BROWN, « The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary : Case C-458/03, Parking Brixen », *Public Procurement Law Review*, 2006, p. NA43 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement : Regulation in the EU and UK*, *op. cit.*, p. 370.

[629] Art. 2, 1., 4., c), de la Dir. 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.

[630] Art. 2, 1., 1., de la Dir. 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.

[631] Voy. *supra,* partie I, chapitre 2, section 1, § 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption.

Etant donné l'ancrage de l'obligation de transparence dans le droit dérivé des marchés publics, et étant donné leur finalité commune d'ouverture des relations des autorités publiques au sens (très) large avec les opérateurs économiques à la concurrence, il nous semble que cette application en cascade pourrait bien être exigée aussi dans le cadre de l'obligation de transparence. Cela signifierait que, dans l'hypothèse où l'exception de quasi-régie s'appliquerait aux relations entre les partenaires sociaux (prenant la forme de l'organisateur de pension) et l'O.F.P., ce dernier devrait lui-même respecter cette obligation de transparence dans ses relations avec des opérateurs économiques, par exemple des prestataires de services financiers (gestionnaires d'actifs, etc.). Nous développons plus ce point dans le cas d'étude 4[632].

§ 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif

Rappel de la jurisprudence Spezzino et CASTA - Dans la partie I de notre travail, nous avons indiqué qu'il existe des situations dans lesquelles l'attribution de droits exclusifs peut avoir lieu en dehors du respect des obligations de transparence. Sans être persuadés que l'on peut relier le mécanisme avec l'article 106 du TFUE (certains auteurs le suggèrent), une jurisprudence récente de la CJUE dit qu'un Etat membre peut prévoir des modes de sélection échappant au droit du marché intérieur[633]. Les arrêts de la Cour indiquent les critères qui, s'ils sont remplis, entraine la non-application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination. Dans les arrêts *Spezzino* et CASTA, la Cour décide que la procédure d'octroi d'un droit exclusif dérogeant à l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination est conforme au droit européen lorsque quatre conditions sont rencontrées cumulativement. Pour rappel : tout d'abord, l'attribution directe et prioritaire d'un marché doit contribuer effectivement à la finalité sociale de l'activité faisant l'objet du marché. Ensuite, l'attribution doit renforcer la solidarité. Elle doit aussi participer à la poursuite d'objectifs d'efficacité budgétaire. Par exemple, l'opérateur économique ne doit pas poursuivre d'autres objectifs que ceux-là, c'est-à-dire assurer la finalité sociale de l'activité dont la gestion lui est confiée dans des conditions de solidarité et d'efficacité budgétaire. Enfin, il ne peut réaliser aucun profit du fait de ses prestations ni procurer aucun profit à ses membres[634]. Sans préjuger d'une décision qui appartient au juge national, il semble pertinent d'amener une série d'éléments propres au domaine des pensions complémentaires sectorielles qui permettent de penser que les dynamiques que nous avons présentées dans la section 1 rencontrent les trois critères mis en avant par la Cour.

[632] Sur l'application « en cascade », voy. les n° 60, 192, 246, 262, 269 et 283.

[633] Voy. *supra,* partie I, chapitre 2, section 1, § 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption.

[634] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 3. Le régime d'attribution des droits exclusifs.

185. *L'instauration d'un régime de pension poursuit une finalité sociale* - Tout d'abord, l'instauration d'un régime de pension sectoriel n'est pas une démarche dénuée de finalité sociale. Au contraire, elle tend à la réalisation d'un droit consacré dans l'Union aussi bien qu'au niveau international : la sécurité sociale et l'aide sociale. La sécurité sociale et l'aide sociale sont inscrites à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les mécanismes de pensions complémentaires fondés sur la capitalisation en font-ils partie ? La disposition fondamentale européenne « est fondé[e] sur l'article 12 de la Charte sociale européenne et elle garantit un niveau de protection au moins aussi élevé que celui de la convention 102 de l'Organisation internationale du Travail »[635]. L'article 12 de la Charte sociale européenne dispose qu'un système de sécurité sociale doit couvrir les risques traditionnels, en ce compris les pensions de vieillesse et que cela comprend des régimes de caractère universel aussi bien que des régimes à base professionnelle et des régimes généraux, des prestations contributives, non contributives et mixtes[636]. Du côté de la réglementation mondiale, l'étude d'ensemble de 1989 sur la protection de la vieillesse par la sécurité sociale indique que « la convention n° 102 [est] conçue sur ce point de manière extrêmement souple. Ainsi que les travaux préparatoires de la convention n° 102 le montrent, un même niveau général de sécurité sociale peut être atteint de différentes manières »[637]. La convention 102 permet ainsi de tenir compte tant des assurances sociales fondées sur des cotisations que de la protection, également obligatoire, mais financée par l'impôt général[638]. La jurisprudence communautaire donne également un éclairage intéressant et univoque. On lit dans l'arrêt *AG2R* qu'« en ce qu'il prévoit une protection sociale complémentaire obligatoire pour tous les salariés d'un secteur économique, un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé poursuit un objectif social ». Cette approche s'inscrit dans celle des arrêts *Albany* et *Pavlov* (qui concernaient des régimes de pension sectoriels) ainsi que *Cisal* et *Kattner Stahlbau*[639]. Il paraît dès lors difficile de refuser de reconnaître à la création d'un plan de pension complémentaire sectoriel la poursuite d'une finalité sociale, que ce soit *via* un O.F.P. ou *via* une entreprise d'assurance.

---

[635] D. DUMONT, « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale », *in* S. VAN DROOGHENBROEK et F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union europe□enne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 723-758.

[636] Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1er septembre 2008, p. 89 (lequel fait référence aux Conclusions 2006, Bulgarie, p. 116 et aux Conclusions XIII-4, Observation interprétative de l'article 12, p. 36).

[637] Etude d'ensemble de 1989 sur la protection de la vieillesse par la sécurité sociale, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie 4B), § 41.

[638] *Ibid*, § 42.

[639] C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R,* aff. C-437/09, point 44 ; C.J.U.E., 21 septembre 1999, *Albany,* aff. C-67/96, point 86 ; C.J.U.E., 12 septembre 2000, *Pavlov, aff. C-184/98,* point 118 ; C.J.U.E., 22 janvier 2002, *Cisal,* aff. C-218/00, point 37 ; C.J.U.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau,* aff. C-350/07, point 42.

186. *L'instauration d'un régime de pension renforce la solidarité* - Ensuite, il faut apporter quelques précisions à propos du critère formulé par la Cour selon lequel le mandatement doit poursuivre un objectif de solidarité. La solidarité est une notion complexe à définir. La Cour s'est efforcée d'en tracer les contours dans sa jurisprudence relative à la notion d'activité exclusivement sociale, qui échappe au champ d'application du droit de la concurrence[640]. A propos des pensions, la Cour semble toutefois avoir dessiné des frontières nettes, selon lesquelles un régime financé par répartition constituerait une activité exclusivement sociale tandis qu'un régime financé par capitalisation serait une activité économique[641]. L'affirmation du caractère économique d'une activité n'exclut toutefois pas que cette activité puisse être qualifiée de solidaire. Dans le célèbre arrêt *Albany* par exemple, l'activité des fonds de pension néerlandais en cause a été qualifiée d'économique (les régimes concernés étaient financés par capitalisation), mais la Cour lui a reconnu par ailleurs un caractère solidaire suffisant pour entraîner l'application de l'article 106 du TFUE, et l'immuniser ainsi contre l'application du droit européen de la concurrence.

Quoique, comme on l'a dit plus haut, les liens entre la jurisprudence de la Cour relative à l'application de l'article 106 du TFUE, développée en droit de la concurrence et les arrêts *Spezzino* et *CASTA* soient difficiles à démêler, cette jurisprudence peut peut-être servir de source d'inspiration pour interpréter l'exigence de poursuite d'un objectif de solidarité formulée par la Cour dans ces deux arrêts. Nous nous alignons sur ce point sur l'avis de certains auteurs[642]. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour a accordé une attention particulière à l'octroi de prestations sans lien direct avec les cotisations versées pour qualifier un régime de pension de solidaire. Or le droit belge des pensions professionnelles établit une distinction entre les régimes de pension sectoriels « classiques » et les régimes de pension sectoriels « sociaux » sur la base du fait que ces derniers comprennent un volet « solidarité », qui assure précisément aux travailleurs la constitution de droits à la pension y compris dans des périodes au cours desquelles ils ne travaillent pas[643]. Plus précisément, l'arrêté royal détermine quinze situations pendant lesquelles le travailleur ne contribue pas mais qui peuvent être prises en considération dans la définition du droit de pension. L'arrêté royal prévoit

[640] On se permet de renvoyer à ce sujet à Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, pp. 331-364.

[641] *Ibid.* Voy. égal. C.J.U.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96.

[642] A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38 ; D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt CASTA », *op. cit.*, pp. 43-47.

[643] L. SOMMERIJNS et F. VLASSEMBROECK, Pensions complémentaires dans le secteur public, op. cit., p. 50.

également des rentes supplémentaires dans des hypothèses spécifiques, comme la perte de revenus en cas d'incapacité de travail permanente.[644]. A supposer donc que l'on puisse s'inspirer de la jurisprudence développée en droit européen de la concurrence pour interpréter les arrêts *Spezzino* et *CASTA*, la mise en place d'un volet « solidarité » dans un régime de pension obligatoire dont la gestion est attribuée à un opérateur économique unique pourrait permettre de rencontrer la condition de poursuite d'un objectif de solidarité formulée dans ces arrêts. Néanmoins, il nous faut préciser que la réalisation de seulement trois éléments de la liste dressée par l'arrêt royal est suffisante, en droit belge, pour acquérir la qualité de régime de pension sectoriel « social ». Il nous semble que la solidarité retenue par les juges européens va plus loin. Elle exige une solidarité « renforcée », allant probablement au-delà de ce qui est nécessaire pour emporter la qualification en droit belge.

187. *L'instauration d'un régime de pension renforce l'efficacité* - Par ailleurs, le critère de l'efficacité budgétaire, également formulé par la Cour dans les deux arrêts précités, quoique passablement flou, pourrait être rencontré par la démonstration que les moyens financiers engagés dans le régime de pension sont consacrés de la meilleure des façons à la réalisation de l'objectif social. Sur ce point, il faut sans doute distinguer, comme nous l'avons déjà fait plus haut, selon que l'organisme de pension prend la forme soit d'une entreprise d'assurance, soit d'un O.F.P. Pour ce qui a trait à l'allocation des ressources financières, la loi indique que l'objet social d'un O.F.P. doit être limité aux prestations de retraite. Il est donc garanti que l'O.F.P. se consacre entièrement à sa mission de financement de pensions[645]. Une telle limitation de l'objet social à l'exécution d'un régime de pension n'est pas prévue pour les entreprises d'assurances. Dans les deux hypothèses par contre, les personnes qui exercent des fonctions clés et, le cas échéant, les personnes ou les entités auprès desquelles une fonction clé a été externalisée doivent satisfaire à des exigences de compétence et d'honorabilité[646]. Dans les deux cas également, la F.S.M.A. exerce un contrôle[647]. On peut y voir des gages de la bonne allocation des moyens financiers.

---

[644] Art. 43 de la loi du 28 avril 2003, précitée, et A.R. du 14 novembre 2013 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux. Voy. à ce propos M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social », *in* A. AUTENNE et O. HERMAND (dir.), *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, p. 161.

[645] Art. 10, al. 1er, de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée.

[646] Art. 24 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée, et art. 40 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, précitée.

[647] Art. 4 et 5 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée, et art. 45, § 1er, 3°, f., de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

188. *Les prestataires ne poursuivent pas d'autres objectifs ?* - Enfin, la Cour exige que, lorsqu'ils interviennent dans ce cadre, les prestataires ne poursuivent pas d'autres objectifs que ceux mentionnés au point précédent, qu'ils ne réalisent aucun profit du fait de leurs prestations, indépendamment du remboursement des coûts variables, fixes et permanents nécessaires pour fournir celles-ci, et qu'ils ne procurent aucun profit à leurs membres[648]. A ce sujet, il semble intéressant de remarquer que, lorsque le plan de pension est exécuté par un O.F.P., l'article 10 de la loi relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle prévoit que cet organisme ne peut procurer d'autre gain matériel que celui lié à la réalisation du but pour lequel il a été créé[649]. L'allocation obligatoire de toutes les ressources financières à la mission sociale signifie que l'O.F.P. ne réalise aucun profit ni n'en procure à ses membres et, dès lors, que le troisième critère avancé par la Cour pourrait être rencontré lorsque les partenaires sociaux font appel à ce type d'organisme de pension. Si l'allocation de l'entièreté du résultat financier à la poursuite de l'objet social répond ainsi à une obligation légale pour un O.F.P., il n'est pas impossible de penser qu'elle puisse aussi être une démarche volontaire dans le chef d'une société d'assurance.

En résumé, une nouvelle donne existe du fait de la jurisprudence récente de la Cour. Elle implique que, lorsque quatre critères sont remplis, l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité ne trouve pas à s'appliquer. Il semble possible d'argumenter que, dans l'hypothèse de l'attribution de la gestion d'un régime de pension à un O.F.P., (i) le mandatement poursuit bien une finalité sociale et (ii) que les nombreux mécanismes de contrôle garantissent l'allocation des moyens de la meilleure des façons. (iii) L'unicité de l'objet social et le désintéressement financier sont des obligations qui reposent légalement sur un O.F.P. (alors que, dans le cas d'une entreprise d'assurance, elles pourraient découler du cas d'espèce). Enfin (iv), si un parallèle entre le droit de la commande publique et le droit de la concurrence est autorisé, les critères définis par l'arrêté royal du 14 novembre 2003, centrés principalement sur le relâchement du lien entre contribution et prestation, constituent alors une grille de lecture pertinente du niveau de solidarité d'un régime sectoriel. Cette argumentation reçue et tous les critères rencontrés, aucune contrainte de mise en concurrence ne viendrait alors interférer avec le processus de négociation collective dans ladite hypothèse. Dans le cas contraire, il faut procéder à l'exercice périlleux du juste équilibre. C'est l'objet des la sous-section suivante. Retenons toutefois dès à présent que l'examen des spécificités de la finalité

[648] C.J.U.E., 11 décembre 2014, *Spezzino,* aff. C-113/13, point 61. Sur cet arrêt : A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the *Spezzino* Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*

[649] Art. 10, al. 2, de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée ; à ce sujet, voy. notamment H. BECQUART, « L'O.F.P., trois ans après : succès et incertitudes », *in Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, 2012, pp. 15-42, spéc. p. 27.

de l'attribution est susceptible d'emporter, en ce qui concerne l'attribution à un O.F.P, l'exemption du respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination. Cette voie juridique avait déjà été évoquée à la fin du cas d'étude 2[650]. On cherche dans le cas d'étude 4 à confirmer ou à infirmer son intérêt[651].

Sous-section 2. L'examen de la pratique étudiée relève l'existence d'un droit fondamental

189. L'exercice d'un droit fondamental - Dans l'affaire *UNIS et Beaudout*, ni la Cour ni les requérants n'avancent sur le terrain du droit de négociation collective. Il nous paraît néanmoins difficilement contestable, et les deux dynamiques des secteurs de la chimie et du transport international que nous avons présentées dans la section 1 permettent de le comprendre, que la sélection par les partenaires sociaux d'un opérateur pour l'exécution d'un régime de pension relève de l'exercice du droit de négociation collective, tel que présenté dans la partie I de la thèse[652]. Les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs ont mené, dans chacun des deux secteurs, des discussion en vue de conclure un accord (auquel ils sont parvenus). Par ailleurs, les deux récits se sont focalisés sur l'adoption d'un plan de pension mais la dynamique de négociation s'inscrit dans une dynamique de négociation plus large, qui touche à tous les domaines de la négociation collective sectorielle. Dans les secteurs, les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs ont par exemple pour pratique de définir les barèmes et la rémunération, dont les pensions complémentaires forment une sous-partie[653].

Une jurisprudence plus récente de la CJUE nous encourage par ailleurs a affirmer que la reconnaissance de l'exercice d'un droit social fondamental ne fait, dans le cas d'espère, pas de doute. Dans l'arrêt rendu le 4 avril 2019, la Cour se penche sur une affaire dont les circonstances présentent de nombreux traits communs avec l'arrêt *UNIS et Beaudout*, à la nuance que l'accord conclu entre les représentations d'employeurs et de travailleurs et qui désigne un prestataire n'a pas pour objet la création d'un plan de pension, mais la gestion et le placement de cotisations destinées à financer des indemnités de départ versées aux salariés des sociétés en cause. Dans les points 55 et 56 de l'arrêt *Allianz Vorsorgekasse AG*, et contrairement à *UNIS et Beaudout*,

[650] Voy. *supra*, cas d'étude 2, Conclusion du cas d'étude 2.

[651] Voy. *infra*, cas d'étude 4, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif ? et sous-sectin 3, § 2. Les FSE remplissent les conditions de l'exception du mandatement « social et solidaire ».

[652] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, remarques préliminaires, Première remarque. La négociation collective de travail est aussi un droit fondamental.

[653] J. VERLY, E. MARTINEZ, « La négociation sectorielle », *in* E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, *op.cit.*, p. 266.

la Cour relève que « le droit de codécision dont dispose le comité d'entreprise lors du choix de la caisse de prévoyance, conformément à l'article 9, paragraphe 1, du BMSVG, ainsi que le droit d'opposition d'un tiers du personnel lors de ce choix, conformément à l'article 9, paragraphe 2, de cette loi, constituent deux expressions du droit fondamental de négociation collective », « tel qu'il figure à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

Par conséquent, il est possible de présenter le problème de l'application des obligations des transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination aux dynamiques de négociation collective comme la confrontation entre, d'une part, l'exercice d'un droit social fondamental tel qu'il figure à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, d'autre part, la libre prestation de services, inscrite dans le TFUE à l'article 56 et combinée avec le principe de non-discrimination de l'article 18 et la liberté d'établissement de l'article 49, applicable par le truchement de l'article 106 du TFUE. Dans ce cadre, les exigences subséquentes aux obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, ou certaines d'entre elles au moins, peuvent apparaître comme la promotion d'un intérêt concurrent[654]. Quelle est la conséquence de l'indentification d'un droit social fondamental ? La protection qui y est associée permettra-t-elle de fournir une solution cohérente au conflit entre la négociation collective de travail et les règles de transparence applicable sur la base de l'article 106 du TFUE ? La section 3 explore le procédé et tente de le mettre en pratique.

Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement

190. *Plan de la section* - Nous l'expliquions dès l'introduction de notre thèse : l'approche qui oppose un droit social fondamental et une liberté de circulation a été développée par la CJUE depuis les arrêts *Viking et Laval*. Cette approche visait à rétablir l'équilibre entre les deux termes de l'équation. La Cour avait alors jugé que, que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises[655]. Cette méthode provient de l'arrêt *Schmidberger* (auquel l'arrêt *Viking* renvoie aux points 45, 46, 62 et 77), dans lequel le juge communautaire se trouve confronté à un conflit direct entre les deux intérêts[656]. A cette occasion, la Cour a affirmé, de manière à l'époque inédite, que la nécessité de protéger les droits fondamentaux peut justifier des restrictions au

[654] Voy. *supra*, Introduction, spéc. n° 5.

[655] C.J.U.E., 11 déc. 2007, *Viking Line*, aff. C-438/05, point 45.

[656] Conclusions de l'avocat général Jacobs du 11 juill. 2002 précédant l'arrêt *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00.

commerce[657]. La sous-section 1 critique la méthode développée par la CJUE pour concilier un droit fondamental et une liberté de circulation et la confronte à une triple jurisprudence dans le domaine de la négociation collective de travail : l'arrêt *Commission c. Allemagne*, l'arrêt *UNIS et Beaudout* et l'arrêt *Allianz Vorsorgekasse AG*. La sous-section 2 explique que, dans l'application de cette approche, une marge de manœuvre est octroyée au juge national. La sous-section 3 tente l'exercice en pratique, en faisant référence aux situations présentées dans la section 1.

Sous-section 1. La recherche d'un juste équilibre entre le droit de négociation collective et la réalisation du marché intérieur : une approche théorique chaotique

191. *La difficulté de reconnaitre l'atteinte à un droit fondamental* - Dans son article intitulé « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », Antoine Bailleux explique qu' « en dépit des professions de foi qui ponctuent les motifs de – certains de – ses arrêts, la Cour de justice n'accorde guère, concrètement, un traitement plus favorable aux mesures nationales qui se réclament d'un droit fondamental »[658]. Si nous prenons plus précisément le droit de négociation collective, les juges reconnaissent difficilement « l'existence d'une atteinte à celui-ci »[659] : par exemple, dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* du 15 juillet 2010, la Cour dénie l'atteinte à la substance du droit de négociation collective[660]. Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Les motifs tirés d'une violation des droits fondamentaux qui surmontent le premier obstacle – celui de la reconnaissance de l'atteinte – se heurtent ensuite à l'écueil de la proportionnalité[661].

192. *Une approche qui tourne à vide ?* - Dans l'arrêt *Commission c. Allemagne,* on lit que la Cour conçoit la réalisation du marché intérieur, d'une part, et droit de négociation collective, d'autre part, comme des intérêts

[657] Voy. *supra*, Introduction, spéc. n° 5.

[658] A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *in Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 217-236, spéc. p. 222 ; A. ALEMANNO, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *op. cit.*, pp. 709-751, spéc. p. 715.

[659] A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, p. 228.

[660] Comme dans C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c.* Allemagne, aff. C-271/08, point 49, où il n'y a, selon la Cour, pas d'atteinte à la substance du droit.

[661] N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercanciás y la protección de derechos fundamentals (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Autria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, p. 501 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, p. 58.

concurrents. Par référence à la jurisprudence de l'arrêt *Schmidberger*, il faut rechercher un "juste équilibre"[662]. Dans cette affaire *Commission c. Allemagne*, l'identification de l'existence d'un droit social fondamental et l'exercice de conciliation qui en a découlé n'a toutefois pas aboutit, *in fine*, à un résultat différent du cas *UNIS et Beaudout* (où, pour rappel, le droit de négociation collective n'a pas été identifié) : l'application du droit du marché intérieur a primé sur l'exercice du droit de négociation collective de travail. On pourrait en déduire que l'application des principes d'égalité et de non-discrimination n'est pas différente dans un cas où la Cour identifie un intérêt concurrent, par rapport à un cas où elle ne reconnait pas l'existence d'un droit fondamental. Cette déduction sort renforcé de l'analyse de la décision du 4 avril 2019 dans l'affaire *Allianz Vorsorgekasse AG*, où, cette fois, les juges identifient l'existence d'un droit social fondamental[663]. Pour rappel, l'affaire autrichienne concerne la gestion et le placement de cotisations d'indemnités de départ, dont le niveau est imposé par le droit national. Toujours selon le droit autrichien, la caisse de prévoyance qui gère et place les montants ainsi versés doit être choisie par la voie de la négociation collective de travail, « par une convention d'entreprise ». Dans l'affaire *Allianz Vorsorgekasse AG*, la « concurrence des intérêts en cause » n'a pas donné lieu à une application limitée des principes de mise en concurrence déduits du droit primaire[664]. La Cour y décide que « les articles 49 et 56 TFUE, les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et l'obligation de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils sont applicables à la conclusion d'une convention d'affiliation passée entre un employeur, organisme de droit public, et une caisse professionnelle de prévoyance, en vue de la gestion et du placement de cotisations destinées à financer des indemnités de départ versées aux salariés de cet employeur, alors même que la conclusion d'une telle convention ne procède pas de la seule volonté dudit employeur, mais requiert le consentement soit du personnel, soit du comité d'entreprise »[665]. En renvoyant à l'arrêt *Unis et Beaudout* (où aucun droit fondamental n'est identifié !) la Cour explique que « l'obligation de transparence exige de la part du pouvoir adjudicateur un degré de publicité adéquate, permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution »[666].

---

[662] C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, point 52 de l'arrêt C-271/08.

[663] C.J.U.E., 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, aff. C-699/17.

[664] *Ibid ;* A. BROWN, « Application of EU Treaty principles to the award of a public services agreement in Austria, notwithstanding the requirement for consent of the authority's employees: Allianz Vorsorgekasse Ag (C-699-17), *op. cit*.

[665] C.J.U.E., 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, aff. C-699/17, *in fine*. La nature publique de l'entreprise, qui entraine l'application des obligations de transparence, est une question importante qui nous traitons dans le cas d'étude 4. A ce stade, il est utile de laisser ce point en suspens en retenant que la qualification est susceptible d'englober toutes les dynamiques de négociation collective de travail.

[666] C.J.U.E., 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, aff. C-699/17, point 61.

La comparaison entre les solutions juridiques similaires apportées par la CJUE dans des affaires où, tantôt, elle reconnait le rattachement à l'exercice d'un droit social fondamental, tantôt elle passe cette thématique sous silence nous incite à croire que la démarche conciliatoire ait « quelques occasions de tourner un peu à vide »[667]. Sans buter sur ce constat intermédiaire, tentons malgré tout de vérifier ce que donne, en pratique, l'exercice. De façon intermédiaire, il semble d'abord utile de mettre en avant la marge de manœuvre dont dispose les Etats membres.

Sous-section 2. La marge de manœuvre des Etats membres dans la recherche du juste équilibre

193. La Cour de justice de l'Union octroie aux Etats une marge d'appréciation singulièrement étendue lorsqu'ils se prévalent du souci de protéger un droit fondamental[668]. Malgré une jurisprudence erratique, il semble ressortir que la marge d'appréciation consiste en une marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans la poursuite d'objectifs d'intérêt général entraînant une atteinte *prima facie* à l'une des libertés de circulation[669]. Ainsi, « la marge d'appréciation est utilisée lorsque l'Etat invoque, à l'appui d'une atteinte à l'une des libertés de circulation, le nécessaire respect d'un droit, d'un principe ou d'un objectif réputé d' ''égale valeur'' auxdites libertés. Face à ces "dilemmes constitutionnels", la marge d'appréciation permet au juge européen de ''botter en touche'' et de laisser à l'autorité nationale le soin de procéder au délicat arbitrage, sous réserve d'un contrôle marginal de proportionnalité »[670]. C'est le juge national qui serait alors le mieux placé pour examiner le conflit entre la liberté économique et le droit fondamental[671]. Il vérifiera que le « juste équilibre » est atteint.

---

[667] J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger* », *op. cit.*, pp. 773-774, spéc. p 774.

[668] F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the *Schmidberger* case », *op. cit.*, spéc. p. 263 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercanciás y la protección de derechos fundamentals (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Autria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 502 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 454.

[669] A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 525.

[670] *Ibid.*, p. 527 ; F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the *Schmidberger* case », *op. cit.*, p. 257 ; A. ALEMANNO, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *op. cit.*, p. 743.

[671] A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, p. 61.

Sans porter d'atteinte déraisonnable à la liberté économique, il écartera le droit du marché intérieur si celui-ci est inconciliable avec la réalisation de l'objectif social[672]. Il reste à explorer, en pratique et en gardant à l'esprit les balises européennes, en quoi pourrait consister le « juste équilibre » entre le droit social fondamental et les exigences de transparence dérivées du droit du marché intérieur. La section 3 tente ce travail, autant que faire se peut.

Sous-section 3. Dans la pratique, une voie conciliatoire qui n'est pas exempte d'obstacles, voire d'inconciliabilités

194. *Plan de la sous-section* - La voie conciliatoire avancée par la jurisprudence de la Cour et consistant à chercher un « juste équilibre » entre libertés économiques et droits fondamentaux suppose de ne pas rejeter en bloc les principes de transparence et de non-discrimination tels qu'identifiés par la Cour au motif qu'ils constitueraient des restrictions potentielles au droit de négociation collective. La marge de manœuvre dont disposent les autorités nationales autorise à « donner aux autorités nationales – censées mieux placées que le juge européen pour protéger leur identité constitutionnelle – une marge de manœuvre accrue pour juger du caractère nécessaire et proportionné » de la restriction[673]. Dans cette mesure, le contenu de l'obligation de transparence doit être appliqué tant qu'il ne cause pas une atteinte inacceptable à l'exercice du droit de négociation collective et à l'autonomie des interlocuteurs sociaux qu'il emporte. La sous-section s'essaie à cet exercice en pratique, afin d'établir ce qui, au terme de la balance des intérêts, persiste des exigences de la liberté économique, d'une part, et de la protection des droits fondamentaux, d'autre part. Pour faciliter le raisonnement, nous formulons des commentaires sur quatre plans, chacun tiré du contenu des exigences de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination : le mode et les moments de la communication (§ 1), l'objet de la communication (§ 2), la forme de la communication (§ 3) et le contenu de la communication (§ 4). Certes, certains paragraphes relatifs au mode et aux moments de la communication ou la forme de la celle-ci font apparaître des possibilités de conciliation entre les deux termes de l'équitation de l'approche conciliatoire. Toutefois, l'examen montre des exigences contradictoires, voire inconciliables lorsque nous nous penchons sur l'objet ou le contenu de l'obligation de transparence.

[672] *Ibid.*, p. 60 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 456 ; C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, points 52 et 67.

[673] A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », *op. cit.*, pp. 519-539.

§ 1. Le mode et les moments de la communication : une possibilité d'amélioration sans difficulté de conciliation

195. *La publicité préalable* - Notre premier axe d'analyse porte sur le degré de publicité à respecter lors de l'attribution du droit exclusif de gérer un régime de pension sectoriel. Le degré de publicité exigé par le droit européen peut être facilement atteint par une publicité préalable de l'intention de négocier un plan d'assurance collectif, laquelle publicité préalable ne semble pas susceptible de perturber le processus de négociation collective (pas plus qu'une publicité *ex post*). Par exemple, lors de la mise en place du régime sectoriel du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes et de celui du secteur de la chimie, une publicité préalable à la sélection et au contact des opérateurs économiques de référence par le bureau de conseil n'aurait certainement pas changé les rapports entre partenaires sociaux, ni leurs objectifs respectifs[674].

Le SPF demande désormais aux Commissions paritaires qui envisagent de confier une mission exclusive à un opérateur économique de publier, sur le site internet du SPF, un avis faisant publicité de cette intention[675]. Ce procédé gagnerait peut-être à être systématisé, prenant la forme d'une communication sur un site web plus visible et accessible par tout opérateur économique susceptible d'être intéressé par le marché ou le droit que l'on prévoit d'octroyer. Certes, le site web de l'union professionnelle des entreprises d'assurances, qui représente la quasi-totalité des compagnies d'assurances belges et étrangères opérant sur le marché belge, renvoie également vers le site du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation[676]. Mais cette communication, que ce soit vis-à-vis des opérateurs belges ou des opérateurs actifs en Belgique, a un caractère national. Or, dans l'arrêt en grande chambre *Coname*, la Cour met en avant que l'autorité adjudicatrice doit veiller à ce que les entreprises situées dans d'autres Etats membres aient accès à une information appropriée « de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre que celui [de l'autorité adjudicatrice] puisse avoir accès aux informations adéquates relatives [au droit à octroyer] avant que [celui-ci] soit attribué de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt

[674] Voy. *supra*, section 1, Sous-section 2. Deux dynamiques de sélection d'un organisme de pension en détail, spéc. n° 168 et n° 172.

[675] Voy. la rubrique « Assurances sectorielles – Publicité » sur le site internet du SPF : http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=45392.

[676] Voy. la rubrique « Contexte juridique » sur le site internet de l'union professionnelle : https://www.assuralia.be/fr/infos-secteur/contexte-juridique.

pour obtenir [ce droit] »[677]. En bref, le degré de publicité adéquat « doit être déterminé par référence au marché potentiel pour ce contrat »[678]. Marché potentiel qui, nous l'avons expliqué relativement à l'intérêt transfrontalier, dépasse les frontières nationales[679].

Les partenaires sociaux ne doivent toutefois pas nécessairement prendre en compte les manifestations d'intérêt de tous les opérateurs économiques qui réagissent à la publication de leur intention d'établir un régime de pension. Selon la communication de la Commission déjà examinée dans la partie I de la thèse, une entité adjudicatrice « peut [en effet] limiter le nombre de candidats invités à soumettre une offre. Dans ce cas, elle fournit toutes les précisions nécessaires concernant les mécanismes de sélection des candidats » qui seront autorisés à présenter une offre détaillée après une première manifestation d'intérêt[680].

§ 2. L'objet de la communication : des possibles freins à la négociation collective de travail

196. *Une communication relative au plan de pension projeté* - La publicité doit permettre aux opérateurs économiques de se faire une opinion sur l'opportunité de témoigner leur intérêt pour la gestion du régime, autrement dit elle doit « contenir toutes les informations dont une entreprise d'un autre Etat membre *aura raisonnablement besoin pour décider* de manifester ou non son intérêt pour obtenir le marché » ou le droit exclusif[681]. En l'occurrence, concernant la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel, il semble utile qu'une communication de l'intention des partenaires sociaux contienne des informations sur le nombre (projeté) de personnes couvertes par le régime, sur la nature des prestations de retraite (à contributions ou à prestations définies, ou selon des modalités intermédiaires) envisagées et sur la durée nécessairement limitée de l'engagement.

---

[677] A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives », *op. cit.*, p. 171. Pour un autre exemple de jurisprudence : C.J.U.E, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, points 21 et 28.

[678] Point 83 des conclusions de l'avocat général Sharpston du 18 janvier 2007, rendues dans l'affaire *Commission c. Finlande* (arrêt du 26 avril 2007, aff. C-195/04).

[679] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption.

[680] Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », COM 2006/C 179/02.

[681] Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.3. C'est la Commission qui souligne. Voy. également S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, *op. cit.*, p. 270.

197. *La négociation collective de travail est une affaire de périmètres*- Aucune de ces obligations ne semble, à première vue, interférer déraisonnablement avec l'exercice du droit de négociation collective. Il s'agit en effet de la diffusion d'une information descriptive, laquelle ne perturbe pas le déroulement de la négociation collective. Toutefois, dans la partie I de la thèse, nous avons expliqué que la négociation collective cherche autant à établir un régime non-discriminatoire pour un groupe donné de travailleur (ici, un niveau de cotisation commun pour un régime de pension), que de circonscrire le groupe de bénéficiaires. Par exemple, dans le cas d'étude 1, la négociation collective au sein de Sanoma a attribué à des travailleurs sous statut indépendant une protection contre le licenciement équivalente à ceux dont bénéficient les salariés. La négociation collective de travail n'a pas créé des droits jusqu'alors inconnus ; elle a plutôt étendu leur principe à des catégories de travailleurs jusqu'alors exempts de proection. Toutefois, cet aboutissement cache un coût : le rejet d'une autre catégorie de travailleurs, ceux sous contrats SMart. Autrement dit, autant que le niveau de protection, le périmètre de la protection est un des enjeux majeurs de la négociation collective de travail. Au niveau sectoriel, il n'est pas exclu que des variations du périmètre d'un plan de pension surgissent en cours de négociation, même si le paysage sectoriel des commissions paritaires rend la définition du périmètre moins souple. Dans une telle hypothèse cependant, laquelle est rendue possible par l'autonomie de la négociation collective, la caducité de l'avis initial affaiblirait la procédure au regard des obligations de transparence. S'agit-il d'une hypothèse théorique ? L'examen de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires laisse penser le contraire[682]. En effet, on a déjà examiné l'article 3, § 1er, 5°, a) de la loi qui prévoit que l'organisateur d'un plan de pension peut intervenir pour plusieurs commissions paritaires ou sous-commissions paritaires. Le 25° du § 1er du même article parle de plus de régime de pension multi-organisateur. Ces dispositions, qui sont l'indice d'une forte malléabilité des champs d'application d'un régime de pension, ont été introduites pas la loi du 5 mai 2014 portant modification de la pension de retraite et de la pension de survie et instaurant l'allocation de transition dans le régime de pension des travailleurs salariés et portant suppression progressive des différences de traitement qui reposent sur la distinction entre ouvriers et employés en matière de pensions complémentaires[683]. Elles visent à encourager l'adoption de plans de pension à l'échelle de plusieurs commissions ou sous-commissions paritaires. A la commission des affaires sociales de la Chambre des représentants, le Ministre Alexandre de Croo alors en charge des pensions explique que : « les partenaires sociaux sont à l'origine de l'amendement relatif aux pensions complémentaires : ces dispositions découlent d'un accord conclu par les partenaires sociaux, qui l'ont longuement négocié dans le cadre plus général de la suppression des discriminations entre ouvriers et employés et ont souhaité qu'il soit traduit en texte de loi le

[682] Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, *M.B.*, 15 mai 2003.

[683] *M.B.,* 9 mai 2014.

plus rapidement possible. C'est la raison essentielle pour laquelle il a été décidé de les ajouter au projet par voie d'amendement. L'objectif général du mécanisme présenté par ce biais est d'étendre le nombre de bénéficiaires potentiels d'une pension complémentaire en mettant fin à la discrimination entre ouvriers et employés »[684]. L'explication du Ministre est intéressante parce qu'elle illustre, en plus de l'importance du périmètre de la négociation collective, qu'il s'agit d'une préoccupation présente dans le chef des représentants des employeurs et des représentants des travailleurs eux-mêmes, lesquels sont conduits à inscrire dans la loi des mécanismes favorisant des nouveaux régimes avec des champs d'application plus étendus.

Un plan de pension est un projet au long cours - Par ailleurs, une remarque peut être formulée au sujet de l'interdiction de développer une relation avec l'opérateur économique sans limite temporelle. La mise en place d'un plan de pension est un projet au long cours. On peut parler de projet de long terme ou même à terme indéfini[685]. Dans ce sens, l'article 10, § 1er, 3°, de la loi relative aux pensions complémentaires prévoit que la convention collective de travail sectorielle par laquelle un régime de pension sectoriel est instauré est de durée indéterminée et prévoit des obstacles à son abrogation[686]. La relation contractuelle avec l'opérateur économique a également vocation à s'inscrire dans ce temps long. Une relation commerciale harmonieuse se noue parfois, permettant d'adapter, jour après jour, le plan sectoriel aux besoins des travailleurs[687]. Toutefois, l'obligation de transparence obligation de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination impose de réévaluer fréquemment le partenariat, voire de le remettre en cause *via* un nouvel appel au marché. En effet, il a été jugé par la Cour que l'octroi d'un droit exclusif pour un terme illimité ou pour une durée particulièrement longue peut constituer une restriction disproportionnée à la libre prestation des services[688]. De manière idéale, le processus d'évaluation à intervalles réguliers et de remise en concurrence sera décrit dès l'attribution du droit exclusif. Les ressorts de la négociation collective prennent alors la forme d'une évaluation périodique assortie de la capacité, après avoir interrogé le marché, de renégocier le plan ou

[684] Projet de loi portant modification de la pension de retraite et de la pension de survie et instaurant l'allocation de transition, dans le régime de pension des travailleurs salariés, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, *Doc. Parl.*, sess. ord. 53, doc. 3399/003, p. 23.

[685] F. VLASSEMBROECK et L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *op. cit.*, p. 483.

[686] L. du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.

[687] Entretien avec Jean-Michel Kupper, directeur de la branche Employee Benefits / Health Care d'AG Insurance, ayant eu lieu le 19 septembre 2017.

[688] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 3. Le régime d'attribution des droits exclusifs.

de le rompre[689]. Cette exigence imposant d'inscrire le processus d'évaluation *ab initio* pourrait mettre à mal l'autonomie future de la négociation collective de travail, de même que la solidité d'un régime de pension.

§ 3. La forme de la communication : l'absence d'exigences de la part des obligations de transparence permet le respect du droit social fondamental

198. *Pas de problème de conciliation* - Relativement à la forme que doit prendre la communication, l'obligation de transparence ne peut être interprétée de manière rigide. L'obligation de transparence (ou plus précisément le principe de non-discrimination en raison de la nationalité dont elle découle) n'impose en effet pas de suivre une forme particulière de communication ; en particulier, il n'est pas exigé, pour respecter cette obligation, de procéder à un appel d'offres selon les formes prévues par le droit dérivé de l'Union européenne[690]. On ne peut déduire du droit européen un quelconque formalisme à respecter par les partenaires sociaux pour leur communication. Selon l'avocat général Stix-Hackl, « ce serait d'ailleurs lire les principes de transparence et de non-discrimination au-delà de ce que la Cour en entend. Aucun formulaire spécifique, aucune communication structurée n'est requise. Cela irait à l'encontre du caractère adéquat de la publicité, déterminé selon la Cour par l'autorité adjudicatrice. En effet, le droit primaire n'oblige en rien à fournir les indications que les modèles d'avis de marché prévus dans les directives relatives aux marchés publics prescrivent »[691]. Par conséquent, aucun conflit ne nait de la confrontation de cette exigence avec le droit de négociation collective.

§ 4. Le contenu de la communication : des exigences inconciliables avec le droit de négociation collective ?

199. *Les critères utilisés sont non-discriminatoires pour la plupart* - Si tous les opérateurs ne doivent pas être invités à négocier, tous doivent par contre connaître les critères qui conduisent à la table des négociations. Ces derniers doivent donc être contenus dans la publication. Nous relevons à ce sujet que le respect de l'autonomie de la négociation collective ne permet certainement pas en tant que telle aux partenaires sociaux de fixer des critères discriminatoires pour la sélection d'un opérateur. Cela signifierait qu'il existe par principe des zones franches, de non-droit, exemptes du droit européen, ce qui n'est pas le cas. Cette exigence de l'emploi de critères non discriminatoires ne nous semble pas contradictoire avec le droit de négociation

[689] F. VLASSEMBROECK et L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *op. cit.*, p. 484.

[690] Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 dans l'affaire Commission/Irlande (arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-532/03, points 70 et 82) ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, points 69 et s.

[691] Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 dans l'affaire Commission/Irlande (arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-532/03, points 70 et 82) ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, points 69 et s.

collective et, au contraire, nous avons expliqué dans la partie I de la thèse que la négociation collective de travail s'attache à mettre en œuvre, dans le monde du travail, le principe de non-discrimination. A ce titre, les exemples tirés de la pratique présentés plus haut montrent la variété des critères utilisés par les partenaires sociaux, et ce dans le respect du droit européen. Les représentants des travailleurs et des employeurs du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes ont retenu des critères qualitatifs et quantitatifs. Sur le plan quantitatif, outre le rendement, sa volatilité et les frais de gestion, les critères ont porté sur les garanties d'intérêt relatives aux réserves constituées et aux primes futures. Des critères quantitatifs ont aussi porté sur la part des primes consacrées à des obligations de solidarité[692]. Sur le plan qualitatif, ce sont les exigences de transparence, de flexibilité, d'expérience dans le domaine des pensions sectorielles qui ont été mises en avant, de même qu'une attention aux coûts indirects et de sortie, aux modes de communication et à l'automatisation des processus.

Parmi cette multiplicité de critères possibles, les représentants des travailleurs et des employeurs pourront puiser leur préférence et y joindre des critères originaux. Il reviendra à l'administration de vérifier, à l'occasion du contrôle de légalité accompagnant l'extension de la force obligatoire, si les critères originaux rencontrent l'exigence européenne de non-discrimination et s'ils ont été correctement mis en œuvre. Elle y pourvoira tant pour éviter de donner une caution publique, *via* l'extension de la force obligatoire, à des procédés discriminatoires qu'en raison de l'effet direct horizontal des articles 49 et 56 du TFUE[693].

200. *Pas de critère relatif au type d'opérateur ?* - Une autre question est celle de la nature des critères qui peuvent être utilisés par les représentants des travailleurs et des employeurs. Sur ce point, une intervention du droit européen serait source de tensions plus importantes avec le droit de négociation collective. Le récit de l'adoption du plan dans le secteur de l'industrie chimique montre en effet combien la mise en place d'un régime sectoriel peut receler d'enjeux larges[694]. Ainsi, selon nous, la limitation des critères valides à des critères liés à l'objet du marché, comme en droit de la commande publique[695], restreindrait assurément l'autonomie des représentants des travailleurs et des employeurs. Dans le sens inverse, l'exclusion de certains types d'acteurs économiques, comme par exemple les sociétés lucratives, au stade de la sélection qualitative est susceptible d'enfreindre la libre prestation de services. On voit ici poindre une forme d'inconciliabilité entre

[692] Sur les obligations de solidarité dans un plan de pension sectoriel, voy. *supra*, n° 186.

[693] P. RODIERE, « Les arrêts *Viking* et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *op. cit.*, p. 59.

[694] Pour le récit de l'adoption des plans, voy. *supra*, n° 172.

[695] Le droit dérivé européen a toutefois connu des évolutions récentes sur cette question, avec l'adoption de nouvelles directives en 2014. Sur cette question, voy. notamment C. BARNARD, « To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 46, n° 2, pp. 208-244.

les critères qu'utilisent déjà les représentants des travailleurs et des employeurs et les exigences de non-discrimination.

201. *La négociation collective de travail exclut une pondération préétablie, laquelle déforce le principe de transparence* - Au sujet des critères, la pondération de ceux-ci entre eux ne semble pas devoir être obligatoirement communiquée : l'obligation de rendre publics les critères de sélection n'est pas accompagnée par l'obligation d'indiquer leur pondération relative[696]. La pratique a illustré, comme dans le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes, que la modification de la pondération, en cours de négociation, peut être nécessaire pour atteindre un consensus[697]. Comme nous l'avons expliqué dans la partie I, la négociation collective est en effet un mode de gouvernement dont la mission complexe est de rapprocher des points de vue divergents et de rendre compatibles des intérêts antagonistes[698]. Cette dynamique requiert la capacité de modifier les règles du jeu en cours de route, afin de satisfaire *in fine* aux exigences de toutes les parties. Tant l'absence d'obligation de publicité initiale d'une pondération que la possibilité pour les partenaires sociaux de modifier celle-ci au dernier moment encore sont donc des éléments de première importance en considération de l'autonomie de la négociation collective prévue par les textes internationaux. La jurisprudence actuelle de la Cour de justice permet sur ce point une conciliation harmonieuse de l'obligation de transparence et du droit de négociation collective.

L'absence de pondération entre les critères que requiert l'autonomie de la négociation collective limite toutefois fortement la portée des mentions contenues dans l'avis préalable. Le pouvoir de modifier, en cours de route, le curseur applicable à chaque critère rend en partie inepte la communication de ceux-ci. En fait, les obligations de transparence se réduiraient sur ce plan en l'exigence de l'emploi de critères non discriminatoires. Mais même cette préoccupation semble faiblement rencontrée puisqu'en l'absence de grille d'analyse prédéfinie, l'existence de critères officieux est possible. Il faut toutefois relativiser ce risque et, par conséquent, l'importance de prévoir des garde-fous à l'utilisation de critères discriminatoires : nous rappelons à ce sujet l'importance que revêt la non-discrimination dans les dynamiques de négociation collective de travail que nous avons mise en avant dans la partie I de la thèse, en dehors de tout contrôle de légalité par l'administration.

---

[696] Voy. l'arrêt *Commission c. Irlande*, aff. C-226/09, précité, §§ 43-44. A propos de cet arrêt, voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 272-273.

[697] Pour le récit de l'adoption des plans sectoriels, voy. *supra*, n° 168.

[698] P. REMAN et G. LIENARD, « La place de la concertation sociale dans une démocratie approfondie », *in* E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, *op. cit.*, p. 560.

202. *Décrire la procédure dans l'avis ne contraint pas la négociation collective de travail* - Les critères ne sont pas les seuls à devoir figurer dans la communication. Les obligations de transparence exigent en effet qu'une procédure existe, qui ouvre l'attribution du marché ou du droit exclusif à la concurrence[699], et que le déroulement et les caractéristiques essentielles de cette procédure soient annoncés *a priori* aux opérateurs économiques[700]. L'absence de formalisme, déjà mis en avant à propos du mode de communication à employer, s'exprime ici aussi par l'absence d'exigence en droit européen que la procédure respecte un canevas unique. Seule la prévisibilité compte. Si les procédures sont différentes dans chaque secteur, mais que cette prévisibilité est suffisamment rencontrée grâce à la publicité qui est faite de chacune de ces procédures, le droit européen n'y trouvera rien à redire.

Force est toutefois de constater que ni le site internet du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, ni les deux cas pratiques décrits plus haut ne font état d'une procédure publique. À la lumière de la pratique, il semble que les procédures se déroulent en deux temps. Après la publication de l'intention de désigner un opérateur pour la gestion du régime sectoriel, une première phase consisterait en la sélection d'un nombre limité d'opérateurs par un cabinet restreint émanant des membres de la commission paritaire ou du fonds de sécurité d'existence. Elle serait suivie d'une phase au cours de laquelle un dialogue entre les opérateurs retenus et les interlocuteurs sociaux a lieu, le passage de la première à la seconde phase s'opérant sur la base des critères publiés et à une date prédéfinie. Il s'agirait également de ne pas omettre la mention de l'organe décisionnel souverain en matière d'attribution, souvent les membres de la commission ou du fonds précité.

En synthèse, la tentative de conciliation en pratique laisse apparaître des éléments de convergence, mais aussi un résidu d'éléments potentiellement contradictoires, dont on ne sait s'ils peuvent être rendus compatibles. Il s'agit de la difficulté au regard du principe de non-discrimination :

- de prévoir des critères relatifs au type d'opérateur économique ;
- de l'exigence de diffuser *ab initio* et par conséquent au moment où la négociation collective n'est pas encore finalisée, des informations sur le périmètre du futur plan ;

[699] Voy. notamment l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité, point 50 ; C.J.U.E., 6 avril 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, point 22 ; l'arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, précité, point 76.

[700] Voy. notamment C.J.U.E., 2 juin 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, aff. C-410/14, point 45. Voy. égal. : Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.1.

- ou, encore, relativement à l'absence de pondération entre le critères qui est nécessaire à la négociation collective de travail mais qui enlève une grande partie de la substance des obligations de transparence.

Conclusion du cas d'étude 3

203. *Des dynamiques de négociation collective complexes* - Dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé qu'une obligation de transparence doit être respectée par les partenaires sociaux lorsqu'ils confient, par un accord collectif rendu obligatoire, la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale pour travailleurs salariés à un opérateur économique unique. Inspirée du droit des marchés publics, l'obligation de transparence poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à rendre possible la concurrence en assurant que l'intention de désigner un opérateur économique pour la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale fait l'objet d'une certaine publicité. D'autre part, elle doit permettre le contrôle de l'impartialité de la procédure par laquelle un opérateur a été désigné pour la gestion dudit régime. Par analogie avec l'arrêt *UNIS et Beaudout,* le cas d'étude 3 a fait le récit de la sélection de deux opérateurs de pensions sectorielles par la négociation collective en Belgique. L'exposé des négociations ayant mené à l'adoption d'un régime de pension dans deux secteurs, celui du commerce international, du transport et des activités connexes et celui de l'industrie chimique, a montré la complexité de ce type de négociation : une multiplicité d'acteurs, tant du côté de l'adjudicateur que des adjudicataires, des liens avec les pensions légales et les autres domaines de la négociation sectorielle. Les critères de sélection possibles sont variés et leurs liens à l'exécution du régime de pension sont plus ou moins étroits. Ainsi, dans le secteur de la chimie, les critères de sélection ont aussi traduit des enjeux macroéconomiques, politiques. Une certaine souplesse dans la gestion de ces critères paraît faciliter la sélectin de l'opérateur, comme en témoigne le récit de l'adoption du régime de pension du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes : une modification de la pondération des critères a été nécessaire pour sortir du blocage des négociations entre représentants des employeurs et des travailleurs.

204. *L'examen des causes d'exemption* - L'analyse en droit européen a consisté à d'abord vérifier que les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination s'appliquent aux cas examinés, en passant en revue trois exceptions possibles. Il existe en effet des causes d'inapplication de l'obligation de transparence et la section 2 les a passées en revue. L'examen des trois situations dans lesquelles l'obligation de transparence ne trouve pas à s'appliquer - l'absence d'un intérêt transfrontalier certain du marché considéré, l'application d'une exception dite de quasi-régie et l'application d'une exception liée à la gestion d'un service d'intérêt économique général - a conduit à des conclusions diverses. A propos de la première de ces situations, nous avons noté qu'il est très probable que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain soit reconnue lors de la constitution d'un régime de pension sectoriel, et par conséquent que

l'obligation de transparence trouve en principe à s'appliquer. L'examen des deux autres exceptions potentielles à l'obligation de transparence nous a mené à d'autres conclusions. De surcroît, il a mis en lumière une certaine convergence. En effet, tant dans le cas de l'examen de l'exception de quasi-régie que dans celui d'un mandatement « social et solidaire », la sélection d'un O.F.P. (par préférence à une entreprise d'assurance) semble plus à même de donner lieu à la non-application de l'obligation de transparence. Cette affirmation souffre de peu d'hésitations au regard de l'exception « quasi in house ». En effet, les membres de la commission paritaires, par leur présence au sein du conseil d'administration de l'O.F.P., exercent une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'O.F.P. Toutefois, dans ce cas de figure, il est possible que l'obligation de transparence repose *in fine* sur l'O.F.P., à l'étape de la sélection de ses propres prestataires. Pour ce qui concerne l'exception liée à l'attribution d'une mission nécessitant un droit exclusif (le mandatement « social et solidaire »), l'obligation de transparence ne s'applique pas si le seuil de solidarité exigé par le juge européen, qui n'est pas identique au seuil de solidarité exigé en droit belge pour qualifier un régime de pension de « sociale », est rencontré dans les régimes de pension concernés. Ceci dit, s'agit-il vraiment de la poursuite d'une finalité sociale qui renforce la solidarité ? Notre explication relative aux périmètres d'application des régimes de pension et du souhait de renforcer la non-discrimination semble montrer que la solidarité n'est pas l'unique objectif poursuivi. Le rôle de la négociation collective s'apparente plutôt à créer de l'égalité dans l'exploitation. Cette conclusion s'intègre dans un premier examen de procédures d'attribution échappant au droit du marché intérieur entamée dans le cas d'étude 2, où nous nous posions la question de savoir si l'exemption que nous avons suggérée devait reposer sur la finalité « sociale » de la négociation collective ou sur le rôle de celle-ci dans le fonctionnement du marché. Le cas d'étude 3 souligne l'intérêt de la question, et l'utilité d'explorer la piste plus en détail dans le cas d'étude 4. Par ailleurs, l'attribution autonome de droit exclusif en raison de l'objectif poursuivi ne nous semble pas tout à fait exclue en cas de sélection d'une entreprise d'assurance. Mais celle-ci devrait en outre faire la preuve de son désintéressement financier, qui paraît improbable en pratique.

205. *La méthode du juste équilibre* – Dans les cas où l'application des obligations de transparence souffre de peu de doute, nous avons rappelé qu'il est possible de présenter le problème de l'application des obligations des transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination aux dynamiques de négociation collective comme la confrontation entre, d'une part, l'exercice d'un droit social fondamental tel qu'il figure à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, d'autre part, la libre prestation de services, inscrite dans le TFUE à l'article 56 et combinée avec le principe de non-discrimination de l'article 18 et la liberté d'établissement de l'article 49, applicable par le truchement de l'article 106 du TFUE. Dans la section 3, nous avons rappelé que, pour parvenir à concilier l'obligation de transparence et le droit de négociation collective, la Cour affirme dans une certaine jurisprudence qu'il faut rechercher un juste équilibre et une mise en balance de l'un par l'autre et inversement. Selon cette jurisprudence, un conflit entre le droit social fondamental et le

droit du marché intérieur peut être appréhendé du point de vue du premier, ce qui signifie que les limites qui lui sont apportées doivent elles aussi respecter les principes de finalité et de proportionnalité. Dans cette approche, la notion de conciliation est utilisée comme l'étape ultime du raisonnement habituel basé sur la proportionnalité des restrictions apportées à une liberté fondamentale ; elle permet à la Cour de renvoyer l'arbitrage entre les deux intérêts conflictuels aux autorités nationales. Ces dernières pourront, sous le regard du juge européen, déterminer le « juste équilibre » entre le droit fondamental et la liberté économique.

206. *Des éléments apparemment inconciliables* - Après ces rappels théoriques, nous avons tenté de concilier, en pratique, les exigences de l'obligation de transparence avec celles du droit de négociation collective. La recherche de ce « juste équilibre » entre les droits sociaux fondamentaux et le droit du marché intérieur dans le cadre belge nous a amenés à formuler une série de remarques. Elles ont trait à des éléments de procédure. L'exigence d'une publication *ex ante* de l'intention de sélectionner un opérateur unique pour la gestion d'un régime de pension sectoriel ne nous semble pas compromettre l'autonomie des partenaires sociaux. Par ailleurs, la publication *ex ante* doit mentionner les critères de sélection et décrire la procédure d'attribution. A cet égard, comment imposer la définition du périmètre du marché dans l'avis préalable sans limiter l'autonomie de la négociation collective ? Les mêmes exigences s'appliquent à la réévaluation périodique du droit exclusif conféré pour un terme indéfini. Mais la volonté d'inscrire *ab initio* les procédures de réévaluation ne portent-elles pas atteinte à l'autonomie de la négociation collective future ? Dans la mesure où le choix des critères appartient aux partenaires sociaux et que seuls les éléments essentiels de la procédure doivent être rendus publics, l'essence du droit de négociation collective semble préservée. Mais deux questions se posent alors : Quelle est l'utilité de communiquer une liste de critères en l'absence de pondération et quelle est la validité de critères de sélection qualitative portant sur la nature du prestataire au regard de la libre prestation de services ? A l'occasion de l'exercice de conciliation en pratique, d'autres interrogations ont surgi : Comment prévoir une relation de long terme si le droit exclusif doit être attribué pour un terme défini ?[701] L'imposition d'obligations de transparence ne fait-elle pas double emploi avec le processus de négociation collective, lequel tend lui-même à définir des ensembles non-discriminatoires, comme l'a montré l'intervention du Ministre qui plus est, comme nous l'avons montré, en utilisant des méthodes non-discriminatoires ? L'ensemble de ces questions, au terme du cas d'étude 3, fait écho avec la difficulté de prévoir une procédure transparente de sélection du réviseur d'entreprises lorsque le rapport de confiance qui unit les représentants des travailleurs à leur réviseur rend difficile la description objective de la qualité attendue des services. On voit cependant que

[701] Il est par ailleurs intéressant de lire ce point en parallèle avec un autre que nous soulevons dans le cas d'étude 4 : l'obligation de donner un agrément à durée illimitée aux entreprises de travail intérimaire. Voy *infra*, cas d'étude 4, section 1, sous-section 2, § 2. Le régime applicable au prestataire : l'agrément et la directive service.

les interrogations au terme du cas d'étude 3 sont plus nombreuses. Le cas d'étude 4, qui examine une dynamique plus sophistiquée de négociation collective de travail, permettra-t-il de lever certaines difficultés ?

Cas 4. Création d'organismes sectoriels de formation

207. *Spécificités du cas d'étude* - Le cas d'étude 4 prolonge l'analyse des dynamiques sectorielles. L'approfondissement passe par l'examen de processus plus élaborés, plus complexes. Alors que la situation du cas d'étude 3 est plutôt simple – les acteurs de la négociation collective choisissent un prestataire de services –, nous nous penchons ici sur des dynamiques institutionnelles : la négociation collective crée et dirige des organismes. C'est dans le domaine de la formation professionnelle que ce mécanisme est le plus apparent. En effet, nous allons voir que les interlocuteurs sociaux développent des activités dans le domaine depuis plusieurs décennies et les initiatives sont foisonnantes. A ce point foisonnantes qu'il est complexe d'en saisir l'entièreté. Par exemple, les secteurs industriels ont leurs propres organismes, souvent organisés par bassin d'activité. Autrement dit, les pratiques mises en place à Liège dans la sidérurgie ne sont pas les mêmes que celles de Gand, dans l'industrie automobile. Le droit connu et publié rend compte difficilement de cette variété. Afin d'étudier le champ de la formation sectorielle, il est donc préférable de choisir un angle d'approche. Nous avons choisi celui du reclassement professionnel, autrement dit, de l'ensemble de services d'accompagnement et de formation « proposés » au travailleur licencié. Ce système est aussi couramment appelé « outplacement ».

L'étude, parmi tous les systèmes de formation, des mécanismes de reclassement en particulier présente plusieurs avantages. D'abord, nous allons le voir, le reclassement professionnel reçoit une définition légale, laquelle permet de circonscrire l'analyse. Dans le cas contraire, on aurait souvent hésité quant au spectre de l'analyse. Par exemple, aurait-il fallu inclure les systèmes de chômage technique des ouvriers de la construction que nous évoquerons, au cours duquel des formations sont organisées par les syndicats de travailleurs ? Sans doute, mais une foule de détails liés à l'assurance chômage et à son fonctionnement auraient été nécessaires. Or, ce n'est pas notre objectif. Notre objectif est de saisir un cas d'institutionnalisation résultant de la négociation collective *relativement* simple et de regarder ce que implique, dans cette situation, les obligations de transparence issues du droit européen. Le reclassement professionnel présente ici des avantages dans le sens où les techniques de mandatement d'opérateurs privés par conventions collectives rendues obligatoires permettent d'identifier l'existence de droits exclusifs - à la façon du cas 3 - et, par ailleurs, la gestion directe d'organismes de formation par les représentants des travailleurs et des employeurs permet de s'interroger sur d'autres modes d'application des principes généraux des marchés publics, lorsque qu'il est possible d'identifier un organisme de droit public - à la manière du cas 2. C'est la problématique du régime de droit européen des fonds de sécurité d'existence et des organismes analogues que nous traiterons.

208. *Plan de l'étude de cas* - L'objectif de ce cas d'étude est double et, dans ce sens, son apport peut être évalué sur deux plans. Le premier objectif, dans la section 1, est de présenter la façon dont les représentants des employeurs et des travailleurs ont mis en œuvre, au niveau des branches d'activité, un dispositif dont le cadre

réglementaire est inscrit dans la loi et dans des conventions collectives nationales : le reclassement professionnel. Notre ambition est d'en partie lever le voile sur une pratique sectorielle en s'intéressant spécifiquement aux mécanismes d'accompagnement du travailleur licencié. En effet, la pratique des « secteurs », ou plus précisément l'activité réglementaire des interlocuteurs sociaux au niveau de la branche d'activité, est foisonnante et méconnue. Au fil de la contribution, un écosystème complet centré sur la formation des travailleurs apparait, lequel réunit les représentants des employeurs et des travailleurs rassemblés au niveau de la branche d'activité, des fonds sectoriels ou d'autres organismes spécifiques, des organismes de formation privés, souvent liés aux agences d'emplois privés et, l'autorité publique.

Le second objectif de notre contribution est de confronter cette pratique au droit européen. Que se passe-t-il quand la production normative des représentants des travailleurs et des employeurs rencontre le prescrit des principes d'égalité et de non-discrimination ou d'autres règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ? Le rapprochement des deux espaces normatifs est une thématique que nous avons déjà explorée dans les cas d'étude 1, 2 et 3. Ici, il s'agit de plonger au plus profond de la négociation collective de travail, afin que la confrontation ne soit pas celle – parfois stérile – des principes mais, plutôt illustrée par une tension dans la pratique. La section 2 vérifie, là où les obligations de transparence s'imposent à la négociation collective de travail, si les conditions de certaines causes d'exemption à l'application de ces obligations ne sont pas rencontrées. Grâce à une analyse précise, on y montre alors les fragilités liées à l'application d'une cause d'exemption tirée de l'analogie entre le droit primaire et le droit des marchés publics, l'exception de quasi-régie. Au contraire, l'intérêt que nous avons déjà remarqué dans le cas d'étude 3 d'une méthode de mandatement « social et solidaire » se renforce.

Toutefois, à l'entame de la section 3, des limites au mandatement « social et solidaire » apparaissent. D'abord, la fragilité de la jurisprudence sur laquelle il se fonde permet difficilement d'établir la conformité de l'attitude des autorités de tutelle dans le domaine de l'application du droit des marchés publics. Le mandatement « social et solidaire » ne serait qu'une étape du raisonnement, invitant à examiner le rôle de la négociation collective de travail dans le domaine de la formation professionnelle. On va alors voir que les dispositifs de reclassement professionnel ont avant tout pour rôle de faire fonctionner le marché en favorisant, par la mise de tous les travailleurs licenciés d'un secteur sur un pied d'égalité, « l'attrait des employeurs ». La reconnaissance du rôle des dispositifs de reclassement professionnel va conduire à les ranger sous l'article 106, § 1 du TFUE en tant que mécanismes qui, par l'attribution des droits exclusifs de façon non-discriminatoire (tant vis-à-vis des travailleurs que des prestataires de reclassement), permettent le fonctionnement du marché.

Section 1. Présentation et description du conflit

209. *Plan de la section* - Le cadre interprofessionnel et sa *ratio legis*, définis tant par la loi que par des conventions collectives conclues au sein du Conseil national du Travail, lesquels présentent la particularité de se compléter l'un l'autre, est synthétiquement décrit dans la sous-section 1. La sous-section 2 se penche un peu plus en détail sur le droit matériel du reclassement professionnel. Le régime du travailleur licencié est alors brièvement expliqué et nous décrivons les exigences que la loi fait supporter sur le prestataire des services de reclassement. Il s'agit d'une présentation théorique, sur la base des textes en vigueur. Plus orientée vers les pratiques juridiques, la sous-section 3 répartit les différents mécanismes des branches d'activité en trois catégories – trois manières différentes d'organiser le reclassement professionnel au départ de la commission paritaire.

210. *Définition du reclassement professionnel* - Le reclassement professionnel est un mécanisme encadré par le droit du travail belge. Il s'agit d'un accompagnement fourni au travailleur licencié par son employeur, lui permettant de retrouver plus facilement un travail. Ce faisant, l'employeur participe au reclassement du travailleur qu'il licencie. Plus précisément, le reclassement professionnel se définit comme un ensemble de services et de conseils de guidance fournis individuellement ou en groupe par un prestataire de services. Le but est de permettre à un travailleur de retrouver lui-même et le plus rapidement possible un emploi auprès d'un nouvel employeur ou de développer une activité professionnelle en tant qu'indépendant[702]. Le reclassement professionnel implique un accompagnement sur plusieurs plans, lequel peut prendre la forme d'un encadrement psychologique, de l'établissement d'un bilan personnel et d'un profil, de l'aide à l'élaboration d'une campagne de recherche d'emploi, de l'assistance en vue de la négociation d'un nouveau contrat de travail, de l'assistance lors de l'intégration dans le nouveau milieu de travail, de l'aide logistique et administrative[703]. Il « consiste à faire participer l'employeur à la recherche d'un autre emploi pour le travailleur qui a déjà été licencié, emploi qui devra se trouver à l'extérieur de l'entreprise ». « Cette obligation n'est pas du tout préalable au licenciement mais […] elle lui est postérieure et, d'autre part, […] ce reclassement ne vise en aucun cas un reclassement interne mais la recherche d'un nouvel emploi »[704].

---

[702] Art. 4 de la convention collective de travail n° 82 relative au droit au reclassement professionnel pour les travailleurs de quarante-cinq ans et plus qui sont licenciés conclue le 10 juillet 2002 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 20 septembre 2002, *M.B.*, 5 otobre 2002).

[703] Commentaire de l'art. 4 du même texte.

[704] S. GILSON, « Introduction. À quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge ? », *in* S. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés. Droits des travailleurs et obligations des employeurs publics et privés*, Limal, 2015, Anthémis, p. 8.

Sous-section 1. Cadre interprofessionnel du reclassement

211. *Panorama réglementaire du reclassement professionnel* – Il existe plusieurs textes juridiques encadrant le reclassement professionnel. Les textes de références, ceux qui dressent le cadre du reclassement et établissent les définitions, sont les conventions collectives conclues au sein du Conseil national du Travail. Il y a, tout d'abord, la convention collective n° 51 conclue au sein du Conseil national du Travail le 10 février 1992 relative à l'outplacement. Dans tout le reste de ce cas d'étude, nous utiliserons d'ailleurs sans différenciation les termes reclassement professionnel et outplacement, en privilégiant toutefois la version francophone. La force obligatoire de la convention collective de portée nationale a été étendue par arrêté royal, promulgué le 10 avril 1992[705]. Une seconde convention collective conclue au sein du Conseil national du Travail vient compléter le dispositif le 10 juillet 2002. Il s'agit de la convention collective n° 82, elle aussi rendue obligatoire par arrêté royal[706]. Par ailleurs, il faut prêter une attention importante à la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs, modifiée à plusieurs reprises[707]. Cette loi, d'une part, apporte de nombreuses précisions quant à la mise en œuvre du reclassement professionnel[708] et, d'autre part, vient compléter les deux régimes préexistant sur la base des conventions collectives conclues en 1992 et en 2002 en y ajoutant un troisième – ce dernier régime devenant prioritaire[709]. L'ajout de ce troisième régime est le fait de la 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[710]. La multiplicité des textes réglementaires ne s'arrête toutefois pas là. De nombreuses conventions collectives conclues au niveau de la branche d'activité sont venues au fil du temps compléter l'armature. Nous ne les présentons pas d'emblée puisque leur analyse est l'objet de notre étude.

Le lecteur remarque rapidement que l'adoption des textes relatifs au reclassement s'échelonne sur une période d'environ vingt ans, de 1992 à 2013. Nous ne réalisons pas d'exposé chronologique de leur adoption, en raison du fait que cette production réglementaire manque de systématicité et que son développement précis

[705] *M.B.*, 1er mai 1992.

[706] Rendue obligatoire par deux arrêtés royaux plus précisément, celui du 20 septembre 2002 (*M.B.*, 5 octobre 2002) et du 3 octobre 2007 (*M.B.*, 21 novembre 2007), en raison d'une modification de la convention collective le 17 juillet 2007.

[707] *M.B.*, 15 septembre 2001.

[708] Art. 12 à 17/1.

[709] Art. 11/1 à 11/12 ; S. GILSON, « Introduction. À quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge ? », *in* S. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés. Droits des travailleurs et obligations des employeurs publics et privés*, *op. cit.*, pp. 8 et s.

[710] *M.B.*, 26 décembre 2013.

correspondrait à retracer le fil des discussions entre les organisations représentatives de travailleurs et d'employeurs au sujet de la politique de l'emploi, ce qui nous amènerait hors sujet – rappelons que notre ambition est d'examiner l'infrastructure créée par la négociation collective et d'évaluer sa validité au regard des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Toutefois, il semble utile de sélectionner dans les travaux préparatoires de certains de ces textes (les lois, puisque les travaux préparatoires de conventions collectives ne sont pas rendus publics) les passages qui permettent de comprendre ce qu'est le reclassement professionnel. En effet, plus qu'une tuyauterie institutionnelle, le mécanisme révèle une certaine philosophie.

212. *Ratio legis du reclassement professionnel* - L'exposé des motifs de la loi du 5 décembre 2001, laquelle réglemente le reclassement professionnel, explique qu' « en parfaite adéquation avec les conclusions du Sommet de Lisbonne » qui ont trait à l'économie de la connaissance, la croissance économique durable, l'emploi et, la cohésion sociale, la loi « vise à améliorer le taux d'emploi »[711]. Elle « s'attache à définir des dispositifs qui ont pour but d'accroître l'attrait des employeurs pour le recrutement des travailleurs de 45 ans et plus mais aussi, de tendre vers une prolongation de la carrière, notamment par une réduction de charge spécifique octroyée à l'employeur qui occupe un travailleur de 58 ans et plus ». Dans leur commentaire du système mis en place par la loi du 26 décembre 2013, des auteurs expliquent qu' « à travers ces mesures, le législateur entend activer le préavis presté ou l'indemnité compensatoire de préavis payée en augmentant l'employabilité du travailleur licencié sur le marché du travail »[712]. Selon un autre auteur qui a coordonné un ouvrage collectif sur le sujet, « le législateur a voulu insister sur la notion de promotion de l'employabilité »[713].

213. *Une dynamique de négociation collective en lien avec le législateur* - Remarquons que la loi vient organiser, rendre contraignantes et renforcer des pratiques préexistantes. Effectivement, un cadre conventionnel entoure le reclassement professionnel dès 1992 et des habitudes, dont ne faisons pas le détail ici, sont déjà adoptées. La loi de 2001 systématise un déjà-là et choisit certains modes de reclassement plutôt que d'autres. Elle

[711] Projet de loi du 11 juin 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs, *doc. parl.*, sess. 2000-2001, doc. 1290/001, p. 6.

[712] M. STRONGYLOS, R. CAPART ET G. MASSART, Le statut unique ouvrier-employé, Commentaires pratiques de la loi du 26 décembre 2013, Limal, Anthemis, 2014, p. 148.

[713] S. GILSON, « Introduction. À quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge ? *in* S. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés. Droits des travailleurs et obligations des employeurs publics et privés*, *op. cit.*, p.13.

s'inspire des pratiques d'outplacement en Flandre et à Bruxelles. Ce modèle privilégie les sociétés de conseil privées, plutôt que les structures collectives publiques ou sectorielles[714].

Par ailleurs, les discussions en commission des affaires sociales de la Chambre des représentants détaillent le lien entre le projet de loi et la négociation collective de travail. La Ministre y explique que « le 22 décembre 2000, les partenaires sociaux concluent l'accord interprofessionnel 2001-2002. Le gouvernement fédéral l'approuve aussitôt et le moment est alors venu de rédiger les avant-projets de lois qui permettront de mettre en œuvre les décisions que le Conseil des ministres a prises, sur la proposition de la ministre, le 17 octobre 2000. En effet, les mesures présentées résultent à la fois de la décision du gouvernement d'octobre 2001 et de l'accord interprofessionnel 2001-2002. La ministre indique que le 9 mars 2001, le Conseil des ministres la charge de demander l'avis du Conseil national du Travail puis du Conseil d'État sur les projets à l'examen »[715]. Sans détailler son contenu, l'intervention de la Ministre illustre les nombreux aller-retours entre la sphère de la négociation collective et les autorités, et comment ces dernières sont à la fois les promoteurs de la négociation collective et les exécutants de celle-ci. La partie I de la thèse, comme les cas d'étude 1, 2 et 3 ont déjà mis en avant ces particularités[716].

En résumé, la mise en place du système de reclassement professionnel est une création inspirée par des logiques d'amélioration de l'employabilité et de mise en place d'une flexi-sécurité dans l'emploi caractéristiques des années 2000. Cette création s'inscrit toutefois dans un paysage de concertation sociale qui confère une grande importance à l'autonomie de la négociation collective et lui donne, nous le verrons en détail, un rôle important dans la mise en œuvre des politiques – un paysage sans doute hérité des décades antérieures aux années 2000.

214. *Reclassement en cas de licenciement individuel et pas collectif* – Dès le début de notre analyse, il faut préciser que nous nous attachons aux mesures d'accompagnement du travailleur dans le cas d'un licenciement individuel, par opposition aux mesures qui sont mises en places lors d'un licenciement collectif ou de la fermeture d'une entreprise ou d'une division d'entreprise. Cette matière trouve son siège dans la loi du 23 décembre 2005 relative au pacte de solidarité entre les générations, ainsi que dans l'arrêté royal du 9 mars

[714] *A contrario*, la Wallonie favorise les dispositifs publics, dénommés cellules de reconversion et encadrés par le décret wallon du 29 janvier 2004 relatif au plan d'accompagnement des reconversions, *M.B.,* 10 mars 2004.

[715] Expose introductif de la ministre Laurette Onkelinx, vice-première ministre et ministre de l'Emploi, *doc. parl.*, sess. 2000-2001, doc. 1290/003, p. 5.

[716] Voy. *supra,* partie I, chapitre 2, section 2, § 2. Les droits exclusifs et la négociation collective de travail, spéc. n° 62 ; partie II, cas d'étude 1, section 3, n° 134 et s. ; partie II, cas d'étude 2, section 1, n° 147 et s ; partie II, cas d'étude 3, section 3, sous-section 3, n° 214.

2006 relatif à la gestion active des restructurations[717]. Dans ce cadre, l'entreprise qui procède à un licenciement collectif et qui emploie 20 travailleurs ou plus, doit mettre en place une cellule pour l'emploi pour les travailleurs licenciés. La cellule pour l'emploi, qui doit accompagner les travailleurs licenciés dans la recherche d'un nouvel emploi et veiller à l'exécution des mesures d'accompagnement convenues dans le cadre de la restructuration, est alors dirigée conjointement par l'entreprise en restructuration, le(s) organisation(s) syndicale(s) présente(s), et l'office pour l'emploi de la Région de l'entreprise, qui en assure la présidence. Le fonds sectoriel, s'il en existe un, fait également partie de la cellule. Cet aparté permet de préciser le champ de notre analyse et fait déjà apparaitre un acteur clé dans la négociation collective sectorielle : le fonds sectoriel[718].

Sous-section 2. Le régime juridique de droit belge du reclassement professionnel

215. *Plan de la sous-section* – Le présent titre résume le droit belge du reclassement professionnel applicable au travailleur licencié (§ 1) puis détaille les exigences qui reposent sur le prestataire des services de reclassement (§ 2).

§ 1. Résumé du droit applicable au travailleur

216. *Un ensemble de services et de conseils de guidance fournis individuellement ou en groupe par un tiers* - Au départ, le système du reclassement professionnel était réglé par la convention collective de travail n° 51 du 10 février 1992 conclue au sein du Conseil national du Travail. Ce système n'était d'application que lorsqu'un employeur choisissait d'offrir volontairement un reclassement alors qu'il n'y est pas obligé. Autrement dit, la convention collective n° 51 conclue au sein du Conseil national du Travail offre un cadre juridique pour un outplacement facultatif[719]. Par la suite, un droit au reclassement est apparu. Il n'existait que pour les travailleurs âgés et ce, par le biais de la convention collective de travail n° 82 conclue au sein du Conseil national du Travail. Le travailleur dont le contrat de travail était résilié par son employeur et qui était âgé de 45 ans ou plus avait droit à une procédure de reclassement professionnel. Adoptée en 2002, la convention collective de travail

[717] *M.B.*, 30 décembre 2015 ; *M.B.*, 31 mars 2006.

[718] Nous nous penchons sur leurs origines, leur rôle et leur fonctionnement dans la sous-section 3, au § 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte.

[719] Convention collective de travail n° 51 relative à l'outplacement conclue le 10 février 1992 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 10 avril 1992, *M.B.*, 1er mai 1992).

n° 82 impose un régime de reclassement professionnel[720]. C'est ce que prévoit son article 3, § 1er. Selon l'article 4 de la convention collective de travail n° 82 conclue au sein du Conseil national du Travail, le reclassement professionnel est un ensemble de services et de conseils de guidance fournis individuellement ou en groupe par un tiers, dénommé ci-après « prestataire de services », pour le compte d'un employeur, afin de permettre à un travailleur de retrouver lui-même et le plus rapidement possible un emploi auprès d'un nouvel employeur ou de développer une activité professionnelle en tant qu'indépendant. Elle a été rendue obligatoire par l'arrêté-royal du 20 septembre 2002[721]. Il faut lire cette convention collective conclue au sein du Conseil national du Travail en parallèle avec la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs, dont le contenu a été en grande partie prescrit par la négociation collective tripartite[722].

Dans la foulée de l'accord tripartite sur un meilleur statut entre ouvrier et employés de juillet 2013, la loi du 5 septembre 2001 a été modifiée. A compter de l'année 2014, le droit au reclassement professionnel est généralisé à tous les travailleurs (sauf exceptions), avec une condition relative à la longueur du préavis. Le régime de la convention collective de travail n° 82, où le droit du travailleur dépend de son âge au moment du licenciement, est devenu supplétif. Le régime général est désormais contenu aux articles 11/1 à 11/12 de la loi. C'est un système qui attribue des droits aux travailleurs en fonction de leur ancienneté dans l'entreprise. Le reclassement concerne les travailleurs licenciés, y compris ceux du secteur public, selon les modalités prévues par la loi, à l'exception de ceux licenciés pour faute grave. Il a lieu pendant la prestation du préavis ou après la fin du contrat, si celui-ci est rompu moyennant des indemnités.

§ 2. Le régime applicable au prestataire : l'agrément et la directive service

217. *Agrément puis enregistrement du prestataire de services* – Tant la convention collective de travail n° 82, à son article 5, que la loi du 5 septembre 2001, à son article 11/4, définissent des critères que doit remplir le prestataire de services[723]. Du côté de la convention collective, on retrouve cinq « critères de qualité », à l'article 5. Parmi eux, l'article 5, 2° de la convention collective de travail n° 82 précise que le prestataire, s'il s'agit d'un

[720] Convention collective de travail n° 82 relative au droit au reclassement professionnel pour les travailleurs de quarante-cinq ans et plus qui sont licenciés conclue le 10 juillet 2002 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 20 septembre 2002, *M.B.*, 10 octobre 2002).

[721] *M.B.*, 5 octobre 2002.

[722] *M.B.*, 15 septembre 2001.

[723] N. ROBERT, « L'outplacement des travailleurs âgés et la C.C.T. no 82 : quand régime subsidiaire rime avec prioritaire », *in* St. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés. Droits des travailleurs et obligations des employeurs publics et privés*, *op. cit.*, pp. 56 et s.

bureau public ou privé spécialisé dans le reclassement professionnel, doit être agréé au sens de la réglementation qui régit les agences d'emploi privées ou publiques. Il s'agit d'une condition également exigée par l'article 11/4, § 2, 2° de la loi. Elle s'inscrit en conformité avec les exigences de l'Organisation internationale du Travail en matière de réglementation des agences d'emploi privées[724]. Cette compétence, comme de larges pans de la politique économique et de celle de l'emploi, est exercée par les régions[725]. Toutefois, les agences d'emploi privées ne doivent plus solliciter un agrément pour exercer des activités de reclassement professionnel ; seul un enregistrement est requis. En effet, on lit par exemple à l'article 3, § 1er, alinéa 1 du décret wallon du 3 avril 2009 relatif à l'enregistrement ou à l'agrément des agences de placement que la prestation de services de reclassement professionnel est subordonnée à un enregistrement préalable de l'agence de placement. Cette évolution trouve son explication dans l'exposé des motifs du projet de décret wallon relatif à l'enregistrement. On y lit le passage suivant : « Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 43 du Traité CE [devenu 49 du TFUE] et la jurisprudence constante de la Cour impliquent qu'un régime d'autorisation préalable ou d'agrément préalable constitue une restriction à la liberté d'établissement sauf si cette restriction peut être justifiée : 1. lorsqu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général ; 2. pour autant qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (proportionnalité) »[726]. On lit également, après un passage expliquant que le Conseil d'Etat considère que la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, et plus particulièrement ses articles 9 à 13, est applicable aux agences de placement, que « le Gouvernement a estimé nécessaire de réaménager entièrement le texte, ce qui a notamment bouleversé l'ordre et le contenu de nombreux articles »[727].

Dans son avis 43.646/2 du 24 octobre 2007, le Conseil d'Etat développe en effet longuement la conformité d'un régime d'agrément des agences de reclassement professionnel au regard de l'article 43 du TCE (devenu entretemps l'article 49 du TFUE) et de la directive 2006/123 du Parlement et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché, dite directive « services ». On y lit que « la libre prestation des services exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre Etat membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres,

[724] Convention (n° 181) sur les agences d'emploi privées, 1997, art. 3, 2 ; Guide pour les agences d'emploi privées, Règlementation, contrôle et application, Genève, Bureau international du Travail, 2008.

[725] L. spéc. du 8 aout 1980 de réformes institutionnelles, art. 6, § 1, IX, 1°, *M.B.*, 15 août 1980.

[726] Projet de décret wallon du 3 avril 2009 relatif à l'enregistrement ou à l'agrément des agences de placement, *Doc. Parl.*, parl. wallon, sess. ord. 2008-2009, 951, n° 1, p. 2.

[727] Idem.

lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues. Un régime d'autorisation ou d'agrément préalable constitue une telle restriction »[728]. Après des développements incluant une analyse du régime juridique imposé par la directive « services », l'avis du Conseil d'Etat indique qu' « en toute hypothèse, l'invocation de motifs justifiant une restriction à la libre prestation des services doit être accompagnée d'une analyse de l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure restrictive en question. L'auteur de l'avant-projet devrait s'assurer que les mesures qu'il adopte sont propres à atteindre l'objectif poursuivi et qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire »[729].

En d'autres mots, le Conseil d'Etat remet en cause un système d'agrément des agences de reclassement et suggère à l'auteur de l'avant-projet de décret, au nom de la liberté d'établissement, d'alléger le régime administratif. On lit en effet, à la page 5 de l'avis, qu'il « convient, dès lors, d'examiner si l'exigence d'un agrément préalable n'est pas disproportionnée ». Il est par ailleurs aussi remarquable, et nous aurons l'occasion ultérieurement de mettre cette exigence en regard de l'interdiction d'attribuer un droit exclusif pour une durée indéterminée, que le Conseil d'Etat signifie qu'un système qui ne prévoit pas de reconduction automatique d'un agrément ou d'un enregistrement, en l'absence de raison impérieuse d'intérêt général, est incompatible avec l'article 11, paragraphe 1er de la directive 2006/123[730].

218. *Les représentants des employeurs et des travailleurs en faveur du maintien de l'agrément* – Les représentants des travailleurs et des employeurs, réunis au sein du Conseil économique et social de Wallonie, ont exprimé leur avis au sujet du projet d'évolution réglementaire. Dans l'avis A.943 adopté par le bureau du Conseil le 29 septembre 2008, les représentants des travailleurs et des employeurs expliquent que l'affirmation selon laquelle toute restriction à la libre prestation de services par la mise en place d'un régime d'autorisation (agrément, enregistrement, …) ne peut être justifiée que lorsqu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général requiert « un travail global préalable d'analyse […] , afin de clarifier les raisons impérieuses d'intérêt général sur lesquelles la Région wallonne baserait ses argumentations ». Selon les représentants réunis dans le Conseil, « les raisons impérieuses d'intérêt général suivantes doivent étayer l'argumentaire de la Région wallonne : l'ordre public, en particulier les questions touchant à la dignité humaine ; la protection des destinataires des services ; la protection des travailleurs et la lutte contre les abus en matière sociale ; la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale ; les pratiques de commerce loyales ». Nous y voyions un encouragement émanant des représentants des employeurs et des travailleurs à destination du

[728] Avis 43.646/2 du Conseil d'Etat du 24 octobre 2007, p. 12.

[729] *Ibdi*, p. 18.

[730] P. 29 de l'avis du Conseil d'Etat du 24 octobre 2007.

Ministre de l'Emploi, afin que celui-ci s'intéresse à différentes raisons impérieuses d'intérêt général qui pouvaient être mises en avant.

Dans un avis ultérieur, l'avis A.987 adopté par le bureau du Comité économique et social de Wallonie le 16 novembre 2009, les représentants des employeurs et des travailleurs ont regretté « ne pas avoir pu disposer des argumentaires complets préparés par le Gouvernement wallon » conduisant à la mise en place, sur la base de la directive « services », d'un système d'enregistrement en lieu et place d'un système d'agrément et indiquent qu'ils auraient souhaité pouvoir, le cas échéant, apporter leur contribution au développement des justifications nécessaires. La déception des représentants des employeurs et des travailleurs est double : non seulement le Ministre n'a pas communiqué les raisons impérieuses d'intérêt général selon lui attachées au domaine de l'accompagnement des travailleurs et ce dernier n'a pas donné aux représentants des employeurs et des travailleurs l'occasion d'avancer leurs préoccupations.

Nous mettons en avant la modification réglementaire parce qu'elle fait état d'un mouvement significatif, dont toute la présente thèse se veut l'illustration : un certain droit européen, visant à promouvoir la concurrence et la non-discrimination entre entreprises, s'introduit dans des dynamiques de négociation collective. Ces règles promeuvent la liberté d'établissement et viennent parfois modifier, sans qu'un débat juridique substantiel ait lieu, les règles entourant la négociation collective. Dans le cas du décret wallon du 3 avril 2009, il semble que la liberté d'établissement ait fonctionné comme un argument d'autorité et les restrictions proportionnelles comme une voie sans issue. Au-delà de la simple question de l'enregistrement du prestataire, c'est l'entièreté du système de reclassement que nous allons en effet interroger au regard des règles européennes.

En résumé, pour les entreprises actives sur le territoire de la Région wallonne, seul un enregistrement est requis. Cette compétence d'enregistrement est réalisé en Wallonie (pour le territoire de langue française) par la DG 06 « emploi et formation professionnelle en Wallonie ». A Bruxelles la même formule a été retenue et c'est le Service Public Régional Economie et Emploi qui enregistre les entreprises. En Flandre, la compétence est exercée conjointement par le VDAB et par Federgon[731]. Le VDAB semble avoir délégué une compétence de certification à Federgon. Cette pratique peut surprendre vu que Federgon est avant tout une association qui défend les intérêts des entreprises du secteur. L'autorité semble avoir poussé très loin la logique de la

[731] La liste des entreprises « agrées » en Wallonie est disponible sur le site http://emploi.wallonie.be/files/PublicationsDEI/AGR_PUBL_EMPLOI_PLAC_ENREG.XML (25 mars 2020). La région de Bruxelles a mis en place une base de données des entreprises « reconnues ». Elle est disponible à l'adresse suivante : http://werk-economie-emploi.brussels/fr_FR/recherche-agences-emploi-privees (25 mars 2020). Le site de la fédération semble d'ailleurs réaliser une confusion entre la notion de « membre » et celle d'entreprise « certifiée » https://federgon.be/de-leden/kwaliteitslabels/certo/ (25 mars 2020). A noter, les variations de vocabulaire : agréer, reconnaitre, certifier. On s'y perd... En pratique, tout le monde *enregistre*.

simplification administrative et de la délégation du pouvoir décisionnel sur la certification et les règles entourant celle-ci.

Sous-section 3. Le rôle des secteurs dans la mise en œuvre du reclassement

219. *Les fondements de la consultation au niveau de l'entreprise, puis du secteur* – Lorsqu'un travailleur a droit à un reclassement professionnel, l'entreprise concernée fait appel à un prestataire de services. Dans la plupart des cas, l'entreprise charge un seul prestataire de services de prendre en charge toutes les procédures de reclassement de l'entreprise. Un tel choix implique l'intervention du conseil d'entreprise. En effet, la compétence générale en matière de formation attribuée par l'article 8 de la convention collective conclue au sein du Conseil national du Travail n° 9 prévoit que le conseil d'entreprise est consulté sur les mesures d'organisation et d'exécution concernant la formation et la réadaptation professionnelles, ayant un caractère collectif[732]. Par conséquent, la procédure de sélection d'une entreprise de reclassement par l'entreprise requiert une information et une consultation du conseil d'entreprise, dans la mesure où un seul prestataire est choisi pour l'ensemble des accompagnements ou si une approche collective est suggérée par les représentants des travailleurs. A cette occasion, l'organe rassemblant l'employeur et les représentants élus des travailleurs peut par exemple examiner la manière dont le prestataire envisagé remplit les critères de qualités prévus par l'article 11/4, § 2 (nous reviendrons plus bas sur la question des critères de qualité).

La formation professionnelle des travailleurs est-elle uniquement une question d'entreprise ou peut-elle être mise en œuvre au niveau du secteur ? Les normes de l'OIT indiquent que, dans le domaine de la négociation collective de travail, les partenaires sociaux doivent pouvoir choisir eux-mêmes, sans entraves des autorités, le niveau adéquat (niveau central, branche ou entreprise)[733]. Dans ce sens, l'article 11/4, § 2, 1° de la loi du 5 septembre 2001 et l'article 5, 1° de la convention collective conclue au sein du Conseil national du Travail n° 82 expliquent que le recours au bureau public ou privé spécialisé dans le reclassement professionnel désigné au niveau de l'entreprise n'est pas la seule possibilité. La loi comme la convention expliquent qu'un prestataire

[732] Dans le cas d'étude 1, nous avons déjà évoqué les nombreuses compétences du conseil d'entreprise. Voy. *supra*, cas d'étude 1, section 1, sous-section 1, § 3, La relation des organes élus avec les travailleurs indépendants, spéc. n° 102. Convention collective de travail n° 9 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprises conclue le 9 mars 1972 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972).

[733] Etude d'ensemble des rapports sur la convention (n ° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n ° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 1994, Rapport III (Partie 4B), § 195.

de service peut être sélectionné dans le cadre d'une réglementation fixée au niveau de la branche d'activité[734]. Le secteur est en effet déjà un lieu de concertation important en matière de formation[735]. De plus, le nouveau régime général mis en œuvre par les articles 11/1 à 11/12 de la loi du 5 septembre 2001 prévoit que le reclassement est financé par un prélèvement équivalent à quatre semaines de rémunération sur l'indemnité compensatoire de préavis[736]. Ce prélèvement sur la rémunération incite les organisations syndicales à exiger un cadre uniforme, négocié au niveau du secteur[737]. L'échelon sectoriel est d'ailleurs l'objet central de notre analyse, laquelle va passer en revue l'entièreté des mesures prises au sein des commissions partiaires.

220. *Plan de la sous-section* - La présente sous-section explique la façon dont nous avons analysé les systèmes sectoriels et expose des résultats intermédiaires (§ 1). Le paragraphe 2 présente un instrument important de la politique sectorielle : les fonds de sécurité d'existence. Les différentes manières d'organiser le reclassement professionnel au niveau du secteur sont réparties en trois catégories dans le paragraphe 3.

§ 1. Les commissions paritaires examinées

221. *Une pratique foisonnante* – Comment les représentants des travailleurs et des employeurs au niveau du secteur ont-ils fait usage de leur autonomie dans la matière du reclassement professionnel ? L'entièreté des commissions paritaires offre un panorama étendu et dès lors l'analyse fait remonter des pratiques variées. Il semblerait en fait que l'autonomie de la négociation collective ait donné lieu à un nombre très divers de solutions. Par exemple, les représentants des employeurs et des travailleurs ont pu parfois décider que le secteur vient soutenir financièrement l'accompagnement, en allouant une certaine somme d'argent par

[734] Art. 11/4, § 2, 1°, a) de la loi du 5 sept. 2001 et art. 5, 1°, a) de la convention collective n° 82, précités.

[735] La politique des « groupes à risques » et qui impose de consacrer une partie de la masse salariale à des publics fragiles est mise en œuvre au niveau sectoriel. La loi précitée du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi détaille se consacre avant tout à ces mesures.

[736] L. du 5 sept. 2001, art. 11/5, § 1er, 2° ; S. GILSON, « Introduction. À quand une véritable obligation de reclassement des travailleurs en droit social belge ? », *op. cit.*, p. 9.

[737] *Ibid,* p. 20. On lit dans le *Guide syndical du reclassement professionnel. Un outil pour le militant d'entreprise*, CSC (2014), que « la nouvelle formule prévoit que, s'il licencie moyennant indemnités, l'employeur peut retirer 4 semaines de préavis afin de financer l'outplacement. Un accord d'entreprise ou de secteur peut maintenir le droit à une indemnité de préavis complète. Il peut, autrement dit, interdire à l'employeur de ponctionner 4 semaines de préavis. En annexe, un projet de convention est présenté. Il peut être repris tel quel pour empêcher le retrait des 4 semaines », https://www.lacsc.be/docs/default-source/acv-csc-docsitemap/6000-centrales/6550-cne/6640-publications/2014-11-guide-syndical-du-reclassement-professionnel.pdf?sfvrsn=941f55f8_2 (31 mars 2020).

travailleurs concerné, sans plus préciser la façon dont cet argent doit être dépensé[738]. On peut dire qu'il s'agit d'une forme d'action sectorielle de faible ampleur. Dans un certain nombre de cas, c'est un cahier des charges détaillé qui est négocié avec un prestataire. Ce dernier est alors chargé de réaliser tous les reclassements professionnels du secteur et une convention collective de travail est conclue, éventuellement rendue obligatoire. Dans certains autres cas, la mission de reclassement est attribuée à des fonds de sécurité d'existence, organes que l'on pourrait qualifier d'exécution de la politique des secteurs et que nous présentons dans la sous-section 2. En effet, l'article 1, alinéa 2, 2° de la loi du 7 janvier 1958 concernant les Fonds de sécurité d'existence confère à ces derniers une mission en matière de formation des travailleurs[739]. Déjà on voit là une typologie apparaître, selon trois manières d'agir par le secteur.

222. *Une première systématisation des dispositifs* – Afin de systématiser les différents dispositifs que nous avons rencontrés, toutes les conventions collectives des commissions paritaires compétentes pour les ouvriers (1xx), les employés (2xx) et mixtes (3xx) portant des règlementations sur la formation ou le licenciement ont été examinées[740]. Parmi ces conventions collectives, une trentaine règlemente les services de reclassement professionnel[741]. Pour rendre le résultat de la négociation collective sectorielle lisible, nous avons tenté de classer les différentes conventions. En effet, face à un mécanisme sectoriel qui encadre le reclassement sectoriel, on peut se poser plusieurs questions. Le secteur a-t-il mandaté un organisme pour réaliser le reclassement ? Si oui, lequel et comment ? La trentaine de conventions collectives régissant le reclassement professionnel a été répartie au regard du mode de mandatement et du type d'organisme chargé de mettre en œuvre le reclassement. Plus précisément, la distinction a porté sur le type d'organisme mandaté, selon qu'il

[738] Comme la CCT du 3 juillet 2013 conclue au sein de la SCP 102.06 qui prévoit 2.500 euros à charge du fonds social par dossier.

[739] *M.B.*, 7 févr. 1958.

[740] Pus précisément, il s'agit des commissions paritaires suivantes : 102.01, 102.02, 102.03, 102.04, 102.05, 102.06, 102.07, 102.08, 102.09, 104, 105, 106.01, 106.02, 106.03, 109, 110, 111.01, 111.03, 112, 113, 113.04, 114, 115, 115.03, 116, 117, 118, 118.03, 119, 120, 120.01, 120.02, 120.03, 121, 124, 125.02, 125.03, 126, 128, 128.01, 128.02, 128.03, 128.05, 128.06, 129, 130, 133.02, 133.03, 139, 140, 140.01, 140.02, 140.03, 140.04, 140.05, 142.01, 142.02, 144, 145, 145.04, 148, 149.01, 149.02, 149.03, 149.04, 152.01, 152.02, 200, 202, 204, 207, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 226, 301, 301.05, 302, 303.01, 303.03, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 315.01, 315.02, 315.03, 317, 318.02, 319, 319.01, 319.02, 321, 324, 325, 326, 327.03, 328.01, 328.02, 328.03, 329.02, 340, 341. L'examen a eu lieu le 25 janvier 2017 pour les commission employés (2xx) et mixtes (3xx) et le 10 mai 2017 pour les commission paritaires ouvriers (1xx). Ces conventions sont disponibles sur le site du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale.

[741] Il s'agit des conventions des commission paritaires suivantes : 102.06, 104, 106.02, 106.03, 120.01, 121, 124, 126, 145, 145.04, 148, 149.01, 149.02, 149.03, 149.04, 200, 209, 214, 216, 219, 226, 306, 307, 308, 309, 310, 315.02, 323, 324, 329.02, 341.

s'agisse d'un organisme paritaire constitué dans le prolongement de la concertation sociale, les fonds de sécurité d'existence (également appelés fonds sociaux) ou selon que l'organisme mandaté soit d'un autre type. Le caractère contraignant du mandatement a aussi été pris en compte. En effet, et c'est là un enseignement important du droit européen de la concurrence, lorsqu'une convention collective sélectionne un opérateur de service et qu'elle est rendue obligatoire, il faut considérer qu'il existe un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE et que, par conséquent, les règles d'attribution d'un tel droit exclusif s'applique. C'est l'hypothèse de l'arrêt *Unis et Beaudout*, mis en avant dans la partie I de la thèse et déjà confronté à la pratique dans le cas d'étude 3. Enfin, l'étude a également examiné si le texte des conventions collectives ne contient pas de clauses dites d'opt-out. Une clause d'opt-out out permet aux employeurs concernés par la convention de recouvrir une liberté contractuelle. Dans ce cas, malgré un mandatement formel, le choix est laissé *in fine* en toute autonomie à l'employeur individuel. On peut considérer que la convention collective prend dans ce cas une forme supplétive, en ce qui concerne la sélection du prestataire en tous cas. On ne peut pas alors parler de droit exclusif. Mais n'insistons pas à ce stade sur toutes les nuances. Un exposé de la pratique rendra les choses plus compréhensibles. Au préalable, un exposé d'une institution de la négociation collective centrale en matière de formation est nécessaire : les fonds de sécurité d'existence.

§ 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte

223. *Un système apparu au XIXe en dehors d'un encadrement réglementaire* – Les fonds de sécurité d'existence (F.S.E.) sont mis en place dès la fin du XIXe siècle. « Ils permettaient de venir en aide aux travailleurs qui perdaient leur travail ou qui, en incapacité de travail, se trouvaient privés de leur rémunération. Au lendemain de la guerre 1940-45, il est apparu important aux interlocuteurs sociaux de couvrir des besoins non pris en charge par la sécurité sociale. Aussi, en 1946, les premiers fonds sociaux furent créés, principalement dans les secteurs où le travail était intermittent où dépendait des conditions climatiques. La loi du 28 juillet 1953 fixa les principes de base et les modalités de fonctionnement des fonds »[742]. Selon les travaux parlementaires de la loi du 28 juillet 1953, les fonds de sécurité et d'existence ont été « institués librement par les représentants patronaux et ouvriers siégeant au sein des commission paritaires »[743]. Le même document explique que, dans un premier temps, les droits et obligations résultant de l'institution de ces fonds ont été, à la demande des intéressés, sanctionnés par le Roi. L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat explique également que « le projet [de loi] a pour objet de donner un cadre légal aux fonds de sécurité d'existence. Jusqu'à présent

[742] J. VERLY, E. MARTINEZ, « La négociation sectorielle », *in* A. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD, P. REMAN, *Dynamiques de la concertation sociale, op. cit.*, p. 270.

[743] Projet de loi concernant les fonds de sécurité d'existence, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 52-53, n° 318, p. 1.

ceux-ci avaient été institués à la seule initiative des commissions paritaires »[744]. Initialement, « ces fonds sont alimentés par des cotisations à charge des employeurs [...] et ont pour mission essentielle de faire bénéficier les travailleurs d'une allocation complémentaire à l'allocation de chômage ordinaire lorsqu'ils se présentent aux lieux d'embauchage et ne sont pas mis au travail »[745]. Sur le plan du financement, il est par ailleurs courant que le fonds « donne mission à l'Office national de la sécurité sociale de recueillir les cotisations pour le Fonds de sécurité d'existence »[746]. Cela n'était pas, comme le relèvent les travaux parlementaires au Sénat et l'avis du Conseil d'Etat, sans « soulever de nombreux problèmes juridiques ». Au Sénat, le projet de loi concernant les fonds de sécurité d'existence explique que « les appréciables services rendus aux travailleurs par les Fonds de sécurité d'existence et le puissant élément de progrès social qu'ils constituent, *imposent* que soient aplanies les difficultés qui s'opposent à leur bon fonctionnement et que soient résolus les problèmes juridiques soulevés par leur développement »[747]. Cet épisode législatif illustre un certain type de lien entre la négociation collective et l'autorité publique. Dans la partie I de notre thèse, nous avons expliqué les liens nombreux et les rapports complexes entre les deux ensembles[748]. Dans le cas d'étude 1, on a vu que l'existence d'une zone d'autonomie juridique dans le droit collectif belge du travail, que nous avons dénommée une « zone d'imprécision réglementaire » a permis l'attribution aux travailleurs sous statut indépendant d'un régime de fin de contrat analogue à celui des travailleurs salariés. Nous avons alors plaidé que l'encadrement réglementaire vise à résoudre les difficultés nées à l'occasion de l'exercice de la négociation collective de travail plutôt qu'à appliquer rigidement des principes[749]. Le législateur de 1953 adopte cette approche et souhaite « aplanir les difficultés », en ayant à l'esprit l'objectif social poursuivi. Quelle est l'approche juridique au XXIe siècle ? C'est l'objet du second volet de notre analyse et la réponse à cette question dépend fortement de la qualification juridique en droit européen des fonds de sécurité d'existence, de savoir s'ils reçoivent la qualité d'organisme de droit public. Auquel cas, et nous développerons cette thématique, des principes issus du droit des marchés publics s'imposent à eux.

224. *Nature privée ou publique des F.S.E. ?* – Ranger les fonds de sécurité d'existence dans la catégorie des organismes de droit public, au sens de la réglementation sur les marchés publics, a des répercussions importantes sur le régime qui leur est applicable. Nous abordons cette question en détail dans le second volet.

[744] Avis L. 3507/1 du Conseil d'Etat du 27 avril 1953, p. 2.

[745] Ibid.

[746] Projet de loi concernant les fonds de sécurité d'existence, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1952-1953, n° 318, p. 3.

[747] *Ibid*, p. 5, nous soulignons.

[748] Voy. *supra*, partie I, section 2, sous-section 2, § 2. Les droits exclusifs et la négociation collective de travail.

[749] Voy. *supra*, cas d'étude 1, section 1, sous-section 2, Conclusion intermédiaire.

A ce stade, notons seulement que, déjà en 1953, des juristes s'inquiètent de la nature privée ou publique des fonds de sécurité d'existence. En effet, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat relatif au projet de loi qui donnera lieu à la loi du 28 juillet 1953 relatif aux fonds de sécurité d'existence pose la question de la nature privée ou publique de ces organismes. Plus précisément, on peut lire dans l'avis qu' « il conviendrait que la nature juridique des fonds de sécurité d'existence soit précisé au cours de l'élaboration de la loi. Il serait notamment souhaitable de dire si le bénéfice de la personnalité civile, conféré d'office par la loi, leur donne le caractère d'établissement public »[750]. Dans le même avis, les juristes de la section de législation identifient, dans la partie du projet de loi relatif aux contestations qui ont pour objet les droits résultant de la loi projetée, un parallélisme avec un projet de loi sur les pensions de vieillesse[751]. Le Conseil d'Etat rappelle alors le débat autour de la nature civile ou administrative du droit de la pension de vieillesse. Le Conseil d'Etat indique une inclinaison en faveur de la nature civile même s'il conteste la constitutionnalité de cette approche[752]. *In* fine, les juristes déclarent que « si le législateur adopte l'article 24 du projet tel qu'il est rédigé, il décide de la façon la plus catégorique que le droit aux avantages de la sécurité d'existence n'est pas un droit civil »[753]. On reconnait encore une fois la complexe intrication entre la négociation collective de travail et les autorités publiques, que la distinction entre le droit public et le droit privé exprime mal[754].

225. *Le régime juridique des F.S.E. est prévu par la loi* – Le cadre juridique des fonds de sécurité d'existence est finalement adopté en 1958, au travers de la loi du 7 janvier 1958 concernant les Fonds de sécurité d'existence (F.S.E.)[755]. Son article premier actuel définit trois types de missions : d'abord, financer, octroyer et liquider des avantages sociaux à certaines personnes ; ensuite, financer et organiser la formation professionnelle des travailleurs et des jeunes ; enfin, financer et assurer la sécurité et l'hygiène des travailleurs en général. En effet, l'ajout de certaines prestations financières à celles prévues par l'assurance chômage est d'emblée combinée avec la mise en place de formations professionnelles durant les périodes au cours desquelles ces prestations sont fournies. Expliqué plus pragmatiquement, lorsque le travail vient à manquer sur la chaine de production et que l'office national de l'emploi s'acquitte de remplacer une partie du salaire, le fonds de sécurité d'existence comble une partie du différentiel et propose des périodes de formation. De là provient

[750] Avis L. 3507/1 du Conseil d'Etat du 27 avril 1953, p. 2.

[751] L'article 24 du projet de loi institue des juridictions contentieuses de première instance et d'appel et prévoit que ces dernières peuvent être déférées à la Cour de Cassation, dans les cas, formes et délais prévus en matière civile.

[752] Avis L. 3507/1 du Conseil d'Etat du 27 avril 1953, pp. 7-9.

[753] *Ibid*, pp. 10-11.

[754] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 2. Les droits exclusifs et la négociation collective de travail.

[755] *M.B.*, 7 févr. 1958.

l'implication importante des fonds de sécurité d'existence dans les matières de la formation professionnelle. C'est toutefois principalement le cas dans les secteurs où le paiement d'allocations de chômage intermittentes est rendu utile du fait des interruptions techniques du travail, dans les secteurs industriels et la construction. *A contrario*, l'émergence des grands secteurs tertiaires dans la seconde partie du XXe siècle – le secteur tertiaire –, dans lequel le travail n'est pas soumis aux mêmes aléas, n'a pas donné lieu à des formations professionnelles pilotées au départ des fonds de sécurité d'existence dans les mêmes proportions[756].

Au sujet de la perception des cotisations fixées par les fonds de sécurité d'existence, l'article 7 actuel de la loi dispose que « les statuts peuvent prévoir que les cotisations sont perçues ou recouvrées par un des organismes chargés de la perception des cotisations de sécurité sociale. Dans pareil cas, les conditions de cette intervention sont arrêtées préalablement par la commission paritaire, d'un commun accord avec l'organisme intéressé. Dans ce cas, les modes de calcul, de perception et de recouvrement de ces cotisations sont les mêmes que ceux des cotisations sociales que l'organisme est chargé de percevoir. Il en est de même en ce qui concerne les majorations de cotisations et les intérêts de retard ». Cette disposition montre combien les fonds de sécurité d'existence sont imbriqués dans l'organisation de la sécurité sociale, dont il bénéficie du système de perception des cotisations.

Par ailleurs, la loi prévoit qu'un fonds de sécurité d'existence est institué par une convention collective de travail rendue obligatoire par un arrêté royal. Dès la publication de cet arrêté, le fonds acquiert la personnalité juridique. L'existence d'un fonds de sécurité d'existence, aussi dénommé « fonds sectoriel » ou, « fonds social », résulte d'une initiative des interlocuteurs sociaux. Aussi est-il géré paritairement par les représentants des employeurs et des travailleurs, l'Etat n'intervenant ni dans le fonctionnement ni dans la gestion de ce

[756] Le F.S.E. qui attribue et gère le plus grand nombre de dispositifs est probablement celui du secteur de la construction (CP 124). Le fonds Constructiv dispense, par l'intermédiaire de 4758 formations agrées, près d'un million d'heures de formation par an. Les opérateurs de formation sont agréés par les bureau régionaux, comme Construfutur en Wallonie. Il ne faut pas omettre qu'il ne s'agit d'une partie seulement des activités du fonds Constructiv, lequel offre aussi des compléments de revenus dans différentes situations, un soutien au crédit hypothécaire, un régime de pension complémentaire, un soutien à l'enseignement en alternance selon des mécanismes qui bénéficient tantôt au travailleur tantôt à l'employeur (constructiv.be et entretien avec Jean-Louis Teheux, 31 mars 2020). Le secteur tertiaire de l'aide à la personne a toutefois développé des mécanismes, comme le secteur des titres-services (CP 322.01), de l'aide aux familles et aux personnes âgées (CP 318.01) ou encore le projet de formation en art infirmier, qui offre aux travailleurs de la Commission paritaire des établissements et services de santé (CP 330) la possibilité de suivre le baccalauréat en soins infirmiers ou le brevet avec maintien du salaire barémique. Le projet est géré par le FINSS (Fonds Intersectoriel des Services de Santé). Dans le même domaine du secteur non-marchand, il ne faut pas non plus passer à côté des projets en matière d'emploi annexes au Maribel Social, lequel brasse en 2018 plus d'1,1 milliard d'euros.

fonds[757]. Les statuts du fonds de sécurité d'existence sont fixés par la convention collective l'instituant. Ils doivent reprendre une série d'indications légales, en ce compris l'objet, les catégories d'employeurs tenus au paiement des cotisations, le montant et le mode de fixation des cotisations et leur mode de perception, le mode de gestion et le pouvoir des administrateurs, la forme et le délai dans lequel il est fait rapport à la commission partiaire, par l'organe de gestion du fonds, sur l'accomplissement de sa mission[758].

226. *Le régime juridique des F.S.E. complété par une convention du Conseil national du Travail* – La convention collective conclue au sein du Conseil national du Travail n° 66 complète le dispositif légal en accordant trois autres missions que les fonds sectoriels peuvent, compte tenu des obligations imposées aux employeurs, accomplir : (1) financer et organiser la formation des travailleurs, demandeurs d'emploi, chômeurs ou autres groupes cibles ; (2) financer et organiser des mesures spécifiques de promotion de l'emploi ; (3) prendre des mesures de promotion du respect des obligations sociales[759].

Un fonds peut financer et organiser des formations pour travailleurs, demandeurs d'emploi ou autre groupes cibles. Il peut ainsi intervenir, par exemple, dans le financement de formations de demandeurs d'emploi destinées à leur faire acquérir les aptitudes nécessaires à la pratique de certaines professions spécifiques pour lesquelles les candidats sont rares. Les cotisations perçues directement ou indirectement par les fonds peuvent contribuer à financer d'autres structures créées dans le même secteur ou dans des secteurs proches. Par exemple, dans le secteur non-marchand, plusieurs fonds de sécurité d'existence francophones et germanophones se sont regroupés au sein de l'ASBL Association paritaire pour l'emploi et la formation (APEF), afin de coordonner et d'amplifier leurs actions, notamment dans le domaine de la formation et de la création d'emplois.

La convention collective n° 66 confirme les missions des F.S.E. en matière de formation, mais permet explicitement à ceux-ci de s'adresser à des travailleurs qui ne ressortissent pas au secteur, comme les

[757] Sauf présence d'un commissaire.

[758] M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale*, *op. cit.*, pp. 274 et s. ; J. VERLY, E. MARTINEZ, « La négociation sectorielle », *in* E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, *op. cit.*, pp. 559-575, spéc. p. 270.

[759] Convention collective de travail n° 66 concernant les Fonds de sécurité d'existence conclue le 4 novembre 1997 au sein du Conseil national du Travail.

chômeurs. Cette évolution est concomitante de la création de la politique en faveur des groupes-cibles, laquelle charge les secteur d'améliorer l'empoyabilité des travailleurs plus éloignés de l'emploi[760].

Il existe actuellement quelques 150 fonds de sécurité d'existence[761].

Dès lors que nous avons exposé le cadre général du reclassement professionnel et que nous avons expliqué, à gros traits dans un premier temps, les missions et le fonctionnement des F.S.E., il est désormais possible de classer les différentes pratiques en trois catégories.

§ 3. Les trois catégories de mécanismes de reclassement professionnel

227. *Typologie des modes d'actions des secteurs* – Le lecteur trouvera en annexe le détail des dispositions de toutes les conventions collectives étudiées[762]. L'examen a permis de dégager trois catégories de dispositifs lorsqu'un prestataire de service est désigné au niveau sectoriel afin de réaliser les obligations de reclassement professionnel. *A contrario*, un certain nombre de conventions collectives sectorielles traitent du sujet sans désigner d'opérateur. Par exemple, dans la commission paritaires 102.6, représentants des travailleurs et des employeurs ont conclu une convention le 3 juillet 2013 par laquelle ils font reposer sur l'employeur le coût du reclassement professionnel, dont 2.500 EUR sont pris en charge par le fonds de sécurité d'existence. Autre exemple dans la commission paritaire 104 : il est prévu par la convention conclue le 29 mai 2007 que tant des offres de reclassement menées par organismes de reclassement privés que par des organismes publics seraient proposées aux travailleurs. Un nombre important de situations analysées ont trait à des déclarations d'intention. Ainsi, les membres de la commission paritaire 149.02 ont mandaté leur fonds sectoriel de formation, Educam, afin de « jouer un rôle dans le développement d'un trajet de carrière pour les ouvriers » et se sont engagés à déterminer à l'avenir si cet organisme pouvait jouer un rôle plus actif en matière de reclassement professionnel. Une obligation similaire a été prise dans la commission paritaire 149.04. La convention du 13 octobre 2015 conclue au sein de la commission paritaire 149.03 prévoit aussi d' « à court terme, vérifier avec quels partenaires externes il y aurait lieu de prendre des accords ». Dans la commission paritaire 214, c'est « CEFRET-employés » qui est mandaté par un accord conclu le 20 juin 2005 spécialement pour vérifier « de quelle manière un outplacement sectoriel peut être organisé et financé ». Des conventions

[760] Pour rappel, il s'agit des conventions des commission paritaires suivantes : 102.06, 104, 106.02, 106.03, 120.01, 121, 124, 126, 145, 145.04, 148, 149.01, 149.02, 149.03, 149.04, 200, 209, 214, 216, 219, 226, 306, 307, 308, 309, 310, 315.02, 323, 324, 329.02, 341.

[761] La liste des F.S.E. constitués est disponible sur le site du Service Public Fédéral Emploi, travail et concertation sociale (https://emploi.belgique.be/fr/themes/concertation-sociale/fonds-de-securite-dexistence/liste-des-fonds-de-securite-dexistence, 31 mars 2020).

[762] Voy. *infra*, annexes, Annexe 1. Screening des CCT en matière de reclassement professionnel.

conclues dans les commissions paritaires 216 et 219 prévoient aussi l'obligation de mettre en place, à l'avenir, un système sectoriel de reclassement. Enfin, la convention collective conclue le 25 août 2014 au sein de la commission paritaire 315.02 prévoit une intervention financière du « Fonds de sécurité d'existence des compagnies aériennes autres que la SABENA ». L'ensemble de ces situations, où aucun organisme n'est désigné pour réaliser le reclassement professionnel, nous intéresse peu ; les conventions sont des déclarations d'intention et n'ont pas de contenu normatif. Il va autrement dans les trois catégories répertoriées.

228. *La première catégorie regroupe les droits exclusifs conférés à des organismes qui ne sont pas des F.S.E.* - La première catégorie est celle où la négociation collective attribue la réalisation du reclassement professionnel à un prestataire par le biais d'une convention collective de travail rendue obligatoire, sans qu'il s'agisse d'un F.S.E. Cette hypothèse est celle qui se rapproche le plus de l'affaire *UNIS et Beaudout* de la Cour de justice de l'Union et dans lequel la Cour identifie l'attribution d'un droit exclusif à un opérateur économique (attribution nécessitant le respect des obligations de transparence). On retrouve de tels mécanismes dans les commissions partiaires 121, où le Centre de Formation du Nettoyage est mandaté – nous revenons en détail sur ce cas –, 149.01, 200 (dont les pratiques de l'organisme de formation, le CEFORA, sont aussi détaillées plus bas), 209 et 324.

229. *La deuxième catégorie regroupe des mécanismes où, pour diverses raisons, il n'est pas possible d'identifier un droit exclusif* - La deuxième catégorie se distingue de la première parce qu'elle rassemble des situations où, pour des raisons variées, il n'est pas possible d'identifier un droit exclusif.. Dans certains cas, la convention collective qui sélectionne l'opérateur de reclassement contient une clause d'*opt-out*. Puisque le choix de l'opérateur demeure, libre, la sélection de l'opérateur par la convention sectorielle peut être qualifiée de supplétive. Pour cette raison, le dispositif ne crée pas d'exclusivité au profit d'un opérateur. C'est la voie choisie au sein des commission paritaires 308 et 309. On retrouve la même absence de droit exclusif quand les membres de la commission paritaire sélectionnent un opérateur tiers *via* une convention collective, sans toutefois que les conventions ne fassent l'objet d'une extension de la force obligatoire par un arrêté royal. Le texte conserve donc sa valeur d'accord simple entre privés. Il n'existe pas d'intervention de l'autorité publique. Pour cette raison, aucun droit exclusif n'est constitué, puisque la Cour précise dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* (de façon concordante avec la doctrine que nous avons examinée sur le sujet) que l'existence d'un droit exclusif nécessite une intervention publique[763]. On y retrouve les conventions conclues dans les commission paritaires 307 et 341. Enfin, certains dispositifs sont caractérisés à la fois par une clause d'*opt-out* et par l'absence d'extension de la force obligatoire. Il y a dans ces hypothèses une double raison de ne pas identifier de droit exclusif. Seule la convention conclue au sein de la commission paritaire 320 présente cette particularité.

[763] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 1. Fondement juridique et définition des droits exclusifs.

230. *Dans la troisième catégorie, le F.S.E. est désigné* - Dans la troisième catégorie, les conventions désignent un opérateur et sont parfois rendues obligatoires par à un arrêté royal. La spécificité tient dans l'organisme mandaté. Il s'agit ici du fonds de sécurité d'existence de la commission paritaire considérée. La qualité de fonds de sécurité d'existence est vérifiée sur la base de la liste non exhaustive du SPF Emploi, Travail et Concertation Sociale[764]. Cette hypothèse est plutôt courante et démontre l'importance des fonds de sécurité d'existence en matière de formation. C'est le cas dans les commissions paritaires 106.02, 106.03, 124, 306, 323 et 329.02. Remarquons la prédominance des commissions paritaires rassemblant des travailleurs sous contrat de travail ouvrier (1xx) ou mixtes (3xx) et l'absence de commission paritaire d'employés (2xx). On peut y lire le rôle plus important et déjà relevé des fonds de sécurité d'existence dans les secteurs manufacturiers. Nous examinons deux cas plus en détail : la commission paritaire 306 rassemblant les entreprises d'assurance et celle reprise sous le numéro 329.02, rassemblant employeurs et travailleurs du secteur socio-culturel subventionné par la Communauté française.

Quel régime le droit européen, et plus particulièrement les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, impose-t-il à chaque hypothèse ? C'est l'objet de la section 2 de l'étude de cas. Au fil de la section 1, le lecteur a pris connaissance des rudiments du droit du reclassement professionnel nécessaires pour comprendre la manière dont il est mis en œuvre : le travailleur licencié est dans certains cas titulaire d'un droit au reclassement et celui-ci doit être réalisé par un prestataire remplissant certains critères. Les textes de lois permettent pas ailleurs explicitement la sélection de l'opérateur par la négociation collective sectorielle. Au-delà de l'exposé de droit positif, la section 1 fait déjà état de deux tendances. La première tendance est illustrée par les exigences administratives pesant sur les prestataires du reclassement. Ceux-ci devaient initialement, et dans l'esprit des conventions de l'OIT, bénéficier d'un agrément. Toutefois, depuis 2009, et sous l'influence du droit européen promouvant le libre marché, seul un enregistrement est requis. La deuxième tendance est illustrée par les débats dans les années cinquante autour des fonds de sécurité d'existence et traite de la *réception* par le droit de systèmes créés spontanément par la négociation collective, parce qu'ils sont un « puissant élément de progrès social »[765]. Ces deux tendances montrent un droit en tension, lequel parfois consacre des dynamiques qualifiée de « progrès social » et qui, dans d'autres cas, contient plutôt les dynamiques de négociation collective, parce qu'il y voit plutôt des entraves au marché. La section 2 de l'étude de cas est tout entière dédiée à mieux comprendre le mouvement spontané entourant la création de mécanismes de reclassement et l'encadrement que lui fournit (oppose) le droit, en particulier le droit européen reposant sur les principes d'égalité et de non-discrimination et imposant, par le truchement de

[764] http://www.emploi.belgique.be/erkenningenDefault.aspx?id=520 (1er avril 2020).

[765] Projet de loi concernant les fonds de sécurité d'existence, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1952-1953, n° 318, p. 5. Sur la théorie de la réception, voy. L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 298.

l'article 106 du TFUE ou par le biais de la notion d'organisme de droit public, des obligations de transparence. Dans la section 3, l'analyse des mécanismes de reclassement professionnel permet de montrer que les deux tendances correspondant mal au rôle des dispositifs mis en place au travers de la négociation collective de travail, qui est de faire fonctionner le marché.

Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence

231. *Plan de la section* – La section 2 de l'étude de cas analyse les différentes pratiques des secteurs d'activité et tente de leur apporter une lecture de droit européen. Les trois sous-sections se penchent respectivement sur les trois catégories que nous avons identifiées préalablement. La sous-section 1 envisage la situation où les interlocuteurs sociaux ont confié la réalisation des missions de reclassement à un organisme tiers, par la voie d'une convention collective rendue obligatoire. La sous-section 2 apporte un éclairage de droit européen sur les situations où les interlocuteurs sociaux ont également sélectionné un opérateur, avec cette différence que le mandatement ne présente pas un caractère contraignant. Enfin, la sous-section 3 concerne l'attribution de la mission de reclassement par les interlocuteurs sociaux sectoriels aux fonds de sécurité d'existence – fonds dont nous avons expliqué la raison d'être et le rôle dans la section précédente. Chaque section nécessite des développements spécifiques de même que, à plusieurs reprises, de se pencher sur le contenu même des pratiques. Dans ce sens, ce sont les dynamiques de cinq secteurs qui sont détaillées : la commission paritaire auxiliaire pour employés (CP 200) et son organisme paritaire, le CEFORA, la commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection (CP 121, asbl CFN), la sous-commission paritaire 149.01 réunissant les entreprises du diamant, les secteur des électriciens de la commission paritaire 324 et le secteur des entreprises d'assurance, réuni dans la commission paritaire 306 (FOPAS).

Sous-section 1. Une CCT rendue obligatoire désigne un prestataire, sans qu'il s'agisse d'un F.S.E.

232. *Une catégorie qui rassemble des Asbl périphériques* - Dans la sous-section 1, l'analyse de droit européen porte sur l'attribution d'un droit exclusif à des organismes qui ne sont pas des F.S.E. Les représentants des employeurs et des travailleurs ont, au sein du secteur, attribué la réalisation du reclassement professionnel à un prestataire externe privé. Leur choix s'est porté sur un opérateur économique à première vue anonyme, lequel prend la forme juridique d'une société commerciale ou d'une association sans but lucratif. Préalablement à la présentation des résultats de l'analyse, deux remarques sont utiles.

La première remarque a trait au fait que les organismes mandatés sont à première vue anonymes mais que, dès lors que l'on pousse l'analyse, ils apparaissent comme des organismes qui, en raison de leur fondation, de leur mode de fonctionnement et de leurs objectifs, doivent être rattachés à la négociation collective. Le dépouillement montre que les organismes mandatés sont des associations sans but lucratifs instituées par les

représentants des travailleurs et des employeurs et le plus souvent contrôlées par eux. Il s'agit en d'autres termes d'équivalents fonctionnels aux F.S.E., qui n'en n'ont pas la forme légale et qui reproduisent la situation qui existait avant la loi du 28 juillet 1953 : celle d'une production spontanée de la négociation collective qui n'est pas spécifiquement encadrée par la loi.

233. *La négociation collective de travail créatrice de droits exclusifs* – La seconde remarque provient du type de mandatement que nous rencontrons ici et qui se dénote par son caractère contraignant. Les représentants des travailleurs et des employeurs ont choisi d'attribuer la mission par la voie d'une convention collective et ont obtenu l'extension de sa force obligatoire. Or, et c'est un sujet à propos duquel nous nous sommes fort penchés, l'extension de la force obligatoire d'une convention collective qui attribue une mission à un opérateur, public ou privé, est considéré, sur base de la jurisprudence de la CJUE, comme constitutive d'un droit exclusif. C'est en effet les enseignements croisés des arrêts *Parking Brixen*, *Sporting Exchange* et *UNIS*[766]. Nous y avons vu que l'attribution d'un droit exclusif requiert, selon la Cour et la Commission, une procédure d'octroi divisée en trois phases, - l'ouverture, l'exécution et, la conclusion -, avec des exigences de publication, de transparence des critères, de publicité des discussions, de motivation du choix et, de recours possible[767]. La conclusion de la seconde remarque est que l'attribution de la mission de reclassement aux organismes repris ci-dessous devrait, si elle intervient dans le futur, respecter pareille procédure d'octroi divisée en trois phases.

Les CCT rendues obligatoires par lesquelles un secteur désigne un prestataire sont détaillées dans le tableau ci-dessous :

Première catégorie – La CCT de secteur est rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire					
Commission paritaire		CCT	A.R.	Opt-out	Organisme mandaté
121	Commission paritaire pour le nettoyage	30 novembre 2006	3 juillet 2007	Non	Centre de formation du nettoyage, CFN
149.01	Sous-commission paritaire des électriciens : installation et distribution	28 octobre 2015	10 janvier 2017	Non	Asbl Formelec
200	Commission paritaire auxiliaire pour les employés	10 juillet 2014	21 juillet 2016	Non	Asbl Centre de formation des employés de la Commission paritaire nationale auxiliare poir employés, CEFORA
209	Commission paritaire pour les employés de la sidérurgie	6 mai 2013	28 mars 2014	Non	Vormingsinitiatief voor bedienden van de Antwerpse Metaalnijverheid, VIBAM

[766] Voy. *supra*, partie I, Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen. Pour la jurisprudence citée : C.J.U.E, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 ; C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08 ; C.J.U.E., 17 déc. 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS)*, aff. C-25/14.

[767] A. DRAHMANN, « Tijd voor een Nederlands tranparantiebeginsel ? », *op. cit.*, p. 157.

324	Commission paritaire de l'industrie du commerce et du diamant	20 décembre 2007	7 décembre 2008	Non	Fonds de compensation interne pour le secteur du diamant (FCI)

Dans les cinq situations répertoriées dans ce tableau, les obligations de transparences issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE et applicable par le truchement de l'article 106 du TFUE ont-elles été respectées lors de l'attribution ? Avant de répondre à cette question, il faut apporter une nuance et une précision. La nuance tient dans le fait que l'imposition des règles de mise en concurrence aux instruments de la négociation collective est le fait d'une décision de la Cour de justice, laquelle prévoit que le nouveau régime n'est valable qu'à partir de la date du prononcé de l'arrêt, le 17 décembre 2015[768]. Or, toutes les désignations que nous répertorions ont eu lieu avant cette date – peut-être faut-il y voir un *chilling effect,* signifiniant que l'arrêt *UNIS et Beaudout* a eu des répercussions sur les pratiques de négociation collective. Comme dans le cas d'étude 2, la question du respect de la procédure est donc un indicateur intéressant mais n'a pas de conséquences juridiques. Ensuite, il est utile de préciser que l'application des obligations de transparence connait trois causes d'exemption. Deux exceptions sont formellement exprimées par le pouvoir judiciaire européen. Pour rappel, il s'agit premièrement du critère d'intérêt transfrontalier et, ensuite, de l'hypothèse de la quasi-régie, que nous avons déjà décrites dans la partie I de la thèse et, plus récemment, appliquée au cas d'étude 3[769]. Nous avons déjà indiqué que l'exception de quasi-régie permet de se délivrer de contraintes du droit des marchés publics lorsque, entre autres conditions, le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services[770].

A ces deux exceptions systématisées par la jurisprudence et la doctrine, nous avons déjà indiqué qu'une troisième plus récente vient s'ajouter[771]. Encore pour mémoire, dans les arrêts *Spezzino* et *CASTA*, la Cour autorise une procédure de mandatement « social et soidiaire » qui s'écarte de l'obligation de transparence

[768] C.J.U.E., 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14, point 53 de l'arrêt.

[769] Voy. *supra,* partie I, Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen et aussi l'application de ces exceptions au cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 2. L'exécution de la mission par une quasi régie.

[770] Sur cette notion, *voy. supra,* partie I, chapitre 2, section 1, § 3, L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions ; partie II, cas d'étude 3, section 2, § 1, n° 179.

[771] Voy. *supra,* partie I, , chapitre 2, section 2, § 3, (ii) L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence, *in fine* et égal. dans le cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif.

déduite des articles 49 et 56 du TFUE[772]. Pour rappel, la Cour décide dans ces arrêts que la procédure d'octroi d'un droit exclusif dérogeant à l'obligation de transparence découlant des pincipes d'égalité et de non-discrimination est autorisée lorsque quatre conditions sont rencontrées. Tout d'abord, l'attribution directe et prioritaire d'un marché doit contribuer effectivement à la finalité sociale de l'activité faisant l'objet du marché. Aussi, l'attribution doit poursuivre des objectifs de solidarité et, également, d'efficacité budgétaire. Enfin, l'opérateur économique ne doit pas poursuivre d'autres objectifs que ceux-là, c'est-à-dire assurer la finalité sociale de l'activité dont la gestion lui est confiée dans des conditions de solidarité et d'efficacité budgétaire. Dans ce cadre, il ne peut réaliser aucun profit du fait de ses prestations ni procurer aucun profit à ses membres[773].

234. *Plan de la sous-section* - La visée de cette sous-section 1 ne tient donc pas tant à vérifier que les représentants des travailleurs et des employeurs ont respecté les règles de mise en concurrence que de vérifier, de façon préalable, s'ils y sont soumis. On sait déjà que cette question ne vaut que pour l'avenir – toutes les situations répertoriées sont antérieures à la date de l'arrêt du 17 décembre 2015. Il reste à déterminer si elles ne présentent pas les traits d'une des trois situations de non application de l'obligation de transparence. La première situation est celle où le marché public ou le droit exclusif à attribuer ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain (§ 1). La deuxième est celle où le marché ou le droit est attribué à une entité juridiquement indépendante de l'entité adjudicatrice, mais avec laquelle celle-ci entretient des liens étroits (§ 2). La troisième est celle de l'attribution d'un droit exclusif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (§ 3).

§ 1. Un intérêt transfrontalier est très certainement présent

235. *Renvoi au cas d'étude 3, par analogie* - Une opération présentant un intérêt transfrontalier certain est une opération objectivement susceptible d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui attribue le marché ou le droit exclusif[774]. L'intérêt transfrontalier est un critère dont l'appréciation est complexe dès lors que la Cour est amenée à évaluer l'intérêt que suscite un marché dans le chef d'un opérateur économique fictif. On peut penser que la Cour est dès lors également guidée par les préoccupations générales des autorités européennes. Dans ce sens, nous avons avancé *supra* que le fait que les autorités européennes adoptent un cadre réglementaire afin de stimuler un marché

[772] Voy. *supra*, partie I, , chapitre 2, section 2, § 3, L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence. Pour la jurisprudence citéee : C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13 ; C.J.U.E., 28 janvier 2016, *CASTA*, aff. C-50/14.

[773] C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13, points 60-61.

[774] Point 27 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

européen de l'assurance pension indique que les activités de pension ont un caractère transfrontalier[775]. De façon similaire, l'établissement au niveau européen d'un cadre de référence pour les prestataires de formation professionnelle est un signe que l'Union a le souhait que les prestataires de formation puissent proposer leurs services plus largement, notamment en dehors de l'Etat membre dont ils proviennent[776]. Par conséquent, on considère qu'il existe, au moins de manière potentielle, un marché européen pour la prestation de ce type de services, et qu'on souhaite lui permettre de se développer. Par ailleurs, il est utile de remarquer que la question du respect de l'obligation de transparence ne se pose qu'à l'égard de la mise en place de formules de reclassement obligatoires à l'échelle d'un secteur d'activité au moins, puisque c'est l'octroi d'un droit exclusif au gestionnaire de ce régime *par l'extension d'un accord collectif* qui entraîne son applicabilité de principe. Or, ces régimes couvrent par hypothèse un nombre important de travailleurs, et présentent donc certainement un intérêt économique non négligeable pour les opérateurs du secteur.

Pour ces raisons, il nous semble que l'existence d'un intérêt transfrontalier devrait pouvoir être facilement retenue dans le domaine de l'accompagnement des travailleurs licenciés. L'obligation de transparence doit donc certainement être considérée comme s'y appliquant en général, sauf à l'égard de régimes particuliers – par exemple, ayant une valeur économique (très) réduite. Il convient maintenant de se demander si l'exception à l'applicabilité de l'obligation de transparence tirée des liens particuliers entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire pourrait, elle, trouver à s'appliquer.

§ 2. L'examen de l'exécution de la mission par une quasi-régie crée des difficultés

236. *Les trois conditions pour établir l'existence d'une quasi-régie en pratique* - Comme nous l'avons déjà expliqué dans le cas d'étude 3, l'origine des obligations de transparence dans le droit des marchés publics conduit, par analogie, à l'application d'une exception tirée de cette branche du droit[777]. Dans le présent paragraphe, nous analysons si les commissions paritaires où une CCT rendue obligatoire désigne un prestataire de services rencontrent les conditions requises par l'exception de quasi-régie. Les conventions collectives conclues qui présentent ces traits sont au nombre de cinq . Nous analysons tous les secteurs concernés et les pratiques de quatre organismes sont détaillées : la commission partiaire auxiliaire pour les employés 200 (i), la commission

[775] Voy *supra*, cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif, spéc. n° 178 et s.

[776] Recommandation 2009/C 155/01 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à l'établissement d'un cadre européen de référence pour l'assurance de la qualité dans l'enseignement et la formation professionnels.

[777] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3, L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions. Conclusions de l'avocat général BOT rendues le 17 déc. 2009, Sporting Exchange, aff. C-203/08, points 143 et s.

partiaire 121, où le Centre de Formation du Nettoyage est mandaté (ii), la commission paritaire 149.01 qui rassemble les électriciens (iii), et, enfin, le secteur du diamant, regroupé dans la commission paritaire 324 (iv). Dans ces secteurs, est-il possible de considérer l'organisme mandaté comme une quasi-régie ? Si oui, les représentants des travailleurs et des employeurs ont attribué la mission de reclassement à un organisme qui évolue dans leur giron et la mise en concurrence n'est pas requise.

La première condition concerne la composition du capital social de la quasi-régie et interdit des participations privées. Dès lors que la majorité des organismes mandatés sont des associations sans but lucratif, sans capital social, les participations capitalistiques privées sont impossibles et il est aisé que cette condition est remplie (une situation, dans le secteur du diamant, présente une particularité et nous y reviendrons). La qualité de quasi-régie ne peut toutefois être affirmée que sue la base de deux autres conditions.

La deuxième condition et la troisième condition a trait aux structures de direction du prestataire de service et vise à ce que l'adjudicateur contrôle l'attributaire comme ses propres services, puis, exige que l'essentiel des activités de l'adjudicataire soit en lien avec l'adjudicateur – en excluant si besoin des missions confiées par d'autres autorités publiques. Nous avons pu réaliser un examen grâce au statut des différentes associations, publiés à l'annexe des personnes morales du *Moniteur belge*. Le lecteur pourra trouver le résultat détaillé de ce travail de recherche en annexe[778].

237. *Le VIBAM et CEFORA contrôlés par leur commission paritaire respective, pour laquelle ils réalisent l'essentiel de leurs activités ?* - Chaque situation est particulière mais dans deux situations, il existe peu de doute quant au fait que le critère du contrôle analogue soit rencontré. En effet, les membres du CEFORA (CP 200) et du VIBAM (CP 209) sont choisis parmi les membres de la Commission paritaire qui a réalisé le mandatement. Autrement dit, les personnes qui ont attribué la mission de reclassement sont ceux-là même qui contrôlent l'association. Cette identité de personnes laisse peu de doutes quant à l'influence décisive sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes.

En outre, les statuts des deux associations précisent que les activités de l'association sont uniquement des activités en lien avec la formation professionnelle au bénéfice des travailleurs et des employeurs qui ressortissent au champ d'application de la commission paritaire concernée. Cette prescription laisse peu de doute sur l'existence éventuelle de commanditaires tiers, hormis les membres de la commission paritaire, on voit mal qui pourrait mandater l'association en vue de telles missions. Dans les fait, cette supposition est étayée par l'examen des comptes annuels de l'association de la CP 200, le CEFORA, lesquels font état pour l'année

[778] Voy. *infra*, annexes, Annexe 2. Analyse des structures de direction des ASBL instituées dans le domaine de la formation sectorielle.

2017 de subsides et de cotisations pour environ 44,7 millions d'euros, pour des revenus totaux ne dépassant pas 45,1 millions d'euros. La cotisation, son montant et son mode de perception sont définis par les articles 189, 190 et 191 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses[779]. Ce sont donc plus de 99 % des ressources qui, selon un schéma peu connu du droit des marchés publics, transitent par les organismes de sécurité sociale et bénéficient d'un régime légal, et dont la sphère de la négociation collective est le point de départ et le point d'arrivée. Dans ce schéma ou une cotisation prévue par les acteurs de la négociation colelctive reçoit un régime de droit de la sécurité sociale et est retourné à des organismes privés qu'il faut rattacher à la négociation collective de travail, il semble complexe de tracer une frontière précise entr la sphère privée et la sphère publique. Quelle que soit l'issue du débat théorique entre ce qu'est le public ou le privé, l'article 190, § 1er de la loi du 27 décembre 2006 prévoit que les représentants des travailleurs et des employeurs, au moyen d'une convention collective, définissent la manière dont les montants en faveur des groupes à risques sont dépensés (la loi utilise le mot « concrétisés »). On peut donc sans sourciller en déduire un contrôle complet des représentants des travailleurs et des employeurs quant à l'activité, par exemple, du CEFORA.

Relativement à ces deux associations, le VIBAM et le CEFORA, nous affirmons donc sans hésitation qu'elles rencontrent les trois conditions que le droit européen exige afin d'établir l'existence d'une quasi-régie. En conclusion, les principes de non-discrimination et de transparence ne trouvent pas à s'appliquer lorsque les membres des Commissions partiaires 200 et 209 attribuent par convention collective rendue obligatoire des missions respectivement au Cefora et au VIBAM.

238. *Une application en cascade des obligations de transparence au VIBAM et au Cefora ?* - Notons toutefois que le constat selon lequel les trois conditions de la quasi-régie sont rencontrés exige d'aller plus loin. En effet, la reconnaissance comme quasi-régie, si elle permet par analogie au droit dérivé des marchés publics, d'être exempté de l'application de transparence issue du droit primaire, elle pourrait - et toujours par analogie avec le droit dérivé des marchés publics - avoir des conséquences sur les pratiques des organismes mandatés. Nous avons déjà vu dans le cas d'étude 3 que, dans la réglementation relative aux marchés publics, qui est une source d'interprétation certaine du contenu et de la portée de l'obligation de transparence, un établissement dépendant d'un pouvoir adjudicateur, s'il n'est pas de nature commerciale, sera généralement lui-même couvert par les directives, en tant qu'organisme de droit public[780]. Cette application « en cascade » du droit des marchés publics entraîne que la quasi-régie, pour les relations qu'elle noue avec les opérateurs

[779] Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 28 décembre 2006.

[780] S. ARROWSMITH, The Law of Public and Utilities Procurement, vol. 1, op. cit., p. 370 ; Voy. *supra*, cas d'étude 3, section 2, n° 192.

économiques, est à son tour soumise au droit dérivé des marchés publics. Serait-elle, dans une application analogique toujours, soumise aux prescrit des obligations de transparence de non-discrimination ? Le transfert « en cascade » de l'obligation de transparence à un organisme mandaté supposerait donc de tirer loin l'analogie avec le droit des marchés publics, mettant sous tension plus fortement encore l'idée de principes de droit primaires interprétés à la lumière du droit dérivé (alors qu'on s'attend plutôt à l'inverse). Face à notre ignorance de la portée de l'analogie décrétée par la Cour, nous nous prêtons à l'exercice.

Si l'analogie entre le droit primaire et le droit dérivé permet d'appliquer la logique en cascade mise en place par le droit dérivé, il est probable que les organismes mandatés par une convention collective rendue obligatoire mais considérés comme une quasi-régie des partenaires sociaux sectoriels soient à leur tour tenus de respecter le contenu des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination lorsqu'ils choisissent des prestataires de service. La suite de la section s'attache donc à examiner la manière dont le CEFORA a sélectionné ses partenaires, afin de voir si la substance des principes généraux du droit européen est respectée. Dans la foulée, nous examinerons aussi la situation d'un autre secteur où les représentants des travailleurs et des employeurs ont mandaté par le biais d'une convention collective rendue obligatoire une A.S.B.L. : le secteur du nettoyage.

(i) C.P. 200 : Les pratiques du CEFORA respectueuses des obligations de transparence ?

239. *Caractéristiques du marché attribué par le Cefora* - Dans la Commission paritaire auxiliaire pour employés, l'article 5 de la convention collective du 10 juillet 2014, rendue obligatoire par arrêté royal du 21 juillet 2016 prévoit que la mission est confiée au CEFORA. Nous avons déjà conclu que cette association doit être considérée comme une quasi-régie des membres réunis dans la commission paritaire 200.

Depuis 1996, le CEFORA propose un reclassement professionnel aux employés de la CP 200, aussi bien en cas de licenciement individuel (pour les employés de 35 ans ou plus) qu'en cas de licenciement collectif (pour tous les employés). Cette offre est combinée à la possibilité de suivre une/des formation(s) en vue de la mise à niveau des compétences. Le CEFORA applique ici les dispositions de la CCT 82bis et de la CCT du 10 juillet 2014[781].

Le pourcentage de participants ayant effectivement débuté un accompagnement via le CEFORA tourne autour de 2000 :

Année	Nombre de participants ayant démarrés

[781] CEFORA, note interne, « Outplacement 2016 ».

2013	2 372
2014	2 639
2015	1 990
2016	1 901

A ce sujet, il est intéressant de remarquer qu'un reclassement professionnel a une durée légale de 12 mois. C'est donc toujours environ deux mille travailleurs qui sont suivis simultanément. Le budget annuel tourne autour de 3,5 millions d'euros, dont une grande partie sert à rétribuer les prestataires de service[782].

240. *Attributaires du marché de reclassement dans la CP 200* – En 2002, un premier appel d'offres avait été lancé par le biais de la fédération des entreprises de reclassement, Federgon, et des collaborations avait été créées avec 3 bureaux privés et 3 bureaux publics devenus entre-temps privés : Daoust, Right Management Consultants (Manpower), GRH Management (Securex), Ascento, Trace et T Brussels Outplacement. Les contrats étaient conclus pour une durée d'un an et ont été prolongés à la suite d'évaluations annuelles réalisées en octobre 2003, juin 2004 et juin 2005.

En juin 2006, il a été décidé de conduire un nouvel appel d'offres destiné aux différents membres de la fédération des entreprises de reclassement Federgon. Après analyse des offres, le CEFORA a décidé de prolonger une nouvelle fois les contrats des partenaires en cours, aux mêmes conditions. Il en a été de même en 2007 et 2008.

En 2009 et éventuellement dans le prolongement de la crise financière, le nombre de travailleurs licenciés nécessitant un reclassement avait fortement augmenté. Certains partenaires avec lesquels le CEFORA collaborait ne sont plus parvenus à rencontrer la demande. Par conséquent, un nouvel appel d'offres été lancé et deux nouveaux partenaires (Galilei Randstad et ADMB Select) ont été sélectionnés. Au même moment, T Brussels Outplacement a souhaité mettre un terme à sa collaboration avec le CEFORA. Le CEFORA a également arrêté sa collaboration avec Trace en raison d'une appréciation négative de certaines prestations. En janvier 2010, le CEFORA travaille donc avec six partenaires. La collaboration avec Securex Consulting s'est arrêtée en novembre 2011 car les résultats en termes d'emploi étaient inférieurs à ceux obtenus auprès des autres partenaires et que le suivi n'était apparemment pas conforme aux accords.

En juin 2015, le Conseil d'Administration du CEFORA, rassemblant pour rappel des membres de la CP 200, prend la décision de prolonger d'un an (aux mêmes conditions) les contrats conclus avec les cinq partenaires, à savoir Ascento, Daoust, Right Management, Galilei (Randstad) et ADMB Select. Le CEFORA s'engage à respecter pour chacun une distribution égale du nombre de participants. A cette fin, la répartition des chiffres

[782] *Ibid.*

par bureau de reclassement est suivie hebdomadairement. Par ailleurs, si dans le cadre d'un licenciement collectif une entre reprise sollicite l'intervention du CEFORA afin de réaliser le reclassement des travailleurs, le CEFORA sélectionne un prestataire de service selon la même règle de réparation égale[783].

Dix ans après le précédent appel d'offre, le CEFORA décide d'entamer une nouvelle procédure de sélection. La procédure de 2016 fait l'objet d'un cahier des charges approuvé par le conseil d'administration de l'association. L'envoi des candidatures a été réalisé le 23 septembre 2015 par la fédération des entreprises Federgon. A ce sujet, on peut remarquer qu'il s'agit d'une procédure de publicité restreinte, s'apparentant à un closed-shop (seuls les membres de Federgon y ont accès). Un bureau de consultance externe, Deloitte, est chargé d'analyser et de pré-digérer les réponses à l'appel d'offre. L'entreprise Deloitte est chargée d'examiner les candidatures et de suggérer des recommandations en vue d'un processus de sélection objectif[784]. L'étude de Deloitte s'est particulièrement penchée sur une comparaison des candidats au regard de leur infrastructure d'accompagnement, de leurs capacités et de la qualité du fonctionnement[785].

A la suite du rapport du consultant, sept candidats sont proposés par les organes de gestion au conseil d'administration. Les membres du conseil d'administration bénéficient par ailleurs d'une autre source d'information : chaque travailleur bénéficiant d'un reclassement est invité au terme de la première phase d'accompagnement à remplir un questionnaire d'évaluation et leur résultat est communiqué au CEFORA[786]. *In fine*, les membres du conseil d'administration du CEFORA sélectionnent six prestataires, parmi lesquels un nombre important de prestataires de taille moyenne et la prolongation de relations contractuelles existantes[787].

En conclusion, l'analyse des pratiques du CEFORA relatives à la sélection de prestataires pour le reclassement professionnel laisse apparaitre une méthodologie rigoureuse, fondée sur un appel d'offre à large diffusion et par l'analyse des candidatures par un consultant externe. Si un reproche minime peut être formulé, il tient à ce que l'appel d'offre fut diffusé dans la limite du périmètre de la liste des membres de Federgon, conférant aux membres de cette fédération un avantage direct. De manière générale, on peut sans doute déduire des lignes qui précèdent que la rigueur dont font preuve les représentants de la CP 200, tant au stade de la création du CEFORA qu'à celui de la sélection de partenaires par celui-ci, provient non seulement de la taille importante du secteur et donc de ressources équivalentes, que du fait que le secteur regroupe notamment les

[783] CEFORA, note interne, « Etat des lieux de l'appel d'offre Outplacement ».

[784] CEFORA, note interne, « Etat des lieux de l'appel d'offre Outplacement ».

[785] CEFORA, note interne, « Avis concernant une étude de marché sur l'outplacement. Résultats, 20 juin 2016 ».

[786] CEFORA, note interne, « Evaluation de l'action outplacement 2014 ».

[787] CEFORA, note interne, « Résultats appel d'offre outplacement ». Les bureaux sélectionnés sont Galilei, Ascento, Ucare, SBS Skill Builders, ADMB et Travvant.

entreprises de travail intérimaires, les bureaux d'étude et les sociétés de consultance ![788] Sans doute, par contraste, est-il intéressant d'examiner les pratiques d'un secteur moins bureaucratisé, comme le secteur des services de nettoyage.

(ii) C.P. 121 : Les pratiques du CFN, un organisme qui est peut-être une quasi-régie

241. *Le C.F.N. est une quasi-régie ?* - Dans la commission paritaire 121 qui regroupe les entreprises de nettoyage, une association sans but lucratif a été constituée, le Centre de Formation du Nettoyage (C.F.N.). Il existe des indices qu'il s'agit d'un organisme qui doit être considéré comme une quasi-régie des représentants des employeurs et des travailleurs du secteur concerné, réunis dans la CP 121. Tout d'abord, il est probable que l'essentiel des activités de l'association soit commandé par les membres de la CP 121 étant donné que l'objet du C.F.N., selon ses statuts publiés au *Moniteur belge*, est la prise en charge et l'organisation de toute forme de formation professionnelle dans le domaine des activités de nettoyage relevant de la Commission Paritaire pour le Nettoyage (CP 121). Il existe donc en lien fonctionnel entre la commission paritaire et l'association et, comme on l'a déjà soulevé au sujet du CEFORA, on voit mal quel autre donneur d'ordre pourrait la mandater de telles missions. On peut donc très vraisemblablement penser que plus de 80 % de l'activité du C.F.N. -seuil à partir duquel le critère de l'essentiel de l'activité est, selon la Cour, rencontré - provient des missions attribuées par les membres de la commission paritaire. Toutefois, seule une ventilation de l'ensemble des revenus, entre ceux qui proviennent des missions conférées par les membres de la CP (et probablement financées par une cotisation sociale prélevée par l'O.N.S.S.) et les autres, viendrait le certifier. Ensuite, comme dans le cas du CEFORA, la forme légale d'association sans but lucratif emporte l'absence de capitaux privés, en raison de l'inexistence de capital social.

Par ailleurs, il est possible que les membres de la commission paritaire aient vis-à-vis de l'association un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, puisque – encore selon les statuts publiés au *Moniteur belge* – les membres de l'association sont d'office ceux qui, par ailleurs, sont désignés à la gestion du fonds social du secteur en question, lequel a été constitué par la convention collective de travail 18 avril 1968, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 5 juillet 1968. Or, nous voyions plus bas que le fonds social est la régie par excellence d'un secteur (dans la section 3). Toutefois, la duplication de ses membres dans une structure tierce, ici le C.F.N., n'implique pas que les modalités de gestion sont identiques à ceux prévus par la loi vis-à-vis d'un F.S.E. Dans ce sens, nous voulons dire que si certains modes de gestion inhérents à la forme légale d'un F.S.E. laissent penser – nous y reviendrons – que les membres de la commission paritaire contrôlent celui-ci, aucun mode de gestion inscrit dans les statuts de l'association C.F.N. publiés au *Moniteur belge* ne

[788] Pour une présentation générale du secteur voir https://www.sfonds200.be/fonds-social/la-cpae-cp-200 (1' avril 2020).

fait apparaître des obligations de rapportage financier ou d'activité au bénéfice des membres de la commission paritaire. Par exemple, l'assemblée générale du C.F.N. jouit de la souveraineté sur ses statuts, alors que ce sont les membres de la commission paritaire qui en disposent relativement aux F.S.E.[789]. *A contrario*, la possibilité est donnée aux membres désignés d'office de coopter librement de nouveaux membres, relâchant de la sorte le seul lien institutionnel.

En résumé, nous nous trouvons face à une structure avec son fonctionnement propre, dont l'identité (d'une partie) des membres ne doit pas induire en erreur et il s'agit d'un élément insuffisant pour établir que les membres de la CP 121 exercent sur le C.F.N. un contrôle analogue à celui qu'il a sur ses propres services. Il est donc malaisé à ce stade d'établir que le C.F.N. est une quasi-régie de la CP 121 et que, par conséquent, la CP 121 peut mandater le C.F.N. sans respecter les obligations de transparence issue des principes d'égalité et de non-discrimination. Si jamais des éléments matériels que nous ignorons viennent l'attester, une question subséquente – analogue à celle examinée plus haut – se pose : le C.F.N. devant, dans ce cas, par utilisation analogique de la notion d'organisme de droit public au sens de la directive 2014/24 relative aux marchés publics, se plier aux exigences de transparence et de non-discrimination, a-t-il rempli ces exigences ?

242. *La procédure de sélection d'un prestataire de services par le C.F.N.* – Au sein de la commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection, la mise en œuvre du reclassement professionnel a été confiée à l'association C.F.N. par la convention collective de travail du 30 novembre 2006, rendue obligatoire par arrêté royal[790]. Le C..F.N. a-t-il lui-même exécuté cette mission ou a-t-il fait appel à des prestataires ? Cette question est théorique dès lors que le C.F.N., comme tous les organismes sectoriels que nous avons analysés, ne dispose pas d'un agrément pour réaliser des services d'outplacement – il doit donc faire appel à des tiers. La sous-traitance de la mission de reclassement n'est d'ailleurs pas qu'une déduction, puisque qu'on peut lire au troisième alinéa de l'article 4 de la convention collective précitée que « le CFN peut confier, en partie ou en totalité, l'organisation de [l'] aide au reclassement à des tiers, pour autant que ceux-ci satisfassent aux conditions réglementaires requises pour exercer cette activité ».

Dans ce sens, il ressort d'une analyse de la pratique que le C.F.N. travaille avec trois bureaux privés de reclassement : Galilei (devenu entretemps RiseSmart, filiale de Randstad), Right Management et SBS Skill Builders. Ces trois bureaux ont été sélectionnés à partir d'un cahier des charges de quatre pages, diffusé par la fédération patronale Federgon auprès de ses membres[791]. En moyenne, selon le C.F.N., 300

[789] Art. 2, al. 2 de la loi du 28 juillet 1953 concernant les fonds de securité d'existence, *M.B.*, 6 août 1953.

[790] A.R. du 3 juillet 2007.

[791] Echange de mail avec l'administrateur délégué de CFN, également administrateur délégué de l'UGBN ; CFN, document interne, « Offre procédure de reclassement professionnel CFN ».

accompagnements sont confiés chaque année aux opérateurs de service chaque année[792]. A la suite de la sélection des trois candidatures, l'association paritaire a conclu avec chaque opérateur une convention de partenariat. Les conventions, qui sont identiques en tous points sauf quant aux modalités de facturation, prévoient que le bureau de reclassement s'engage à réaliser le reclassement professionnel des travailleurs qui en sont bénéficiaires et qui en font la demande. Elles définissent aussi le contenu de la procédure de reclassement et établissent la contrepartie financière de l'accompagnement[793]. La convention de partenariat engageait initialement les parties pour une durée d'un an[794].

Que retenir des pratiques de la CP 121, rassemblant les entreprises de nettoyage et de désinfection ? On peut comparer à gros trait à ce que nous avons exposé par rapport à la CP 200. Avant tout, il faut replacer l'ordre de grandeur de chaque secteur en signalant que le marché à attribuer concerne environ 3000 travailleurs par an dans la CP 200 tandis qu'en moyenne 300 travailleurs sont accompagnés chaque année sur la base du système mis en place par le C.F.N. Cette différence tient évidemment à la taille de chaque secteur, puisque on compte au dernier trimestre de 2019 environ 50.000 travailleurs dans la CP 121 pour plus de 480.000 dans la CP 200, soit près de dix fois plus[795]. On peut donc s'attendre, et le récit vient le confirmer, que les méthodes de travail d'une « grosse machine » comme la CP 200 sont plus sophistiquées que dans la CP 121. C'est en effet le cas : la CP 121 n'a pas fait appel à un consultant externe, le cahier des charges de l'appel d'offre est plus sommaire et les procédures d'évaluation sont moins fréquentes. Ceci dit, tous les éléments principaux d'une procédure transparente et non-discriminatoire sont présents, tels le mandatement de l'association par les membres de la CP, la diffusion par celle-ci d'un cahier des charges et la sélection de plusieurs prestataires pour une durée déterminée. Qui plus est, le reproche le plus exact que nous sommes en mesure de formuler à l'égard des pratiques du C.F.N., à savoir d'être passé par la fédération belge des entreprises de reclassement, Federgon, pour réaliser la publicité – limitant de ce fait la diffusion aux seuls membres de la coupole –, est le même que la critique que nous avions relevé en analysant l'attribution faite par le CEFORA. *In fine*, quand on se souvient que, dans le premier volet, nous avons relevé que Federgon s'était octroyé un rôle quasi-public de certificateur, on peut se demander si le problème ne tient pas tant aux pratiques du CEFORA que du C.F.N., mais à une position structurellement dominante exploitée par Federgon (et

[792] CFN, document interne, « Cahier des charges Outplacement. Approche sectorielle ».

[793] CFN, document interne, « Dienstverleningsovereenkomst outplacementbegeleiding ».

[794] CFN, documents internes, « Cahier des charges Outplacement. Approche sectorielle CP 121 » et « Dienstverleningsovereenkomst outplacementbegeleiding ».

[795] Les statistiques de l'emploi par commission paritaire sont disponible sur le site de l'ONSS, https://www.onssrszlss.fgov.be/fr/statistiques/statistiques-en-ligne/evolution-des-postes-de-travail-par-commission-paritaire (15 avril 2020).

potentiellement contraire aux règles de droit de la concurrence ?). Malgré la reconnaissance des bonnes pratiques du C.F.N., en adéquation avec la taille du secteur, il ne faut cependant pas omettre que le lien entre l'association et les membres de la CP n'est pas très clair, et pourrait conduire à remettre en question des mandatements directs par CCT rendue obligatoire. A ce sujet, un renforcement des liens avec les membres de la CP inscrits dans les statuts du C.F.N. serait utile afin de pouvoir attester de la qualité de quasi-régie.

243. *Conclusion intermédiaire : Le VIBAM et CEFORA sont des quasi-régies* - De façon intermédiaire, après avoir examiné la chaine de commandement dans deux commissions paritaires, la CP 200 et la CP 121, nous estimons que ces deux cas remplissent ou tendent à remplir les conditions de l'exception de quasi-régie (même si c'est moins certains dans la CP 121). En d'autres mots, les membres de la commission paritaire ont pu, et peuvent à l'avenir, tout à fait valablement mandater ces organismes de diverses missions, en attribuant celles-ci par des CTT rendues obligatoires. On voit, sur la base des éléments que nous avons avancés, deux choses : d'abord, les pratiques des secteurs analysés sont globalement conformes, avant même leur énonciation, aux règles européennes relatives à la transparence et à la non-discrimination. C'est un élément important à savoir au moment de juger de la pertinence d'imposer une nouvelle strate réglementaire et de la légalité générales des pratiques de la négociation collective de travail au regard du principe de non-discrimination. Ensuite, nos conclusions se fondent sur des analyses au cas par cas, même si elles se sont concentrées sur deux situations sensiblement opposées – d'une part une grosse CP regroupant des travailleurs employés de service aux entreprises et d'autre part, une petite CP de travailleuses ouvrières d'entreprises de nettoyage. Il est toutfois malaisé de tirer des conclusions générales sur la base de cas individuels et les deux brèves descriptions qui vont suivre montrent que, dans certains secteurs, des zones d'ombres existent.

(iii) C.P. 324 : Un regard sur le secteur du diamant opaque

244. *L'absence de cadre juridique publicisé dans le secteur du diamant* - Il existe une hypothèse qui semble à première vue sortir des clous, c'est celle du secteur diamantaire. Les représentants des employeurs et les représentants des travailleurs du secteur du diamant (CP 324) ont mandaté, par la convention collective du 20 décembre 2007 rendue obligatoire par l'arrêté royal du 7 décembre 2008, un organisme dénommé dans la convention collective « fonds de compensation interne pour le secteur du diamant (FCI) ». Cet organisme n'est pas référencé par le service public fédéral dans sa liste des F.S.E. Par ailleurs, la banque de donnée du même organisme ne fait pas état d'une convention collective instituant l'organisme, comme ce devrait être le cas pour tout fonds. De plus, la banque de donnée des personnes morales du Moniteur belge ne renseigne aucune association ou société commerciale portant ce nom. Le « fonds de compensation interne pour le secteur du diamant (FCI) » semble donc être une organisation de fait, et cette particularité rend difficile l'examen de la qualité de quasi-régie de l'organisation en question. Le manque d'information pourrait être imputé à la taille

très réduite du secteur – moins de 500 travailleurs fin 2019 – comme à la culture du secret et de la discrétion de celui-ci.

(iv) C.P. 149.01 : Une brève analyse de Formelec

245. *Les informations disponibles manquent pour tirer une conclusion relativement à Formelec* - La dernière situation où une convention rendue obligatoire attribue la réalisation du reclassement professionnel à un prestataire de service qui n'a pas la forme d'un F.S.E. que nous analysons est celle de la CP 149.01. La CP 149.01 est la sous-commission paritaire des électriciens et ses membres ont désigné l'association sans but lucratif Formelec afin de mettre en œuvre le reclassement professionnel. L'article 6 de la convention collective du 28 octobre 2015 rendue obligatoire par arrêté royal du 10 janvier 2017 indique que « l'asbl Formelec élabore des accords de prix, sur base d'un cahier des charges, concernant l'offre d'accompagnement » et que « le rôle de l'asbl Formelec est limité à la conclusion de conventions avec des bureaux d'outplacement, suivant les modalités fixées par son conseil d'administration, et à la distribution des listes de ces adresses aux employeurs ressortissant à la compétence de la Sous-commission paritaire des électriciens : installation et distribution ».

Peut-on considérer que l'association Formelec est une quasi-régie des membres de la commission paritaire et que, par conséquent, ceux-ci peuvent lui attribuer des droits exclusifs sans respecter l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination ? L'affirmation requiert, comme dans les cas précédent, que trois conditions soient remplies cumulativement : les membres de la commission paritaire exercent sur l'association un contrôle analogue à celui dont ils disposent vis-à-vis de leurs propres services, il n'y a pas de participation de privée et, enfin, l'essentiel des activités de la quasi-régie provient des membres de la commission paritaire. Sans entrer dans le détail, nous relevons que l'analyse des statuts de Formelec publiés au Moniteur belge ne laissent pas apparaître de façon évidente un contrôle des membres de la commission paritaire sur l'association. A l'inverse, la disposition des statuts de l'association qui traite des liens entre celle-ci et la commission paritaire indique que « peut devenir membre adhérent de l'association, toute personne physique ou morale représentée dans la sous-commission paritaire 149.01 ainsi qu'au Fonds de Sécurité d'Existence pour le secteur des électriciens ». Cette exigence n'implique aucun un contrôle de la part de la commission paritaire sur ces personnes, morales ou physiques. Au contraire, les statuts de Formelec indiquent plutôt que les membres de l'association sont représentés dans la sous-commission paritaire et le F.S.E. et disposent donc dans ce cénacle d'un certain pouvoir d'influence. Par ailleurs, lorsque l'on se penche sur ce que disent les statut au sujet des activités de Formelec, le lien avec la sous-commission paritaire 149.01 disparaît. Les statuts font effectivement état de « toutes les formes de formation professionnelle relevant de la formation permanente, de la spécialisation et d'autres formations complémentaires, du recyclage, du perfectionnement des travailleurs, et des travailleurs potentiels et notamment des groupes à risques ». Il peut

dès lors difficilement être établi sur la base des statuts que l'essentiel de l'activité est réalisé pour le compte de l'autorité adjudicatrice. Néanmoins, des éléments de fait pourraient tout à fait valablement apporter cette information.

A ce stade, les informations disponibles permettent difficilement d'établir que les conditions de l'exception de quasi régie sont réunies. Il faut en conclure qu'une nouvelle attribution de mission à l'association Formelec par les membres de la commission paritaire 149 devrait respecter les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination.

En conclusion, ces deux dernières courtes analyses, dans le secteur du diamant et celui des électriciens, montrent que la question de la qualification comme quasi-régie d'un prestataire de service créé dans la sphère de la négociation collective de travail demeure une appréciation au cas pas cas, même si dans les secteurs de la CP 200 et de la CP 121, nous avons suggéré que les organismes mandatés sont des quasi-régies. Suggérer : le mot est bien faible quand le lecteur attend d'une analyse juridique pointue qu'elle fournisse des réponses et une certaine sécurité juridique. L'examen au cas par cas est sans doute la faiblesse d'une approche dérogatoire fondée sur le droit des marchés publics. Non seulement elle exige des éléments d'informations très précis pour vérifier que les critères du contrôle analogue et de l'essentiel des activités sont remplis, mais, de surcroît, les réponses juridiques qui en découlent sont susceptibles d'imposer des pratiques différentes de commission paritaire en commission paritaire. C'est d'autant plus vrai que l'autonomie de la négociation collective de travail conduit à une pluralité de dispositifs. Prenons l'exemple du secteur du diamant : la discrétion qui est en la marque s'imprime dans les structures sectorielles. Mais est-ce un mal en soi ? Nous ne répondons pas à cette question mais nous nous contentons d'avancer que, en raison de l'autonomie de la négociation collective, il n'y a pas d'exemple type de structure sectorielle (sinon le recours au F.S.E. que nous examinons dans la sous-section 3) et que, par conséquent, la fourniture de réponses sur la base des critères du droit dérivé de la commande publique est un exercice périlleux. Le paragraphe 3 aborde la question du mandatement moins sous l'angle de la construction institutionnelle que sous celui de la finalité du service attribué et cet angle d'analyse va peut-être permettre de suggérer une lecture juridique uniforme pour toutes les sélections d'opérateurs.

§ 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif ?

246. *Pas de régime uniforme de passation de marché en droit primaire* – Dans le cas d'étude 3, on a appliqué un raisonnement déjà présenté dans la partie I, où la Cour autorise une procédure de mandatement « sociale et solidaire » qui s'écarte de l'obligation de transparence découlant des principes d'égalité de traitement et de

non-discrimination en raison de la nationalité et déduite des articles 49 et 56 du TFUE[796]. Dans le domaine de la formation professionnelle, peut-on également faire usage de la même procédure, que certains rattachent à l'article 106, § 2 du TFUE ? Dans cet esprit, il y aurait lieu de faire application du droit primaire de l'Union – et des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination qui en sont déduits – d'une manière différenciée. La question mérité d'être posée au regard de l'article 166, paragraphes 1 et 2 du TFUE selon lesquels le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager l'organisation et le contenu de la formation professionnelle. Répondre à cette question exige d'apporter une série d'information relative à la spécificité du marché de reclassement professionnel (i) puis, d'examiner ces spécificités au regard des conditions du mandatement « social et soldiaire » (ii).

I. Les spécificités du marché en cause

247. Des mécanismes sectoriels à caractère « social » – Afin d'identifier les particularités qui conduiraient à un mode particulier d'attribution des droits exclusifs, il semble utile de d'abord s'attarder sur les spécificités de l'organisation de la formation professionnelle par les organismes paritaires sectoriels, et sur le régime juridique de droit belge, international et européen qui y est attaché. Les spécificités d'un marché fondent en effet potentiellement le régime particulier qui lui est attaché.

D'abord, il est utile de remarquer que l'offre de formation *via* les fonds sectoriels permet de s'adresser à l'ensemble des travailleurs du secteur, sans distinction entre eux mis à part celles prévues réglementairement et empêche que des systèmes partiels laissent certains travailleurs de côté. Ensuite, l'accès aux formations est gratuit pour les travailleurs (en tous cas il l'était, jusqu'à l'apparition d'un dernier régime devenu prioritaire[797]), en parfois même encouragé financièrement comme dans le secteur de la construction. Par ailleurs, la gestion paritaire permet de proposer une offre de formation en adéquation avec les besoins des travailleurs puisqu'elle est déterminée paritairement par des représentants des employeurs – lesquels ont mieux que quiconque à l'esprit les besoins des entreprises – et des représentants des travailleurs, qui connaissent les contraintes créées par la pratique. Enfin, l'attribution de la programmation des missions de formation à un organisme unique dans une branche d'activité renforce la stabilité à long terme, non seulement parce que les organismes que nous avons rencontrés sont dépourvus de but lucratif – et donc de la volonté de dégager un profit important à court terme puis de trouver un autre marché plus porteur – mais aussi parce qu'un organisme unique et garant d'une vision d'ensemble est une garantie de la stabilité à long terme. Ces explications permettent de dire que l'organisation de la formation professionnelle par des instruments contraignants adoptés au niveau

[796] Voy *supra*, cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif.

[797] Voy. *supra*, section 1, sous-section 2, § 1. Résumé du droit applicable au travailleur.

du secteur d'activité est motivée par des principes d'universalité, de solidarité, d'efficacité économique et d'adéquation.

248. *Des dispostifs encouragés par le droit national* – Par ailleurs, la formation professionnelle organisée par les représentants des employeurs et des travailleurs bénéficie d'une forte légitimité. Nous avons déjà mis en avant le fait que des conventions collectives conclues au niveau national associent les représentants des travailleurs à l'adoption des politiques en matière de formation. Par exemple, l'article 8 de la convention collective de travail n° 9 conclue au sein du Conseil national du Travail et rendue obligatoire par arrêté royal prévoit que le chef d'entreprise consulte le conseil d'entreprise sur les mesures relatives à la formation et à la réadaptation professionnelles[798]. Si l'on s'intéresse plus particulièrement à la branche d'activité, les nombreuses missions attribuées aux fonds de sécurité d'existence sont autant d'expressions de la volonté du législateur d'associer le plus étroitement possible les représentants des employeurs et des travailleurs au niveau du secteur à la mise en œuvre de la politique de formation professionnelle[799]. Encore plus précisément, la mise en œuvre du reclassement professionnel au niveau du secteur est elle aussi prévue par un texte de loi que nous avons analysé, la loi du 5 septembre 2001. Cette triade de textes indique que les activités sectorielles de formation sont reconnues et encouragées par les autorités, et ceci, en adéquation avec leur obligation de promotion de la négociation collective.

249. *Un régime que promeut l'OIT également* - La partie I de la thèse a déjà relevé l'obligation positive reposant sur les Etats en matière de promotion de la négociation collective[800]. En matière de formation professionnelle, une kyrielle d'autres textes issus de l'organisation internationale s'ajout aux textes généraux relatifs à la promotion de la négociation. On a déjà épinglé la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées (1997)[801]. On peut y ajouter d'autres textes importants comme la Convention n° 122 sur la politique de l'emploi, (1964) – qui encourage son organisation tripartite. Selon l'article 3 de la Convention OIT n° 122 sur la politique de l'emploi (1964), les représentants des milieux intéressés par les mesures à prendre en matière d'emploi, et en particulier les représentants des employeurs et des travailleurs, doivent être consultés, afin qu'il soit pleinement tenu compte de leur expérience et de leur opinion, qu'ils collaborent entièrement à l'élaboration

[798] Convention collective de travail n° 9 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprises conclue le 9 mars 1972 au sein du Conseil national du Travail (A.R. du 12 septembre 1972, *M.B.*, 25 novembre 1972).

[799] Voy. *supra*, section 1, sous-section 3, § 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte et notre commentaire de la loi du 28 juillet 1953 concernant les fonds de sécurité d'existence.

[800] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, Première remarque. La négociation collective de travail est aussi un droit fondamental.

[801] Voy. *supra*, section 1, sous-section 2, § 2. Le régime applicable au prestataire : l'agrément et la directive service.

de ces politiques et qu'ils aident à recueillir des appuis en faveur de ces dernières. Par ailleurs, ces textes ratifiés par la Belgique[802] sont accompagné de nombreuses recommandations, comme la Recommandation n° 122 sur la politique de l'emploi (1964), ou la Recommandation n° 189 sur la création d'emplois dans les petites et moyennes entreprises (1998). Tous ces instruments montre que l'activité conventionnelle et réglementaire nationale s'inscrit dans un contexte de droit international qui reconnait pleinement le rôle de la négociation collective de travail dans la politique de l'emploi et de la formation.

250. *Dans l'UE aussi, la formation professionnelle est reconnue* - De surcroît, les objectifs qui reconnaissent et encouragent les représentants des employeurs et des travailleurs à participer à l'élaboration de la politique de formation ne sont pas absents du paysage de l'Union. De fait, selon l'article 145 du TFUE, les États membres et l'Union s'attachent à élaborer une stratégie coordonnée pour l'emploi et en particulier à promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter. L'article 146, 2 reconnaît les pratiques nationales liées aux responsabilités des partenaires sociaux. De façon encore plus précise, l'article 151 du TFUE consacre l'amélioration des conditions vie et de travail et le rôle, grâce au dialogue social, des partenaires sociaux. En vue réaliser ces objectifs, l'article 153 précise que l'Union soutient l'action des Etats membres dans la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion. L'article 156 met lui l'accent sur la formation et le perfectionnement professionnel.

En conclusion, l'organisation de la formation professionnelle par des organismes associant représentants des travailleurs et des employeurs n'est pas seulement une construction spontanée. Au contraire, de tels dispositifs bénéficient d'une forte légitimité constitutionnelle et législative, tant au niveau national, européen qu'international. Ces éléments plaident en faveur d'un régime spécifique d'attribution des missions de formation, ou en tous cas qui prend en considération l'importance donnée aux représentants des travailleurs et des employeurs par les textes.

La consécration de l'importance de la formation professionnelle tripartite par les textes nationaux, européens et internationaux et les spécificités concrètes des dispositifs vont-elles mener, par l'application d'une exception « sociale et solidaire », à autoriser des modes d'attribution dérogatoires ? Il importe, pour répondre à la question, de passer en revue les conditions de ce mandatemement « social et solidaire ».

II. Les conditions du mandatement « social et solidaire » sont rencontrées

251. *Quatres conditions requises* - Sur la base de la jurisprudence de l'Union que nous avons examinée dans la partie I de la thèse, la dérogation en matière de passations de marchés reposant sur le mandatament « social et solidaire » est soumise à quatre conditions. Tout d'abord, l'attribution directe et prioritaire d'un marché doit

[802] La Convention n° 122 a été ratifiée le 8 juillet 1969, la Convention n° 181 le 28 septembre 2004.

contribuer effectivement à la finalité sociale de l'activité faisant l'objet du marché (i). Ensuite, l'attribution doit renforcer la solidarité (ii). Les deux derniers critères se recoupent : d'une part, l'attribution doit participer à la poursuite d'objectifs d'efficacité budgétaire. Par exemple, l'opérateur économique ne doit pas poursuivre d'autres objectifs que ceux-là, c'est-à-dire assurer la finalité sociale de l'activité dont la gestion lui est confiée dans des conditions de solidarité et d'efficacité budgétaire. D'autre part, il ne peut réaliser aucun profit du fait de ses prestations ni procurer aucun profit à ses membres (iii)[803]. Il convient donc de vérifier si, dans le cadre de l'attribution de missions de formation par convention collective rendue obligatoire, ces conditions sont rencontrées.

1) L'attribution à un organisme sectoriel poursuit une finalité sociale reconnue

252. *De nombreux textes reconnaissent l'importance de la formation professionnelle* - La mission des fonds sociaux est d'organiser la formation professionnelle des travailleurs et des jeunes, laquelle est sans conteste une matière *sociale*. Comme déjà mis en avant, de nombreuses dispositions nationales, telles la convention collective 9 conclue au sein du Conseil national du Travail, la loi du 7 janvier 1958 sur les fonds de sécurité d'existence reconnaissent l'importance de la formation professionnelle et l'inclusion étroite des interlocuteurs sociaux au moment de la mettre en œuvre. Nous avons déjà mis en avant que les règles européennes insistent sur le rôle des partenaires sociaux dans la politique de formation et nous avons relevé les articles 145, 146, 151, 153 et 156 du TFUE. Au niveau international, la priorité est inscrite dans la Convention n° 122 de l'OIT. Il peut dès lors être difficilement contesté que l'attribution de missions de formation professionnelle, aux Fonds de sécurité d'existence ou à d'autres organismes de formation réunissant les représentants des employeurs et des travailleurs, poursuit une finalité sociale reconnue.

Par conséquent, les autorités peuvent estimer, dans le cadre de la marge d'appréciation dont elle disposent pour décider du niveau de protection sociale et aménager son système de protection, que l'action des organismes créés par les acteurs de la négociation collective de travail correspond à la finalité sociale de la formation continue des travailleurs. Afin de déterminer si toutes les conditions d'un régime d'attribution autonome sont rencontrées, il faut encore vérifier deux éléments : l'attribution doit encourager la solidarité et favoriser l'efficacité.

[803] Voy. *supra*, partie I, , chapitre 2, section 2, § 3, L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence.

2) L'attribution à un organisme sectoriel encourage la solidarité

253. *Une politique orientée vers les travailleurs fragiles* - Nous l'avons mis en avant, l'offre de formation *via* les fonds sectoriels et en utilisant des instruments conventionnels rendus obligatoires permet de s'adresser à l'ensemble d'un secteur, en couvrant l'entièreté des travailleurs. De plus, la gestion paritaire permet, jour après jour, d'évaluer les besoins des travailleurs en matière de formation en vue de rester en phase avec une économie changeante et de proposer l'offre de formation la plus adéquate. Par exemple, année après année, les efforts se sont concentrés sur les travailleurs dont les compétences sont moins sollicitées par le monde du travail, désignés « groupes à risque »[804]. En effet, la notion de groupe à risque est apparue lors de l'accord interprofessionnel 1989 - 1990 et prévoit qu'un pourcentage de la masse salariale est collectivisé afin de « soutenir les efforts en matière d'emploi et de formation et ce, en priorité, pour les groupes à risque parmi les demandeurs d'emploi et, notamment, pour les jeunes à scolarité obligatoire partielle, les chômeurs à qualification réduite et les chômeurs de longue durée »[805]. Par la loi, 0,10 % du salaire global des travailleurs d'un secteur doit être consacré à des initiatives de formation en faveur des groupes à risques. La notion de groupes à risques est précisée au niveau de chaque secteur, par des conventions collectives[806].

La politique des groupes à risque éclaire les pratiques de reclassement professionnel en montrant que, dans les deux cas, il s'agit de mettre en place des systèmes d'accompagnement des travailleurs en difficulté – tantôt « à risque », tantôt licenciés – en utilisant des structures institutionnelles financées par l'ensemble des travailleurs et des employeurs d'un secteur. De la sorte, il est possible d'affirmer que les dispositifs en cause contribuent effectivement à la poursuite des objectifs de solidarité.

3) L'attribution favorise l'efficacité budgétaire et aucun profit n'est accordé aux membres

254. *La forme juridique des organismes et le contrôle des membres de la commission paritaire indiquent que les critères sont rencontrés* - Les deux dernières conditions sont que l'attribution de la mission contribue à ce que le service soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire par des organismes constitués essentiellement en vue de servir l'intérêt général. L'existence de possibilités de contrôle est mise en avant par l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire *Commission contre Irlande*[807]. Si ces deux critères sont

[804] L. du 5 sept. 2001, précitée, art. 2-11.

[805] *Guide social permanent*, Malines, Kluwer, 2019, p. 291.

[806] Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 28 décembre 2006, articles 188 à 195.

[807] C.J.UE., 18 décembre 2007, *Commission c.* Irlande, aff. C-532/03, (grande chambre), point 73 des conclusions de l'avocat général STIX-HACKL rendues le 14 septembre 2006.

passablement flous, retenons deux exigences principales : l'attribution ne peut favoriser des intérêts privés et des possibilités de contrôle existent. Au sujet de la première condition, parmi les cinq cas de figure que nous analysons dans cette section, quatre montrent que l'organisme à qui les représentants de travailleurs et des employeurs ont attribué la mission est un organisme sans but lucratif. La forme juridique de l'organisme mandaté est donc une garantie qu'elles ne participent pas à enrichir des personnes privées. Il est déjà utile de remarquer, avant d'entrer plus en détail dans la section 3, que les fonds de sécurité d'existence présentent la même particularité, puisqu'ils ne poursuivent aucun autre objectif que les missions sociales attribuées par la loi. Les deniers publics ne peuvent dès lors être utilisés pour réaliser une autre activité au profit d'un tiers.

En ce qui concerne les mécanismes de contrôle, on peut renvoyer à nos développements précédents, lorsque nous avons examiné si les membres des commissions paritaires exercent sur les différents organismes un contrôle analogue à celui dont ils disposent sur leurs propres services[808]. Pour mémoire, il s'agissait d'identifier si une des trois conditions de la quasi-régie était rencontrée. Ici, l'exigence de contrôle semble moins stricte ou, à tout le moins, vérifiée moins précisément puisque que la Cour fait référence à une *possibilité* de contrôle. Dans les cas où nous avons, comme pour le CEFORA, conclu à l'existence d'un contrôle analogue à celui que les membres de la commission paritaire exercent sur leurs propres services, nous affirmons sans hésitation que le critère du contrôle possible est rencontré. Dans les autres cas, il faut tantôt, comme nous l'avons déjà avancé vis-à-vis du CFN, tenter d'établir si de telles pratiques existent, tantôt suggérer leur mise en place à la façon dont nous le pointons dans la CP 149.01. Cependant, au moment de formuler cette suggestion, nous insistons sur le fait que la condition de l'existence d'un contrôle possible est, par essence, plus lâche que celle d'un contrôle effectif analogue et que cette plus grande souplesse doit être prise en compte.

De façon intermédiaire, le paragraphe 3 a permis d'identifier que la formation professionnelle organisée par les représentants des travailleurs et des employeurs est un mécanisme qui, non seulement reçoit un encadrement important au niveau national, mais qui bénéficie aussi d'une consécration et d'une reconnaissance par les traités européens et le droit international. La valeur sociale importante conférée par les textes à ce domaine d'activité pousse à s'interroger s'il ne convient pas de lui prévoir des modes d'organisation spécifiques au regard des règles de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination. A cette question, les textes examinés dans ce paragraphe semblent apporter une réponse positive. Dans au moins un cas, celui du CEFORA, les quatre conditions autorisant un mandatement dérogatoire au prescrit des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination sont rencontrées. Cela signifie que, au moins dans ce cas, il est possible de mandater l'organisme sectoriel par une convention collective rendue obligatoire sans passer par des mécanismes de publicité.

[808] Voy. *supra*, § 2, n° 237.

Cette conclusion semble identique à celle que nous avons tirée dans le paragraphe 2, lorsque nous avons analysé la question de la quasi-régie. Il convient toutefois d'apporter des précisions. D'abord, l'ensemble des mécanismes sectoriels analysés rencontrent par définition deux des trois conditions du mandatement « social et solidaire ». En effet, l'exigence d'une finalité sociale reconnue et la promotion de la solidarité sont rencontrées en raison de la finalité du système de formation professionnelle organisé au niveau du secteur, sans avoir égard à ses modalités d'organisation. On est loin des question de type économique comme dans le paragraphe 2, où il était nécessaire de s'intéresser au volume d'activité. Ensuite, nous avons déjà mis en parallèle la troisième condition avec celle du contrôle analogue qui existe dans le droit de la commande publique. Ici, l'exigence est moins stricte puisqu'on parle de possibilité de contrôle et il est donc probable qu'un plus grand nombre de pratiques sectorielles y soient conformes. Ces deux précisions nous laissent penser que le mode de mandatement que nous avons développé dans ce paragraphe devrait être davantage exploré lorsque, comme ici, on fait face à des constructions relevant de la négociation collective de travail et de l'intérêt des travailleurs. Il s'agirait d'une approche de droit européen plus en adéquation avec une direction paritaire du monde du travail.

255. *Absence de la problématique de l'application en cascade des obligations de transparence* - Nous avons déjà mis en avant (dans le cas d'étude 3, et aussi à la sous-section précédente du même cas d'étude)[809] que l'analogie entre le droit dérivé des marchés publics et les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination suggère d'appliquer un procédé du droit des marchés publics. Ce procédé est le transfert en cascade des obligations de transparence aux organismes mandatés, lorsque ceux-ci viennent à sélectionner à leur tour des prestataires, en raison de l'application conjuguée des concepts de quasi-régie et d'organsimes de droit public. Toutefois, le transfert possible des obligations est intimement lié à l'analogie entre le droit primaire de l'Union et le droit dérivé des marchés publics. Dans le cas présent, nous avons mis en avant un autre mode dérogatoire d'attribution de missions, liés aux arrêts *CASTA* et *Spezzino* de la CJUE. Or, ce mécanisme évolue de façon plus autonome vis-à-vis du droit des marchés publics. Il se rapproche davantage (nous revenons sur ce point dans la section 3[810]), du droit de la concurrence. Le régime dérogatoire ici examiné conduit donc à écarter certaines règles du marché intérieur et à résoudre une faiblesse juridique – l'analogie poussée et fragile par laquelle le droit dérivé des marchés publics éclaire le droit primaire – qui émaille notre analyse depuis le cas d'étude 3.

[809] Voy. *supra*, § 2, n° 246 ; cas d'étude 3, n° 192.

[810] Voy. *infra*, section 3.

Sous-section 2. Une CCT rendue obligatoire suggère un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire désigne un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire suggère un prestataire

256. *L'absence de droit exclusif emporte la non application des obligations de transparence* - Il faut commencer cette sous-section 2 en rappelant que les règles de sélection d'un prestataire s'imposent en raison de ce que le droit européen identifie la création de droits exclusifs. C'est à travers leur attribution que le juge européen a pu examiner si la procédure est conforme au droit communautaire. Pour rappel encore, un droit exclusif est une mesure prise par un Etat membre dans l'exercice de ses fonctions d'autorité publique au travers de n'importe quel instrument légal, réglementaire ou, administratif par laquelle l'exclusivité est accordée en faveur d'une entreprise, privée ou publique[811]. Dans l'étude de cas 4, comme dans l'étude de cas 3, l'intervention de l'autorité prend la forme de l'extension de la force obligatoire d'une convention collective. Or, dans la présente sous-section nous rassemblons plusieurs mécanismes dont la particularité est que la sélection du prestataire de service ne revêt pas un caractère contraignant et donc, qu'une des conditions de la définition d'un droit exclusif n'est pas remplie. Par exemple, la convention collective qui désigne l'opérateur économique chargé de réaliser le reclassement professionnel n'est pas rendue obligatoire par un acte de l'autorité publique. Or, l'existence d'un droit exclusif – et donc du régime d'attribution de droit européen qui s'y applique – requiert l'intervention de l'autorité. En l'absence d'intervention de l'autorité, les situations rencontrées ne sont dons pas des situations qui font naître des droits exclusifs ni, par conséquent, les règles d'attribution qui les accompagnent. Il n'est donc pas nécessaire de se poser la question de la compatibilité des pratiques nationales avec le droit européen. Comme le montre le tableau, une convention collective remplit ces caractéritiques.

Deuxième catégorie, tableau 1 – La CCT qui désigne un prestataire n'est pas rendue obligatoire.

Commission paritaire		CCT	A.R.	Opt-out	Organisme mandaté
341	Commission paritaire pour l'intermédiation en services bancaires et d'investissement	25 février 2016	Aucun	Non	Right Management Belgium s.a.

La deuxième catégorie rassemble aussi les situations où la convention est bien rendue obligatoire mais où, à la lecture du texte de la convention collective, on se rend compte que la sélection ne présente qu'un caractère facultatif. Aucun prestataire n'est donc désigné et, de ce fait, titulaire d'un droit exclusif. Au contraire, le texte sectoriel propose un cadre au sein duquel chaque entreprise, chaque employeur, dispose de la latitude de décider à qui il va confier la réalisation des missions de reclassement. Ici, il n'y a pas de règles contraignantes, pas de gouvernement par la négociation collective. L'absence de désignation d'un acteur économique

[811] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 1. Fondement juridique et définition des droits exclusifs.

empêche l'apparition d'un droit exclusif et rend le droit européen applicable à l'attribution de droits exclusifs hors propos.

Deuxième catégorie, tableau 2 – La CCT de secteur rendue obligatoire désigne un prestataire mais prévoit un opt-out.					
Commission paritaire		CCT	A.R.	Opt-out	Organisme suggéré
308	Commission paritaire pour les sociétés de prêt hypothécaires et de capitalisation (abrogée)	6 octobre 2009	30 juillet 2010	Art. 4, § 2	A définir
309	Commission paritaire pour les sociétés de bourse	15 mars 2012	17 avril 2013	Art. 5	Right Management Belgium s.a.

Enfin, cette sous-section examine aussi les mécanismes qui cumulent les deux particularités présentées : à la fois la convention collective n'est pas rendue obligatoire et, aussi, le texte de la convention fait apparaître que la désignation est supplétive.

Deuxième catégorie, tableau 3 – La CCT n'est pas rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire mais prévoit un opt-out.					
Commission paritaire		CCT	A.R.	Opt-out	Organisme suggéré
310	Commission paritaire pour les banques	27 juin 2016	Aucun	Art. 4	Fonds paritaire de formation professionnelle et syndicale dans le secteur bancaire (asbl « Fonds paritaire »)

L'intérêt de rassembler ces hypothèses sous une même section tient à la conclusion identique que l'on tire de leur analyse : les obligations de transparences issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE et applicable par le truchement de l'article 106 ne s'imposent pas. Il n'existe donc pas d'interférence ou de tensions entre la négociation collective de travail, et les règles des traités en matière de mise en concurrence. Cette rencontre inexistante tient grandement au fait que la négociation collective ne produit ici pas vraiment du droit, mais plutôt des textes que l'on pourrait qualifier – en l'absence de caractère contraignant – de *soft law* ou de codes de bonne conduite. Nul doute : il s'agit bien de négociation collective de travail mais, toutefois, probablement d'une forme légèrement inaboutie de la négociation collective. Nous avons en effet pu écrire plus haut que le propre d'une négociation collective aboutie est d'aboutir à des accords, et d'établir des règles relatives au travail[812]. La compatibilité des pratiques de négociation collective tient donc plus à sa faible intensité, au fait qu'elle ne s'impose pas (au sens strict et littéraire). Pourquoi un tel effacement du résultat de la négociation collective ? Le lecteur, en interrogeant du regard les situations présentées dans cette section, remarquera peut-être que les secteurs qui y sont répertoriés sont des secteurs dont l'activité est très attachée à la valeur du libéralisme économique, et donc peut-être réticents à réduire la libre prestation de services des entreprises au bénéfice d'un encadrement du travail. Ensuite, on pourra remarquer que les conventions qui sont répertoriées ici sont généralement plus

[812] Voy. *supra*, partie I, Chapitre 1. Une définition fonctionnelle de la négociation collective de travail.

récentes et presque toutes postérieure à la date de l'arrêt *UNIS et Beaudout*. Ce constat suggère que l'arrêt de la Cour de justice a pu conduire à des pratiques de négociation collective affaiblies.

Sous-section 3. Une CCT désigne un F.S.E. pour mettre en œuvre le reclassement professionnel

257. *Une analyse rendue plus facile par la forme définie par la loi* - La sous-section 3 se penche sur les situations où les représentants des travailleurs et des employeurs rassemblés au niveau du secteur ont choisi de mandater un organisme encadré par loi et que celle-ci investit de missions de formation : les fonds de sécurité d'existence. Dans la section 1, nous avons en effet vu que les F.S.E. sont des organismes dont l'institution, le fonctionnement et les missions sont encadrés par la loi du 7 janvier 1958[813]. Les F.S.E. sont des organismes créés dans la prolongation de la négociation collective sectorielle et particulièrement actifs dans le domaine de la formation. Lorsque les interlocuteurs sociaux mandatent cet organisme, ils réalisent un choix qui semble conforme au prescrit de la loi du 7 janvier 1958. Mais plus d'un demi-siècle plus tard, quelle est la lecture de droit européen de la concurrence qu'il faut y apporter ? Répondre à cette question exige de dérouler un raisonnement en trois étapes : d'abord, existe-t-il un intérêt transfrontalier ? Dans la négative, il manque un élément nécessaire à l'application des obligations de transparence issues du droit primaire. Ensuite, peut-on considérer que l'organisme est une quasi-régie ? Si oui, alors il faut considérer que l'organisme mandaté s'identifie à ceux qui le mandatent et, dès lors, l'analogie avec le droit dérivé des marchés publics implique que les obligations de transparences issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE et applicable par le truchement de l'article 106 ne s'imposent pas à leur relation. Enfin, les critères de l'attribution autonome d'un droit exclusif en raison de la finalité poursuivie tels qu'expliqués par une jurisprudence émergente mais constante de la Cour de justice sont-ils rencontrés ? Dans l'affirmative, le mandatement peut se distancier des exigences établies par la même Cour relative au respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination. Cette sous-section tente d'apporter une réponse, et, en considérant *a priori* qu'il existe un intérêt transfrontalier, avance qu'un F.S.E., non-seulement est une quasi-régie des représentants des travailleurs et des employeurs rassemblés dans une commission paritaire (§ 1) mais remplit également les critères du mandatement « social et solidaire » (§ 2).

258. *Les secteurs qui ont recours à un F.S.E. pour mettre en œuvre le reclassement professionnel* - Le tableau reproduit ci-dessous reprend tous les cas de figure où les interlocuteurs sociaux sectoriels ont donné la mission à leur F.S.E. de mettre en œuvre les obligations de reclassement. Au dernier trimestre de l'année 2019, l'ensemble des commissions paritaires qui y sont référencées comptaient un total de 262.333 de postes de

[813] Voy. *supra*, section 1, sous-section 3, § 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte.

travail[814]. Le tableau fournit des informations relativement au F.S.E. mandaté, à la date de la convention collective qui y pourvoit et renseigne au sujet d'une éventuelle extension de la force obligatoire de la convention collective.

Cinquième catégorie – La CCT désigne le F.S.E.				
Commission paritaire		CCT	A.R.	Organisme mandaté
106.02	Sous-commission paritaire pour l'industrie du béton	14 décembre 2009	Aucun	Fonds social de l'industrie du béton
106.03	Sous-commission paritaire pour le fibrociment	29 juin 2015	15 juillet 2016	Fonds social pour le fibrociment
124	Sous-commission paritaire de la construction	7 mai 2015	26 octobre 2015	Fonds de sécurité d'existence des ouvriers de la construction
126	Commission paritaire de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois	12 octobre 2016	Aucun	Fonds de sécurité d'existence de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois
306	Commission paritaire des entreprises d'assurance	18 janvier 2016	Aucun	Fonds pour la promotion de l'emploi et la formation dans le secteur de l'assurance
307	Commission paritaire pour les entreprises de courtage et agences d'assurance	16 juillet 2003	Aucun	Fonds pour le développement de l'emploi et de la formation dans le secteur des entreprises de courtage et agences d'assurance
323	Commission paritaire pour la gestion d'immeubles, les agents immobiliers et les travailleurs domestiques	30 novembre 2009	10 septembre 2010	Fonds social et de garantie du secteur immobilier
329.02	Sous-commission paritaire pour le secteur socio-culturel de la communauté française et germanophone et de la région wallonne	2 avril 2009	10 octobre 2010	F.S.E. du secteur socio-culturel des Communautés française et germanophone

259. *Deux précisions quant à la méthode* - Dans cette sous-section, l'analyse prend une forme identique, à deux nuances près, à celle réalisée dans la sous-section 1. D'abord, il n'est plus utile de revenir sur des évidences, comme le fait que l'intérêt transfrontalier est une question de cas d'espèce mais qu'il est fort probable qu'il existe – surtout lorsque l'on sait que l'ensemble des commissions paritaires référencées dans la présente section représente 262.333 reclassements potentiels. Ensuite, la structure légale identique empruntée par tous les organismes repris dans cette section facilite le travail d'analyse. En effet, les techniques d'administration d'un F.S.E. sont en partie définies par la loi, de même que leurs missions. Il n'est donc pas nécessaire, à l'inverse de la sous-section 1, d'entrer dans le détail de chaque organisme. Une analyse générique est possible. Au terme de cette analyse générique et facilitée par l'existence de la loi du 7 janvier 1958, nous pouvons

[814] Les statistiques de l'emploi par commission paritaire sont disponibles sur le site de l'ONSS, https://www.onssrszlss.fgov.be/fr/statistiques/statistiques-en-ligne/evolution-des-postes-de-travail-par-commission-paritaire (15 avril 2020).

aisément conclure, d'abord, que les F.S.E. sont à la fois des quasi-régies des représentants des travailleurs et de employeurs qui les ont constitués et, ensuite, qu'ils remplissent les conditions du mandatement autonome, que la jurisprudence *ad hoc* qualifie de mandatement social et solidaire. Par conséquent, les principes généraux imposant une mise en concurrence ne s'intéressent pas à la procédure par laquelle des missions sont attribuées par les membres d'une commission paritaire à un F.S.E.

Le juriste pourrait être surpris par le raisonnement : celui-ci saisit d'emblée l'exception, sans prêter attention au principe. En effet, on parle de quasi-régie (par exemple) quand il s'agit de savoir si on se trouve sans une situation où, par exception, les obligations tirées des principes d'égalité et de non-discrimination ne s'appliquent *pas*. Préalablement, il faudrait d'abord faire le tri entre les situations où ces principes s'appliquent et ceux où ils n'ont pas vocation à intervenir. Cette étape qui, dans une bonne logique juridique doit intervenir en amont, est celle de l'identification d'un droit exclusif (et donc de l'existence d'une CCT rendue obligatoire). En d'autres mots nous voulons dire que, de façon ordonnée, le juriste regarde d'abord si une convention collective rendue obligatoire entraine l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination puis il identifie, ensuite, si la situation est une situation où, par exception, ces obligations ne s'appliquent pas en raison, par exemple de la reconnaissance d'une quasi-régie. Ici, nous prenons le problème par l'autre bout : nous examinons d'abord si les conditions de l'exception sont rencontrées. Ce renversement permet de fournir une réponse générale, peut importe si un droit exclusif est constitué (en raison d'une extension de la force obligatoire de la sélection) et amorce peut-être un mouvement où le juriste regarde en premier le droit collectif du travail plutôt que de dérouler un raisonnement qui trouve ses racines dans (d'autres domaines du ?) le droit de la concurrence, lequel teinte alors l'ensemble de l'analyse de ses paradigmes.

§ 1. Les FSE remplissent les conditions de l'exception de quasi-régie

260. *Les trois critères de la quasi-régie sont rencontrés* – Dans la sous-section 1, nous avons vu qu'un organisme peut être considéré comme une quasi-régie s'il remplit trois critères. Le premier critère est l'absence de participation privée au capital de l'organisme. Cette exigence est transversalement rencontrée dans le chef des F.S.E. puisqu'il s'agit d'organismes que seuls les interlocuteurs sociaux peuvent instituer et diriger. L'article 1 de la loi du 7 janvier 1958 indique en effet que les F.S.E. sont constitués par des conventions collectives de travail et donc, par les membres des commissions paritaires. Cette disposition peut paraître un peu opaque mais elle exprime le fait que les F.S.E. sont des organismes qui *appartiennent* aux dynamiques de négociation collective de travail.

Le fait d'appartenir à la négociation collective permet d'aborder la deuxième condition qu'il faut remplir afin d'être qualifié de quasi-régie : le mandant doit avoir sur le mandataire un contrôle analogue à celui dont il dispose vis-à-vis de ses propres services. Ici, la condition de comparaison prescrite par le droit européen (le

contrôle est « analogue à ») est facile à mettre en œuvre dès lors qu'on peut considérer que le F.S.E. est le service propre des membres de la commission paritaire. La loi stipule en effet que « les Fonds de sécurité d'existence sont gérés paritairement par des représentants des employeurs et des travailleurs » (article 3), qu' « un contrôle est exercé sur la gestion de chaque Fonds par un reviseur ou un expert comptable. Ce reviseur ou cet expert comptable est désigné par la commission paritaire compétente » (article 12, al. 1), que cette personne « a un droit illimité de surveillance et d'enquête sur toutes les opérations comptables du Fonds » (article 12, al. 2) et qu' « il peut prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et de toutes les écritures généralement quelconques du Fonds » (article 12, al. 3). Enfin le reviseur ou l'expert comptable « fait rapport de sa mission, au moins une fois par an, à la commission paritaire compétente » (article 13). L'ensemble de ces dispositions démontrent un contrôle continu et rapproché des membres de la commission paritaire sur leur F.S.E. et dont l'ampleur est de nature à satisfaire les exigences du droit européen de la concurrence.

La troisième et dernière condition posée par le droit européen est que l'essentiel de l'activité de la quasi-régie doit provenir de celui qui lui a attribué la mission. La satisfaction de cette condition peut également être facilement démontrée par l'examen de la loi du 7 janvier 1958. Les articles 1 et 1/1 de cette loi définissent les missions des F.S.E. et chacune d'elle est en lien avec la négociation collective au niveau de la branche d'activité. Si on osait une comparaison, on dirait que le F.S.E. est l'organe administratif d'exécution des décisions et des mesures décidées par les représentants des travailleurs et des employeurs au niveau du secteur. Le F.S.E. serait un sorte d'administration créée dans la prolongation d'un conseil délibératif, la commission paritaire. Cette explication implique que la condition du droit européen selon laquelle l'essentiel des activités de la quasi-régie doit provenir du mandataire est rencontrée, puisque c'est, dans le cas présent, leur raison d'être.

Au terme de ces quelques lignes, il possible d'affirmer que les F.S.E. remplissent les conditions imposées par le droit européen afin de permettre, au titre de l'existence d'une quasi-régie, qu'un droit exclusif soit attribué sans mise en concurrence et sans devoir respecter les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination. Cette conclusion découle des exigences que la loi attache à l'existence d'un F.S.E. On peut dès lors exprimer une conclusion générale, qui est de dire que l'attribution de missions par les membres d'une commission paritaire à un F.S.E., que ce soit par convention collective rendue obligatoire ou par convention collective non rendue obligatoire, est exemptée du respect des règles prévues par les traités européens en matière de transparence et leur interprétation par la Cour de justice. Le raisonnement se poursuit sur le plan de la procédure autonome d'attribution d'un droit exclusif basée sur la finalité de l'octroi.

§ 2. Les FSE remplissent les conditions de l'exception du mandatement « social et solidaire »

261. *L'examen de la loi permet d'établir que les critères du mandatement « social et solidaire »* sont rencontrés – De la même manière que dans le paragraphe 3 de la sous-section 1, une autre lecture juridique du mandatement d'un F.S.E. par la négociation collective est possible, en se basant sur la jurisprudence *Spezzino* et *CASTA* de la CJUE que nous relions à l'article 106 du TFUE. Ici, l'intérêt d'un telle analyse est moindre que dans la sous-section 1 puisque nous avons entretemps déjà conclu entretemps à la conformité des pratiques de mandatement des F.S.E. sur la base des règles de la quasi-régie. Elle demeure toutefois pertinente afin d'éviter problématique de la « cascade » que nous avons déjà expliquée[815]. (Dans la sous-section 1, l'approche liée à l'article 106 était rendue pertinente d'abord parce que l'analyse de l'agencement institutionnel imposée par l'exemption de quasi-régie a fait naître des hésitations, tandis que les règles relatives au « mandatement social et solidaire » permettaient de considérer la situation, nous l'écrivions, non plus en ayant égard à des critères organisationnels mais aussi, en prenant en compte la finalité du dispositif). Il est évident que cette même approche peut-être appliquée ici.

(i) L'attribution à un F.S.E. poursuit une finalité sociale reconnue

262. *Renvoi à la sous-section 1, § 3, (i)* - La première condition, l'existence d'une finalité sociale, qui est une des quatre conditions de ce régime autonome de mandatement, est attestée de la même façon que dans le § 3 de la sous-section 1 puisque la mission est identique[816].

(ii) L'attribution à un F.S.E. sectoriel encourage la solidarité

263. *La loi impose la gratuité des prestations pour le travailleur* - Selon la deuxième condition, le mandatement doit encourager la solidarité. On a déjà, plus haut, expliqué que l'offre de formation *via* les fonds sectoriels permet de s'adresser à l'ensemble d'un secteur, en couvrant l'entièreté des travailleurs *sans discrimination*. Aucun travailleur n'est laissé de côté, sans avoir égard à la santé financière de l'entreprise à laquelle il appartient. Faut-il y voir une marque de solidarité ? Sans doute que la Cour se laisserait convaincre puisqu'on lit à l'article 5 bis de la loi sur les F.S.E. que « les Fonds de sécurité d'existence garantissent que les avantages qu'ils octroient sont gratuits pour les bénéficiaires. Aucun frais ne peut être mis à charge du bénéficiaire d'une manière ou d'une autre ».

[815] Sur l'application « en cascade », voy. les n° 60, 192, 246, 262, 269 et 283.

[816] Voy. *supra*, sous-section 1, § 3, ii, L'attribution à un organisme sectoriel poursuit une finalité sociale reconnue.

(iii) L'attribution favorise l'efficacité budgétaire et aucun profit n'est accordé aux membres

264. *La loi prévoit des mécanismes de contrôle* - L'examen atteste-t-il que la troisième condition est rencontrée, laquelle exige que l'attribution de la mission favorise l'efficacité ? A ce titre, il faut signaler que la lecture de la doctrine ne permet pas facilement de distinguer cette condition d'un « test anti-fraude » exigé par la Cour de justice, qui forme la quatrième condition[817]. Si l'examen de la condition d'efficacité exige de déterminer qu'un dispositif collectif de formation organisé par la négociation collective de travail est plus efficace qu'une mise en concurrence, on entre dans des débats auquel les nombreux textes (pour s'en tenir à ce stade à une réponse légaliste) que nous avons parcouru et consacrant l'importance de la gestion paritaire du marché du travail répondent déjà[818]. S'il s'agit plutôt de vérifier que le mandatement prévoit des mesures anti-fraude, l'exposé que nous avons réalisé de la manière dont l'action des F.S.E. est contrôlée par les membres de la commission paritaires indique que de tels garde-fous existent. On peut ajouter que l'article 12 de la loi du 7 janvier 1958 prévoit que si les membres de la commission paritaire ne parviennent pas à choisir un réviseur ou un expert comptable, et, dès lors, rendent impossible le contrôle, c'est *in fine* le Ministre du Travail et de la Prévoyance sociale qui statue. En conclusion, le contrôle est rendu possible.

En conclusion, les F.S.E., en raison de leur personnalité juridique, du contrôle que les membres de la commission paritaire exercent sur celui-ci et du fait que l'essentiel leurs missions provient de ces derniers, doivent être considérés comme des quasi-régies des représentants des travailleurs et des employeurs réunis au niveau du secteur. Par conséquent, les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination dégagées par la Cour de justice de l'Union ne s'appliquent pas à la relation qui les lie. De surcroît, le fait que l'attribution des missions de formation par les membres de la commission paritaire aux F.S.E. poursuit une finalité sociale, encourage la solidarité (ou l'égalité dans le marché), favorise l'efficacité et, que des garde-fous existent, elle peut, toujours selon la jurisprudence de la Cour de justice, avoir lieu selon une procédure d'attribution différente de celle découlant des principes d'égalité et de non-discrimination, inspirée des marchés publics. Il faut en déduire que l'attribution de toutes les missions répertoriées dans cette section sont compatibles avec les règles prévues par les traités, parce qu'elles échappent à l'application des obligations de transparence issues du marché intérieur et applicables par le truchement du droit de la concurrence.

[817] A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the *Spezzino* Judgement (C-113/13) : the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, p. 36.

[818] Voy. *supra* n° 247.

Cette conclusion intermédiaire est importante en ce qu'elle montre que les constructions institutionnelles dans les secteurs, lorsqu'elles prennent la forme juridique d'un F.S.E. tel que défini par la loi, échappent aux règles de transparence dégagées par la CJUE. De plus, le fait que l'attribution des missions de formation par les membres de la commission paritaire aux F.S.E. rencontre les conditions de l'exemption que nous relions avec d'autres[819] à l'article 106 du TFUE emporte une conséquence importante : emprunter cette voie dérogatoire évite de réaliser, par analogie avec le droit dérivé des marchés publics, le transfert en cascade des obligations de transparence. Le régime dérogatoire ici examiné conduit à écarter certaines règles du marché intérieur et à résoudre une faiblesse juridique.

Au terme de la section 2 de l'étude de cas 4, un procédé semble, comme dans les cas d'étude 2 et 3, gagner en importance : un mandatement échappant au droit du marché intérieur, rattaché à l'article 106 du TFUE. La section 3, qui examine des possibilités de dépassement, va identifier d'autres raisons qui justifient la mise en avant de ce procédé.

Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement

265. *Privilégier Spezzino plutôt que Unis et Beaudout* - Après l'exercice de l'application du droit européen de la section 2, que retenir ? Sur le plan de la conformité des pratiques de la négociation collective, l'analyse a montré qu'appliquer le concept de quasi-régie (qui s'attache aux modes d'organisations du reclassement professionnel) crée des difficultés. Nous avons alors écrit : l'examen au cas par cas est sans doute la faiblesse de l'approche dérogatoire fondée sur le droit des marchés publics, comme dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*. Non seulement elle exige des éléments d'information très précis pour vérifier que les critères du contrôle analogue et de l'essentiel des activités sont remplis, mais, de surcroît, les réponses juridiques qui en découlent sont susceptibles d'imposer, de façon hésitante, des pratiques différentes de commission paritaire en commission paritaire. Au contraire, l'approche liée à l'article 106, § 2 du TFUE et relative au « mandatement social et solidaire » permettait de considérer la situation, nous l'écrivions, non plus en ayant égard à des critères organisationnels mais en prenant en compte la finalité du dispositif. Nous avons alors montré que cette analyse fondée sur la finalité des dispositifs permet d'apporter plus de cohérence, et de sécurité juridique. La sécurité juridique n'est pas juste le fait d'une lecture juridique plus solide des dispositifs en cause et elle sort aussi renforcée (comme nous l'avons mis en avant dans le cas d'étude 3 déjà) par l'utilisation d'une cause

[819] Voy. A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38 ; D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt CASTA », *op. cit.*, pp. 43-47.

d'exemption indépendante de l'analogie avec le droit dérivé des marchés publics, évitant les faiblesses juridiques provenant du transfert « en cascade » des obligations de transparence. En bref, les raisonnements tirés des arrêts *Spezzino* et *CASTA* de la CJUE sont nécessaires pour apporter de la sécurité juridique au domaine du reclassement professionnel. Leur intérêt, que nous avions déjà souligné au terme du cas d'étude 3, se confirme. Cette conclusion résume-t-elle à elle seule les besoins de dépassements des problèmes causés par l'application du droit européen dans le présent cas d'étude ? A l'examen d'une question complémentaire, il semble toutefois que la situation n'est pas si simple.

266. *Et en droit des marchés publics ?* - Au moment d'entamer la section 3, nous souhaitons reprendre un raisonnement commencé lors du cas d'étude 2 ; nous avons vu qu'année après année, le droit européen dérivé du marché intérieur a élargi sa prégnance sur la commande publique. La logique va vers un élargissement du spectre des exigences de mises en concurrence, non seulement via les obligations de transparence issues du droit primaire qui nous occupent depuis un moment, mais aussi en raison de l'extension du domaine d'application des règles de droit dérivé en matière de marchés publics[820]. Qu'en est-il vis-à-vis de ce qui est apparu, au fil des section 1 et 2, comme le véhicule par excellence de la négociation collective de travail : les F.S.E. ? Dans le domaine de la formation sectorielle, le mode de financement des F.S.E. implique-t-il que le droit dérivé des marchés publics s'applique à eux de façon autonome, indépendamment de la manière dont des missions leur sont confiées, en raison de leur qualité d'organismes de droit public ? Les autres types d'organismes mandatés, comme le CEFORA, sont-ils soumis eux-aussi au droit dérivé des marchés publics ? Cette question est différente de celle que nous nous sommes posée dans la section 2 relative aux obligations de transparence. La partie I de la thèse, puis le cas d'étude 2, ont en effet montré que l'article 2, 4. de la directive 2014/24 relative aux marchés publics qualifie d'organisme de droit public – et par conséquent soumet à la réglementation européenne de la commande publique – tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, doté de la personnalité juridique et majoritairement financé par des fonds publics ou collectifs. Les organismes mandatés pour réaliser le reclassement auraient-ils cette qualité, notamment en raison de leur financement public ? Nous avons déjà effleuré la question du financement lorsque nous avons examiné le fonctionnement du CEFORA[821].

Les développements de la présente section, au départ de cette interrogation, vont cependant plus loin. En effet, la question de l'application du droit des marchés publics à la sélection des organismes de reclassement

[820] Voy. *supra,* cas d'étude 2, section 2, Sous-section 1. L'applicabilité des directives marchés publics : une prégnance élargie.

[821] Voy. *supra,* section 2, sous-section 1, § 2, C.P. 200 : Les pratiques du CEFORA respectueuses des obligations de transparence ?.

professionnel va cristalliser toutes les difficultés apparues dans la section II de la thèse. *In fine,* mettre en avant que les dispositifs de reclassement permettent de faire fonctionner le marché (à la façon dont nous l'avons expliqué en théorie dans la partie I de la thèse) mais ici en pratique (afin de faire circuler les travailleurs d'un employeur à l'autre), va nous conduire à nous distancier de raisonnements juridiques insistant sur la finalité sociale d'un dispositif (l'article 106, § 2 du TFUE, en lien avec les arrêts *Spezzino* et *CASTA*) pour l'ancrer sous une disposition qui est d'abord une « règle de référence »[822] prévoyant l'application des règles de concurrence, l'article 106, § 1 du TFUE. Sans y voir le graal de la négociation collective de travail en droit de l'Union, il va nous sembler que cette norme permet de résoudre de nombreuses difficultés juridiques.

267. Plan de la section - La section 3 tente de répondre à la question de l'applicabilité du droit dérivé des marchés publics aux F.S.E. C'est l'objet de la sous-section 1. Dans la foulée, il est utile d'examiner les méthodes des F.S.E. et des autres types d'organismes mandatés pour réaliser le reclassement, afin de voir, dans la sous-section 2, si leurs pratiques se conforment au droit des marchés publics. Dans la sous-section 3, après avoir constaté que ce droit des marchés publics n'est pas mis en œuvre, nous tentons de mettre cette pratique en lien avec le mode de fonctionnement échappant au droit du marché intérieur qui a, au fil de la section précédente, déjà montré son utilité. Il s'agit, encore un fois, de la jurisprudence *Spezzino* et *CASTA* de la CJUE. Toutefois, l'examen va prendre distance avec cette exception relative au « mandatement social et solidaire ».

Sous-section 1. Les F.S.E., comme les autres organismes mandatés, sont soumis au droit dérivé des marchés publics

268. *Un F.S.E. est doté de la personnalité juridique et est créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* - Dans le droit européen de la commande publique, une entité est soumise au droit des marchés publics si elle est qualifiée d'organisme de droit public et si elle rencontre les trois conditions nécessaires reprises à l'article 2, 4 de la directive 2014/24[823]. La première condition est d'avoir été créé « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». Vu la description que nous avons faite des missions des F.S.E. et qui insiste sur son rôle dans le secteur d'activité, cela n'emporte aucun doute. La deuxième condition émise par le droit européen est d'être « doté de la personnalité juridique ». Encore ici, l'examen de la loi sur les F.S.E. fait elle-même état de cette qualité, qui est dès lors rencontrée. Enfin, le droit européen exige que l'organisme soit,

[822] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 140.

[823] Voy *supra,* partie I, chapitre 2, section 1, § 3, L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions. Il s'agit, pourr rappel, de la Dir. 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.

ou bien, « financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public », ou bien que « sa gestion [soit] soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ». Il faut explorer les deux branches de la troisième condition successivement.

269. *Un F.S.E. n'est pas contrôlé par un organisme de droit public* – Nous avons vu que les représentants des employeurs et des travailleurs réunis au sein de la commission paritaire contrôlent les F.S.E. A ce titre, est-il utile de déterminer s'il faut considérer les représentants des travailleurs et des employeurs réunis au sein de la commission paritaire comme un organisme de droit public au sens de la directive 2014/24 ? *A priori*, les dynamiques de négociation collective entre des représentants de travailleurs et d'employeurs sont des dynamiques de droit privé. De plus, représentants des employeurs et des travailleurs ne forment pas un organisme, mais plutôt une assemblée, traversée par des intérêts antagonistes.

La première branche de la troisième condition de la définition d'organisme de droit public ne permet donc pas d'attribuer aux F.S.E. la qualité d'organismes de droit public, pas plus d'ailleurs que les controverses au moment de l'adoption de la loi du 7 janvier 1958, qui n'ont pas permis de trancher quant à la nature publique ou privée des F.S.E[824]. La définition européenne prévoit toutefois un second critère : le financement est majoritairement public.

270. *Au sens des marchés publics, un F.S.E., comme les autres organismes mandatés, est financé majoritairement par des moyens publics* – La seconde branche de la troisième condition prescrite par le droit européen de la commande public afin d'être considéré comme un organisme de droit public et d'être « financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public ». Au moment de mettre en contexte les F.S.E. puis, aussi, quand nous avons examiné le fonctionnement du CEFORA, nous avons vu le rôle joué par l'ONSS, lequel perçoit et restitue les cotisations de sécurité sociale dues au F.S.E.[825] On a mis en avant qu'une part presque complète des ressources du CEFORA provient de la cotisation en faveur des groupes à risque dont le principe, le montant et le mode de perception étant définis par les articles 189, 190 et 191 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses. Cette situation se répète dans le cas des F.S.E., qui sont le plus souvent les organismes mandatés par la négociation collective pour réaliser les efforts de formation (c'est l'objet pour lequel ils sont constitués !).

[824] Voy. *supra*, section 1, sous-section 3, § 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte.

[825] Voy. *supra*, section 2, sous-section 1, § 2, C.P. 200 : Les pratiques du CEFORA respectueuses des obligations de transparence ?, spéc. n° 237.

Or, dans l'arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11 juin 2009, la Cour de justice de l'Union a considéré « qu'il y a financement majoritaire par l'État lorsque les activités de caisses publiques d'assurance maladie sont financées à titre principal par des cotisations mises à la charge des affiliés, qui sont imposées, calculées et recouvrées suivant des règles de droit public ». Si on transpose le raisonnement au domaine de la formation professionnelle (ce qui fait sens puisque, souvenons-nous en, les mécanismes de formation sectoriels permettent de « couvrir des besoins non pris en charge par la sécurité sociale »[826]), il est utile de remarquer que l'article 191, § 1er de la loi du 27 décembre 2006 prévoit que la cotisation en faveur de la formation « est assimilée à une cotisation de sécurité sociale »[827], et que, de la même manière, l'article 7 de la loi du 7 janvier 1958 relative aux F.S.E. dispose que « les statuts peuvent prévoir que les cotisations sont perçues ou recouvrées par un des organismes chargés de la perception des cotisations de sécurité sociale. Dans pareil cas, les conditions de cette intervention sont arrêtées préalablement par la commission paritaire, d'un commun accord avec l'organisme intéressé. Dans ce cas, les modes de calcul, de perception et de recouvrement de ces cotisations sont les mêmes que ceux des cotisations sociales que l'organisme est chargé de percevoir ». Les deux dispositions montre combien les fonds de sécurité d'existence sont imbriqués dans l'organisation de la sécurité sociale, dont ils bénéficient du système de perception des cotisations. Sont-ils alors, sur la base de l'arrêt précité, soumis au régime de droit des marchés publics ? Nous sommes tentés de répondre positivement, sauf à prendre en compte le fait que l'arrêt du 11 juin 2009 évoque des caisses *publiques*, alors qu'ici il est question de F.S.E. institués par des personnes privées. Toutefois, comme le relève B. LOMBAERTS dans son ouvrage[828], on peut se faire aider par le considérant 10 de la directive 2014/24 : il est conseillé de relativiser la qualité de la source du financement ou de son destinataire et de plutôt s'intéresser au mode de perception. Selon l'auteur, le considérant 10 de la directive indique en effet que « la notion de « financement majoritaire » signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d'usagers, qui sont imposés, calculés et recouvrés conformément aux règles de droit public ».

En conclusion, une solution se dessine : les trois conditions à l'application *rationae personae* du droit des marchés publics son rencontrées par les F.S.E et par le CEFORA. Par conséquent, le bénéficie du mode de perception propre aux organismes de sécurité sociale entraine, dans le chef de ces organismes, l'application du droit des marchés publics. Cette solution limpide peut surprendre le lecteur, lui qui nous voit depuis le cas d'étude 2 tenter de régler la question de l'application des obligations de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination – à savoir une version souple et édulcorée du droit des marchés publics –,

[826] Cfr. supra n° 231 ; J. VERLY, E. MARTINEZ, « La négociation sectorielle », *in* A. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD, P. REMAN, *Dynamiques de la concertation sociale, op. cit.*, p. 270.

[827] Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 28 décembre 2006, art. 191, § 2, al. 2.

[828] B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marches publics. Passation, exécution, recours,* Bruxelles, la Charte, 2020, p. 123.

et le transfert des obligations de transparence « en cascade » que nous en avons déduit. Au bout du compte, s'avère-t-il que les organismes créés par la négociation collective de travail sont rattrapés par le droit des marchés publics, tout simplement ? Jetons toutefois d'abord un œil aux pratiques d'un F.S.E., institué dans le secteur des entreprises d'assurance, de la commission paritaire 306. Dans un domaine foisonnant comme celui des mécanismes sectoriels en matière de formation, examiner un seul cas n'a pas de portée autre qu'indicative. Cependant, chaque secteur a sa culture propre et, dans ce sens, si nous avons vu que le secret caractérisait les activités du secteur du diamant, il est probable qu'on puisse rattacher celui de la conformité aux règles au secteur des entreprises d'assurance.

Sous-section 2. Quelle conformité des pratiques au droit dérivé des marchés publics – le cas du FOPAS

271. *Quelle conformité du FOPAS, organisme de droit public au sens de la directive 2014/24 ?* - Cette sous-section explore les modalités de travail d'un F.S.E. en particulier, celui du FOPAS, du secteur des entreprises d'assurance réunies dans la commission paritaire 306. Il s'agit de se demander si leurs pratiques sont conformes aux règles européennes en matière de marchés publics, puisque nous venons de conclure que, en théorie du moins, le FOPAS est un organisme de droit public au sens de la directive 2014/24 relative au marché publics.

Le secteur des entreprises d'assurance est réuni dans la commission paritaire 306. Les représentants des employeurs et des travailleurs du secteur des entreprises d'assurance réuni dans la commission paritaire 306 ont développé depuis de longues décennies des pratiques de formation et d'accompagnement des travailleurs[829]. Le FOPAS est un fonds de sécurité d'existence qui met en œuvre les décisions prises en matière de formation par les représentants des employeurs et des travailleurs siégeant à la commission paritaire[830]. Les membres du comité de gestion du FOPAS sont, sur la base des statuts contenus dans une convention collective rendue obligatoire, les mêmes que ceux de la commission paritaire[831].

Deux conventions sectorielles traitent de l'attribution de la mission de reclassement au FOPAS. D'abord, la convention du 30 novembre 2009 attribue des missions de reclassement au FOPAS. Cette convention a été rendue obligatoire par l'arrêté-royal du 10 septembre 2010. Par ailleurs, l'article 3, § 2 de la convention collective de travail du 18 novembre 2016 prévoit que le régime de réinsertion professionnelle sectoriel est organisé par le FOPAS. Cette dernière convention collective n'a pas été rendue obligatoire.

[829] Entretien avec Sophie Lijnen, directrice du FOPAS, le 20 juin 2017.

[830] Il est institué par la CCT du 27 juin 1991, A.-R. du 31 mars 1992.

[831] Art. 7 de la CCT du 27 juin 1991, A.-R. du 31 mars 1992.

Afin de réaliser la mission qui lui a été confiée, le FOPAS a réalisé un appel d'offre. Le 10 février 2006, les interlocuteurs sociaux communiquent qu'ils souhaitent confier la mission du reclassement professionnel à un seul bureau. Ils proposent aux prestataires de service de venir présenter leur offre aux interlocuteurs sociaux le 6 mars 2006 dans les locaux du SPF Emploi. Ces mêmes interlocuteurs sociaux, réunis un mois plus tard au sein de la CP 306, sélectionnent un opérateur. Il semble que la communication de l'offre ait été faite aux bureaux de reclassement principaux, au sein desquels se trouvent des opérateurs habituels du FOPAS.

L'appel d'offre est paritaire, à savoir qu'il est réalisé conjointement par les représentants des employeurs et des travailleurs. Il s'agit d'un document de trois pages décrivant le contenu de la mission. Le document détermine quatre phases du reclassement professionnel et précise les souhaits des interlocuteurs sectoriels pour chaque phase[832]. Le document explique qu'Assuralia conclura, au nom des interlocuteurs sociaux, un contrat-cadre avec le bureau retenu. Le contrat-cadre est signé entre Assuralia et l'opérateur de service sélectionné. Il prévoit qu'Assuralia confie les missions de reclassement au prestataire de services. Il existe, à l'heure actuelle, deux prestataires. Le contrat-cadre prévoit que chaque mission de reclassement fait l'objet d'un contrat individuel entre le FOPAS, le prestataire et le travailleur. Le contrat-cadre reprend également les informations contenues dans l'appel d'offre.

En novembre 2012, un appel d'offre similaire a été rédigé. Il a mené à la sélection de deux opérateurs : RightManagement et RiseSmart (ex-Galilei). Il s'agit des opérateurs actuels. Ce sont les membres du comité de gestion qui ont sélectionné l'opérateur. A la suite de la procédure de sélection, le FOPAS a conclu le contrat-cadre avec l'opérateur sélectionné. L'appel d'offre précise également que tous les employeurs donnent mandat au fonds pour conclure une convention individuelle de reclassement au bénéfice de chaque travailleur licencié. Il est prévu que le prestataire de services rapporte régulièrement au FOPAS.

En conclusion, l'examen de la pratique montre que le FOPAS n'utilise pas, au moment de choisir ses fournisseurs de service, un appel d'offre conforme à la loi belge relative aux marchés publics. Par conséquent, le constat théorique que nous avons dressé plus haut de l'application du droit des marchés publics aux F.S.E. n'est pas celui des praticiens de certains F.S.E. Par ailleurs, le fait que ce constat soit dressé au sujet du secteur des assurances est une indication de la façon dont la réglementation peut être respectée dans d'autres secteurs *a priori* moins sensibles à la conformité à la réglementation.

272. *Un cas représentatif de la pratique, et validé par l'autorité de tutelle* - S'agit-il d'un cas isolé ? Non : nous avons vu plus haut que ni le CEFORA, ni le CFN n'utilisent les procédures de marchés publics transposées de la directive 2014/24, même si les méthodes de travail qu'ils adoptent s'y apparentent[833]. Il semble donc exister

[832] Appel d'offre paritaire pour une mission de reclassement professionnel dans le secteur de l'assurance, 12 février 2006.

[833] Voy. *supra*, section 2, sous-section 1, § 2. L'examen de l'exécution de la mission par une quasi-régie crée des difficultés.

un écart entre l'analyse de droit des marchés publics que nous venons de développer et la pratique. Les praticiens opèrent-ils *contra legem* ? Après avoir contacté l'autorité de tutelle, à savoir le Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, il semble que cette attitude ne soit pas remise en cause par l'autorité publique. En conclusion, il existe donc une pratique partagée par laquelle les organismes créés dans le domaine de la négociation collective de travail n'appliquent pas le droit des marchés publics. La sous-section 3 va tenter de mettre ce constat avec d'autres que nous avons dressés au cours de nos travaux et progressivement avancer que la pratique ici exposée est conforme aux traités, et qu'elle trouve son fondement dans l'article 106, § 1 du TFUE.

Sous-section 3. L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE est une voie privilégiée pour l'attribution de droits exclusifs par la négociation collective de travail

273. *Plan de la sous-section* - Dans la sous-section 3, nous avançons qu'il est possible et préférable de rattacher la négociation collective à l'article 106, § 1 du TFUE, rattachement par lequel la négociation collective de travail trouve sa place parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Ce raisonnement est développé en deux temps : d'abord il est possible de montrer que la négociation collective de travail respecte le prescrit de l'article 106, § 1 du TFUE en méthode et en finalité (§ 1)[834]. Ensuite nous expliquons que le recours à l'article 106, § 1 permet d'éviter trois difficultés juridiques rencontrées dans le cas d'étude 4, et ailleurs dans la partie II (§ 2).

§ 1. La négociation collective de travail respecte l'article 106, § 1 en méthode et en finalité

274. *L'article 106, § 1 permet d'octroyer des droits exclusifs dans le respect de l'article 18 du TFUE* - L'article 106 du TFUE est le fil rouge de notre étude de cas, puisqu'il aboutit, en raison de l'indentification d'un droit exclusif, à imposer le respect des obligations de transparences issues des principes d'égalité et de non-discrimination par la négociation collective de travail. En effet, selon l'ouvrage de référence de J. L. Buendia Sierra, l'attribution d'un droit exclusif déclenche l'application de l'article 106, § 1 du TFUE[835]. Toutefois, l'article

[834] Cette distinction qui découle de notre étude de l'octroi et du maintien des droits exclusifs dans le domaine de la négociation collective de travail correspond également à la méthode d'analyse de la légalité des droits spéciaux ou exclusifs présentée par P. Nihoul dans son ouvrage *Eléments de droit public de* l'économie (*op. cit.*, pp. 256 et s.). L'auteur explique que les droits spéciaux ou exclusifs peuvent être contraire au droit de l'Union dans trois hypothèses (dont nous ne retenons que deux) : A. En raison de la procédure et de leur condition d'octroi B. En raison de leur contenu et de leurs effets C. En raison du comportement du titulaire des droits exclusifs ou spéciaux.

[835] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 139.

106, § 1 du TFUE n'interdit pas l'octroi et le maintien des droits exclusifs[836]. Pour prendre un exemple qui a trait à la négociation collective de travail, dans les conclusions rendues préalablement à l'arrêt *Albany*, l'avocat général Jacobs, en renvoyant à la jurisprudence de la Cour, a expliqué que « bien que l'octroi de droits exclusifs ne soit pas, en lui-même, contraire aux articles [106], paragraphe 1, et [102], la Cour a constamment considéré que les Etats membres ne disposaient pas d'une liberté illimitée dans l'octroi de droits exclusifs, en constatant ce qui suit : '' ... même si [l'article 106, paragraphe 1] présuppose l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux et exclusifs, il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux et exclusifs sont compatibles avec le traité. Cela dépend des différentes règles auxquelles l'article [106], paragraphe 1, renvoie »[837]. L'absence de contenu normatif propre à l'article 106, § 1 oblige de lire cette disposition en combinaison avec les dispositions des traités auxquelles elle renvoie[838]. L'article 106, § 1 renvoie spécialement à l'article 18 du TFUE consacrant la non-discrimination. Il renvoie aussi au chapitre du TFUE contenant les règles de concurrence.

A ce stade de notre travail, nous sommes en mesure d'affirmer que la négociation collective de travail introduit des restictions de concurrence au sens de l'article 106, § 1 du TFUE et qu'elle respecte les différentes règles auxquelles la même disposition renvoie, tant en méthode (relativement aux méthodes d'attribution des droits exclusifs) qu'en finalité (afin de réaliser les conditions de la concurrence).

275. *La négociation collective de travail respecte l'article 106, § 1, en méthode* - L'analyse de la section 2 a montré que, indépendamment des règles de transparence inspirées du droit de la commande publique apparues à l'occasion de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la négociation collective de travail est déjà le vecteur de la non-discrimination : les acteurs de la négociation collective sectorielle sélectionnent des prestataires sur la base de critères non-discriminatoires. On a pu, à la suite de ce constat, douter de l'utilité d'imposer une autre technique visant la sélection non-discriminatoire d'opérateurs économiques, au travers de règles inspirées du droit de la commande publique[839]. Rappelons-nous que nous avons tiré la même conclusion lorsque, dans le cas d'étude

836 P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, *op. cit.*, p. 255.

837 Conclusions de l'avocat général JACOBS rendues le 28 janvier 1999 dans l'affaire *Albany* (21 septembre 1999, aff. C-67/96), point 393. Les conclusions citent le point 22 de l'arrêt de la Cour du 19 mars 1991, *France c. Commission,* aff. C-202/88.

838 J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 133.

839 Concernant le double emploi causé par les obligations de transparence dans le domaine du reclassement, voy. *supra*, section 2, sous-section 1, § 2, spéc. n° 253.

3, nous avons examiné les pratiques du secteur de la chimie et de celui du transport international[840]. Cette remarque va prendre une forme plus approfondie lorsque, dans la partie III de la thèse, il va apparaître que les règles issues de la commande publique conviennent à la résolution de certains problèmes, tandis que la technique de la négociation collective de travail est une technique plus appropriée afin d'apporter des réponses aux questions qui se posent dans le monde du travail[841]. A ce stade, la conclusion à retenir est que les procédés auxquels la négociation collective de travail participe et qui concourent à l'octroi et au maintien de droits exclusifs respectent l'obligation de non-discrimination.

Par ailleurs, le cas d'étude 1 de notre thèse a montré une autre hypothèse, en dehors de toute constitution de droit exclusif, où les interactions entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence requièrent, entre autres, d'attester de la conformité de ces pratiques au regard du droit de la concurrence. La conclusion du cas d'étude 1 tient en effet, en partie, dans le rôle important de l'article 101 du TFUE et de la délimitation précise de son champ d'application afin d'identifier les personnes qui peuvent conclure des accords collectifs sur les prix. On a alors insisté sur le parallèle qui peut être tiré avec les règles nationales de droit du travail[842]. Le respect, par les méthodes de négociation collective de travail, des règles de concurrence apparait donc dans notre étude bien en amont de l'imposition des obligations de transparence.

276. *La négociation collective de travail respecte l'article 106, § 1, en finalité* - De surcroit, il nous semble, et c'est sans doute l'approche la plus originale de notre travail, que la négociation collective de travail respecte les différentes règles de concurrence auxquelles l'article 106, § 1 renvoie, en finalité également. Bien sûr, il est possible de lire les techniques de reclassement professionnel érigées par la négociation collective de travail présentées tout au long de ce cas d'étude comme un dispositif « social ». C'est l'idée que nous avons développée dans la cause d'exemption aux obligations de transparence déduites des arrêts *Spezinno* et *CASTA*. Plus fondamentalement, en écho à la partie I de la thèse, nous préférons avancer le raisonnement suivant : les dispositifs de reclassement professionnel ne correspondent-t-ils pas au rôle de la négociation collective de travail comme technique participant au fonctionnement du marché ? La négociation collective de travail édicte alors les règles dans le domaine du marché travail, et érige des dispositifs permettant son fonctionnement, sans déroger au prescrit fondamental en matière de non-discrimination ? Selon ce point de

[840] Sur le fait que les procédures de sélections d'opérateurs de pension respectent le principe de non-discrimination, voy. *supra*, cas d'étude 3, section 3, § 4. Le contenu de la communication : des exigences inconciliables avec le droit de négociation collective ?, n° 208.

[841] Voy., *infra,* partie III, Chapitre 2. La négociation collective de travail comme technique, parmi les règles de concurrence, adaptée au monde du travail.

[842] Voy., *supra,* cas d'étude 1, conclusion.

vue, les dispositifs d'accompagnement du travailleur licencié trouveraient leur raison d'être dans la nécessité de mettre en place des dispositifs nécessaires au fonctionnement du marché, au sens de l'article 3, 1., b) du TFUE, afin que les travailleurs licenciés puissent, à nouveau, à la façon dont nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse, « se vendre [eux]-mêmes, et cela morceau par morceau »[843]. Cette approche semble corroborée par la raison d'être des mécanismes de reclassement professionnel, par lesquels le législateur veut favoriser l'employabilité et « accroître l'attrait des employeurs pour le recrutement des travailleurs »[844].

De façon plus technique, au sujet de l'analyse de l'exemption fondée sur les arrêts *CASTA* et *Spezzino*, la « finalité sociale reconnue » avancé par la CJUE est difficile à appréhender. Les textes juridiques auxquels nous l'avons rattaché[845] indiquent selon nous, plus que le caractère « social » des dispositifs en cause[846], la reconnaissance de l'importance de la co-définition par les représentants des employeurs et des travailleurs de l'encadrement du travail. La négociation collective de travail permettrait, mieux qu'une autre méthode, d'attribuer un accompagnement égal à chaque travailleur licencié, qu'il provienne d'une entreprise qui dispose des moyens financiers pour contribuer à sa réorientation ou non. A la possibilité attachée à la négociation collective d'imposer un régime unique dans un secteur, s'ajoute la capacité, grâce à la connaissance pratique des acteurs de la négociation collective, de définir précisément les besoins des travailleurs licenciés. Par ailleurs, l'adjectif « solidaire » recouvre sans doute plus une réalité de nivellement des conditions d'accompagnement du travailleur licencié, tendant à l'égalité. Sûrement, certains y décèleront une marque de solidarité de certains travailleurs vis-à-vis d'autres, mais il faut alors replacer cette solidarité dans le cadre dans lequel elle se trouve : une solidarité pour favoriser l'égalité dans le marché du travail et « l'attrait des employeurs ». Certes, tous y contribuent, mais en vue de rencontrer les besoins *des entreprises*[847]. En fait, la négociation collective de travail permet (sans doute mieux que des dynamiques disparates de formation des travailleurs) de répartir les outils et les compétences correspondant aux besoins du marché de façon

[843] Voy. *supra*, partie I, section 1, sous-section 1, § 1. La négociation collective de travail diffuse le postulat d'égalité permettant le fonctionnement du marché.

[844] Voy. *supra*, section 1, sous-section 1, Sous-section 1. Cadre interprofessionnel du reclassement.

[845] Voy. *supra*, section 2, sous-section 1, § 3, Les spécificités du marché en cause, n° 257 et s.

[846] Dans son *Introduction au droit social*, Lucien François explique comment ce vocable est parfois malmené. Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1974.

[847] Dans l'ouvrage collectif qu'il a dirigé sur la notion de solidarité, A. Supiot explique notamment que le principe de solidarité implique que tous contribuent selon leurs capacités et reçoivent selon leurs besoins, rompant le lien de réciprocité. A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, *op. cit.*, 2015, p. 12.

équivalente, c'est à dire en respectant l'impératif de non-discrimination, dont on a montré dans la section 1 de la partie I qu'il est nécessaire au fonctionnement du marché.

Ces quelques lignes tendent à proposer l'idée suivante : la négociation collective de travail n'est pas - quoiqu'une certaine lecture de ce cas d'étude pourrait le laisser penser - une mesure « solidaire » dans un domaine « social » ; il s'agit d'une technique qui tend à réaliser un encadrement du travail de façon non-discriminatoire, afin de faire fonctionner le marché.

277. *La négociation collective de travail introduit des restrictions de concurrence non-discriminatoires, nécessaires au fonctionnement du marché* - Si, à l'occasion de la mise en place de dispositifs d'encadrement du marché, des restrictions de concurrence sont introduites par le biais de droit exclusifs, faut-il s'en étonner ? Rappelons que la section 1 de la partie I de la thèse explique, en s'appuyant sur l'arrêt *Albany* de la CJUE, que « certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs »[848]. Dans le même arrêt, et avant l'apparition des obligations de transparence découlant du droit de la commande publique et leur imposition à la négociation collective dans l'arrêt *UNIS et Beaudout,* la juridiction européenne impose déjà le respect du principe de non-discrimination par les organismes de la négociation collective de travail[849].

Le fait que la négociation collective de travail introduise des restrictions de concurrence non-discriminatoires et que ces interventions soient nécessaires au fonctionnement du marché nous encourage alors à rattacher cette technique à l'article 106, § 1 du TFUE, grâce auquel la négociation collective de travail trouve sa place *parmi* les règles de concurrence. A ce sujet, il est sans doute utile de rappeler que cette proposition s'inscrit en filigrane depuis le cas d'étude 1 : lors du cas d'étude 1, nous avons mis en avant la fonction structurante de la négociation collective de travail dans le fonctionnement du marché intérieur[850]. De même, le cas d'étude 2 a montré que les réviseurs d'entreprises ont été crées dans la foulée des conseils d'entreprise (pour aider à leur fonctionnement), lesquels « restent axés sur le respect de la liberté au sein de l'économie, au sein de la profession, au sein de l'entreprise »[851] et que « le but que recherchent toutes ces dispositions, c'est de favoriser l'esprit de collaboration qui doit régner entre tous les facteurs de productions »[852]. Autant qu'à une visée

[848] C.J.U.E., 21 déc. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, point 59 de l'arrêt.

[849] *Ibid,* point 121 de l'arrêt.

[850] Voy. *supra*, cas d'étude 1, section 3, § 2. La proposition d'un socle de prix défini par la négociation collective permet de mieux rencontrer l'objectif de concurrence viable.

[851] Rapport de la Commission des Affaires Economiques chargée d'examiner le projet de loi portant Organisation de l'Economie, *Doc. parl.*, Sén., 1947-1948, n° 489, p. 4.

[852] *Ibid,* p. 5.

« sociale », la désignation du réviseur participe donc au fonctionnement des entreprises, et du marché[853]. Nous avions alors déjà avancé que cette considération pouvait conduire à considérer la désignation du réviseur d'entreprises indépendamment des règles d'ouverture à la concurrence et de contrôle de la procédure déduites des articles 18, 49 et 56 du TFUE, parce que les deux ensembles normatifs poursuivent en fait le même objectif, le fonctionnement du marché et, parce que les techniques de négociation collective sont plus adaptées. Dans le cas d'étude 3, grâce à la sélection d'un opérateur de pension au niveau du secteur d'activité, « un facteur de coût important fait l'objet d'une harmonisation dans l'ensemble d'un secteur »[854]. L'harmonisation contribue alors à l'égalité dans l'exploitation, si chère aux détenteurs des moyens de production.

Cette approche, où la négociation collective de travail s'intègre dans le droit de la concurrence et se déploie indépendamment du prescrit des obligations de transparences issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE permet par ailleurs d'éviter trois écueils juridiques rencontrés dans le cas d'étude 4.

§ 2. Le rattachement à l'article 106, § 1 apporte une réponse juridique adaptée

278. *Trois écueils provenant du droit du marché intérieur* – En commençant la section 3 de la présente étude de cas, nous avons souligné que deux écueils ont émaillé l'analyse. D'abord, l'examen au cas par cas imposé par l'exception de quasi-régie crée des hésitations et, par conséquent de l'insécurité juridique. Aussi, l'utilisation d'une cause d'exemption reposant sur une analogie entre le droit dérivé des marchés publics et le droit primaire crée des faiblesses juridiques, notamment au moment d'éventuellement transférer « en cascade » les obligations de transparence. La section 3 a, de plus, permis d'identifier un troisième écueil : alors que l'analyse en théorie du droit des marchés publics conduit à affirmer que les organismes rencontrés dans ce cas d'étude sont des organismes de droit public au sens des règles sur les marchés publics, aucun ne respecte les procédures qui y sont attachées, et ceci, sans que ce soit reproché par l'autorité de tutelle. Le présent paragraphe montre que l'utilisation de l'article 106, § 1 permet de surmonter ces trois obstacles, alors que la jurisprudence *CASTA* et *Spezzino* pourrait difficilement conduire à justifier l'exemption de l'application du droit des marchés publics. On y lit que l'article fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE favorise la lisibilité et la sécurité juridique (i), évite l'analogie entre le droit des marchés publics et le droit primaire (ii), et conduit à un régime

[853] Voy. *supra*, cas d'étude 2, section 3, Sous-section 3. Déjà un régime de désignation *ad hoc* prévu par le droit européen pour le contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et pour les services d'arbitrage et de conciliation.

[854] Conclusions de l'avocat général JACOBS rendues le 28 janvier 1999 dans l'affaire *Albany* (21 septembre 1999, aff. C-67/96), point 74.

juridique propre attaché à la négociation collective de travail, découlant des traités et donc séparé du droit des marchés publics (iii).

(i) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE évite l'approche au cas par cas et apporte de la sécurité juridique

279. *La cause d'exemption fondée sur l'article 106 du TFUE crée de la sécurité juridique* - L'examen des secteurs de la CP 200 et de la CP 121 a permis d'avancer, mais sans certitudes, que les organismes mandatés sont des quasi-régies. Deux analyses, dans le secteur du diamant et celui des électriciens, ont montré que la question de la qualification comme quasi-régie d'un prestataire de service créé parles acteurs de la négociation collective de travail demeure une appréciation au cas pas cas et est source de difficultés. Il faut admettre là une faiblesse de l'analyse juridique, alors qu'on attend d'une analyse doctorale qu'elle fournisse des réponses et une certaine sécurité juridique.

Or, l'avantage important lié à la jurisprudence *CASTA* et *Spezzino* se réitère lorsque l'article 106, § 1 est mobilisé. Certes, ce n'est plus la finalité sociale de la négociation collective qui est mise en avant ; la fonction créatrice d'égalité de la négociation collective de travail permettant le fonctionnement du marché est soulignée ici. Dans les deux cas cependant, l'approche permet d'attacher, sans analyse au cas par cas mais en globalité, un seul régime juridique aux dynamiques considérées.

(ii) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE crée de la sécurité juridique en supprimant l'analogie entre le droit primaire et le droit dérivé

280. *Les problèmes juridiques liés à l'application en cascade sont évités* - L'affirmation selon laquelle la négociation collective de travail a sa place *parmi* les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur et, par conséquent, modifie la façon dont elles sont mises en œuvre, relève en fait en partie déjà du constat.

En effet, nous avons mis en avant (déjà dans le cas d'étude 3, et aussi dans le paragraphe 3 de la sous-section 1 de la section 1 du même cas d'étude)[855] que l'analogie entre le droit dérivé des marchés publics et les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination conduit à appliquer un procédé du droit des marchés publics. Ce procédé est le transfert en cascade des obligations de transparence aux organismes mandatés, lorsque ceux-ci sélectionnent à leur tour des prestataires. Le caractère dérogatoire du régime d'attribution basé sur la quasi-régie ne serait alors qu'un répit, de durée limitée. Expliqué plus simplement, le droit européen de la commande publique ne craint pas d'immuniser une relation entre deux

[855] Sur l'application « en cascade », voy. les n° 60, 192, 246, 262, 269 et 283.

entités, puisqu'il sait déjà que cette reconnaissance entraine des mises en concurrence, en aval. Cette application analogique provient de l'origine d'une des exceptions à l'application des obligations de transparence, dans le domaine des marchés publics. Toutefois, le transfert « en cascade » de l'obligation de transparence suppose de tirer loin l'analogie avec le droit des marchés publics, mettant sous tension plus fortement encore la solidité d'une jurisprudence qualifiée – rappelons-le – d' « antithèse de la sécurité juridique » par l'avocate-générale Sharpston[856].

Or, nous avons vu qu'un régime d'attribution attaché au droit de la concurrence permet d'attester de la conformité de méthodes de sélection indépendantes du droit de la commande publique, en rompant avec l'analogie contestable. On évite alors de réaliser, par analogie avec le droit dérivé des marchés publics, le transfert en cascade des obligations de transparence. Certes, nous avons relié la technique à la jurisprudence *CASTA* et *Spezzino* dont la finalité sociale permet de la relier à l'article 106, § 2 du TFUE, et pas l'article 106, § 1 du TFUE qui est désormais au centre de notre attention. Mais l'assimilation des deux arrêts *CASTA* et *Spezzino* à l'article 106, § 2 est une œuvre doctrinale, qui plus est emplie de scepticisme. Dans sa contribution, Sanchez Graels se demande à plusieurs reprises s'il faut penser les arrêts en cause sous l'article 106, § 2, mais en doutant fortement du succès de cette démarche[857]. Plutôt que de mobiliser une jurisprudence dont nous avons montré qu'elle est contestée[858], reconnaitre que la négociation collective de travail crée de l'égalité et fait fonctionner le marché permet de façon plus solide de l'inclure dans le droit de la concurrence, sous l'article 106, § 1, en rompant de façon équivalente l'analogie avec le droit dérivé des marchés publics.

(iii) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE justifie la position de l'autorité de tutelle

281. *La directive 2014/24 inapplicable aux dynamiques de négociation collective de travail* - Enfin, ranger l'attribution de droits exclusifs par la négociation collective de travail dans le domaine de la formation professionnelle sous l'article 106, § 1 du TFUE permet de considérer ce domaine du droit comme faisant partie des règles nécessaires au fonctionnement du marché. Par conséquent, les règles et les techniques qui y sont élaborés s'appliquent indépendamment du droit du marché intérieur – l'autorité de tutelle respecte alors le droit lorsqu'elle n'indique pas aux organismes sectoriels de suivre le prescrit de la directive 2014/24, relative aux marchés publics. Un même résultat juridique aurait-il pu être obtenu sans mettre en avant le rôle de la

[856] Conclusions de l'avocat général SHARPSTON du 18 janv. 2007, *Commission c. Finlande*, aff. C-195/04, point 96.

[857] A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38.

[858] Voy. *supra*, partie I, section 2, sous-section 2, § 2, L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence, *in fine*.

négociation collective de travail dans le fonctionnement du marché, en se basant sur le « mandatement social et solidaire » des arrêts *CASTA* et *Spezzino* ? C'est moins certain dès lors que la doctrine juridique met en cause, de façon unanime, la fiabilité juridique de ces décisions et peine à les inscrire dans les traités, faisant par conséquent douter de leur force opérante, notamment vis-à-vis du droit des marchés publics[859].

Cette section 3 conclut un long mouvement et elle est importante pour aboutir, petit à petit, à l'idée selon laquelle on ne peut concevoir la négociation collective de travail *à côté* des règles de concurrence (en tant que dispositif « social ») mais, au contraire, comme en faisant partie. Selon ce point du vue, la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché en créant des dispositifs basés sur la non-discrimination. Dans cette optique, il appartiendrait toujours au juge, européen comme national, de vérifier la conformité des pratiques de négociation collective au regard de l'article 18 du TFUE. En suivant cette approche, le juge n'aurait toutefois plus à réaliser un exercice dont nous avons montré qu'il mène à un résultat impossible (les différents nœuds qui ont émaillé les cas d'étude 2 et 3) : tenter de concilier l'exercice de la négociation collective de travail au prescrit d'obligations provenant d'une autre branche du droit, les marchés publics. La négociation collective de travail, en tant que branche du droit de la concurrence, bénéficierait de son régime propre, évidemment innervé par le principe de non-discrimination.

Faut-il voir désormais voir dans l'article 106, § 1 du TFUE le graal de l'inscription de la négociation collective de travail dans le droit de la concurrence ? Ce n'est bien sûr pas vrai : le cas d'étude 4, même s'il fait échos aux trois premiers, concerne avant tout un moment particulier de la négociation collective de travail, relatif à l'attribution de droits exclusifs. Ceci dit, il nous semble utile de préciser que l'article 106, § 1 ne concerne pas seulement les droits exclusifs, mais aussi les droits spéciaux (à savoir ceux qui sont conférés à plusieurs entreprises, privées ou publiques, en même temps[860]). Il faut voir les droits spéciaux comme des mesures prises par l'Etat qui ont un effet restrictif de concurrence et qui ont une certain lien avec des entreprises, publiques ou privées[861]. Dans ce sens, de nombreuses conventions collectives de travail, si elles sont rendues obligatoires, peuvent être vues comme des restrictions de concurrence introduites avec le concours des autorités. Le fait qu'elles participent à limiter le nombre d'entreprises pouvant réaliser une activité économique

[859] Dans ce sens : A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38 ; E. MANUNZA, N. MEERSHOEK, « Fostering the social market economy through public procurement? Legal impediments for new types of economy actors », *op. cit.*, pp. 343-358 ; R. CARANTA, « After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector », *op. cit.*, pp. 14-21.

[860] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, *op. cit.*, p. 65.

[861] *Ibid,* p. 135.

(seules celles qui se conforment aux conditions édictées par les conventions collectives ont accès au marché) amène à penser qu'elles déclenchent l'application de l'article 106, § 1 du TFUE, non plus du fait de l'octroi et du maintien de droits exclusifs, mais en raison de la création de droit spéciaux. On pourrait alors dire que les entreprises auxquelles s'appliquent les conventions collectives sont titulaires de droit spéciaux puisque, comme nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse, la négociation collective de travail leur permet de mener leur activité économique sur un pied d'égalité, en excluant les concurrents qui ne respectent pas les mêmes standards d'exploitation. Il serait alors possible de relier au paragraphe 1 de l'article 106 du TFUE d'autres conventions collectives que celles qui octroient et maintiennent un droit exclusif en faveur d'un opérateur économique en particulier. Cette approche est potentiellement féconde pour appréhender la façon dont les entreprises sont susceptibles d'utiliser la négociation collective afin de créer un *level playing field*. Elle nécessite, pour être valide du point de vue de l'analyse juridique, que l'Etat prenne une mesure constitutive de droits spéciaux – dans notre cas, l'extension de la force obligatoire d'une convention collective de travail. A ce sujet, nous avons déjà eu l'occasion de dire que cette extension de la force obligatoire est réalisée à la demandé des signataires de la convention collective même si elle demeure, par ailleurs, une prérogative discrétionnaire de l'autorité publique[862].

Conclusion du cas d'étude 4

282. Le cas d'étude 4 s'est ouvert sur une longue mise en contexte, de laquelle deux traits saillants doivent sans doute être retenus. Nous avons, en premier lieu, constaté que les entreprises qui réalisent le reclassement professionnel ne doivent plus être agrées, mais seulement enregistrées. Selon les termes des partenaires sociaux réunis au sein du Conseil économique et social de Wallonie, la cogestion du monde du travail s'en est trouvée affaiblie. Nous mettons en avant l'évolution réglementaire parce qu'elle fait état d'un mouvement significatif, dont toute cette thèse se veut l'illustration : un certain droit européen, visant à promouvoir la concurrence et la non-discrimination entre entreprises (l'article 43 du TCE, devenu 49 TFUE, et le principe de non discrimination, à savoir deux des trois dispositions qui fondent les obligations de transparence au cœur de nos analyses), s'introduit dans les dynamiques de négociation collective de travail. Ces règles promeuvent la liberté d'établissement et viennent modifier, sans qu'un débat juridique substantiel ait lieu, le régime juridique de la négociation collective de travail. Dans le cas du décret wallon du 3 avril 2009, il semble que la liberté d'établissement ait fonctionné comme un argument d'autorité et les restrictions proportionnelles comme une voie sans issue. Sans doute ce changement est-il un (petit) élément visible, significatif de l'entièreté de la façon dont le droit reçoit le système du reclassement professionnel ? Relevons à ce titre un autre trait saillant de l'examen de la réglementation dans la matière de la formation sectorielle des travailleurs : le

[862] Voy., *supra*, cas d'étude 1, section 1, sous-section 1, § 3. Le régime juridique de la représentation de l'entreprise étudiée.

domaine est, historiquement, piloté depuis des « Fonds de sécurité d'existence » (F.S.E.) et une loi est venue encadrer l'action de ces organismes dans les années 1950. Cela n'était pas, comme le relèvent les travaux parlementaires au Sénat et l'avis du Conseil d'Etat, sans « soulever de nombreux problèmes juridiques ». Le Sénat explique que « les appréciables services rendus aux travailleurs par les Fonds de sécurité d'existence [...] imposent que soient aplanies les difficultés qui s'opposent à leur bon fonctionnement et que soient résolus les problèmes juridiques soulevés par leur développement »[863]. En définitive, en 1953, l'action législative a conduit à accompagner les dynamiques collectives d'organisation du travail, à leur suggérer un cadre (bref : promouvoir). Nous reproduisons cet extrait parce qu'il montre un certain rapport du droit à la négociation collective du travail. Quelle est l'approche juridique au XXIe siècle, en sachant que cette question trouve une réponse en droit européen ? A-t-on, comme en Belgique en 1950, « résolus les problèmes juridiques soulevés par leur développement » ?

283. Afin de répondre à la question de la compatibilité avec le droit européen, le cas d'étude 4 a dressé le panorama des pratiques de négociation collective de travail dans le domaine du reclassement professionnel. L'examen a permis de dégager trois catégories de dispositifs lorsqu'un prestataire de service est désigné au niveau sectoriel afin de réaliser les obligations de reclassement professionnel. Une longue analyse a alors débuté relative aux causes potentielles de non application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination. Dans cette optique, il était nécessaire d'examiner (1) l'absence éventuelle d'intérêt transfrontalier, (2) l'exécution éventuelle de la mission par une quasi-régie et, (3) l'éventuelle attribution de droit exclusif pour une mission dite « sociale ». L'objectif était d'évaluer si l'approche conciliatoire, laquelle avait créé des difficultés dans les cas d'étude 2 et 3, s'impose. Sans encore analyser le bon respect des principes d'égalité et de non-discrimination, il fallait passer chacune des trois catégories sur la grille de ces trois exceptions. Déjà neuf analyses, seulement sur le plan de l'applicabilité ! De plus, dans chaque catégorie, il a été utile d'apporter des précisions relatives aux différents mécanismes.

A l'occasion de l'examen des causes dérogatoires à l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, nous avons insisté sur un mécanisme en particulier. La jurisprudence de la CJUE dans les arrêts *CASTA* et *Spezzino* autorise en effet des procédures de mandatement « social et solidaire » et son intérêt avait déjà été soulevé dans le cas d'étude 3. A l'examen, cette cause dérogatoire semblait, plus que les autres, apporter des réponses juridiques certaines. D'une part, elle évitait une analogie fragile entre le droit primaire et le droit des marchés publics et, d'autre part, elle permet de

[863] Projet de loi concernant les fonds de sécurité d'existence, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 52-53, n° 318, p. 5, nous soulignons.

considérer un dispositif par sa finalité, en supprimant les hésitations des analyses au cas par cas reposant sur les méthodes d'organisation.

Toutefois, au terme du cas d'étude 4, il apparait que les règles de droit dérivé des marchés publics s'appliquent de façon autonome aux F.S.E. ou aux autres organismes mandatés dans le domaine du reclassement professionnel, indépendamment des développements relatifs au droit primaire que nous avons réalisés. Ceci dit, l'examen de la pratique montre que le FOPAS n'utilise pas, au moment de choisir ses fournisseurs de service, un appel d'offre conforme à la loi belge relative aux marchés publics. Par conséquent, le constat théorique de l'application du droit des marchés publics aux F.S.E. n'est pas mis en œuvre. Est-ce un cas isolé ? Non : nous avons vu que ni le CEFORA, ni le CFN, ni VIBAM, ni Formelec n'utilisent les procédures de marchés publics transposées de la directive 2014/24 realtive aux marchés publics, même si les méthodes de travail qu'ils adoptent s'y apparentent. Il semble en définitive exister un écart entre l'analyse théorique de droit des marchés publics et la pratique. Les praticiens opèrent-ils *contra legem* ? Ce n'est pas le message transmis par le Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, qui semble cautionner cette pratique. Selon nous, cette attitude provient du fait que la négociation collective de travail ne doit pas être pensée à côté ou par opposition aux règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Au contraire, elle trouve sa place *dans* les règles de concurrence : elle permet, comme illustré tout au long du cas d'étude 1, de créer du *level playing field*. La conformité générale des pratiques des secteurs au regard du principe de non-discrimination, en dehors de l'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, encourage à le penser.

Dans ce sens, l'analyse des arrêt *Spezzino* et *CASTA* n'est qu'une étape du raisonnement, invitant à examiner le rôle de la négociation collective de travail. Or, à l'appui des considérations de la partie I de la thèse, nous avons mis en avant que les dispositifs de reclassement professionnel ont avant tout pour rôle de faire fonctionner le marché en favorisant, par la mise de tous les travailleurs licenciés d'un secteur sur un pied d'égalité, « l'attrait des employeurs ». Si le dispositif présente un caractère solidaire, il est utile de le relativiser puisque, si solidarité il y a, elle concerne un transfert de moyens de la part des travailleurs (le cout du reclassement est prélevé sur la rémunération) au bénéfice des entreprises. La reconnaissance du rôle des dispositifs de reclassement professionnel a conduit à les ranger sous l'article 106, § 1 du TFUE en tant que mécanismes qui, par l'attribution des droits exclusifs de façon non-discriminatoire (tant vis-à-vis des travailleurs que des prestataires de reclassement), permettent le fonctionnement du marché. Cette approche juridique, qui prévaut par sa cohérence, permet par ailleurs de résoudre un problème que les arrêts *Spezzino* et *CASTA* laissaient sans réponse. En effet, la fragilité des ces décisions, mise en avant par la doctrine, permet mal d'établir avec certitude qu'elles conduisent à un régime général distinct du droit des marchés publics. L'insertion de l'attribution de droits exclusifs sous l'article 106, § 1 du TFUE conduit au contraire à ne plus

douter de la possibilité de déroger, sur la base du droit primaire, au droit des marchés publics et justifie la position de l'autorité de tutelle.

Au moment de conclure le cas d'étude 4, il est important de replacer les considérations relatives à l'article 106, § 1 du TFUE dans le cadre dans lesquels elles ont été formulées, mais aussi en suggérant la portée potentiellement plus étendue de ces développements. Certes, le cas d'étude 4 concerne avant tout une dynamique spécifique de la négociation collective de travail, relative à l'attribution de droits exclusifs. Ceci dit, nous avons mis en avant que les droits exclusifs sont traités, à l'article 106, § 1 du TFUE, de la même manière que les droits spéciaux. Les droits spéciaux se distinguent des droits exclusifs par le fait qu'ils sont attribués à plusieurs entreprises à la fois. Dans ce sens, de nombreuses conventions collectives de travail pourraient être assimilées à des restrictions de concurrence introduites par la négociation collective de travail – comme nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse – au bénéfice de plusieurs entreprises (parce que les restrictions permettent de faire fonctionner le marché), et permettant indirectement d'améliorer les conditions d'existence des travailleurs.

Conclusion de la partie II

284. *Le cas d'étude 1 montre l'entrelacement entre le droit de la concurrence et la négociation collective de travail* - Nous avons conclu le cas d'étude 1, après avoir constaté que la négociation collective de travail crée du *level playing field*[864], en suggérant que cette dernière est autant au cœur du droit de la concurrence que le droit de la concurrence au cœur la négociation collective de travail[865]. Cette relation inviterait à juger de la conformité de l'action syndicale en ayant égard tant au droit collectif du travail qu'au droit de la concurrence, de façon entrelacée. C'est en tous cas l'enseignement de l'analyse du concept d'entreprise dans le droit de la concurrence, laquelle permet (par la négative) de définir les titulaires du droit de négocier collectivement des accords sur les prix et de circonscrire la portée de l'article 101 du TFUE, interdisant les ententes. Les influences ne semblent toutefois pas unilatérales : la négociation collective de travail semble un outil nécessaire au fonctionnement du marché, parce qu'elle pose les bases d'une concurrence viable. Les trois autres cas d'étude ont poursuivi cette réflexion.

285. *Dès les cas d'étude 2 et 3, la voie conciliatoire conduit à une impasse* - Pour étayer l'entrelacement entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence, les cas d'étude 2, 3 et 4 ont d'abord réalisé un long détour, lesquels ont permis d'écarter d'autres formes de relations entre les deux termes. Les cas d'études 2 et 3 ont d'abord exploré la voie, suggérée par la CJUE, de l'équilibre à trouver entre, d'une part, la réalisation du marché intérieur et, d'autre part, la protection des droits fondamentaux, en ce compris la négociation collective de travail. Cette approche est néanmoins émaillée de difficultés. Dans le cas d'étude 2, comment assurer une transparence suffisante si certains critères, comme la confiance que doivent éprouver les représentants des travailleurs envers le réviseur, ne peuvent être objectivement décrits ?[866] Dans le cas d'étude 3, après avoir mis en avant que l'approche théorique sur laquelle repose la conciliation est chaotique, nous avons essayé avec le plus grand sérieux de concilier les deux termes, d'une part le droit social fondamental à la négociation collective et, d'autre part, les exigences de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, inscrits dans le TFUE. Mais sans parvenir à garantir que, soit, le procédé ne crée pas des

[864] Sur la négociation collective de travail qui crée de les conditions de la concurrence entre travailleurs, voy. *supra*, cas d'étude 1, section 1, Conclusion intermédiaire et Conclusion du cas d'étude 1.

[865] Sur la négociation collective de travail autant au cœur du droit de la concurrence que le droit de la concurrence au cœur la négociation collective de travail, voy. *supra,* cas d'étude 1, section 3, § 2. La proposition d'un socle de prix défini par la négociation collective permet de mieux rencontrer l'objectif de concurrence viable et Conclusion du cas d'étude 1.

[866] Sur la négociation collective de travail qui exige une confiance, laquelle ne peut être objectivement décrite, voy. *supra*, cas d'étude 2, section 3, Sous-section 1. Un autre choix de code CPV entrainant l'inapplication de la directive relative aux marché publics et Conclusion du cas d'étude 2.

entraves importantes au droit de négociation collective, ni par ailleurs ne réduise à peu de chose les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination[867].

286. *Les cas d'études 3 et 4 pointent les faiblesses de la quasi-régie* - Ensuite, dans les cas d'étude 3 et 4, nous avons examiné une autre forme de relation entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence, basée sur une approche dérogatoire inspirée du droit des marchés publics. En principe, l'attribution de droit exclusifs par la négociation collective de travail est soumise au respect des obligations de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination. Toutefois, dans certains cas et de façon dérogatoire, ces obligations ne trouvent pas à s'appliquer. Parmi ces situations et en raison de l'analogie entre les obligations de transparence et le droit des marchés publics, il y a l'exception de quasi-régie. Comme en droit des marchés publics, si l'attributaire du droit exclusif est une quasi-régie de celui qui a attribué le droit, l'obligation de mise en concurrence disparait. Cette approche présente toutefois une double faiblesse. La première est que l'analogie avec le droit des marchés publics entraine l'application d'autres concepts provenant du droit dérivé des marchés publics, comme celui d'organisme de droit public. L'application de ce concept, conjuguée avec celui de quasi-régie, invite à penser que les obligations de transparence sont transférées « en cascade » et, que l'attributaire du droit exclusif doit à son tour les respecter[868]. Mais cette affirmation, parce qu'elle étire fortement le raisonnement par lequel des concepts de droit dérivé sont utilisés dans le droit primaire, cause sa fragilité. Par ailleurs, l'exception de quasi-régie impose une approche au cas par cas, ce qui malmène la cohérence et la prévisibilité juridique. A plusieurs reprises et faute d'informations suffisantes, nous avons été incapables d'établir si les organismes étudiés rencontrent ou non les critère d'une quasi-régie.

287. *Dans les cas d'étude 2, 3 et 4, une négociation collective qui, plutôt que d'être « sociale et solidaire », crée l'égalité dans le marché* - La circonspection entourant l'exception de quasi-régie a conduit, dès le cas d'étude 3, à suggérer une voie dérogatoire fondée sur le mandatement « social et solidaire », issu des arrêts *Spezzino* et *CASTA* de la CJUE, que certains auteurs relient à l'article 106, § 2 du TFUE[869]. Toutefois, en plus d'être fortement décriée par la doctrine, cette construction ne semble pas correspondre au rôle de la négociation collective de travail. Effectivement, nous avons avancé, à l'appui du cas d'étude 1 où la négociation collective

[867] Sur la négociation collective de travail, en partie incompatible avec les exigences des obligations de transparence, voy. *supra*, cas d'étude 3, section 3, Sous-section 3. Dans la pratique, une voie conciliatoire qui n'est pas exempte d'obstacles, voire d'inconciliabilités et Conclusion du cas d'étude 3.

[868] Sur l'application « en cascade », voy. les n° 60, 192, 246, 262, 269 et 283.

[869] Sur les avantages, à première vue, du mandatement « social et soldiaire », voy. *supra*, cas d'étude 3, section 2, sous-section 1, § 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif et Conclusion du cas d'étude 3.

de travail favorise l'égalité dans l'exploitation, en ce compris parmi les travailleurs sous statut indépendant, que dans les cas d'étude 2, 3 et 4, la négociation collective de travail insuffle les rapports de production dans les entreprises. En plus de diffuser le postulat d'égalité permettant de conclure des contrats de travail, elle répond au besoin des entreprises, lesquelles réclament « à corps et à cri » l'égalité des conditions de concurrence, c'est-à-dire les mêmes bornes à l'exploitation du travail. Ce constat repose, dans le cas d'étude 2, sur « le respect de la liberté au sein de l'économie, au sein de la profession, au sein de l'entreprise » que poursuit la mise en place des conseils d'entreprise, l'exposé des motifs allant jusqu'à expliquer que « le but que recherchent toutes ces dispositions, c'est de favoriser l'esprit de collaboration qui doit régner entre tous les facteurs de productions ». Cette rhétorique montre que l'implication des représentants des travailleurs, implication renforcée par les services des réviseurs d'entreprises, concourt au fonctionnement des entreprises et, par conséquent, à l'ensemble qu'elles forment, le marché. Dans le cas d'étude 3, la négociation collective a conduit, dans deux secteurs, à l'adoption d'un régime identique de pension complémentaire. Selon les mots de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Albany,* « le jeu de la concurrence est restreint en ce qui concerne les entreprises des employeurs : un facteur de coût important fait l'objet d'une harmonisation dans l'ensemble d'un secteur ». L'harmonisation des relations de travail contribue alors à l'égalité dans l'exploitation de la force de travail. Enfin, les dispositifs de reclassement professionnel du cas d'étude 4 ne correspondent-t-ils pas au rôle de la négociation collective de travail comme technique participant au fonctionnement du marché, à la fois parce qu'ils permettent de nouer des contrat de travail et, aussi, parce qu'ils favorisent l'égalité dans l'exploitation ? En effet, les dispositifs sectoriels d'accompagnement du travailleur licencié favorisent l'employabilité et accroissent « l'attrait des employeurs pour le recrutement des travailleurs », tout en respectant une égalité entre les travailleurs ressortissant au même secteur. De ce point de vue, le mécanisme conduit à ce que les travailleurs licenciés puissent, à nouveau, à la façon dont nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse, « se vendre [eux]-mêmes, et cela morceau par morceau ». A la suite de la partie I de la thèse qui expliquait que la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché, les différents cas d'étude de la partie II le montrent avec précision.

De plus, le cas d'étude 4 relatif au reclassement professionnel a permis de montrer que les pratiques des secteurs sont, de façon générale, conformes aux règles européennes relatives à la non-discrimination, avant même leur énonciation sous une forme plus particulière inspirée du droit des marchés publics. Par conséquent, on s'est posé la question de l'utilité de soumettre la négociation collective à des obligations spécifiques de transparence, puisque sa pratique semble déjà en respecter le principe.

288. *Des dynamiques de restrictions de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché, à ranger sous l'article 106, § 1 du TFUE* - Dans le cas d'étude 4, la reconnaissance du rôle des dispositifs de reclassement professionnel a alors conduit à les ranger sous l'article 106, § 1 du TFUE en tant que mécanismes qui, par

l'attribution des droits exclusifs de façon non-discriminatoire (tant vis-à-vis des travailleurs que des prestataires de reclassement), permettent le fonctionnement du marché. Cette approche juridique, qui prévaut par sa cohérence, permet par ailleurs de résoudre un problème que le mandatement « social et solidaire » laissait sans réponse : le fait que, en pratique, les solutions théoriques auxquelles aboutissent le droit de la commande publique ne sont pas mises en œuvre par les autorités de tutelle dans le domaine de la négociation collective de travail. En effet, la solidité contestée du mandatement « social et solidaire » fondé sur les arrêts *CASTA* et *Spezzino* empêche d'établir avec certitude que la construction juridique crée un régime général échappant au droit des marchés publics. En revanche, l'inscription de l'attribution de droits exclusifs sous l'article 106, § 1 autorise à ne pas douter de la possibilité d'écarter, sur la base du droit primaire, le droit des marchés publics et elle justifie la position de l'autorité de tutelle. Cette dernière est alors amenée à vérifier le respect du prescrit de l'article 18 du TFUE (auquel l'article 106, § 1 renvoie spécifiquement), mais en se détachant des obligations de transparence dégagées par analogie avec le droit de la commande publique.

289. *L'article 106, § 1 du TFUE susceptible de s'appliquer à de nombreuses productions normatives issues de la négociation collective de travail* - Quel est le fondement juridique de cette démarche ? Est-il exagéré de relier la négociation collective de travail à l'article 106, § 1 du TFUE au départ de cas d'étude ne concernant qu'une dynamique très particulière de la négociation collective, celle relative à l'attribution de droits exclusifs ? Pour répondre à cette question – de façon encore fort incomplète – nous avons mis en avant que les droits exclusifs sont traités, à l'article 106, § 1 du TFUE, de la même manière que les droits spéciaux. Les droits spéciaux se distinguent des droits exclusifs par le fait qu'ils sont attribués à plusieurs entreprises à la fois. Dans ce sens, de nombreuses conventions collectives de travail pourraient être assimilées à des restrictions de concurrence introduites par la négociation collective de travail – comme nous l'avons expliqué dans la partie I de la thèse – au bénéfice de plusieurs entreprises (parce que les restrictions permettent de faire fonctionner le marché), et permettant indirectement d'améliorer les conditions d'existence des travailleurs. Pourquoi privilégier la négociation collective plutôt que d'utiliser d'autres techniques, comme les ouvertures à la concurrence ? Selon le théoricien du droit Lon L. Fuller, « Les relations au sein d'une entreprise forment un filet sans couture ; il suffit de le pincer ici pour qu'un schéma complexe d'ajustements traverse toute une structure »[870]. Le juriste qualifie dès lors ces problèmes de « polycentriques » et explique pourquoi les relations de travail appellent certains modes de résolution particuliers comme la négociation collective de travail, plutôt que des mises en

[870] « The relations within a plant form a seamless web; pluck it here, and a complex pattern of adjustments may run though a whole structure », L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wis. L. Rev.*, 1963, pp. 3-46, spéc. p. 38. Traduction libre.

concurrence[871]. Nous abordons cette question dans la partie III de notre thèse, comme celle de savoir s'il existe réellement deux sphères différenciées, une pour le marché et l'autre pour la négociation collective de travail.

290. *La négociation collective de travail fait partie de la politique de la concurrence* - Au terme des quatre cas d'étude, il semble que la négociation collective de travail, en tant que technique « imposant d'identiques ou équivalentes contraintes à tous les entrepreneurs opérant dans l'espace national »[872], « constitue du droit de la concurrence »[873]. A ce titre, la négociation collective de travail fait partie de la *politique de la concurrence* et les autorités en charge de celle-ci ont l'obligation de la promouvoir. A ce stade, et seulement comme indice supplémentaire de la pertinence de relier les enjeux de la négociation collective au droit de la concurrence, il semble utile de lire certaines dispositions du traité liant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à l'Union européenne (et donc contraignant pour tous ses Etats membres). Le chapitre sur la concurrence y est en effet introduit par un « principe et objectif » de développement durable, au sein duquel les parties signataires reconnaissent trois enjeux inter-reliés : le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement[874].

[871] L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *Am. Soc'y Int'l Proc.*, 1960, pp. 1-7, spéc. p. 3. Le concept de polycentrisme n'est pas inconnu en droit de la concurrence : I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series, 2018, n° 4.

[872] A. JEAMMAUD, « La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *op. cit.*, p. 375.

[873] *Ibid.*

[874] Article 1.1,2 du chapitre 1 du titre XI de la partie II (« Level playing field for open and fair competition and sustainable development ») de l'accord sur le commerce et la coopération conclu le 24 décembre 2020 entre l'Union européenne et Euratom, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part.

Partie III. La négociation collective de travail comme technique de droit de la concurrence – une approche de théorie du droit

« *Mon argumentation est particulièrement particulariste. Je ne prétends pas être parvenu à prendre beaucoup de distance par rapport au monde social dans lequel je vis. Il existe une façon de commencer l'entreprise philosophique – et c'est peut-être ainsi qu'elle été conçue à l'origine – qui consiste à s'extirper de la caverne, à quitter la ville, à escalader la montagne, et à façonner pour soi (ce qui ne peut jamais l'être pour le commun des mortels) un point de vue universel et objectif. A partir de là, on décrit le champ de la vie quotidienne, vu de loin, si bien qu'il perd ses contours particuliers et prend une forme générale. Mais j'entends rester dans la caverne, dans la cité, sur la terre ferme.* »

Michael Walzer, *Sphères de Justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997, p. 17

Introduction

291. *Plan de la partie III* - La partie III de notre travail vise à explorer une dernière fois la relation entre la négociation collective et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché, à l'aide des travaux de deux théoriciens du droit. La démarche procède en deux temps : le premier, dans le chapitre 1, est celui de la distinction. La question est de savoir si la négociation collective de travail et les règles nécessaires au fonctionnement du marché forment deux sphères différentes, au sens des travaux du philosophe Michael Walzer. Nous avons choisi cet auteur parce qu'il soutient que l'égalité, que nous avons reliée dans la partie I avec la non-discrimination et les besoins du marché, est une notion complexe. Selon lui, l'égalité complexe exige que les différentes sphères de notre société soient sur un pied d'égalité et n'empiètent pas l'une sur l'autre. En s'appuyant sur les quatre cas d'étude de la partie II, ce premier chapitre tente de comprendre la mesure dans laquelle la négociation collective et le droit de la concurrence forment ou non deux sphères distinctes. Au fil du raisonnement, nous allons en fait plutôt conclure que la négociation collective et les règles nécessaires au fonctionnement du marché forment un seul ensemble, inextricablement lié.

Le second temps est celui des modes de fonctionnement. La négociation collective de travail, plutôt qu'une sphère séparée, est selon nous une technique d'organisation du marché et, qui plus est, particulièrement adaptée aux problèmes du monde du travail ? Les travaux du juriste et théoricien du droit Lon Fuller nous semblent conforter cette thèse. En particulier, la question est de savoir si les techniques d'adjudication dont la CJUE impose le respect par les dynamiques de négociation collective (nous l'avons vu dans les cas d'étude 2, 3 et 4) sont adaptées aux problèmes qui s'y présentent. Autrement dit, est-il pertinent dans le domaine de la négociation collective de travail d'octroyer des droits exclusifs par des procédures inspirées du droit des marchés publics ? Les travaux du théoricien du droit Lon Fuller sont le point de départ du chapitre 2. L'auteur américain cumule plusieurs qualités : il connait très bien les dynamiques de négociation collective (il a été arbitre dans des conflits collectifs de travail), il s'exprime dans un langage clair et simple et, surtout, il développe une pensée *iusnaturaliste* procédurale. Selon lui, certains types de problèmes appellent certains types de modes de résolution – comme un marteau pour planter un clou ou un tournevis pour enfoncer un vis – et cette approche nous semble particulièrement adaptée à notre question. Nous allons en conclure que la négociation collective de travail est la technique la plus appropriée pour résoudre les problèmes qui se posent dans le monde du travail, en raison de la nature polycentrique de ceux-ci.

Chapitre 1. Négociation collective de travail et règles de concurrence : deux sphères séparées ?

292. Plan du chapitre – Dans la partie II de la thèse, et plus spécifiquement au cours du cas d'étude 2, nous avons examiné une jurisprudence de la CJUE, laquelle décèle dans les dynamiques de négociation collective de travail l'exercice d'un droit social fondamental et, par-là, d'un « intérêt concurrent et équivalent » aux objectifs de réalisation des libertés économiques. Cette approche suppose l'existence de deux termes qu'il faut alors « mettre en balance ». Est-il exact de considérer que la négociation collective de travail est un intérêt « concurrent et équivalent » de la réalisation des libertés économiques (et qui, par conséquent, s'en distingue) ? Le présent chapitre utilise les travaux de Michael Walzer, dont la théorie sur l'harmonie entre différentes sphères fait écho aux procédés de la CJUE relativement à la conciliation d'intérêts différents. La section 1 présente des éléments de la pensée de Michael Walzer relatifs à l'égalité tirés de son ouvrage *Sphères de Justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*[875]. Brièvement, on expose alors l'idée du philosophe selon laquelle il existe des sphères différentes dont l'autonomie de l'une par rapport aux autres doit être recherchée. Dès la section 1, l'apport de certains éléments du cas d'étude 1 impose d'approfondir le cadre théorique de M. Walzer, et de déjà laisser de côté l'idée selon laquelle la négociation collective de travail et la réalisation des libertés économiques forment des sphère séparées. La section 2 précise alors la pensée du philosophe : la négociation collective ne forme pas une sphère différente du marché, mais elle est une technique qui renforce son intégrité. Le passage en revue des quatre cas d'étude et, aussi, la référence à la façon dont la négociation collective a permis de contribuer à la réussite d'un projet économique particulier, la construction du terminal T5 à Heathrow, renforce alors ce point de vue. *In fine*, l'étude de la pensée de Walzer permet de conclure que sa théorie des sphères séparées échoue à expliquer la relation entre la négociation collective de travail et le marché. Il s'agit alors d'un argument supplémentaire en faveur d'une prise de distance vis-à-vis des cadre de pensées de la CJUE, lesquelles considèrent que l'ouverture à la concurrence et la négociation collective de travail sont des « intérêts concurrents ». Au contraire, la négociation collective de travail serait une technique (et pas une sphère) qu'il ne faut pas opposer au marché mais qui concourt, avec d'autres techniques du droit de la concurrence, au fonctionnement de celui-ci.

Section 1. L'égalité selon M. Walzer

293. *Plan de la section* – L'exercice de présentation de la pensée du philosophe Michael Walzer commence, dans la section 1, par une courte explication de la notion d'égalité complexe. Selon M. Walzer, l'égalité exige la

[875] M. WALZER, *Sphères de Justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

délimitation de sphères et que l'une n'empiète pas sur l'autre. L'autonomie d'une sphère X n'est pas respectée si des critères issus d'une sphère Y y sont employés. Sans détailler plus la pensée de M. Walzer, nous relevons que, dans le cas d'étude 1 relatif à la négociation collective des travailleurs indépendants, il existe de nombreux indices que la négociation collective et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché partagent des critères identiques et, pour cette raison, appartiennent à la même sphère. Plus précisément, le critère de risque économique que le droit de la concurrence attache à l'activité économique semble être central à la négociation collective de travail. Cette conclusion impose alors de retourner à l'examen théorique des travaux de M. Walzer.

294. *L'égalité requiert plusieurs sphères* - Le philosophe et professeur américain Michael Walzer considère que l'égalité est une relation complexe entre personnes et qu'elle ne doit pas être considérée au regard d'une seule sphère[876]. L'égalité complexe requiert la défense des frontières ; elle fonctionne par différenciation des biens. Selon Walzer, « à partir du moment où nous commençons à distinguer des significations et à délimiter nos sphères distributives, nous sommes sur la voie d'une entreprise égalitaire »[877]. Selon lui, le régime d'égalité complexe est l'opposé de la tyrannie[878]. L'égalité provient de l'existence de plusieurs sphères et apparait lorsque les atouts qu'un individu fait valoir dans une sphère, comme l'argent dans le marché, ne lui permet pas d'intervenir dans une autre sphère. « Tout bien social ou tout ensemble de biens sociaux constitue pour ainsi dire une sphère distributive à l'intérieur de laquelle seuls certains critères et dispositifs sont appropriés. L'argent n'est pas approprié dans la sphère des charges ecclésiastiques ; c'est un intrus venu d'une autre sphère »[879]. C'est donc l'autonomie des sphères, leur relative étanchéité, qui favorise l'égalité.

295. *Une autonomie relative* - Selon Walzer, « ce qui se passe à l'intérieur d'une sphère distributive affecte ce qui se passe dans les autres ; nous pouvons rechercher, tout au plus, un autonomie relative »[880]. « En fait les violations [de l'autonomie] sont systémiques »[881]. L'auteur préconise de délimiter des territoire propres à chaque sphère : « il nous faut mettre l'accent sur la réduction de la prédominance [d'une sphère], et non pas, ou pas eu premier chef, sur la nécessité de briser un monopole ou de le contraindre. Il nous faut réfléchir à ce

[876] M. WALZER, op. cit., p. 43.

[877] M. WALZER, op. cit., p. 56.

[878] M. WALZER, op. cit., p. 45.

[879] M. WALZER, op. cit., p. 32.

[880] M. WALZER, op. cit., p. 32.

[881] M. WALZER, op. cit., p. 33.

que pourraient vouloir dire la restriction du domaine à l'intérieur duquel on peut convertir des biens particuliers, et la défense de l'autonomie des sphères de distribution »[882].

296. *Le cas d'étude 1 montre que le critère du risque est commune au droit de la concurrence et à la négociation collective* - Dans la théorie de Michael Walzer, l'utilisation d'arguments issus de la sphère X dans une sphère Y relève de la tyrannie. La partie II de notre thèse a mis en avant des situations où les dynamiques de négociation collective sont soumises, tantôt au respect de l'article 101 du TFUE (dans le cas d'étude 1), tantôt au prescrit des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des article 18, 49 et 56 du TFUE, par le truchement de l'article 106 du TFUE (dans les cas d'étude 3 et 4) ou par l'extension du champ d'application des ces obligations (dans les cas d'étude 2 et 4). Est-il cohérent de lire cette dynamique juridique comme la prédominance d'une sphère sur l'autre ? D'emblée, et avant d'affiner la pensée du philosophe, il parait utile de confronter la question à certains développements du cas d'étude 1.

Dans le cas d'étude 1, nous avons tenté de lever les obstacles que le droit européen de la concurrence, et en particulier l'article 101 du TFUE, oppose à la conclusion par des travailleurs considérés comme indépendants de conventions collectives portant sur les prix. A cette occasion, nous avons vu que droit de la concurrence, en établissant par la négative celui qui n'est pas une entreprise, désigne lui-même les individus pouvant conclure des tels accords. Les catégories juridiques du droit national ne sont pas opérantes. Faut-il y voir, par application de la théorie de M. Walzer, la prédominance inacceptable d'une sphère sur une autre ?

L'examen de la jurisprudence de la CJUE a révélé l'importance de la théorie du risque économique dans l'identification de celui qui n'est pas une entreprise. En effet, l'agent intégré dans une unité économique et qui ne supporte pas le risque lié à l'activité économique n'est pas une entreprise. À ce sujet, un parallèle a été dressé avec le droit du travail national qui utilise une grille de lecture similaire afin d'identifier un travailleur, par opposition à un indépendant. Le parallèle permet même d'apercevoir des critères identiques utilisés, d'une part, par le théorie de l'agence en droit de la concurrence, d'autre part, par loi programme (I) du 27 décembre 2006, en ce qui concerne la nature des relations de travail[883].

297. *L'identité de critère est un signe de sphères identiques* - La proximité des grilles de lectures visant à définir, d'une part, en droit de la concurrence, celui qui n'est pas soumis à l'interdiction des ententes verticales et, d'autre part, en droit national du travail, celui qui est un travailleur, conduit a supposer l'absence de sphères séparées. Le philosophe américain explique en effet qu'une sphère est caractérisée par des critères propres[884].

---

[882] M. WALZER, op. cit., p. 41.

[883] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 1, section 1.

[884] M. WALZER, op. cit., p. 32.

L'utilisation, tant en droit du travail qu'en droit de la concurrence de critères identiques ne plaide pas en faveur de la reconnaissance de sphères différentes. Le cas d'étude 1 l'a en fait déjà mis en avant : le besoin de régulation du travail existe tant pour les entreprises que pour les travailleurs. De part et d'autre, définir celui qui est un travailleur constitue un besoin, même s'il est justifié d'un côté par la nécessaire égalité dans les conditions d'exploitation et, pour les travailleurs, par le souhait d'améliorer les conditions de travail. A ce stade de l'analyse du cas d'étude 1, la posture intellectuelle conduisant à dire que la négociation collective est indépendante des questions de fonctionnement du marché ne semble pas crédible. Par conséquent, affirmer que la participation des règles de droit de la concurrence à la définition de celui qui peut conclure une convention sur les prix est une forme de tyrannie ne semble pas appropriée. Au contraire, les deux sphères semblent identiques : les travailleurs sont intégrés dans des entreprises, lesquelles agissent dans le marché.

298. *Une appréciation divergente du critère de risque* - Par ailleurs, il semble intéressant de mettre en avant que si les deux branches du droit mobilisent un critère identique – le risque –, les objectifs sont différents. Dans un cas, le droit de la concurrence identifie des personnes qu'il autorise à conclure des accords sur les prix. Dans l'autre cas (en droit belge), la qualité de travailleur est reconnue. Or, comme le rappelle l'avocat général Whal dans ses conclusions préalables à l'arrêt *FNV,* la négociation collective de travail a pour raison d'être d'éliminer la concurrence entre travailleurs relativement à la rémunération et, ce faisant, de supprimer le risque économique dans le chef du travailleur[885]. En d'autres mots, grâce aux mouvements collectifs, les travailleurs sont susceptibles de créer un statut d'emploi qui les protège du risque économique et il faut donc voir, selon cet angle, l'absence de risques économiques supportés comme le résultat d'une négociation collective aboutie. Dans le même sens, on a vu dans l'analyse de Sanoma comment les travailleurs sous statut indépendant ont réussi à se protéger du risque, grâce à la négociation collective, *de la même façon que les travailleurs salariés*. Dans cette perspective, une négociation collective de travail n'est pas une négociation entre deux parties dont une ne supporte pas le risque économique. Il s'agit plutôt d'une négociation qui a pour objet l'affectation du risque économique et à l'issue de laquelle le risque est potentiellement supporté par celui qui bénéficie d'une autonomie dans le marché. Lorsque la négociation collective impute le risque économique sur l'entreprise plutôt que sur le travailleur, intervient-elle contre le marché ou en faveur de celui-ci ? Un retour à la théorie de Walzer, dans la section 2, nous indique que la négociation collective permet de faire fonctionner le marché.

[885] Conclusions de l'avocat général WAHL présentées le 11 septembre 2014 dans l'affaire *FNV Kunsten* (aff. C-413/13), point 76.

Section 2. Walzer et la négociation collective

299. *Plan de la section* - L'analyse des travaux du philosophe nous apprend dans cette section 2 que la promotion de la négociation collective de travail renforce la sphère du marché, et qu'il n'est donc pas pertinent de penser que l'un et l'autre constituent des sphères différente. Un exemple, tiré de la construction du terminal T5 à Heathrow montre alors que l'attribution du risque est un enjeu important tant pour la construction du marché que dans le domaine de la négociation collective de travail. Cet exemple vient confirmer que la négociation collective de travail et le marché ne constituent pas des sphères différenciées. Cette affirmation, qui conclut le chapitre 1, renforce notre conviction selon laquelle la négociation collective de travail est une technique participant au fonctionnement du marché.

300. *Selon Walzer, un marchandage collectif aide à renforcer l'intégrité du marché* - Dans ses travaux, M. Walzer considère que le marché est une sphère. L'auteur explique qu' « on peut concevoir le marché comme une sphère sans limites, une cité où il n'y a pas de répartitions en zones »[886]. Il ajoute qu' « une économie de laisser-faire radical serait comme un Etat totalitaire qui envahirait les autres sphères, dominant l'ensemble des autres processus distributifs. Elle transformerait tout bien social en une marchandise. Tel est l'impérialisme de marché »[887]. Walzer explique alors que « ce qui se passe sur le marché devrait au moins s'approcher d'un échange entre égaux »[888] et que les dynamiques de négociation collective y participent. Selon l'auteur, l' « échange entre égaux » ou l' « un échange libre » « ne signifient pas que toute marchandise se vendra pour un '' prix juste '' ou que chaque travailleur recevra '' sa juste récompense ''. Un justice de ce type est étrangère au marché. Mais tout échange doit être le résultat d'un marchandage, pas d'un ordre ou d'un ultimatum. Si le marché doit fonctionner correctement '' les échanges nés du désespoir '' doivent être exclus, car la nécessité, comme l'écrivit Benjamin Franklin, '' ne fit jamais une bonne affaire '' »[889]. Il ajoute : « Quand l'Etat prend des mesures pour faciliter l'organisation des syndicats, il sert le même objectif. Les travailleurs qui ne s'unissent pas à d'autres risquent d'être acculés à des métiers de dernier recours, par pauvreté, ou par manque d'aptitudes négociables sur le marché, ou par leur inaptitude à faire déménager leurs familles pour accepter l'ultimatum d'un employeur local quelconque. »[890]. Dans ce sens, « Un marchandage collectif [...] aide à renforcer l'intégrité du marché »[891]. Walzer distingue cette dynamique d'une autre, par laquelle on renforce

[886] M. WALZER, op. cit., p. 175.

[887] *Ibid.*

[888] *Ibid.*

[889] M. WALZER, op. cit., p. 177.

[890] *Ibid.*

[891] *Ibid.*

l'intégrité des autres sphères de disribution (« en otant à des chefs d'entreprise puissants, par exemple, les moyens de s'approprier le pouvoir politique ou de lier des fontionnaires à leurs volontés »[892]).

En conclusion, dans la pensée de Walzer, la négociation collective des salaires, par exemple, n'est pas rangée dans une sphère différente de celle du marché. Au contraire, il s'agirait d'une technique, selon les mots du philosophe, qui « aide à renforcer l'intégrité du marché » et qui agit comme redistribution du pouvoir au sein du marché[893]. Le renforcement de l'intégrité du marché par la négociation collective de travail est-il nécessaire au fonctionnement de celui-ci ? Selon ce que nous avons expliqué dans la partie I de la thèse, oui. Le texte de Walzer va dans le même sens quand l'auteur indique qu'en prenant des mesures en faveur pour faciliter l'organisation des syndicats, il sert « cautionne la sphère de l'argent »[894]. Plus pragmatiquement, la contribution de Simon Deakin et d'Aristea Koukiadaki dans leur contribution à l'ouvrage *Reflexive Governance, Redifining the Public Interest in a Pluralistic World* fournit un élément de réponse : l'attribution du risque, notamment par la négociation collective, est une clé de la réussite d'un projet économique. Dit autrement, afin de favoriser un projet économique, il est souhaitable que la négociation collective de travail règle, *ab initio* (ou de manière incessante relativement aux activités économiques qui n'ont pas de point de départ), la question de l'attribution du risque.

Sous-section 1. Excursus illustrant la question de l'insertion du risque par la négociation collective de travail : le T5 d'Heathrow

301. *Heathrow* - Dans leur contribution à l'ouvrage *Reflexive Governance, Redifining the Public Interest in a Pluralistic World,* Simon Deakin et d'Aristea Koukiadaki ont analysé la façon dont un projet économique de grande ampleur, la construction d'un nouveau terminal aéroportuaire à Heathrow a été réalisée. Le projet, qui visait la construction du terminal « T5 » a impliqué plus de 60.000 personnes, dont, à certains moments, 8.000 simultanément[895]. Ce type de projet donne naissance à un nœud contractuel entre de nombreuses entreprises et à un brouillard statutaire, des travailleurs d'entreprises différentes travaillant côte-à-côte[896].

---

[892] *Ibid.*

[893] *Ibid,* p. 179.

[894] *Ibid,* p. 177.

[895] S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, « Reflexive Approaches to Corporate Governance : The Case of Heathrow Terminal 5 », *in* O. DE SCHUTTER, J. LENOBLE (dir.), *Reflexive Governance. Redifining the Public Interest in a Pluralistic World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 99-114.

[896] A propos du brouillard statutaire, Simon Deakin et Aristea Koukiadaki parlent de « *blurring of organisational boundaries* ».

La particularité du projet T5 fut de mettre en place un accord-cadre commun aux 60 fournisseurs, le *T5 Agreement*, lequel formait également la base contractuelle pour les relations entre ceux-ci et leurs sous-traitants. Un aspect fondamental de l'accord-cadre était que le maître de l'ouvrage supporte le risque. Autrement dit, le coût des défaillances occasionnées par la réalisation du projet n'est pas supporté par les sous-traitants ou les travailleurs.

La façon dont le *T5 Agreement* a structuré les relations entre entreprises est l'illustration des avantages de la mise en place *ex ante* d'un cadre de collaboration qui anticipe efficacement les évènements auxquels les parties contractantes seront confrontés. Un point important fut l'accord du maitre d'œuvre principal, BAA, de ne pas faire faire supporter certains risques résiduels sur les fournisseurs, en particulier les atteintes à la réputation. Les coûts consécutifs aux retards furent pris en charge collectivement par les fournisseurs ; BAA de son côté souscrivait une police d'assurance pour couvrir certains éléments clés du projet. La réalisation du travail avant la date butoir entrainait quant à elle des bonus, versés en raison de « performances exceptionnelles ». Il ne s'agit toutefois là que d'un seul aspect du *T5 Agreement*, qui cache le volet le plus important, le volet procédural.

A côté des dispositifs d'encouragement formels mis en place par l'accord, les éléments relationnels et délibératifs de l'accord doivent aussi être pris en compte. Pour garantir que le projet respecte les contraintes qui lui ont été imposées, l'accent a été mis sur une diffusion effective de l'information, sur un encadrement unifié, sur l'utilisation de *benchmarks* et sur l'implication d'équipes de travail intégrées. Des équipes de travail intégrées permettaient aux fournisseurs de travailler efficacement en tant que membre d'équipes coordonnées et concentrées sur la réalisation des objectifs du projet et ce, dans une perspective plus large que les termes habituels de temps, de budget et de qualité. La sécurité, les objectifs environnementaux ont été inscrits dès l'origine, vus par les dirigeants de BAA comme des ingrédients fondamentaux pour la réussite du projet. A ce titre, les performances des principaux fournisseurs ont été examinées deux fois par an, et plus régulièrement lorsque des problèmes sont apparus. Par ailleurs, des lieux de discussion ont été créés tout au long du projet. Les fournisseurs principaux s'y réunissaient avec BAA pour examiner les réalisations et discuter les défis à venir. Ces mécanismes étaient vus par les managers tant chez BAA que chez les fournisseurs comme une aide à la création d'un cadre de compréhension commun permettant d'évaluer les carences et d'ajuster les stratégies.

Le volet des relations collectives de travail a également été au cœur des attentions, dès le départ. BAA n'a engagé aucun des travailleurs impliqués dans la réalisation du projet T5 et n'était pas partie à la négociation d'accords collectifs liés au projet de construction. Toutefois, BAA a mis en place une politique intégrée des relations collectives pour le travail réalisé sur le site T5, et cet aspect a été incorporé dans le *T5 Agreement*. Il était donc contractuellement contraignant pour les parties à l'accord. Les principes pertinents touchaient, entre autres, au recours à l'engagement direct plutôt que le recours à des formes atypiques de travail ou à des

statuts indépendants, avec une utilisation du travail intérimaire restreinte aux surcroits de travail ; à la négociation d'accord locaux qui ne devaient pas être moins favorables que ceux existant au niveau national et au niveau sectoriel ; à la création de structures englobantes pour les barèmes minimaux, pour les bonus liés à la productivité et pour les allocations ; et à la *cascade* des termes et conditions de la relation d'emploi et son imposition à la chaine des sous-contractants, en même temps que les systèmes pour évaluer leur performance. On remarque avec intérêt que le *T5 Agreement* met en œuvre deux conclusions que nous avons tirées lors de l'examen du cas d'étude, dans la partie II de la thèse : le fait de ne pas considérer comme indépendants les travailleurs intégrés dans des équipes de travail et un socle commun de rémunération, quel que soit le statut. La pratique semble illustrer que l'un complète l'autre.

Ces principes ont été inscrits dans deux jeux principaux de conventions collectives réglementant le site : le *Hourly Paid Employees Agreement* qui a cadré l'ingénierie liée au projet et le *Major Project Agreement* (MPA) et le *Supplementary Project Agreement* (SPA), qui ensemble ont déterminé les fournitures électriques et mécaniques (M&E) sur le site T5. La contribution de Simon Deakin et d'Aristea Koukiadaki examine plus en détail le deuxième de ces jeux d'accords, à savoir le MPA et le SPA. Au moment de la conception du projet T5, les parties à l'accord MPA sont, d'une part, différentes associations d'employeurs du secteur des fournitures électriques et mécaniques (M&E), de la plomberie ou des installations de chauffage et de ventilation et, d'autre part, le syndicat représentatif des travailleurs dans le secteur de l'industrie mécanique et électrique, *Unite*. Le MPA était un accord collectif *parapluie* conçu spécifiquement pour s'appliquer aux grands projets de construction. Par la suite, le SPA fut également signé par les principaux contractants du côté des prestataires de services. Il découle de la volonté de BAA d'éviter que de nombreuses conventions collectives s'appliquent au site.

Des dispositions du MPA et du SPA contenaient des engagements afin de créer des équipes de travail intégrées. En plus d'arrangements classiques relatifs à la rémunération, les accords ont mis en place des nouveaux dispositifs délibératifs, le *Forum MPA* pour l'accord MPA et le *T5 Joint Council* dans le cas du SPA. Ces deux lieux de délibération combinaient la négociation sur les salaires et les conditions de travail avec une approche plus globale du dialogue social basé sur l'échange d'information régulier et des consultations relatives à la prise de décision stratégique. Les réunions de consultation ont eu lieu de manière régulière et à plusieurs niveaux, en incluant délégués des organisations syndicales. Le rôle des représentants désignés était similaire à celui des délégués syndicaux traditionnels mais, exceptionnellement, leurs fonctions ont été définies en ayant à l'esprit l'objectif de promouvoir le MPA, et pas exclusivement dans l'idée de protéger l'intérêt de leurs membres. Selon l'article 20 du MPA, leurs responsabilités, qui devaient être menées « en collaboration avec la direction », incluaient « le développement dans le projet (…) d'un environnement de partenariat social » et « la promotion de relations industrielles harmonieuses et l'évitement de recours à des méthodes non

officielles »[897]. La clé de l'insertion harmonieuse du travail dans le marché ou dans tout projet de grande ampleur résiderait-elle dans l'introduction *ab initio* d'une logique de négociation collective ?

Le *MPA Forum* et le *Joint Council* ont travaillé comme lieu de l'incorporation des intérêts des travailleurs dans le processus de prise de décision du projet et, de suivi et d'évaluation du MPA et du SPA, avec une attention portée à leur adaptation aux exigences évolutives du projet T5. Des rapports annuels sur le projet T5 furent préparés par le *Forum MPA*. En définitive, le projet T5 a rencontré un nombre important des objectifs, parmi lesquels une hausse de la productivité, la réduction des coûts, un *delivery* de haute qualité en préservant des conditions de travail et de rémunération supérieures aux exigences de la branche. En résumé, la prise en compte de l'avis de tous les intervenants du projet dans la conduite de celui-ci a conduit à un résultat de meilleure qualité pour l'utilisateur final, réalisé dans de meilleures conditions de travail.

En bref, l'encadrement juridique du projet de construction d'un nouveau terminal « T5 » à Heathrow a montré que la définition collective d'un cadre de travail homogène et le transfert du risque au maitre de l'ouvrage ont permis d'améliorer l'output. Autrement dit, l'attribution du risque par la négociation collective dès la mise en place du projet économique, notamment par la conclusion d'accords collectifs, contribue à la réussite de l'activité économique. Ce constat, qui fait suite à celui du cas d'étude 1 selon lequel la négociation collective de travail et les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché partagent certains critères, renforce l'idée que les deux ensembles ne forment pas des sphères différentes. Au contraire, la négociation collective permettrait de faire fonctionner le marché. C'est ce que les quatre cas d'étude de la partie II ont déjà mis en avant.

Sous-section 2. Appliquer la pensée de Walzer aux cas d'étude

302. *La négociation collective renforce le fonctionnement et l'intégrité du marché* – L'analyse des travaux de Michael Walzer suggère que le renforcement de la négociation collective de travail « sert l'objectif » de la sphère de l'argent. Ce point de vue est-il confirmé par les cas d'étude ? Tout au long des quatre cas d'étude, nous avons fourni des éléments utiles pour réponde à cette question, lorsque nous expliquions comment, en pratique, la négocation colelctive de travail a pour rôle de faire fonctionner le marché. Par exemple, dans le cas d'étude 1, la négociation collective de travail permet l'attribution aux travailleurs indépendants d'une protection contre le licenciement équivalente à celle dont bénéficient les travailleurs salariés. Dans un climat de crise, la négociation collective semble avoir apporté des solutions nécessaires à l'entreprise et à la perpétuation de son activité économique et à l'établissement d'une concurrence entre travailleurs dans

[897] S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, « Reflexive Approaches to Corporate Governance : The Case of Heathrow Terminal 5 », *op. cit.*, pp. 99-114. Les traductions sont nôtres.

l'entreprise[898]. Dans le cas d'étude 2, la nominaiton du réviseur participe, selon l'exposé des motifs de la loi du 20 septembre 1948, au « respect de la liberté au sein de l'économie, au sein de la profession, au sein de l'entreprise » et le même texte explique que « le but que recherchent toutes ces dispostions, c'est de favoriser l'esprit de collaboration qui doit régner entre tous les facteurs de productions »[899]. L'intégrité du marché sort également renforcée dans les cas d'étude 3 et 4, où les dispositifs introduits par la négociation collective de travail permettent d'améliorer l'égalité dans l'exploitation de la force de travail, tantôt par la création de systèmes de pensions uniformisés dans un secteur d'activité, tantôt en imposant aux travailleurs licenciés d'un même secteur un accompagnement visant à retrouver un travail.

En résumé, comme lors de la construction du terminal T5, l'examen des quatre cas d'étude montre que les dispositifs de négociation collective participent aux fonctionnement du marché. Il est donc possible d'affirmer qu'ils participent à respecter l'intégrité de la sphère marché – intégrité qu'il faut alors comprendre comme l'état d'une chose qui demeure intacte et qui se perpétue.

Conclusion du chapitre 1

303. En conclusion, l'analyse des travaux de M. Walzer et l'application de la grille de lecture qui est en tirée aux quatre cas d'étude conduit à affirmer que la négociation collective de travail ne forme pas une sphère séparée du marché. Au contraire, la négociation collective de travail renforce l'intégrité du marché et elle participe donc à la perpétuation intacte de la sphère du marché, au même titre que les règles de concurrence. Cette conclusion repose sur l'identification d'un critère commun, utile tant pour désigner ceux qui peuvent négocier des conventions collectives que pour identifier une entreprise : le risque économique. Par conséquent, délimiter un périmètre attaché à la négociation collective de travail qu'il convient de défendre vis-à-vis des incursions des règles de concurrence n'est pas approprié : tous deux participent au même objectif, à savoir la construction du marché. Le paradoxe de cette analyse tient peut-être dans le fait que la négociation collective de travail, selon un processus que Walzer désigne de « redistribution », crée des restrictions de concurrence. En effet, nous l'avons déjà mis en avant dans la partie I et les conclusions de l'avocat général Wahl rendues préalablement à l'arrêt *FNV* mettent ce point en avant : la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché grâce à « l'élimination [partielle] de la concurrence ». La négociation collective ne doit donc pas être perçue comme un phénomène indépendant du marché, mais, au contraire, comme une dynamique interne à celui-ci qui, en lui imposant des limites internes, participe à son fonctionnement. L'analyse du déroulement d'un projet économique en particulier, la construction du terminal T5 à Heathrow, a mis en

[898] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 1, section 1.

[899] Rapport de la Commission des Affaires Economiques chargée d'examiner le projet de loi portant Organisation de l'Economie, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1947-1948, n° 489, p. 5.

lumière, dans le même sens, que la réussite d'un projet est influencée par la détermination, *ab initio,* de la question du risque, notamment par des instruments collectivement négociés définissant la rémunération du travail. Au présent stade des réflexions, une question demeure : pourquoi cette technique participe, mieux que d'autres, au fonctionnement du marché ? C'est l'objet du chapitre 2 d'y répondre.

Chapitre 2. La négociation collective de travail comme technique, parmi les règles de concurrence, adaptée au monde du travail

304. *Plan du chapitre* - Le chapitre 1 a montré, en s'appuyant sur la pensée de Michael Walzer, que la négociation collective de travail et le marché ne forment pas des sphères séparées. Au contraire, la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché, en renforçant son intégrité. S'agissant d'une technique participant au fonctionnement du marché, est-elle plus ou mois appropriée que d'autres techniques ? Quelles sont les raisons qui indiquent de la privilégier au détriment, par exemple, des mises en concurrence inspirées du droit des marchés publics ? Les travaux du juriste et théoricien du droit Lon Fuller vont nous aider à mettre en avant les raisons qui poussent à promouvoir, afin de faire fonctionner le marché, la négociation collective. La section 1 développe certaines des idées de Lon Fuller et la section 2 les applique aux cas d'étude. Au terme de ce chapitre, il apparait que la négociation collective est une technique participant au fonctionnement du marché particulièrement adapté au monde du travail.

Section 1. Les modes d'ordonnancement appropriés selon Lon Fuller

305. *Plan de la section* – A partir de quatre contributions du juriste et théoricien du droit L. Fuller (*La moralité du droit*[900], « Adjudication and the Rule of Law »[901], « The Forms and Limits of Adjudication »[902] et « Collective Bargaining and the Arbitrator »[903]), la section 1 présente certains éléments de sa pensée. Plus particulièrement, les trois « modes d'ordonnancement » reconnus par Fuller sont présentés dans la sous-section 1. Dans la sous-section 2, nous faisons le lien entre, d'une part, un mode d'ordonnancement, l'adjudication, et, d'autre part,

[900] L.L. FULLER, *La moralité du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2017.

[901] L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *Am. Soc'y Int'l Proc.*, 1960, pp. 1-7.

[902] L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, Dec. 1978, pp. 353-409.

[903] L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wis. L. Rev.*, 1963, pp. 3-46.

les procédures d'adjudication identifiées par la CJUE et auxquelles elle impose les obligations de transparence. La sous-section 3 détaille l'adjudication selon Fuller.

Sous-section 1. Adjudication, contrat et élections selon Fuller

306. *Trois modes d'ordonnancement* - Selon Fuller, l'adjudication, le contrat et les élections sont « les trois façons de prendre des décisions, de régler les différends, de définir les relations entre les hommes »[904]. Il s'agit de trois « modes d'ordonnancement » même si, souvent, ils se présentent sous des formes mixtes. « Parfois, par exemple, [l'adjudication] frise la médiation orientée vers le compromis. Sous cette forme, elle tend à se confondre avec le concept de contrat. D'autres fois, lorsque les membres d'un tribunal sont sélectionnés de manière à les rendre représentatifs des différents intérêts concernés par les décisions du tribunal, l'adjudication frise le gouvernement représentatif »[905].

Le métissage entre différents modes d'ordonnancement n'empêche pas que chacun possède ses exigences intrinsèques. Par exemple, Fuller affirme, malgré la grande variété des formes d'adjudication, que leur distinction caractéristique « réside dans la manière dont la partie concernée participe à la décision prise. La caractéristique fondamentale de l'adjudication réside dans la forme particulière de participation qu'elle accorde à la partie concernée. Cette participation consiste en la possibilité, institutionnellement protégée, de présenter des preuves et des arguments en faveur d'une décision en sa faveur »[906]. Dans la même idée, le juriste et théoricien du droit explique que les circonstances dans lesquelles un mode d'ordonnancement est utilisé ne suffisent pas pour le caractériser. Par exemple, Fuller explique on est parfois tenté d'utiliser l'adjudication pour des réalisations qui ne se prêtent pas à ce type d'exercice[907]. Le théoricien du droit explique par exemple que « le directeur d'entreprise doit, pour agir intelligemment, prendre en compte toute circonstance pertinente pour sa décision et il doit lui-même prendre l'initiative en cherchant à savoir quelles

---

[904] « The three ways of reaching decisions, of settling disputes, of defining men's relations to one another », L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 1. Toutes les traductions sont de l'auteur.

[905] « Sometimes, for example, it verges on mediation directed toward compromise. In this form it tends to merge with the concept on contract. At other times, when the members of a tribunal are selected in such a way to make them representative of the various interest affected by the tribunal's decisions, adjudication verges on representative government ». *Ibid*, p. 1.

[906] « Lies in the manner in which the affected party participates in the decision reached. The fundamental characteristic of adjudication lies in the particular form of participation it accords to the affected party. That participation consists in the institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision in his favor ». L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 2.

[907] L.L. FULLER, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 55.

circonstances sont pertinentes. Il doit pouvoir revenir sur ses décisions si les conditions changent. Le juge, par contre, agit sur la base de faits qui sont réputés pertinents selon des principes de décision connus. Sa décision ne consiste pas uniquement à affecter des ressources et des énergies ; elle déclare également des droits qui pour avoir du sens, doivent pouvoir, dans une certaine mesure, résister à des changements de circonstances. Par conséquent, lorsqu'on essaie d'exécuter des tâches de gestion économique par l'adjudication, on est confronté à une sérieuse incompatibilité entre la procédure adoptée et le problème à résoudre »[908].

307. *Trois formes de participation* - A la manière dont le tableau le présente, Fuller attache, à chaque mode d'ordonnancement, un type de participation. Il offre une vue d'ensemble et, au fur à mesure de l'analyse, nous allons préciser deux modes d'ordonnancement en particulier : l'adjudication et le contrat.

Mode d'ordonnancement	*Forme de participation de la partie concernée*
Contrat	Négociation
Elections	Vote
Adjudication	Présentation de preuves et d'arguments motivés[909]

308. *Des exigences intrinsèques liées à chaque mode d'ordonnancement* - Selon Fuller, une caractéristique des trois modes d'ordonnancement, malgré des variations consécutives à leurs formes variées, est que chacune présente des exigences intrinsèques, lesquelles doivent être rencontrées pour fonctionner correctement. Il y a des conditions optimales, qui permettent de conduire une forme particulière à sa meilleure expression et, d'autre part, des conditions essentielles, sans lesquelles la forme d'ordonnancement perd son utilité et sa signification[910]. Par exemple, Fuller observe que le régime contractuel présuppose l'absence d'une certaine forme de coercition[911]. Du côté de l'adjudication, sa distinction caractéristique réside, nous le relevions plus haut, dans le fait qu'elle confère à la partie concernée une forme simple de participation à la décision, celle de présenter des preuves et des arguments raisonnés en vue d'une décision en sa faveur. Elle n'est toutefois

[908] L.L. FULLER, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 178.

[909] L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 363.

[910] *Ibid.*

[911] *Ibid*, p. 364 ; R.S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, Victoria, Edward Arnold, 1984, p. 87.

pas nécessairement liée à la présence d'un juge[912]. Tout renforcement de la participation et de la prise en compte des preuves et des arguments présentés élève le niveau de réalisation de l'adjudication[913]. Dans le cas du contrat, Fuller indique qu'au contraire, « lorsque je passe un contrat avec une autre personne, je peux lui présenter des preuves et des arguments, mais il n'y a généralement pas d'assurance formelle que cette possibilité me sera donnée ou qu'il écoutera mes arguments si je les présente »[914]. La voie contractuelle ne garantit donc pas que la partie concernée puisse faire entendre ses arguments.

Sous-section 2. L'adjudication, selon Fuller et dans la jurisprudence de la CJUE

309. *L'adjudication, une forme d'ordonnancement qu'il est possible de relier aux obligations de transparence* - L'article publié en 1978 dans la *Harvard Law Review* et intitulé *The Forms and Limits of Adjudication* détaille l'adjudication[915]. Fuller y explique à nouveau qu'un « managerial job [is] unsuited to adjudicative determination », rappelant les figures du directeur et du juge[916]. Nous nous permettons l'incise en anglais pour mettre en lumière le terme adjudication, traduit par « voie juridictionnelle » par notre collègue Jérémie Van Meerbeeck dans l'ouvrage précité. Notre préférence va au terme adjudication, que nous avons déjà utilisé plus haut. En effet, il semble que les contours donnés par Fuller à cette notion dépassent de très loin le périmètre du système juridictionnel. On a relevé que la présence d'un juge n'est pas nécessaire, selon Fuller, dans un processus d'adjudication. Dans un commentaire de la pensée de Fuller, Jérémie Van Meerbeeck a fait écho à la difficulté de traduction. Il explique que le théoricien nord-américain « retient une conception large du terme ''adjudication'' (que nous traduisons par le terme de ''procédure juridictionnelle''), comme visant aussi bien le rôle du juge que celui d'un père arbitrant une dispute entre ses enfants »[917]. En effet, selon Fuller, l'adjudication est une forme d'ordonnancement social, une manière par laquelle les relations entre les individus sont gouvernées et réglementées[918]. Parcourir sa pensée, exposée dans l'article de la *Harvard Law Review* et

---

L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 365.

913 *Ibid*, p. 364.

914 « When I am entering a contract with another person I may present proofs and arguments to him, but there is generally no formal assurance that I will be given this opportunity or that he will listen to my arguments if I make them ». L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 366.

915 *Ibid*, pp. 353-409.

916 L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 355.

917 J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, jusnaturaliste procédural », *R.I.E.J*, 2018, p. 80.

918 « Adjudication should be view as a form of social ordering, as a way in which the relations of men to another are governed and regulated ». L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 357.

également dans deux autres publiés antérieurement[919], nous laisse penser qu'il est opportun de conserver le terme « adjudication ». Ce choix repose sur deux raisons.

D'abord, le maintien de l'expression « adjudication » est une manière de rappeler la signification large que l'auteur lui confère, dépassant le domaine judiciaire. Ensuite, si le vocable « adjudication » est désormais inconnu de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, ce n'était pas le cas dans les réglementations antérieures. Effectivement, tant les directives 2004/18 du 31 mars 2004 que 93/36 du 14 juin 1993 utilisent le concept, sans toutefois le définir. Par ailleurs, certains arrêts de la CJUE que nous avons étudiés dans la partie I de la thèse et par lesquels la Cour impose progressivement les obligations de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination aux dynamiques de négociation collective de travail mobilisent la notion. Par exemple, dans le dispositif de l'arrêt *Teleaustria,* la Cour explique que l' « obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marchés des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »[920]. Plus tard, on lit dans l'arrêt *Parking Brixen* que « les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »[921]. Par conséquent, la disparition de la notion dans le droit des marchés publics en vigueur et l'absence de définition dans les réglementation caduques n'empêchent pas que le concept continue à exister au travers de la jurisprudence de la Cour (notamment dans le droit de la concurrence grâce à l'article 106 du TFUE) – toutefois sans plus d'explications quant à sa portée. En l'absence de définition de la notion ou de réflexion sur sa portée, il nous semble que les travaux du juriste Fuller comblent un manque. C'est la raison pour laquelle nous privilégions l'emploi, pour exposer la pensée du philosophe, du vocable « adjudication » : il nous permet de faire le lien avec les obligations de transparence imposées par la CJUE. Dans ce sens, dans la suite du présent chapitre, nous allons assimiler l' « adjudication » telle que Fuller la présente à la procédure à laquelle la CJUE impose le respect des obligations de transparence. La pensée

[919] L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *op. cit.*, pp. 1-7 ; L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, pp. 3-46.

[920] C.J.U.E., 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

[921] C.J.U.E, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, point 49.

de Fuller va alors aider à comprendre les conséquences de l'imposition des obligations découlant des principes d'égalité et de non-discrimination à la négociation collective de travail.

Sous-section 3. L'adjudication, selon Fuller, implique le recours à des principes généraux

310. *Contrat v. adjudication* – La distinction entre le contrat et l'adjudication, dans la pensée de Fuller, va nous être utile pour penser le champ des relations collectives de travail. L'auteur explique à ce sujet, qu'en concluant un contrat, les individus sont bien sûr guidés, dans une certaine mesure, par des considérations rationnelles. Mais, ajoute-t-il, il n'existe pas de test de rationalité qui puisse être appliqué au résultat de la négociation, en faisant abstraction de l'intérêt des parties. Fuller explique : « Si nous demandions à l'une des parties à un contrat : "Pouvez-vous défendre ce contrat ?", il pourrait répondre : "Pourquoi ? Oui, c'était bon pour moi et c'était bon pour lui." Si nous disions ensuite : "Mais ce n'est pas ce que nous voulions dire. Nous voulions dire : "Pouvez-vous le défendre sur des bases générales ?". Il pourrait bien répondre qu'il ne sait pas de quoi nous parlions »[922] . Fuller explique par là que, contrairement à une adjudication, un contrat se justifie difficilement sur la base de principe généraux. Un élément d'analyse, qui sera utile au regard des cas d'étude, apparait alors : contrairement à l'adjudication, le contrat ne trouve pas sa légitimité par le recours à des principes généraux, alors que le propre de l'adjudication est de décider au moyen de principes généraux sur des questions soulevées par des allégations de droit et des accusations de culpabilité[923].

311. *L'exemple de la négociation salariale* - Le juriste et théoricien du droit illustre la différence entre une adjudication et un contrat en prenant un exemple issu du monde des relations de travail. Il explique que, dans le contexte d'une négociation salariale : « Si [un employé] demande à son patron une augmentation, il peut, bien sûr, réclamer "un droit" à cette augmentation. Hay peut faire valoir l'équité du principe d'égalité de traitement et attirer l'attention sur le fait que Joe, qui n'est pas meilleur que lui, a récemment obtenu une augmentation. Mais il n'a pas à fonder son plaidoyer sur un motif de ce genre. Hay peut simplement demander de la générosité, en insistant sur les besoins de sa famille. Il peut aussi proposer un échange, en offrant d'assumer des tâches supplémentaires s'il obtient l'augmentation. Toutefois, s'il porte son cas devant un arbitre, il ne peut pas, du moins explicitement, soutenir son cas par un appel à la charité ou en proposant un échange. Il devra soutenir sa demande par un principe quelconque, et une demande soutenue par un principe

[922] « If we asked one party to the contract, "Can you defend that contract?" he might answer, "Why, yes. It was good for me and it was good for him." If we then said, "But that is not what we meant. We meant, can you defend it on general grounds?" he might well reply that he did not know what we were talking about ». L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 367.

[923] *Ibid*, p. 368.

est la même chose qu'une revendication de droit. Ainsi, lorsqu'il demande une augmentation à son patron, il peut ou non faire une revendication de droit ; lorsqu'il présente sa demande à un arbitre, il doit faire une revendication de droit »[924]. L'affirmation d'un droit serait donc propre au registre de l'adjudication. Maintenant que nous avons présenté certains éléments relatifs à la pensée de Fuller, puisque le théoricien du droit nous amène lui-même dans le domaine de la négociation collective de travail, laissons-nous guider vers l'analyse des cas d'étude. L'examen *in concreto* sera l'occasion de préciser la pensée du philosophe.

Section 2. Appliquer la pensée de Fuller aux cas d'étude

312. *Plan de la section* – Au départ des éléments théoriques de la pensée de Fuller exposés dans la section 1, la section 2 passe en revue chacun des cas d'étude de la partie I de la thèse.

Sous-section 1. La négociation collective des indépendants

313. *Le « contrat » est le mode d'ordonnancement dans Sanoma* - La pensée de Fuller s'applique étonnamment bien au cas d'étude 1, celui relatif à la négociation collective des travailleurs indépendants. En effet, dans l'entreprise Sanoma, la négociation collective a attribué des avantages financiers aux travailleurs sous statut indépendant correspondant à des éléments de rémunération dont bénéficient les travailleurs salariés. Il s'agit d'une négociation salariale au sens large, incluant les travailleurs sous statut indépendant. En fait, le cas d'étude 1 détaille une situation proche de l'exemple que Fuller utilise, en prenant l'exemple de la négociation des salaires, pour expliquer les registres différents de l'adjudication et du contrat. Cette convergence montre, si c'est nécessaire, que la négociation collective, qui présente les traits du contrat selon la pensée de Fuller, est adapté à la définition des salaires. L'adéquation entres les spécificités de la situation et le mode d'ordonnancement utilisé n'est cependant pas une règle générale dans le domaine de la négociation salariale.

314. *Les conditions essentielles du contrat ne sont pas respectées dans le cas de Deliveroo* - Dans l'ouvrage collectif que nous avons co-dirigé, un autre cas est soumis à l'étude. Il concerne les livreurs de Deliveroo. Dans cette hypothèse, quel résultat apporte la grille de lecture de Fuller ? Parmi les trois modes d'ordonnancement de Fuller, ce n'est ni l'adjudication ni l'élection qui, dans le cas de travailleurs considérés comme indépendants,

[924] « If [an employee] asks his boss for a raise, he may, of course, claim "a right" to the raise. Hay may argue the fairness of the principle of equal treatment and call attention to the fact that joe, who is no better than he, recently got a raise. But he does not have to rest his lea on any ground of this sort. Hay may merely beg for generosity, urging the needs of his family. Or he may propose an exchange, offering to take on extra duties if he gets the raise. If, however he takes his case to an arbitrator he cannot, explicitly at least, support his case by an appeal to charity or by proposing a bargain. He will have to support his demand by a principle of some kind, and a demand supported by a principle is the same thing as a claim of right. So when he asks his boss for a raise, he may or may not take a claim of right; when he presents his demand to an arbitrator he *must* make a claim of right ». L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 369.

déterminent le niveau de salaire. Est-ce par contrat que les travailleurs sous statut indépendant définissent leur encadrement contractuel ? L'article co-signé par Florence Delchevalerie et Martin Willems montre que les travailleurs considérés comme indépendants de la plateforme de livraison de repas ont été bien en peine d'expliquer le niveau de la somme d'argent versée en contrepartie de leurs prestations (en bref : leur rémunération) et ses méthodes de calcul[925]. Plus encore, au-delà de l'opacité des modes calcul, les changements unilatéraux qui y sont apportés frappent. A tel point que le mode de rémunération qui, un jour, est décrit n'est certainement plus d'application, le même jour[926]. L'impossibilité de comprendre et de prévoir la rémunération d'un livreur, même dans le chef de celui-ci, illustre une situation contractuelle étrange. Les critères d'un ordonnancement contractuel, au sens où Fuller l'entend, sont-ils rencontrés ? Rappelons que l'absence de forme de coercition est une condition essentielle à l'existence de la forme contractuelle. Puisque les travailleurs de la plateforme de livraison ignorent la méthode de calcul de leur salaire, il est peu probable qu'ils aient pu mener une négociation salariale. Par conséquent, les conditions minimales requises par le contrat semblent absentes d'un tel mode ordonnancement de telle sorte que, éventuellement, dans les termes du juriste américain , il « cesse de fonctionner de manière significative »[927]. S'agit-il plutôt d'une forme mixte tendant vers l'adjudication ? Le juriste a en effet expliqué qu'il n'est pas rare de rencontrer des modes d'ordonnancement métissés. Or, Deliveroo semble définir les prix de façon unilatérale. Avant de répondre à la question, un détour par la pensée de Fuller permet de savoir si, indépendamment de la caractérisation des pratiques de Deliveroo, l'adjudication est un mode d'ordonnancement adapté à la négociation salariale.

Aparté de précision de la pensée de Fuller. Les problèmes polycentriques, en ce compris la définition des salaires, ne peuvent être résolus par adjudication

315. *La définition des salaires ne peut être déférée, en partie, à l'adjudication* - L'examen des modalités de définition du niveau de rémunération des travailleurs considérés comme indépendants a conduit, dans la sous-section 1, a affirmer que les conditions intrinsèques du contrat, dans le sens entendu par Fuller, ne sont pas rencontrées. Une question peut se poser : un autre mode d'ordonnancement est-il plus approprié ? A défaut de contrat, le problème aurait-il pu être résolu par adjudication ? Dans un article intitulé « Collective Bargaining and the Arbitrator » et publié dans la *Wisconsin Law Review*, Fuller développe longuement la question de la

[925] F. DELCHEVALERIE, M. WILLEMS, « Le cas d'une plateforme de livraison : Deliveroo »**,** *in* D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, *op. cit.*, pp. 170-222.

[926] « Les livreurs Deliveroo de Besançon en colère contre la nouvelle politique tarifaire de la plateforme », France Bleu, 31 juillet 2019 où on lit : « Nous n'avons aucun moyen de protestation, notre salaire baisse et nous ne pouvons rien faire ».

[927] « the form of order ceases to function in any significant at all ». L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 363.

détermination du salaire. il montre une situation où, dans un cas où « le syndicat et la direction conviennent que la structure salariale interne de l'usine est déséquilibrée - certains emplois sont trop peu payés par rapport à d'autres, d'autres trop »[928], la forme contractuelle laisse le pas à l'adjudication. Dans ce cas de figure, « une sorte de fonds salarial (par exemple, égal à une augmentation générale de cinq cents par heure) est mis en place. Sur ce fonds seront attribuées, en montants variables, des augmentations pour les différents emplois afin d'obtenir un meilleur équilibre »[929]. Fuller ajoute que dans cette situation, « précisément parce qu'elle est polycentrique, il est extrêmement improbable que les parties puissent s'entendre sur la plupart des emplois, ne laissant à l'arbitrage que quelques-uns sur lesquels un accord s'est avéré impossible. Étant donné que dans la répartition, chaque emploi est comparé à un autre, tout accord provisoire conclu pour des emplois particuliers devra être annulé si les parties ne parviennent pas à un accord sur la réorganisation de la structure salariale dans son ensemble »[930] . Fuller en conclut que si une partie du problème est laissée à un arbitre, celui-ci devra recommencer l'ouvrage *ab initio*.

316. *Les tableaux de la veuve Timken* - La raison pour laquelle la négociation collective des salaires semble complexe à déférer à une adjudication, du moins en partie, provient, selon Fuller, de son caractère polycentrique. Cette notion, empruntée à Michael Polanyi, est récurrente dans le travail de Fuller[931]. Elle permet d'expliquer pourquoi certains problèmes sont, par nature, plus adaptés à certains modes de résolution que d'autres. Fuller revient dans nombre de ses travaux sur l'exemple de la veuve Timken[932] : « Il y a quelques mois, une riche dame du nom de Timken est morte à New York en laissant une collection de peintures de valeur, mais quelque peu diverse, au Metropolitan Museum et à la National Gallery "à parts égales", son

[928] « Union and management agree that the internal wage structure of the plant is out of balance – some jobs are paid too little in comparison with others, some too much ». L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, p. 34.

[929] « A kind of wage fund (say, equal to a general increase of five cents an hour) is set up. Out of this fund are to be allotted, in varying amounts, increases for the various jobs that will bring them into better balance ». *Ibid,* p. 34.

[930] « precisely because the task is polycentric, it is extremely unlikely that the parties will be able to agree on most of the jobs, leaving for arbitration only a few on which agreement proved impossible. Since in the allotment every job is pitted against every other, any tentative agreement reached as to particular jobs will have to lapse if the parties fail in the end to reach an agreement on the reorganization of the wage structure as a whole ». L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, p. 34.

[931] L'idée est répétée dans au moins les trois contributions suivantes : L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.* ; L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *op. cit.* ; L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*

[932] L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, p. 30-34.

testament n'indiquant aucune répartition particulière »[933]. Le juge fut bien en peine d'exécuter le testament, tant la répartition des tableaux reposait sur un équilibre subtil et que l'attribution de n'importe quelle pièce modifiait radicalement l'équilibre. Fuller poursuit le récit : « L'avocat d'un des musées a pris la parole et a déclaré : "Nous sommes de bons amis. Nous nous arrangerons d'une manière ou d'une autre". En quoi ce problème de division égale des tableaux est-il une tâche polycentrique ? Il réside dans le fait que la disposition d'un tableau a des implications sur la disposition correcte de tous les autres tableaux. Si elle obtient le Renoir, la Galerie sera peut-être moins désireuse de Cézanne, mais elle le sera d'autant plus de Soufflet, etc. »[934]. Les problèmes polycentriques apparaissent comme une toile d'araignée. Tirer sur n'importe quel fil modifie la tension à toutes les intersections. Selon Fuller, vis-à-vis de ce genre de problème, l'adjudication peut au mieux être un mode insatisfaisant de décision. Au contraire, la voie contractuelle, en respectant ses exigences, est une voie privilégiée.

La dynamique de négociation collective au sein de l'entreprise de presse Sanoma montre probablement un problème polycentrique abordé par le bon bout, la contractualisation collective. En témoigne le nombre important de contraintes saisi par la négociation collective, comme l'environnement économique, l'évolution technologique ou les besoins des travailleurs. L'étude a mis en avant l'inclusion croissante des travailleurs sous statut indépendant dans les logiques de négociation collective (par la création d'organes *ad hoc* par exemple) et l'apparition d'un régime des travailleurs indépendants défini par « protocoles d'accord ». L'équilibre qui en ressort est complexe, au point d'avoir été renégocié à de nombreuses reprises au fil des ans.

317. *Conclusion de la sous-section* - En synthèse, l'aparté relatif à la pensée de Fuller a permis de faire apparaître une notion : certains problèmes sont de nature polycentriques. Cela signifie que leur complexité touche à une multiplicité de facteurs. Selon Fuller, la définition des salaires est un problème polycentrique : touchez au salaire d'un travailleur et la question de la rémunération du voisin de bureau se posera, comme celle de l'équilibre général des finances de l'entreprise. Or, Fuller explique que pour résoudre ce type de problème, il faut, du fait de leur nature, privilégier certains modes d'ordonnancement. L'adjudication est un mode de décision mal adapté à ce genre de situation, contrairement au contrat. Une raison provient de ce que l'adjudication « déclare également des droits qui pour avoir du sens, doivent pouvoir, dans une certaine

[933] « Some monthes ago a wealthy lady by the name of Timken died in New York leaving a valuable, but somewhat miscellaneous, collection of paintings to the Metropolitan Museum and the National Gallery "in equal shares", her will indicating no particular apportionment ». L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 3.

[934] The attorney for one of the museums spoke up and said, "We are good friends. We will work it out somehow or other". What makes this problem of effecting an equal division of the paintings a polycentric task? It lies in the fact that the disposition of any single painting has implications for the proper disposition of every other painting. If it gets the Renoir, the Gallery may be less eager for the Cezanne, but all the more eager for the Bellows, *et cetera*. *Ibid*, p. 3.

mesure, résister à des changements de circonstances[935] », alors que les problèmes polycentriques nécessitent des adaptations constantes. Le contrat doit toutefois rencontrer certaines conditions, parmi lesquelles l'absence de coercition. Le cas de Deliveroo illustre une situation où l'entreprise laisse, par l'intermédiaire de la technologie, le donneur d'ordre imposer la rémunération. Les critères essentiels de la voie contractuelle ne sont alors pas rencontrés. En excluant la négociation collective, laquelle permet une forme de marchandage, la résolution du problème est laissée à un système opaque mêlant libre marché et technologie, auquel ne correspond aucun ordonnancement théorisé par Fuller. Au contraire, lorsque l'on permet à la négociation collective de saisir de l'enjeu des salaires, et des éléments qui y sont liés comme l'environnement économique et technologique (ce que reflète le cas de Sanoma), la nature polycentrique de la situation semble appréhendée par un processus adapté à la nature du problème. Que se passe-t-il quand le mode d'ordonnancement approprié n'est pas utilisé ? Comme M. Walzer l'explique dans notre chapitre 1, il est probable que l'intégrité du marché soit menacée.

Sous-section 2. La nomination du réviseur d'entreprise

318. *Le choix du réviseur ne procède pas de l'élection* - Le cas d'étude relatif à la nomination du réviseur d'entreprise est propice au passage en revue des trois modes d'ordonnancement. D'abord, on pourrait dans un élan de confusion considérer que le mode en présence relève des élections. Le Code des sociétés et des associations prévoit en effet qu'il est pourvu à la désignation du réviseur par le conseil d'entreprise, un organe représentatif dont les membres travailleurs sont élus. De plus, il précise que la décision s'obtient « à la majorité des voix émises par ses membres et à la majorité des voix émises par les membres nommés par les travailleurs ». Ce serait confondre fins et moyens. Le conseil d'entreprise n'est en effet pas érigé afin de choisir le réviseur, mais pour un nombre important d'autres missions, listées par la loi du 20 septembre 1948. Lors de la réalisation de ces missions, il est évident que le caractère représentatif du conseil d'entreprise est un élément justifiant son action. Mais la représentativité n'est pas tout et les membres travailleurs du conseil d'entreprise sont mieux à même de mener leur mission, relative à la conduite de l'entreprise, s'ils comprennent les enjeux qui entourent celle-ci. Dès lors, le réviseur vient en soutien à leur action pour les informer, les outiller dans réalisation de leur rôle représentatif. Selon les termes du Code des sociétés et des associations, cet adjuvant à la dynamique de la négociation collective est choisi par les membres travailleurs du conseil d'entreprise, avec le concours de l'employeur. Nous avons d'ailleurs vu lors de la présentation du cas pratique que la double majorité stipulée par le Code ne reçoit pas d'écho dans la réalité. La délégation de l'employeur y est souvent plus réduite que celle des travailleurs, impliquant qu'un vote des travailleurs emporte une majorité dans son

[935] L.L. FULLER, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 55.

ensemble. L'idée est plutôt que les représentants des travailleurs choisissent le réviseur, sur proposition de l'employeur.

319. *Le problème, par sa nature, ne peut être résolu par adjudication* - S'il ne s'agit pas d'un mécanisme électif, sommes-nous dans le registre de l'adjudication ? C'est en tous cas la direction dans laquelle le droit européen des marchés publics conduit. L'exigence du respect des dispositions de la directives 2014/24 implique en effet de dresser un cahier des charges, à savoir un document de référence comprenant les critères de sélection, et à inviter tous les candidats à présenter leur preuves et arguments raisonnés en faveur de leur sélection. Dans l'esprit de Fuller, la directive 2014/24 pousse à un niveau élevé la participation qu'implique une adjudication. En effet, elle requiert que tous les critères soient communiqués à l'avance, que les candidats soient traités de manière égale, qu'une décision soit prise au regard des exigences présentées dans le cahier des charges et qu'une voie de recours soit possible. On voit, le droit européen, et c'est louable, a tenté d'élever la forme de l'adjudication à une forme épanouie de réalisation. Si, d'aventures, comme nous l'avons suggéré, il est plus correct d'écarter l'application de ce texte, les obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination imposent des obligations du même registre. C'est malheureusement oublier que l'adjudication ne convient pas à tous les processus de décision. Particulièrement, on a beaucoup insisté au moment de la présentation du cas pratique sur la nécessaire confiance qui doit exister (se tisser, forcément) entre les représentants des travailleurs et le réviseur d'entreprise. Nul besoin de recourir à la théorie politique pour comprendre qu'une clause du cahier des charges stipulant qu'un réviseur sera retenu s'il peut faire la preuve (par des arguments raisonnés !) de la confiance des travailleurs ne tient pas la route. Loufoquerie qui, si elle est mise en œuvre, correspond à anéantir le processus d'adjudication : la confiance étant du domaine du subjectif, tout le reste du processus de sélection y serait suspendu.

320. *La sélection du réviseur fait apparaitre une forme mixte, mais rattachée avant tout au contrat* - Le renvoi au domaine du subjectif signifie-t-il que le processus décisionnel est irrationnel ? Fuller nous explique que ce n'est pas le cas ; la voie contractuelle n'est pas dénuée de rationalité. Non, il ne sera pas possible de justifier tous les éléments du choix par référence à des principes généraux. Mais oui, la rationalité interviendra dans le processus de sélection. Au moment d'entamer une nouvelle relation avec un réviseur, le fait qu'il soit familier avec le secteur d'activité, qu'il accompagne déjà des représentants des travailleurs dans d'autres entreprises ou qu'il se montre ouvert à consacrer du temps à sa mission sont des éléments rationnels qui peuvent conduire à attribuer *un début de c*onfiance. Le choix des représentants des travailleurs se portera alors peut-être, au terme d'une discussion, sur tel réviseur, lui-même s'étant présenté candidat. Un tel mode d'ordonnancement présente une forme composite : avant tout, des caractéristiques contractuelles mais aussi une double majorité pour préserver l'autorité de l'employeur et, enfin, un avis de marché pour stimuler la profession de réviseurs.

Les utiles fioritures procédant à la protection d'intérêts accessoires ne doivent pas cacher le cœur du mode de décision : il relève de la voie contractuelle. Il ne faudrait pas que l'accessoire l'emporte sur le principal.

Sous-section 3. La sélection d'organismes d'assurance

321. *La négociation sectorielle révèle une toile complexe d'enjeux et de facteurs* - Si Fuller vivait encore, il serait judicieux de lui souffler à l'oreille un exemple supplémentaire, en plus des tableaux de la veuve Timken ou de la redéfinition des salaires d'une entreprise, pour illustrer la nature polycentrique de certains problèmes. En effet, la sélection d'un organisme d'assurance par des interlocuteurs sociaux au cours d'une négociation ayant lieu au niveau de la branche d'activité apparait comme un exemple pertinent de polycentrisme. Une dynamique de négociation sectorielle est multitâche ; les négociateurs ont à régler une foule de problèmes, allant de la définition des salaires (comme dans l'exemple de Fuller) à la politique de la formation (dans l'étude de cas 4), en passant par la conciliation de la vie privée et de la vie professionnelle, en ce compris, c'est le sujet du cas d'étude 3, la définition des revenus de remplacement lorsque le travailleur, trop âgé, cesse d'être actif. Dès lors, lorsque les interlocuteurs sociaux sectoriels désignent un opérateur de pension, c'est dans le cadre d'une discussion qui a de nombreuses ramifications. Pour conforter cette idée, il est utile de mentionner que, dans le cas d'étude 3, la sélection de l'opérateur d'assurance elle-même n'est pas une pure opération de gestion : le choix d'un opérateur public a suscité l'ire de la fédération des assureurs (en attestent les nombreuses coupures de presse et la réaction virulente d'Assuralia, regroupant les assureurs privés)[936]. La pluralité des acteurs impliqués, les enjeux multiples que nous avons déjà, en partie, listés et l'influence de facteur externes (comme l'influence de la crise des subprimes sur le choix du prestataire du régime de pension dans le secteur de la chimie[937]) permet d'affirmer que les dynamiques de négociation sectorielles présentent les caractéristiques d'un problème polycentrique.

Par conséquent, la nature polycentrique de la négociation collective sectorielle, en ce compris le choix du prestataire de pension, suggère de ne pas résoudre ce type de problème par l'adjudication.

En effet, lorsque la Cour de justice impose une procédure du type de l'adjudication à la sélection du prestataire du plan pension, elle impose une technique qui semble incompatible avec la prise en compte de tous les enjeux liés à la décision. C'est ce que montre l'arrêt *Allianz Vorsorgekasse AG*, où il est reproché aux acteurs

[936] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 1.

[937] Nous avons ainsi mis en avant qu'à la suite de la crise financière de 2008, les représentants des travailleurs ont délaissé un acteur qui était lié à l'effondrement du marché immobilier américain pour se tourner vers un autre, à l'époque, mutualiste. Ce choix était sans doute conduit par un élément rationnel de sélection du prestataire le plus crédible, lequel ne semblait pas privilégier son propre intérêt au détriment de celui de ses clients. Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 1.

de la négociation collective de travail de ne pas avoir suivi une procédure conforme au droit des marchés publics et où, par opposition, l'application de ces règles aurait empêché d'utiliser des critères en liens avec le type d'opérateur économique[938]. En conclusion, pas plus que, comme dans l'exemple de Fuller, il n'est approprié d'établir la plupart des salaires des travailleurs d'une entreprise par la négociation en laissant la définition de certains à l'adjudication, il ne parait approprié de soumettre certains éléments de la négociation sectorielle, comme le choix d'un prestataire de pension, au respect des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, tandis que le reste des enjeux demeure dans le domaine de la négociation collective.

Sous-section 4. La création d'organismes de formation

322. *Le succès d'une association humaine dépend d'une collaboration spontanée et informelle* - La création et la gestion d'organismes de formation par le dialogue social permet, dans le domaine du reclassement professionnel, d'accompagner le travailleur licencié. L'examen du cas d'étude 4 a montré plusieurs mécanismes qui, financés par les cotisations de sécurité sociale, allouent des ressources à des organismes de formation sectoriels. Une relation s'étalant sur plusieurs années se créent alors entre les organismes de formation sectoriels et des prestataires de service. L'ensemble des acteurs tente alors, en prenant en compte les besoins des travailleurs, de fournir le service d'accompagnement des travailleurs le plus adapté. Or Fuller nous enseigne que l'allocation des ressources est un problème par nature adapté au contrat. En effet, nous avons déjà expliqué que, selon le théoricien : « Le directeur d'entreprise doit, pour agir intelligemment, prendre en compte toute circonstance pertinente pour sa décision » [939]. Celui qui résout un problème d'allocation des ressources doit alors pouvoir prendre l'initiative de changer sa décision lorsque les conditions changent. L'allocation d'une partie de la masse salariale à la formation des travailleurs procède de la même idée. Bien que le droit européen accole l'étiquette de droits exclusifs au procédé par lequel une convention collective de travail rendue obligatoire attribue une mission à un fond de sécurité d'existence, il s'agit plus prosaïquement d'un mécanisme d'allocation de ressources. Les représentants sectoriels de employeurs et des travailleurs mènent conjointement des projets managériaux, lesquels ont pour objectif de mettre en place des dispositifs de formation. Dans ce cadre, un processus d'adjudication est-il approprié ? Fuller explique encore : « Une commission d'adjudication pourrait bien entreprendre de répartir un millier de charbon entre trois demandeurs ; elle pourrait difficilement mener la plus simple des entreprises charbonnières par les formes d'adjudication. Là où le succès d'une association humaine dépend d'une collaboration spontanée et

[938] C.J.U.E., 4 avril 2019, *Allianz Vorsorgekasse AG*, aff. C-699/17. Voy. *supra,* partie II, cas d'étude 3, section 3, sous-section 1.

[939] L.L. FULLER, *La moralité du droit*, *op. cit.*, p. 55.

informelle, qui change de forme en fonction de la tâche à accomplir, l'arbitrage n'a pas sa place, sauf s'il peut déclarer certaines règles de base applicables à une grande variété d'activités »[940].

323. *La négociation collective permet de mieux faire face aux circonstances changeantes que l'adjudication* - Le fait que la mise en place de mécanismes de reclassement soit un problème d'allocation des ressources justifie, à la suite de Fuller, de privilégier la figure du contrat. Il faudrait donc, dans le cas présent, écarter l'adjudication et, par là, les obligations de transparence imposées par la Cour de justice. Procéder par la voie contractuelle permet de mieux adapter le service aux circonstances changeantes, dans le cadre d'une « collaboration spontanée et informelle ». Or, la conjoncture est toujours changeante dans le monde du travail : par exemple, environ deux mille travailleurs sont suivis simultanément par le CEFORA mais il est attendu que la crise sanitaire fasse plus que doubler ce chiffre. La prise en compte de cette variable impose de modifier progressivement l'offre de service, en concertation avec les secteurs concernés. L'inverse, procéder par adjudication rigidifie le processus et rend beaucoup plus difficile de « revenir sur [une] décision si les conditions changent ». Ce constat, au départ des travaux de Fuller, montre l'avantage de la voie contractuelle, quand il s'agit de mettre en place des systèmes de formation. Par effet de miroir, il met aussi en lumière la faiblesse des systèmes de formation professionnelle qui sont organisés et pilotés par l'autorité publique, laquelle ne peut se distancier du droit des marchés publics.

324. En conclusion, l'analyse du cas d'étude 4 par le prisme de la pensée de Fuller s'inscrit dans la continuité du cas précédent, relatif à la sélection d'un organisme d'assurance, mais avec une nuance. Tous deux se déroulent au niveau sectoriel ; nous aboutissons à une conclusion similaire selon laquelle l'adjudication n'est pas adaptée. Cependant, les raisons qui nous y conduisent divergent : le choix d'un assureur ne devrait pas être réalisé par appel d'offre parce qu'il fait partie d'un problème polycentrique plus vaste. L'attribution de missions à un fond de formation, puis la mise en place de processus d'accompagnement par ce fonds en partenariat avec des prestataires de service est un processus managérial d'affectation des ressources et, pour cette raison, il est inadapté l'adjudication. Au-delà de la nuance, on voit apparaitre une tendance, les problèmes de travail sont peu enclins aux adjudications.

[940] « An adjudicative board might well undertake to allocate one thousand of coal among three claimants; it could hardly conduct even the simplest coal-mining enterprise by the forms of adjudication. Wherever successful human association depends upon spontaneous and informal collaboration, shifting its forms with the task at hand, there adjudication is out of place except as it may declare certain ground rules applicable to a wide variety of activities »

L.L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", *op. cit.*, p. 371.

Conclusion du chapitre 2

325. De façon conclusive, l'analyse des quatre cas d'étude a montré que l'adjudication, une méthode pensée au départ de la figure du juge et du type de participation lié à un procès n'est pas adaptée aux cas présentés dans la partie II de la thèse. Au contraire, la voie contractuelle – à laquelle on rattache instinctivement la négociation collective – semble une technique plus appropriée. La raison, selon Fuller, tient dans le caractère polycentrique des problèmes qui apparaissent dans le monde du travail, une caractéristique qui rend l'adjudication inappropriée. De façon plus précise, le cas d'étude 1 traite de formation des salaires et c'est un exemple choisi par Fuller quand il montre pourquoi certaines questions, polycentriques, doivent être résolues par la voie contractuelle. Nous avons aussi expliqué que le cas d'étude 2, en raison de la confiance que doivent éprouver les travailleurs envers le réviseur d'entreprise, n'est pas adapté, par sa nature, à l'adjudication. Le cas d'étude 3 concerne la sélection d'un organisme de pension dans une dynamique de négociation collective sectorielle, un problème qui présente les traits types d'un problème polycentrique, en raisons des nombreux facteurs à prendre en considération et de l'équilibre global que reflète la décision. Pour cette raison, il n'est pas approprié de déférer une partie de la négociation collective à un processus d'adjudication. Dans le cas d'étude 4, nous avons montré que des dynamiques d'accompagnement des travailleurs licenciées doivent pouvoir être adaptées si les circonstances changent et que, selon Fuller, cette caractéristique les rend inadaptées à l'adjudication. Toutefois, Fuller reconnait que certains mécanismes prennent une forme mixte, mêlant les trois modes d'ordonnancement que sont le contrat, l'adjudication et l'élection. A notre tour, nous avons reconnu que certains mécanismes que nous avons étudiés sont des modes d'ordonnancement composites. Spécialement, la désignation du réviseur d'entreprise est d'abord un contrat *intuitu personae,* par lequel les représentants des travailleurs donnent leur confiance à celui-ci. Mais la procédure de vote prévue par le Code des sociétés et des associations qui permet de légitimer le choix du réviseur dans le chef des deux grandes parties de l'entreprise, employeur et travailleur, fait aussi écho à l'élection selon Fuller. Enfin, le respect de certaines balises provenant du droit des marchés publics garantit que les tiers intéressés pourront présenter leurs arguments, à la façon d'une adjudication. De façon générale, le métissage entre différents modes d'ordonnacement ne doit occulter l'essentiel : selon Fuller, les problèmes polycentriques impliquent de privilégier un mode parmi d'autres, le contrat. Dans cette optique, est-il cohérent de dire que la négociation collective de travail est un mode d'ordonnancement basé sur le contrat, selon Fuller, et que ce porcédé est particulièrement adapté au monde du travail, sans avoir égard à la nature polycentrique de chaque problème ? Fuller explique qu' « une convention collective peut être considérée comme une série de réponses à une série de problèmes. Les réponses ne peuvent être comprises sans comprendre les problèmes. Si un décideur (qu'il soit juge ou arbitre) tente de lire les réponses de la convention sans comprendre les problèmes auxquels ces

réponses sont adressées, tout le processus d'autonomie industrielle est bouleversé et déséquilibré »[941]. Cette explication aide à comprendre s'il est utile, à la façon de l'arrêt *Allianz Vorsorgekasse AG* de la CJUE, qu'un juge se penche sur le résultat d'une négociation collective. La négociation collective serait un procédé apportant des réponses à une multitude de problèmes, alors que, selon Fuller, le juge ne répond jamais qu'à une seule question.

Conclusion de la partie III

326. L'apport de la partie III de la thèse peut être résumé brièvement. Le chapitre 1 a voulu démontrer que la négociation collective de travail et le marché ne forment pas des sphères distinctes. Au contraire, selon la théorie du philosophe M. Walzer, la négociation collective de travail renforce l'intégrité du marché. Ce constat renforce notre scepticisme vis-à-vis des méthodes de la CJUE : la négociation collective de travail ne forme pas un « intérêt » différent de la réalisation des libertés fondamentales et il ne suffit donc pas de « mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts ». Exprimé conformément à la formulation que nous utilisons depuis la partie I de la thèse, il parait plus adéquat de dire que la négociation collective de travail est une technique juridique qui, au même titre que d'autres règles du droit de la concurrence, est nécessaire au fonctionnement du marché.

327. Le chapitre 2 de la partie III met en cause, une fois de plus, la pertinence d'imposer le respect des obligations de transparence déduites des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 18, 49 et 56 du TFUE à la négociation collective de travail. En effet, selon Fuller, les problèmes qui se posent dans le domaine des relations de travail ont une nature polycentrique. Pour cette raison et selon l'auteur américain, la négociation collective est la technique la appropriée. En effet, contrairement à l'adjudication, elle permet de prendre en compte tous les enjeux que recèlent un problème. Au contraire, l'adjudication n'est pas une technique appropriée parce que « le juge ne répond jamais qu'à une seule question ». Par conséquent, déférer une partie d'un problème polycentrique à un processus d'adjudication, comme le fait la CJUE dans la jurisprudence *UNIS et Beaudout* que nous avons examinée dans la partie I de la thèse, n'est pas davantage adéquat ; ce procédé empêche la négociation collective de travail d'établir un équilibre global. En conclusion

[941] « A collective bargaining agreement may be viewed as a series of answers to a series of problems. The answers cannot be understood without understanding the problems. If an adjudicator (whether he be judge or arbitrator) attempts to read answers out of the agreement without understanding the problems to which those answers are addressed, all the process of industrial self-government are upset and thrown out of balance ». L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, pp. 43-44.

de la partie II de la thèse, nous annoncions déjà avec Fuller que, dans une entreprise, les problèmes qui se posent sont de nature « polycentrique »[942]. Le chapitre 2 de la partie III a permis de préciser que les voies contractuelles sont les plus adaptées à leur traitement[943]. Pourquoi, alors, s'entêter à valoriser des procédures d'adjudication ? Il existe peut-être une confusion dans le chef de la Cour de justice quant aux techniques à privilégier. Dans cet ordre d'idée, nous rejoignons Fuller lorsqu'il « souhaite nous demander instamment d'analyser soigneusement la nature des cas où les formes de l'adjudication sont manifestement inadéquates »[944].

328. Au terme de la partie III de la thèse, la négociation collective de travail n'est pas une sphère distincte du marché mais une technique participant au fonctionnement de celui-ci, en renforçant son intégrité. La négociation collective de travail – plus que d'autres techniques comme par exemple les adjudications – est susceptible d'apporter des réponses appropriées et globales aux problèmes « polycentriques » du monde du travail. Ces constats suggèrent de ne pas considérer la négociation collective comme un intérêt différent de celui de la construction du marché comme dans l'arrêt de la CJUE *Commission c. Allemagne* que nous avons commenté dans la partie I de la thèse. De surcroît, la conclusion indique de ne pas déférer une partie d'une négociation collective de travail à des techniques d'adjudication, comme le fait le CJUE dans les arrêts *UNIS et Beaudout* et *Allianz Vorsorgekasse AG.* Lorsqu'elle agit de la sorte, la Cour de justice montre peut-être que les procédés adjudicationnels qui guident ses décisions l'empêchent de comprendre que ce type de procédé n'est pas adapté à la résolution de problèmes issus du monde du travail. En d'autres mots et selon la métaphore de Fuller que nous avons utilisée au début de la partie III, le juge, contraint de toujours utiliser un marteau, semble concevoir difficilement que, dans d'autres cas, le tournevis est un outil plus approprié.

[942] L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.*, p. 38.

[943] L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *op. cit.*, p. 5.

[944] « Want to urge that we analyze carefully the nature of the cases where ordinary forms of adjudication are demonstrably inadequate ». L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *op. cit.,* p. 38.

Conclusions générales

329. *La négociation collective de travail organise les échanges de biens et de services* - En 1991, Antoine Lyon-Caen prévoyait qu' « entre le droit social et le droit de la concurrence, une rencontre est annoncée, grosse de controverses et de surprises. Son issue est aussi incertaine que les formes mêmes qu'elle revêt sont complexes »[945]. De la même façon que le professeur français, notre ambition a été de « repérer quelques formes de la confrontation, les décrire, mettre en lumière les arguments qui sont échangés »[946]. En introduction de notre thèse, Lucien François nous expliquait que, selon lui, la loi du 24 mai 1921 garantissant entre autres la liberté syndicale consacre un « recul de la liberté du travail »[947]. De l'exposé des motifs de cette loi, nous avons plutôt retenu qu'elle est une technique concourant à la mise en place d'une « concurrence loyale »[948]. En théorie, la négociation collective de travail, et la liberté d'association sur laquelle elle est construite, apparaissent alors moins comme un dispositif « social » que comme une technique prolongeant, sans jamais y déroger, la liberté contractuelle. Le même Lucien François n'explique-t-il pas qu' « il apparaît que des organisations syndicales assument pleinement le rôle de rouages de l'Etat et, de plus, coopèrent activement dans cette fonction avec ce que l'on appelle le capital. Il y a là un fait d'intégration poussé à notre système politique et économique, qui montre que la volonté, parfois exprimée, de rester au dehors de ce système, n'est plus fondamentale »[949] ? Plutôt que d'essayer – toujours en reprenant les mots du professeur Lyon-Caen[950] – dans une logique de « confrontation », de « résister à l'élan » du droit de la concurrence, en ayant « conscience » que la « borne » imposée au droit de la concurrence « pourrait ne pas être assez solide », la thèse a suggéré aux dynamiques de relations collectives de travail de se laisser traverser, emporter et, peut-être, porter, par les règles de concurrence. Dans ce sens, l'ensemble de notre thèse met au jour comment, en pratique, la négociation collective de travail est une technique qui participe au fonctionnement du marché, au même titre que d'autres règles de droit de la concurrence ; et elle suggère le type de normativité qui, en droit européen, rend compte de ce mouvement du réel. Plus que jamais, les dynamiques de relations collectives de travail ne peuvent pas être étudiées « de façon autarcique »[951].

---

[945] A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *op. cit.*, p. 331.

[946] *Ibid.*

[947] Voy. *supra*, introduction.

[948] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2.

[949] L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, *op. cit.*, p. 307.

[950] A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *op. cit.*, p. 331.

[951] *Ibid*, p. 343.

330. *La négociation collective de travail crée de l'égalité dans le marché par l'introduction de restrictions de concurrence* - La partie I de la thèse a d'abord expliqué, au départ d'une littérature juridique de référence en droit du travail, que la négociation collective de travail participe à diffuser le postulat d'égalité nécessaire à la conclusion des contrats de travail[952]. De plus, elle crée l'égalité dans le marché que les entreprises réclament à cors et à cris. Le paradoxe, celui-ci conduisant peut-être à se méprendre sur les fonctions de la négociation collective, est que l'égalité dans le marché provient de restrictions de concurrence : c'est en uniformisant les conditions d'exploitation qu'une égalité dans le marché est créée[953]. Les restrictions de concurrence, introduites avec le concours des représentants des travailleurs, peuvent alors aussi être comprises comme des protections au bénéfice de ces derniers. Il n'est d'ailleurs pas aisé de distinguer, lorsqu'une restriction de concurrence créatrice d'égalité dans le marché est introduite, si elle ne produit pas aussi des effets au-delà de ce qui est requis pour faire fonctionner le marché. L'amélioration importante des conditions de travail depuis l'émergence de la question ouvrière pourrait le laisser penser[954]. Le fait que la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché a été confirmé en pratique dans la partie II. Le cas d'étude 1 a par exemple montré que, lorsque des travailleurs sous statut indépendant sont intégrés dans une entreprise où ils côtoient des travailleurs salariés, la négociation collective de travail est susceptible de mettre les deux catégories de travailleurs sur un pied d'égalité et d'éviter de contingenter les deux publics ; grâce à la négociation collective, une concurrence viable entre travailleurs s'installe alors[955]. Dans les cas d'étude 3 et 4, et suivant les mots de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Albany,* « le jeu de la concurrence est restreint en ce qui concerne les entreprises des employeurs : un facteur de coût important fait l'objet d'une harmonisation dans l'ensemble d'un secteur », respectivement concernant les régimes de pension et la promotion de l'employabilité. La même fonction créatrice d'égalité dans l'exploitation ressort-elle également du cas d'étude 2 ? On y a analysé les dispositions pourvoyant, dans le cadre des conseils d'entreprise, à la désignation du réviseur d'entreprises. Or, dès la partie I de la thèse, l'examen des travaux législatifs d'après-guerre exprime combien le conseil d'entreprise s'inscrit dans un paysage institutionnel participant au fonctionnement de l'économie. Par conséquent, la désignation du réviseur d'entreprises concourt à la mise en scène, au travers de la négociation collective, du droit du travail et participe à la diffusion du postulat d'égalité nécessaire à la conclusion des contrats de travail. Les travaux du philosophe M. Walzer, dans la partie III, ont confirmé ce point du vue. Plutôt que d'attribuer une sphère propre à la négociation collective de travail, l'auteur explique que celle-ci renforce l'intégrité du marché.

---

[952] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 1.

[953] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 1.

[954] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2.

[955] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 1, section 1.

331. *La jurisprudence de la Cour de justice a tendance à nier, à tort, la fonction créatrice d'égalité de la négociation collective de travail* - La partie I de la thèse a cependant montré que la lecture juridique donnée par la Cour de justice de l'Union à la négociation collective est autre. Nous avions déjà expliqué en introduction de la thèse qu'elle y voit l'exercice d'un « droit social fondamental » et un « intérêt » différent de la réalisation des libertés économiques, et encourage une « mise en balance » des deux termes[956]. Surtout, elle ne reconnait pas le rôle créateur d'égalité dans le marché de la négociation collective et, à la suite d'une jurisprudence qui trouve son origine dans le droit de la commande publique, lui impose de respecter des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination, déduits des articles 18, 49 et 56 du TFUE. C'est l'hypothèse de l'arrêt UNIS et Beaudout, où la Cour de justice requiert le respect d'un processus de sélection inspiré du droit des marchés publics lorsque les représentants des employeurs et des travailleurs d'un secteur introduisent un régime unique de pension complémentaire[957]. Un examen approfondi du droit européen a alors montré que la juridiction européenne exige le respect des obligations de transparence dès qu'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE est attribué[958]. La forte intrication entre l'action des autorités et la négociation collective de travail et, par ailleurs, le fait que l'égalité dans le marché repose sur des restrictions de concurrence, rendent alors ces exigences applicables aux dynamiques de négociation collective de travail[959].

En pratique, l'approche jurisprudentielle de la CJUE crée des difficultés et les cas d'étude ont permis de les révéler. La première difficulté concerne l'identification des situations dans lesquelles les obligations de transparence trouvent à s'appliquer. En effet, on a vu dans la partie I que les obligations de transparence ne s'appliquent pas si, en premier lieu, celui qui attribue le droit exclusif dispose, à l'égard du prestataire de service, d'un contrôle analogue à celui qu'il aurait sur ses propres services[960]. C'est l'exception de quasi-régie, reposant sur une analogie entre le droit des marchés publics et le droit primaire de l'Union. Vis-à-vis de situations où nous avons identifié un conflit entre les dynamiques de négociation collective de travail et le droit de la concurrence (avec parfois aussi des éléments de droit du marché intérieur)[961], il a donc fallu vérifier si une cause dérogatoire identifiée dans la partie I conduit à exempter la négociation collective de travail du respect

[956] Voy. *supra*, partie I, remarques préliminaires.

[957] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1.

[958] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 1.

[959] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 2.

[960] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3.

[961] Voy. *supra*, partie II, section 1 des cas d'étude 2, 3 et 4.

des obligations de transparence[962]. L'application de l'exception issue des marchés publics a toutefois montré une double faiblesse, tant par le fait qu'elle nécessite une analyse trop au cas par cas (réduisant la cohérence et la prévisibilité juridique), qu'en raison de la fragilité causée par l'utilisation de concept de droit dérivé des marchés publics lors de l'application d'obligations ancrées dans le droit primaire[963]. Par ailleurs, il semble que, dans certains cas et, selon certains auteurs par application de l'article 106, § 2 du TFUE, l'attribution d'un droit exclusif pour des raisons « sociales » et qui favorise la « solidarité » n'est pas soumis aux règles du marché intérieur[964]. Or, dans les cas d'étude 3 et 4, les critères d'un droit exclusif au sens de l'article 106 du TFUE sont rencontrés. Cependant et comme nous l'avons déjà relevé, les dispositifs examinés tout au long de la partie II ne sont pas particulièrement « sociaux » ou « solidaires » ; ils concourent avant tout au fonctionnement des entreprises et du marché – cette approche invite à prendre distance avec une certaine idée de la négociation collective, une idée qui la conduit à être un objet sans essence, une vapeur sans forme qui se dissout dans les airs[965].

La seconde difficulté provient de l'exercice conciliatoire. Lorsqu'il ne fut pas possible d'établir avec certitude qu'une cause dérogatoire entrainait des procédure de sélection exemptes des obligations de transparence, et que, par conséquent, l'application des obligations de transparence était confirmée, nous avons réalisé l'exercice de conciliation suggéré par la Cour de justice. Préalablement, l'étude de cette technique a révélé que le cadre théorique sur lequel elle repose comporte des faiblesses[966]. Surtout, tant dans le cas d'étude 2 que dans le cas d'étude 3, la méthode de résolution reposant sur la conciliation mène à des impasses : il semble impossible de concilier les deux termes de l'équation sans attenter de façon déraisonnable à l'un ou à l'autre[967]. La partie III de la thèse a permis de confirmer, en prenant appui sur les travaux du philosophe du droit M. Walzer, que la négociation collective de travail ne constitue pas une « sphère » séparée de la « sphère » du marché[968]. Au contraire, la négociation collective de travail renforce l'intégrité de ce dernier. Cette affirmation a rendu encore un peu plus inappropriée la démarche consistant à considérer que la

[962] Voy. *supra*, partie II, section 2 des cas d'étude 2, 3.

[963] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 2 et cas d'étude 4, section 2. Comme le raisonnement conduisant au transfert du respect des obligations de transparence au titulaire du droit exclusif.

[964] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 2, § 3.

[965] Voy. *supra*, partie II, sections 3 des cas d'étude 1, 2, 3 et 4.

[966] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 3. « une approche théorique chaotique ».

[967] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 2, section 3 et cas d'étude 3, section 3.

[968] Voy. *supra*, partie III, chapitre 1, section 1.

négociation collective de travail, d'une part, et la réalisation des libertés économiques, d'autre part, forment des intérêts différents qu'il faut concilier.

Face aux difficultés apparaissant lorsque l'on cherche soit à déroger, dans l'exercice de la négociation collective de travail, au droit de la concurrence, soit à concilier le droit de la concurrence et la négociation collective de travail, ne faut-il pas penser autrement la relation entre les deux termes ? Notre travail, dont la partie II de la thèse est la pièce maitresse, et en prenant appui sur les considérations théoriques des parties I et III, fut alors de suggérer le type de normativité plus adapté, en droit européen, au rôle de la négociation collective de travail.

332. *Dans le cas d'étude 1, l'article 101 du TFUE éclaire l'entrelacement entre le droit de la concurrence et la négociation collective de travail* - Le cas d'étude 1 aborde la question de la conclusion d'accords sur les prix par des travailleurs qui, parce qu'ils ne sont pas qualifiés de travailleurs salariés en droit national, sont susceptibles d'être interdits sur la base de l'article 101 du TFUE. L'analyse précise de la notion d'entreprise en droit de la concurrence, qui détermine l'application de l'article 101 du TFUE, a permis de distinguer ceux qui, intégrés dans une unité économique, peuvent conclure des accords sur les prix, au contraire de ceux qui bénéficient d'une autonomie dans le marché, soumis alors à l'interdiction des ententes de l'article 101 du TFUE[969]. Dans la foulée, nous avons aussi remarqué que ces accords semblent l'instrument le plus adéquat pour rencontrer, dans un contexte de fragmentation des statuts de travailleurs, le besoin de « concurrence viable » entre les entreprises. Historiquement, le contrôle des prix n'est d'ailleurs pas absent du domaine du droit de la concurrence[970]. Au terme du cas d'étude 1, juger de la conformité de l'action syndicale et des accords collectifs requiert d'examiner tant le droit collectif du travail que le droit de la concurrence, de façon entrelacée. Par ailleurs, la promotion de la concurrence viable semble nécessiter le recours à la négociation collective de travail.

333. *Dans les cas d'étude 2, 3 et 4, le recours à l'article 106, § 1 du TFUE offre une base juridique solide pour encadrer la façon dont la négociation collective de travail introduit des restrictions de concurrence* - De la partie I et du constat que, en pratique, la négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché, nous avons tiré deux conclusions. La première conclusion réside dans la pertinence de la lecture croisée des dynamiques de négociation collective et des règles des concurrence (l'article 106 du TFUE quand il est question de droits exclusifs, l'article 101 comme dans le cas d'étude 1, où la Cour identifie une entente sur les prix). L'autre conclusion souligne la centralité de la notion de droits exclusifs, qui a son siège à l'article 106 du TFUE. La négociation collective n'est-elle pas une technique permettant d'introduire, avec

[969] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 1, section 2.

[970] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 1, section 3.

l'intervention des autorités, des restrictions de concurrence ? Puisque la négociation collective participe au fonctionnement du marché, n'est-il pas plus pertinent de considérer celle-ci, non pas sous l'empire de règles « sociales » ou « solidaires » dérogeant au fonctionnement du marché tel l'article 106, § 2 du TFUE mais, plutôt, en s'inscrivant parmi elles et concourant à la réalisation du leur objectif, à la façon de l'article 106, § 1 du même texte ? Cette disposition, mieux qu'aucune autre dans le traité sur le fonctionnement de l'UE selon nous, exprime de façon adéquate la manière dont une technique permettant le fonctionnement du marché introduit, en vue de réaliser l'égalité dans le marché, des restrictions de concurrence. De plus, les cas d'étude 3 et 4 ont montré que les procédés d'attribution de droits exclusifs par la négociation collective respectent le principe de non-discrimination, auquel renvoie l'article 106, § 1 du TFUE. Sans voir dans cette disposition la clé du régime de la négociation collective en droit européen, il nous semble qu'elle permet d'éviter les nombreux écueils rencontrés dans la partie II de la thèse : d'abord, en l'absence d'analogie avec le droit des marchés publics, on évite une approche au cas par cas consistant à se demander si l'attributaire du droit exclusif est contrôlé par celui qui procède à l'attribution et aboutissant à des régimes juridiques éclatés et à des réponses hésitantes. Ensuite, le raisonnement périlleux conduisant à se demander si l'attributaire du droit exclusif ne devient pas lui-même sujet des obligations de transparence est sans fondement[971]. De plus, la reconnaissance du fait que les droits exclusifs introduits par la négociation collective correspondent au prescrit de l'article 106, § 1 du TFUE met un terme à l'exercice de conciliation, une machine qui, à quelques occasions, tourne à vide[972].

Par ailleurs, le recours à l'article 106, § 1 du TFUE résout une difficulté apparue au terme du cas d'étude 4 : indépendamment des obligations de transparence découlant des principes d'égalité et de non-discrimination, le droit des marchés publics s'applique à certaines dynamiques de formation professionnelle issues d'accords de la négociation collective, même si, en Belgique, l'autorité qui a le pouvoir de tutelle ne fait pas appliquer ces règles. Or, la question de l'application du droit des marchés publics aux dynamiques de négociation collective serait écartée si ces dynamiques bénéficient de leur régime propre, écrit en majeure dans le droit de la concurrence[973]. *A contrario* et comme expliqué dans la partie I de la thèse, une approche dérogatoire à l'application du droit de la concurrence et fondée sur l'article 106, § 2 du TFUE entraine des procédures de marché public[974].

334. *Une négociation collective créatrice d'égalité dans l'exploitation, subordonnée au respect du principe de non-discrimination* - Dans cette perspective, l'autorité de tutelle de la négociation collective (le S.P.F. Emploi, travail

[971] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 2 et cas d'étude 4, section 2.

[972] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 3, section 2.

[973] Voy. *supra*, partie II, cas d'étude 4, section 3.

[974] Voy. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 3.

et concertation sociale en Belgique) aurait pour mission de vérifier que celle-ci crée effectivement de l'égalité dans le marché. Le recours à des méthodes non-discriminatoires, parce que l'article 18 du TFUE l'exige, à la façon dont l'arrêt *Albany* de la Cour de justice l'imposait, et tel que décliné par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union[975], serait alors une balise centrale, en parfaite cohérence avec l'idée de construction du marché. Par contre, l'autorité de tutelle écarterait l'application de règles issues d'autres branches du droit, comme les obligations de transparence inspirées de la commande publique, qui, si elles visent aussi à réaliser les libertés économiques, ne sont pas adaptées au domaine de la négociation collective de travail. De façon prospective, il est d'ailleurs peut-être cohérent de considérer que toute restriction de concurrence introduite par la négociation collective, indépendamment de l'attribution d'un droit exclusif à un prestataire de service, est un droit spécial au bénéfice des entreprises, puisqu'elle leur permettent de bénéficier de l'égalité dans l'exploitation. Dans cette optique, l'article 106, § 1 du TFUE offrirait un cadre régulatoire à beaucoup plus d'hypothèses que celles des cas d'étude 2, 3 et 4 de la partie II de notre thèse.

Au terme de la partie II, nous avons donc affirmé que la négociation collective de travail est une technique permettant le fonctionnement du marché, au même titre que d'autres règles de droit de la concurrence. Cette approche, qui réfute l'idée selon laquelle il s'agit d'un « intérêt » qu'il est nécessaire de « concilier » avec les libertés économiques et qui, au contraire, impose la négociation collective de travail comme technique *de* droit de la concurrence, trouve un appui théorique dans la partie III de la thèse.

335. *Une méthode spécialement adaptée aux problèmes polycentriques du monde du travail* - En prenant appui sur la théorie de M. Walzer relative aux sphères séparées et le cas d'étude 1 relatif au travailleurs sous statut indépendant, la partie III de la thèse explique que la négociation collective ne doit donc pas être perçue comme un phénomène indépendant du marché, mais, au contraire, comme une dynamique interne à celui-ci qui, en lui imposant des limites, participe à son fonctionnement. L'analyse du déroulement d'un projet économique en particulier, la construction du terminal T5 à Heathrow, a mis en lumière, dans le même sens, que la réussite d'un projet est influencée par la détermination, ab initio, de la question du risque, notamment par des instruments collectivement négociés[976]. La négociation collective permet-elle, mieux que d'autres techniques, de renforcer l'intégrité du marché ? Les apports théoriques du juristes L. Fuller nous ont aidé à répondre à cette question. Avec Fuller, nous avons vu qu'il existe trois modes d'ordonnancement et que, à chaque type de problème, correspond un mode d'ordonnancement en particulier. Fuller nous a expliqué que

[975] E. BRIBOSIA, I. RORIVE, J. HISLAIRE, « Article 21 – Non-discrimination », *in Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article* (dir. F. Picod, C. Rizcallah, S. Van Drooghenbroeck), Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 559-592.

[976] Voy. *supra*, partie III, chapitre 1, section 2.

lorsque des problèmes sont « polycentriques », c'est-à-dire qu'une solution ne peut être trouvée dans sa globalité, sans pouvoir segmenter la problématique, l'adjudication n'est pas appropriée. Au contraire, un mode d'ordonnancement dans lequel s'inscrit la négociation collective de travail, le contrat, est adapté[977]. Nous avons alors conclu la partie III en avançant que, même si certaines situations examinées dans les cas d'étude montrent des modes d'ordonnancement mixtes, il est important de mettre en avant que la négociation collective est la technique appropriée à la résolution de problèmes du monde du travail, en raison de leur caractère « polycentrique »[978].

336. *Encore un vaste programme relatif à l'entrelacement entre négociation collective et droit de la concurrence* - En résumé, il est préférable que les règles du travail émanent, afin de faire fonctionner le marché, de la négociation collective de travail et il est possible de voir dans l'article 106, § 1 du TFUE un ancrage de cette dernière parmi les règles de droit de la concurrence. Toutefois, notre travail doctoral n'a fait qu'esquisser les liens entre la négociation collective de travail et le droit de la concurrence. En effet, nous n'avons pas développé plus au-delà le terreau que forme l'article 106, § 1 du TFUE. Il nous semble pourtant que de nombreuses conventions collectives de travail, et en ce compris celles qui définissent les salaires, pourraient être assimilées à des restrictions de concurrence instituées avec le concours des autorités et au bénéfice des entreprises (malgré qu'elles subissent, *prima facie*, une restriction de leur liberté d'entreprendre), les rendant alors titulaires des droits spéciaux.

Par ailleurs, se concentrer sur l'article 106 du TFUE ne doit pas conduire à négliger les autres règles de la concurrence et leurs interactions avec la négociation collective de travail. Un cas d'étude complet a d'ailleurs été dédié aux liens entre la négociation collective de travail et l'article 101 du TFUE proscrivant les ententes. Cette analyse a permis d'établir combien les règles de la concurrence sont importantes pour définir celui qui, malgré qu'il n'ait pas la qualité de travailleur salarié en droit national, peut conclure des accords sur les prix, de même que le rôle de ceux-ci pour créer une « concurrence viable ».

De façon prospective, des situations dans lesquelles des entités fortement concentrées imposent de façon abusive, grâce à leur position dominante, des prix aux travailleurs salariés ou considérés comme indépendants pourraient être analysées au regard de l'article 102 du TFUE. Notre collège Simon Holmes l'a déjà mis en avant dans ses contributions[979] : si cet instrument semble utile à l'examen juridique du phénomène de l'économie

[977] Voy. *supra*, partie III, chapitre 2, section 1.

[978] Voy. *supra*, partie III, chapitre 2, section 2.

[979] S. HOLMES, « Consumer Welfare, Sustainability and Competition Law Goals », *Concurrences*, mai 2020. On y lit : « I would suggest that a purchase price is potentially "unfair", and therefore potentially an "abuse", if: (a) it does not cover

digitale, il semble également intéressant d'examiner son applicabilité à des travailleurs considérés de longue date comme indépendants, mais de plus en plus soumis à des rapports d'intégration verticale, comme les agriculteurs[980].

De même, les procédures de contrôle de concentrations réalisées par la Commission européenne sont peut-être amenées, comme le suggère déjà l'article 18, § 4, deuxième phrase du règlement n° 139/2004, à prendre en considération les observations des représentants des travailleurs afin de juger de la conformité d'un projet de concentration vis-à-vis des objectifs poursuivis par le marché. On a vu, dans l'histoire juridique récente, les représentants des travailleurs prendre une part plus active dans ces procédures[981]. Si les autorités de la concurrence peuvent saisir cette opportunité afin d'imaginer d'autres types de remèdes – basés sur la redistribution des pouvoirs entre les *stakeholders* d'une entreprise –[982], les représentants des travailleurs sont aussi susceptibles d'apporter à la surface des éléments d'informations importants quant au projet commercial ou industriel.

337. *Une osmose régulatoire, à laquelle la négociation collective participe* - De plus en plus, des voix se font entendre expliquant que la concurrence n'est pas une fin en soi, mais une manière de réaliser les objectifs des traités. Dans ce sens, l'action des autorités de la concurrence s'ancrerait dans les objectifs fixés par les traités, dans une idée d'osmose régulatoire[983]. La négociation collective de travail pourrait alors trouver sa place, à côté d'autres procédés déjà connus du droit de la concurrence, au titre de technique à part entière particulièrement adaptée aux problèmes polycentriques du monde du travail. N'oublions pas que la négociation collective permet de refonder le contrat économique lorsque, comme en 1919 ou en 1948, l'horizon collectif est à construire. De son côté, le droit de la concurrence fut initialement forgé afin « d'augmenter la perception d'équité économique et réduire ainsi l'antagonisme entre les travailleurs et les

the true costs of production; or (b) does not enable the farmer to make some reasonable mark-up (to feed his/her family and produce food on a sustainable basis). »

[980] I. LIANOS, A. VELIAS, D. KATALEVSKY, G. OVCHINNIKOV, « Financialisation of the Food Value Chain, Common Ownership and Competition Law », CLES Research Paper Series, n° 4, 2019 ; V. FRANQUET, J.-B. MAISIN, « Country report: Belgium », *in* B. WAAS (dir.), *Collective Bargaining for Self-employed Workers in Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 2021, à paraître.

[981] J.-B. MAISIN, « Trade unions and their use of competition law. The case Siemens – Alstom », conférence NetLex de la Confédération européenne des Syndicats (CES) le 20 février 2019 à Stockholm.

[982] Z. HITZIG, M. MEAGHER, A. VEIGA, E. G. WEYL, « Economic Democracy and Market Power », *Competition Policy International*, avril 2020.

[983] Draft staff discussion paper on sustainability issues and competition law, Hellenic Competition Commission, sept. 2020.

propriétaires »[984]. Mis ensemble et face à des modifications prochaines de la manière de produire, ils pourraient former un outil important de remodelage du marché, en gardant à l'esprit que la dynamique permet avant tout de faire coopérer les détenteurs des moyens de production et les travailleurs[985].

[984] D. GERBER, « Implementing Competition Law in Asia: Using European and US Experience », 2004, https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/234 (15 avril 2021), p. 163. « Increase the perception of economic fairness and thereby reduce the antagonism between workers and owners », traduction libre. Pour une analyse plus fouillée de l'apparition du droit de la concurrence en Europe, voy., par le même auteur : « The Origin of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria », *The American Journal of Legal History, 1992,* Vol. n° 36, n° 4, octobre, pp. 405-440.

[985] Voy. *supra*, partie I, chapitre 1, section 3.

Table

Introduction générale 5

Partie I. La négociation collective de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur – Etude des ses fonctions et de son régime de droit européen 18

Introduction de la partie I 19

Chapitre 1. Une définition fonctionnelle de la négociation collective de travail 20

Remarques préliminaires 20

Précision. Notre étude cherche à identifier les fonctions de la négociation collective de travail 20

Première remarque. La négociation collective de travail est aussi un droit fondamental 23

Seconde remarque. Définir la négociation collective de travail participe à sa construction 25

Section 1. La négociation collective de travail participe au fonctionnement du marché en créant de l'égalité dans l'exploitation 27

§ 1. La négociation collective de travail diffuse le postulat d'égalité permettant le fonctionnement du marché 28

§ 2. La négociation collective de travail crée les conditions d'égalité dans l'exploitation 34

Conclusion de la section 1 35

Section 2. En introduisant des restrictions de concurrence, la négociation collective de travail crée de l'égalité au-delà de ce que requiert le marché 37

§ 1. La négociation collective de travail ne permet pas de dépasser la condition de travailleur 37

(i) Analyse de certains développements juridiques consécutifs à la première guerre mondiale en Allemagne, à l'échelon international et en Belgique 38

(ii) Les travaux législatifs belges consécutifs à la seconde guerre mondiale : l'exemple de la commission spéciale 41

§ 2. La négociation collective de travail introduit des restrictions de concurrence et crée de l'égalité au-delà de ce qui est requis par l'exploitation 46

Conclusion de la section 2 49

Section 3. La négociation collective est un outil permettant la refondation du marché dans les moments clés 50

Conclusion de la section 3 54

Conclusion du chapitre 1 54

Chapitre 2. Les fonctions de la négociation collective de travail en droit européen de la concurrence 56

Section 1. L'obligation de transparence découlant des principes de non-discrimination et d'égalité en droit européen 57

§ 1. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la CJUE impose le respect des obligations découlant des principes d'égalité et de non-discrimination à la négociation collective de travail 57

§ 2. Le contenu des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination 59

§ 3. L'extension du champ d'application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination et ses causes d'exemption 63

(i) L'analogie avec le droit des marchés publics et des concessions 63

(ii) En ancrant l'obligation dans le droit primaire, la Cour impose l'existence d'un intérêt transfrontalier 65

(iii) Le droit de la concurrence prévoit, à l'article 106, § 2 du TFUE, des causes d'exemption 68

Conclusion de la section 1 70

Section 2. Les droits exclusifs, leur régime d'attribution en droit européen et la négociation collective 71

§ 1. Fondement juridique et définition des droits exclusifs 71

§ 2. Les droits exclusifs et la négociation collective de travail 73

§ 3. Le régime d'attribution des droits exclusifs 75

(i) L'article 106, § 1er impose le respect des règles des traités 76

(ii) L'article 106, § 2 requiert le respect de l'obligation de transparence 77

Conclusion de la section 2 82

Conclusion du chapitre 2. 82
Conclusion de la partie I 84

Partie II. La négociation collective de travail parmi les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur – Variations sur quatre cas d'étude 86
Introduction de la partie II 87
Chapitre 1. Niveau de l'entreprise 92
Cas 1. Négociation collective des indépendants 92
Section 1. Présentation et description du conflit 93
Sous-section 1. Spécificité de l'ordre juridique étudié 96
§ 1. Profil socio-économique des travailleurs 96
§ 2. L'entreprise étudiée 98
§ 3. Le régime juridique de la représentation de l'entreprise étudiée 99
(i) La conclusion de conventions collectives au bénéfice des indépendants 100
(ii) La relation des organes élus avec les travailleurs indépendants 104
Sous-section 2. Historique des relations de travail au sein de Sanoma 107
§ 1. Des (quasi-)indemnités de licenciement pour les indépendants en 1997 107
§ 2. L'interdiction du remplacement de salariés par des indépendants en 2013 110
§ 3. La préservation du ratio entre les indépendants et les travailleurs en 2015, et le début d'une approche syndicale globale 112
§ 4. La création de deux organes de concertation spécifique, l'octroi d'une prime syndicale pour les travailleurs indépendants et affiliation structurelle dans un syndicat en 2016 113
(i) Deux organes ad hoc pour les indépendants, la Freelance Connection et le Content Managers Overleg 114
(ii) L'accord prévoit une prime syndicale pour les indépendants 117
(iii) L'organisation syndicale s'empare des enjeux liés aux indépendants 118
§ 5. Des indemnités de licenciement à partir de 2018 et une approche syndicale structurelle 120
Conclusion intermédiaire 121
Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence 122
§ 1. Premier critère pour celui qui peut conclure des accords sur les prix, relatif à l'unité économique intégrée 125
§ 2. Deuxième critère pour identifier l'acteur de la négociation collective de travail, relatif au risque 127
§ 3. Convergence entre le droit de la concurrence et le droit du travail beige sur le plan de l'analyse du risque économique 129
Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement 134
§ 1. La directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union montre l'objectif de concurrence viable mais avance une approche inadaptée 134
§ 2. La proposition d'un socle de prix défini par la négociation collective permet de mieux rencontrer l'objectif de concurrence viable 138
Conclusion du cas d'étude 1 141
Cas 2. Désignation du réviseur d'entreprises 144
Section 1. Présentation et description du conflit 145
Sous-section 1. Le réviseur d'entreprises, un acteur indépendant qui reçoit la confiance des travailleurs 145
Sous-section 2. La procédure de sélection du réviseur définie par le Code des sociétés et des associations 150
Première étape de la désignation. Proposition par l'organe de gestion 152
Deuxième étape de la désignation. Délibération du conseil d'entreprise 153
Troisième étape de la désignation. Les suites de la délibération du conseil d'entreprise 155
Sous-section 3. La procédure de sélection du réviseur dans la pratique, dans le groupe hospitalier privé Jolimont, supplantée par le droit des marchés publics 157
Section 2. Analyse du cas au regard du droit des marchés publics et de la pratique des acteurs 159
Sous-section 1. L'applicabilité des directives marchés publics : une prégnance élargie 159
§ 1. Applicabilité rationae personae : de plus en plus large 160

§ 2. Rationae materiae : un code CPV rassemblant les services de comptabilité, services d'audit et services fiscaux....161
Sous-section 2. Développements juridiques récents au niveau national....162
§ 1. L'ICCI confirme les prérogatives des Conseils d'entreprises définies par le Code des sociétés et des associations....162
§ 2. L'IRE cherche d'abord une solution dans le droit des marchés publics et plaide en faveur de procédures négociées....163
§ 3. L'IRE dans un second temps opposé à la mise en concurrence....164
§ 4. Modification des règles générales d'exécution des marchés publics par arrêté royal....164
Section 3. Limites du traitement par le droit des marchés publics et tentative de dépassement....165
Sous-section 1. Un autre choix de code CPV entrainant l'inapplication de la directive relative aux marché publics....166
Sous-section 2. L'approche conciliatoire reposant sur la reconnaissance de l'exercice d'un droit fondamental conduit à une impasse....170
Sous-section 3. Déjà un régime de désignation *ad hoc* prévu par le droit européen pour le contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et pour les services d'arbitrage et de conciliation....172
Conclusion du cas d'étude 2....175
Chapitre 2. Niveau de la branche d'activité....178
Cas 3. Sélection d'un organisme de pension sectoriel....178
Section 1. Présentation et description du conflit....179
Sous-section 1. Le cadre juridique belge de la sélection d'un organisme de pension....180
Sous-section 2. Deux dynamiques de sélection d'un organisme de pension en détail....180
§ 1. Dans le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes....181
(i) L'adoption du plan....181
(ii) Le contenu du plan....182
§ 2. Dans le secteur de l'industrie chimique....183
(i) L'adoption du plan....184
(ii) Le contenu du plan....187
Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence....189
Sous-section 1. Trois hypothèses de non-application des obligations de transparence issues des principes d'égalité et de non-discrimination....189
§ 1. L'absence d'intérêt transfrontalier....190
§ 2. L'exécution de la mission par une quasi régie....192
§ 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif....196
Sous-section 2. L'examen de la pratique étudiée relève l'existence d'un droit fondamental....201
Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement....202
Sous-section 1. La recherche d'un juste équilibre entre le droit de négociation collective et la réalisation du marché intérieur : une approche théorique chaotique....203
Sous-section 2. La marge de manœuvre des Etats membres dans la recherche du juste équilibre....205
Sous-section 3. Dans la pratique, une voie conciliatoire qui n'est pas exempte d'obstacles, voire d'inconciliabilités....206
§ 1. Le mode et les moments de la communication : une possibilité d'amélioration sans difficulté de conciliation....207
§ 2. L'objet de la communication : des possibles freins à la négociation collective de travail....208
§ 3. La forme de la communication : l'absence d'exigences de la part des obligations de transparence permet le respect du droit social fondamental....211
§ 4. Le contenu de la communication : des exigences inconciliables avec le droit de négociation collective ?....211
Conclusion du cas d'étude 3....215
Cas 4. Création d'organismes sectoriels de formation....219
Section 1. Présentation et description du conflit....221
Sous-section 1. Cadre interprofessionnel du reclassement....222
Sous-section 2. Le régime juridique de droit belge du reclassement professionnel....225
§ 1. Résumé du droit applicable au travailleur....225
§ 2. Le régime applicable au prestataire : l'agrément et la directive service....226
Sous-section 3. Le rôle des secteurs dans la mise en œuvre du reclassement....230
§ 1. Les commissions paritaires examinées....231

§ 2. Les fonds de sécurité d'existence : une mise en contexte....233
§ 3. Les trois catégories de mécanismes de reclassement professionnel....238
Section 2. Analyse du cas au regard du droit de la concurrence....241
Sous-section 1. Une CCT rendue obligatoire désigne un prestataire, sans qu'il s'agisse d'un F.S.E....241
§ 1. Un intérêt transfrontalier est très certainement présent....244
§ 2. L'examen de l'exécution de la mission par une quasi-régie crée des difficultés....245
(i) C.P. 200 : Les pratiques du CEFORA respectueuses des obligations de transparence ?....248
(ii) C.P. 121 : Les pratiques du CFN, un organisme qui est peut-être une quasi-régie....251
(iii) C.P. 324 : Un regard sur le secteur du diamant opaque....254
(iv) C.P. 149.01 : Une brève analyse de Formelec....255
§ 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif ?....256
I. Les spécificités du marché en cause....257
II. Les conditions du mandatement « social et solidaire » sont rencontrées....259
Sous-section 2. Une CCT rendue obligatoire suggère un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire désigne un prestataire, ou une CCT non-rendue obligatoire suggère un prestataire....264
Sous-section 3. Une CCT désigne un F.S.E. pour mettre en œuvre le reclassement professionnel....266
§ 1. Les FSE remplissent les conditions de l'exception de quasi-régie....268
§ 2. Les FSE remplissent les conditions de l'exception du mandatement « social et solidaire »....270
(i) L'attribution à un F.S.E. poursuit une finalité sociale reconnue....270
(ii) L'attribution à un F.S.E. sectoriel encourage la solidarité....270
(iii) L'attribution favorise l'efficacité budgétaire et aucun profit n'est accordé aux membres271
Section 3. Limites du traitement par le droit de la concurrence et tentative de dépassement....272
Sous-section 1. Les F.S.E., comme les autres organismes mandatés, sont soumis au droit dérivé des marchés publics....274
Sous-section 2. Quelle conformité des pratiques au droit dérivé des marchés publics – le cas du FOPAS....277
Sous-section 3. L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE est une voie privilégiée pour l'attribution de droits exclusifs par la négociation collective de travail....279
§ 1. La négociation collective de travail respecte l'article 106, § 1 en méthode et en finalité....279
§ 2. Le rattachement à l'article 106, § 1 apporte une réponse juridique adaptée....284
(i) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE évite l'approche au cas par cas et apporte de la sécurité juridique....285
(ii) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE crée de la sécurité juridique en supprimant l'analogie entre le droit primaire et le droit dérivé....285
(iii) L'exception fondée sur l'article 106, § 1 du TFUE justifie la position de l'autorité de tutelle 286
Conclusion du cas d'étude 4....288
Conclusion de la partie II.... 292

Partie III. La négociation collective de travail comme technique de droit de la concurrence – une approche de théorie du droit....297
Introduction.... 298
Chapitre 1. Négociation collective de travail et règles de concurrence : deux sphères séparées ? 299
Section 1. L'égalité selon M. Walzer....299
Section 2. Walzer et la négociation collective....303
Sous-section 1. Excursus illustrant la question de l'insertion du risque par la négociation collective de travail : le T5 d'Heathrow....304
Sous-section 2. Appliquer la pensée de Walzer aux cas d'étude....307
Conclusion du chapitre 1....308
Chapitre 2. La négociation collective de travail comme technique, parmi les règles de concurrence, adaptée au monde du travail 309
Section 1. Les modes d'ordonnancement appropriés selon Lon Fuller....309
Sous-section 1. Adjudication, contrat et élections selon Fuller....310
Sous-section 2. L'adjudication, selon Fuller et dans la jurisprudence de la CJUE....312
Sous-section 3. L'adjudication, selon Fuller, implique le recours à des principes généraux....314

Section 2. Appliquer la pensée de Fuller aux cas d'étude 315
Sous-section 1. La négociation collective des indépendants 315
Aparté de précision de la pensée de Fuller. Les problèmes polycentriques, en ce compris la définition des salaires, ne peuvent être résolus par adjudication....316
Sous-section 2. La nomination du réviseur d'entreprise 319
Sous-section 3. La sélection d'organismes d'assurance 321
Sous-section 4. La création d'organismes de formation....322
Conclusion du chapitre 2....324
Conclusion de la partie III.... 325
Conclusions générales 327
Table....337
Bibliographie choisie....342
Relative à la partie I....342
Relative au cas d'étude 1 de la partie II....344
Relative au cas d'étude 2 de la partie II....346
Relative au cas d'étude 3 de la partie II....348
Relative au cas d'étude 4 de la partie II....349
Relative à la partie III....349
Annexes....350
Annexe 1. Screening des CCT en matière de reclassement professionnel 350
Annexe 2. Analyse des structures de direction des ASBL instituées dans le domaine de la formation sectorielle 361

Bibliographie choisie

Relative à la partie I

E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010 ;

S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3e éd., vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014 ;

J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, *Oxford* University Press, 2010 ;

M. DAVAGLE, *Droit collectif du travail, Tome 1 – Le cadre institutionnel de la concertation sociale*, Limal, Anthémis, 2011 ;

P.-O. DE BROUX, « L'internationalisation des droits sociaux fondamentaux. De la paix mondiale à la justice sociale : les origines de la Charte sociale européenne », *in* F. DORSSEMONT, S. VAN DROOGHENBROECK, G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer - Charte sociale européenne, droits sociaux et droits fondamentaux au travail »,* Bruxelles, la Charte, 2016, pp. 15-39 ;

A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014 ;

D. DE ROY, D. YERNAULT, « Les obligations de service public de droit européen et les services publics de droit interne belge : une superposition délicate, un conjugaison indispensable (1ère partie) », *R.D.I.R.*, 2015, p. 436 ;

L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ;

R. DUKES, *The Labour Constitution. The enduring Idea of Labour Law*, Oxford, OUP, 2014 ;

F. ENGELS, *Socialisme des juristes, article paru dans la* Neue Zeit, *5e année, 1887, n° 2, pp. 49-51 ;*

J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition,* 3e ed., Oxford, Oxford university press, 2014 ;

M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard / Le Seuil, coll. Hautes Etudes, 2004 ;

L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives de travail en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1980 ;

L. FRANÇOIS, *Introduction au droit du travail,* Faculté de Liège, Liège, 1973 ;

Z. GALLEZ, G. VAN GYES, Y. DE CORDT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, *Le rôle du réviseur d'entreprise à l'égard du Conseil d'entreprise - De rol van de bedrijfsrevisor ten opzichte van de ondernemingsraad*, Anvers, Maklu-uitgevers et ICCI, Centre d'information du révisorat d'entreprises, 2010 ;

D.J. GERBER, « Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition law and the "New" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25-84 ;

B. GERNIGON, A. ODERO, H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, Genève, Bureau international du Travail, 2000 ;

E.J. HOBSBAWM, *L'âge des extrêmes. Une histoire du court XXe siècle, 1914-1991*, Paris, Editions Complexes, 1994 ;

M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982 ;

M. JAMOULLE, « Contrat de travail et contrat d'emploi », *R.P.D.B.*, 1969, pp. 516-617 ;

A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », *in* A. JEAMMAUD *(dir.), Le droit du travail confronté à l'économie,* Paris, Dalloz, 2005 ;

A. JEAMMAUD, « La condition de travailleur dans l'ordre concurrentiel », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris, Frison-Roche, 2003 ;

A. JEAMMAUD, « Droit du travail et/ou droit du capital », *Procès*, 2-1978, pp. 15-115 ;

I. LIANOS, « Polycentric Competition Law », Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series, 2018, n° 4 ;

I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFNO, « Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labourmarket », *ELLJ,* 2019, pp. 291-333 ;

A. LYON-CAEN, « Droit social et droit de la concurrence. Observations sur une rencontre », *in Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier,* Paris, PUF, 1992, pp. 331-343.

G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Droit ouvrier*, 2004, p. 50 ;

G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Droit ouvrier*, 1951 ;

K. MARX, *Le Capital,* Livre 1, Paris, Quadrige, PUF, 1991 ;

K. MARX, *Le Capital, Critique de l'économie politique,* Livre 1, Paris, Ed. Sociales, 1972 ;

J. MINEUR, *La Réglementation conventionnelle des salaires en Belgique*, Gembloux, Duculot, 1936 ;

P. NIHOUL, *Eléments de droit public de* l'économie, Bruxelles, Larcier, 2017 ;

E. PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, Etudes et documentations internationales, 1969 ;

A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, pp. 31-38 ;

H. SINZHEIMER, "Eine Theorie des sozialen Rechts", *in* O. KAHN-FREUND, T. RAMM (dir.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsatze und Rede*, tome 2, Francfort, Europäische Verlaganstalt, 1976 ;

A. SUPIOT, *Critique du droit du travail,* Paris, Quadrige, 3e édition, 2015 ;

A. SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015 ;

J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK, A. (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ;

P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's Guide*, Oxford, *Oxford* University Press, 2007 ;

N. VALTICOS, *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, 1970 ;

P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Travail contemporain et marchandise : libre propos », *Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte De Taal is Gans het Recht*, Bruxelles, Kluwer, 2018, pp. 680-705 ;

G. VAN THEMSCHE, *La sécurité sociale. Les origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, De Boeck, 1944 ;

L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence. Tome 1. Domaine d'application, ententes*, Paris, LawLex, 2005.

Relative au cas d'étude 1 de la partie II

S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3e éd., vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014 ;

R. BABIRAD, « Case comment : FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden », *European Competition Law Review*, 2015, p. 181 ;

N. BERBEN, M. JACXSENS, J. VANTHOURNOUT, *Praktijkgids sociale verkiezingen 2020*, Bruxelles, Indicator Larcier, 2019 ;

B. CHEYNEL, « Retour sur la nécessaire autonomie des entreprises parties à une entente à la lumière des contrats de distribution de carburants », *Revue Lamy Droit des Affaires,* 2007, pp. 61-62 ;

B. CHRISTOPHERS, The Great Leveler. Capitalism and Competition in the Court of Law, Harvard, HUP, 2017 ;

H.M. CORNELISSEN, « De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA. Handelsagent onder het mededingingsrecht vooralsnog geheim agent », *NtER,* 2007, pp. 265-271 ;

N. COUNTOURIS, « The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope », *ILJ*, 2018, pp. 192-225 ;

M.A. DE JONG, « De toepassing van artikel 81 EG op agentuurovereenkomsten », *Markt & Mededinging,* 2007, pp. 92-95 ;

E. DIENY, « Qualification d'agent au regard du droit communautaire de la concurrence », *La Semaine Juridique,* 2007, n° 25, pp. 28-32 ;

D. DUMONT, A. LAMINE, J.-B. MAISIN (dir.), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants*, Bruxelles, Larcier, 2020 ;

V. FRANQUET, J.-B. MAISIN, « Country report: Belgium », dans B. WAAS (dir.), *Collective Bargaining for Self-employed Workers in Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 2021, à paraître ;

S. GILSON (dir.), *Subordination et parasubordination. La place de la subordination juridique et de la dépendance économique dans la relation de travail,* Limal, Anthémis, 2017 ;

K. HELLINGMAN, « Over schijn en wezen in het economisch en sociaal recht : FNV KIEM tegen de Staat », *SEW*, 2015, pp. 529-534 ;

S. HENNION, « Les limites d'application du droit de la concurrence aux conventions collectives conclues au profit de la protection sociale des travailleurs indépendants », *La Semaine Juridique,* 2015, pp. 549-553 ;

J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne,* 4e ed., 2004 ;

L. IDOT, « Les articles 82 et 86 CE ne s'appliquent pas à des salariés », *Europe, Concurrence,* 1999, p. 20 ;

L. IDOT, « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? (A propos de quelques développements récents) », *Europe*, novembre 1999, pp. 4-8 ;

L. IDOT, « Nouvelles précisions sur le contrat d'agence », *Europe, Concurrence,* février 2007, p. 24 ;

G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10e ed., Paris, Broché, 2012 ;

P. PECINOVSKY, « Het recht op collectief onderhandelen voor economisch afhankelijke zelfstandigen », *T.S.R.-R.D.S.*, 2020, pp. 529-551 ;

B. PATERNOSTRE, Droit collectif du travail. Tome 2 – Les instruments de la concertation sociale : la convention collective de travail et le règlement de travail, Limal, Anthémis, 2015 ;

S. POILLOT-PERUZZETTO, « Droit européen des affaires. La politique de la concurrence », *RTD com.*, 2000, pp.491-494 ;

C. PRIETO, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *J.D.I.*, 2000, pp. 509-510 ;

J. SCHRAUWEN, M. DEMOL, W. VAN ANDEL, A. SCHRAMME, *Onderzoeksrapport. Creative industrieen in Vlaanderen – Update. Mapping en bedrijfseconomische analyse*, Leuven, Flanders DC/Antwerp Management School Kenniscentrum, 2014 ;

VAN BAEL & BELLIS, *Competition Law Of The European Community,* 5e ed., New York, Kluwer Law, 2010 ;

P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Territoires, marchés du travail et nouvelles structures des firmes : regard sur les conventions collectives signées par plusieurs employeurs », *in Organes et instruments de la Concertation sociale: Enjeux contemporains,* Actes du colloque organise sous la direction scientifique de F. Dorssemont, P.-P. Van Gehuchten, L. Dear et J.-P. Cordier a l'UCLouvain par l'Atelier de droit social de CRIDES et l'AJPDS le 30 novembre 2018, Kluwer, Etudes pratiques de droit social, 2020 ;

S. VAN LEUVEN, K. RAYEMAECKERS, M. LIBERT, F. LE CAM, J. STROOBANT, S. MALCORPS, A. JACQUET, J. D'HEER, F. HEINDERYCKX, S. DE VUYS, B. VANHALEWYN, *Portrait des journalistes belges en 2018*, Gand, Academia Press, 2019 ;

L. VOGEL, *European Competition Law,* 2e ed., Paris, Lawlex / Bruylant, 2018 ;

DE WILDE D'ESTMAEL et L. RIGAUX, « Les exclusions », *in La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires. Cinquante ans d'application* (dir. E. DERMINE ET V. VANNES), Bruxelles, Larcier, coll. « UB3 », 2018, pp. 90-136.

Relative au cas d'étude 2 de la partie II

M. BOULARD, « Le commissaire et le Conseil d'entrerpise », *in La réforme du révisorat*, Journée d'études, Louvain-la-Neuve, 25 sept. 1985 ;

H. BRAECKMANS, « de benoeming van de commissaris-revisor : nieuwe rechtspraak », *R.W.*, 1987 ;

A. CAUWE, « Concrètement, l'impact sur les marchés publics réservés aux réviseurs d'entreprises », *T.A.A.*, 2016, pp. 18-29, spéc. p. 18 et note 2

K. CERRADA, Y. DE RONGE, M. DE WOLF, M. GATZ, *Comptabilité et analyse des états financiers*, Bruxelles, De Boeck, 2011, p. 54

P. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009 ;

G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004 ;

G. L'HEUREUX, « Het ABC van de overheidsopdrachten voor revisoren », *T.A.A.*, 2014, p. 34 ;

Y. LIBERT, « La nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – nouveautés – éléments positifs et négatifs », *T.A.A.*, 2016, pp. 12-17 ;

J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit communautaire, droit belge*, troisième édition, Bruxelles, Bruylant, 2009 ;

P. NIHOUL, *La nouvelle loi sur les marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 1994 ;

M. PEETERS, « Europa niet langer van het (ziekenhuis) bed : ziekenhuizen en de wetgeving overheidsoprachten », *Rev. Dr. Santé*, 2009-2010, pp. 268-279 ;

M. RAINELLI, « L'orde concurrentiel, l'approche d'un économiste », *in L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano,* Paris, Frison-Roche, 2003, pp. 13-22 ;

D. DE ROY, « L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnés », *J.T.*, 2001, pp. 225-230 ;

S. SMITH, « Article 74 to 76 of the 2014 public Procurement Directive: the new « light regime » for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts », *Public Procurement Law Review*, 2014, pp. 159-168 ;

P. THIEL, *Memento des marchés publics et des* PPP, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016 ;

B. TILLEMAN, Le statut du commissaire-réviseur : nomination, cessation du mandat et rémunération, Bruges, la Charte, 2007 ;

M. VANDER LINDEN, E. VANDERSTAPPEN, P. PAUWELS, J.P. VINCKE, La société et son commissaire - Cas pratiques, Etude IRE, 2004, www.ibr-ire.be ;

I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *in Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Edition du Jeune Barreau, 1985, p. 283 ;

M. DE WOLF, « Editorial », *T.A.A*, 2011, p. 3.

Relative au cas d'étude 3 de la partie II

A. AUTENNE et O. HERMAND (dir.), *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, Bruxelles Larcier, 2012 ;

A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *in Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Larcier, 2017 ;

C. BARNARD, « To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 46, n° 2, pp. 208-244.

A. BROWN, « The Application of the EC Treaty to a Services Concession Awarded by a Public Authority to a Wholly Owned Subsidiary : Case C-458/03, Parking Brixen », *Public Procurement Law Review*, 2006, p. NA43 ;

D. DUMONT, « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale », *in* S. VAN DROOGHENBROEK et F. PICOD (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union europe□enne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 723-758 ;

A.-L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics », *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 34, pp. 649-654 ;

M. HEINE, B. SCHUTYSER, R. VAN MELSEN, « La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives », *R.D.I.R.*, pp. 283-298 ;

S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *Droit social*, 2016, n° 9, pp. 764 ;

LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *Droit social*, 2016, n° 4, pp. 376-383 ;

S. PLANZER, « The ECJ on Gambling Addiction - Absence of an Evidence-Oriented Approach », *European Journal of Risk Regulation*, 2010, p. 291 ;

L. SOMMERIJNS, F. VLASSEMBROECK, *Pensions complémentaires dans le secteur publics,* Bruxelles, Kluwer, Dossier Life&Benefits 2011/02, 2011 ;

F. VLASSEMBROECK et L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Bruxelles, EBP, 2011, pp. 457-485.

Relative au cas d'étude 4 de la partie II

S. GILSON (dir.), *Le reclassement professionnel des travailleurs licenciés. Droits des travailleurs et obligations des employeurs publics et privés*, Limal, Anthémis, 2015 ;

B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marches publics. Passation, exécution, recours,* Bruxelles, la Charte, 2020 ;

M. STRONGYLOS, R. CAPART ET G. MASSART, Le statut unique ouvrier-employé, Commentaires pratiques de la loi du 26 décembre 2013, Limal, Anthemis, 2014.

Relative à la partie III

S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, « Reflexive Approaches to Corporate Governance : The Case of Heathrow Terminal 5 », *in* O. DE SCHUTTER, J. LENOBLE (dir.), *Reflexive Governance. Redifining the Public Interest in a Pluralistic World*, Oxford, Hart Publishing, 2010 ;

L.L. FULLER, *La moralité du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2017 ;

L.L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, Dec. 1978, pp. 353-409 ;

L.L. FULLER, « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wis. L. Rev.*, 1963, pp. 3-46 ;

L.L. FULLER, « Adjudication and the Rule of Law », *Am. Soc'y Int'l Proc.*, 1960, pp. 1-7 ;

J. VAN MEERBEECK, « Lon Fuller, jusnaturaliste procédural », *R.I.E.J*, 2018, p. 80 ;

M. WALZER, *Sphères de Justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

Annexes

Annexe 1. Screening des CCT en matière de reclassement professionnel

CP	CCT	AR	Article	Détail de l'article	Autre article	Détail de l'autre article
Hypothèse 1 – La CCT de secteur est rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire sans permettre l'opt-out.						
121	30 novembre 2006	3 juillet 2007	4	La mission de reclassement professionnel est confiée au "Centre de formation du nettoyage, dénommé ci-après CFN asbl, dont les statuts ont été publiés au Moniteur belge du 11 septembre 1989. Par cette attribution, ces employeurs satisfont aux obligations qui leur incombent en conséquence des instruments légaux et conventionnels mentionnés dans le préambule de la présente convention collective de travail. Le CFN asbl peut confier en partie ou en totalité l'organisation de cette aide au reclassement à des tiers, pour autant que ceux-ci satisfassent aux conditions réglementaires requises pour exercer cette activité.		

149.01	28 octobre 2015	10 janvier 2017	6	§ 1. L'asbl Formelec élabore des accords de prix, sur base d'un cahier des charges, concernant l'offre d'accompagnement d'outplacement destinée au groupe cible tel que fixé à l'article 4 de la présente convention. § 2. Le rôle de l'asbl Formelec est limité à la conclusion de conventions avec des bureaux d'outplacement, suivant les modalités fixées par son conseil d'administration, et à la distribution des listes de ces adresses aux employeurs ressortissant à la compétence de la Sous-commission paritaire des électriciens : installation et distribution. Tous les autres arrangements concrets doivent être fixés directement par l'employeur et le bureau d'outplacement. § 3. Formelec asbl doit vérifier que des tiers souhaitant souscrire au cahier des charges sectoriel, tel que défini par § 1er. du présent article, répondent aux exigences réglementaires fixées pour les bureaux d'outplacement. § 4. En outre, Formelec asbl doit assurer que des tiers souhaitant souscrire au cahier des charges sectoriel s'engagent à respecter les dispositions de la CCT n° 82, telles que définies par l'article 2 de la présente convention.		
200	10 juillet 2014	21 juillet 2016	5	Les employeurs mentionnés à l'article 2 de la présente convention collective de travail, confient cette mission au Centre de formation des employés de la Commission paritaire nationale auxiliaire pour employés (dénommé ci-après asbl CEFORA), l'institut		

				de formation sectoriel dont les statuts ont été publiés au Moniteur belge du 26 septembre 1991.		
209	6 mai 2013	28 mars 2014	5	(…) l'employeur paie : - à partir du 1er janvier 2014, une cotisation capitative de 1 800,00 EUR par employé licencié qui recourt à l'accompagnement au licenciement auprès de "Vormingsinitiatief voor bedienden van de Antwerpse Metaalnijverheid" - "VIBAM";	7	L'accompagnement proposé s'effectue par le biais de "VIBAM" ou d'une organisation d'outplacement, proposant un parcours d'accompagnement similaire.
324	20 décembre 2007	7 décembre 2008	4	Les employeurs visés à l'article premier de la présente convention collective de travail confient cette mission au Fonds de compensation interne pour le secteur du diamant (FCI). Par cette attribution et à condition qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 7 de la présente convention collective de travail, ces employeurs satisfont aux obligations qui leur incombent en vertu des instruments légaux et conventionnels mentionnés au préambule de la présente convention collective de travail. Le FCI peut confier tout ou partie de cet accompagnement d'outplacement à des tiers, pour autant que ceux-ci satisfassent aux exigences réglementaires pour pouvoir exercer cette activité.		

Hypothèse 2 – La CCT de secteur est rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire. Elle prévoit un opt-out						
308	6 octobre 2009	30 juillet 2010	4, § 1	Les partenaires sociaux rédigeront aussi rapidement que possible après la signature de la présente convention collective de travail un cahier des charges commun dont l'objectif sera de désigner pour le secteur un prestataire de service qui pourra intervenir lors de l'accompagnement en outplacement des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la CCT 82. Cet outplacement sera automatiquement proposé aux travailleurs concernés au moment du licenciement.	4, § 2	Les employeurs individuels conserveront la possibilité de désigner un prestataire de services de leur choix, sur base de leur propre contrat pour autant que l'accompagnement proposé s'étende au-delà (quant à l'offre ou au groupe cible) de l'accompagnement prévu dans le cahier des charges visé a §1.
309	15 mars 2012	17 avril 2013	4	L'accompagnement au licenciement sera confié au prestataire de services agréé suivant : Right Management Belgium SA - Boulevard de la Woluwe 34 à 1200 Bruxelles.	5	La désignation d'un prestataire de services pour le secteur ne porte pas préjudice aux pratiques existantes dans les entreprises, à savoir qu'il est toujours possible de faire appel à un autre prestataire de services que celui proposé par le secteur.
Hypothèse 3 - La CCT n'est pas rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire, sans opt-out possible.						
307	16 juillet 2003	x	x	Dans le cadre de la législation relative à la procédure de reclassement professionnel pour les travailleurs licenciés qui ont atteint l'âge de 45 ans, les parties concluront une convention collective de travail particulière en confiant au CEPOM (Courtier Education Paritaire) le rôle de prestataire de services, avec pouvoir de subdélégation, pour autant que le CEPOM obtienne une agréation légale en cette qualité.		
341	25 février 2016	x	x	Des contrats seront conclus avec Right Managment sur l'outplacement de groupe et l'outplacement individuel. SOFUBA se chargera de la mise en oeuvre dans son intégralité.		
Hypothèse 4 – La CCT de secteur n'est pas rendue obligatoire. Elle désigne un prestataire. Elle prévoit un opt-out						
310	27 juin 2016	x	4	Pour satisfaire aux obligations qui leur incombent dans la cadre de la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs telle	5	Lorsqu'un employeur opte pour le régime sectoriel de reclassement professionnel, l'organisation de celui-ci est confiée au « Fonds paritaire de formation

				que modifiée par les dispositions de la loi du 26 décembre 2013 précitée, les employeurs peuvent : . soit opter pour le régime sectoriel de reclassement professionnel mis en place par la présente convention collective de travail ; . soit formuler au travailleur une offre de reclassement professionnel selon les conditions et modalités spécifiées dans la loi du 5 septembre 2001 précitée. Il n'est pas porté préjudice aux pratiques existantes en matière de reclassement professionnel dans le secteur bancaire : les banques ne sont pas tenues de recourir au régime sectoriel de reclassement professionnel et peuvent, si elles le souhaitent, formuler à leur travailleur une offre de reclassement professionnel distincte du régime sectoriel.		professionnelle et syndicale dans le secteur bancaire » (ci-après l''asbl Fonds paritaire'), le fonds de formation sectoriel dont les statuts ont été publiés au Moniteur belge du 26 juin 1969. Les partenaires sociaux sectoriels désignent par ailleurs un (ou plusieurs) 'opérateur(s) sectoriel(s)' en vue de collaborer avec l'asbl Fonds paritaire à l'organisation du premier volet de la procédure de reclassement professionnel sectoriel confié un bureau d'outplacement qui satisfait aux conditions réglementaires requises pour l'exercice de cette activité. Un accord de collaboration est alors conclue entre le(s) opérateur(s) sectoriel(s) et l'asbl Fonds paritaire.
Hypothèse 5 - La CCT est rendue obligatoire. Elle mandate le FSE [La question de l'opt-out n'est pas pertinente ici et pour la catégorie suivante ? Pourquoi ? -> Parce que, du point de vue du droit du marché intérieur, le FSE peut être considéré comme la quasi-régie des membres de la CP. Cette technique postpose à plus tard le choix du prestataire de service]						
106.02	14 décembre 2009	10 septembre 2010	4	L'ouvrier licencié doit formuler sa demande d'outplacement par écrit auprès du fonds social, au plus tard endéans le mois suivant la fin du contrat de travail.	5	Le fonds social analyse la demande et si la demande satisfait aux conditions, le fonds établit un contact entre l'ouvrier et le prestataire de services.
106.03	29 juin 2015	15 juillet 2016	2	Les obligations d'outplacement seront organisées à partir du "Fonds social pour le fibrociment". Le FSFC collaborera avec un ou plusieurs organisme(s) d'outplacement et le coût de l'outplacement sera à sa charge. Afin de financer ce surcoût du FSFC, les employeurs seront disposés à verser une cotisation supplémentaire de 0,02%		

				au FSFC. Grâce à cette cotisation, les employeurs n'auront pas de frais supplémentaires d'accompagnement à l'outplacement pour les personnes qui quittent le service à 55 ans ou qui bénéficient du RCC.		
124	7 mai 2015	26 octobre 2015	4	Les employeurs mentionnés à l'article 1er de la présente convention, confient la mission de reclassement professionnel au fvb-ffc Constructiv. Par cette attribution, ces employeurs satisfont aux obligations qui leur incombent en exécution des dispositions légales et conventionnelles. Le fvb-ffc Constructiv peut confier en partie ou en totalité l'organisation de cette aide au reclassement à des tiers, pour autant que ceux-ci satisfassent aux conditions réglementaires requises pour exercer cette activité et désignés conformément à la réglementation des marchés publiques.		
306	18 janvier 2016	x	art. 3, § 2	Le régime de réinsertion professionnelle sectoriel est organisé par le FOPAS, fonds géré par le Comité de gestion paritaire dans le cadre de sa mission de reclassement (5) (nommé ci-après FOPAS - outplacement). (5) Consacrée dans les statuts, convention collective de travail du 18 avril 2007, AR du 10 mars 2008, MB du 29 avril 2008.		
306	30 novembre 2009	10 septembre 2010	3	Définir les efforts fournis vis-à-vis des travailleurs afin d'aider à leur réinsertion professionnelle par le biais : . d'une évaluation des compétences et capacités personnelles; . d'une offre de formation complémentaire en cas de besoin;	4	Les services du FOPAS offerts aux travailleurs visés sont : (…) 3. Proposer un outplacement

				. d'un accompagnement pendant la période de recherche d'un nouvel emploi. L'exécution de ces nouvelles missions est confiée au FOPAS.		
323	2 avril 2009	10 octobre 2010	4	La mission de reclassement professionnel est confiée au Fonds social et de garantie du secteur immobilier (ci-après dénommé le Fonds). Le contenu et les modalités en sont fixés par le Conseil d'administration du Fonds. Par cette attribution, ces employeurs satisfont aux obligations qui leur incombent en conséquence des instruments légaux et conventionnels mentionnés dans le préambule de la présente convention collective de travail. Le Fonds peut confier en partie ou en totalité l'organisation de cette aide au reclassement à des tiers, pour autant que ceux-ci satisfassent aux conditions réglementaires requises pour exercer cette activité.		
329.02	15 juin 2015	x	4	Le prestataire de services agit pour le compte d'un employeur ou du Fonds social qu'il a délégué à cette fin. Ce Fonds social est le Fonds institué par la convention collective de travail du 20 mars 1997 (convention enregistrée sous le n° 44409/CO/329; arrêté royal du 14 septembre 1997, Moniteur belge du 22 octobre 1997) instituant un "Fonds de sécurité d'existence du secteur socio-culturel des Communautés française et germanophone" et en fixant les statuts, et de toutes ses modifications ultérieures, conclue au sein de la Commission paritaire pour le secteur socio-culturel, et dont le siège est situé à 1000 Bruxelles, Square Sainctelette 13-15.	6	Au plus tard dans les 2 semaines suivant le début du préavis, l'employeur envoie une demande écrite de reclassement professionnel au Fonds social pour le travailleur auquel il est tenu d'offrir d'initiative une procédure de reclassement professionnel. L'employeur est tenu d'informer le travailleur licencié, pour lequel il doit fournir d'initiative une offre de reclassement professionnel, du dispositif organisé par la présente convention au plus tard dans les 2 semaines suivant le début du préavis.
Hypothèse 6 - La CCT n'est pas rendue obligatoire. Elle mandate le FSE						

126	12 octobre 2016	x	3	Les ouvriers/ouvrières cités à l'article 2 enverront dans les deux mois suivant la fin de leur contrat de travail une demande écrite de reclassement professionnel au Fonds de sécurité d'existence. Le Fonds de sécurité d'existence validera les demandes. Si l'ouvrier/ouvrière remplit les conditions, le Fonds transmet la demande au Centre de formation bois (CFB). Le CFB conclura un accord avec l'ouvrier/ouvrière concerné(e) au sujet des engagements respectifs.		
226	9 mai 2016	x	4	L'accompagnement de licenciement est organisé par et à charge du Fonds Social de la Commission Paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique, ci-après dénommé "le Fonds Social".	5	Le Fonds Social peut confier le licenciement de licenciement en tout ou en partie à un ou plusieurs prestataires de services (bureaux d'outplacement), qui satisfont aux conditions réglementaires requises pour exercer ces activités. Ce(s) prestataire(s) doit/doivent s'engager à respecter les normes de qualité en vigueur. Le cas échéant, ce(s) prestataire(s) de services est/sont désigné(s) par convention collective de travail conclue au sein de la Commission Paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique.
Hypothèses non classifiées [A mon avis, question à vider ci-dessous, en intro du sous-titre, et à ne pas reprendre dans le tableau (sauf si tu as besoin de ces données pour ton analyse finale)]						
102.06	3 juillet 2013	18 février 2014	7	Les coûts imputés par le prestataire de service pour l'accompagnement au reclassement professionnel, tel que décrit dans la présente convention, sont à charge de l'employeur individuel. Indien het arbeid(st)ers betreft van werkgevers die ressorteren onder het grinddecreet, dan vallen deze kosten ten laste		

				van het sociaal comité, zoals beschreven in haar Beleidsplan, vierde luik[986]. L'employeur individuel peut transférer les frais au fonds social. Le montant maximum qui peut être facturé est néanmoins limité à 2.500 EUR par dossier.		
104	29 mai 2007	x	Section 1	La procédure de reclassement professionnel que l'employeur doit offrir au travailleur qui est visé à l'article 13 de ta loi du 5 septembre 2001 est ouverte tant à des organismes privés qu'à des organismes publics.		
149.02	9 octobre 2015	19 février 2016	12	Le fonds sectoriel de formation, soit Educam, doit jouer un rôle dans le développement d'un trajet de carrière pour les ouvriers. Pour le 31 décembre 2015 les partenaires sociaux conviendront, dans le respect des dispositifs et des décrets régionaux en matière de reconversion professionnelle, des dispositions quant au rôle que pourrait jouer Educam dans l'offre d'outplacement (à court terme vérifier avec quels partenaires externes il y aurait lieu de prendre des accords). A plus long terme, voir dans quelle mesure Educam peut jouer un rôle plus actif dans l'offre d'outplacement et ce dans le cadre des réserves financières existantes.		
149.03	13 octobre 2015	25 mars 2016	11	Pour le 31 décembre 2015 les partenaires sociaux conviendront, dans le respect des dispositifs et des décrets régionaux en matière de reconversion professionnelle, des dispositions dans l'offre		

[986] Le 2ème alinéa a seulement été publié en néérlandais au Moniteur belge.

				d'outplacement (à court terme vérifier avec quels partenaires externes il y aurait lieu de prendre des accords).		
149.04	9 octobre 2015	19 février 2016	14	Le fonds sectoriel de formation, soit Educam, doit jouer un rôle dans le développement d'un trajet de carrière pour les ouvriers.		
214	20.06.2005	5 août 2006	27	Au plus tard pour le 31 mars 2006, CEFRET-Employés mènera une étude sur l'outplacement dans le secteur. Cette étude vérifiera en particulier, compte tenu des circonstances sectorielles spécifiques, quelle peut être la valeur ajoutée de l'outplacement pour le secteur et de quelle manière un outplacement sectoriel peut être organisé et financé. Les parties signataires mèneront ensuite des discussions afin de tirer les conclusions nécessaires en vue d'instaurer ou non un outplacement au niveau du secteur.		
216	8 avril 2016	x		Les parties conviennent de conclure au niveau sectoriel un partenariat externe avec un bureau d'outplacement.		
219	25 juin 2015	x		Mise en oeuvre sectorielle de l'outplacement d'ici le 1.1.2016.		
315.02	25 août 2014	26 octobre 2015	6	L'employeur qui souhaite solliciter une intervention du "Fonds de sécurité d'existence des compagnies aériennes autres que la SABENA", introduit à cette fin par écrit et au plus tard six mois après le préavis ou la rupture du contrat de travail une demande auprès du Fonds de sécurité d'existence susmentionné. Le Conseil d'Administration du Fonds de sécurité d'existence est chargé d'élaborer une demande type d'après laquelle l'employeur introduira auprès du fonds sa demande d'intervention.		

				Le Fonds de sécurité d'existence n'interviendra financièrement dans les frais de la procédure de reclassement professionnel que si celle-ci a pris fin et sur présentation par l'employeur d'une copie de la note d'honoraires émanant du prestataire de services et adressée à l'employeur confirmant le coût réel tenant compte du montant maximal tel que repris à l'article 5.		

Annexe 2. Analyse des structures de direction des ASBL instituées dans le domaine de la formation sectorielle

Analyse de la structure, des organes de gestion et des activités des organismes mandatés par CCT rendues obligatoire (hors FSE)					
Commission paritaire		Organisme mandaté	Structure	Organes de gestion	Activités
121	Commission paritaire pour le nettoyage	Centre de formation du nettoyage, CFN	ASBL[987]	L'article 5 des statuts indique que l'association compte au moins six membres et que les administrateurs du Fonds Social pour les Entreprises de Nettoyage et de Désinfection sont membres effectifs d'office. Des membres supplémentaires peuvent être admis à condition qu'ils aient la qualité d'employeurs dans le domaine d'activité relevant de la CP 121. L'article 17 précise que les administrateurs doivent être membres et que le conseil d'administration est composé paritairement de membres travailleurs et employeurs[988].	L'article 4 des statuts indique que l'activité principale de l'association est la prise en charge et l'organisation de toute forme de formation professionnelle dans le domaine des activités de nettoyage relevant de la Commission Paritaire pour le Nettoyage (CP 121) tant pour les jeunes, les adultes, les groupes à risque que les demandeurs d'emploi[989].
149.01	Sous-commission paritaire des	Asbl Formelec	ASBL[990]	L'article 6 des statuts précise que les membres sont des	L'article 3 des statuts précise que l'association a entre

[987] Statuts publiés au M.B. 6 déc. 2007.

[988] Statuts publiés au M.B. 6 déc. 2007.

[989] Statuts publiés au M.B. 6 déc. 2007.

[990] Statuts publiés au *M.B.* du 11 mars 2013.

	électriciens : installation et distribution			personnes physiques ou morales représentées dans Le même article dispose que les candidats sont acceptés comme membres par l'assemblée générale[991].	autres pour objet de promouvoir, organiser et suivre toutes les formes de formation professionnelle relevant de la formation permanente, de la spécialisation et d'autres formations complémentaires, du recyclage, du perfectionnement des travailleurs, et des travailleurs potentiels et notamment des groupes à risques[992].
200	Commission paritaire auxiliaire pour les employés	Asbl Centre de formation des employés de la Commission paritaire nationale auxiliaire poir employés, CEFORA	ASBL[993]	L'article 6 des statuts prévoit que les membres de la Commission paritaire désignent les membres de l'assemblée générale. Le nombre de membres de l'assemblée générale est limité au nombre de membres de la Commission paritaire auxiliaire pour Employés, suivant la même répartition. L'article précise que la qualité de membre de l'association n'est possible que pour les membres de la commission paritaire. Par ailleurs, l'article 7 indique que la qualité de membre prend fin lorsque la personne n'est plus membre de la	L'article 3 des statuts précise que l'association a pour but de promouvoir ou de favoriser, au bénéfice des employés faisant partie des entreprises sous la compétence de la commission paritaire auxiliaire pour employés (CPAE), la promotion, le financement, l'étude (la recherche) et/ou l'organisation de toute forme de formation professionnelle ayant pour but la formation, l'adaptation, la formation complémentaire, la spécialisation ou le recyclage des employés ou d'employés potentiels de ces entreprises faisant

[991] Statuts publiés au *M.B.* du 11 mars 2013.

[992] Statuts publiés au *M.B.* du 11 mars 2013.

[993] Statuts publiés au *M.B.* du 9 déc. 2004.

				commission paritaire. L'article 14 prévoit que les administrateurs sont choisis parmi les membres[994].	partie des entreprises[995].
209	Commission paritaire pour les employés de la sidérurgie	Vormingsinitiatief voor bedienden van de Antwerpse Metaalnijverheid, VIBAM	ASBL[996]	L'article 5 des statuts indique que le nombre de membres est de 18 au moins, choisis de manière paritaire parmi les membres de la commission paritaire 209[997]	L'article 3 précise que l'association a entre autre pour but l'organisation de toutes les formes de formation professionnelle de tous les membres du personnel avec un statut d'employé de l'industrie du métal de la Province d'Anvers, afin de favoriser la continuité de la mise à l'emploi des employés. L'article précise que le groupe cible st composé de toutes les entreprises de la Province d'Anvers qui appartiennent à la Commission paritaire 209 ainsi que leurs travailleurs qui sont engagés avec un contrat d'employé[998].
324	Commission paritaire de l'industrie du commerce et du diamant	Fonds de compensation interne pour le secteur du diamant (FCI)	Aucun document disponible.		

[994] Statuts publiés au *M.B.* du 9 déc. 2004.

[995] Statuts publiés au *M.B.* du 9 déc. 2004.

[996] Statuts publiés au *M.B.* du 5 déc. 2005, traduction libre.

[997] Statuts publiés au *M.B.* du 5 déc. 2005, traduction libre.

[998] Statuts publiés au *M.B.* du 5 déc. 2005, traduction libre.