

Quel rôle la loi du 10 mai 2007 portant sur certaines formes de discrimination peut-elle jouer dans la protection des convictions syndicales dans le cadre des relations de travail dans le secteur privé en Belgique ?

Introduction générale

La Belgique, tout comme les pays scandinaves et l’Autriche, connaît un taux de syndicalisation assez élevé¹. D’après des statistiques recueillies par l’Organisation de Coopération et de Développement économiques (OCDE)², 55.1% des salariés belges étaient membres d’un syndicat en 2013, et le taux de couverture, à savoir la fraction des salariés dont les conditions d’emploi sont régies par une convention collective de travail, serait de l’ordre de 90% en Belgique³.

Les syndicats ont donc une importance primordiale dans notre pays. Il est dès lors pertinent de s’interroger sur la manière dont l’opinion du travailleur, son affiliation, son engagement au sein d’un syndicat, et les activités organisées en son sein, sont garantis et protégés dans le cadre des relations de travail en Belgique.

D’un point de vue juridique, la réponse la plus évidente à cette question est d’évoquer la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre certaines formes de discrimination⁴ (ci-après « loi anti-discrimination ») et qui constitue le cadre général de lutte contre les discriminations en Belgique en matière de relation de travail.

Les convictions syndicales du travailleur n’étaient originellement pas protégées par la loi anti-discrimination. C’est suite à un recours en annulation partielle ayant donné lieu à l’arrêt 64/2009 du 2 avril 2009⁵, que le législateur a ajouté le critère de la conviction syndicale dans la liste fermée de critères protégés.

Les principaux syndicats et certains auteurs de doctrine⁶ ont salué l’arrêt de la Cour constitutionnelle, et l’ajout du critère dans la loi anti-discrimination, en ce que la loi permettait, dorénavant, de mieux lutter contre les discriminations syndicales sur le lieu de travail, et qu’elle assurait une plus grande conformité du droit belge aux recommandations de l’Organisation internationale du Travail (ci-après OIT), qui préconisait dans ses recommandations d’assurer, dans l’arsenal législatif national, un mécanisme efficace de lutte contre la discrimination syndicale⁷.

¹S. BAERT, E. OMEY, « Discrimination à l’embauche des jeunes syndiqués en Flandre », disponible sur <http://www.regards-economiques.be>, 24 octobre 2014, consulté le 16 juillet 2016 ; voyez aussi T. VAN RIE & al, Ghent revisited: Unemployment insurance and union membership in Belgium and the Nordic countries, *European Journal of Industrial Relations*, June 2011 vol. 17 n°. 2, p.126.

²OCDE, 2014, « Extraits Statistiques : *Trade Union Density* », disponible sur <https://stats.oecd.org>, consulté le 14 août 2016.

³N. GROOHTHAERTS, *Discriminatie op basis van vakbondslidmaatschap: een correspondentie-onderzoek in Vlaanderen*, Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van Master of Science in de Economische Wetenschappen, Universiteit van Gent, 2014, p.58, disponible sur <http://www.scripriebank.be>.

⁴Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, *M.B.*, 30 mai 2007.

⁵C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009.

⁶Voyez notamment: F. DORSSEMONT « Vakbondslidmaatschap moet in nieuwe antidiscriminatiewet », *De juristenkrant*, 2007, n°142, p.4; J. BUELENS, “Geen reintegratie na syndicale discriminatie”, note sous Trib. Bruxelles (1ère ch.), 6 avril 2014, *Chr. D.S.*, 2008, p.21.

⁷X. *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 2006, pp. 176-179.

Grâce à l'insertion de ce critère dans la liste de critères protégés, tout un panel de comportements et de sanctions adoptés à l'encontre du travailleur en raison de sa conviction syndicale peuvent désormais être poursuivi devant les Cours et Tribunaux. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence publiée et de certaines décisions inédites dont nous avons pu nous procurer, nous démontre que, depuis son adoption, la loi du 10 mai 2007 est très peu exploitée. Il n'existe qu'une poignée de décisions judiciaires, aussi bien du côté des juridictions néerlandophones que francophones, qui fait état de l'usage de la loi du 10 mai 2007. Cette réalité est d'autant plus frappante lorsqu'on se risque à faire du droit comparé. Ainsi en France, où le droit social prévoit en des termes presque similaires une protection contre les discriminations syndicales, on constate qu'il existe une jurisprudence très abondante qui les condamne.

La discrimination basée sur l'opinion syndicale serait-elle plus importante de l'autre côté de la frontière ? Nous pouvons en douter, même s'il existe en Belgique – contrairement à la France – très peu d'études de terrain sur la question⁸. Après de nombreuses recherches, nous avons trouvé la trace d'une enquête menée en 2014, par un étudiant de l'université de Gand, dans le cadre de son mémoire, mesurer la discrimination à l'embauche sur la base de l'appartenance syndicale chez les personnes qui entamaient leur carrière professionnelle en Flandre, au moyen du test de correspondance⁹. Dans le cadre de cette étude, l'étudiant a sélectionné 560 offres d'emploi publiées en Flandre et a, pour chaque offre d'emploi, envoyé deux candidatures fictives en tout point identiques, sauf pour ce qui concerne la rubrique « divers » qui, alternativement, mentionnait l'appartenance à l'aile jeunesse d'un syndicat¹⁰ ou ne la mentionnait pas. Il a ensuite comparé le pourcentage d'invitations à un entretien d'embauche entre les deux types de candidatures.

Il ressort de l'enquête qu'un jeune mentionnant son affiliation à un syndicat dans son Curriculum Vitae doit envoyer 30% de candidatures en plus s'il souhaite recevoir le même nombre d'invitations qu'un candidat qui ne révèle pas son appartenance syndicale. L'étude a également relevé que l'inégalité est plus élevée dans les secteurs à fort taux de syndicalisation.

Bien qu'ayant un objet d'étude limité, les résultats vont dans le sens d'un traitement inégal basé sur une caractéristique qui n'est pas lié à la productivité du travailleur: l'appartenance syndicale.

La présente contribution interroge le rôle que pourrait jouer à l'avenir la loi du 10 mai 2007 dans l'arsenal législatif belge pour lutter davantage contre la discrimination syndicale dans le cadre des relations de travail, et *in fine* garantir la liberté syndicale.

Comme annoncé dans le titre, notre étude se limitera au secteur privé et ne s'étendra donc pas au secteur de la fonction publique.

⁸Pour ce qui est de la France, voyez notamment: T. BREDAS, « Les délégués syndicaux sont-ils discriminés ? », *Revue économique*, 2014/6, pp.841-880. Dans cette contribution, l'auteure calcule, grâce à des données recueillies, le salaire moyen des délégués syndicaux en France. Elle constate que les salaires des délégués syndicaux sont en moyenne de 10 % inférieurs à ceux de leurs collègues syndiqués et non syndiqués. Selon l'auteure, plusieurs pistes suggèrent que cet écart de salaire pourrait effectivement refléter une discrimination à l'égard des délégués.

⁹N. GROOÏHAERTS, *op.cit.*, p. 15.

¹⁰Étaient ici visés les mouvements de jeunesse flamands : Jeunes –ABVV (l'aile jeunesse du syndicat socialiste), des jeunes ACV (l'aile jeunesse du syndicat démocrate chrétien) ou des jeunes –ACLB (l'aile jeunesse du syndical libéral).

Dans cette optique, nous procéderons à une description brève mais exhaustive de la mosaïque de textes législatifs qui visent à protéger les convictions syndicales du travailleur. Ainsi, dans un premier temps, nous observerons la manière dont la liberté syndicale est garantie en Belgique. Dans un second temps, nous décrirons brièvement le cadre législatif international, européen et belge visant à protéger les travailleurs des discriminations basées sur leurs affiliations ou engagements syndicaux (**Chapitre I**).

A cet égard, la loi « clé de voûte » est la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre certaines formes de discrimination. En raison du rôle central que cette loi joue dans la présente publication, un chapitre entier lui sera consacré (**Chapitre II**).

Enfin, dans le dernier chapitre, nous tenterons de définir *de lege ferenda* le rôle que peut jouer, à l'avenir, la loi anti-discrimination dans la protection des convictions syndicales en Belgique, en soulignant les faiblesses actuelles des autres dispositions du système législatif belge et en mettant en avant l'ensemble des potentialités qu'a la loi anti-discrimination à offrir, notamment en opérant une comparaison avec le système législatif français (**Chapitre III**).

Chapitre I : Les dispositions législatives assurant la protection des convictions syndicales dans le secteur privé en Belgique

Dans cette section, nous examinerons les dispositions juridiques qui visent à assurer la liberté fondamentale des travailleurs de manifester leurs convictions syndicales, notamment – mais pas exclusivement – en s'affiliant à un syndicat, en s'engageant auprès de celui-ci comme représentant du personnel, ou en participant à des activités syndicales (**I**), et le droit fondamental à ne pas subir de discrimination en raison de ces mêmes convictions syndicales (**II**).

Cette section ne prétend pas à l'exhaustivité, elle vise simplement à donner au lecteur un aperçu de la mosaïque de dispositions internationales, européennes et nationales qui tendent à protéger les convictions syndicales des travailleurs belges dans le secteur privé.

I. La liberté syndicale

De nombreux textes internationaux, de portée générale ou spécifique, reconnaissent et protègent le droit de l'individu à la liberté syndicale.

Au niveau international, la Convention n°89 de l'Organisation internationale du Travail, que la Belgique a ratifiée, est incontournable. Son article 2 consacre la liberté syndicale¹¹. D'autres conventions de l'OIT vont dans ce sens¹². Néanmoins, l'utilité de ces conventions est limitée car elles sont dépourvues d'effet direct.

¹¹Article 2 article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Nations Unies, entrée en vigueur le 6 juillet 1950, *Rec. des Traités*, vol. 68, p. 17. Cet article dispose que « Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières ».

¹²Notamment la Convention de l'OIT n°98 du 1^{er} juillet 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

À l'échelle mondiale, le droit à la liberté syndicale est aussi consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme¹³ et par les Pactes relatifs aux droits civils et politiques¹⁴ et aux droits économiques et sociaux¹⁵.

Au plan européen, l'Union européenne n'est pas compétente pour édicter des normes en matière de droit syndical¹⁶. Cependant, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷ et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs garantissent la liberté syndicale dans la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁸. Ces dernières constituent les principales sources du droit à la liberté syndicale, bien qu'elles soient dépourvues d'effet juridique contraignant. La Cour de justice de l'Union européenne en tient cependant compte lors de l'interprétation et de l'application de certaines dispositions communautaires lorsque celles-ci présentent un rapport étroit avec les Chartes¹⁹.

Citons encore l'article 5 de la Charte sociale européenne²⁰ - principal instrument régissant les rapports de travail-, et l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales qui traite de la liberté syndicale mais, contrairement à la Charte sociale européenne, sous le prisme de la liberté d'association²¹.

En matière de liberté syndicale, le mécanisme de garantie de la Convention est efficace. D'abord parce que, contrairement à la Charte sociale européenne, elle est d'applicabilité directe²², et d'autre part parce que l'effet horizontal de la Convention protège les individus aussi bien des agissements de l'État que de ceux des particuliers²³ tel que les employeurs ou les organisations syndicales²⁴.

De l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, se dégagent les éléments essentiels suivants du droit syndical : le droit de former un syndicat et de s'y

¹³Aux termes de l'article 23, § 4 de la Déclaration, « Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

¹⁴L'article 22, § 1^{er} du Pacte prévoit que « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts ».

¹⁵L'article 8, § 1^{er}, a) du Pacte proclame le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix en vue de protéger ses intérêts économiques et sociaux.

¹⁶Article 153 § 5 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, n°115, 9 mai 2008.

¹⁷L'article 12 de la Charte reconnaît à toute personne la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts.

¹⁸L'article 11, § 2 de cette Charte prévoit la possibilité pour tout employeur et tout travailleur d'adhérer ou de ne pas adhérer aux organisations professionnelles ou syndicales de leur choix.

¹⁹La Cour de Justice a notamment considéré que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs constituait un moyen d'interprétation du droit communautaire, dans un arrêt du 18 mai 2004, *Wippel*, aff. C. 313/02. Pour une application, voyez : C.J.C.E., 26 juin 2001, *BECTU*, aff. C-173/99, point 39.

²⁰Article 5 de la Charte sociale européenne (révisée), *M.B.*, 10 mai 2004 qui dispose que « les parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations pour la protection de leurs intérêts ».

²¹L'article 11, § 1^{er} de la Convention indique en effet que : « Toute personne a droit à la liberté de réunion et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de leurs intérêts ».

²²A. DEFOSSEZ, « Effet direct horizontal des libertés communautaires et la liberté syndicale », *Revue Dr. Ulg*, 2009/4, pp.639.

²³A. DEFOSSEZ, *ibidem*, p. 640.

²⁴A. DEFOSSEZ, *ibidem*, p.640.

affilier²⁵, l'interdiction des accords de monopole syndical dits *closed-shop*²⁶, le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres²⁷, ce qui a naturellement d'importants impacts en terme de liberté d'expression syndicale et de droit d'action collective. Ces implications ne seront néanmoins pas abordées dans le cadre de cette contribution.

Enfin dans l'ordre juridique belge, l'article 27 de la Constitution²⁸ et la loi du 24 mai 1921 garantissent la liberté d'association²⁹.

II. La protection contre les discriminations basées sur les convictions syndicales

Les conventions de l'OIT n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, du 25 juin 1958³⁰ et n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, du 1^{er} juillet 1949³¹ énoncent, pour la première fois, l'importance de protéger les travailleurs des discriminations basées sur son affiliation ou son engagement au sein d'un syndicat³².

Au niveau européen, l'article 28 de Charte sociale européenne révisée³³, prévoit également une obligation pour les États parties à la charte d'assurer que les représentants des travailleurs bénéficient d'une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs.

Néanmoins, comme précisé *supra*, les conventions de l'OIT et la Charte sociale européenne révisée ont un intérêt limité car elles n'ont pas d'effet direct. Elles sont dès lors à considérer comme du *soft law*.

Par ailleurs, le législateur européen s'est également saisi de la question de la non-discrimination dans le cadre des relations de travail. La directive 2000/78/CE du Conseil du

²⁵Cour européenne des droits de l'homme, *Tim Haber Sen et Çinar*, 21 février 2006.

²⁶M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *Rev. trim. D.H.*, 2007, p. 465

²⁷F. LAMBINET & S. GILSON, « La liberté d'expression syndicale », *Rev. trim. D.H.*, 2013, p.351-376.

²⁸Cet article dispose que « Les Belges ont le droit de s'associer; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive ».

²⁹Loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association, *M.B.*, 28 mai 1921.

³⁰Conventions de l'OIT n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960.

³¹Convention n° 98 de l'OIT du 1^{er} juillet 1949, sur le droit d'organisation et de négociation collective, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

³²L'interdiction de discrimination syndicale est spécifiquement énoncée dans l'article 1er de la convention n°98 de l'OIT dans ces termes : « Les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tout acte de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. Une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de:

(a) subordonner l'emploi d'un travailleur à la condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat;

(b) congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ».

³³L'article 28 dispose : « Afin d'assurer l'exercice effectif du droit des représentants des travailleurs de remplir leurs fonctions de représentants, les Parties s'engagent à assurer que dans l'entreprise: a) ils bénéficient d'une protection effective contre les actes qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs dans l'entreprise; b) ils aient les facilités appropriées afin de leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions en tenant compte du système de relations professionnelles prévalant dans le pays ainsi que des besoins, de l'importance et des possibilités de l'entreprise intéressée ».

27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³⁴ est l'une des références en la matière. Elle est à l'origine de l'élaboration de la loi du 10 mai 2007.

Il existe en droit belge plusieurs normes qui visent à protéger l'expression des convictions syndicales des travailleurs sur leur lieu de travail. On trouve d'une part certaines dispositions qui visent à proclamer l'égalité de traitement des représentants des travailleurs (**A**), et d'autres qui visent à les protéger de certaines discriminations telle la loi du 19 mars 1991 qui vise l'hypothèse du licenciement des représentants du personnel (**B**) ou la loi du 10 mars 2007 portant sur certaines formes de discriminations qui vise à protéger les convictions syndicales des travailleurs au sens large. Compte tenu que cette dernière loi est au centre de la présente contribution, elle fera l'objet d'une étude plus approfondie au Chapitre II.

A) Le principe d'égalité de traitement des représentants des travailleurs et l'interdiction de discrimination

Au niveau législatif, la loi du 20 septembre 1948³⁵ et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail³⁶ énoncent une interdiction implicite de discrimination positive ou négative à l'égard des représentants des travailleurs. Le mandat des délégués du personnel ou la qualité de candidat ne peuvent entraîner ni préjudice, ni avantages spéciaux. Les délégués du personnel et les candidats jouissent des promotions et avantages normaux de la catégorie de travailleurs à laquelle ils appartiennent.

Le principe d'égalité de traitement est également réaffirmé dans plusieurs conventions collectives de travail (CCT), emblématiques en Belgique telles que la CCT n°5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises³⁷, la CCT n°38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection des travailleurs³⁸ et la CCT n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail³⁹. Ces deux dernières conventions disposent que l'employeur est tenu de respecter, à l'égard des candidats, le principe de l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, y compris l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de travail.

La CCT n° 95 définit le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail comme l'absence de toute discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'orientation sexuelle, l'état civil, le passé médical, la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, les convictions politiques ou philosophiques, le handicap, l'affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation.

³⁴Directive (CE) 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L.303, 2 décembre 2000.

³⁵Article 21 de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, *M.B.*, 27 septembre 1982.

³⁶Article 64 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

³⁷Article 17 de la convention collective de travail n°5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel des entreprises, conclue au sein du Conseil national du travail, *M.B.*, 1er juillet 1971.

³⁸La convention collective de travail n°38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection des travailleurs, conclue au sein du Conseil national du travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 juillet 1984.

³⁹La convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 janvier 2009.

Pendant la durée de la relation de travail, l'employeur ne peut donc faire de distinction sur la base des critères protégés si ces critères ne présentent aucun rapport avec la fonction ou la nature de l'entreprise, sauf si les dispositions légales l'y autorisent ou l'y contraignent⁴⁰.

B) Protection contre le licenciement des représentants du personnel : la loi du 19 mars 1991

Très tôt déjà, le législateur a estimé qu'il fallait assurer aux représentants du personnel une protection particulière contre le licenciement en raison de leur mission spécifique⁴¹, en l'espèce, la défense des intérêts des travailleurs au sein d'une entreprise. Cette volonté fut d'abord consacrée dans l'arrêté royal n°4 du 11 octobre 1978⁴², ensuite abrogé et remplacé par la loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel au conseil d'entreprise (C.E.) et aux comités de sécurité et d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail (actuellement appelés comités pour la prévention et la protection du travail, (C.P.P.T.)), ainsi que pour les candidats délégués du personnel⁴³.

(1) Etendue de la protection

Cette loi d'ordre public accorde une protection contre les menaces de licenciement qui pourraient peser sur le représentant du personnel en raison de son investissement syndical dans l'entreprise. Ainsi ne peut-il être licencié que pour un motif grave préalablement admis par la juridiction du travail ou pour des raisons d'ordre économique et technique préalablement reconnues par l'organe compétent⁴⁴. Le législateur a par ailleurs veillé à protéger les représentants du personnel d'actes distincts du licenciement mais qui peuvent s'y assimiler ou du moins largement influencer la situation du travailleur⁴⁵. L'article 2, § 5, al.1^{er} de la loi du 19 mars 1991 prévoit que les délégués du personnel et les candidats délégués ne peuvent être transférés d'une unité technique d'exploitation à une autre d'une même entité juridique qu'en cas d'accord écrit de leur part [...] ou pour des raisons d'ordre économique ou technique.

Enfin l'article 2, § 4 de la loi précise que le travailleur protégé ne peut être ni défavorisé, ni avantagé en raison de son mandat.

(2) Les titulaires de la protection contre le licenciement

⁴⁰Article 3 de la CCT n° 95.

⁴¹Projet de loi portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel et les candidats délégués du personnel dans les conseils d'entreprise et les comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, Rapport par M. DENEIR, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1990-1991, p. 2.

⁴²A.R. n°4 modifiant la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et la loi du 10 juin 1952 concernant la santé et la sécurité des travailleurs ainsi que la salubrité des lieux de travail, *M.B.*, 31 octobre 1978.

⁴³Loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène, et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel, *M.B.*, 29 mars 1991.

⁴⁴Art 2, § 1^{er}, 1^{er} alinéa et 6 de la loi du 19 mars 1991. En dehors de ces deux exceptions, d'autres modes réguliers de cessation du contrat ont été énumérés de manière limitative par le législateur. Il s'agit de l'expiration du terme, de l'achèvement du travail en vue duquel le travail a été conclu, de la rupture unilatérale de ce contrat par le travailleur, de la force majeure et enfin de l'accord entre l'employeur et son travailleur.

⁴⁵J. CLESSE, S. CORNELIS, « Etendue et limite de la protection », in *La protection des représentants du personnel* (Dir., De BARTH (D.) et al), Liège, *Anthémis*, 2011, p. 23.

La loi énumère de manière limitative les bénéficiaires de la protection contre le licenciement : elle bénéficie aux délégués du personnel⁴⁶ et s'applique également aux candidats non élus aux élections des représentants du personnel dans ces mêmes organes. Par ailleurs, sont également protégés les membres de la délégation syndicale chargée des missions du C.P.P.T. C'est le cas lorsqu'un comité n'est pas institué par l'entreprise car celle-ci compte moins de 50 travailleurs⁴⁷.

Chapitre II : L'interdiction de discrimination sur la base de l'opinion syndicale dans les relations de travail du secteur privé: la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination

C'est sous l'impulsion du droit européen⁴⁸ que la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination⁴⁹ (ci-dessous loi du 10 mai 2007) a été adoptée, quatre années seulement après l'adoption de la loi du 25 février 2003⁵⁰ tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993⁵¹, aujourd'hui rayée des codes.

La loi du 10 mai 2007 constitue le cadre général de la lutte contre les discriminations en Belgique en matière de relation de travail, tant dans le secteur privé que public. Dans le secteur privé, son champ d'application s'étend à tous les aspects, tant du droit à la sécurité sociale que du droit du travail⁵². Le champ d'application de la loi est ainsi très large et englobe tout ce qui concerne les relations de travail dans le secteur privé, qui est le seul objet de cette étude.

I. La protection offerte par la loi

La loi du 10 mai 2007 a instauré une liste de critères protégés⁵³ : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale⁵⁴, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.

A) La plainte et la protection des victimes et témoins des représailles de l'employeur

⁴⁶Selon l'article 1^{er} §1^{er}, al 1^{er} de la loi du 19 mars 1991, les délégués du personnel sont les membres effectifs et suppléants représentant le personnel au sein des conseils d'entreprise et des comités de sécurité et d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail. Ce comité est instauré pour chaque entreprise de plus de 50 travailleurs.

⁴⁷Art 52 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996.

⁴⁸Directive (CE) 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L.303, 2 décembre 2000.

⁴⁹Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

⁵⁰Article 4, 4^o de la loi du 10 mai 2007.

⁵¹Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre d'égalité des chances, *M.B.*, 17 mars 2003.

⁵²Selon son article 4, elle s'applique aux relations de travail, cette notion étant entendue comme « les relations qui incluent l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement » et ce :

- tant pour le travail salarié, que pour le travail non salarié, le travail presté dans le cadre de conventions de stage, d'apprentissage, d'immersion professionnelle et de premier emploi ou le travail indépendant ;
- et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle et pour toutes les branches d'activité.

Sont notamment visés par la dénomination « relation de travail » les offres d'emploi, les critères de sélection, l'exécution du contrat et la cessation de celui-ci.

⁵³Article 4, 7^o de la loi du 10 mai 2007.

⁵⁴Inséré par la loi du 30 décembre 2009 à la suite de C.C., 2 avril 2009, n^o 64/2009.

La plainte joue un rôle fondamental dans la dénonciation des discriminations sur la base des critères protégés par la loi. Celle-ci va en effet entraîner l'application des mécanismes particuliers prévus par la loi (voyez *infra*) et le système de protection contre les représailles.

Le travailleur concerné n'est pas le seul à pouvoir prendre des initiatives pour dénoncer et faire cesser la discrimination dont il est victime. La loi a prévu un droit d'action pour les groupements d'intérêts collectifs⁵⁵ et le Centre d'Égalité des Chances (aujourd'hui UNIA).

Pour ce qui concerne les relations de travail c'est l'article 17 de la loi 10 mai 2007 qui prévoit que, lorsqu'une plainte est introduite par ou au bénéfice d'une personne en violation de ladite loi, l'employeur ne peut adopter une mesure préjudiciable à l'encontre de cette personne, sauf pour des motifs étrangers à cette plainte. Une mesure préjudiciable peut constituer dans la rupture de la relation de travail, la modification unilatérale des relations de travail ou la mesure préjudiciable intervenue après la relation de travail.

Si l'employeur ne respecte pas le prescrit de l'article 17, § 1^{er} et adopte une mesure préjudiciable à l'encontre du travailleur qui a introduit la plainte, l'article 17, § 4 prévoit que la personne ou le groupement d'intérêts auquel il est affilié peut demander sa réintégration dans l'entreprise ou le service ou qu'il puisse exercer sa fonction sous les mêmes conditions qu'auparavant. En cas de réponse positive de l'employeur, celui-ci est tenu de payer la rémunération perdue du fait de la mesure préjudiciable et de s'acquitter des cotisations sociales. En cas de réponse négative, et si la mesure a été jugée préjudiciable, l'employeur est tenu de payer à la personne concernée une indemnité égale, selon le choix de cette personne, (1) soit à un montant forfaitaire correspondant à la rémunération brute de six mois, (2) soit au préjudice réellement subi, à charge de la personne concernée de prouver l'étendue du préjudice dans ce dernier cas. Ce dispositif vise donc à entraver ou réprimer des mesures punitives qu'adopteraient les employeurs à l'égard du membre du personnel qui se serait plaint de discrimination.

Lorsque la mesure préjudiciable survient après la cessation de la relation de travail, et qu'elle est jugée contraire à l'article 17, § 1^{er}, l'employeur est tenu de payer l'indemnité forfaitaire (examinée ci-après).

La protection contre les mesures préjudiciables, décrite *supra*, bénéficie également aux personnes qui interviennent comme témoins dans le cadre de l'introduction de la plainte.

B) La charge de la preuve

La loi du 10 mai 2007 prévoit des dispositions particulières en ce qui concerne la charge de la preuve⁵⁶. Dans ce dispositif, ce n'est pas au demandeur qu'il incombe de prouver la réalité des faits sur lesquels il se fonde, comme il est habituellement prévu dans le Code civil, mais au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination⁵⁷. La loi prévoit en effet un renversement de la charge de la preuve quand une action est introduite devant les juridictions compétentes par la personne qui s'estime victime d'une discrimination, ou par le Centre ou un groupement d'intérêt, à condition que les faits invoqués permettent de présumer de l'existence d'une discrimination⁵⁸. Ces faits sont énoncés dans la loi. Il s'agit, pour les discriminations directes :

⁵⁵Article 30 de la loi du 10 mai 2007.

⁵⁶Article 27 et 28 de la loi du 10 mai 2007

⁵⁷M. KOKOT & R. DE BAERDEMAEKER, « Relations de travail et discriminations », *Or.*, 2010, n°1, pp.1-12.

⁵⁸Article 28 de la loi du 10 mai 2007.

- (1) des éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé; entre autres, différents signalements isolés faits auprès du Centre ou l'un des groupements d'intérêts; ou
- (2) des éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

Pour les discriminations indirectes, il s'agit :

- (1) des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale; ou
- (2) l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect; ou
- (3) du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable.

C) Les sanctions civiles

Le législateur a prévu un ensemble de sanctions et de moyens pour assurer l'effectivité de la loi anti-discrimination. Ainsi a-t-il organisé la nullité des dispositions contractuelles et réglementaires violant les dispositions de la loi du 10 mai 2007 (1) et un système particulier de réparation forfaitaire (2).

(1) La nullité

L'article 15 de la loi du 10 mai 2007 prévoit que: « Sont nulles, les dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi ».

La nullité prévue par le législateur est applicable tant aux actes juridiques multilatéraux qu'unilatéraux.

Il s'agit d'une nullité absolue, avec toutes les conséquences qui en découlent au niveau de la détermination des titulaires du droit d'agir en nullité (et de la possibilité ou non de non de « couvrir » la nullité *a priori* (renonciation) ou *a posteriori* (confirmation)⁵⁹. Les parties liées par une telle disposition ne peuvent donc renoncer à invoquer la nullité⁶⁰. Ainsi ne peuvent-elles pas renoncer, *a priori*, aux bénéfices des dispositions de la loi du 10 mai 2007, ni *a posteriori*. La nullité est limitée à la disposition discriminatoire et n'affecte donc pas l'intégralité de l'acte dans laquelle elle figure. Elle agit *ex tunc* : elle rétroagit au moment de la formation du contrat⁶¹.

(2) Réparation du dommage dû à la discrimination

Outre la nullité absolue, la loi du 10 mai 2007 prévoit un mécanisme qualifié de « réparation forfaitaire du dommage », totalement inhabituel au regard du droit belge de la responsabilité. Cette réparation répond à deux objectifs : (1) permettre à toute victime d'une discrimination d'obtenir une réparation effective du préjudice matériel et moral, éviter la généralisation de

⁵⁹J.Fr. GERMAIN, C. EYBEN, « Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires », in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, (Dir. BAYART (C.), SOTTIAUX (S.) et VANDROOGHENBROECK), Brugge – Bruxelles, Die Keure, La Charte, 2008, p. 336.

⁶⁰J.Fr. GERMAIN, C. EYBEN, *ibidem*, p.340.

⁶¹J.Fr. GERMAIN; C. EYBEN, *ibidem*, p 348.

l'octroi d'un euro symbolique en guise de réparation du dommage moral⁶² et (2) simplifier les débats quant au montant de l'indemnisation⁶³.

Lorsqu'une discrimination entrant dans le champ d'application de la loi est constatée, l'auteur de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant soit (1) à une somme forfaitaire, soit (2) au dommage réellement subi par la victime.

C'est la victime qui choisit la manière dont elle sera indemnisée. Si celle-ci choisit la deuxième option, elle sera tenue de prouver l'étendue du préjudice qu'elle a subi.

La loi du 10 mai 2007 met en place un système avantageux au profit de la victime : celle-ci peut automatiquement se prévaloir du forfait une fois la discrimination prouvée. Elle ne doit démontrer ni l'étendue, ni l'existence du préjudice : celui-ci est présumé par la seule commission de la discrimination⁶⁴. Cette sanction a un intérêt certain au regard de la charge de la preuve.

En prévoyant une indemnité, la sanction a un rôle dissuasif. Peu importe l'étendue du dommage, l'auteur de la discrimination doit s'attendre à s'acquitter du montant forfaitaire. Dans le cas des discriminations dans les relations de travail, l'indemnité forfaitaire est fixée à six mois de rémunération brute.

D) L'action en cessation

L'article 20 de la loi du 10 mai 2007 prévoit également une action judiciaire spécifique : l'action en cessation. Celle-ci consiste en une « demande au tribunal de première instance, du travail ou de commerce, d'ordonner la cessation de l'acte constitutif de discrimination, après en avoir constaté l'existence »⁶⁵.

Par ailleurs, le président peut, à la demande de la victime, lui octroyer une indemnisation forfaitaire dans les conditions prévues à l'article 18, § 2. Seules les personnes physiques peuvent profiter de ce forfait, et non les groupements d'intérêts ou acteurs institutionnels.

Last but not least, le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures de publicité et, en ce qui concerne les obligations de faire, ordonner une astreinte.⁶⁶

II. La conviction syndicale : une lacune dans la liste fermée de critères

Cette section est consacrée à un des critères figurant dans la liste protégée de critères de la loi du 10 mai 2007, la conviction syndicale, objet même de cette contribution. Afin de mieux comprendre l'impact de la loi du 10 mai 2007 sur le droit social belge en matière de protection contre les discriminations syndicales, il nous faut revenir sur les considérations qui ont amené le législateur à ne pas inclure dans le projet de loi le critère de la conviction syndicale dans la liste fermée des critères protégés et les amendements des députés visant à l'y inclure (A), nous attarder sur les critiques des auteurs de doctrine sur l'absence de ce

⁶²Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations, Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Ch.repr., sess.ord. 2006-2007, n°2722/001, pp.26-27.

⁶³Exposé des motifs, *ibidem*, p.26.

⁶⁴Article 3 de la loi du 10 mai 2007.

⁶⁵M. KOKOT & R. DE BAERDEMAEKER, *op.cit.*, p.11.

⁶⁶G. GLOSSET-MARCHAL, J.Fr. VAN DROGHENBROECK, « L'action en cessation en matières de discriminations », in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, (Dir., BAYART (C.), SOTTIAUX (S.) et VANDROOGHENBROECK (S)) Bruxelles, Die Keure, La Charte, 2008, p. 363.

critère dans le projet de loi (B), détailler le dispositif de l'arrêt 64/2009 du 2 avril 2009 de la Cour constitutionnelle qui a conclu que l'absence du critère de la conviction syndicale rendait la loi du 10 mai 2007 lacunaire (C), et enfin analyser la manière dont a été appliquée la loi anti-discrimination dans les Cours et Tribunaux (D).

A) Les débats parlementaires

La discrimination basée sur la conviction syndicale n'était originellement pas sur la liste des motifs repris par l'article 3 de la loi du 10 mai 2007. Il ressort des travaux parlementaires que la question a pourtant bien été posée, notamment par la députée Ecolo Zoé GENOT, qui a spécifiquement interrogé le ministre sur l'absence du critère de l'affiliation syndicale parmi les critères protégés et prévus par la loi⁶⁷. À cette question, le gouvernement a apporté plusieurs éléments de réponse. Ainsi a-t-il affirmé que bien qu'il soit essentiel de lutter contre les discriminations fondées sur l'affiliation syndicale, ce critère ne devait pas figurer parmi la liste des critères protégés, la liste ayant été établie à partir des critères prévus par la loi du 25 février 2003, et complétée par les critères de la langue et des convictions politiques pour donner suite à l'arrêt 157/2004 de la Cour d'arbitrage (aujourd'hui Cour constitutionnelle), ainsi que par d'autres critères fondamentaux dont font explicitement mention les instruments internationaux concernant les droits de l'homme. Deux autres critères (les critères des caractéristiques génétiques et de l'origine sociale) ont été ajoutés après une première lecture en Conseil des ministres pour donner suite à l'avis du Conseil d'État, du 11 juillet 2006, dans le but d'assurer la symétrie la plus étroite possible avec ce modèle.

De plus, le ministre estimait que le Conseil d'État n'avait pas donné d'avis en ce sens, et que le critère de « l'affiliation syndicale » n'apparaissait pas explicitement dans la Charte qui a servi de modèle pour établir la liste fermée des critères protégés, ni dans d'autres instruments tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (ONU), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Par ailleurs le gouvernement a rappelé que l'interdiction de discrimination sur la base de l'appartenance à une organisation syndicale n'était pas, de prime abord, liée au droit à l'égalité de traitement. En effet, l'interdiction de discrimination fondée sur l'appartenance à une organisation syndicale découle, en droit international, comme en droit interne, de la liberté d'association, et plus particulièrement de la liberté syndicale. En droit belge, ce droit est notamment garanti par la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association.

Le ministre a également souligné qu'il ne faisait aucun doute qu'un travailleur qui serait victime d'une discrimination fondée sur ses convictions syndicales pourrait faire valoir ses droits dans le cadre de la loi, car les convictions syndicales étaient implicitement comprises dans le critère protégé « des convictions religieuses, philosophiques et politiques » repris dans le projet de loi. Ce critère ne semblait donc pas avoir sa place dans ce projet de loi, mais bien dans les législations spécifiques aux relations de travail, à l'instar de ce qui existe dans l'ordre juridique belge. Plus particulièrement, l'on peut renvoyer à l'interdiction de discrimination concernant les délégués du personnel (article 2, § 4 de la loi du 19 mars 1991).

Enfin, le ministre a observé que le critère de l'appartenance à une organisation syndicale figure explicitement dans d'autres instruments juridiques tels que l'article 2*bis* de la CCT

⁶⁷Doc parl. Ch. Repr. Sess. ord 2006-2007, n°51-2720, p.47.

n°38⁶⁸ concernant le recrutement et la sélection des travailleurs et les articles 2 et 3 de la CCT n°95 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail. Les dispositions précitées interdisent toute discrimination fondée notamment sur l'affiliation à une organisation syndicale tout au long de la relation de travail. Ces deux CCT ayant été rendues obligatoires⁶⁹, l'infraction à ces conventions est punissable⁷⁰. Lorsqu'une telle infraction n'est pas poursuivie pénalement, une amende administrative allant de 50 à 1250 euros peut être infligée⁷¹.

Par la suite, deux amendements ont été déposés par des députés. Le premier visait à intégrer l'affiliation syndicale dans la liste de critères protégés, et était justifié par la nécessité d'établir une liste exhaustive de critères afin d'éviter une censure de la Cour d'arbitrage⁷². Le deuxième visait à inclure « l'appartenance à une organisation syndicale ou de l'activité syndicale » à la liste des critères protégés. La députée a justifié son amendement en expliquant que ce motif était protégé par bon nombre de conventions internationales et dispositions belges, et qu'il apparaissait dans les systèmes juridiques d'autres pays notamment européens⁷³.

Les deux amendements ont néanmoins rejetés⁷⁴. La loi du 10 mai 2007 telle que publiée à l'époque au *Moniteur belge* ne prévoyait donc aucune protection pour les opinions syndicales des travailleurs et ses manifestations extérieures.

B) Les critiques des auteurs de doctrine

Certains auteurs de doctrine ont dénoncé l'absence du critère de l'affiliation syndicale et de l'activité syndicale dans la liste fermée de critères après l'adoption de la loi.

Ainsi le professeur Filip DORSSEMONT, considérait qu'il était nécessaire d'ajouter dans la liste de critères fermés, « l'appartenance ou l'affiliation à une organisation syndicale ». Selon lui, le système législatif belge était « dépassé » puisqu'il ne permettait pas de prévenir les discriminations basées sur l'appartenance syndicale du travailleur ou son engagement militant. En effet, la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association est de nature essentiellement pénale, et les dernières applications de cette loi datent de la deuxième guerre mondiale. De plus, la CCT n°38 interdit les discriminations à l'embauche uniquement. Enfin, il donne comme exemple d'autres pays tels que la France, les Pays-Bas et l'Italie qui prévoient un système de sanctions civiles en cas de discrimination syndicale⁷⁵.

Jan BUELENS, professeur et avocat spécialisé en droit social, était également de cet avis. Il estimait que le législateur avait manqué l'occasion d'insérer, dans le droit belge, un mécanisme efficace de lutte contre les discriminations syndicales, notamment grâce aux sanctions civiles et au renversement de la charge de la preuve prévu par la loi anti-discrimination. Cette opinion partait du constat que bien que l'article 2*bis* de la CCT n°38, la

⁶⁸Encore en discussion à l'époque mais adopté en 2008, remplacé par la CCT n° 38*sexies* du 10 octobre 2008.

⁶⁹Ces deux conventions ont été rendues obligatoires par un arrêté royal du 11 janvier 2009, *M.B.*, 4 février 2009

⁷⁰Articles 56 et 57 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

⁷¹Article 1^{er}, 14^o de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, *M.B.*, 13 juillet 1971.

⁷²Amendement n° 15, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/004, p. 3.

⁷³Amendement n° 12, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/003, p. 9.

⁷⁴*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 133.

⁷⁵F. DORSSEMONT, *op.cit.*, p.4.

CCT n°5 et la loi du 19 mars 1991 visent à protéger le personnel des discriminations syndicales dans leurs relations de travail, lesdites discriminations n'étaient généralement réprimées que dans le cas de licenciement ou d'abus du droit de licencier, ce qui impliquait que toute une série de comportements discriminatoires n'étaient pas visés par ces dispositions légales⁷⁶. Par ailleurs, Jan BUELENS estimait que la Belgique manquait à ses obligations internationales. Dans son rapport de 2006⁷⁷, l'OIT insistait lourdement sur l'obligation d'insérer une possibilité de réintégration du travailleur dans l'entreprise en cas de discrimination syndicale et sur la nécessité d'incorporer dans les systèmes juridiques nationaux un mécanisme efficace de lutte contre les discriminations syndicales. Le législateur avait donc, selon lui, manqué l'occasion de se rapprocher du prescrit de l'OIT en n'insérant pas le critère de conviction syndicale ou d'appartenance à une organisation syndicale dans la loi du 10 mai 2007.

C) L'arrêt 64/2009 du 2 avril 2009

Les justifications avancées par le gouvernement n'ont pas convaincu la Cour constitutionnelle. Ainsi, les recours en annulation partielle introduits par la CNE et par la LCB-NVK ont donné lieu à l'arrêt 64/2009 du 2 avril 2009. La Cour constate qu'en n'incluant pas le motif de la conviction syndicale dans la liste fermée, le législateur a traité différemment, sans justification raisonnable, les victimes de discrimination sur la base de la conviction syndicale et les victimes des motifs de discrimination repris dans la loi du 10 mai 2007.

Pour rappel, les requérants reprochaient au législateur d'omettre, parmi les motifs de discrimination, l'affiliation à une organisation syndicale, la conviction syndicale et l'activité syndicale et de créer par là une différence de traitement injustifiée entre les victimes d'une discrimination sur la base d'un des motifs mentionnés dans la loi et les victimes d'une discrimination sur la base de leur conviction, de leur affiliation ou de leurs activités syndicales.

La Cour constitutionnelle a commencé par circonscrire la notion de conviction syndicale. Au point B.8.3, elle affirme que :

« L'affiliation ou l'appartenance à une organisation syndicale et l'activité menée dans le cadre d'une telle organisation doivent être considérées comme des manifestations de l'opinion syndicale de la personne concernée. La victime d'une discrimination sur la base de son affiliation, de son appartenance ou de son activité syndicale est dès lors également victime d'une discrimination sur la base de ses convictions en matière syndicale, de sorte que les trois motifs de discrimination cités sont compris dans celui de la conviction syndicale »

L'affiliation, l'appartenance à un syndicat et les activités syndicales sont donc comprises dans la notion de conviction syndicale, en tant qu'elles sont les manifestations externes des convictions syndicales des travailleurs.

La Cour constitutionnelle analyse ensuite les justifications avancées par le législateur pour écarter les convictions syndicales de la liste fermée des motifs de discriminations comprises dans la loi du 10 mai 2007.

⁷⁶J. BUELENS, *op.cit.*, p.21.

⁷⁷X. *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 2006, pp. 176-179.

Selon la Cour, les travaux préparatoires démontrent que le législateur s'est préoccupé de la discrimination sur la base de la conviction syndicale, tout en choisissant de ne pas inscrire expressément ce critère dans la loi du 10 mai 2007, estimant que les dispositions législatives existantes suffisaient à prévenir ce genre de discrimination. Le gouvernement avait notamment fait référence, d'une part à la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association, et d'autre part aux CCT n°38 et 95.

La Cour estime que bien qu'offrant une protection, notamment au moyen des poursuites pénales, ces dispositions ne contiennent pas les mesures et procédures particulières par lesquelles le législateur a entendu garantir l'efficacité de la loi attaquée⁷⁸. La loi du 10 mai 2007 organise en effet une protection particulière pour la personne qui a déposé plainte en raison d'une violation de cette loi et des témoins, la possibilité d'une réintégration dans l'entreprise ou la fonction dans laquelle elle a exercé sa fonction, des sanctions civiles (indemnités forfaitaires et nullité des dispositions contraires aux prescrits de la loi), un renversement de la charge de la preuve, une action en cessation, et enfin la possibilité pour le juge d'infliger une astreinte.

Or, la Cour rappelle que ces mesures ont été prises par le législateur spécifiquement pour pallier l'inefficacité « qui est notamment explicable par le fait que, en matière pénale, la discrimination subie ne peut être surmontée par un renversement de la charge de la preuve. C'est la raison pour laquelle il est proposé de privilégier le volet civil permettant d'obtenir la cessation des actes discriminatoires ainsi qu'une réelle compensation »⁷⁹.

Enfin, la Cour souligne que les CCT s'appliquent uniquement dans le secteur privé (tandis que la loi du 10 mai 2007 s'applique dans le secteur privé et public) et qu'elles sont des instruments juridiques sur lesquelles l'État n'a aucune maîtrise ; elles ne pourraient donc pas être invoquées pour justifier le refus fait aux travailleurs de bénéficier du régime de protection de la loi du 10 mai 2007, alors que cette dernière a pourtant pour objet de lutter contre les discriminations dans la relation de travail⁸⁰.

Dès lors, la Cour constitutionnelle conclut qu'en n'inscrivant pas ce motif de discrimination, le législateur a fait une distinction de traitement sans justification raisonnable, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Par conséquent, la Cour a annulé les articles 3 et 4, 4° de la loi du 10 mai 2007, mais uniquement en ce qu'ils ne visent pas, parmi les critères de discrimination qu'ils énoncent, la conviction syndicale.

À la suite de cet arrêt, le critère de « conviction syndicale » a été ajouté à la liste fermée des motifs de discrimination repris dans la loi du 10 mai 2007, par l'article 107 de la loi du 30 décembre 2009 contenant des dispositions diverses, entrée en vigueur le 31 décembre 2009⁸¹.

D) Application de la loi du 10 mai 2007 par les Cours et Tribunaux

On trouve en Belgique très peu de décisions de jurisprudence (ou du moins publiées) dans lesquelles il est fait usage de la loi du 10 mai 2007 pour réprimer des discriminations

⁷⁸C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, point. B.8.9.

⁷⁹Doc. parl. Ch. Repr. Sess. ord., 2006-2007, n°51-2720/001, p.25.

⁸⁰C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009, point. B.8.14.

⁸¹Article 107 de la loi du 30 décembre 2009 contenant des dispositions diverses, *M.B.*, 31 décembre 2009.

syndicales⁸². L'analyse de ces quelques décisions nous permet néanmoins de dresser un bilan provisoire quant à l'application de la loi anti-discrimination par les Cours et Tribunaux.

Après une brève description des faits et des tenants et aboutissants de certaines décisions que nous avons estimées pertinentes dans le cadre de la présente contribution (1), nous ferons quelques observations sur les hypothèses dans lesquelles la loi anti-discrimination est le plus exploitée et les difficultés que nous observons quant à son application (2).

(1) *La jurisprudence*

Nous analyserons, dans cette section, brièvement trois décisions dans lesquelles une discrimination basée sur l'opinion syndicale a été constatée par le juge.

(i) *Décision du tribunal de Travail de Bruxelles, du 20 février 2014*⁸³

Cette affaire concerne deux travailleurs au KINEPOLIS, délégués syndicaux et candidats non élus aux élections sociales. L'employeur invoqua un motif grave, fondé sur usage affirmé abusif de l'avantage en nature accordé par le KINEPOLIS, à savoir la mise à disposition de deux tickets de cinéma par jour pour les employés et les membres de leurs familles. Comme il s'agissait de travailleurs protégés par la loi du 19 mars 1991 (voyez *supra*), le motif grave a été contrôlé par les juridictions du travail. Le tribunal déclara la demande non fondée en estimant qu'en l'absence de règles clairement définies, c'est à tort que les agissements des employés étaient considérés comme de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations de travail. Ce jugement fut confirmé en degré d'appel.

KINEPOLIS rompt, à cette suite, les contrats de travail : l'un pour force majeure au sens de l'article 32, 5° de la loi du 3 juillet 1978 et l'autre en payant l'indemnité de préavis et l'indemnité de protection du délégué syndical.

Le jugement commenté concerne l'un des travailleurs (X.), celui pour lequel la force majeure a été invoquée. L'action vise le paiement des indemnités de protection sur pied des articles 16 et 17 de la loi du 19 mars 1991 et également une indemnité au titre de réparation forfaitaire du dommage résultant de la violation de la loi anti-discrimination.

Dans sa décision du 20 février 2014, le tribunal de Bruxelles considéra que la force majeure n'était pas établie, et que c'était donc en violation de l'article 2 de la loi 19 mars 1991 que l'employé a été licencié : les indemnités de protection visées aux articles 16 et 17 de la loi précitée étaient donc bien dues.

Le tribunal va par ailleurs reconnaître qu'un traitement défavorable a été appliqué à des personnes partageant avec le travailleur un critère protégé, à savoir la conviction syndicale. Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal va se baser sur plusieurs éléments de faits. Le tribunal observa, d'abord, que le motif initialement invoqué pour obtenir le licenciement pour motif grave de X. et de son collègue était inexistant, et qu'aucune faute ne pouvait être reprochée aux employés quant à l'usage des tickets de cinéma. Il remarqua ensuite que c'est sur la base d'un motif inexistant (le motif grave) que l'employeur refusa la réintégration des

⁸²Nos recherches nous ont permis de trouver 6 décisions publiées, majoritairement dans les *Chroniques de droit social*. Grâce à l'aide de plusieurs cabinets d'avocats, il nous a été possible de mettre la main sur cinq autres décisions.

⁸³Trib.trav. Bruxelles (4ème ch.), 20 février 2014, *Chr.D.S.*, 2014, pp. 365-369.

employés licenciés. Enfin, il souligna que ces initiatives ont été prises à l'approche du processus d'organisation des élections sociales.

Pris dans leur ensemble, ces éléments constituent des faits « qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés », de telle manière qu'il incombe à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination (article 28, § 1^{er} de la loi) ou que la distinction directe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser l'objectif poursuivi sont appropriés et nécessaires. Or ici, l'employeur n'apporta pas cette preuve : il n'a fait état d'aucun autre motif plausible étranger aux activités syndicales de X. qui serait à l'origine de la décision de le licencier et de refuser sa réintégration.

Enfin, le tribunal a eu à se prononcer sur le cumul des indemnités de protection visées aux articles 16 et 17 de la loi du 19 mars 1991 et celles demandées pour violation de la loi du 10 mai 2007. Ce cumul étant contesté par l'employeur. Afin de trancher la question, le juge va se référer à la nature même des indemnités précitées. Selon les travaux préparatoires de la loi du 19 mars 1991, l'indemnité spéciale remplace les indemnités normales de rupture du contrat et vise non seulement à permettre aux travailleurs délégués du personnel d'exercer leurs missions dans l'entreprise, mais également à assurer l'entière liberté des travailleurs de se porter candidats à cette mission. De plus, il ressort de la jurisprudence de la Cour du travail de Bruxelles que l'indemnité peut être cumulée avec toute indemnité ayant une cause juridique différente.

L'indemnité forfaitaire prévue par l'article 18 de la loi du 10 mai 2007 ne vise pas à indemniser le dommage causé par le licenciement, mais constitue une sanction civile destinée à assurer l'effectivité de l'interdiction de toute forme de discrimination dans les matières qui relèvent du champ d'application de la loi. En outre, elle ne s'analyse pas comme une indemnité de rupture du contrat.

Dès lors que l'indemnité prévue par la loi du 10 mai 2007 a une cause juridique différente de celle de l'indemnité de protection prévue par la loi du 10 mars 1991, le tribunal en a conclu que les indemnités sont cumulables. L'employeur a donc été condamné au paiement des indemnités de protection et de l'indemnité forfaitaire pour non-respect de la loi anti-discrimination.

(ii) *Décision du tribunal du travail de Bruxelles (2^{ème} ch.), du 26 novembre 2014*⁸⁴

Cette décision non publiée concerne le licenciement d'une employée (X.), engagée dans la société A. et très active syndicalement. A l'époque des faits, elle était représentante du personnel au sein du conseil d'entreprise et déléguée syndicale effective. Elle consacrait alors l'intégralité de son temps de travail à l'exercice des mandats syndicaux, la société A. ayant pour pratique de libérer à 100% des prestations tous les titulaires d'un mandat syndical effectif.

En 2010, le SETCa fédéral a licencié des secrétaires permanents du secteur industrie du SETCa BHV, pour motif grave. Cette décision a provoqué un mouvement interne de

⁸⁴ Trib. trav. Bruxelles (2^e Ch.), 26 novembre 2014, inédit, R.G. n° 12/5.774/A.

contestation auquel X. a participé. Cette dernière a publiquement fait part de son opposition face à une telle décision et a introduit, avec 46 autres militants, une action en justice.

En 2011, le SETCa a pris la décision de retirer à X. son mandat de déléguée syndicale, la raison principale invoquée étant « qu'on ne peut plus travailler avec elle et qu'elle est réactionnaire » ou encore « qu'elle faisait partie du groupe qui a agi contre l'organisation syndicale ».

Bien que déplaisant, ce retrait du mandat de délégué syndical n'était néanmoins pas susceptible de modifier le statut de X. sur le plan de la relation contractuelle. Titulaire d'un mandat au conseil d'entreprise, elle a effectivement continué à bénéficier de la dispense de prestations à 100%, comme c'était le cas avant sa désignation.

En juin 2011, l'employeur invita X. à un entretien au cours duquel il lui demanda si elle comptait se présenter aux élections sociales de 2012 ; si tel avait été le cas, il lui aurait proposé de lui confier une fonction particulière à discuter, en contrepartie d'une renonciation à cette intention. Au cours de l'entretien, X. ne confirma pas son intention de ne pas briguer un nouveau mandat de représentante du personnel et signala simplement qu'elle était demandeuse d'une fonction dans l'entreprise.

En septembre 2011, la société A. licencia X. sans faire de demande *a priori* au tribunal du travail (conformément à l'article 2 de la loi du 19 mars 1991). L'employeur a justifié le licenciement dans les termes suivants : « Madame X. ayant perdu la confiance de la part du BBTK/SETCa, la direction n'a plus confiance en Madame X. non plus ». Celle-ci introduisit peu après une demande de réintégration qui fut refusée.

Suite au licenciement et au refus de réintégration, X. saisit le tribunal du travail de Bruxelles contestant le calcul des indemnités de protection payées et sollicitant une indemnité pour discrimination syndicale.

X. avança une série d'éléments qui permettaient de prouver l'existence de la discrimination. D'abord, X. a été licenciée car, selon l'employeur, elle aurait perdu la confiance de son organisation syndicale. Ensuite, X. rappela que le seul élément tangible dans ses rapports avec la société en relation avec cette perte de confiance était le retrait du mandat de déléguée syndicale, 5 mois avant le licenciement. Or, le retrait de ce mandat n'a entraîné aucune conséquence sur le plan de la relation contractuelle entre elle et son employeur, l'employée disposant encore du mandat de représentante effective du personnel au sein du conseil d'entreprise de la société. Dès lors, la société A. n'était nullement tenue de restituer une fonction opérationnelle puisque ce seul mandat justifiait la libération à 100%.

Le tribunal souscrit à l'argumentation de X. en estimant qu'il était manifeste que le conflit d'opinion entre elle et certains autres membres de l'organisation syndicale relevait de la conviction syndicale, puisqu'il touchait aux règles de fonctionnement de l'organisation syndicale et portait sur les décisions prises par ses dirigeants quant à son mode de fonctionnement interne. En l'espèce, la rupture du lien de confiance relatif à X. n'a pas été appréciée comme cela serait le cas d'un autre travailleur de l'entreprise au regard d'une faute ou d'un comportement posé dans le cadre de la relation contractuelle ou affectant celle-ci: la société A. ne fait état d'aucun comportement qui aurait entraîné une perte de confiance à l'égard de X. L'appréciation a eu lieu au regard de l'activité menée au sein de l'organisation syndicale. Pareil traitement est donc défavorable et ne trouve aucune justification vu l'absence de tout but légitime identifié et de proportionnalité à ce but dans les moyens employés.

Conformément à l'article 28, § 1er de la loi du 10 mai 2007, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination lorsque sont avancés des faits qui permettent de la présumer. Comme la société A. ne prouve pas qu'il n'y a pas eu de discrimination, celle-ci est avérée.

Quant au montant demandé pour la réparation intégrale du dommage moral, il a été jugé excessif et le tribunal a donc accordé le montant forfaitaire prévu par la loi du 10 mai 2007.

Le tribunal a également admis le cumul de cette indemnité avec les indemnités de protection prévues par la loi du 19 mars 1991, comme ce fut le cas dans la décision précédemment commentée.

(iii) Décision de la Cour du travail de Bruxelles, du 14 janvier 2015⁸⁵

Cette affaire concerne également le licenciement d'un informaticien, X., employé par la société L. et délégué suppléant au C.P.P.T.

En première instance, la société L. a été condamnée au paiement des indemnités de protection. En appel, les débats portent sur l'éventuelle discrimination basée sur l'opinion syndicale et le montant de l'indemnité due.

Dans cette affaire, l'employé s'est considéré comme victime d'une discrimination en raison de ses convictions syndicales, du fait que son employeur ne lui avait pas octroyé certains avantages, pourtant accordés à d'autres employés licenciés le même jour et pour les mêmes motifs, à savoir les avantages prévus par la CCT sectorielle en matière de stabilité d'emploi, étendue sur une base volontaire. La société a motivé sa décision en expliquant que l'octroi des indemnités de protection liées au statut syndical de X. était plus favorable que celui des travailleurs non protégés, « de sorte que le statut syndical mène à un traitement plus favorable ».

La Cour estime que les termes « de sorte que le statut syndical mène à un traitement plus favorable » sont explicites et démontrent bien que le refus des avantages de la CCT tient à l'octroi de l'indemnité de protection liée au statut syndical de X., jugé plus favorable que celui des travailleurs non protégés.

Afin de justifier cette différence de traitement, la société L. soutient que la situation de X. ne peut être comparée à celle des autres employés licenciés, dès lors que ceux-ci n'ont pas bénéficié, après leur licenciement, du maintien de la prime d'assurance, et d'autre part que l'attribution des avantages prévus dans la CCT sont le fruit d'un processus séparé.

La Cour du travail rejette cette argumentation. D'abord, le maintien en nature de l'assurance hospitalisation ne constitue pas un avantage par rapport à ces collègues puisque que ceux-ci ont obtenu la contrepartie financière du bénéfice de cette assurance hospitalisation. Pour ce qui est des négociations séparées, la Cour constate qu'aucune négociation n'a eu lieu. Suite à une décision prise par la direction, chacun des informaticiens fut convoqué séparément pour conclure une convention individuelle leurs accordant à chacun sauf à X. les avantages de la CCT.

⁸⁵C. Trav. Bruxelles, (4^{ème} ch.), 14 janvier 2015, R.G. 2011/AB/634, inédit.

Au regard des éléments précités et compte tenu du fait que la société L. a échoué à prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination, la Cour considère que X. a bien été victime d'une discrimination, et qu'il a bien droit aux dommages et intérêts prévus par l'article 18 de la loi du 10 mai 2007. À cet égard, X demande la réparation totale du dommage causé, qu'il évalue à l'avantage correspondant à l'exécution de la CCT La Cour estime que ce montant est correctement et raisonnablement apprécié.

(2) *Les enseignements de la jurisprudence*

Comme mentionné *supra*, il existe très peu de cas d'application de la loi du 10 mai 2007 visant à réprimer les discriminations basées sur la conviction syndicale. Toutefois, l'analyse des décisions dont nous avons eu connaissance, nous permet de tirer certaines conclusions sur sa mise en application.

Ainsi, nous constatons que les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination peuvent consister en des lettres ou courriers adressés par l'employeur (informant du licenciement, par exemple) et qui font clairement référence au mandat syndical ou aux activités de l'employé⁸⁶, ou à un ensemble de faits ou de circonstances qui, considérés ensemble, laissent à penser que l'employeur a discriminé sur la base dudit critère protégé⁸⁷, ou encore lorsque l'opinion syndicale du travailleur est le seul motif plausible pour justifier le licenciement. Par contre, invoquer simplement le mandat syndical du travailleur comme motif de discrimination ne suffit pas pour renverser la charge de la preuve⁸⁸.

Lorsque la charge de la preuve est inversée, l'employeur peut prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination sur la base du critère protégé, en démontrant que d'autres éléments non liés à l'activité ou à l'appartenance syndicale de l'employé ont motivé la décision de licenciement⁸⁹.

Il ressort en outre clairement de la jurisprudence que les indemnités de protection dues en cas de licenciement des travailleurs protégés, conformément à la loi du 19 mars 1991, sont cumulables avec les indemnités dues pour cause de discrimination sur la base de la conviction syndicale⁹⁰.

Enfin, une lecture attentive de l'ensemble de la jurisprudence que nous avons consultée nous permet de constater que la loi anti-discrimination est généralement utilisée dans les hypothèses de licenciement d'un représentant des travailleurs, qu'il soit délégué syndical⁹¹, membre du conseil d'entreprise et du C.P.P.T.⁹², ou simple suppléant au C.P.P.T.⁹³.

⁸⁶C. trav. Bruxelles, (4^{ème} ch.), 14 janvier 2015, R.G. 2011/AB/634, inédit ; Trib. trav., Bruxelles (2^e Ch.), 26 novembre 2014, R.G. n° 12/5.774/A, inédit.

⁸⁷Trib. trav. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 février 2014, *Chr.D.S.*, 2014, 07, pp. 365-369.

⁸⁸Trib. trav. Anvers, 9 février 2010, R.G.n°08/7335/A, inédit.

⁸⁹C. trav. Bruxelles, (4^{ème} ch.), 14 janvier 2015, R.G. n°2011/AB/634, inédit.

⁹⁰Trib. trav. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 février 2014, *Chr.D.S.*, 2014, pp. 365-369. ; C. trav. Bruxelles, (4^{ème} ch.), 14 janvier 2015, R.G. n°2011/AB/634, inédit.

⁹¹Trib. trav. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 février 2014, *Chr.D.S.*, 2014, pp. 365-369, Trib. trav. Anvers, 9 février 2010, R.G. n°08/7335/A, inédit, Trib. trav. Anvers, 14 juillet 2009, R.G. n° 2090373, inédit.

⁹²C. trav. Mons (1^{ère} ch.), 24 juin 2011, *Chr.D.S.*, 2012, pp. 365-367.

⁹³C. trav. Bruxelles, (4^{ème} ch.), 14 janvier 2015, R.G.n°12/165118/A, inédit.

Chapitre III : la loi du 10 mai 2007 : une plus-value essentielle ou un renforcement bénin de la protection accordée aux travailleurs ?

Qu'est-ce qu'une conviction syndicale ? Nous estimons que celle-ci peut être définie comme l'opinion privée du travailleur sur la manière dont doivent s'organiser les relations de travail entre le patronat et la masse des travailleurs dans une économie de marché, et plus près de lui, dans son entreprise. Tout travailleur, en tant qu'acteur dans l'économie de marché a, en principe, une opinion syndicale. Cette opinion peut se traduire par des manifestations extérieures telles que, mais pas exclusivement, l'expression orale ou par voie de tribune écrite, de son opinion ; l'affiliation ou non à un syndicat, l'appartenance à une organisation syndicale et la participation aux activités menées dans le cadre d'une telle organisation comme les réunions, manifestations, grèves, etc. Tout comme les opinions politiques, les opinions syndicales du travailleur peuvent pousser celui-ci à s'engager au sein des mouvements syndicaux ou dans la représentation des membres du personnel de son entreprise.

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt 64/2009 du 2 avril 2009, a délibérément opté pour « le critère de conviction syndicale » du fait de son acceptation généraliste, qui permet d'englober des comportements bien plus larges que ceux qui auraient pu être visés par la loi si les critères qui étaient initialement considérés comme lacunaires par les requérants (« l'affiliation à une organisation syndicale, la conviction syndicale et l'activité syndicale ») avaient été retenus. Ces trois critères sont englobés sous la dénomination générique de « conviction syndicale » et considérés, à juste titre, comme une simple manifestation de cette dernière.

Notre système législatif protège-t-il efficacement ces convictions syndicales dans le cadre des relations de travail dans le secteur privé en Belgique ?

Avant de répondre à cette question (II), nous nous interrogerons sur l'efficacité et la couverture du droit belge de la non-discrimination en matière syndicale avant l'adoption de la loi du 10 mai 2007 (I).

I. Quant à l'efficacité de la protection contre les discriminations syndicales avant l'adoption de la loi du 10 mai 2007

Avant l'adoption de la loi anti-discrimination, le droit belge était riche de plusieurs dispositions contenues dans des lois, conventions collectives de travail, et arrêtés royaux visant à garantir la liberté syndicale et l'égalité de traitement entre travailleurs (normes listées au Chapitre I).

Néanmoins à notre sens, ces dispositions ne parvenaient pas à prévenir et réprimer les discriminations fondées sur l'opinion syndicale du travailleur. Elles présentaient deux faiblesses : la première étant la portée trop restreinte *ratione personae* et *ratione materiae* de ces dispositions, et la deuxième étant la faiblesse et l'inadéquation des sanctions qui punissent un éventuel non-respect de leurs prescrits.

L'analyse approfondie de ces dispositions étaye un tel constat :

- La loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association est de nature essentiellement pénale, et les dernières applications de cette loi datent de la Deuxième Guerre mondiale⁹⁴ ;
- La loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et la loi du 4 août 1996 disposent que les mandats des délégués du personnel ou la qualité de candidats ne peuvent entraîner ni préjudice, ni avantages spéciaux. Bien que ces lois prescrivent l'égalité entre travailleurs, seuls les candidats ou les titulaires d'un mandat de représentant du personnel sont ici visés par la disposition, excluant ainsi les personnes non titulaires d'un mandat et qui seraient défavorisées ou avantagées en raison de leurs convictions syndicales. De surcroît, ces dispositions ont une efficacité limitée. En effet, il n'existe, à ce jour, à notre connaissance, aucune décision des Cours et Tribunaux réprimant en tant que tel le non-respect de ces dispositions ;
- La CCT n°5 du 24 mai 1971 concernant le statut des délégations syndicales du personnel s'applique, comme son intitulé l'indique, uniquement aux délégués syndicaux : on peut donc lui adresser la même critique qu'aux lois du 20 septembre 1948 et du 4 août 1996. De plus, la CCT n°5 est une convention-cadre⁹⁵ qui présente la particularité de ne pas avoir été rendue obligatoire par arrêté royal. Dès lors, ses dispositions ne lient que les employeurs qui sont membres des organisations représentatives des employeurs qui l'ont conclue et leurs travailleurs⁹⁶. Toutefois, selon une certaine jurisprudence⁹⁷, les principes de la CCT n°5 concernant la protection des membres de la délégation syndicale touchent à l'ordre public, même si cette CCT n'a pas été rendue obligatoire par arrêté royal, de sorte qu'il n'est pas possible d'y déroger, même en faveur du travailleur ;
- Pour ce qui concerne les CCT n°38 et n°95, celles-ci ont toutes les deux été rendues obligatoires par arrêtés royaux. Conformément aux articles 101 et 189 du Code de droit pénal social⁹⁸, le non-respect de leurs prescrits est passible d'une amende administrative. Soulignons par ailleurs que la CCT n°38 a une portée moindre que la CCT n°95 en ce qu'elle interdit les discriminations uniquement à l'embauche, tandis que la CCT n° 95 s'applique pendant toutes les phases de la relation de travail ;
- La loi du 19 mars 1991 instaure un régime de protection efficace, comparée aux autres dispositions précitées, mais uniquement en cas de licenciement (et non dans l'hypothèse d'autres comportements discriminatoires) des délégués du personnel aux conseils d'entreprises et au C.P.P.T., excluant ainsi les délégués syndicaux et tous les autres travailleurs pouvant être victimes d'une discrimination sur la base de leurs convictions syndicales.

Au regard de ces développements, nous ne pouvons que rejoindre l'opinion du professeur DORSSEMONT qui estimait que le système législatif alors en vigueur était dépassé car inefficace et lacunaire. La majorité des dispositions précitées étaient en effet destinées à assurer la protection d'une certaine catégorie de travailleurs, à savoir les représentants du personnel et les délégués syndicaux contre une catégorie limitée d'actes discriminatoires

⁹⁴F. DORSSEMONT, *op.cit.*, p.4.

⁹⁵Ce qui implique que son contenu devait être précisé par des conventions conclues au niveau des commissions ou sous-commissions paritaires, ou à défaut, de telles conventions, au niveau des entreprises (Article 1^{er}).

⁹⁶Trib.trav. Dinant, 11 février 1997, *J.T.T.*, 1978, p. 339.

⁹⁷C. trav. Mons, 16 janvier 1987, *J.T.T.*, 1987, p.103, H.F. LENAERTS, *op.cit.*, p. 178.

⁹⁸Articles 189 et 101 du Code de droit pénal social, *M.B.*, 1er juillet 2010.

accomplis par l'employeur, à savoir le licenciement. De surcroît, les sanctions y attachées en cas de non-respect étaient à peine répressives (exception faite de la loi du 19 mars 1991 qui prévoit de lourdes indemnités en cas de non-respect).

Cette mosaïque de lois, arrêtés royaux et CCT ne permettait donc pas d'agir dans une série de situations de représailles à l'égard des salariés ayant une activité syndicale, notamment en matière de rémunération, d'affectation, de déroulement de la carrière et de sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement.

II. La loi du 10 mai 2007 : un remède efficace ?

Comme nous l'avons expliqué *supra*, le système législatif belge était largement inefficace pour lutter contre les discriminations syndicales. Ce constat demeure-t-il toujours d'actualité suite à l'adoption de la loi du 10 mai 2007 et plus particulièrement à l'arrêt du 2 avril 2009 de la Cour constitutionnelle ?

(1) Une boîte à outils très utile ...

Une étude purement théorique de la loi anti-discrimination nous permet de répondre négativement à la question posée. La loi du 10 mai 2007 répond en effet à la plupart des critiques formulés *supra* contre le système belge de protection contre les discriminations syndicales, dans la mesure où elle permet de pallier les lacunes et faiblesses dénoncées par les praticiens.

(i) Le riche potentiel de la loi du 10 mai 2007

La loi du 10 mai 2007 a un champ d'application très large puisque elle s'étend à tous les aspects du droit du travail. Rien n'échappe à l'application de la loi en ce qui concerne les relations de travail dans le secteur privé. Selon l'article 4 de la loi, elle s'applique aux relations de travail, cette notion étant entendue comme « les relations qui incluent l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement ».

La loi couvre donc, pour ce qui est du secteur privé, de manière exhaustive tous les aspects de la relation de travail, et non plus exclusivement le licenciement ou le recrutement du personnel. De surcroît, elle s'adresse à tous les travailleurs engagés pour la prestation d'un travail, salarié ou non salarié ou encore d'un travail presté dans le cadre de conventions de stage, d'apprentissage, d'immersion professionnelle et de premier emploi ou le travail indépendant. Elle trouve à s'appliquer à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle et pour toutes les branches d'activité. Les représentants du personnel et les délégués syndicaux ne sont donc plus les principaux bénéficiaires des législations de protection contre les discriminations syndicales.

Par ailleurs, la portée de la protection est plus large puisqu'elle concerne les discriminations basées sur l'opinion syndicale, et non plus quasi exclusivement les discriminations en raison d'une candidature pour un mandat de délégué de personnel, l'obtention dudit mandat, ou la désignation d'un délégué syndical. Comme nous l'avons souligné *supra*, l'opinion syndicale peut avoir une interprétation large qui permet de faire tomber sous le coup de la qualification de « discrimination » une gamme variée de comportements.

À notre avis, cet avantage ne doit pas être sous-estimé. Bien qu'il soit vrai que les délégués syndicaux et les représentants du personnel sont bien plus exposés que les autres travailleurs aux traitements défavorables en raison de leurs fonctions et du rapport de force qu'ils représentent dans l'entreprise, il n'est pas exclu que de « simples » travailleurs soient défavorisés en raison de leurs prises de positions ou de leurs engagements affichés dans des mouvements syndicaux.

À titre d'exemple, nous pouvons mentionner l'affaire qui a donné à lieu à l'arrêt rendu par la Cour du travail de Mons le 10 juillet 2003⁹⁹, antérieurement donc à l'élaboration de la loi du 10 mai 2007. Cette affaire concerne le licenciement d'un employé (X.) pour motif grave, celui-ci consistant en le refus de se soumettre à un contrôle médical durant son incapacité de travail. L'employé en question était un militant syndical de longue date, mais qui ne possédait alors aucun mandat de représentant du personnel, ni de délégué syndical. Après le refus de sa demande de réintégration, X. a intenté une action en justice, au terme duquel il obtint du tribunal du travail des indemnités compensatoires de préavis et pour licenciement abusif, cette dernière étant calculée par analogie avec l'indemnité de protection prévue en faveur du délégué syndical par la CCT n°5. En degré d'appel, l'employeur avança que c'était à tort que le tribunal de travail avait considéré que le licenciement était abusif en raison d'une discrimination liée à l'activité syndicale du travailleur, et contesta le montant de l'indemnité, estimant que X., n'étant pas délégué syndical, n'avait pas droit à pareil montant.

Dans son raisonnement, la Cour va mettre en avant plusieurs éléments. D'abord elle va avancer un ensemble de faits, qui pris ensemble, attestent d'une discrimination en raison de l'activité syndicale :

- le fait que X. avait eu une activité syndicale intense depuis plusieurs années, visant à obtenir le respect par l'employeur de ses obligations légales en matière de durée de travail, et que cette action n'était pas menée en son nom propre mais en tant que porte-parole de l'ensemble des travailleurs du TEC Charleroi ;
- que son licenciement survint 18 jours avant le début de la protection dont il allait bénéficier en raison de sa candidature comme représentant du personnel au conseil d'entreprise, et enfin
- la futilité du motif qui justifie le licenciement.

Au regard de ces circonstances, la Cour conclut qu'il s'agissait d'un licenciement qui avait pour cause l'activité syndicale de X., et qui était donc à ce titre abusif.

Toutefois, la Cour va donner droit aux appelants pour ce qui est du calcul du montant des indemnités à payer au travailleur. X n'étant pas délégué syndical, il ne pouvait bénéficier de la CCT n°5 et c'est donc à tort que le juge de première instance a calculé l'indemnité pour licenciement abusif par analogie à celle attribuée en cas de licenciement d'un délégué syndical. En outre, la période de protection pour sa candidature au C.E. n'ayant pas encore commencé, X ne peut réclamer les indemnités de protection prévue par la loi du 19 mars 1991. Dès lors, la Cour conclut que X. « se trouve dans la situation de n'importe quel travailleur salarié qui se voit licencié en représailles à des revendications légitimes et en raison d'une activité syndicale dérangeante, et donc que le licenciement abusif est reconnu pour cette raison ». L'indemnité pour licenciement abusif fut donc calculée conformément à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978¹⁰⁰, la discrimination syndicale étant considérée comme un motif parmi d'autres de licenciement abusif.

Si une affaire en tout point similaire arrivait devant nos Cours et Tribunaux, le résultat en serait-il différent ? On peut sans doute affirmer que dans une hypothèse similaire, le

⁹⁹C. trav. Mons (5ème ch.), 14 juin 2002 et 10 juillet 2003, *Chr. D.S.*, 2004, p. 132.

¹⁰⁰Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

travailleur victime de discrimination aurait bénéficié de la protection de la loi du 10 mai 2007. Les faits et les circonstances du licenciement mis en exergue par le juge auraient largement suffi à opérer le renversement de la charge de la preuve. Par ailleurs, le travailleur licencié aurait été indemnisé, soit de manière forfaitaire, soit de façon intégrale s'il était arrivé à prouver le dommage.

(ii) L'efficacité de la loi du 10 mai 2007

Outre son champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae* très large, la loi du 10 mai 2007 se distingue par son efficacité. Ainsi le législateur a-t-il prévu un système exigeant afin de lutter au mieux contre les discriminations. Comme on l'a détaillé *supra*, la loi prévoit une action en cessation, un renversement de la charge de la preuve, un système de plainte, une protection contre les représailles en raison du dépôt de ladite plainte, un système de protection des témoins, et plus important, des sanctions civiles pour réprimer et réparer les préjudices résultant de l'acte discriminatoire, à savoir la nullité des dispositions contractuelles et le paiement d'une indemnité.

Compte tenu des précédents développements relatifs à l'efficacité limitée des autres dispositions législatives belges visant à protéger contre les discriminations syndicales, il est aisé de comprendre le caractère inédit des moyens et sanctions mis à disposition par la loi du 10 mai 2007.

(2) ...*mais peu utilisée !*

La rédaction de la présente contribution nous a amenée à effectuer de nombreuses recherches afin de dénicher des décisions de jurisprudence faisant état de la mise en application de la loi du 10 mai 2007 pour prévenir, arrêter, ou réprimer une discrimination syndicale. De cette expérience, un constat s'impose : il existe peu de décisions de Cours et Tribunaux dans lesquelles la loi du 10 mai 2007 est mobilisée dans le cas d'une discrimination syndicale.

Les rares échantillons dont nous avons eu connaissance nous permettent de tirer une conclusion sur les hypothèses dans lesquelles la loi anti-discrimination est la plus mobilisée. Ainsi, comme exposé *supra*¹⁰¹, celle-ci est généralement exclusivement utilisée dans les hypothèses de licenciement de travailleurs candidats ou représentants effectifs du personnel (au C.E. ou au C.P.P.T.), ou délégués syndicaux.

Ce constat implique dès lors que les syndicats¹⁰² et avocats qui défendent des travailleurs ne font pas usage des innovations majeures apportées par la loi du 10 mai 2007, telles que l'extension *ratione materiae* et *ratione personae* du champ d'application de la loi, les mécanismes de renversement de charge de la preuve et des sanctions civiles.

Bien au contraire, les syndicats et praticiens du droit se contentent de suivre le cheminement classique qui était le leur avant l'adoption de la loi, et évoquent le plus souvent la loi anti-discrimination de manière cumulative avec la loi du 19 mars 1991, afin d'augmenter les indemnités.

¹⁰¹Voyez le chapitre II de la présente contribution.

¹⁰²L'UNIA n'étant pas compétente pour traiter les signalements de discriminations sur base du critère de la conviction syndicale, seuls la victime et les groupements d'intérêts collectifs œuvrant à protéger et défendre les travailleurs, en d'autres termes les syndicats, peuvent intenter une action pour dénoncer ou faire cesser la discrimination. Il est dès lors essentiel qu'ils assument pleinement ce rôle.

Nous concluons dès lors que la loi du 10 mai 2007, malgré ses nombreuses potentialités, n'est pas exploitée pleinement par les syndicats et praticiens du droit.

Ce constat est d'autant plus décevant lorsqu'on procède à une comparaison avec d'autres pays, telle la France. En droit français, une abondante jurisprudence condamne les discriminations reconnues dans des situations de représailles à l'égard de salariés exerçant une activité syndicale, notamment en matière de rémunération, d'affectation, de déroulement de la carrière et pouvant aller jusqu'au licenciement. A titre d'exemple, il ressort de la jurisprudence française, que pendant toute la relation de travail, « un employeur ne peut prendre en considération l'appartenance syndicale ou l'exercice d'une activité syndicale, en particulier par la prise en compte des absences d'un salarié liées à ces activités syndicales, pour arrêter ses décisions en matière de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, et de mesures de discipline »¹⁰³.

Il existe également une jurisprudence abondante sur l'application du principe de non-discrimination syndicale en matière de recrutement, rémunération et licenciement.

Cette comparaison nous permet d'ouvrir les yeux sur l'étendue des possibilités, encore inexplorées, qui s'ouvre aux praticiens du droit et aux syndicats quant à l'utilisation de la loi.

Conclusion

Malgré le potentiel qu'offre loi du 10 mai 2007, celle-ci est sous-exploitée. La jurisprudence actuelle en la matière est très pauvre en Belgique, neuf ans pourtant depuis l'adoption de la loi. Le rôle qu'elle joue demeure donc très limité.

Il appartient aux syndicats et praticiens du droit de faire vivre la loi ; à défaut, celle-ci demeurera lettre morte. Une meilleure visibilité des décisions rendues, ainsi qu'une utilisation accrue et un brin d'audace et d'originalité dans la mise en œuvre de la loi du 10 mai 2007, permettraient de faire naître une jurisprudence constante et plus poussée sur le droit à la non-discrimination syndicale, et d'encourager ainsi son application.

Nous sommes par ailleurs d'avis qu'il est indispensable que la loi du 10 mai 2007 assume à l'avenir un plus grand rôle pour lutter contre les discriminations syndicales si la Belgique souhaite se rapprocher, en matière de liberté syndicale, des prescrits de l'OIT, qui dans son rapport de 2006¹⁰⁴, insistait particulièrement « sur la nécessité d'incorporer dans les systèmes juridiques nationaux un mécanisme efficace de lutte contre les discriminations syndicales ».

Comme la loi anti-discrimination constitue l'un des rares outils récents et performants pour lutter contre les discriminations syndicales, et qu'il ne ressort pas de la volonté de l'actuel gouvernement d'adopter d'autres lois pour lutter contre celles-ci, il est donc nécessaire de faire un usage plus systématique de cette loi.

BEN AMAR Sirine

¹⁰³M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, p.562.

¹⁰⁴X. *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 2006, pp. 176-179.