

LA NOTION DE REPRÉSENTATIVITÉ DANS LE CADRE DE LA LOI DU 19 DÉCEMBRE 1974 ORGANISANT LES RELATIONS ENTRE LES AUTORITÉS PUBLIQUES ET LES SYNDICATS DES AGENTS RELEVANT DE CES AUTORITÉS

Filip DORSSEMONT,

Professeur de Droit du travail,

Centre interdisciplinaire Droit, Entreprise et Société,

Faculté de droit,

Université catholique de Louvain,

Université Saint-Louis de Bruxelles

INHOUD

1. Introduction	297
2. Représentativité : que sais-je ?	297
3. L'identification de l'organisation représentative	299
a. Une comparaison entre le secteur privé et le secteur public	299
b. L'absence d'une association patronale habilitée pose-t-elle problème ?	302
4. Les enjeux de la représentativité	306
5. Liberté syndicale et représentativité	307
a. Une relation épineuse	307
b. Appréciation	310
6. Le droit à l'action collective et la représentativité	313
7. En guise de conclusion : de la « triangularité » et de la « bipolarité »	316

La présente contribution étudie la notion et la mise en œuvre du concept de représentativité dans le cadre de la loi de 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités. En filigrane, elle compare le système de représentativité qui caractérise « le secteur public » et celui qui caractérise « le secteur privé ». Cette comparaison permettra de mieux saisir la spécificité du secteur public. Après une analyse de la représentativité in abstracto, l'identification de l'organisation représentative sera analysée. Les enjeux de la représentativité seront clarifiés par le prisme des prérogatives accordées. Deux relations épineuses feront l'objet d'une réflexion critique. La première concerne la relation entre la liberté syndicale et la représentativité. La deuxième relation (représentativité versus le droit d'action collective) cherche à examiner si les prérogatives de la représentativité empiètent sur le droit des syndicats non représentatifs ou non agréés et de leurs membres d'avoir recours à l'action collective.

Centraal in deze bijdrage staat het begrip en de invulling van de representativiteit in het raam van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel. Binnen dat bestek wordt een vergelijking gemaakt met het stelsel van representativiteit in de private sector. Die vergelijking laat toe om de specificiteit van de representativiteit in de publieke sector beter te vatten. Het representativiteitsbegrip wordt eerst in abstracto geanalyseerd. Vervolgens komt de operationalisering van deze notie aan bod. Het belang van de representativiteit wordt verduidelijkt aan de hand van een analyse van de prerogatieven van de representatieve organisaties. Tot slot maakt de auteur een aantal kritische kanttekeningen bij twee erg delicate spanningsvelden. Enerzijds is er de vraag naar de verhouding van de representativiteit tot de vakverenigingsvrijheid. Anderzijds wordt ingezoomd op de verhouding tussen representativiteit en het recht op collectieve actie: gaat de toekenning van bepaalde prerogatieven aan representatieve werknemersorganisaties ten koste van het recht van niet-representatieve organisaties of erkende organisaties en hun leden om het recht op collectieve actie uit te oefenen?

1. Introduction

La présente contribution étudie la notion et la mise en œuvre du concept de représentativité dans le cadre de la loi de 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ⁽¹⁾. En filigrane, elle compare le système de représentativité qui caractérise « le secteur public » et celui qui caractérise « le secteur privé ». Cette comparaison permettra de mieux saisir la spécificité du secteur public. Des lois pertinentes pour des relations de travail du secteur public ne relevant pas de la loi du 19 décembre 1974 seront examinés, dans la mesure nécessaire pour comprendre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ou du Conseil d'État.

Nous n'avons pas pour but de contribuer à un quelconque manuel exhaustif du droit des relations collectives dans le secteur public, mais de nous servir de cette loi pour approfondir des concepts et pour contribuer à un débat plus vaste qui entoure la notion de représentativité. Une leçon récente de madame Janvier dispensée dans le cadre la Chaire Francqui 2014 ⁽²⁾ qui lui fut attribuée vient d'ailleurs d'alimenter ce débat et permettra même au lecteur non averti de mieux se situer dans le labyrinthe des relations collectives du secteur public.

2. Représentativité : que sais-je ?

La notion de représentativité n'a jamais été définie en droit belge. Au contraire, le législateur s'est contenté de clarifier la notion d'organisation représentative en indiquant quelles organisations sont considérées comme représentatives. En ce qui concerne le secteur privé, ce sont à la fois les notions d'organisations (les plus) représentatives des travailleurs et des employeurs qui ont fait l'objet d'une définition dans la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires ou Loi CCT ⁽³⁾ et dans la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail ⁽⁴⁾. La loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités ne fait référence qu'aux organisations syndicales représentatives. L'interlocuteur patronal n'est pas passé sous silence. L'obligation de négocier ou de concerter incombe aux autorités administra-

(1) M.B., 24 décembre 1974.

(2) R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 271-323. Nous signalons aussi des contributions antérieures : R. ANDERSEN et J. HARMEL, « La liberté d'association et la fonction publique », *Ann. Dr.*, 1980, pp. 249-291 ; C. DUMONT, « Les relations collectives de travail dans la fonction publique », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Limal, Anthemis, 2008, pp. 410-470 ; J. JACQMAIN, « Les relations collectives dans le secteur public », in J. JACQMAIN (éd.), *Une terre de droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 383-409 ; R. JANVIER et P. HUMBLET, *Ambtenarenrecht – I. Vakbondsstatuut, Collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector in rechte en in de feiten*, Administratieve Rechtsbibliotheek, Algemene Reeks, nr. 4, Brugge, die Keure, 1998, 299 p. ; E. PEREMANS, « Les relations sociales », in J. SAROT (éd.), *Précis de la fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 596-679 ; G. VANDERMEULEN, « Ontwikkelingen van de collectieve arbeidsverhoudingen in de openbare sector », in R. BLANPAIN et E. CLAEYS-LEBOUCQ (éds), *30 jaar Belgische arbeidsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1977, pp. 149-178.

(3) M.B., 15 janvier 1969.

(4) M.B., 31 mai 1952.

tives compétentes ⁽⁵⁾. Bien que ces autorités soient représentées par des délégations au sein de certains comités, le représentant patronal concerné n'est jamais identifié par référence à une association, voire une organisation patronale.

Contrairement à ce qui se passe dans le secteur privé, la loi du 19 décembre 1974 ne se réfère pas à la notion d'organisation représentative des travailleurs. Elle fait référence à la notion d'organisation syndicale. Ce signifiant mélange à la fois la notion sociologique de syndicat avec la notion plus institutionnelle d'« organisation ». À notre connaissance, c'est la première fois que le législateur belge s'est servi de l'appellation « syndicale ». Cette qualification ne fait pas partie du lexique juridique belge pour deux raisons. D'abord, contrairement au droit français, les « syndicats » belges ne sont pas intégrés de plein droit dans un cadre juridique spécifique. Tandis qu'en France, le statut des « syndicats » a été réglé dans la loi Waldeck-Rousseau qui a introduit cette expression dans le lexique juridique, en Belgique, les syndicats sont des associations de fait réglées par le droit commun ⁽⁶⁾. Deuxièmement, contrairement à d'autres États membres de l'UE, la Constitution belge ne fait aucune référence à la liberté syndicale. Cette liberté n'est appréhendée que de manière générique par la reconnaissance de la liberté d'association. Il a fallu un arrêt de la Cour constitutionnelle pour obliger le législateur belge à amender la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination en y insérant les convictions syndicales ⁽⁷⁾. C'est ainsi qu'un quart de siècle plus tard, l'appellation syndicale a été introduite dans une loi capable de « coloniser » le champ des relations collectives dans les secteurs public et privé.

Comment définir alors la représentativité ? Dans une acception juridique qui tient compte du fonctionnement de cette terminologie à l'intérieur des lois concernées, il convient de constater que certaines organisations sont qualifiées de représentatives, parce que le législateur les a habilitées à exercer certaines prérogatives dans le domaine de la représentation de travailleurs et de la défense de leurs intérêts. Bref, ces organisations n'ont pas été habilitées, parce qu'elles sont représentatives ⁽⁸⁾. Seule l'affirmation inverse respecte la terminologie légale. La notion de représentativité ne se réfère pas à un concept sociologique. Il n'est pas exclu que les critères retenus pour opérationnaliser la représentativité soient de nature à garantir que ces organisations sont « réellement » représentatives. *Le Petit Robert* fait référence à cette notion sociologique lorsqu'il désigne la représentativité comme un caractère au lieu d'une habilitation. Toujours selon le même dictionnaire, un « caractère » est un trait qui est propre à une personne ou à une chose. Il est évident que du point de vue juridique, n'importe quelle association pourrait être représentative en vue de parler, voire de décider au nom de ses membres. Il suffit que les membres habilitent l'association à les représenter par le biais d'un mandat. Le mandat pourrait être ancré dans les statuts de l'association ou bien il pourrait faire l'objet d'un acte juridique *ad hoc*. L'habilitation dont il est question dans les lois belges est foncièrement différente. Cette habilita-

(5) Articles 2 et 11 de la loi du 19 décembre 1974.

(6) Pour ceux qui ont trop de temps : F. DORSEMONT, *Rechtspositie en syndicale activenvrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge, die Keure, 2002, 771 p.

(7) C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009. La modification de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination a été opérée par le biais de la loi du 30 décembre 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 31 décembre 2009.

(8) Voy. à ce propos L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives*, Bruxelles, Bruylant, 1980, n° 125.

tion ne relève pas de la volonté des travailleurs inscrits, mais de la volonté d'un tiers, le législateur. Les travailleurs concernés par cette habilitation étatique dépassent d'ailleurs le cercle des membres affiliés. La représentativité en question est d'ordre institutionnel.

3. L'identification de l'organisation représentative

a. Une comparaison entre le secteur privé et le secteur public

L'identification de l'organisation représentative présuppose une exécution de la loi. L'article 108 de la Constitution belge prévoit que c'est le Roi qui fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois. La question plus pertinente est celle de savoir si les éléments législatifs de nature à définir l'organisation représentative suffisent à lier le pouvoir exécutif d'exécution ou si, au contraire, le Roi dispose d'une marge d'appréciation. Dans ce dernier cas, l'identification relève d'un pouvoir discrétionnaire. L'attribution d'un pouvoir discrétionnaire implique un risque d'arbitraire. Dans un État de droit, l'exercice abusif du pouvoir exécutif peut être sanctionné par le Conseil d'État.

Une comparaison entre la représentativité des organisations représentatives de travailleurs dans le secteur privé et dans le secteur public fait apparaître quelques points de divergence et de convergence.

Un premier élément de convergence nous semble être le constat que l'identification de l'organisation représentative des travailleurs implique l'exercice d'un pouvoir « lié ». Autrement dit, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, les conditions retenues sont de vrais critères qui non seulement excluent des organisations qui n'y répondent pas, mais aussi obligent le pouvoir à reconnaître les organisations qui y répondent. Ils ne laissent aucune marge d'appréciation. Ils empêchent *in nuce* le risque de l'arbitraire. Il convient de rappeler que cette exclusion d'une marge d'appréciation ne remonte qu'à une réforme relativement récente des critères de représentativité requis pour siéger dans le Conseil national du travail ⁽⁹⁾.

Un deuxième élément qui caractérise la représentativité dans le secteur privé et dans le secteur public est une volonté de favoriser ou de stabiliser la fédéralisation historique du mouvement ouvrier belge. Le législateur n'a jamais entendu promouvoir un syndicalisme déconnecté d'un mouvement ouvrier ayant l'ambition de fédérer des travailleurs à travers la division des professions, voire à travers la distinction secteur privé/secteur public. Cette approche témoigne d'une capacité historique du législateur belge à transcender la méfiance vis-à-vis des organisations interprofessionnelles de travailleurs capables de mener une action dite politique. La loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles ⁽¹⁰⁾ a illustré cette méfiance. D'autres diront que le législateur fait preuve de favoritisme en privilégiant des syndicats « traditionnels » liés à des partis politiques belges. Ils inventent ainsi un critère qui n'est nullement prévu par les lois belges.

(9) Voy. chapitre 6 du titre 10 de la loi du 30 décembre 2009 portant dispositions diverses, *M.B.*, 31 décembre 2009. Pour un commentaire savoureux : J. JACQMAIN, « Représentativité syndicale », *Chron. D.S.*, 2010, pp. 169-173.

(10) *M.B.*, 8 avril 1898.

Ce constat n'empêche pas que les critères de la représentativité ne soient pas toujours en concordance avec le champ d'application *ratione personae* des prérogatives concernées. En fait, en 2002, une balise importante, qui devait assurer que les organisations représentatives du secteur public étaient « réellement » représentatives au niveau concerné, a même été abolie ⁽¹¹⁾.

Il y a un point de divergence important. De manière générale, l'oligopole en faveur des organisations représentatives des travailleurs n'est pas imperméable. L'article 8, § 1, 2°, de la loi du 19 décembre 1974 permet à une seule organisation « alternative » de pénétrer dans les comités de secteur. L'article 8, § 2, 2°, de la loi du 19 décembre 1974 prévoit que cette représentation dans les comités de secteur assure également une représentation dans les comités particuliers. Les conditions de représentativité sont énumérées dans l'article 8, § 1, 2°, de la loi du 19 décembre 1974. Pour être reconnue et siéger dans les comités de secteur, une organisation « alternative » doit avoir été agréée préalablement. Elle doit de manière cumulative défendre les intérêts de toutes les catégories du personnel des services relevant du comité ; être affiliée à une organisation syndicale constituée en centrale sur le plan national ou faire partie d'une fédération syndicale constituée sur le même plan ; comprendre le plus grand nombre d'affiliés cotisants parmi les organisations syndicales « alternatives » et établir que le nombre d'affiliés cotisants représente au moins 10 pour cent de l'effectif des services relevant du comité de secteur concerné.

Ces conditions garantissent la représentativité sociologique, réelle ou interne de l'organisation agréée concernée. La condition de l'affiliation à une organisation syndicale constituée en centrale sur le plan national ou celle de faire partie d'une fédération syndicale sur le plan national ne sont pas foncièrement différentes des conditions exigées des organisations classiques. C'est avant tout l'exigente condition de représentativité interne qui permet de distinguer le sort réservé aux organisations alternatives de celui réservé aux organisations classiques. Un autre constat s'impose. La perméabilité de l'oligopole est limitée à une seule organisation « alternative ».

Le système de concertation sociale du secteur privé présente peu d'exemples d'une pareille perméabilité. La loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie ⁽¹²⁾, qui n'affecte pas le système de négociation collective, permet à des organisations représentatives de cadres constituées sur le plan national et comptant au moins 10.000 membres de présenter des listes en vue des élections sociales pour la désignation des délégués des travailleurs dans les conseils d'entreprise ⁽¹³⁾. La perméabilité du conseil d'entreprise n'est pas limitée à une seule organisation alternative. Cette loi prévoit également la possibilité de présenter des listes maison, appuyées par au moins 10 pour cent du nombre de cadres de l'entreprise concernée ⁽¹⁴⁾. Ces listes ne doivent pas présenter de lien avec une organisation syndicale au niveau national.

(11) Loi du 15 janvier 2002 modifiant la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, *M.B.*, 25 janvier 2002.

Voy. R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, p. 297.

(12) *M.B.*, 27 septembre 1948.

(13) Article 14, § 1, 5°, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie.

(14) Article 20ter de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie.

Dans un contexte très précis, qui a un impact réel sur le système de négociation collective, la prise en compte de la représentativité sociologique réelle permet elle aussi d'élargir le nombre d'organisations représentatives. Il s'agit d'une exception qui favorise la perméabilité de la délégation syndicale en faveur d'organisations qui ne sont pas représentatives au niveau de la branche. À défaut de représentativité au niveau de la branche, une organisation représentative au niveau interprofessionnel ne pourrait pas invoquer la partie obligatoire de la convention collective sur le statut de la délégation syndicale. Cette représentativité de branche ne se présume pas. Il ne suffit pas d'être affilié à une organisation représentative au plan interprofessionnel pour être reconnu représentatif au plan professionnel. L'article 42 de la Loi CCT prévoit que les organisations représentatives invitées par la voie d'un avis publié au *Moniteur belge* doivent faire savoir si elles désirent être représentées dans les commissions paritaires et doivent justifier de leur représentativité.

Une organisation représentative signataire de la convention collective de travail n° 5 qui n'est pas représentée à la commission paritaire ayant conclu une convention collective de travail sur le statut des délégations syndicales a le droit de participer à la désignation ou à l'élection de la délégation syndicale, dans les entreprises où elle fournit la preuve de son caractère représentatif ⁽¹⁵⁾. Cette représentativité établie se réfère à une notion sociologique de représentativité.

La CCT n° 5 établit les modalités de la preuve. Ce sont les résultats aux élections précédentes pour la création du comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail qui seront, de manière primordiale, pris en compte. Il suffit que l'organisation ait obtenu au moins un mandat. Dans les entreprises où il n'y a pas eu d'élections pour la création de ce comité, l'organisation de travailleurs intéressée devra prouver qu'elle compte dans l'entreprise au moins 10 pour cent du personnel syndiqué.

Contrairement à ce qui prévoit la loi de 1974, la perméabilité est réservée à des organisations qui sont dans un premier temps représentatives au plan national et interprofessionnel. Bref, la perméabilité reste tout à fait relative et ne déroge pas à l'oligopole interprofessionnel.

C'est la Loi CCT qui constitue l'exemple le plus prononcé et généralisé de perméabilité. Cette possibilité est réservée aux organisations professionnelles d'employeurs qui sont représentatives dans une branche d'activité déterminée. Bien que la loi ne contienne aucun critère permettant de mesurer cette représentativité patronale, il nous semble que le législateur fait référence à une notion sociologique de représentativité. Bref, les organisations patronales sont déclarées représentatives par le Roi parce qu'elles sont représentatives. Elles ne sont pas représentatives parce qu'elles ont été habilitées. Cette absence de critères est déplorable, vu les difficultés non négligeables qui entourent la mesure de la représentativité sociologique ⁽¹⁶⁾. C'est ainsi que la notion de représentativité nous semble fonctionner à l'intérieur de l'article 3 de la Loi CCT.

(15) Voy. l'article 7, *in fine*, de la CCT n° 5.

(16) Lisez à ce propos J. PETIT, *De collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités*, Brussel, D.A.P. Reinaert, 1969, n° 88. L'auteur exprime des doutes quant au caractère approprié du nombre d'employeurs affiliés, en insistant sur l'importance de la main d'œuvre recrutée par ceux-ci. Pour la question épineuse de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs (en Fran-
ce) : N. MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Droit social*, 2011, pp. 1072-1082. Pour une étude de cette question sous l'angle de vue de la liberté

Il y a un autre point de divergence qui est encore plus radical. L'identification de l'interlocuteur patronal à l'intérieur de la loi du 19 décembre 1974 est foncièrement différente des choix opérés par la Loi CCT. Force est de constater que la loi du 19 décembre 1974 ne fait pas du tout référence à la notion d'organisations représentatives d'employeurs. Cette absence de toute référence à une organisation d'employeurs est compréhensible, lorsque la négociation se déroule face à un seul employeur (par exemple l'État fédéral). Dans ce cas, la question de la représentativité ne se pose pas. Chaque employeur est évidemment compétent pour défendre ses intérêts dans une négociation. Il participera directement à la négociation, sans nécessité d'être représenté par un tiers. Il convient toutefois de constater que la compétence de certains comités de négociation pris isolément dépasse les relations professionnelles qui peuvent se nouer entre organisations syndicales et une seule autorité publique. Les exemples sont multiples : le comité commun à l'ensemble des services publics (Comité A), le comité pour les services publics fédéraux, communautaires et régionaux (Comité B) ainsi que le comité pour les services publics provinciaux et locaux (Comité C).

Dans ces comités de négociation, l'article 5 de la loi du 19 décembre 1974 prévoit la participation de responsables politiques de niveau ministériel du pouvoir fédéral et des pouvoirs fédérés. On exclut donc de prime abord une représentation par une organisation représentative d'employeurs. Une telle hypothèse n'est pas envisagée explicitement, bien qu'on puisse pallier au mutisme de la loi par le biais d'un mandat donné à une organisation patronale. La loi du 19 décembre 1974 ⁽¹⁷⁾ prévoit en effet que les ministres peuvent se faire représenter par un délégué dûment mandaté. Il n'y a aucune objection à ce que ce soit une association d'employeurs du service public, bien qu'une telle hypothèse se marie mal avec le mutisme de la loi et est en contradiction flagrante avec ses modalités d'exécution ⁽¹⁸⁾.

b. L'absence d'une association patronale habilitée pose-t-elle problème ?

Comme l'a judicieusement remarqué la collègue Janvier dans le cadre de la Chaire Francqui, cette manière de configurer la composition des comités de négociation pose un problème dans les sous-sections du Comité C pour les services publics provinciaux et locaux. Les autorités communales ne participent ni directement ni par l'intermédiaire d'un vrai représentant à la négociation ayant un impact réel sur le statut de leur personnel statutaire ou contractuel ⁽¹⁹⁾.

Il convient à notre avis de s'interroger sur la nature du problème concerné. Dans son analyse, madame Janvier a mis en exergue à la fois un problème de droit administratif et un problème d'ordre économique. Selon l'auteure, cette ingérence du pouvoir ré-

syndicale en droit belge, nous signalons une perle rarissime : I. VAN HIEL, « De werkgever, de werkgeversorganisatie en de vrijheid van vakvereniging », *Or.*, 2011/2, pp. 30-40.

(17) Article 3, §§ 2 à 5, de la loi du 19 décembre 1974.

(18) Cf. article 21 de l'arrêté royal du 28 septembre 1984 portant exécution de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, *M.B.*, 20 octobre 1984.

(19) R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 299-300.

gional (le cas échéant flamand) risque de porter atteinte au principe de l'autonomie communale. En effet, il y a de prime abord un paradoxe. Les pouvoirs locaux sont « représentés » par une autorité qui est censée exercer la tutelle. Le problème relevé pose un problème juridique, pourvu que des normes supérieures puissent être identifiées qui entrent en conflit avec la loi du 19 décembre 1974. La simple référence à une idée de subsidiarité dans une panoplie de décrets⁽²⁰⁾ nous semble bien pour décorer la galerie, mais il nous semble hasardeux de trancher l'antinomie entre la loi et le décret, en faveur de ces décrets qui ne constituent pas forcément la *lex specialis*.

Or, une norme constitutionnelle consacre implicitement le principe de l'autonomie communale. L'article 41 de la Constitution belge prévoit que « les intérêts exclusivement communaux ou provinciaux sont réglés par les conseils communaux ou provinciaux, d'après les principes établis par la Constitution ».

Sur le plan européen (Conseil de l'Europe), il est utile de rappeler l'existence de la Charte européenne de l'autonomie locale, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2004⁽²¹⁾.

On pourrait donc se demander si la question du statut administratif et pécuniaire, du régime des pensions, des relations avec les organisations syndicales et de l'organisation des services sociaux relève *in se* et *per se* de l'autonomie des pouvoirs communaux, protégée par ces normes constitutionnelles et européennes. Bien que cette question soit simple, la réponse ne l'est pas. La Constitution ne détermine pas quels intérêts constituent des intérêts exclusivement communaux. La seule compétence attribuée exclusivement aux communes par la Constitution concerne la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres. Selon le collègue Delpérée, « il n'y a pas de limites fermes entre le domaine "des intérêts exclusivement communaux" et celui "des intérêts généraux", c'est-à-dire fédéraux, communautaires ou régionaux. Il y a plutôt une frontière mouvante que les différents législateurs reçoivent mission de cliquer selon les circonstances ou les opportunités »⁽²²⁾. Cette observation pragmatique ne doit pas nous empêcher d'aller à la recherche d'une balise, c'est-à-dire d'un noyau dur qui serait à l'abri d'un processus qui risque de vider la référence à l'autonomie communale de sa substance. En fin de compte, il appartiendra à la Cour constitutionnelle d'identifier ce noyau dur et d'apprécier si les législateurs des entités fédérées l'ont respecté. La Cour constitutionnelle se considère comme compétente, mais reste très frileuse. Son contrôle est resté très marginal⁽²³⁾. Il est d'ailleurs incontestable qu'une appréciation juridictionnelle d'un quelconque principe de subsidiarité est à cheval entre un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité. La frilosité de la Cour constitutionnelle n'a donc rien de surprenant.

(20) Voy. l'article 2 du « *Gemeentedecreet* » (Région flamande) et l'article L1122-30 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (Région wallonne).

(21) Voy. N. BONBLED, « Vingt ans d'existence de la Charte sociale européenne de l'autonomie locale : bilan et perspectives en droit belge », *Droit communal*, 2006/2, pp. 2-17.

(22) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 338. Voy. aussi Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233.

(23) Pour une étude pointue : M. NIHOUL, « La protection juridique de l'autonomie locale par la Cour constitutionnelle en Belgique », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1099-1121.

Quant à la Charte européenne de l'autonomie locale, elle ne nous semble pas non plus la panacée qui permettra de censurer des restrictions à l'autonomie communale. Son article 4 qui définit la portée du principe ne comporte aucune énumération concrète des compétences qui relèvent de l'autonomie locale, bien que « l'exercice des responsabilités publiques [doive], de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens ». Bien que l'article 10 de la Charte européenne de l'autonomie locale reconnaisse « le droit d'association » des communes locales, il serait à mon avis hasardeux d'en déduire une liberté et une autonomie de négociation collective que les États devraient respecter. Rien dans cet article ne permet en effet de cerner une dimension relevant du droit des relations collectives dans le cadre d'un dialogue avec un interlocuteur syndical. L'article 4, § 6, de la Charte européenne de l'autonomie locale reconnaît un droit de consultation : « les collectivités locales doivent être consultées, autant qu'il est possible, en temps utile et de façon appropriée, au cours des processus de planification et de décision pour toutes les questions qui les concernent directement ». Ce principe nous semble utile pour consolider la pratique évoquée par madame Janvier au niveau des pouvoirs locaux flamands qui sont associés aux négociations qui se déroulent au sein du Comité C1 (comité pour les services publics provinciaux et locaux). L'article 6 de la Charte européenne de l'autonomie locale évoque bien le principe suivant lequel « le statut du personnel des collectivités locales doit permettre un recrutement de qualité, fondé sur les principes du mérite et de la compétence ; à cette fin, il doit réunir des conditions adéquates de formation, de rémunération et de perspectives de carrière », mais reste muet quant à l'auteur habilité à rédiger ce statut.

On pourrait dire que la rédaction d'un statut qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble du personnel travaillant pour les pouvoirs locaux ne touche en tout état de cause pas une question exclusivement liée à une commune isolée. La référence à l'autonomie communale prise isolément ne serait donc pas violée. À notre avis, rien n'empêche les communes d'élaborer isolément des règles spécifiques ne dérogeant pas à des normes supérieures.

Le deuxième argument avancé par madame Janvier est tout à fait pertinent du point de vue économique. Selon l'auteure, les autorités de la Région flamande peuvent facilement jouer à saint Nicolas en accordant des avantages qui risquent de grever les budgets communaux ⁽²⁴⁾.

Il nous semble que la tendance marquée en faveur d'une certaine centralisation du régime applicable aux agents statutaires et contractuels travaillant pour les pouvoirs locaux n'est pas radicalement différente de la hiérarchie, prônée par le législateur fédéral, des conventions collectives de travail au niveau de la branche par rapport aux conventions collectives d'entreprise ⁽²⁵⁾. Nous avons rarement entendu des critiques par rapport à ce choix similaires à celles exprimées par madame Janvier. On pourrait rétorquer qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté de l'entreprise de déterminer des conditions de travail de façon autonome, bref une atteinte à « la » liberté d'entreprise. Pourquoi ne pourrait-on pas prétendre que les organisations représentatives des

(24) R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, p. 299.

(25) Voy. l'article 51 de la Loi CCT.

employeurs peuvent facilement jouer à saint Nicolas en avançant des conditions de travail généreuses à la taille des grandes entreprises, mais trop lourdes pour être assumées par les petites entreprises essayant d'avoir accès au secteur concerné ? Bien qu'il ne soit pas exclu que ces arguments deviennent tôt ou tard à la mode, ils n'ont visiblement pas inspiré le législateur. La primauté de la convention collective de branche s'inscrit dans une volonté de créer un socle minimal pour l'ensemble des entreprises de la branche professionnelle. Plutôt que de prétendre que cette centralisation ne fait qu'augmenter le coût de la main-d'œuvre, nombreux sont ceux qui prétendent qu'elle permet une pondération des revendications et aurait donc un effet de modération salariale⁽²⁶⁾.

La question se pose toutefois de savoir si l'exclusion formelle d'un rôle quelconque accordé à une organisation représentative d'employeurs est compatible avec la liberté syndicale, y inclus la liberté de négociation collective. De prime abord, l'instrument le plus spécifique permettant d'évaluer cette question paraît être la convention OIT n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective. L'article 4 de cet instrument prévoit en effet que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi ».

Cette obligation adressée aux États est peu compatible avec une politique gouvernementale de se substituer à l'interlocuteur patronal. Or, cet argument séduisant ne résiste pas à une analyse plus approfondie du champ d'application de cette convention OIT n° 98.

L'article 6 dispose que cette convention ne traite pas de la situation des fonctionnaires publics et ne pourra, en aucune manière, être interprétée comme portant préjudice à leurs droits ou à leur statut.

Bien que la portée de la notion de fonctionnaires publics (*public servants employed in the administration of the State*) puisse être interprétée de façon très restrictive en excluant notamment les fonctionnaires ainsi que les travailleurs sous contrat des pouvoirs locaux, il nous semble que l'instrument le plus spécialisé est la convention OIT n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique (1978). Son champ d'application ne présente aucune ambiguïté. Cette convention est applicable à toutes « les personnes employées par les autorités publiques ». Peu importe donc la qualification de « fonctionnaire » applicable à ces personnes.

La convention OIT n° 151 contient une disposition relativement comparable à l'article 4 de la convention OIT n° 98. Elle prévoit que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures permettant la négociation des conditions d'emploi entre les autorités publiques intéressées et les organisations d'agents publics, ou de toute autre méthode permettant aux représentants des agents publics de participer à la détermination desdites conditions ».

(26) Voy. à ce propos le Rapport belge rédigé par F. DORSSEMONT, G. COX et J. ROMBOUTS dans le cadre du projet *The Evolving Structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004*, pp. 51-52 (http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2014/04/dorssemont_cox.pdf).

Cette formule se distingue de celle de la convention OIT n° 98, par son refus de se référer à des organisations représentatives d'employeurs. Elle se réfère au contraire aux « autorités publiques intéressées ». Cette formule me semble donner une marge d'appréciation relativement large quant à l'identification de l'interlocuteur patronal⁽²⁷⁾. Son approche est fort similaire à la démarche du législateur belge.

Pourrait-on s'inspirer de la « jurisprudence » développée par le Comité pour la liberté syndicale pour alléguer que la « représentativité » devrait être basée sur des critères objectifs, préétablis et exhaustifs⁽²⁸⁾ ? Ces critères ont visiblement été passés sous silence dans la loi du 19 décembre 1974. Cette règle jurisprudentielle est basée sur l'interprétation de la convention OIT n° 87, qui s'applique au secteur public. Toutefois, l'applicabilité de cette norme présuppose paradoxalement qu'un système de concertation se serve d'une distinction entre organisation représentative (d'employeurs) et organisation non représentative (d'employeurs). Or, il convient de constater que la loi belge n'opère aucune distinction : elle ne se réfère pas au concept d'organisation d'employeurs. La question de la conformité de la mise en œuvre de ce concept ne semble donc même pas se poser.

4. Les enjeux de la représentativité

Quels sont les enjeux de la représentativité ? La réponse devrait nous fournir un catalogue raisonné de prérogatives accordées aux seules organisations représentatives des travailleurs. Il conviendrait alors de les distinguer des droits réservés aux organisations des travailleurs agréés.

Cette manière de présenter « les enjeux de la représentativité » comporte un inconvénient. Un décalage se manifeste entre le canevas qui vient d'être monté et le lexique du législateur. Le législateur a appréhendé la notion de prérogative dans un sens générique⁽²⁹⁾. Cette notion se réfère à la fois à des compétences réservées aux organisations syndicales représentatives et aux organisations syndicales agréées. Dans notre approche, on réservera la notion des prérogatives aux compétences réservées exclusivement aux organisations syndicales représentatives. Le *Vocabulaire juridique* définit la notion de prérogative dans les termes suivants : « compétence ou droit reconnu à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité ». Or, les droits, erronément appelés prérogatives, qui sont l'apanage de l'agrégation, nous semblent intimement liés à une conception minimaliste de la liberté syndicale. Dans l'exercice de ces droits, les organisations syndicales ont vocation à représenter essentiellement, voire exclusivement leurs membres. Elles n'exercent donc pas une fonction qui leur serait attribuée par quelqu'un.

(27) Une étude d'ensemble relative aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations n'aborde pas la question de l'identification patronale (*La négociation collective dans la fonction publique*, BIT, Genève, 2013).

(28) Voy. X, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, cinquième édition (révisée), Genève, Bureau International du Travail, 2006, n° 347 et n° 348.

(29) Voy. l'article 16 de la loi du 19 décembre 1974.

Les « prérogatives » des organisations agréées peuvent être conçues comme une concrétisation d'un des premiers moyens essentiels inhérents à la liberté syndicale reconnus en vue de la défense des intérêts des travailleurs par la Cour européenne des droits de l'homme : le droit du syndicat d'être entendu. Ce moyen était distingué du droit d'être consulté. L'affaire en question, *Syndicat national de la police belge*, concernait le système des relations collectives entre les autorités communales et leur personnel⁽³⁰⁾. Bref, ces droits ne se réfèrent pas à une fonction attribuée par des tiers au syndicat, mais sont plus proches de sa vocation naturelle et autonome. Autrement dit, les droits énumérés à l'article 16 de la loi du 19 décembre 1974 ne sont pas des prérogatives *stricto sensu*. Les prérogatives énumérées à l'article 17 constituent une énumération de prérogatives (à l'exception de la référence aux droits des organisations syndicales agréées). Malheureusement, cette énumération n'est pas exhaustive. En effet, il y manque la prérogative la plus importante, l'implication dans un processus de négociation et de concertation.

5. Liberté syndicale et représentativité

a. Une relation épineuse

La représentativité en droit belge a toujours fait l'objet de controverses⁽³¹⁾. Ce n'est pas le choix abstrait en faveur d'un système basé sur la représentativité mais sa mise en œuvre qui a été contestée au nom de la liberté syndicale, voire du principe d'égalité syndicale. De longue date, la mise en œuvre du concept de représentativité a été critiquée compte tenu de l'absence de critères objectifs, préétablis et exhaustifs. Le risque même d'arbitraire qui en résultait était considéré comme une atteinte à l'égalité de traitement dans le domaine syndical.

Une analyse historique des lois les plus importantes qui constituent le cadre de la concertation sociale du secteur privé en Belgique permet de conclure que le pouvoir d'habilitation reposait jusqu'à une date récente sur une appréciation discrétionnaire du Roi. Une loi de programme a modifié la nature de cette habilitation qui a cessé de constituer un pouvoir discrétionnaire.

Jusqu'au 31 décembre 2009, la Loi CCT définissait les organisations représentatives des travailleurs comme les « organisations interprofessionnelles des travailleurs constituées sur le plan national et représentées au Conseil national du travail et au Conseil central de l'économie et comptant en outre 50.000 membres ».

Étaient aussi qualifiées de représentatives les organisations professionnelles des travailleurs affiliées ou faisant partie d'une telle organisation représentative interprofessionnelle.

Contrairement à ce que le texte semble indiquer, il ne s'agit pas d'une reconnaissance de plein droit. Les organisations professionnelles qui veulent être représentées dans une commission paritaire doivent manifester cette volonté et justifier de leur représentativité par rapport à la branche d'activité concernée⁽³²⁾.

(30) Cour européenne des droits de l'homme, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge*.

(31) Voy. F. DORSSEMONT, « The right to form and join trade unions for the protection of his interests under article 11 ECHR », *European Labour Law Journal*, 2010/2, pp. 216-218.

(32) Article 42 de la Loi CCT.

La rédaction de l'article 3 de la Loi CCT a largement inspiré la définition du concept de représentativité dans la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ⁽³³⁾. Pour reconstruire les conditions/critères de représentativité, il faut prendre en considération l'articulation entre la Loi CCT et les conditions/critères dont se sert le législateur pour opérationnaliser la représentativité requise pour siéger au Conseil central de l'économie (CCE) et au Conseil national du travail (CNT). Une lecture conjointe de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie qui institue le CCE ainsi que de la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail ne permettait pas de discerner des conditions/critères supplémentaires, mais laissait au pouvoir exécutif une marge discrétionnaire en désignant parmi les organisations interprofessionnelles constituées sur le plan national celles qui pouvaient siéger effectivement au CNT et au CCE. Bref, la désignation reposait finalement sur un critère subjectif : la nomination royale au CNT et au CCE.

Cette manière d'opérationnaliser le concept de représentativité a suscité de longue date une critique persistante du Comité pour la liberté syndicale de l'OIT qui examine des réclamations (collectives) relatives à la liberté syndicale ainsi que du Comité d'experts sur l'application des conventions et des recommandations de l'OIT. Bien que l'existence d'une marge discrétionnaire ne confine pas à l'arbitraire, ces deux comités ont développé une doctrine selon laquelle un État ayant recours au concept de représentativité est obligé de l'opérationnaliser en adoptant des critères objectifs, préétablis et exhaustifs pour exclure le risque de l'arbitraire. Cette « doctrine » a été consolidée d'ailleurs en 1981 dans la recommandation n° 163 de l'OIT.

La Cour constitutionnelle qui a été confrontée à cette critique par des requêtes d'organisations non habilitées n'a jamais conclu à l'inconstitutionnalité des lois pertinentes. Selon la Cour constitutionnelle, le principe consistant à opérer une distinction entre organisations représentatives et non représentatives n'est pas discriminatoire en soi, parce qu'il répond à un objectif licite : celui de construire un système de concertation sociale durable et viable ⁽³⁴⁾. Tout en avouant que la mise en œuvre du concept de représentativité implique un risque d'arbitraire, la Cour a toujours estimé que le recours au Conseil d'État contre la décision d'habilitation suffit pour limiter ce risque ⁽³⁵⁾.

(33) *M.B.*, 18 septembre 1996.

(34) *C.A.*, 18 novembre 1992, n° 71/92 et *C.C.*, 15 janvier 2009, n° 9/2009, point B.41 : « Il est conforme à ces objectifs de sélectionner les interlocuteurs qui pourront siéger dans les structures de concertation et de négociation afin d'assurer une concertation sociale permanente et efficace et de préserver la paix sociale. Il n'est pas déraisonnable d'admettre les organisations de travailleurs qui sont actives au niveau fédéral ou qui, à tout le moins, font partie d'une organisation de travailleurs constituée à ce niveau et qui défendent également les intérêts de toutes les catégories du personnel. Une telle exigence est en effet de nature à garantir dans une certaine mesure que les revendications relatives à une catégorie du personnel soient formulées en tenant compte de la situation des autres travailleurs ».

(35) *C.C.*, 15 janvier 2009, n° 9/2009, point B.42. : « Si large soit-elle, l'habilitation donnée au Roi par l'effet combiné des dispositions attaquées et de l'article 2 de la loi portant organisation de l'économie et de l'article 2, § 2, de la loi du 29 mai 1952 ne Lui permet en aucune façon de déroger au principe selon lequel, lorsqu'une norme établit une différence de traitement entre certaines catégories de personnes, celle-ci doit être fondée sur une justification objective et raisonnable qui s'apprécie par rapport au but et aux effets de la norme considérée. C'est au juge administratif qu'il appartient d'annuler la décision par laquelle le Roi aurait accueilli ou rejeté la candidature d'une organisation syndicale en se fondant sur une conception illégale ou discriminatoire de la notion de représentativité ».

Par la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses, la Belgique a finalement fait siennes les critiques persistantes de l'OIT. En suivant ces conseils, la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail a été modifiée en enlevant au pouvoir d'habilitation son caractère discrétionnaire. Le législateur a donc énuméré de façon exhaustive les critères de représentativité qui lieront le pouvoir exécutif. Ainsi, le législateur a transformé l'agrément royal en un droit à la reconnaissance. L'identification des organisations représentatives repose dorénavant sur des critères objectifs, préétablis et exhaustifs.

La loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail dispose que :

« Sont considérées comme organisations les plus représentatives des travailleurs les organisations qui répondent à tous les critères suivants :

1° être constituées sur le plan national et avoir un fonctionnement interprofessionnel ;
2° représenter la majorité absolue des secteurs et des catégories de personnel dans le secteur privé et le secteur public, pour autant que la majorité des travailleurs soit également représentée ;

3° au cours de la période de quatre ans précédant les nominations prévues à l'article 5, compter en moyenne au moins 125.000 membres cotisants, y compris les membres des organisations affiliées ou associées ;

4° avoir pour objet statutaire la défense des intérêts des travailleurs ».

La définition de la représentativité dans le cadre du CCE se réfère expressément à cette définition contenue dans la loi organique du CNT.

Le critère de la constitution « au plan national » fait obstacle à l'habilitation d'un syndicat qui ne serait organisé qu'au niveau d'une Communauté ou d'une Région. Cette exigence est parfaitement concordante d'ailleurs avec le niveau auquel s'exercent les prérogatives en question. Le droit du travail belge relève de la compétence de l'État fédéral. Il s'agit d'un droit fédérateur. Bien que le caractère interprofessionnel ne soit pas explicitement prévu dans la version précédente de la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail, cette exigence s'aligne sur la compétence interprofessionnelle du CNT. La réforme a innové en avançant un critère quantitatif : des effectifs de membres cotisants. La loi ne fait pas une distinction entre des travailleurs « actifs » et des travailleurs retraités. Les organisations des travailleurs déterminent librement le niveau de la cotisation. La condition « téléologique » de la défense des intérêts des travailleurs ne constitue pas un vrai critère de représentativité, mais tend à définir ce qu'on peut entendre par un « syndicat ».

La deuxième condition pourrait provoquer la confusion. Elle tend pourtant à clarifier la portée du caractère interprofessionnel des organisations. Une organisation doit être « visible » ou « implantée » dans la « la majorité absolue des secteurs et des catégories de personnel dans le secteur privé et le secteur public ». Les organisations représentatives sont appelées donc à dépasser le seul secteur privé, bien que les prérogatives exercées au sein du CNT se limitent au seul secteur privé. La condition que la majorité des travailleurs soit représentée n'implique pas que les organisations représentatives prises isolément et dans leur ensemble réussissent à affilier la majorité des travailleurs belges.

La définition des organisations représentatives des travailleurs contenue dans la Loi CCT a été modifiée suite à la réforme de la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail. Certaines conditions issues de la version antérieure de la Loi CCT

ayant été reprises dans la loi organique modifiée, leur explicitation était devenue obsolète.

Actuellement, sont considérées comme des organisations des travailleurs représentatives dans le sens de la Loi CCT les organisations interprofessionnelles constituées sur le plan national et représentées au CNT et au CCE et les organisations professionnelles affiliées ou faisant partie d'une telle organisation représentative interprofessionnelle. La loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie s'est inspirée de cette définition, tout en reconnaissant aussi les « organisations interprofessionnelles » affiliées ou faisant partie de telles organisations interprofessionnelles ⁽³⁶⁾.

Il convient donc de s'interroger pour savoir si la mise en œuvre du concept de représentativité dans le secteur public est conforme aux normes en matière de liberté syndicale telles qu'elles sont interprétées par les organes de supervision de l'OIT. La question est pertinente, car les critères de représentativité n'ont jamais été revisités en vue de rencontrer la critique évoquée ci-dessus.

Depuis 1974, le système de la représentativité du secteur public a toujours été beaucoup plus perméable à des organisations syndicales « alternatives » que le système applicable au secteur privé. Comme il a été précisé, il y a eu une perméabilité des comités de secteur et des comités particuliers et en faveur d'organisations syndicales « alternatives ». Cet accès est toutefois limité à une seule organisation par comité concerné.

b. Appréciation

La réforme des critères de représentativité usités dans la loi organique du 29 mai 1952 du Conseil national du travail a mis fin à la marge d'appréciation subjective qui était inhérente à la loi du 19 décembre 1974.

Les critères sont donc objectifs, préétablis et exhaustifs. Ils ont cessé de constituer des conditions. Il serait téméraire de croire que cela suffirait pour tuer la controverse *in nuce*. La norme jurisprudentielle de l'OIT ne mentionne pas la mesure de la pertinence des critères par rapport aux prérogatives attribuées. Or, la mise en œuvre de la représentativité en fonction d'un niveau beaucoup plus englobant que la sphère d'exercice des prérogatives attribuées pose un problème de pertinence. Pour les comités généraux, l'introduction de critères qui dépassent le secteur privé a induit l'introduction de la notion de « représentativité externe ». Jusqu'à un certain point, une condition de représentativité externe est imposée aux organisations alternatives. La loi du 19 décembre 1974 prévoit en effet que ces organisations doivent être affiliées à une organisation syndicale constituée en centrale sur le plan national ou faire partie d'une fédération syndicale constituée sur le même plan. Or, pour certains comités à un niveau endo-communautaire ou endo-régional proprement local, cette condition se révélera externe.

Un autre élément de nature à semer la controverse est l'application très inégalitaire de la condition de représentativité interne. Cette condition est imposée aux seules organisations « alternatives » à l'exception des organisations « classiques ».

(36) Article 14, § 1, 4^o, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie.

Troisièmement, il convient de constater que la perméabilité est basée sur un ensemble de critères absolus et relatifs. Il ne suffit pas de démontrer que le nombre d'affiliés cotisants représente au moins 10 pour cent des effectifs relevant du comité. L'organisation doit en outre établir qu'elle comprend le plus grand nombre de cotisants. On pourrait se demander si cette dernière condition résiste à la jurisprudence la plus récente de notre Cour constitutionnelle.

Last but not least, il convient de rappeler une ancienne⁽³⁷⁾ querelle doctrinale à propos de la méthodologie la plus adéquate pour mesurer la représentativité, c'est-à-dire le comptage des affiliés cotisants ou bien un système basé sur les élections sociales.

Nous analyserons ces critiques d'un point de vue purement juridique, sachant que la Cour européenne des droits de l'homme a toujours insisté sur une marge d'appréciation relativement large en faveur des États membres dans l'octroi des moyens essentiels et importants nécessaires à la défense des intérêts des travailleurs⁽³⁸⁾.

La question de la licéité sous l'angle de vue du principe d'égalité de la condition dite externe de représentativité a été examinée par la Cour constitutionnelle à maintes reprises. Son enseignement ne manifeste d'ailleurs aucun décalage par rapport à un arrêt phare de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme⁽³⁹⁾. Dans une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle a reconnu la légitimité de la volonté du législateur de privilégier des organisations satisfaisant à ce critère de représentativité externe en considérant qu'il fallait promouvoir une négociation efficace en évitant l'émiettement syndical.

La Cour constitutionnelle a ainsi considéré en 1992 qu'« il n'est pas davantage déraisonnable, eu égard à ce même but, de n'admettre dans les structures de concertation et de négociation permanentes que les organisations syndicales qui sont actives au niveau national ou qui, à tout le moins, font partie d'une organisation syndicale constituée à ce niveau et défendent également les intérêts de toutes les catégories du personnel. Une telle exigence est en effet de nature à garantir dans une certaine mesure que les revendications relatives à une catégorie du personnel soient formées en tenant compte de la situation des autres »⁽⁴⁰⁾. Cette formule sera reprise dans des arrêts postérieurs⁽⁴¹⁾.

Indépendamment de ce constat, il convient de s'interroger sur le fait qu'une condition de représentativité interne soit imposée de façon inégalitaire. L'arrêt de la Cour consti-

(37) Pour une position très critique, voyez R. ANDERSEN et J. HARMEL, « La liberté d'association et la fonction publique », *Ann. Dr.*, 1980, p. 289.

(38) Voy. à ce propos F. DORSSEMONT, « The right to form and join trade unions for the protection of his interests under article 11 ECHR », *European Labour Law Journal*, 2010/2, pp. 234-235.

(39) Cour européenne des droits de l'homme, 27 octobre 1975, Syndicat national de la police belge.

(40) C.A., 18 novembre 1992, n° 71/92, point B.6.

(41) C.C., 21 décembre 2000, n° 139/2000, point B.6 et C.C., 21 mai 2003, n° 70/2003, point B.7.1 : « Il n'est pas déraisonnable d'admettre en tout cas les organisations syndicales qui sont actives au niveau fédéral ou qui, à tout le moins, font partie d'une organisation syndicale constituée à ce niveau et qui défendent également les intérêts de toutes les catégories du personnel. Une telle exigence est en effet de nature à garantir dans une certaine mesure que les revendications relatives à une catégorie du personnel soient formulées en tenant compte de la situation des autres travailleurs subordonnés. »

tutionnelle relatif à la loi ayant supprimé de façon inégalitaire cette condition n'est pas très explicite à cet égard et ne nous semble pas fournir une justification spécifique ⁽⁴²⁾.

Quant à la restriction de la perméabilité du système de représentativité à une seule organisation syndicale, il nous semble que cette restriction n'est pas conforme à la jurisprudence la plus récente de la Cour constitutionnelle. Dans un arrêt prononcé dans le cadre d'une procédure préjudicielle, il avait été demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur le caractère licite de la limitation de la perméabilité du système de représentativité à une seule organisation syndicale « alternative » dans le cadre de loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire des forces terrestre, aérienne et navale et du service médical. La Cour y a jugé qu'« il paraît disproportionné par rapport au but poursuivi de n'admettre à siéger, à côté des organisations affiliées à une organisation syndicale représentée au CNT, qu'une seule organisation syndicale, quelle que soit la manière dont se répartissent les affiliations entre les différentes organisations » ⁽⁴³⁾. Il nous semble que cette évaluation est parfaitement transposable aux options de la loi du 19 décembre 1974. Les vicissitudes de la loi du 11 juillet 1978 suite à cet arrêt nous montrent qu'une modification des critères de représentativité ne doit pas nécessairement provoquer de tremblement de terre. Dans son arrêt du 19 novembre 2003, la Cour constitutionnelle saisie suite à un recours contre une loi modifiant les critères de représentativité prévoyant un seuil interne de seulement 5 pour cent a jugé cette réforme conforme au principe d'égalité, nonobstant la critique que ce seuil n'entendait que confirmer la situation préalable ⁽⁴⁴⁾.

Dans une de ses leçons dispensées dans le cadre de la Chaire Francqui, madame Janvier a suggéré une piste de réflexion pour mettre un terme à un certain désarroi qui entoure la représentativité dans le secteur public. Elle suggère d'organiser des élections sociales dans le secteur public pour obtenir une image réelle de la représentativité des différentes organisations. La titulaire de la Chaire se réfère d'ailleurs aux élections sociales qui sont organisées dans le secteur privé ⁽⁴⁵⁾.

Il est bien entendu difficile de s'opposer à un plaidoyer inspiré par des valeurs de nature « démocratique ». Il convient toutefois d'émettre quelques observations. Notre assentiment vis-à-vis d'un système non électoral pour mesurer la représentativité est bel et bien basé sur un attachement aux valeurs démocratiques. Ce mode non électoral est basé sur le nombre d'affiliés cotisants. Nous considérons que cette expression du travailleur est un indicateur de sa prédilection aussi crédible qu'un vote tous les quatre ans. C'est une expression qui en principe implique des sacrifices financiers et qui est confirmée mensuellement. Privilégier la cotisation aux élections comme mesure de représentativité permet aussi de donner plus de poids au travailleur qui s'investit réellement dans les relations collectives et qui a un lien organique ou associatif avec les acteurs en question.

(42) C.C., 21 mai 2003, n° 70/2003, point B.7.1.

(43) C.C., 26 juin 2002, n° 111/2002.

(44) C.A., 19 novembre 2003, n° 2003/148 et F. DORSSEMONT, « Arbitragehof weert aanval af op representativiteit vakbonden Belgische leer », *De Juristenkrant*, 28 janvier 2004, p. 8.

(45) R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, pp. 299 et 304.

À notre avis, l'introduction d'un système d'élections ne permet pas d'exclure la question de la représentativité. Dans l'élaboration de n'importe quel système d'élections, il est d'usage de prévoir des seuils qui conditionnent le droit de déposer des listes. La question de la représentativité risque donc de ressurgir, à moins qu'on organise l'émiettement du mouvement syndical et que l'on permette à n'importe quelle organisation et à n'importe quel niveau de déposer des listes.

La comparaison avec le secteur privé n'est pas entièrement heureuse. Dans le secteur privé, des élections ne sont organisées qu'au niveau d'organes qui se situent au niveau des organes de la communauté de travail. À d'autres niveaux (professionnel ou interprofessionnel) plus proches de la logique des comités de négociation, il n'y a pas de recours aux élections et les résultats des élections au niveau de l'entreprise ne sont pas nécessairement pris en compte pour pondérer la répartition des sièges dans les organes paritaires⁽⁴⁶⁾.

6. Le droit à l'action collective et la représentativité

La loi du 19 décembre 1974 est muette sur le lien entre la représentativité et le droit d'organiser une action collective. La loi ne fournit aucune justification pour la thèse liberticide et collectiviste selon laquelle le droit d'action collective constituerait l'apanage exclusif des seuls syndicats représentatifs. Une telle affirmation est doublement contestable. Non seulement elle tend à priver les citoyens-travailleurs du recours collectivement à un moyen d'action en dehors d'une autorisation syndicale, mais elle tend aussi à priver les syndicats non représentatifs, même ceux qui sont simplement agréés, d'un corollaire indissociable de la liberté syndicale. Or, le Comité pour la liberté syndicale de l'OIT a clairement indiqué que la distinction entre les organisations représentatives des travailleurs et celles qui ne le sont pas ne devrait pas empêcher les organisations non représentatives de défendre les intérêts de leurs membres, d'organiser leurs activités et de formuler leur programme d'action. Or, priver des syndicats non représentatifs, dont les syndicats de catégorie, d'un moyen essentiel tel que la grève ou plus généralement l'action collective les empêche nécessairement de défendre effectivement les intérêts de leurs membres⁽⁴⁷⁾.

(46) Voy. H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Diegem, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, pp. 390-393. L'auteur a plaidé en faveur d'élections générales pour apprécier la représentativité dans le secteur public.

(47) Voy. X, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, cinquième édition (révisée), Genève, Bureau International du Travail, 2006, n° 357 (« Le comité a considéré à propos d'une loi instituant un système de représentativité que le fait d'octroyer aux seules organisations syndicales les plus représentatives au regard de cette loi le droit de faire partie du Conseil économique et social ne semble pas influencer indûment les travailleurs dans le choix des organisations auxquelles ils souhaitent s'affilier ni empêcher les organisations jouissant d'une moindre représentativité de défendre les intérêts de leurs membres, d'organiser leurs activités et de formuler leur programme d'action ») et n° 1091 (« Le fait qu'une organisation syndicale ne soit pas admise à siéger dans des commissions paritaires n'implique pas nécessairement qu'il y ait atteinte aux droits syndicaux de cette organisation. Mais, pour qu'il n'y ait pas une telle atteinte, deux conditions devraient être remplies: il faudrait d'abord que la raison pour laquelle un syndicat est écarté de la participation à une commission paritaire réside dans son manque de représentativité déterminé objectivement; il faudrait ensuite que – malgré cette non-participation – les autres droits dont il jouit et les activités qu'il peut déployer par ailleurs lui permettent effectivement de promouvoir et de défendre les intérêts de ses membres au sens où l'entend l'article 10 de la convention n° 87 »).

Cet enseignement du Comité pour la liberté syndicale pourrait constituer une admonestation face à la tentative de « syndicaliser » le recours au droit de grève de sorte qu'il devienne l'apanage exclusif des seules organisations syndicales représentatives. Un projet de loi récemment adopté par une commission du Sénat a comme objectif de soumettre la légalité de la grève au sein de la SNCB à l'obligation du respect des protocoles de grève conclus avec les seules organisations de travailleurs ⁽⁴⁸⁾. Ces protocoles contiennent l'obligation pour les syndicats signataires de notifier un préavis de grève. L'ambition du projet de loi de donner à une telle obligation un effet « normatif » qui s'impose aux travailleurs au détriment de la grève spontanée conduit inéluctablement à priver les syndicats non signataires d'un recours à la grève. Le mécanisme procédural qui devrait transformer la nature de ces clauses obligatoires serait l'incorporation des clauses du protocole à l'intérieur du contrat de gestion. Il nous semble que c'est de l'alchimie juridique de mauvais aloi, sachant qu'un contrat de gestion n'ayant pas été conclu avec les travailleurs de l'entreprise ne saurait pallier les limites du principe de la relativité. Autrement dit, les travailleurs ne sont liés ni par les protocoles ni par le contrat de gestion. L'incorporation de certaines clauses du protocole à l'intérieur du contrat de gestion n'y changera évidemment rien.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'État a dû examiner la légalité d'une sanction disciplinaire infligée à un chef adjoint (*adjunct-stationsschef*) de la gare de Berchem (Anvers) ⁽⁴⁹⁾. Celui-ci a subi une mise à pied disciplinaire avec perte de rémunération pour une période d'un mois, pour sa participation à une grève spontanée qui n'avait pas fait l'objet d'un préavis ni de la part des syndicats représentatifs ni des syndicats simplement agréés, contrairement aux engagements de ces derniers dans un protocole de grève. Le requérant a pris soin d'arguer que cette obligation ne lui incombait pas et que le protocole concerné n'avait pas fait l'objet d'une publicité suffisante. Il n'était disponible que sur *intra web* et n'avait pas fait l'objet d'une notification aux travailleurs concernés.

Le Conseil d'État indique que le protocole est « incontestablement » (*onmiskenaar*) intégré dans les règlements statutaires ⁽⁵⁰⁾. Cette affirmation qui ne fait l'objet d'aucune clarification ne nous semble compréhensible qu'à condition que les dispositions concernées fassent partie intégrante à la fois du statut syndical et du statut personnel. L'arrêt ne contient pas des éléments précis concernant la genèse et la modification de ces textes permettant de mieux comprendre cette affirmation, voire de la critiquer. Le décalage avec le système des relations professionnelles du secteur privé est manifeste. Une disposition concernant le préavis de grève devrait relever ou bien de la partie obligatoire ou bien de la partie normative. *Tertium non datur*, bien qu'on puisse imaginer que des dispositions distinctes relatives au préavis pourraient figurer dans les deux parties de la convention collective.

Le statut concerné (le règlement général des relations syndicales) contient un chapitre relatif aux interruptions du travail. Ce chapitre décrit une procédure de paix sociale

(48) *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, n° 5-422/2. Pour une analyse : F. DORSSEMONT, « Wetsvoorstel voor minimale dienstverlening dient geen legitiem doel », *De Juristenkrant*, 23 avril 2014, p. 11.

(49) C.E., 31 mars 2014, *Ivens/SNCB*, n° 226.974. Voy., à propos de l'arrêt de suspension, F. DORSSEMONT, « Wie beschermt het stakingsrecht tegen de vakbond », *De Juristenkrant*, 19 décembre 2012, p. 13.

(50) C.E., 31 mars 2014, *Ivens/SNCB*, n° 226.974, point 11 (« de statutaire regelingen waarin het sociaal akkoord 'houdende werkonderbrekingen' onmiskenaar is geïntegreerd »). Dans le même sens : C.E., 31 mars 2014, *Wirken/SNCB*, n° 226.961, point 11.

qui semble réitérer le contenu des accords obtenus préalablement avec les syndicats agréés.

Le règlement dispose d'ailleurs que « chaque interruption de travail dans le cadre d'une action sociale qui ne répond pas aux conditions de préavis et de concertation ou qui, conformément aux dispositions précitées, n'est pas acceptée par le directeur général, sera considérée comme une absence injustifiée ».

En France, le droit de grève, qui a été constitutionnellement reconnu, ne peut être restreint que par une loi au sens d'un acte parlementaire. Une restriction de nature conventionnelle ne pourrait donc jamais lier d'autres personnes que les seuls signataires. Ce serait donc en vain que les syndicats intégreraient une restriction dans la partie normative d'une convention collective. *A fortiori*, on a du mal à concevoir une restriction adoptée par un des organes de la société concernée. Des restrictions au droit de grève devraient selon nous reposer sur une loi. Cette condition n'est requise ni en vue de la Convention européenne des droits de l'homme ni en vue de la Charte sociale européenne révisée. Bien que l'article 11, § 2, CEDH ainsi que l'article G CSER soumettent la licéité des restrictions de la liberté syndicale à la condition qu'elles soient prévues par la loi, d'autres sources qu'une loi dans le sens formel ou institutionnel sont de nature à restreindre le droit de grève. Il suffit que la source de la réglementation assure la prévisibilité de la restriction concernée⁽⁵¹⁾. Le raisonnement de la Cour de cassation française repose sur la protection constitutionnelle de la grève en tant que droit du citoyen. Le préambule de la Constitution française de 1946 auquel le préambule en vigueur se réfère, dispose que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». On pourrait donc affirmer que la Cour de cassation française a déduit *a contrario* que des conventions collectives ne sont pas de nature à apporter des restrictions au droit de grève. Il nous semble qu'un tel raisonnement s'impose également pour l'ordre juridique belge.

Bien que le Congrès national n'ait pas prévu que les restrictions de la liberté d'association ne peuvent être prévues que par voie législative, la section de législation du Conseil d'État a insisté dans son avis rendu à l'occasion du projet de loi organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités sur la nécessité d'une intervention par voie législative et non pas par arrêté royal, étant donné que cette matière touche à la liberté d'association⁽⁵²⁾.

La situation de la SNCB est tout à fait paradoxale à la lumière du cas français. Rien dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques⁽⁵³⁾ ni dans la loi du 23 juillet 1926 relative à la SNCB et au personnel des Chemins de fer belges⁽⁵⁴⁾ ne permet de conclure à une habilitation législative permettant de restreindre l'exercice du droit à l'action collective.

(51) Voy. à ce propos A.Ph.C.M. JASPERS, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor*, Deventer, Kluwer, 2004, pp. 91-94.

(52) Voy. *Doc. parl.*, Chambre, 1989-90, n° 1287/1, p. 165 et R. JANVIER, I. DE WILDE et P. HUMBLET, « Les relations collectives de travail : théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables », in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruxelles, la Charte, 2015, p. 274.

(53) *M.B.*, 27 mars 1991.

(54) *M.B.*, 24 juillet 1926.

L'applicabilité du statut syndical aux « syndicats » ne nous semble pas contestable. De prime abord, les restrictions sont applicables à l'ensemble des syndicats représentatifs et agréés et les formalités requises pour l'agrération ne mettent pas en péril l'exercice de la liberté syndicale. Toutefois, ces modalités font obstacle à l'agrération d'un syndicat de catégorie. Or, priver un syndicat de catégorie de défendre les intérêts de ses membres par le recours à la grève nous semble problématique à la lumière de l'enseignement du Comité pour la liberté syndicale.

Bref, le statut de la grève applicable au personnel et aux syndicats de la SNCB nous semble problématique, en l'absence de toute justification législative. L'absence d'une habilitation suffisamment explicite en vue de réglementer la grève me semble exclure une réglementation applicable aux membres du personnel, *a fortiori* dans le statut syndical. Quant à l'application aux syndicats, nous pensons que priver des syndicats de catégorie du recours à la grève en vue d'une absence (d'ailleurs impossible) de reconnaissance ou d'agrération est problématique à la lumière de la liberté syndicale. Une solution législative ⁽⁵⁵⁾ nous semble seule compatible avec l'esprit de la liberté syndicale, pourvu que les restrictions opérées par le législateur soient compatibles avec les obligations internationales issues d'une panoplie d'instruments internationaux. En vue d'éviter les fantasmes *in nuce*, il est utile de rappeler que le transport public ne constitue pas un service essentiel. La discontinuité de ce service ne met pas en danger, dans l'ensemble ou dans une partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé de la personne ⁽⁵⁶⁾.

7. En guise de conclusion : de la « triangularité » et de la « bipolarité »

La question de la représentativité dans le secteur public se distingue de celle qui se pose dans le secteur privé pour une raison assez évidente.

Le système de relations professionnelles dans le secteur privé est présenté comme un système de relations entre syndicats et employeur(s), mais les autorités publiques manifestent un intérêt pour la pacification sociale. Elles sont actives dans la promotion de la concertation sociale, dans la médiation et la conciliation, sans devenir une des parties dans les relations de travail.

Dans le système des relations professionnelles du secteur public, l'acteur étatique est impliqué différemment. Il est une des parties de la concertation tout en continuant à jouer le rôle de pacificateur sans trop se soucier de l'existence d'un conflit d'intérêts. Cette position n'est pas dénuée de contradictions.

(55) Dans cette optique, il convient de saluer la sagesse du législateur dans sa rédaction de l'article 126 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux (*M.B.*, 5 janvier 1999). Cette disposition soumet la légalité d'une grève à la condition d'une annonce préalable par une organisation syndicale agréée. La disposition légale a un impact direct sur le statut individuel des membres du service de police intégré.

(56) Voy. X, *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, cinquième édition (révisée), Genève, Bureau International du Travail, 2006, n° 576 et n° 589.