

**XIX ème Congrès mondial
de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale
Sydney, 1^{er} – 4 septembre 2009**

Thème 2 : Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail

Rapport général

par Antoine Jeammaud (Université Lumière-Lyon 2)*

Ce second thème du Congrès met à l'ordre du jour une enquête et une réflexion sur *la place que les systèmes de droit du travail de nos pays réservent à l'expression et à la défense des intérêts et points de vue des travailleurs salariés*¹ *sur leur lieu de travail (workplace, lugar de trabajo)*. Ce lieu coïncide souvent avec l'implantation de l'entreprise de l'employeur. Mais cette entreprise peut compter plusieurs établissements. On entendra donc par « lieu de travail » *l'unité de production ou distribution* de biens ou de services où ces travailleurs exécutent leur tâche (usine, magasin, agence, chantier, etc.), ou à laquelle ils se trouvent rattachés s'ils accomplissent l'essentiel de leur travail à l'extérieur des installations de leur employeur, et qui est soit l'entreprise, soit l'un des « établissements » ou « centres de travail » (pour emprunter à la terminologie de certains droits nationaux) de celle-ci. Il s'agit de déterminer *si les*

* Ce texte est la version définitive de ce rapport général, arrêtée à l'issue du déroulement du Congrès de Sydney, après vérification, à l'occasion de cette manifestation, que la version initiale ne recelait pas d'erreur majeure concernant l'un ou l'autre des systèmes nationaux évoqués. Nous devons, par ailleurs, remercier deux collègues de l'Equipe de recherche en droit social de l'Université Lumière Lyon 2 : Martine Le Friant, professeure à l'Université d'Avignon, pour ses indications relatives au droit allemand et les échanges sur certains concepts utilisés dans l'analyse, et Emmanuelle Mazuyer, chargée de recherche au Centre national de la recherche scientifique pour son aide précieuse à la lecture des rapports nationaux rédigés en anglais.

¹ « Travailleurs salariés » selon la terminologie française de l'OIT, c'est-à-dire personnes fournissant une prestation de travail dans le cadre d'une « relation de travail » au sens du rapport présenté à la 95^e session de la Conférence internationale du travail (2006) et de la recommandation n° 198 adoptée par cette instance. Cette relation est celle qu'*une personne travaillant « sous l'autorité d'un employeur et contre rémunération »* (point 23 du rapport précité) entretient avec ce bénéficiaire de son activité, que ce rapport juridique naisse ou soit réputé naître de la *conclusion d'un contrat* (« de travail ») ou qu'il soit imputé au *seul fait* de l'exécution du travail au service de l'employeur. Il ne s'agit donc pas seulement de la « relation de travail » comprise comme le rapport juridique naissant du seul fait qu'est l'entrée du travailleur dans l'entreprise puis l'exécution du travail dans ce cadre, selon une théorie de l'*Arbeitsverhältnis* cultivée dans la doctrine allemande dans la première moitié du XX^e siècle, puis reprise par divers auteurs (Paul Durand en France, mais sans succès, Mario De la Cueva puis Néstor De Buen au Mexique, etc.). Signalons que plusieurs directives européennes de rapprochement des législations des Etats membres admettent, afin de tenir compte de la diversité de ces systèmes nationaux, qu'un travailleur salarié puisse être lié à son employeur par « un contrat ou une relation de travail ».

travailleurs disposent de moyens juridiques de défense et d'intervention sur le lieu ou dans le cadre même où ils travaillent, et non seulement au niveau de l'entreprise, c'est-à-dire de la personne juridique - la société commerciale par exemple - qui est leur employeur.

L'enquête a été réalisée, selon l'usage des Congrès mondiaux de la Société internationale, au moyen d'un *questionnaire* dont la réalisation a constitué notre première tâche de rapporteur général. Ce document, relativement court, a été traité par des rapporteurs d'un nombre limité de pays. Ainsi *dix-neuf rapports nationaux* nous sont-ils parvenus : Afrique du Sud (Darcy du Toit), Australie (Sean Cooney), Autriche (René Schindler), Brésil, José Carlos Arouca), Chili (Sergio Gamonal Contreras et Francisco Walker Errázuriz), Colombie (Oscar Andrés Blanco Rivera et Carlos Ernesto Molina Monsalve), Etats-Unis (Charles B. Craver et Freda Alverson), France (Franck Petit), Japon (Kaoko Okuda), Maroc (Abdellah Boudahrain), Nouvelle-Zélande (Gordon Anderson et Emma Jayne J. Turner), Portugal (Maria Regina Redinha), République Dominicaine (Julián Serulle), République Tchèque (Milan Galvas et Zdenka Gregorová), Royaume Uni (Ruth Dukes), Russie (Nikita Lyutov), Suède (Mia Rönmmar), Taïwan (Shih-Hao Liu), Turquie (Kübra Dogan Yenisey')². Ce nombre limité de réponses constitue une surprise et limite nécessairement la portée des analyses qui suivent, puisque font défaut des rapports d'associations nationales traditionnellement actives au sein de la Société internationale³ et dont on sait que l'expérience, en matière de représentation des travailleurs et de dialogue social sur le lieu de travail, est remarquable ou éclairante⁴. Il est possible que le défaut de réponse ait parfois trouvé sa cause dans la difficulté de l'auteur du questionnaire à s'abstraire suffisamment des catégories de son système juridique national ou des instruments

² Quatre autres rapports ne nous sont pas parvenus avant la rédaction du présent rapport mais se trouvent sur le site du Congrès. Ils proviennent de Corée du Sud, de Hongrie (Attila Kun), d'Uruguay et du Venezuela (Napoleón Goizueta, Oscar Hernández Álvarez et Iván Miraval Rendón).

³ Nous pensons notamment à l'Allemagne, à la Belgique, aux Pays-Bas, à l'Espagne, à la Grèce, à l'Italie, à la Slovénie, à la Pologne, pour ce qui est de l'Europe, au Canada, au Mexique, à la Costa Rica, au Panama, à l'Argentine ou au Pérou, pour les Amériques. Moins surprenante, hélas, est l'absence d'autres réponses africaines que celles venues d'Afrique du Sud et du Maroc.

⁴ On songe d'abord à l'Allemagne, avec sa loi sur la constitution de l'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz*) de 1972 et à l'institution du « conseil d'établissement » (*Betriebsrat*) doté de pouvoirs de codétermination en matière sociale en même temps que du monopole de la négociation d'entreprise, mais aussi avec la place conservée, en vertu d'une loi de 1976 pour les grandes entreprises ou de la loi de 1951 pour le secteur sidérurgique et minier, par une cogestion (*Mitbestimmung*) qui touche au pouvoir de direction économique. On pense aussi à l'intérêt que présenterait la prise en compte de l'expérience italienne, de son régime comme de sa pratique de l'action syndicale et de la représentation des travailleurs dans l'*azienda*, ou du système espagnol de « double canal » de représentation et défense des intérêts des travailleurs dans l'entreprise, assez comparable au système français mais adopté dans le contexte si particulier du retour à la démocratie après la dictature franquiste.

communautaires européens - donc des représentations des relations du travail ou de la technologie juridique liées à cette expérience « régionale » - afin de formuler les questions en termes assez compréhensifs pour « faire sens » aux yeux d'experts de systèmes plus diversifiés.

Les rapports nationaux disponibles constituent une source d'information précieuse pour la comparaison et la réflexion qu'elle doit stimuler. Il convient de les consulter afin d'obtenir plus de détails que nous n'en pouvons retenir dans la présente synthèse, ou en savoir davantage sur le contexte socio-historique de chaque système, sur lequel il nous a paru indispensable d'interroger les rapporteurs. Ce contexte est essentiel, en effet, pour comprendre et apprécier les *dispositifs juridiques*⁵ rencontrés – ou leur absence – dans un domaine qui relève davantage du régime des *relations professionnelles* (ou « collectives », ou « industrielles ») que de celui des *rapports de travail* proprement dits⁶.

Nous aurons l'occasion de vérifier ce poids du contexte en tirant *quelques enseignements* (3.) de la découverte des *systèmes nationaux*, dont nous tenterons une description de type comparatif quoique nécessairement sommaire (2.), après avoir exposé les *interrogations* (1.) qui ont présidé à l'élaboration du questionnaire, puis à l'exploitation des rapports nationaux, et qui pourraient orienter la réflexion sur notre objet d'étude.

⁵ Une précision terminologique s'impose : un « *dispositif juridique* » est, par exemple, l'ensemble des conditions et moyens juridiques relatifs à l'implantation et à l'activité d'un syndicat dans une entreprise, ou le cadre juridique de la négociation collective à quelque niveau que ce soit, ou encore l'ensemble des conditions de mise en place, attributions et moyens de fonctionnement d'une structure comme un conseil ou un comité composé d'élus des travailleurs d'un établissement. Un tel *dispositif* est construit et gouverné par des règles de droit, dont la plupart sont signifiées par des « *dispositions* », c'est-à-dire des énoncés du discours législatif que composent ou modifient les lois, les règlements, etc.. L'expression « *dispositif juridique* » présente l'avantage d'être purement technique, à la différence du terme « *institution* », très marqué par certaines doctrines de philosophie du droit (telle la « *théorie de l'institution* » de Maurice Hauriou). Mais ce dernier terme, ou son équivalent dans d'autres langues que le français, appartenant au langage de certains ordres juridiques (exemple : « *institutions représentatives du personnel* » dans le langage du Code du travail de la République française), nous en ferons éventuellement usage pour décrire la teneur de ces systèmes.

⁶ Un corps de droit du travail un peu sophistiqué permet de nouer, institue ou ordonne, d'une part les rapports juridiques dans lesquels est fournie une prestation de travail salariée (*rapports de travail*), d'autre part des relations de confrontation, négociation, contrôle ou coopération, établis à la périphérie et pour le gouvernement de ces rapports de travail (représentation des travailleurs, négociation collective, actions collectives), et que nous préférons nommer « *relations professionnelles* » (plutôt que « *relations collectives de travail* », selon l'usage académique français et le nouveau texte du Code du travail) parce qu'elles ne sont évidemment pas des relations « de travail ».

1. INTERROGATIONS

Il s'agit, à la fois, des *questions relatives aux constructions et procédés juridiques que les droits nationaux retiennent* dans le domaine qui nous intéresse (1.1.), celles qui touchent *aux orientations et valeurs de référence, mais aussi au « style » de nos systèmes de droit du travail* et qui ont un lien étroit avec cette matière (1.2.), et celle des *incitations ou contraintes pouvant résulter d'instruments juridiques supranationaux* (1.3.).

1.1. Quels dispositifs ?

L'expression et la défense des intérêts et points de vue des travailleurs, dans le cadre et au niveau de leur activité « quotidienne », sont-elles, dans tel ou tel pays, instituées ou admises *par le droit étatique, notamment par la législation, ou par des accords collectifs* (des « conventions collectives » ou des « contrats collectifs »), c'est-à-dire *par le droit conventionnel* ? Dans l'affirmative, sur quels objets portent-elles (1.1.1.) et quelles sont leurs modalités (1.1.2.) ?

1.1.1. Les moyens d'expression et de défense peuvent avoir pour *objets* les aspects les plus divers des relations du travail - conditions matérielles ou psychologiques du travail et organisation du travail (avec leurs conséquences sur la santé et la sécurité des travailleurs), conditions d'emploi (durée du travail et temps de repos, rémunération, etc.), modification ou rupture du rapport de travail de tout ou partie du personnel ou d'un travailleur déterminé – mais aussi de la vie de l'entreprise, c'est-à-dire les choix économiques et industriels effectués par sa direction. L'expression et la défense peuvent, au contraire, être inégalement autorisées et organisées selon qu'elles concernent l'un ou l'autre de ces objets.

1.1.2. Différentes *modalités* de cette *expression-défense des intérêts et points de vue* sont concevables. On imagine leur diversité en contemplant un nombre suffisant de systèmes juridiques nationaux. Elles dotent les travailleurs ou leurs représentants de moyens de d'intervention inégalement intenses ou efficaces, et exposent donc la direction ou la hiérarchie de l'unité, voire de l'entreprise elle-même, agissant au nom et dans l'intérêt du ou des détenteurs du capital, à une pression inégalement forte.

.....

Ces modalités peuvent d'abord varier du point de vue des *agents* de l'expression-défense : *organisations syndicales* agissant librement et avec d'identiques prérogatives juridiques, ou au contraire sélectionnées selon certains critères de légitimation pour agir au nom ou dans le cadre d'une collectivité de travailleurs (systèmes nationaux connaissant une technique de « sélection » des acteurs collectifs telle que la « représentativité syndicale »), *représentants élus des travailleurs*, ou *travailleurs eux-mêmes*, voire chaque *travailleur agissant individuellement*. En effet, l'expression individuelle d'une réclamation, d'une proposition ou d'un point de vue, ou encore un acte consistant à se soustraire unilatéralement à la subordination inhérente à la relation de travail (par exemple en présence d'une menace physique immédiate), peut faire l'objet d'une immunité protégeant contre toute sanction ou éviction de l'emploi, et peut même être assortie de moyens destinés à faciliter sa réalisation. Le travailleur bénéficie alors d'un véritable droit (*right*), qui fait de lui un agent de l'expression ou de la défense qui nous occupe ici.

Du point de vue de *ce que ces agents sont habilités à faire et des effets de leurs actes*, l'éventail des modalités concevables de cette expression-défense comprend :

- l'*expression de points de vue* (par exemple sur l'organisation concrète du travail), n'engendrant qu'une contrainte légère pour la direction de l'entreprise ou de l'unité (elle doit « subir » cette prise de parole) ;
- la *présentation de réclamations* (relatives, par exemple, au respect des règles de sécurité dans l'exécution des tâches ou au paiement d'éléments de rémunération non versés) ;
- la *faculté d'exiger des informations* ;
- la *formulation d'avis* qui doivent être obligatoirement sollicités par l'employeur ou son représentant ;
- la *proposition* (par exemple à l'occasion d'une opération de restructuration ou réorganisation susceptible d'entraîner des suppressions d'emplois).

L'intensité de chacune de ces modalités (sauf la « créance » d'informations) est plus grande si la direction ou son représentant sur le lieu de travail est tenu de répondre aux points de vue ou aux demandes formulés. Mais cette intensité demeure plus faible que celle des trois autres modalités complétant la typologie :

- la *négociation*, orientée vers l'obtention d'un *accord* ;
- la *codécision* ;

.....

- la faculté d'opposer un *véto*, qui tient en échec la décision de l'employeur.

La typologie ainsi esquissée appelle deux observations.

En premier lieu, elle est le fruit d'une élaboration conceptuelle qui paraît utile à l'analyse des dispositifs instaurés ou admis par les systèmes de droit positif, comme à la théorisation des modes de participation des travailleurs dans les entreprises. On ne saurait donc être surpris de ne pas retrouver, dans nombre de systèmes, toutes les modalités ainsi distinguées⁷.

En second lieu, nous avons choisi de ne pas envisager la grève, ni d'autres formes d'action collective ou « action industrielle » (le blocage des locaux ou d'un chantier de l'entreprise, par exemple), parmi ces modes d'expression, d'intervention ou de défense. Ce qu'elles sont réellement, même si la grève n'est le plus souvent admise qu'en contexte de négociation collective (idée de « devoir de paix »)⁸, et si les circonstances dans lesquelles le recours à une telle action est envisagé donnent normalement lieu à une pratique d'expression des points de vue des travailleurs aussi emblématiquement démocratique que le référendum⁹. En effet, les

⁷ Cette typologie peut paraître très « française », parce qu'élaborée à partir de l'expérience du droit français et de la représentation que l'on peut avoir, en France, de son originalité et de sa différence avec des systèmes de pays voisins.

⁸ Ce que rappellent, au passage, plusieurs rapporteurs à propos du droit national dont ils rendent compte.

⁹ Dans deux arrêts de décembre 2007, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu, en l'absence de toute support dans les textes communautaires, que *le droit pour des travailleurs de mener une action collective constituait « un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire »* dont cette Cour assure le respect (CJCE, 11 décembre 2007, affaire C-488/05, *Viking* : à propos d'une menace de grève lancée par un syndicat finlandais et d'un appel d'une fédération internationale de syndicats des transports à refuser toute négociation, dans quelque pays que ce soit, avec une société utilisant la liberté communautaire d'établissement à des fins préjudiciables à des travailleurs finlandais) ; 18 décembre 2007, affaire C-341/05, *Laval* : à propos du blocage d'un chantier d'une société lettone en Suède, décidé par des syndicats suédois afin d'obtenir l'adhésion de cette société à une convention collective locale et améliorer la condition des travailleurs envoyés depuis la Lettonie pour exécuter ce chantier, et de dissuader les entrepreneurs d'user de la liberté communautaire de prestation des services en faisant travailler aux conditions du pays d'origine leur main d'œuvre détachée à cet effet dans un autre pays de l'Union). Mais les deux arrêts affirment aussitôt que ce droit fondamental doit être mis en balance avec ces libertés (d'établissement, de prestation de services) qui constituent normativement le marché européen, de sorte que l'entrave à l'exercice de l'une ou l'autre de ces libertés résultant d'une action collective doit apparaître justifiée par l'objectif d'intérêt général de protection des travailleurs. Et la Cour européenne se montre particulièrement exigeante pour admettre cette justification ! Ces arrêts ont fait l'objet de commentaires passionnés en Europe et de vives critiques de la part de spécialistes de droit du travail (citons seulement, dans la littérature en langue française, le remarquable commentaire de : Sophie Robin-Olivier et Etienne Pataut, *Europe sociale ou Europe économique* (à propos des affaires *Viking*

divers *procédés de lutte du travail* constituent eux-mêmes un riche thème d'étude comparée, de réflexion et de débat. En revanche, si le questionnaire n'appelait pas de présentation d'ensemble du régime de la négociation collective, ce procédé est trop central pour ne pas être pris en considération dans cette enquête ; il paraît même constituer, dans certains systèmes, la modalité idéale de défense des intérêts des travailleurs au sein de l'entreprise en général et au lieu du travail en particulier.

.....

1.2. Quels modèles de droit du travail ?

L'investigation doit contribuer à *l'identification des tendances du droit du travail et des « valeurs » qu'il défend ou s'attache à promouvoir*. Elle peut montrer en quoi les droits du travail se sont écartés d'un modèle de droit du travail *tutélaire* (1.2.1.) et comment ils sont influencés par une extension du champ de pertinence du *modèle démocratique* (1.2.2.).

1.2.1. Au-delà d'un droit du travail tutélaire

On peut, à la suite d'Otto Kahn-Freund, considérer que le droit constitue, d'une manière générale et dans toutes ses branches (pas simplement à travers le droit constitutionnel, le droit administratif ou le droit pénal), « une technique de régulation du pouvoir social », c'est-à-dire d'un pouvoir qui se manifeste dans les rapports privés autant que dans les relations avec la puissance publique ¹⁰. Mais les branches de nos systèmes juridiques nationaux aujourd'hui dénommées « droit du travail » (*Labour law, Arbeitsrecht, derecho del trabajo, diritto del lavoro*, etc.) sont réputées réaliser un encadrement singulier du pouvoir des employeurs, qui ne vise pas seulement la reproduction et l'utile fonctionnement des relations sociales concernées, *mais est orienté vers la protection des personnes soumises à ce pouvoir*. Qui nierait que ces systèmes de droit du travail ont pour *fin* (ou *finalité*) – parfois affichée avec solennité par la Constitution ou la loi ¹¹ – *la protection des travailleurs*, au nom d'une « *justice sociale* » que le

et *Laval*), *Revue de droit du travail* 2008, pp. 80-88). Le rapport suédois évoque l'incidence de l'arrêt *Laval* sur le système local qui fait une très large place au droit conventionnel.

¹⁰ *Labour and the Law*, 3^e édition, par P. Davies et M. Freedland, Londres, Sweet and Maxwell, 1983). Kahn-Freund avait été, au temps de la République allemande dite « de Weimar », l'élève d'Hugo Sinzheimer, pour qui la relation salariale était « avant tout, une relation de pouvoir ».

¹¹ Bien que la proclamation d'un tel objectif ou la fondation d'une branche du droit protectrice des travailleurs salariés n'apparaissent pas comme des manifestations nécessaires et premières de ce que l'on appelle le « constitutionnalisme social », illustré d'abord par la Constitution mexicaine de 1917 et la Constitution allemande de 1919. La disposition inaugurale du célèbre article 123 de la première nommée se bornait à proclamer (et proclame toujours) le droit de toute personne au « travail digne et socialement utile » en promettant « la création d'emplois et l'organisation sociale pour le travail ». L'article 157 de la Constitution de Weimar plaçait les énergies de travail « sous la protection spéciale » du *Reich* et assignait pour mission à celui-ci de créer « un droit du travail homogène ».

Traité de Versailles de 1919 a proclamé condition de la paix des nations en même temps qu'il fondait l'Organisation internationale du travail ¹² ? Aux yeux de juristes convaincus de l'existence de principes de justice, « naturels » et universels, inspirant et dominant les ordres juridiques positifs nationaux, le « principe protecteur » serait même le premier et le plus indiscutable des « principes du droit du travail » ¹³.

Il est exact que *les normes* composant ces branches des droits nationaux tendent d'une manière générale, par leurs objets et leur teneur (imposition d'un âge minimum d'entrée au travail, prohibition des discriminations, stabilisation de l'emploi notamment par l'encadrement de la rupture de la relation de travail, limitation du temps de travail et garantie d'un minimum de repos et de congés, imposition d'un minimum de rémunération et protection de cette rémunération, etc.), à *assurer la protection* des travailleurs, aussi relative et inégale soit-elle. Elle procurent, en fait, cette protection dans une mesure qui dépend d'abord de leur effectivité. Mais un corps de règles juridiques propres aux relations du travail pourrait se borner à assurer ce minimum de protection des travailleurs de manière essentiellement *tutélaire*. C'est-à-dire par voie de simple limitation d'un pouvoir unilatéral exercé par certains sujets de droit sur d'autres : en prohibant ou restreignant certaines pratiques des employeurs, en imposant à ces derniers certaines obligations, sous le contrôle d'un corps de fonctionnaires chargés de veiller

¹² Les *fins* ou *finalités* d'un ordre juridique ou d'une de ses branches sont ce que cet ordre ou cette branche se donne comme but, les objectifs qu'il (ou elle) s'assigne « officiellement » ou qu'il (ou elle) est, selon le discours dominant parmi les juristes, censé poursuivre : « la justice » et « la sécurité » dit-on volontiers, et, pour cette branche particulière qu'est le droit du travail, « la protection des travailleurs » et le « progrès social » ou « la justice sociale », voire la « réforme sociale ». Ces finalités participent de l'*idéologie*, c'est-à-dire de la représentation du monde social et des valeurs réputées le gouverner, qui accompagne les normes juridiques en question en contribuant à leur légitimation (à la légitimation de l'ordre juridique ou de la branche en question et des restrictions de liberté qu'il engendre), en même temps que l'existence de ces normes nourrit en retour cette idéologie. On jugera bonnes et heureuses ces finalités affichées et sans cesse confirmées par l'immense majorité des spécialistes du droit du travail. On appréciera et soutiendra la vocation de l'OIT de faire perdre au travail, ou d'empêcher qu'il ne retrouve, un statut de « marchandise ». Il est toutefois permis, sur le terrain de la connaissance (scientifique), d'adopter une posture *critique* consistant à *s'interroger sur « ce que fait objectivement » l'ordre juridique (ou telle de ses branches, ou tel dispositif juridique) dans le monde social, sur ce à quoi il ou elle sert, qui et quels intérêts il ou elle sert. C'est-à-dire à s'interroger sur ses fonctions sociales*. Le refus de s'en tenir aux finalités affichées et convenues - donc à ce que le droit dit de lui-même et à ce qu'en disent ses clercs - pour explorer ses *fonctions sociales* est à l'origine de la thèse de l'*ambivalence* du droit du travail développée par le courant critique français (A. Jeammaud, *Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement, Le droit du travail confronté à l'économie, Actes de la 1^{ère} Journée Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2005, p. 15 et suivantes), mais que l'on rencontre aussi dans la littérature d'autres pays d'Europe et d'Amérique.

au respect de ces normes (une « inspection du travail ») et des tribunaux, voire des organisations professionnelles et syndicales susceptibles d'exercer une pression sur les employeurs afin de favoriser le respect maximum des normes du travail. Mais, aujourd'hui, on reprocherait sans doute à ce *modèle tutélaire de droit du travail* de traiter les travailleurs comme des personnes frappées d'incapacité en raison de la faiblesse de leur volonté et ayant au moins besoin d'une assistance de la puissance publique.

Aussi considérera-t-on qu'un système de droit du travail se perfectionne lorsqu'il va au-delà de cette posture purement tutélaire pour *reconnaître aux travailleurs des droits d'agir, à l'intérieur même de l'entreprise, dans le quotidien de la vie au travail*, afin de faire valoir, face à l'employeur ou ses représentants, les normes juridiques protectrices qui s'imposent à ces derniers, mais aussi leurs intérêts et leurs points de vue sur les conditions et l'organisation du travail ou, plus exceptionnellement, sur les choix industriels et la politique de l'entreprise ou la manière dont celle-ci est dirigée. Dès lors, si *l'existence de voies ou facultés d'expression-défense des intérêts et points de vue des travailleurs à l'intérieur de l'entreprise, en particulier sur le lieu même du travail, n'est pas consubstantielle à la notion de droit du travail* comme « droit protecteur des salariés », l'introduction de telles voies ou facultés vaut *passage d'un modèle de droit du travail à un autre*. Un autre modèle, plus complexe et avancé, affectant plus intensément le rapport de domination qui semble exister « naturellement » entre un employeur et ses travailleurs salariés, en encadrant de diverses manières le pouvoir juridique reconnu à cet employeur par l'ordre juridique lui-même. D'ailleurs, si le droit est une technique de maîtrise du pouvoir, il paraît souhaitable qu'il ne se borne pas à limiter le pouvoir patronal, et qu'il institue, face à lui, des pouvoirs adverses, aussi modestes et parcellaires soient-ils. Au demeurant, l'adoption d'un tel modèle n'est-elle pas une exigence ou ne manifeste-t-elle pas un approfondissement de la démocratie, une plus intense diffusion des valeurs démocratiques dans une société qui fait large place au salariat ?

1.2.2. Une extension de la référence à la démocratie

Variés sont les *rapports entre droit du travail et démocratie*. Sur le plan « génétique », il paraît logique qu'un établissement ou un retour de la démocratie politique dans un pays favorise la constitution ou le développement d'un droit globalement plus favorable aux

¹³ Ainsi que l'a soutenu l'inoubliable Américo Plá Rodríguez, ancien président de la SIDTSS, dans un ouvrage largement diffusé en Amérique latine (*Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 2^e édition, 1978, n° 15 et suivants).

travailleurs que l'application d'un droit commun des biens et des contrats assurant la souveraineté de la propriété et de l'initiative privées comme la liberté contractuelle jusque dans le recours au travail d'autrui. Si cette relation n'a rien de nécessaire, puisqu'elle n'est point universellement vérifiée ¹⁴, l'avènement ou le rétablissement de la *démocratie politique* paraît bien constituer une condition de dépassement du modèle tutélaire de droit du travail par la reconnaissance de droits d'action et d'intervention des travailleurs ou de leurs représentants, y compris dans l'entreprise et sur leur lieu de travail. En tout cas, la démocratie politique ne se concevant pas sans reconnaissance de la liberté syndicale, elle appelle l'instauration de relations basées sur la libre organisation et expression des intérêts, et la négociation entre les représentants d'intérêts antagonistes, au moins au niveau national et interprofessionnel ou à celui de la branche d'activité. On parle parfois de *démocratie sociale*, dont ce que l'on nomme aujourd'hui « dialogue social » n'est qu'une composante.

L'empreinte de la démocratie paraît plus forte si *ses valeurs pénètrent, au moins partiellement, le régime juridique des relations du travail au sein même de l'entreprise et jusque sur le lieu de travail*. Par exemple si, sans aller jusqu'à introduire la délibération majoritaire des travailleurs pour la désignation des dirigeants et les grands choix de gestion de l'entreprise – il s'agirait d'une autogestion supposant un bouleversement du régime de la propriété des moyens de production inhérent au capitalisme – on reconnaît une liberté d'expression et on instaure des procédés ou procédure de confrontation des intérêts et points de vue débordant la seule négociation collective sur les conditions d'emploi et de travail. Ne se trouve-t-on pas alors en présence d'une variété d'organisation des rapports de travail et relations professionnelles que l'on peut nommer « *démocratie industrielle* », sinon « *démocratie économique* » ?

La question, qui ne semble plus guère préoccuper aujourd'hui, a pu se poser, dans les années 70-80 ¹⁵, dans quelques régions du monde – en Europe occidentale notamment - à propos de certaines réformes ou certains projets de réforme. Les projets ou réformes placés

¹⁴ On a vu des régimes autoritaires ou dictatoriaux établir des dispositifs juridiques de protection des travailleurs (cas du franquisme en Espagne, pour ne citer qu'un exemple du passé).

¹⁵ Et avant, ainsi qu'en témoigne la citation du sénateur Robert Wagner (1937) mis en exergue par les auteurs du rapport sur les Etats-Unis (« *We must have democracy in industry as well as in government; . . . democracy in industry means fair participation by those who work in the decisions vitally affecting their lives and livelihood; and . . . the workers in our great . . . industries can enjoy this participation only if allowed to organize and bargain collectively through representatives of their own choosing* »).

sous la bannière de la « démocratie industrielle » ou de la « démocratie économique » sont assez anciens en Allemagne (notamment au temps de la République de Weimar) et dans les pays scandinaves. Le *Statuto dei Lavoratori* promulgué en 1970 en Italie procédait d'une volonté de préciser les attributs de la citoyenneté du travailleur sur le lieu même du travail. Au Royaume-Uni, le rapport remis en 1977 par le comité Bullock mandaté à cet effet par le gouvernement Callaghan avait exploré les voies d'une « démocratie industrielle ». Enfin, le changement politique survenu en France en 1981 ¹⁶ avait ouvert la voie à des réformes du droit du travail que le discours du législateur ¹⁷ plaçait avec insistance sous le double signe de l'édification d'une « démocratie économique » et d'un avènement de « la citoyenneté des travailleurs dans l'entreprise ». Certes, l'expression « démocratie économique » paraissait démesurée parce qu'elle évoquait trop le « socialisme démocratique » ou le « socialisme autogestionnaire » dont se réclamait encore une partie de la gauche politique et du mouvement syndical d'Europe occidentale, alors que les réformes en question s'autolimitaient en affichant le respect des canons de l'économie capitaliste. Mais celle de « démocratie industrielle », moins ambitieuse, paraissait acceptable pour qualifier un agencement des relations au sein de l'entreprise assurant l'expression des travailleurs au sein de la collectivité de travail (d'abord sur leur lieu de travail) et à travers des organes de représentation de leurs intérêts ou des procédures de négociation, mais aussi en tant qu'individus grâce à la garantie des « libertés et droits fondamentaux » (avec de possibles restrictions justifiées par les exigences du travail), et leur offrant ainsi des chances de peser sur les décisions relatives à la vie de l'entreprise et à l'organisation de la production autant que sur la fixation des règles gouvernant les conditions d'emploi et de travail ¹⁸.

¹⁶ Election de François Mitterrand, candidat du Parti socialiste, à la présidence de la République contre le président sortant V. Giscard d'Estaing, candidat de la droite, puis élection d'une majorité d'Union de la Gauche à l'Assemblée nationale.

¹⁷ Discours aisément repérable, en la circonstance, puisque d'abord constitué par un rapport intitulé *Les droits des travailleurs* remis dès septembre 1981 par le nouveau ministre du travail au nouveau Président de la République et au nouveau premier ministre trois mois après les élections mentionnées à la note précédente. Ce rapport Auroux annonçait et justifiait l'ensemble des réformes que la nouvelle majorité politique entendait réaliser immédiatement, en les inscrivant dans un programme de « changement de la société » (plutôt que de « changement de société ») par approfondissement de la démocratie et enrichissement de la « citoyenneté ».

¹⁸ *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, sous la direction d'Antoine Jeammaud et Antoine Lyon-Caen, Arles, Actes Sud, 1986 (voir spécialement l'introduction, p. 9-18 et l'article « France » ; voir l'analyse de la question de la démocratie dans le régime juridique des relations du travail dans différentes expériences nationales, en rapport avec l'histoire politique et le système de relations industrielles : Umberto Romagnoli et Giorgio Ghezzi pour l'Italie, Luis Enrique De la Villa et Manuel Carlos Palomeque pour l'Espagne, Sheldon Leader pour la Grande-Bretagne, René Laperrière pour les Etats-Unis et le Canada, Graciela Bensusán pour le Mexique). Cet ouvrage a connu une deuxième édition, en espagnol : *Derecho del trabajo, democracia y crisis en*

Le souvenir de ce débat politique et conceptuel, passé de mode dans ses contrées de prédilection mais non dépassé historiquement, suggère une double question : *un système de droit du travail n'est-il pas d'autant plus démocratique qu'il aménage et garantit des facultés d'expression-défense des intérêts et points de vue des travailleurs à l'intérieur de l'entreprise, en particulier sur le lieu même du travail*, et ne peut-on dire qu'il constitue alors *l'armature juridique d'une démocratie industrielle* ? Certains ne manqueront pas d'objecter que la démocratie n'a de sens qu'en ce qui concerne l'organisation de la société politique, de sorte que l'idéal démocratique ne prétend et ne saurait saisir le champ de l'activité de production des biens et services, pas plus que les espaces de relations privées (dont relèvent les rapports au sein de l'entreprise privée). Reprenant la rhétorique de la principale organisation patronale française contre les réformes de 1981-1982, ils ajouteront peut-être que « les véritables citoyens de l'entreprise » ne sont pas ses salariés, mais ses clients ou usagers. Et d'aucuns n'hésiteraient pas à affirmer que ce sont les détenteurs du capital ! Sans adhérer à l'une ou l'autre de ces positions, d'autres observeront que la pénétration des valeurs et exigences de la démocratie dans les relations du travail *est suffisamment réalisée par l'instauration et la stimulation de la négociation collective dans l'entreprise* et jusque dans ses divers établissements.

1.3. Quelles incitations ou contraintes supranationales ?

Existe-t-il des *normes supranationales* visant à ce que les droits nationaux reconnaissent ou instaurent des voies ou facultés d'expression-défense sur le lieu de travail ? Il convient de

Europa occidental y en América, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Centro de publicaciones, 1989. On peut estimer que le mouvement de réforme législative de la période 1981-1986 « a rapproché le dessin juridique des relations dans l'entreprise du modèle de l'Etat de droit et enrichi la forme locale de démocratie industrielle » (Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 22^e édition, 2004, n° 21). On signalera qu'il n'est plus question, dans la France d'aujourd'hui, de « démocratie industrielle » et encore moins de « démocratie économique » : la mode est à la « démocratie sociale », qui heurte moins la logique du système économique. L'analyse de l'usage de cette expression par les acteurs sociaux et politiques (une loi du 20 août 2008 s'intitule « loi portant rénovation de la démocratie sociale ») permet de cerner ce qu'elle paraît désigner : essentiellement un aménagement de la production normative en droit du travail et de la protection sociale qui privilégie la négociation collective au niveau national par rapport à l'initiative étatique et stimule la pratique décentralisée de cette négociation en élargissant son champ et majorant sa puissance (extension des facultés de déroger à la loi ou à des normes conventionnelles de niveau supérieur dans un sens qui n'est pas obligatoirement favorable aux travailleurs). L'émergence de ce thème de la « démocratie sociale » a dénoté un abandon (dans la gauche politique et le mouvement syndical) ou un rejet (par la droite politique) des ambitions réformistes que traduisait l'usage de l'expression « démocratie économique » par le législateur de 1981-1982 ou de « démocratie industrielle » par des analystes de ses réalisations.

consulter le droit international du travail (1.3.1.), puis les instruments des organisations européennes qui ont vocation à influencer les ordres juridiques de nombreux pays du Vieux continent (1.3.2.).

1.3.1. Du côté du droit international

Les instruments de l'OIT affirmant et protégeant la liberté syndicale – du préambule de la Constitution de l'organisation à la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998 (rappelant que les Etats membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions pertinentes, ont l'obligation de « respecter, promouvoir et réaliser... les principes concernant les droits fondamentaux » que sont, en premier lieu, « la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective »)¹⁹, en passant par la Déclaration de Philadelphie de 1944 (soulignant l'importance des libertés d'expression et d'association) et, surtout, la convention n° 87 (1948) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical - encouragent et légitiment toute forme d'exercice de l'action des syndicats à ce niveau, même s'ils ne recèlent aucune prescription particulière sur ce point. La convention n° 98 (1949) sur le droit d'organisation et de négociation collective, la convention n° 154 et la recommandation n° 163 (1981) spécifiquement consacrées à cette négociation, visent à permettre à tous les employeurs et à toutes les catégories de travailleurs *de négocier à tous niveaux*, en poussant les Etats à adopter des mesures favorables à cette pratique et à son développement. La recommandation n° 163, en particulier, considère que « des mesures adaptées devraient être prises *pour que la négociation collective soit possible à quelque niveau que ce soit, notamment ceux de l'établissement*, de l'entreprise, de la branche d'activité, de l'industrie (...) ». L'objectif de la convention n° 135 et de la recommandation n° 143 (1971) est de procurer aux « représentants des travailleurs » certaines facilités pour l'accomplissement de leurs fonctions et une protection, ces représentants pouvant être nommés ou élus par des syndicats ou élus par les travailleurs de l'entreprise eux-mêmes (à condition, dans ce dernier cas, que des mesures appropriées soient prises afin que la présence d'élus ne servent pas à affaiblir la situation des syndicats). Mais ces instruments, respectueux des régimes nationaux de relations professionnelles et laissant donc aux Etats le soin de choisir entre un système de représentation par les syndicats et un système de représentants élus par le personnel (à moins qu'ils préfèrent cumuler des deux, comme le font plusieurs pays européens), ne visent pas à assurer la présence

¹⁹ Déclaration en quelque sorte réaffirmée par la Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable adoptée par la Conférence internationale dans sa session de juin 2008, qui en souligne l'importance pour la réalisation des objectifs stratégiques qu'elle-même proclame.

de tels représentants comme agents d'expression-défense des intérêts des travailleurs sur le lieu même du travail.

En revanche, dans une perspective de « participation des travailleurs dans l'entreprise » - notion compréhensive s'il en est ²⁰ - ou de « gestion participative » ²¹ de l'entreprise et de sa main d'œuvre, la recommandation n° 94 (1952) encourage « la collaboration sur le plan de l'entreprise » entre employeurs et salariés, à travers la consultation des seconds par les premiers « pour les questions d'intérêt commun n'entrant pas dans le cadre des procédures de négociation collective ou ne faisant pas normalement l'objet d'autres procédures de détermination des conditions d'emploi ». L'instrument invite donc les Etats à favoriser cette collaboration par consultation, soit en encourageant les accords collectifs qui l'organisent, soit en instituant par voie législative des organismes adaptés aux conditions propres aux diverses entreprises, soit par la combinaison de ces deux démarches. La recommandation n° 129 (1967) sur les communications dans l'entreprise souligne, quant à elle, l'importance de la création d'un « climat de compréhension et de confiance réciproques » tant pour l'efficacité productive que pour la satisfaction des aspirations des travailleurs, et conseille d'adopter à cette fin une politique de communication, de diffusion et d'échange rapide d'informations et de consultations avec ces travailleurs et leurs représentants (avant que la direction arrête ses décisions d'intérêt majeur), notamment par des réunions, des tableaux d'affichage, des journaux d'entreprise, des circulaires, etc., et de moyens permettant au personnel de formuler ses suggestions et exprimer ses idées. Mais, conformément à une constante de la politique normative de l'OIT, cohérente avec le statut « fondamental » attribué, au sein de son système de normes, à l'affirmation et à la garantie de la liberté syndicale, la recommandation précise que les méthodes de communication adoptées dans chaque pays ne devraient en aucune manière porter atteinte à cette liberté syndicale en favorisant la mise à l'écart des organisations dont elle protège la constitution et l'action. Enfin, la recommandation n° 130 (1967) sur l'examen des réclamations invite à instaurer une procédure appropriée à cet effet et mettant à l'abri de toute rétorsion celui qui est ou se croit victime d'une méconnaissance des droits qu'il tient de la législation ou du droit conventionnel (assistance ou représentation par un

²⁰ Le terme « participation » est très compréhensif dans l'usage qu'en font la discipline des relations industrielles comme les juristes du travail. Il sert le plus souvent à désigner génériquement toutes les formes d'intervention des travailleurs ou de leurs représentants dans le processus de décision (de la simple consultation à l'autogestion, en passant par la cogestion), donc dans l'exercice du pouvoir de direction de l'entreprise.

représentant d'une organisation de travailleurs), sans le priver de la faculté de s'adresser à l'autorité publique ou au juge.

D'autres instruments de l'OIT traitent, à propos d'aspects particuliers des relations du travail de l'expression et de la défense des intérêts et points de vue des travailleurs au sein même de l'entreprise.

C'est le cas, dans ce domaine majeur de production normative de l'Organisation qu'est la protection de la sécurité et de la santé, de la convention n° 155 et de la recommandation n° 164 (1981). Celles-ci, on le comprend, s'attachent particulièrement au « lieu de travail », entendu comme tout endroit où des travailleurs doivent se trouver ou se rendre du fait de leur travail et qui est placé sous le contrôle direct ou indirect de l'employeur. Ces instruments ambitionnent de faire adopter par chaque Etat une politique nationale en matière de sécurité, de santé des travailleurs et de milieu de travail, qui doit notamment tendre à développer « la communication et la coopération » entre employeur et les travailleurs ou leurs représentants dès « le niveau du groupe de travail et de l'entreprise ». Ils prescrivent ou conseillent que des dispositions soient prises au niveau de l'entreprise afin que les travailleurs coopèrent à l'accomplissement des obligations incombant à l'employeur, que leurs représentants coopèrent avec cet employeur dans le domaine de la sécurité et de l'hygiène du travail et reçoivent une information suffisante, mais aussi, comme les travailleurs eux-mêmes, une formation appropriée, et qu'ils soient habilités à examiner tous les aspects de la sécurité et de la santé liés à leur travail et soient consultés à cette fin par l'employeur. Ils visent même à ce que tout travailleur soit autorisé à signaler immédiatement à son supérieur hiérarchique « toute situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un péril imminent et grave pour sa vie ou sa santé », mais aussi à refuser de reprendre son travail tant que ce péril subsiste. Selon la recommandation n° 164, les mesures destinées à favoriser la coopération entre les employeurs et les travailleurs ou leurs représentants devraient, dans certains cas, comporter l'institution de délégués des travailleurs à la sécurité, de « comités ouvriers » ou « comités conjoints » de sécurité et d'hygiène. Dans le même domaine et le même sens, la convention n° 161 (1985) sur les services de santé au travail prévoit que les travailleurs et leurs représentants, s'il en existe, participent à l'organisation de ces services et aux autres mesures qui les concernent, mais aussi que ces travailleurs, qui doivent être informés des risques sanitaires inhérents à leur travail,

²¹ Jean-Michel Servais, *Normes internationales du travail*, Paris, Librairie générale de droit et de

informent à leur tour ces services de tout facteur du milieu de travail susceptible d'avoir des effets sur leur santé. Ainsi les normes internationales du travail orientent-elles les droits nationaux, dans cette matière essentielle de la protection de la santé au travail, vers l'institution de procédures ou d'organes d'expression-défense des intérêts et points de vue des travailleurs sur le lieu même du travail.

Pour leur part, la convention n° 158 (art. 7 et 13) et la recommandation n° 166 (par. 20) (1981) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur tendent à faire imposer à l'employeur une obligation d'informer et écouter dans sa défense le salarié menacé de licenciement pour un motif lié à sa conduite ou son travail, mais aussi d'informer et consulter les représentants des travailleurs lorsqu'il envisage d'introduire des changements importants de nature à entraîner des licenciements ou de prononcer des licenciements pour des « motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire ».

Au total, *les normes de l'OIT encouragent à divers égards et en quelques domaines l'instauration de procédures ou d'organes d'expression et défense, sur le lieu même du travail, des intérêts et points de vue des travailleurs salariés*, mais elles n'exercent qu'une assez modeste pression en ce sens ²². D'ailleurs, si le questionnaire soumis aux rapporteurs nationaux les interrogeait expressément sur ce point, tous les rapports ne répondent pas à la question et rares sont ceux qui relèvent une influence de ces normes internationales ²³. Cependant, l'objectif d'accès de tous à un « *travail décent* », inscrit à l'ordre du jour de

jurisprudence, 2004, n° 299 et suivants.

²² On ne s'étonnera pas que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), adopté en 1966 dans le cadre de l'Organisation des Nations-Unies, n'emporte d'autres exigences que la garantie de la liberté syndicale.

²³ Afrique du Sud, Chili, Colombie, Maroc, République Dominicaine, Russie, Turquie. Le rapporteur australien observe que l'architecture du système de représentation des travailleurs est antérieure à l'adoption des instruments pertinents de l'OIT. On ne saurait suspecter les autorités australiennes de désinvolture à l'égard du droit international du travail quand on découvre que l'*Industrial Relations Reform Act* de 1993, par exemple, s'est occupé de conformer le droit fédéral à certaines conventions de l'Organisation auxquelles il fait expressément référence. Le rapport néo-zélandais précise que la volonté de conformer le droit national aux conventions n° 87 et 98 a en partie inspiré l'*Employment Relations Act* de 2000. Le rapport pour le Royaume-Uni évoque la critique élevée en 2005 par le Comité d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations à l'égard des dispositions relatives à la reconnaissance des syndicats comparées aux exigences de la convention n° 98. On découvre dans le rapport adressé de Taïwan que les autorités de ce pays reconnaissent l'importance des instruments de l'OIT, quittée en 1971.

l'action de l'OIT depuis une dizaine d'années²⁴, devrait valoriser cette modalité d'agencement juridique des relations au sein de l'entreprise. En effet, la promotion du « dialogue social » figure parmi les quatre « objectifs stratégiques » inscrits à l'Agenda de l'Organisation. D'autre part, l'exigence d'un « travail décent » est certainement celle d'un « travail avec des droits », et requiert, pour le travailleur, non seulement la liberté de se syndiquer, mais aussi celle d'exprimer ses préoccupations et de contribuer de quelque manière aux décisions lourdes de conséquences pour son existence.

1.3.2. Du côté des normes des organisations européennes

Si l'on se tourne vers les processus d'intégration juridique régionale, les contraintes engendrées par les normes d'harmonisation adoptées par les institutions de la Communauté (ou l'Union) européenne sont plus nettes et sans équivalent dans l'état actuel des choses²⁵. Quelques rapports nationaux en provenance du continent européen soulignent l'influence du droit communautaire sur le droit national²⁶.

On rappellera d'abord que diverses directives de rapprochement des « législations sociales » des Etats membres prescrivent aux autorités nationales d'instituer des obligations, pour le ou les employeurs, d'informer et consulter les « représentants des travailleurs », c'est-à-dire « les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique » de chaque Etat. Tel est le cas des deux importants instruments que sont la directive 98/59 du 20 juillet 1998, relative aux licenciements collectifs, et la directive 2001/23 du 12 mars 2001, relative au

²⁴ *Un travail décent*, Rapport du Directeur général du BIT à la 87^e session (1999) de la Conférence internationale du travail ; *Réduire le déficit du travail décent : un enjeu mondial*, Rapport du Directeur général à la 89^e session (2001) de la Conférence.

²⁵ Sur cette vaste entreprise qu'est l'harmonisation sociale, notamment à travers le rapprochement des législations du travail et de la protection sociale, voir : Emmanuelle Mazuyer, *L'harmonisation sociale européenne. Processus et méthode*, Bruxelles, Bruylant-CERIC, 2007 ; La régulation régionale du travail : aspects comparatifs européens et nord-américains, *Revue de droit du travail* (Paris, Dalloz), 2007, p. 222-228. L'auteur du rapport marocain signale que l'Organisation arabe du travail n'a produit aucune convention ou recommandation concernant les représentants des travailleurs ou les droits syndicaux dans l'entreprise ou à des niveaux inférieurs. Ce qui n'a pas empêché certains Etats du Maghreb (Algérie, Libye, Mauritanie, Tunisie, mais non le Maroc) d'adopter des dispositions tendant à assurer une véritable représentation des travailleurs dans l'entreprise ainsi que leur participation aux décisions de celle-ci.

²⁶ Rapports autrichien, britannique, suédois et tchèque. Le rapport turc fait état d'innovations déjà introduites dans le droit local afin de le mettre en harmonie avec les normes communautaires (en matière de licenciement collectif ou de santé et sécurité) dans la perspective d'une éventuelle entrée de la Turquie dans l'Union européenne, et il précise que le sens de l'évolution est bien la transposition de ce que l'on appelle « l'acquis communautaire ».

maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises ou d'établissements ²⁷. Mais, si ces directives prescrivent que les droits des Etats imposent une information et une consultation des représentants des travailleurs « concernés » par le transfert ou ses suites ou par le projet de licenciement collectif, elles n'exigent pas que ces opérations se déroulent à l'échelle et dans le cadre du lieu de travail. Il en va de même de diverses directives adoptées dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail qui font obligation aux Etats de prévoir une « consultation et participation » des travailleurs et de leurs représentants (notamment de ceux qui ont « une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs », c'est-à-dire des travailleurs qui peuvent ou doivent être délégués à cet effet), à commencer par la très importante directive 89/391 du 12 juin 1989 (« directive-cadre ») ²⁸. En revanche, la *directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne* exerce une plus nette pression en faveur de l'institution d'une expression-défense au lieu du travail ²⁹. D'abord parce que cette information et cette consultation (sur l'évolution récente et l'évolution probable des activités de l'entreprise ou de l'établissement et de sa situation économique, sur la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi, sur les décisions susceptibles

²⁷ Cette prescription figurait dans les directives de 1975 et de 1977 respectivement remplacés par ces deux instruments

²⁸ Article 11 : « 1. Les employeurs consultent les travailleurs et/ou leurs représentants et permettent leur participation dans le cadre de toutes les questions touchant à la sécurité et à la santé au travail.

Cela implique :

- la consultation des travailleurs,
- le droit des travailleurs et/ou de leurs représentants de faire des propositions,
- la participation équilibrée conformément aux législations et/ou pratiques nationale.

2. Les travailleurs ou les représentants des travailleurs, ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé (...), participent de façon équilibrée (...) ou sont consultés au préalable et en temps utile sur : a) toute action qui peut avoir des effets substantiels sur la sécurité et la santé, b)....

3. Les représentants des travailleurs, ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé (...), ont le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens, de façon à pallier tout risque pour les travailleurs et/ou à éliminer les sources de danger (...).

²⁹ Pierre Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2008, n° 358 et suivants ; *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Sylvaine Laulom (Dir.), CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Etienne (France), 2005. L'instrument communautaire le plus remarqué a été, sans aucun doute, la directive 94/45 du 22 septembre 1994 « concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs ». Il est remarquable, en effet, en ce qu'il prend en compte le phénomène des groupes transnationaux pour imposer, à travers les droits nationaux des Etats membres, des dispositifs appréhendant des rapports juridiques transnationaux (comité d'entreprise européen, procédure d'information et consultation transnationale). Cette directive a fait l'objet d'une refonte aux fins d'amélioration, qui a débouché sur son remplacement par la directive 2009/38 du 6 mai 2009. Mais ces directives ne concernent pas l'objet du présent rapport.

d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail, etc.) doivent être assurées, non seulement au niveau des entreprises (dont l'effectif de travailleurs atteint un certain seuil) ayant leur siège et établies sur le territoire d'un Etat membre, mais également au niveau de tout établissement d'entreprise extracommunautaire installé sur le territoire d'un Etat membre ³⁰. Ensuite parce que la consultation doit s'effectuer « au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité », ce qui commande, pour certaines questions, une consultation des travailleurs ou de leur représentants dans le cadre de l'établissement, donc d'un lieu de travail, plutôt qu'au niveau de l'entreprise ³¹.

Il faut également souligner que le Traité instituant la Communauté européenne, dans son état présent (Traité de Rome de 1957, modifié en dernier lieu par le Traité d'Amsterdam de 1997) ³², fait référence en ouverture de son chapitre « Dispositions sociales » à deux autres instruments régionaux : la Charte sociale européenne signée à Turin en 1961 et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Or, la première consacre et la seconde constate la positivité de « droits sociaux fondamentaux » ³³, au nombre desquels figure le *droit des travailleurs d'être informés et consultés au sein de l'entreprise*. La *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, « déclarée » en décembre

³⁰ L'établissement est, au sens de cette directive, toute « une unité d'exploitation (...) dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ».

³¹ Une directive 2001/86 du 8 octobre 2001 impose à chaque Etat membre d'adopter des dispositions organisant une « implication des travailleurs » dans toute « société anonyme européenne » constituée conformément au règlement n° 2157/2001 du même jour (donc directement rattachée au droit européen plutôt qu'au droit national) et ayant son siège statutaire sur son territoire. Une directive 2003/72 du 22 juillet 2003 procède de manière analogue en vue d'assurer « l'implication des travailleurs » dans toute société coopérative européenne régie par le règlement n° 1435/2003 du même jour. Chacune de ces deux directives précise qu'il faut entendre par « *implication des travailleurs* », « *l'information, la consultation, la participation ou tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise* ». Elle privilégie la négociation comme voie de fixation des modalités de cette « implication » largement entendue et laisse une certaine marge aux législateurs nationaux quant au choix de l'organe de représentation des travailleurs à instituer à défaut d'accord. Il nous paraît préférable de ne pas emprunter au langage du droit communautaire européen cette expression d'« implication » pour désigner l'ensemble des modalités concevables de représentation ou d'expression des intérêts et points de vue des travailleurs.

³² En attendant la ratification, encore incertaine, et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne signé le 27 octobre 2007 afin de modifier à la fois le Traité sur l'Union européenne (Maastricht, 1992) et le Traité instituant la Communauté européenne.

³³ L'article 136, tel qu'il résulte du Traité d'Amsterdam, énonce curieusement que « la Communauté et les Etats membres, *conscients* des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale (...) ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail (...), le dialogue social (...)».

1989 par onze des douze chefs d'Etat et de gouvernement réunis en Conseil européen à Strasbourg, n'a pas valeur de traité international et se borne à « proclamer » des droits qui paraissent déjà reconnus et garantis par la combinaison du droit communautaire et des droits nationaux, mais elle retient parmi ces droits « l'information, la consultation et la participation des travailleurs (...) selon des modalités adéquates ». D'autre part, si la Charte sociale européenne de 1961, véritable convention liant les Etats membres du Conseil de l'Europe ³⁴, ne parlait pas de semblable droit, sa version de 1996 (*Charte sociale européenne révisée*) garantit que « les travailleurs ont droit à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise », « droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu de travail dans l'entreprise » et « droit à l'information et à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs » (Partie I, paragraphes 21, 22 et 29). Quant à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, elle reconnaît un « droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise », tel que « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, *aux niveaux appropriés*, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ». L'intérêt d'une telle reconnaissance est de consolider les normes communautaires en cette matière de l'expression-défense des intérêts et points de vue des travailleurs en soulignant que celles-ci doivent être assurées « aux niveaux appropriés », donc à l'échelle du lieu de travail s'il paraît approprié ³⁵.

2. L'ETAT DES DROITS NATIONAUX

Bien que le nombre des rapports nationaux soit limité, notre propos n'est pas d'ordonner en un tableau comparatif l'ensemble des informations et réflexions qu'ils livrent. Nous devons nous en tenir à l'essentiel. Ainsi ne seront pas systématiquement évoquées, malgré leur importance, toutes les données normatives des droits nationaux, tels les *seuils d'effectifs* qui

³⁴ Le Conseil de l'Europe, fondé par le Traité de Londres de 1948 et ayant son siège à Strasbourg (France), est une organisation régionale à laquelle appartiennent aujourd'hui plus de cinquante Etats (dont la Turquie, Russie, l'Ukraine, etc.), tandis que la Communauté et l'Union européennes ne réunissent que 27 de ces Etats.

³⁵ Pour l'instant, les dispositions de cette Charte de Nice ne « s'adressent » - c'est-à-dire ne s'imposent - qu'aux institutions et organes de l'Union européenne et aux Etats membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (article 51). Si le Traité de Lisbonne est ratifié, cette Charte aura « la même valeur juridique que les traités ».

conditionnent la mise en place de certains organes de représentation ou l'exercice de certaines prérogatives syndicales sur le lieu de travail, les *catégories de travailleurs* (« typiques » et « atypiques ») pris en compte, voire investis de droits électoraux ou dont les intérêts spécifiques peuvent être pris en charge par les organes ou dans les procédures d'expression et défense des intérêts du personnel ³⁶. Nous n'évoquerons pas davantage la *durée des mandats des représentants* ou l'absence de fixation légale d'une telle durée. Pour de plus complètes informations, il convient de se reporter à ces rapports nationaux qui, presque tous, répondent méthodiquement au questionnaire diffusé, et de manière détaillée parfois. Mais cette consultation *ne procurera pas une vision fidèle que ce qu'est, à travers le monde, la représentation des travailleurs et le dialogue social dans le cadre où ces travailleurs fournissent leur prestation de travail*, car dix-neuf expériences nationales ne composent pas un échantillon véritablement représentatif, compte tenu de l'importance de certaines absences.

Sous le bénéfice de cette nécessaire réserve, nous nous intéresserons successivement aux sources normatives (2.1.), aux agents (2.2.), à leurs attributions et pouvoirs (2.3.) ³⁷, avant de rechercher si le travailleur dispose, parfois, d'une faculté d'agir individuellement (2.4.).

2.1. Les sources normatives

Le rôle des partenaires sociaux dans l'invention ou la mise en œuvre de ces procédés, procédures ou institutions est très variable. Une distinction paraît de prime abord s'imposer : celle des *pays à régime légal* et des *pays à régime conventionnel*, ou à *systèmes conventionnels* (car ils peuvent être multiples dans le champ de l'ordre juridique d'un même pays, selon le degré de décentralisation de la négociation collective). Mais elle n'est que celle de *types idéaux*, ainsi qu'il apparaît à la lecture des rapports nationaux (2.1.1.). La diversité caractérise

³⁶ On est frappé par le *réalisme très modéré* de la plupart des droits nationaux observés dans l'appréhension des collectivités de travail effectives, qu'il s'agisse d'apprécier l'effectif ou de reconnaître aux travailleurs « extérieurs » (travailleurs temporaires ou « en mission » mis à disposition par des entreprises spécialisées, travailleurs salariés de prestataires, etc.) des droits en matière de représentation dans l'entreprise où ils exécutent leur prestation. En règle générale, ces travailleurs ne sont pris en compte et n'ont de droits que dans leurs rapports avec leur propre employeur et dans l'entreprise de celui-ci. Les solutions du droit autrichien ou du droit français (voir les indications détaillées du rapport français) sont plus « réalistes », donc plus complexes, que celles du droit russe, ou tchèque ou turc. Les rapporteurs pour l'Afrique du Sud et pour Taïwan regrettent l'indifférence de leur droit national à des formes d'organisation de la production et de gestion de la main d'œuvre qui compromettent l'utilité des dispositifs de représentation des travailleurs.

³⁷ C'est-à-dire à ce que peut recouvrir l'expression « dialogue social », d'abord acclimatée dans le milieu des Communautés européennes et mondialement adoptée aujourd'hui.

aussi l'existence et l'ampleur *du fondement et de la garantie constitutionnels* des dispositifs instaurés par la loi ou adoptés par voie de négociation collective (2.1.2.).

2.1.1. Systèmes légaux, conventionnels et intermédiaires

2.1.1.1. Dans nombre de pays, l'expression et la défense, sur le lieu de travail, des droits, intérêts, voire des opinions des travailleurs, sont d'abord imposées et organisées par des *dispositions législatives*. Il peut s'agir d'un *code du travail* comme au Chili, en Colombie, en France, au Maroc, au Portugal, en République Dominicaine, en République Tchèque, en Russie, ou d'un instrument analogue comme au Brésil (*Consolidação das Leis do Trabalho*). Mais on sait qu'un « code du travail », produit et mis en vigueur par les institutions de l'Etat selon les procédures constitutionnelles, n'est pas toujours une œuvre de même nature du point de vue de la théorie de la codification ³⁸, et qu'il est souvent complété par d'autres textes, même dans le domaine qui nous occupe ³⁹. Il peut s'agir aussi d'une série de lois distinctes, concernant les relations du travail, le droit syndical, la représentation du personnel, la santé et la sécurité au travail (Afrique du Sud ⁴⁰, Autriche ⁴¹, Japon, Nouvelle-Zélande, Taïwan, Turquie). Dans ces régimes légaux, d'une manière générale, la négociation collective, à quelque niveau que ce soit, peut améliorer les dispositifs prévus par la loi dans un sens favorable aux travailleurs et à leurs représentants ⁴². Elle est même très sollicitée, aujourd'hui, pour le fonctionnement ordinaire d'un système comme celui du Code du travail français, réputé régime légal par excellence ⁴³.

³⁸ S'il se présente toujours comme un ensemble plus ou moins ample et dense de dispositions dotées d'une signification normative, un « code du travail » est tantôt le produit d'un acte de législation créateur, introduisant un corps de dispositions nouvelles, tantôt une simple compilation et « consolidation » de dispositions déjà valides (comme l'ont été les codes du travail successivement en vigueur en France, et comme le sont la *Consolidação das Leis do Trabalho* brésilienne et le *Código Sustantivo del Trabajo* colombien de 1950).

³⁹ Par exemple, en République Tchèque la constitution d'un syndicat dans le cadre d'une entreprise est régie par la loi de 1990 sur les associations de citoyens, et dans la Fédération de Russie la matière qui nous occupe est réglée par le Code du travail entré en vigueur en 2002, la loi sur les syndicats de 1996, et d'autres textes.

⁴⁰ Lois sur la santé et la sécurité au travail (*Health and Security Act*) de 1993, sur les relations de travail (*Labour Relations Act*) de 1995, loi pour l'équité dans l'emploi (*Employment Equity Act*) de 1998, etc...

⁴¹ Dont l'*Arbeitsverfassungsgesetz* de 1974, qui semble doter l'entreprise d'une sorte de « constitution sociale », comme on a pu le dire de la *Betriebsverfassungsgesetz* allemande de 1972.

⁴² Plusieurs rapports nationaux soulignent cette possibilité et illustrent son usage (le rapport suédois notamment). Le rapport tchèque signale que l'amélioration conventionnelle peut consister à introduire le référendum auprès des travailleurs dans un certain nombre de circonstances.

⁴³ Le rapport français souligne que « la négociation collective est devenue une voie privilégiée pour

2.1.1.2. L'éventail d'expériences nationales rapportées n'offre aucun exemple de système purement conventionnel. Par l'effet du développement de la législation dans tous les pays observés, on peut dire que *Royaume-Uni et Suède sont aujourd'hui dotés de systèmes légaux* de représentation des travailleurs, même s'ils laissent beaucoup de place à la négociation collective. Nous parlerions plus volontiers de *systèmes intermédiaires* pour *l'Australie et la Nouvelle-Zélande*, et même pour *les Etats-Unis* bien que le droit de ce pays fournisse le plus modeste des supports législatifs à une représentation des travailleurs et à la défense de leurs intérêts dans l'entreprise et sur le lieu du travail.

Chacun sait que la législation a conquis, au Royaume-Uni, une place d'importance dans l'ordonnement des relations du travail. En matière d'expression et de défense des intérêts des travailleurs, l'influence des directives européennes a été décisive et les lois se sont succédé depuis les années 1970 afin d'introduire des dispositifs d'information et de consultation requis par les instruments communautaires, sans oublier le *Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act (TULRCA)* de 1992 régissant la reconnaissance des syndicats par les employeurs. Mais cette accumulation a donné naissance, selon le rapport britannique, à une législation peu cohérente et qui, afin de ménager un maximum de « flexibilité » aux employeurs, laisse beaucoup de place aux accords collectifs (conventions collectives entre un employeur et des syndicats, ou *workplace agreements* conclus dans le cadre d'un établissement entre un employeur et des représentants des travailleurs) comme aux choix unilatéraux de l'employeur.

Variante d'un « modèle nordique » de relations industrielles, le système suédois a été fondé par les partenaires sociaux dans les premières décennies du XXe siècle (notamment avec l'Accord de Saltsjöbaden de 1938). Qualifié par certains de « social-collectiviste » ou de « système consensuel », il s'est d'abord caractérisé par une authentique autonomie collective (non-intervention législative), une négociation centralisée mais également développée aux niveaux inférieurs, et un esprit de coopération entre des organisations syndicales, puissantes et non rivales, et leur partenaire patronal, dans un contexte de forte syndicalisation⁴⁴. Il a été

installer les institutions de représentation, souvent pour déterminer leur composition et leurs règles de fonctionnement, parfois pour envisager leur suppression ».

⁴⁴ Les centrales sont aujourd'hui LO, confédération suédoise des syndicats et organisation emblématique du mouvement syndical du pays, TCO, confédération suédoise des employés, et SACO,

affecté par l'extension de la législation depuis les années soixante-dix (lois sur les syndicats de 1974 et lois sur la codétermination de 1976) et l'intégration à l'Union européenne, avec l'obligation corrélative de conformer le droit national aux directives communautaires de rapprochement des droits, a naturellement renforcé cette tendance. Il reste que cette législation encourage les acteurs sociaux à développer et étendre la « codétermination » par voie d'accords collectifs ⁴⁵.

Le cas de l'Australie illustre également *une situation intermédiaire entre les deux types du régime légal et du système conventionnel, quand même plus éloignée du premier* que les systèmes britannique et suédois, tributaires de l'appartenance à l'Union européenne. En effet, les lois fédérales et celles des entités fédérées jouent un rôle non négligeable en la matière ⁴⁶, notamment sur le plan de la santé et de la sécurité au travail. Cependant, les syndicats de travailleurs et les organisations d'employeurs disposent de droits d'intervention devant la juridiction fédérale des relations industrielles, qui leur permettent de participer à l'élaboration des sentences (*awards*), et seules des conventions collectives instituent des organes de consultation des travailleurs à vocation générale. Le profil du système néo-zélandais paraît assez semblable : la législation (bouleversée depuis l'abandon, en 1987, du régime de l'arbitrage obligatoire) fixe le régime des syndicats comme les conditions de leur reconnaissance et le cadre de la négociation collective dont ils sont les acteurs, en même temps qu'elle organise ou favorise la participation des travailleurs en matière de sécurité et santé au travail dans les établissements (*Health and Safety in Employment Act* de 1992, modifié en 2002). Mais les conventions collectives peuvent prévoir des structures permanentes de consultation et les directions d'entreprise, comme les syndicats ou des associations non

qui syndique les diplômés universitaires et les enseignants. La Confédération de l'entreprise suédoise est la principale organisation patronale.

⁴⁵ Voir le rapport suédois, point 2.3 (qui cite notamment l'exemple d'un accord national de 1982 sur la productivité et la participation).

⁴⁶ La représentation des travailleurs est régie par les législations des Etats fédérés ou territoires indépendants et par la législation fédérale en matière de santé et sécurité au travail ou de relations industrielles (la Constitution fédérale limite de champ d'action du législateur national, mais un mouvement de transfert de compétence des entités fédérées vers l'Etat fédéral est en cours s'agissant des relations industrielles). Toutefois, une variété de production prétorienne de normes juridiques a joué un rôle capital dans la formation du droit du travail australien : les *awards*. Il s'agit de sentences à portée générale rendues à l'occasion d'un conflit collectif par un tribunal fédéral, l'*Australian Industrial Relations Commission* (successeur de la *Commonwealth Court of Conciliation and Arbitration* créée en 1904), tout récemment remplacée par l'organe nommé *Fair Work Australia* dans le cadre de la réforme d'ensemble du droit du travail engagée par le Gouvernement travailliste issu des élections législatives 2007 et déjà illustrée par l'important *Fair Work Act* de 2009.

syndicales de travailleurs, favorisent des pratiques extra-légales d'expression et consultation du personnel ⁴⁷.

Des divers systèmes ayant fait l'objet d'une réponse au questionnaire, celui des Etats-Unis d'Amérique demeure *le plus proche d'un régime conventionnel*. En effet, malgré la croissance de la législation concernant les relations du travail depuis une cinquantaine d'années (dispositions anti-discrimination, sur la santé et la sécurité au travail, etc.) ⁴⁸, le droit américain ne recèle aucune règle légale imposant une représentation des travailleurs dans l'entreprise ou au lieu de travail. D'importantes lois – notamment le célèbre *National Labor Relations Act (Wagner Act)* de 1935, même modifié depuis son adoption - offrent cependant aux organisations syndicales des moyens d'organiser une certaine action et de négocier pour le compte des travailleurs. On trouve donc là, à défaut d'institution ou imposition directe d'organes ou procédures d'expression et défense des droits et intérêts de ces travailleurs, la base législative d'une action et d'une représentation à cette fin. Toutefois, cette base normative offre à ces dernières un support institutionnel si modeste que leur réalité et leur efficacité paraissent d'emblée, plus qu'en d'autres systèmes ⁴⁹ (et même si les normes juridiques ne « font » jamais les pratiques sociales) objectivement dépendantes de l'implantation et du dynamisme des syndicats.

2.1.2. Un fondement et une garantie constitutionnels inégaux

Droits, procédés ou procédures d'expression-défense des intérêts des travailleurs sont, dans un certain nombre de pays ⁵⁰, *fondés et garantis par la Constitution*. Ils le sont, parfois, *en totalité ou quasi-totalité*. Comme en France, grâce à la généralité des énoncés du préambule de la Constitution de 1946 dont il est aujourd'hui acquis qu'ils appartiennent au corps des normes

⁴⁷ Le rapport néo-zélandais fournit de nombreuses données quantitatives tirées d'enquêtes récentes.

⁴⁸ Le rapport pour les Etats-Unis rappelle qu'au cours des trente dernières années, les tribunaux ont nettement réduit la liberté des employeurs dans la rupture du contrat de travail et introduit des exceptions à la traditionnelle règle de l'*employment-at-will*.

⁴⁹ Le français, par exemple, pour ne rien dire de l'allemand ou de l'espagnol absents de notre base de données.

⁵⁰ Pas en Australie, ni aux Etats-Unis bien sûr, ni au Royaume-Uni en raison de la forme de la constitution. Le rapport britannique rappelle, en outre, la portée limitée des conventions internationales dans l'ordre interne du pays, à l'exception de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle le *Human Rights Act* de 2000 a donné force de loi.

constitutionnelles ⁵¹. Comme au Portugal, dont la Constitution de 1976, issue de la « Révolution des œillets », établit la liberté syndicale avec un certain luxe de détails (en précisant, en particulier, que cette liberté emporte le droit d'exercice de l'activité syndicale dans l'entreprise) et précise les droits des associations syndicales de travailleurs, en disposant aussi qu'il leur revient d'exercer le droit à la négociation collective. Le texte constitutionnel portugais consacre, en outre, le droit des travailleurs de créer des commissions de travailleurs et fixe l'essentiel du régime de ces instances. Le fondement et la garantie paraissent amples, également, mais plus imprécis en Afrique du Sud, où la Constitution de 1996 reconnaît un droit à des pratiques de travail équitables (*right to fair labour practices*) et un droit d'accès à l'information, et plus discutés peut-être à Taïwan ⁵².

Dans d'autres pays, le fondement et la garantie constitutionnels des dispositifs qui nous intéressent ne sont que *partiels*. C'est le cas de l'Autriche, où est essentiellement assurée (depuis 1867) une liberté d'association qui comprend celle de constituer des syndicats et où le dialogue social a été constitutionnellement consacré en 2008. C'est aussi le cas du Brésil ⁵³, où la Constitution démocratique de 1988 proclame la liberté de « l'association professionnelle ou syndicale », fixe le régime de son exercice, prescrit la participation obligatoire des syndicats aux négociations collectives de travail et institue l'élection d'un représentant des travailleurs dans les entreprises de plus de deux cents travailleurs, et ouvre aussi la voie « à titre exceptionnel » à la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise. Mais il est vrai que cet ambitieux texte constitutionnel entretient des relations un peu complexes avec la *Consolidação das Leis do trabalho* adoptée en 1943, donc au temps du régime autoritaire de Getúlio Vargas, qui prévoit d'autres formes de représentation. Quant à la Constitution japonaise, elle garantit seulement, en tant que « droits fondamentaux du travail », le droit syndical, le droit à la négociation collective (lié au précédent) et le droit d'action collective. La Constitution chilienne de 1980, adoptée par un « régime militaire autoritaire ignorant des

⁵¹ Ce préambule de la Constitution de 1946, reconduit par celui de la Constitution de 1958 actuellement en vigueur, contient un alinéa garantissant la liberté syndicale et un autre aux termes duquel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

⁵² L'article 15 de la Constitution de Taïwan-République de Chine déclarant que l'existence des « droits du travail » comme celle des « droits de la propriété » doit être garantie pas la loi, certains juristes de ce pays estiment qu'il garantit le régime de codétermination dans l'entreprise et le dialogue social. Par ailleurs, l'article 154, relatif aux politiques nationales fondamentales, dispose que les employeurs et les travailleurs doivent développer la production et les entreprises selon un principe de coordination et coopération.

⁵³ Et de la Colombie.

libertés publiques »⁵⁴, ne reconnaît que le droit des travailleurs à la négociation collective et seulement dans le cadre de l'entreprise.

Dans quelques autres pays étudiés, *seule la liberté syndicale* est garantie par une norme constitutionnelle⁵⁵, dont la jurisprudence ou les juristes locaux estiment parfois qu'elle implique garantie de la négociation collective ou d'une certaine liberté de l'action industrielle (Maroc, Nouvelle Zélande⁵⁶, République Dominicaine, République Tchèque, Russie, Turquie, Suède⁵⁷)⁵⁸.

2.2. Agents

Il s'agit de prendre la mesure de *la place respective d'organisations syndicales et d'autres représentants des travailleurs*, essentiellement de *représentants élus*. Aussi songe-t-on d'emblée à établir une distinction entre les systèmes à *canal (track) unique* - canal syndical *ou* canal électif - et ceux qui font admettre une *pluralité de canaux* – canal syndical *et* canal électif – pour l'exercice des missions de représentation des travailleurs et de leurs intérêts. Mais il s'avère bien vite que cette distinction, comme celle d'abord imaginée du point de vue des sources normatives, est seulement l'opposition de types idéaux. Dans la série de systèmes nationaux examinés, un seul ne connaît que le canal syndical (2.2.1.) et s'oppose très nettement à ceux aménageant un double canal (2.2.2.). Entre ces figures polaires, on découvre

⁵⁴ La qualification du régime né du coup d'Etat militaire de septembre 1973 conduit par le général Pinochet (dictature véritable, comme en Argentine à la même époque, ou régime moins radical ?) reste une question sensible au Chili.

⁵⁵ « Seule » parmi les éléments des dispositifs de défense et de représentation qui nous occupent ici, bien sûr, car les constitutions en question consacrent le plus souvent d'autres droits sociaux (le droit de grève par exemple).

⁵⁶ Liberté de se syndiquer garantie par le *New Zealand Bill of Rights*.

⁵⁷ La Constitution suédoise de 1974 dispose, dans son chapitre consacré aux droits et libertés fondamentaux, que tout citoyen jouit de la liberté d'association. Mais cette liberté d'association, qui vaut notamment pour les associations de travailleurs ou d'employeurs (autorisées, par un article subséquent, à « prendre des mesures concernant les conflits du travail ») ne vaut que « dans les relations avec l'autorité publique », ce qui prive la norme d'effet horizontal. En Turquie, en contraire, l'article 11 de la Constitution, dont un article ultérieur proclame le droit des travailleurs et des employeurs de fonder des syndicats et des unions syndicales, précise que les dispositions constitutionnelles lient les organes de l'Etat « et toutes les autres institutions et personnes », ce qui les rend directement invocables dans les relations privées.

⁵⁸ L'ampleur de la garantie ou de la « couverture » constitutionnelle des dispositifs qui nous intéressent dépend nécessairement, même si c'est dans une mesure variable, de la signification que l'on peut assigner et de la portée que l'on peut reconnaître aux énoncés du texte constitutionnel, donc de ce que l'on appelle leur « interprétation » (voir, par exemple, le rapport sur la République Dominicaine)

surtout des *systèmes privilégiant l'entremise des syndicats sans leur attribuer un monopole*. Au sein de cette cohorte, on peut distinguer des régimes de *primauté syndicale* (2.2.3) et de simple *priorité syndicale* (2.2.4.). « Primauté syndicale » pour les régimes dans lesquels, si le ou les syndicats n'ont pas l'exclusivité de la représentation, les autres organes prévus par le droit n'ont que des attributions limitées et voient parfois leur composition largement confiée à l'organisation syndicale. « Priorité syndicale », en revanche, lorsque la représentation est essentiellement assurée par le un ou des syndicats, mais incombe, en l'absence de telles organisations, à des élus des travailleurs, ce qui paraît constituer une amélioration par rapport à la formule d'exclusivisme du canal syndical. La mise en œuvre de cette typologie va toutefois montrer que la caractérisation puis le classement des systèmes de notre échantillon sont parfois délicats.

2.2.1. Canal syndical exclusif

Parmi les systèmes ayant fait l'objet d'un rapport, seuls ceux des *Etats-Unis* et de la *République Dominicaine* sont caractérisés, *en droit*, par ce que l'on peut nommer un *monopole syndical*. Avec cette conséquence qu'en l'absence de syndicat ou de syndicat suffisamment implanté dans une entreprise ou sur un lieu de travail, le droit étatique n'assure ou n'offre aux travailleurs aucune forme de représentation.

2.2.1.1. Aux *Etats-Unis*, le *Railway Labor Act* (1926), concernant les chemins de fer et l'aéronautique, et le *National Labor Relations Act* (1935) pour le secteur privé, permettent aux travailleurs de s'organiser collectivement, de soutenir des syndicats et de choisir celui qui sera chargé de négocier pour leur compte⁵⁹. Si une majorité de travailleurs d'une unité de négociation collective (entreprise, établissement, etc.) désigne *un syndicat* pour être son agent, cette organisation sera l'agent exclusif de négociation pour tous les membres de l'unité. En l'absence d'un tel soutien majoritaire d'un syndicat, il ne pourra y avoir de négociation collective ni d'autre pratique de représentation, et les travailleurs n'auront d'autres droits ou garanties que ceux accordés par la législation. Un syndicat ne pouvant se prévaloir de soutien majoritaire peut seulement, et si l'employeur y consent, négocier pour le compte de ses adhérents. Toutefois, si un groupe de travailleurs s'organise pour discuter de certaines

⁵⁹ Est interdit tout licenciement en raison de l'exercice d'un droit assuré par la NLRA.

questions avec la direction, on se trouve en présence d'une « activité concertée... en vue d'une aide mutuelle et d'une protection » au sens de la section 7 du NLRA, et ces personnes sont protégées contre d'éventuelles représailles, tandis que ne le sont point les travailleurs tentant individuellement de peser sur des décisions affectant leur emploi ou leurs conditions de travail.

Mais alors que la faiblesse actuelle du taux de syndicalisation fait que l'immense majorité des travailleurs du secteur privé ne dispose d'aucun canal syndical de défense et d'action sur le lieu de travail, de nombreux employeurs ont constitué des *comités* de représentation de leurs travailleurs, que la loi ne prévoit pas mais qu'ils préfèrent à des syndicats indépendants. Si l'objectif est généralement d'accroître la productivité plutôt que de promouvoir les intérêts de ces travailleurs, certains comités peuvent être qualifiés d'organisations syndicales au sens du NLRA. Mais ils risquent, dès lors, d'être illégaux, en raison du contrôle exercé par l'employeur sur la désignation de leurs membres comme sur leur compétence, ce qui révèle une « influence illégale » et constitue une *unfair legal practice* ⁶⁰.

2.2.1.2. En *République Dominicaine*, les syndicats de travailleurs dépendants (qui doivent compter au moins vingt membres) peuvent être d'entreprise, de métier ou de branche. La négociation collective est, à tout niveau, un monopole syndical. La liberté syndicale ouvrant la voie à la coexistence de plusieurs syndicats (qui agissent par l'intermédiaire de leurs délégués) dans une même entreprise ou un même établissement, le pouvoir de négocier est réservé au syndicat ayant la majorité absolue parmi les travailleurs et qui représente alors l'ensemble de ceux-ci, ou bien aux syndicats de métiers qui se trouvent majoritaires par addition des voies obtenues ⁶¹. Il y a donc tantôt unité, tantôt pluralité de représentation syndicale, mais nous comprenons que la représentation ne peut être que syndicale. Certes, la loi prévoit la constitution d'un comité mixte de santé et sécurité (dans toute entreprise occupant au moins 15 travailleurs) composé d'un représentant de l'employeur et d'un représentant des travailleurs, mais ce dernier est désigné par le syndicat ou les syndicats majoritaires. À défaut de syndicat, toutefois, il est élu par les travailleurs, ce qui est fréquent en raison du grand nombre d'établissements de petite taille et de l'absence de syndicat dans la majorité des entreprises.

⁶⁰ Ainsi que le *Labor Board* l'a estimé dans plusieurs décisions,

⁶¹ Les conventions collectives avec un employeur sont plutôt négociées et signées par un syndicat d'entreprise.

Par cette donnée relativement secondaire, le système de la République Dominicaine diverge du modèle du canal unique.

2.2.2. Canal électif exclusif

Selon la *loi autrichienne*, les syndicats reconnus représentatifs dans le cadre d'une branche d'activité ou d'une région ⁶² négocient les conventions collectives à tout niveau supérieur à l'entreprise, mais les *conseils du travail* élus (sans qu'un rôle soit légalement reconnu aux syndicats dans cette élection) sont les représentants des travailleurs dans l'entreprise et sont seuls habilités à négocier un accord collectif à ce niveau. Si la présence et l'action syndicales dans l'entreprise ou l'établissement ne font l'objet d'aucun régime spécifique, il est courant, dans les grandes et moyennes entreprises, qu'un groupe syndical existe et soit actif dans un établissement en vertu de la liberté d'association. Il apparaît que cette coexistence de deux organismes n'engendre pas de rivalité, ni de difficultés particulières. D'abord parce qu'elle est conforme à une doctrine syndicale majoritaire déjà ancienne. Ensuite parce que les membres élus des conseils sont essentiellement des membres de syndicats (agissant comme militants syndicaux, notamment en cas de conflit) et que ces syndicats coopèrent étroitement avec les conseils élus (recherche de candidats, formation, information ; présence de dirigeants syndicaux professionnels assistant les conseils lors de la négociation d'entreprise). On notera qu'à la représentation du personnel s'ajoute une présence minoritaire (un tiers des sièges au moins) de représentants des travailleurs au conseil de surveillance de la société employeur.

2.2.3. Double canal

Le droit français offre une illustration sophistiquée de la pluralité de canaux. Mais d'autres systèmes (Brésil, Maroc, Portugal, République Tchèque, Taïwan) font également place à la dualité syndicats et représentants élus.

2.2.3.1. Le code du travail de la République française prévoit diverses « *institutions représentatives du personnel* », dont les membres travailleurs sont *élus par le personnel*, et qui coexistent dans les unités de quelque importance : un ou plusieurs *délégués du personnel* peuvent être élus par les travailleurs dans toute entreprise ou tout établissement (en cas d'entreprise disposant de plusieurs établissements) où sont occupés 11 travailleurs au moins ;

⁶² Ces syndicats sont rassemblés en une centrale nationale unique.

si l'effectif est égal ou supérieur à 50, un *comité d'entreprise* doit être constitué avec une majorité de membres élus (à l'exception du président, qui est, de droit, le chef d'entreprise) et, si l'entreprise comporte plusieurs établissements, un *comité d'établissement* (composé comme le comité d'entreprise et présidé par le chef d'établissement) est mis sur pied dans chacun d'eux, puis les élus du personnel à chacun de ces comités élisent, parmi eux, ceux qui vont former la délégation du personnel au *comité central d'entreprise* (forme particulière du comité d'entreprise) ⁶³. Par ailleurs, un *comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)* doit être constitué dans tout établissement où sont occupés au moins 50 travailleurs, et la majorité de ses membres sont des travailleurs désignés par les délégués du personnel et les élus du personnel au comité d'entreprise ou d'établissement. Les syndicats représentatifs jouent un rôle important dans la mise en place et le fonctionnement de ces divers organes. D'abord parce que cette mise en place suppose, en pratique, qu'un ou plusieurs syndicats représentatifs se présentent pour négocier les modalités de l'organisation et de l'élection des délégués du personnel et du comité d'entreprise ou d'établissement, puis qu'un ou plusieurs de ces syndicats présentent des listes de candidats à l'élection de ces institutions. Ensuite parce qu'un comité d'entreprise, un comité d'établissement ou un comité central d'entreprise comprend, à côté des élus du personnel qui forment la composante la plus nombreuse et dont les membres participent toujours aux votes arrêtant la position du comité, un représentant syndical désigné par chacun des syndicats représentatifs dans l'unité.

Bien que les syndicats représentatifs ⁶⁴ se voient ainsi confier un rôle important dans la constitution et le fonctionnement des institutions élues qui ont mission de présenter et soutenir les réclamations, recevoir des informations dues par l'employeur et être obligatoirement consultées par lui, la loi leur reconnaît, depuis 1968, d'autres prérogatives d'action autonome sur les lieux du travail. Ainsi, tout *syndicat représentatif* peut constituer une *section syndicale d'entreprise ou d'établissement* regroupant ses adhérents et doter de certains moyens matériels

⁶³ Le droit français connaît également, depuis 1982, le comité de groupe, qui couvre toutes les unités du groupe établies en France, quel que soit le lieu du siège de la société mère, et le comité d'entreprise européen depuis la transposition de la directive communautaire de 1994.

⁶⁴ La représentativité est, en droit français, une qualité de première importance qui fonde une sélection des syndicats (très librement constitués) pour l'exercice des plus importantes prérogatives attribuées par la loi aux organisations de travailleurs salariés. Les conditions de reconnaissance de la représentativité ont été modifiées par un loi de 2008, qui a notamment introduit une condition de résultats aux élections des institutions représentatives du personnel. Par ailleurs, un syndicat qui n'a pas encore participé à ces élections, mais qui remplit les autres conditions de la représentativité, peut désormais présenter des candidats à ces élections, constituer une section syndicale et même désigner un représentant de cette section auprès de l'employeur. Pour plus de détails, voir le rapport français.

d'organisation et d'action à la charge de l'employeur. Si l'entreprise ou l'établissement compte 50 salariés au moins, il peut désigner un ou plusieurs (en fonction de l'effectif) *délégués syndicaux* (de 1 à 5) pour « le représenter auprès de l'employeur », et notamment animer la négociation collective, puisque cette pratique et la signature de conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement sont, en principe, réservées aux syndicats représentatifs ⁶⁵.

2.2.3.2. D'autres droits nationaux aménagent un double canal. Cela ne surprend guère pour des pays de l'Union européenne compte tenu de l'influence nécessaire des directives communautaires visant à développer l'information et la consultation des travailleurs, dans la mesure où la constitution d'organes élus de représentation semble être la solution la plus simple pour édifier les dispositifs requis par les instruments européens en contexte de pluralisme syndical. Ainsi le *droit portugais* connaît-il la *commission de travailleurs* et les *sous-commissions d'établissement*, qui coexistent dans l'entreprise avec les *syndicats*. En *République Tchèque*, les syndicats avaient, avec l'établissement de la liberté syndicale suite à « la Révolution de velours », vocation à représenter et défendre les travailleurs dans l'entreprise ou sur le lieu de travail (y compris en représentant un travailleur dans la défense d'un droit ou d'un intérêt individuel) et eux seuls ont qualité pour négocier et signer une convention collective. Mais, suite à l'adhésion à l'Union européenne et sous l'influence des directives, des institutions électives d'entreprise ont été introduites par une loi de 2000 : *conseil des travailleurs* au niveau de l'entreprise (avec des droits d'information et de consultation), *représentant pour la santé et la sécurité au travail*. Les syndicats ont pu les percevoir comme des concurrentes, même si leur position demeure nettement moins forte que la leur et si leur expérience est encore trop récente pour que l'on puisse avoir une idée exacte de la portée de l'innovation.

Le *droit marocain* appartient au même groupe, puisque des délégués du personnel doivent être élus, en nombre croissant avec l'effectif, dès lors qu'un établissement occupe 10 travailleurs au moins, avec pour mission principale de porter et soutenir les réclamations individuelles, tandis que les représentants syndicaux dans l'entreprise, éventuellement nommés par une centrale syndicale, sont seuls habilités à porter les réclamations collectives ou à négocier une convention collective.

⁶⁵ Mais en l'absence de tout délégué syndical (c'est-à-dire de syndicat réellement implanté) dans l'entreprise, les représentants élus au comité d'entreprise ou les délégués du personnel peuvent, dans certaines conditions, négocier et conclure un accord d'entreprise.

Il en va de même du *droit brésilien*, Selon la Constitution de 1988, les *syndicats* ont vocation à être présents dans les entreprises, puisqu'ils ont mission de défendre les intérêts des travailleurs indépendamment de leur affiliation et que, d'autre part, une négociation collective ne saurait se dérouler sans eux. Même en l'absence, à ce jour, de disposition légale expresse, un syndicat peut, dans une entreprise, désigner ou faire élire par les adhérents concernés un délégué syndical ou un collège de délégués syndicaux. Cette même Constitution prescrit l'élection d'un *représentant des travailleurs* dans toute entreprise où sont occupés plus de 200 travailleurs, mais cette disposition du plus haut niveau normatif ne semble pas être suivie d'effet. Par ailleurs, la loi prévoit la constitution d'une *commission interne de prévention des accidents*, paritaire et composée, du côté des travailleurs, de représentants élus indépendamment de toute affiliation syndicale. Elle admet aussi que les conventions et accords collectifs créent des *commissions mixtes* de consultation et collaboration sur le plan de l'entreprise et sur la participation aux bénéfices, et incite employeurs et syndicats à instaurer, dans le cadre des entreprises le cas échéant, des commissions paritaires de conciliation préalable (condition de saisine de la Justice du Travail), et d'autres commissions particulières peuvent toujours être instituées dans le cadre de l'entreprise.

On placera enfin dans cette cohorte des systèmes de double canal celui de *Taiwan*, caractérisé, sous l'influence des évolutions politiques de la dernière période, par un important appareillage d'instances de dialogue social en contexte d'atonie de la négociation collective. En effet, la représentation des travailleurs peut être assurée par *un syndicat* (de métier ou d'entreprise), mais *un seul* dans l'entreprise, l'un de ses établissements ou une autre unité plus petite. Ce syndicat, surtout s'il s'agit d'une organisation propre à l'entreprise, collabore d'ordinaire avec les représentants des travailleurs au *comité travailleurs-direction*, composé d'un nombre égal (2 à 15 selon l'effectif) de représentants de l'employeur désignés par lui et d'élus des travailleurs, afin de promouvoir la coopération et développer la productivité du travail. À côté de cette instance paritaire à vocation générale, existent *divers organes de représentation à compétence spéciale* (comité de sécurité et santé au travail, comité des activités et de la protection sociales, comité de traitement des plaintes pour harcèlement sexuel, etc.). On est toutefois tenté de déplacer ce système vers le groupe « priorité syndicale » quand on découvre, d'une part que les représentants au comité travailleurs-direction sont élus par les membres du syndicat et, seulement en l'absence de syndicat, par tous les travailleurs, et, d'autre part, que ce comité ou ses élus n'exercent certaines attributions qu'en l'absence de

syndicat. Mais le fait que le comité paritaire soit une instance permanente - donc que des représentants élus des travailleurs exercent une fonction permanente, même si c'est au sein d'une instance paritaire plutôt que composée exclusivement ou majoritairement de ces élus - comme l'importance des fonctions consultatives de ce comité et de ces élus, convainquent de maintenir le système taïwanais dans ce groupe « double canal ».

2.2.4. Primauté syndicale

Si nous avons bien compris les informations livrées par les rapports sur ces pays, la Suède et la Turquie offrent les deux illustrations les plus indiscutables de ce type intermédiaire tel que nous l'avons défini plus haut. Il nous semble percevoir, dans les autres cas, une certaine extension de la place de représentants élus, parfois intégrés dans des organismes paritaires avec des représentants de l'employeur, ce qui éloigne du mode d'organisation et d'action autonomes des travailleurs que réalise en principe le syndicalisme. On demeure cependant, avec les systèmes australien, néo-zélandais et sud-africain, dans des régimes de primauté syndicale. Cela devient moins certain dans les cas du Japon, du Chili, de la Colombie.

2.2.4.1. La *Suède*, de prime abord, ne connaît que le *canal syndical*. Les dispositifs d'expression-défense des intérêts par des voies (information/consultation) autre que la négociation collective se révèlent en fin de compte cohérents avec le système d'authentique autonomie collective qui caractérise l'expérience de ce pays scandinave. Les syndicats négocient et concluent, au niveau central et local, des conventions collectives sur les salaires et les autres conditions de travail. Ils sont aussi les seuls agents de l'information et de la consultation des travailleurs sur le lieu de travail comme de la codétermination. Sous réserve de l'existence de *comités conjoints de santé et sécurité* (représentants de l'employeur et élus des travailleurs), mais c'est seulement dans ce domaine que les syndicats ne sont pas les partenaires exclusifs de l'employeur. Si ces syndicats sont naturellement des organisations volontaires entre lesquelles tout travailleurs peut librement choisir - et qu'il peut également se refuser à rejoindre - ils sont presque tous regroupés dans trois confédérations (LO, TCO, SACO) qui ne se distinguent pas sur le plan idéologique ou politique mais selon les catégories professionnelles des syndiqués et qui ont conclu entre eux des accords de démarcation évitant la concurrence dans le recrutement et la représentation. Chacun de ces syndicats représente ses membres et tous jouissent également de la liberté d'association, du droit de participer à la négociation collective et du droit de conduire une action collective. La « représentativité

syndicale » n'est donc pas une catégorie du droit suédois. La loi accorde en revanche quelques avantages (en matière de négociation et d'exercice de la codétermination, de temps disponible pour l'exercice des fonctions, de protection de leurs représentants) aux syndicats « établis », c'est-à-dire liés par une convention collective avec un employeur ou une fédération d'employeurs. Mais il est courant qu'un employeur se trouve lié par autant d'accords collectifs à trois syndicats appartenant respectivement à chacune des confédérations. S'il n'y a donc pas d'exclusivité de la représentation pour les syndicats, du fait de l'existence des comités conjoints de santé et sécurité, leur primauté est manifeste. Au point, d'ailleurs, qu'un sérieux problème se pose pour les établissements ou entreprises « non syndiqués », où ne semble pas pouvoir s'exercer, en droit, les opérations et actes d'expression et défense des intérêts des travailleurs, et d'abord celles d'information et consultation requises par le droit communautaire ⁶⁶.

Selon le *droit turc*, syndicats, employeurs et associations d'employeurs sont les seuls acteurs du dialogue social à tous les niveaux. La négociation collective entre syndicat(s) et employeur est, sinon la forme exclusive, du moins la modalité essentielle du dialogue social dans l'entreprise, *les syndicats et les délégués qu'ils désignent* étant seuls chargés de la représentation des travailleurs à ce niveau comme à celui de l'établissement. Peut désigner des délégués syndicaux (d'un à huit, selon l'effectif de l'établissement) tout syndicat dont la capacité de négocier une convention collective a été reconnue par l'autorité publique; ce qui suppose que ce syndicat regroupe ou compte parmi ses membres 10% au moins des travailleurs de la branche d'activité et plus de la moitié de ceux de l'établissement. Il n'existe pas, à côté des syndicats, de procédure ou d'organe permanent assurant l'information et la consultation des travailleurs. Si des dispositions particulières prévoient la *participation de représentants des travailleurs à des comités spécialisés* (commission de santé et sécurité, commission des congés payés), et si des conventions collectives créent des commissions de discipline ou de traitement des réclamations *réunissant représentants des travailleurs et de l'employeur*, il serait excessif de parler d'institutions de participation des travailleurs dans l'entreprise ou dans le cadre du lieu de travail ⁶⁷. D'ailleurs, les représentants des travailleurs composant, avec un représentant de l'employeur, la commission des congés annuels sont

⁶⁶ La lecture du rapport suédois permet de comprendre divers problèmes (notamment celui soulevé dans l'affaire *Laval*) qui se posent aujourd'hui à ce système du fait de l'appartenance du pays à l'Union européenne.

⁶⁷ Le rapport envoyé de Turquie signale la diffusion, dans le secteur textile en particulier, de « normes sociales » (*Social standards*) imposées à l'initiative de consommateurs étrangers aux fabricants turcs

désignés par les délégués syndicaux et, à défaut de syndicat seulement, élus par les travailleurs ⁶⁸. D'une manière générale, les syndicats ont toujours considéré que des institutions électives seraient des rivales pour eux, au détriment d'une défense efficace des intérêts des travailleurs ⁶⁹.

2.2.4.2. C'est d'abord à travers la consécration de la liberté syndicale et l'appui qu'il fournit à l'action des syndicats que le *droit australien* favorise et garantit l'expression, la représentation et la consultation des travailleurs sur leur lieu de travail. Le rôle de ces organisations volontaires est essentiel en matière de négociation collective et d'abord de négociation d'entreprise (bien qu'une convention puisse être conclue avec un groupe de travailleurs non syndiqués). Si le droit australien ne dote pas les syndicats de moyens particuliers d'action dans les entreprises ou établissements, il n'impose pas davantage la constitution de comités représentant les travailleurs ou comportant une représentation des travailleurs et doté d'attributions consultatives générales. En matière de santé et sécurité au travail, toutefois, les législations des entités fédérées comme de la fédération prescrivent aux employeurs de consulter *les travailleurs* ou *des représentants élus* (sans que les syndicats soient investis d'un rôle particulier dans cette élection), qu'il s'agisse d'un représentant des travailleurs ou de représentants de ces derniers composant avec ceux de l'employeur un *comité de santé et sécurité au travail*, dotés d'amples attributions et parfois du pouvoir d'ordonner l'arrêt du travail. La représentation élective n'est donc pas inconnue, mais elle a une place secondaire par rapport aux syndicats.

Certes, des *awards* de l'instance régulatrice des relations industrielles et de règlement des conflits du travail (*Fair Work Australia* désormais) peuvent contenir des clauses imposant un certain type de consultation ou de représentation des travailleurs sur des questions particulières ou dans un domaine particulier ⁷⁰, notamment en cas de changement majeur dans

exportant leurs produits, et au nombre desquelles figure l'exigence de mise en place d'une représentation des travailleurs et d'une procédure de traitement des réclamations.

⁶⁸ Les modalités de l'élection des représentants des travailleurs à la commission de santé et sécurité (qui doit comprendre aussi des représentants des contremaîtres et chefs d'atelier élus par la majorité de ceux-ci) ne sont pas encore clairement définies.

⁶⁹ Les syndicats ont récemment fait échouer un projet de loi prévoyant l'élection de délégués du personnel dans tout établissement occupant au moins dix travailleurs et la possibilité de négocier une convention collective dans les entreprises dépourvues de syndicat ayant la capacité « certifiée » de signer un tel accord.

⁷⁰ Des clauses types ont été mises au point, au titre des *modern awards*, par l'*Australian Industrial Relations Commission* puis *Fair Work Australia*.

l'organisation productive susceptible d'avoir des effets significatifs sur l'emploi. Il s'agit alors d'une consultation directe des travailleurs concernés ou de leurs représentants librement choisis, qui peuvent ne pas être un ou plusieurs syndicats. Par ailleurs, une convention collective peut toujours instituer ce type de consultation ou de représentation, et de nombreuses conventions d'entreprise instituent des comités consultatifs (*joint consultation committees*) élus par les travailleurs ou faisant place aux syndicats, et dont l'importance tient au fait que leur intervention n'est pas limitée à certaines matières (même s'ils ne disposent que d'un pouvoir de décision réduit). Ne pourrait-on, dès lors, diagnostiquer un *processus d'institutionnalisation d'une pluralité de canaux*, même si, à s'en tenir au droit étatique (de l'Etat fédéral et des entités fédérées), la primauté des syndicats perdure ?⁷¹

Malgré de notables différences, le *droit néo-zélandais* nous paraît présenter⁷² un profil analogue : rôle primordial des syndicats (d'industries ou de métiers traditionnellement, mais les syndicats d'entreprise ou d'établissement ont une place croissante) pour la négociation et la défense des droits et intérêts collectifs dans l'entreprise et l'établissement de travail ; comités ou représentants élus par les travailleurs, institués et investis d'un rôle important par la loi en matière de santé et sécurité au travail (*employee participation systems*) ; instances, procédures, ou pratiques de consultation des travailleurs ou de représentants élus, non prévues par la loi et souvent nées d'initiatives patronales mais assez répandues.

Nul doute que l'idée de primauté syndicale est plus nette dans le cas de l'*Afrique du Sud*. Dans ce pays, le *Labour Relations Act* prévoit la constitution d'un *conseil d'établissement* (*workplace forum*) lorsque ce dernier occupe au moins 100 travailleurs, mais *seulement à la demande du syndicat majoritaire*, c'est-à-dire du syndicat enregistré dont la majorité de ces travailleurs sont membres, ou d'un ensemble de syndicats ayant ensemble une majorité d'adhérents parmi ce personnel. D'ailleurs, les membres de cet organe sont désignés par ce ou ces syndicats. En vérité, les conseils d'établissement effectivement constitués sont très rares, tant en raison de la réticence des employeurs que de la méfiance de la principale organisation

⁷¹ Cette hypothèse, formulée dans la version initiale de ce rapport, nous a semblé confortée par les observations livrées, lors de la séance du Congrès consacrée à sa présentation et discussion, par notre collègue Sean Cooney, auteur du rapport australien,

⁷² À l'issue du bouleversement législatif d'inspiration très libérale entrepris il y a une vingtaine d'années, puis de la stabilisation réalisée par l'*Employment Relations Act* de 2000,

syndicale, la COSATU ⁷³, qui préfère les structures plus directement liées aux syndicats. De sorte que la plupart des organes élus de représentation sont fruits de la négociation collective, créés par des accords entre des employeurs et des syndicats réservant à ces derniers la faculté de désigner les candidats à l'élection. Par ailleurs, la loi habilite le syndicat majoritaire dans un établissement, ou plusieurs syndicats représentant au total la majorité des travailleurs, à désigner des délégués syndicaux (*shop stewards*), dotés d'importantes prérogatives, encore que l'exercice de ce droit doive faire l'objet d'un accord entre le syndicat et l'employeur. La seule présence d'élus des travailleurs imposée par la loi est celle de *délégués à la santé et à la sécurité*, élus selon une procédure négociée ou fixée par une sentence arbitrale. Ajoutons qu'un autre dispositif du droit sud-africain illustre l'asymétrie des positions institutionnelles entre syndicats et représentants élus, bien qu'il s'agisse de *priorité* (« à défaut de syndicat ») plus que de primauté : la loi pour l'équité dans l'emploi (*Employment Equity Act*) de 1998 charge des employeurs désignés à cet effet de se concerter avec le syndicat représentatif dans l'établissement et ses délégués ou, à défaut de syndicat représentant la majorité des travailleurs, avec ces derniers eux-mêmes ou les délégués nommés par eux, pour promouvoir, mettre en œuvre et rendre compte de la mise en œuvre des plans d'équité dans l'emploi ⁷⁴.

2.2.4.3. Dans les cas du Japon et du Chili, la primauté est moins caractérisée, elle s'entend simplement d'une *différence d'ampleur des rôles* et exclut l'idée de large ou systématique domination des syndicats sur des représentations élues.

Le *droit japonais* privilégie le canal syndical, bien qu'un syndicat - syndicat d'entreprise en général - représente ses seuls adhérents et que chaque syndicat puisse agir séparément, y compris négocier seul. Certes, des textes particuliers mettent en scène un *représentant majoritaire* et un *comité travailleurs-direction*, afin d'exprimer l'opinion des travailleurs sur certaines questions, Mais il ne s'agit pas d'institutions permanentes appelées à assurer une représentation générale des intéressés, Par exemple, le représentant majoritaire n'est désigné et appelé à intervenir que pour la réalisation d'actes déterminés, tels l'avis sur le projet patronal de règlement intérieur, l'instauration de formes flexibles de temps de travail ou l'accord à donner à l'employeur qui souhaite déroger à la loi sur certains points (en matière de temps de travail), ou encore pour la désignation des représentants des travailleurs au comité travailleurs-

⁷³ Historiquement liée à l'*African National Congress*, comme, au Royaume-Uni, le TUC a pu être lié au *Labour Party*.

direction (paritaire) ou à l'éventuel comité de sécurité et d'hygiène. Surtout, *cette fonction de représentant majoritaire est remplie par le syndicat qui rassemble la majorité des salariés de l'établissement, et c'est seulement en l'absence de syndicat majoritaire que ce représentant est élu par l'ensemble des travailleurs*. Quant au comité de sécurité et d'hygiène, obligatoirement établi dans certaines branches d'activité, il ne paraît pas constituer une véritable représentation du personnel. Il n'empêche que des élus occupent ou peuvent être amenés à occuper une place non négligeable et que l'on est plus près, à certains égards, d'une simple priorité que d'une primauté de l'acteur syndical.

Au *Chili*, la représentation des travailleurs face à l'employeur, à la fois représentation collective et individuelle, incombe aux *syndicats*. Il s'agit essentiellement de syndicats d'entreprise, que trois confédérations regroupent au niveau national et qui peuvent coexister dans une entreprise. La négociation collective ne se déroule d'ailleurs qu'à ce niveau (exceptionnellement dans le cadre de plusieurs entreprises,). De plus, une convention collective ne pouvant restreindre le pouvoir de l'employeur d'organiser et diriger son entreprise, elle ne saurait instituer, face à ce pouvoir, un quelconque organe de représentation collective de l'ensemble des travailleurs. Un syndicat ne peut donc user de son monopole d'agent de négociation pour faire apparaître un autre canal de représentation des travailleurs. Cependant, un syndicat ne représentant en principe que ses adhérents, les travailleurs non-syndiqués d'une l'entreprise peuvent élire un *délégué du personnel* pour les représenter auprès de l'employeur (transmettre leurs réclamations en premier lieu) et une convention collective peut être négociée, en l'absence de syndicat ou aux côtés d'un syndicat, par un groupe de travailleurs. La loi prévoit en outre la constitution, dans les entreprises, d'organes spécialisés sur certaines questions et comprenant une représentation élue par les travailleurs (les syndicats ne jouent aucun rôle direct dans l'élection) : *comités paritaires d'hygiène et de sécurité*, établis au niveau des lieux de travail et non de l'entreprise (constitués en assez grande proportion), et *comités bipartites de formation professionnelle* (dont le nombre, souligne le rapport chilien, a fortement décliné).

En *droit colombien*, les *syndicats* jouent un rôle central, mais non exclusif, et ont le monopole de la négociation puis de la signature d'une convention collective ⁷⁵. Ces

⁷⁴ L'objectif est de parvenir à une présence équitable, parmi les travailleurs salariés, de femmes, de Noirs et de personnes handicapées.

⁷⁵ Mais un « pacte collectif » peut être signé par des travailleurs non syndiqués, qui peuvent également, en formant une « coalition » et comme peut le faire un syndicat, engager une procédure de

organisations peuvent être des syndicats d'industrie ou de branche d'activité, ou des syndicats d'entreprise. Depuis deux décisions rendues en 2008 par la Cour constitutionnelle, le syndicat majoritaire n'est plus seul détenteur de la représentation dans l'entreprise et des syndicats de branche ou d'entreprise peuvent coexister dans cette unité, chacun représentant ses affiliés. En revanche, il n'existe pas d'organe élu à compétence générale. Mais les représentants des travailleurs dans diverses commissions ou comités légalement établis dans l'entreprise ou l'établissement (commission de réclamation, comité de discipline, comité de médecine, hygiène et sécurité industrielle, comité bipartite pour la prévention du harcèlement au travail) comme dans diverses instances d'entreprise établies par des conventions collectives, sont désormais tous *élus*. Les syndicats peuvent certes présenter des candidats et ces divers organismes, en fait, sont essentiellement composés de membres de syndicats, mais, à ne considérer que les règles juridiques, *la primauté syndicale perd tout de même de son évidence*.

2.2.5. Priorité syndicale

Deux de des dix-neuf systèmes nationaux examinés nous paraissent relever de ce type de conception de la représentation des travailleurs au lieu du travail : celui du Royaume-Uni et celui de la Fédération de Russie.

2.2.5.1. L'actuel système britannique s'avère fort complexe ⁷⁶. On retiendra, en faisant abstraction des différences de régime selon les objets d'information et consultation, que, *si un syndicat est « reconnu »* pour la négociation d'entreprise, il joue le rôle essentiel dans la représentation des travailleurs pour lesquels il est habilité à conclure une convention collective, notamment dans l'exercice des droits d'information et de consultation. Mais cet exercice pourra, selon les cas, incomber à un ou plusieurs syndicats ou à leurs représentants, ou être assuré par des représentants directement élus par les travailleurs de l'entreprise ou de l'établissement et constitués en corps (*bodies*) aux appellations variées (*works council, staff representative committee, safety committee*).

Il y a deux manières, pour un syndicat d'être reconnu. Il peut d'abord être reconnu volontairement par l'employeur, même s'il n'est pas le plus « représentatif » de son personnel en nombre d'adhérents, sachant que cet employeur peut reconnaître plusieurs syndicats pour

présentation d'un cahier de revendications (*pliego de peticiones*) susceptible de déboucher sur la signature d'un accord.

⁷⁶ Le rapport pour le Royaume-Uni expose largement sa genèse.

un même établissement. Il peut aussi obtenir une déclaration de reconnaissance à l'issue d'une procédure ⁷⁷ qui lui permettra d'établir que la majorité des travailleurs de l'unité de négociation concernée (entreprise, établissement ou autre cadre) souhaite qu'il soit reconnu. Ce qui n'empêchera toutefois pas l'employeur de reconnaître volontairement un autre syndicat, même non représentatif en fait (et peut-être non indépendant de la direction de l'entreprise). *Tout syndicat reconnu est habilité, non seulement à négocier des conventions couvrant les travailleurs de l'unité, mais aussi à être informé et consulté* (à travers son représentant : *shop steward*) au titre des obligations imposées en ce sens à l'employeur. Il lui appartient aussi de désigner, parmi tous les travailleurs concernés, ceux qui représenteront le personnel au sein du comité de sécurité (chargé, d'abord, de veiller au respect des règles protégeant la santé et la sécurité au travail).

Si aucun syndicat n'a été volontairement reconnu ou n'a obtenu de déclaration de reconnaissance, l'employeur doit faire procéder à l'élection (dans laquelle les syndicats ne jouent pas nécessairement de rôle) d'un *représentant des travailleurs (stand-alone non-union representative)* ou de *représentants* constituant un *consultative committee* lorsqu'il y a lieu à information ou consultation prévue par la loi, ou d'un comité de sécurité (*safety committee*). Mais il peut aussi préférer informer et consulter directement ses travailleurs eux-mêmes. Dans le régime de l'information et de la consultation plus générale, selon les dispositions introduites en 2004 pour transposer la directive européenne 2002/14 (*ICE Regulations*), l'employeur auquel une part de ses salariés ou un syndicat demande de mettre en œuvre le dispositif doit organiser la désignation ou l'élection de représentants des travailleurs appelés à négocier avec lui (*negotiating representatives*) sur l'institution d'une procédure d'information et consultation. Le choix peut être alors d'instaurer, à cette fin, une représentation élue (*information and consultation representatives*), à moins que l'on confie ce rôle aux représentants du syndicat lui-même, ou bien de faire informer et consulter directement les travailleurs. Un accord collectif conclu avant toute demande de mise en œuvre d'une information et consultation (*pre-existing agreement*) peut d'ailleurs avoir prévu cette procédure.

2.2.5.2. Selon le *droit russe*, la représentation est en principe assurée par une *organisation syndicale* : une « organisation syndicale primaire », c'est-à-dire un groupe d'adhérents d'un

⁷⁷ Qui peut être engagée face à tout employeur occupant au moins 21 travailleurs.

syndicat travaillant dans le même établissement, la même entreprise ou la même institution, et susceptible de conduire l'action syndicale selon les règles du syndicat (il peut s'agir d'un syndicat d'entreprise). Si aucune organisation de ce type n'est établie dans l'entreprise ou si elle ne réunit pas plus de la moitié des travailleurs de l'employeur, les intérêts de tous ces travailleurs peuvent être pris en charge par des *représentants élus* à bulletin secret au cours d'une réunion des intéressés. Mais il est précisé que l'existence d'une telle représentation élue ne peut entraver l'action des syndicats présents dans l'entreprise. Des règles particulières régissent la détermination (donc l'éventuel choix par élection) des représentants des travailleurs pour la négociation d'entreprise. Mais le système est analogue, ainsi que le fonctionnement de la délégation unique pour la négociation lorsque plusieurs organisations syndicales sont présentes dans l'entreprise. Par ailleurs, le Code institue des *comités pour la sécurité au travail* composés paritairement de représentants de l'employeur et de représentants des travailleurs, désignés par l'organisation syndicale primaire ou élus par les travailleurs réunis à cet effet. On est frappé en effet, en découvrant le système russe, par l'importance des attributions confiées à *la réunion des travailleurs*, au-delà même de l'élection de représentants (décision de déclencher un différend du travail, de recourir à la grève, etc.). Il apparaît toutefois que les dispositifs sont, au stade actuel, essentiellement animés et contrôlés par des syndicats, qui avaient pourtant pu craindre la concurrence d'instances élues.

2.3. Attributions et pouvoirs des agents

Cet intitulé pourra paraître imprudent, car si une description des dispositifs juridiques suffit à établir les attributions (ou compétences) d'organes ou personnes représentant les travailleurs pour l'expression-défense de leurs droits et intérêts, la question de savoir si ces attributions confèrent un *pouvoir* – face à l'employeur, dans le cadre du lieu de travail ou dans l'entreprise - est autrement complexe. Du moins si l'on entend par « pouvoir », non pas une prérogative juridique déterminée, attribuée et protégée par des règles d'un droit en vigueur ⁷⁸, mais, d'un point de vue sociologique, un *rapport social*. Plus précisément une « relation asymétrique tenant à l'aptitude d'un acteur à influencer le comportement d'un ou plusieurs autres », une

⁷⁸ Les pouvoirs constitutionnels d'un chef d'État ou de gouvernement, les pouvoirs légaux ou statutaires d'un président de société ou d'association, ou les pouvoirs que le droit du travail reconnaît et garantit à l'employeur sur l'entreprise et à l'égard des travailleurs salariés. C'est à ce niveau de langage - langage du droit et non des sciences sociales - que le Code du travail français emprunte lorsqu'il parle des « attributions et *pouvoirs* » des délégués du personnel ou du comité d'entreprise.

« capacité d'action sur les actions »⁷⁹. Aussi nous en tiendrons-nous, ici, à des *attributions fixées par des règles constitutionnelles, législatives ou conventionnelles*, même si nous employons parfois le terme « pouvoir ».

Observons seulement que l'employeur doit souffrir la présence d'un ou plusieurs syndicats et l'éventuelle désignation de délégués de ces organisations ou l'élection de représentants des travailleurs⁸⁰, et doit parfois prendre l'initiative des opérations de constitution d'une institution élective⁸¹, dès lors que sont remplies les conditions juridiques de cette implantation, de cette désignation ou de cette mise en place. Il n'a pas, ou n'a plus s'il a pu l'avoir naguère dans certains pays, liberté de les ignorer ou de refuser leur présence⁸². Il est permis de voir, dans cette *faculté d'imposer sa présence* résultant de l'obligation patronale de la subir, la source d'un pouvoir-fait social des organisations syndicales ou des collectivités de travailleurs, aussi limitée que soit sa portée intrinsèque.

Qui entreprend de broser un tableau d'ensemble des attributions des agents de la représentation des travailleurs décrites par les rapports nationaux constate que tous sont habilités à *présenter les réclamations des travailleurs* et à *négoier avec l'employeur ou son représentant sur les conditions d'emploi et de travail*. Au-delà de ces deux attributions

⁷⁹ Ces formules, que nous reprenons d'un précédent travail, s'inspirent de Max Weber, Michel Foucault et Danilo Martucelli.

⁸⁰ Le rapport sud-africain indique que l'exercice du droit, pour un syndicat majoritaire, de désigner des *shop stewards* doit faire l'objet d'un accord entre cette organisation et l'employeur. Mais il précise aussitôt, qu'à défaut d'accord, chacune des parties peut soumettre le différend à une procédure de conciliation et, le cas échéant, d'arbitrage, mais aussi que le syndicat peut alors engager une « action industrielle » (ce qui est exceptionnel dans une hypothèse où une voie de droit est ouverte).

⁸¹ En droit français, par exemple, lorsque les conditions d'effectif sont remplies pour l'élection de délégués du personnel ou d'un comité d'entreprise ou d'établissement, et qu'approche le terme du mandat des représentants qui, le cas échéant, ont été précédemment élus, l'employeur a l'obligation d'engager la procédure électorale en invitant les syndicats représentatifs à négocier un accord particulier sur cet objet (au risque d'une injonction délivrée par un juge civil à la requête d'un syndicat, voire de poursuites pénales pour délit d'entrave à la mise en place et au fonctionnement d'une institution représentative du personnel),

⁸² Au Royaume-Uni, par exemple, l'employeur a toujours la liberté de ne pas reconnaître volontairement un syndicat, mais il sera désarmé si ce dernier obtient une déclaration de reconnaissance à l'issue de la procédure prévue à cette fin. Ainsi se trouve refoulée la doctrine du pur « volontariat » dans la reconnaissance d'une représentation des travailleurs, qui avait été à l'origine d'une condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes pour insuffisante transposition de directives imposant l'information et la consultation de représentants des travailleurs (CJCE 8 juin 1994, aff. C-382/92 et C-383/92, *Commission c. Royaume-Uni*). Il est vrai que l'employeur conserve la liberté de reconnaître un syndicat même s'il n'est pas le plus représentatif de son personnel ou d'en reconnaître plusieurs pour un même établissement. Mais la doctrine du pur

communes, donc *minimales* (2.3.1.), ces agents sont titulaires, dans la plupart des systèmes, de droits d'être informés et consultés, c'est-à-dire d'*attributions de moyenne portée*, que nous choisissons de qualifier ainsi parce qu'elles permettent de peser sur les décisions de l'employeur mais non de les tenir en échec (2.3.2.). La question est d'ailleurs de déterminer si les dispositions de quelques droits nationaux ne confèrent pas cette *faculté d'empêcher l'employeur de prendre certaines décisions ou de les prendre seul* (2.3.3.).

2.3.1. Des attributions minimales : réclamation et négociation

Dans tous les systèmes observés, le ou les syndicats et leurs représentants ou délégués, ou bien un organe ou des personnes élus pour représenter les travailleurs à l'échelle du lieu de travail ou de l'entreprise, sont habilités *transmettre et soutenir les réclamations des travailleurs* de l'unité. Notamment les réclamations individuelles en vue de bénéficier de l'application d'une règle légale ou conventionnelle valide, ou de l'émolument de cette application (le versement d'un élément d'une rémunération, l'octroi d'un congé, une promotion professionnelle, etc.), c'est-à-dire les démarches de salariés « faisant valoir leurs droits »⁸³. N'est-ce pas, en bien des pays, la vocation originelle de « délégués ouvriers » ?

Ces représentants sont par ailleurs habilités - parfois sous une condition d'habilitation inégalement exigeante (représentativité, choix comme agent de négociation ou investiture majoritaire par les intéressés, reconnaissance par l'employeur, « enregistrement », etc.) - à *conduire et conclure une négociation* (« collective ») avec l'employeur ou son représentant, pour le compte des travailleurs de l'unité de négociation. Avec cette précision que la négociation et la convention collective éventuellement conclue règlent les conditions d'emploi et de travail de ces travailleurs (rémunération, temps de travail, congés, avantages d'ancienneté, etc.), et instituent éventuellement des procédures de traitement des réclamations ou des manquements disciplinaires des travailleurs (arbitrage des griefs, commission de

« volontariat » dans la reconnaissance d'une représentation de travailleurs est refoulée, alors qu'elle avait

⁸³ De l'assistance aux salariés faisant « valoir leurs droits », on rapprochera l'assistance, au cours d'une procédure disciplinaire ou d'une procédure de licenciement (que ces procédures soient ou non formellement organisées par la loi ou la convention collective), de travailleurs menacés d'une sanction ou d'un licenciement, que cette aide soit expressément prévue ou que les règles en vigueur laissent à un « délégué » la faculté de l'apporter. On en rapprochera encore la vocation naturelle des syndicats, de leurs délégués ou des élus des travailleurs, de veiller plus généralement au respect du droit du travail sur le lieu de travail, et qui fait de ces représentants les premiers *organes du contrôle d'application du droit*, en amont de l'intervention d'une inspection du travail ou de la saisine des

discipline), en attribuant un rôle plus ou moins important à leurs représentants dans le déroulement même de ces procédures.

Ces attributions sont, sous des conditions variables, celles des syndicats et de leurs délégués selon les lois des *Etats-Unis*. Ils ne paraissent pas en avoir d'autres, tandis que nombre de *comités volontairement constitués par des employeurs* dans leurs entreprises ou établissements sont conviés à étudier et émettre des propositions sur des questions de santé et sécurité au travail ⁸⁴. Le *droit marocain* s'en tient, lui aussi, à ces attributions minimales : les représentants syndicaux éventuellement nommés par une centrale syndicale, sont habilités à porter les « réclamations collectives » et à négocier ; les délégués du personnel (élus en nombre croissant avec l'effectif dans tout établissement de dix salariés au moins) présentent à l'employeur ou son représentant les réclamations individuelles qui n'auraient pas été satisfaites directement et, si le désaccord persiste, en saisit l'inspection du travail ⁸⁵.

Une question surgit alors à propos de la négociation collective : l'employeur est-il tenu de négocier, en tout cas si les représentants demandent l'ouverture de la négociation ? Dans différents systèmes la réponse est affirmative. Mais l'*obligation de négocier pesant sur l'employeur*, au moins si un syndicat habilité à cet effet ou les représentants élus le demandent, est générale dans certains systèmes juridiques (Chili, Colombie, Japon ⁸⁶, République Dominicaine ⁸⁷, Russie, Suède), alors que, dans d'autres systèmes, n'existe que dans certaines matières ou selon une certaine périodicité (France ⁸⁸). Un « droit de négocier » bénéficie parfois, dans une matière particulière, à des élus des travailleurs plutôt qu'à des syndicats

tribunaux. Cette mission est précisément prévue et organisée par le *Labour Relations Act* sud-africain au profit des *shop stewards* du syndicat majoritaire (voir le rapport sur l'Afrique du Sud).

⁸⁴ Selon les auteurs du rapport américain, l'objectif est essentiellement de réduire les risques de responsabilité de l'employeur telle qu'elle peut résulter des lois fédérales ou nationales.

⁸⁵ « Attributions sous-développées », estime le rapporteur marocain.

⁸⁶ Le rapport japonais indique simultanément qu'aucun moyen juridique pour l'action syndicale dans l'entreprise n'est prévu.

⁸⁷ L'employeur est tenu d'engager la négociation d'une convention collective dès lors qu'un syndicat dûment enregistré lui présente un cahier de revendications ou lui soumet un projet de convention.

⁸⁸ Où les obligations de négocier, pesant notamment sur l'employeur, sont apparues pour la première fois avec les grandes réformes de 1982. Elles sont aujourd'hui assez nombreuses et variées, au point que le Code du travail, dans sa nouvelle rédaction, propose une sorte de tableau récapitulatif. Il y a ainsi des obligations pour l'employeur d'engager, avec les syndicats représentatifs dans l'entreprise, des négociations chaque année (exemple : sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps de travail) ou tous les trois ans (exemple : sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, et sur la mise en place d'une « gestion prévisionnelle des emplois et des compétences »).

(Portugal ⁸⁹, Taïwan ⁹⁰). L'obligation de négocier, si elle s'accompagne souvent de celle de fournir des informations aux représentants des travailleurs, n'est jamais, nous a-t-il semblé à la lecture des rapports nationaux, une obligation d'aboutir et de conclure un accord. Dès lors, un « simple » obligation de négocier de bonne foi imposée à l'employeur (Etats-Unis, Australie ⁹¹) est-elle très éloignée de celle d'ouvrir une négociation ? N'est-elle pas même plus intense ?

2.3.2. Des attributions de moyenne portée : recevoir des informations, émettre des avis

2.3.2.1. Un rappel n'est pas inutile pour prendre la mesure de *l'œuvre réformatrice des droits du travail* observés ⁹² : selon les règles de la grande majorité de nos ordres juridiques régissant l'appropriation et l'usage des biens comme le recours à la force de travail d'autrui, un employeur n'a aucune information à fournir à son cocontractant salarié au-delà de ce que requiert l'éventuelle obligation de bonne foi dans l'exécution de leur contrat ; il est encore moins tenu de solliciter son avis ou de lui fournir des explications sur les choix relevant de son pouvoir de direction. Les attributions des syndicats, instances représentatives ou représentants individuels élus constituent donc, pour ces derniers, autant de *prérogatives juridiques* (« droits ») affectant l'exercice de ce pouvoir de l'employeur ou empiétant sur son domaine. Jusqu'à paraître, parfois et sur certaines questions, en imposer ou réaliser le partage.

L'altération est manifeste, mais limitée, lorsque l'employeur est obligé de négocier, ne serait-ce que sur les conditions d'emploi et de travail, dans la mesure que nous venons d'évoquer (et non sur des mesures relevant de son pouvoir de direction économique de l'entreprise). Elle demeure modeste lorsque cet employeur est *tenu d'informer et consulter les travailleurs eux-mêmes ou leurs représentants* sur un certain nombre de questions ou avec une certaine périodicité. Or, le droit d'obtenir des informations et celui de formuler des avis qui

⁸⁹ La commission de travailleurs, ou la sous-commission au niveau d'un établissement a vocation, en cas de projet de licenciement collectif pour motif économique, à négocier un plan destiné à limiter le nombre de licenciements et à favoriser le reclassement des travailleurs licenciés.

⁹⁰ En cas de projet de licenciement collectif, un plan d'accompagnement est négocié au sein d'un comité particulier comprenant un nombre égal de représentants de l'employeur que de représentants des travailleurs désignés par le syndicat ou par les élus du personnel au comité travailleurs-direction, et un représentant de l'autorité publique.

⁹¹ Depuis le récent *Fair Work Act*, l'employeur est tenu de négocier de bonne foi et le tribunal des relations industrielles peut adresser des injonctions, notamment si l'employeur refuse de négocier alors que la majorité des travailleurs d'une unité de négociation a exprimé sa volonté de disposer d'une convention collective, et peut parfois imposer son arbitrage.

doivent être sollicités par la direction ou son représentant, ou même des avis non sollicités, constituent *l'essentiel des prérogatives des représentants des travailleurs* au-delà des attributions minimales précédemment évoquées.

2.3.2.2. *L'information due par la direction à des représentants des travailleurs, syndicats compris*, n'est pas également ample et dense dans tous les systèmes. Par exemple, la loi colombienne ne consacre aucun droit, pour un syndicat établi dans une entreprise, de recevoir (donc d'exiger) certaines informations de la part de la direction ou d'être consulté, même si des comités spécialisés ou les travailleurs eux-mêmes doivent être consultés sur quelques questions particulières. Cette information légalement obligatoire paraît très limitée dans différents pays (*Brésil, Chili, République Dominicaine*). L'obligation imposée à l'employeur de consulter les représentants des travailleurs, c'est-à-dire de recueillir ou recevoir – de « considérer » le cas échéant, mais non de suivre - leurs avis et propositions apparaît, elle aussi, très inégalement riche et intense. D'une manière générale, c'est *sur les questions de santé et sécurité au travail ou en matière disciplinaire, voire sur l'examen des réclamations individuelles*, que les syndicats, leurs représentants et les élus des travailleurs peuvent, soit directement, soit par une participation à un organe spécialisé (le plus souvent paritaire), être le plus largement éclairés et peuvent peser sur les mesures prises ou les décisions arrêtées par la direction ⁹³.

L'information et la consultation dans ce domaine de la santé et de la sécurité font naturellement l'objet d'une réglementation particulière et parfois plus exigeante – qu'il y ait ou non imposition d'une institution paritaire ou à majorité d'élus ⁹⁴ – dans les systèmes juridiques qui accordent *la plus grande place et dans de plus larges domaines*, à ces voies d'expression-défense des intérêts et point de vue des travailleurs. En parlant de « plus larges domaines », nous voulons signaler que l'information et la consultation concernent des données, des questions, des projets de décision qui ne touchent plus seulement aux conditions d'emploi et de travail du personnel, mais qui relève aussi de la situation, de la gestion, des perspectives de l'entreprise. De sorte que *le champ de l'information et de la consultation déborde celui du*

⁹² Et repérer en quoi ils s'écartent du modèle tutélaire (*supra*).

⁹³ Exemples du droit japonais, du droit turc, mais aussi du droit chilien (avec les comités paritaires d'hygiène et de sécurité établis au lieu du travail).

⁹⁴ Tel le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail du Code du travail français, héritier de ce qui était autrefois une simple commission du comité d'entreprise et désormais (depuis 1982) institution représentative du personnel à part entière, à côté de ce comité et des délégués du personnel.

pouvoir de direction des personnes (des travailleurs) inhérent à la qualité d'employeur pour recouvrir en tout ou partie le champ de son pouvoir de direction économique, composante essentielle du pouvoir majeur reconnu à cet employeur par nos ordres juridiques et central dans l'ordonnement des relations du travail en économie capitaliste. Au vu des rapports nationaux et bien que les informations soient inégalement abondantes, ces régimes d'attributions consultatives étendues sont ceux de l'*Afrique du Sud*, de la *Russie*, de *Taiwan* peut-être ⁹⁵, et, très logiquement par l'effet des directives européennes rapprochant les législations ⁹⁶, de l'*Autriche*, de la *France*, du *Portugal*, de la *République Tchèque*, du *Royaume-Uni* ⁹⁷ et de la *Suède*.

Une fois encore, *Australie* et *Nouvelle-Zélande* nous semblent voisiner dans une position intermédiaire : si l'information et la consultation, et plus généralement l'intervention, d'élus des travailleurs sont réglées par la loi en matière de santé et sécurité au travail, l'obligation de les pratiquer en bien d'autres domaines ou circonstances (notamment avant toute mesure ou changement susceptible d'affecter l'emploi) découle en partie de la loi ⁹⁸, en partie de sentences ⁹⁹, en partie des conventions collectives.

2.3.2.3. Faute de pouvoir passer en revue tous les dispositifs législatifs de ce groupe de systèmes, nous évoquerons le *droit français* et le *droit russe*, dont le rapprochement peut de prime abord surprendre.

⁹⁵ Notre hésitation tient au fait que les représentants des travailleurs, qui doivent être largement informés et consultés, appartiennent à un organe paritaire, le comité travailleurs-direction, même s'ils sont parfois des élus du syndicat implanté dans l'entreprise, et que ce comité, nous dit-on, est fondamentalement chargé de promouvoir la coopération et développer la productivité du travail. Ce qui le situe, de prime abord, à distance des organes de représentation plus homogènes, établis en quelque sorte *face* à l'employeur et à son pouvoir (type comité d'entreprise français si l'on pratique un peu l'analyse de discours sur les dispositions même du Code du travail). Mais *quid* de ces différences normatives dans la pratique de la représentation ?

⁹⁶ Alors qu'en droit turc ni les travailleurs, ni leurs représentants, n'ont leur mot à dire sur l'organisation du travail (y compris le temps de travail), une loi adoptée dans une perspective d'harmonisation avec le droit européen, impose désormais à l'employeur de fournir des informations précises aux délégués syndicaux lorsqu'il envisage un licenciement collectif pour motif économique, technologique, structurel ou tout autre motif lié aux exigences de l'entreprise, puis de les consulter sur les mesures à prendre pour réduire le nombre de personnes licenciées ou atténuer les conséquences des licenciements prononcés.

⁹⁷ Avec la complexité déjà signalée, imputable, selon le rapport britannique, à la volonté des gouvernements successifs de ménager un maximum de « flexibilité » aux employeurs en laissant beaucoup d'espace aux accords et aux choix unilatéraux de l'employeur.

⁹⁸ *Employment Relations Act* néo-zélandais réformé en 2004.

⁹⁹ *Awards* australiens et leurs clauses-types mises au point par le tribunal fédéral des relations industrielles sous ses formes successives.

Initialement (en 1945) instance de « coopération avec la direction », et d'abord chargé de gérer les « œuvres sociales » au bénéfice du personnel, le comité d'entreprise français a aujourd'hui (depuis 1982) « pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans la décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ». Il s'agit là d'un énoncé logé dans le Code du travail, donc d'une disposition *a priori* dotée de signification normative. Celui-ci ajoute que les décisions de l'employeur sont en principe précédées de la consultation de ce comité, que cet organe doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant, et que l'employeur doit lui adresser une réponse motivée à ses observations comme à ses « avis et vœux » spontanés. Ces dispositions ouvrent le très substantiel chapitre du code consacré aux attributions, qui sont d'abord des « attributions économiques ». Une longue série d'articles précise les objets, la périodicité, les modalités particulières des informations à communiquer aux élus du personnel et représentants syndicaux composant le comité, et des consultations qui doivent permettre à celui-ci de faire valoir les intérêts des travailleurs et formuler l'avis qu'il lui inspire ¹⁰⁰. Au total, on peut dire que le comité doit être assez complètement informé de la composition du capital de la situation financière et des projets de l'entreprise, et que *l'employeur ne peut légalement prendre aucune décision de quelque importance sans information et consultation préalable de cette instance élue*, que cette décision concerne l'organisation de l'entreprise, les opérations affectant sa structure ou la composition de son capital, son transfert total ou partiel, ses relations avec d'autres entreprises, la gestion du personnel proprement dite, le temps de travail, le règlement intérieur, et même la négociation d'entreprise avec les syndicats représentatifs ¹⁰¹. Le traitement de certains projets, notamment de tout projet de licenciements pour motif économique, est soumis à une procédure renforcée d'information et consultation, qui peut en pratique donner lieu une forme de négociation ¹⁰². Il reste que *le comité ne formule que des*

¹⁰⁰ Les membres élus, qui constituent l'élément le plus nombreux du comité, sont les seuls à prendre part à tous les votes formant la délibération de cette instance, notamment sur les projets d'avis dans l'exercice des attributions économiques.

¹⁰¹ Qui, lorsqu'ils sont implantés dans une entreprise ou un établissement, animent le plus souvent le comité dont les membres sont élus sur des listes présentées par eux.

¹⁰² Les directives européennes sur les licenciements collectifs (1975- 1998) et sur le transfert d'entreprise (1977-2001), et la directive plus générale sur l'information et la consultation des travailleurs (2002/14 du 11 mars 2002), prescrivent aux législateurs nationaux d'imposer, dans certains cas, entre des employeurs et des représentants de leurs travailleurs, « des consultations en vue d'aboutir à un accord ». L'obligation de consulter serait-elle donc une sorte d'obligation de négocier ?

avis, donc des points de vue ou propositions qui ne s'imposent pas à l'employeur, et qu'on ne saurait donc parler de cogestion. Par ailleurs, ces « attributions et pouvoirs » du comité ne sont exercées au lieu de travail que si l'entreprise compte un seul établissement ; dans l'entreprise à établissements multiples, le lieu de travail est le siège, ou est proche, d'un simple comité d'établissement n'exerçant pas les attributions correspondant à la situation et la vie de l'entreprise dans son ensemble, réservées au comité central (ces attributions majeures ne sont pas alors exercées « au lieu de travail »).

Du droit russe, que nous connaissons évidemment moins bien et seulement par le rapport national adressé en vue du Congrès mondial, nous retenons que les travailleurs doivent être informés par l'employeur - par l'intermédiaire de leurs représentants s'il y en a, et qu'il s'agisse d'un syndicat ou d'une représentation élue - sur un certain nombre de questions : des conditions de sécurité au travail, ou d'un projet de changement technologique, à la réorganisation ou la liquidation de l'entreprise. Nous retenons aussi que ces représentants *peuvent faire des propositions sur ces questions aux organes de direction de l'entreprise et assister aux réunions de ces organes* lorsqu'ils traitent ces questions. Ces représentants doivent par ailleurs être consultés, avant toute décision de l'employeur, sur un grand nombre de thèmes ou projets concernant l'organisation, les conditions du travail, l'emploi (notamment sur tout projet de licenciement collectif). Il apparaît surtout que ces représentants des travailleurs disposent, en diverses circonstances, de la *faculté de paralyser l'acte de l'employeur jusqu'à décision de l'inspection du travail ou d'un tribunal, ou de saisir les autorités publiques locales de leurs propositions (en cas de projet de licenciement collectif pour motif économique)*. Ces attributions et pouvoirs paraissent faire du droit russe le support d'un des systèmes les plus avancés. Encore le rapport pour la Russie estime-t-il que les dispositions actuelles de la loi sur les syndicats et de l'actuel code du travail sont nettement en retrait par rapport aux dispositions du droit de l'Union soviétique dans son dernier état (avec l'institution du collectif de travail et les pouvoirs de son conseil, les attributions des syndicats, etc.). Ce qui n'empêche naturellement pas les organisations russes d'employeurs de voir, dans ces dispositifs actuels d'information et consultation des représentants des travailleurs, des entraves aux affaires.

2.3.3. Des attributions aux confins d'un partage partiel du pouvoir ?

Ce n'est ni la lettre, ni l'esprit des dispositions, plus anciennes, des lois françaises réunies dans le Code du travail. Mais la conception du droit communautaire devrait exercer une influence sur

2.3.3.1. On découvre, à la lecture des rapports nationaux, que des représentants des travailleurs, syndicats ou élus, sont parfois appelés à donner leur accord à une mesure que souhaite prendre l'employeur. Il s'agit essentiellement – au Japon, à Taïwan ou en France, par exemple - d'un accord requis ou d'un défaut d'opposition constaté pour la pratique de certains horaires de travail ou certains aménagements du temps de travail. Il est tentant de dire que ces représentants des travailleurs participent alors à la réalisation d'un acte relevant du pouvoir de direction de l'employeur, et qu'il y a donc trace de cogestion. Ce serait, selon nous, excessif. L'exceptionnel, par rapport à ce que nous savons des systèmes nationaux appréhendés par notre enquête, est dans d'autres systèmes.

On le trouve en *Autriche*, où la loi assure au *conseil du travail* un ample droit d'être informé par la direction, qui doit lui fournir certaines informations (avant d'embaucher de nouveaux salariés ou de recourir au travail temporaire, mais aussi sur les questions de formation professionnelle ou sur la situation économique et financière de l'entreprise, etc.) et doit, par ailleurs, répondre à ses demandes d'information sur toute question intéressant les travailleurs. Voilà qui n'a rien d'original. Mais le conseil dispose aussi d'un *droit de veto* dans certains cas, même si son veto peut parfois être surmonté par une décision judiciaire, et l'employeur est, sur certains points, *tenu de conclure un accord collectif* si le conseil le demande.

2.3.3.2. Mais ne va-t-on pas, avec le *droit suédois*, rencontrer un véritable régime de *codétermination* ? À de fortes obligations d'information s'ajoutent des obligations de négocier, avant qu'elles soient arrêtées, sur des décisions qui relèvent du pouvoir de direction de l'employeur, et pas seulement de son pouvoir de direction des travailleurs.

D'une part, en effet, la loi suédoise impose à l'employeur de tenir tout *syndicat « établi » continuellement informé* de l'activité de l'entreprise et de sa situation financière comme des principes guidant la politique du personnel, dans la mesure où cette information est essentielle pour tenter d'influencer la prise de décision. Si l'employeur n'est lié par aucun accord collectif avec un syndicat, il est tenu de fournir ces informations à tout syndicat ayant un ou plusieurs adhérents parmi son personnel.

l'interprétation de ces dispositions nationales, en vertu des principes de primauté du droit

D'autre part et surtout, l'employeur est *obligé de négocier avec le syndicat établi avant d'arrêter toute décision tendant à affecter l'activité de l'entreprise* (restructuration, changement dans l'organisation du travail, engagement de nouveaux dirigeants, apparition de sureffectifs), ou bien la relation de travail ou les conditions d'emploi de membres du syndicat (transfert, modification du temps de travail). Si ce syndicat le demande, l'employeur est également tenu de *négocier avec lui avant toute autre décision* concernant l'un de ses adhérents. De plus, cet employeur doit aussi négocier avec un syndicat auquel ne le lie aucun accord collectif, avant toute décision affectant principalement, et de manière importante, la relation ou les conditions de travail d'un ou plusieurs travailleurs membres de cette organisation. Cette négociation, qui *a pour objet une mesure relevant du pouvoir de l'employeur*, doit être engagée à l'échelle du lieu de travail, avant que la décision soit prise. Il n'y a ni devoir de négocier de bonne foi, ni obligation de parvenir à un accord, mais si un accord n'est pas obtenu et si cette nouvelle tentative est demandée, l'employeur devra négocier avec la centrale syndicale. Si la négociation, au niveau local ou au niveau central le cas échéant, ne débouche sur aucun accord, l'employeur décide seul. Un litige peut alors être élevé devant le Tribunal du travail (agissant comme une juridiction suprême dans le contentieux du travail), mais il ne peut porter que sur la correcte exécution de l'obligation d'information ou sur le déroulement régulier de la négociation, et non sur la teneur de la décision finalement et régulièrement prise par l'employeur ¹⁰³.

Des dispositions particulières reconnaissent d'autres prérogatives au syndicat. Par exemple un droit de négocier, et d'opposer le cas échéant son veto, lorsque l'employeur souhaite avoir recours aux services d'une personne sans en faire son employé (ce qui couvre le recours aux services d'une entreprise de travail temporaire) et que cet engagement violerait les dispositions légales ou conventionnelles concernant les tâches en question, ou encore serait contraire aux usages généralement acceptés dans la branche d'activité.

N'est-il pas trompeur, cependant, de parler de « codétermination » à propos de ces dispositifs ? C'est ce que soutient le rapport envoyé de Suède. En effet, les syndicats ne se voient pas reconnaître des droits analogues à ceux des Betriebsräte allemands, qui sont

communautaire et « d'interprétation conforme ».

¹⁰³ Le devoir de paix découlant de l'existence d'un accord collectif fait juridiquement obstacle à toute action industrielle contre cette décision.

d'ailleurs des institutions électives disposant en outre du monopole de la négociation collective au niveau de l'établissement (dans le cadre des conventions de branche, il est vrai, qui sont l'affaire des seuls syndicats). Ajoutons que, si le choix de l'employeur est suspendu ou paralysé jusqu'au constat de l'impossibilité de parvenir à un accord, sa décision, à condition d'être arrêtée au terme d'une procédure régulière, sera hors de discussion et ne pourra être supplantée par celle d'un « tiers arbitre ». La loi encourage toutefois les acteurs sociaux à enrichir cette implication des syndicats par voie de négociation collective et de conclusion d'accords de coopération et de codétermination.

2.4. Les droits individuels du travailleur de s'exprimer et d'agir

Les dispositifs jusqu'ici évoqués dans leur dimension collective font place, de temps à autre ou sur quelques points, à l'intervention personnelle du travailleur, ou plutôt à son éventuelle intervention dans le cadre d'une opération concernant tous les membres de la collectivité de travail. Il y a là un droit individuel de « participer », aussi modeste soit-il. Mais d'autres prérogatives ont plus de relief parce qu'elles fondent une initiative individuelle de leur titulaire.

2.4.1. Dans plusieurs systèmes, l'information due par l'employeur ou la consultation qui lui est imposée s'adressent, parfois, aux travailleurs eux-mêmes ou doit être pratiquée auprès d'eux (Australie dans certains cas, Chili pour l'information sur les risques du travail, etc.). On peut considérer que *chaque salarié se trouve alors investi d'un droit* d'obtenir l'information en question ou d'exprimer son point de vue, même si cette expression ne se traduit que par un vote et reste en fin de compte anonyme. D'ailleurs, ce droit est plus ou moins consistant selon les conditions de mise en œuvre de cette information ou consultation des « travailleurs eux-mêmes ». Il est affecté par une condition potestative s'il appartient à l'employeur ou à un accord entre celui-ci et un syndicat ou les élus du personnel, de choisir de s'adresser directement aux travailleurs plutôt que de s'arrêter à l'échange avec leurs représentants (le régime complexe de l'information-consultation en vigueur au Royaume-Uni illustre ce genre de dispositif). Des remarques analogues valent à propos du *référendum* auprès des travailleurs,

selon que la règle de droit fait obligation de recourir à cette procédure ou que celle-ci reste à la discrétion de l'employeur ou des représentants des travailleurs ¹⁰⁴.

2.4.2. Plusieurs rapporteurs nationaux observent, en réponse à l'un des points du questionnaire, que rien n'empêche (en fait) ou n'interdit (en droit) à un travailleur de négocier personnellement les conditions de son emploi ou leur modification ¹⁰⁵, de présenter lui-même ses réclamations s'il estime que tel de ses droits est méconnu, qu'il n'a pas bénéficié de tout ce à quoi (rémunération, congés, promotion, etc.) les règles légales ou conventionnelles applicables à sa situation ou les clauses de son contrat de travail lui donnaient droit. Il est aussi indiqué, dans quelques rapports, que la loi permet au travailleur de refuser d'exécuter des tâches non prévues (explicitement ou implicitement) par son contrat de travail, et même de suspendre le travail en cas de retard dans le paiement de son salaire ¹⁰⁶. Ou qu'un salarié doit être informé par écrit des conditions de son contrat de travail ¹⁰⁷. Ou encore qu'il doit être informé du projet de prononcer son licenciement et éventuellement, invité à « se défendre ». Toutefois, on demeure là dans le domaine des droits directement dérivés du contrat de travail (comme la faculté d'opposer à son cocontractant l'*exceptio non adimpleti contractus*) ou du régime légal de ce contrat.

La question pertinente ¹⁰⁸, en vérité, est la suivante : les ordres juridiques observés reconnaissent-ils à chaque travailleur un *droit véritable* (une faculté dont l'exercice est protégé) et *propre d'accomplir un acte (d'insubordination) non autorisé* par le titulaire du pouvoir de direction, ou *d'exprimer un point de vue* (éventuellement critique) sur une question qui ne se rapporte pas dans le champ de son contrat de travail, même si elle touche ses intérêts, et relève de ce pouvoir de direction (organisation du travail, qualité des produits, politique de l'entreprise, choix des détenteurs du capital, etc.) ?

¹⁰⁴ Le rapport autrichien indique que le conseil du travail peut soumettre toute question à référendum, mais qu'en revanche une assemblée des travailleurs doit être convoquée si un tiers des ces dernier le demande. Il ajoute que le résultat du référendum ou de l'assemblée ne s'impose jamais au conseil, mais que celui-ci en tient généralement compte (le conseil est révocable à la majorité des deux tiers des électeurs).

¹⁰⁵ Certaines réformes législatives de la période récente ont visé à encourager ce type de négociation individuelle (voir le rapport néo-zélandais).

¹⁰⁶ Le rapport russe, par exemple, signale la présence de dispositions de ce type dans le Code du travail adopté il y a quelques années.

¹⁰⁷ Cette obligation doit être imposée par les droits des pays de l'Union européenne, en exécution d'une directive communautaire de 1991.

Plusieurs rapporteurs (Afrique du Sud, Colombie, République Dominicaine, République Tchèque, Russie, Turquie) estiment que les libertés et droits fondamentaux reconnus par le droit national ou des normes internationales suffisent à ouvrir et garantir une telle faculté ¹⁰⁹. On notera que les Codes du travail de deux pays européens reconnaissent expressément (Portugal ¹¹⁰) ou implicitement (France ¹¹¹) l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion dans l'entreprise, même si cette garantie est assortie de réserves.

Pourtant, la donnée normative la plus significative nous semble être la reconnaissance à tous les travailleurs, par le Code du travail français, d'un *droit à l'expression directe* sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail, en vue d'améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production. Ce droit s'exerce sur les lieux et pendant le temps de travail, dans le cadre de groupes, et sous immunité pour les opinions émises, mais son objet est limité. Surtout, les groupes d'expression directe ont cessé depuis longtemps de se réunir dans l'immense majorité des entreprises ou établissements ! Aussi retiendra-t-on plutôt ¹¹², dans un tout autre domaine, que certains droits nationaux reconnaissent au travailleur le *droit de refuser une tâche* dangereuse pour sa santé (Russie) ou *de se retirer d'une situation de travail* dont il peut raisonnablement penser qu'elle présente un danger grave pour sa vie ou sa santé (France, République Dominicaine ¹¹³).

¹⁰⁸ Celle du point 2.2.1. du questionnaire. Mais sans doute aurait-elle dû être plus clairement formulée.

¹⁰⁹ Les rapporteurs tchèques observent simplement que, selon la Charte des droits et libertés fondamentaux, quiconque peut faire ce que la loi n'interdit pas. Les rapporteurs colombiens indiquent que, pour la Cour constitutionnelle de leur pays, la liberté d'expression garantie à toute personne par la Constitution bénéficie au travailleur et doit être protégée à ce titre. Selon l'auteur du rapport dominicain, la garantie, pour tout personne, de la faculté d'exprimer sa pensée (article 8 de la Constitution) couvre l'expression directe de tout salarié. Le rapport turc raisonne la même manière à propos des articles 25 et 26 de la Constitution de son pays.

¹¹⁰ Article 15 : « La liberté d'expression et de diffusion de sa pensée et de son opinion est reconnue dans le cadre de l'entreprise, dans le respect des droits de la personnalité du travailleur et de l'employeur, ainsi que des personnes physiques qui le représentent, et du fonctionnement normal de l'entreprise ».

¹¹¹ Selon un article du Code du travail créé en 1992, « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché ». Des arrêts de la Cour de cassation confirment, si besoin est, que cette disposition concerne la liberté d'expression du travailleur salarié.

¹¹² Le droit de grève, dans les systèmes juridiques qui font du travailleur son titulaire (ex. le droit français), trouverait place ici si nous n'avions choisi de ne pas le prendre en considération dans cette exploration.

¹¹³ En droit dominicain, l'exercice de ce droit d'interrompre l'activité suppose que le travailleur ait déjà réclamé en vain auprès de son employeur. Le droit français ne pose pas semblable condition.

3. ENSEIGNEMENTS

Notre questionnaire interrogeait les rapporteurs nationaux sur *l'inscription socio-historique* des dispositifs juridiques décrits, c'est-à-dire sur les relations entre leur construction ou transformation et l'évolution politique du pays, leurs liens avec l'état et les positions du mouvement syndical, les données disponibles (y compris quantitatives) sur les pratiques sociales dont la mise en relation avec ces dispositifs peut avoir du sens. Les réponses apportées sur ces points par certains rapports nationaux sont riches et parfois passionnées, qu'elles viennent de pays aux situations économiques et sociales aussi différentes que, par exemple, les Etats-Unis et la République Dominicaine ou le Maroc. Une synthèse est hors de propos, mais on peut tirer quelques enseignements, assez clairs malgré la prudence que requiert l'exercice, du *rapprochement de ces réponses* sur cette inscription socio-historique comme sur certaines données du droit positif. Ainsi nous arrêterons-nous à la *sensibilité de la matière aux changements politiques* largement entendus (3.1), à une tendance à *l'extension de la place et du rôle de représentants élus par rapport à la représentation assurée par les syndicats* (3.2.), mais aussi à l'importance reconnue, en la matière, à *la question de l'effectivité* du droit (3.3.).

3.1. La sensibilité de la matière aux changements politiques

Il est parfaitement banal d'observer que le droit du travail, bien qu'il régit principalement des relations entre des sujets « privés » (dans les catégories de la représentation et de la mise en scène juridiques du monde social) est du *droit politique*, et qu'il manifeste donc une plus grande sensibilité que d'autres branches de nos système juridiques aux évolutions socio-économiques comme aux changements dans la sphère politique nationale. Le constat s'impose avec une évidence particulière pour un secteur de ce droit du travail qui, d'une part, concerne directement les rapports entre des acteurs collectifs et les directions des entreprises ou de leurs unités, même à hauteur des relations au sein de l'entreprise, et qui, d'autre part, est nécessairement solidaire du régime de l'activité syndicale et de ce procédé majeur de la régulation¹¹⁴ des relations du travail que constitue la négociation collective.

¹¹⁴ « Régulation », non pas comme synonyme de « réglementation » ou « existence de règles (juridiques) » (équivalent de ce que désigne nous semble-t-il, le terme anglais *regulation*), mais dans l'un des sens spécifiques qu'il conviendrait de lui réserver dans le vocabulaire français des sciences sociales ou de la théorie du droit : action (plus ou moins collective et anonyme) consistant à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni en conduire intégralement le déroulement, donc sans exclure les changements calculés, projetés.

3.1.1. Divers rapports nationaux confirment et illustrent cette « évidente » sensibilité aux évolutions politiques de quelque importance. À propos de changements qui se sont manifestés d'abord comme des changements spectaculaires et « historiques » de régime politique, comme au Portugal, en République Tchèque puis en Russie, en Afrique du Sud pour suivre la chronologie. Mais aussi à propos de bouleversements ou processus moins notoires ou commentés à l'échelle de la planète, mais dont est sortie cette liberté syndicale qui constitue une sorte de pivot du régime de l'expression-défense des travailleurs au lieu de travail. Nous pensons au cas de la Turquie.

Dans le même temps, d'autres expériences nationales montrent que le changement sur le plan du régime des relations professionnelles, en particulier des relations au sein de l'entreprise, ne sont pas nécessairement à la hauteur des attentes, ni même sensibles, en cas de changement politique majeur, concrètement en cas de retour de la démocratie politique. C'est ce qu'attestent les exemples du Brésil (après l'épuisement d'une dictature et un retour à la démocratie qui avait dû tant à des luttes syndicales) et du Chili (où les « droits collectifs » des travailleurs et les moyens de l'action syndicale dans les entreprises ne semblent pas beaucoup plus développés qu'au temps du régime de Pinochet).

D'ailleurs, l'incidence d'un changement politique par simple substitution d'une majorité politique à une autre, dans le fonctionnement normal d'une démocratie représentative, peut être plus visible ou plus lourde de conséquences sur le plan des règles et des dispositifs juridiques. Pour peu, bien entendu, que les forces et les dirigeants politiques à l'œuvre aient quelques idées et ambitions sur « le nécessaire renforcement des droits des travailleurs » ou, au contraire, « l'indispensable desserrement des contraintes et l'allègement des coûts sociaux qui pénalisent les entreprises dans une économie mondialisée ». En témoignent les relations si visibles entre changement de majorité politique - de droite à gauche, puis de gauche à droite, ou inversement – et régime juridique des relations professionnelles en France avec l'épisode ouvert par les élections de 1981, en Australie et en Nouvelle-Zélande en un temps plus proche, et les tentations de remise en cause de certains aspects du droit autrichien depuis 2000. Mais la généralisation est, là encore, à bannir. D'autant plus que, dans les pays d'Europe occidentale, intervient cet autre facteur politico-juridique qu'est l'existence d'un cadre politique encore sans équivalent en d'autres contrées, l'Union européenne, et d'un « acquis communautaire » comprenant des instruments de rapprochement des droits sociaux nationaux (techniquement

pesants, à défaut d'être à la mesure des espérances et besoins sociaux). L'expérience britannique l'atteste : la pression du droit communautaire peut constituer un vecteur d'évolution juridique plus décisif que des changements de majorité politique ou de gouvernement. Surtout si les responsables politiques qui se succèdent sont, au-delà de l'opposition partisane, également soucieux de complaire aux milieux d'affaires et au patronat

¹¹⁵

3.1.2. Inversement, un système de relations industrielles, y compris dans sa dimension de relations à l'intérieur de l'entreprise, au niveau décentralisé du lieu de travail, peut faire l'objet d'un consensus des acteurs sociaux et des forces politiques. C'est ce que souligne le rapport sur la Suède, où l'avènement d'une majorité de centre-droit en 2006 n'a pas entraîné de bouleversement dans la partie du droit du travail supportant ce système de relations industrielles qui reste fondé sur une authentique autonomie collective. La stabilité du système régime des relations entre employeurs et patronat organisé, d'une part, collectivités de travail et organisations autonomes de travailleurs, d'autre part, peut aussi tenir à sa perception partagée (« la mémoire collective ») comme composante d'une démocratie rétablie après une douloureuse période d'autoritarisme ou de dictature. C'est ce qu'explique le rapport autrichien à propos des risques de déstabilisation engendrés par une évolution politique favorable aux forces conservatrices.

D'une manière plus générale, d'ailleurs, les positions de milieux patronaux, d'abord ou longtemps hostiles à la reconnaissance de « droits collectifs » dans l'entreprise et à l'imposition d'obligations d'informer et consulter les travailleurs ou leurs représentants, et de négocier avec ces derniers, peuvent évoluer vers une réelle acceptation, sinon une certaine faveur. Ainsi quelques rapports nationaux indiquent-ils qu'une évolution est perceptible dans certains secteurs d'un patronat traditionnellement hostile à ces « droits collectifs » avec la découverte des vertus pacificatrices et intégratives du « dialogue social » (Afrique du Sud., Colombie, Taïwan) ¹¹⁶. Même dans les milieux patronaux des Etats-Unis, nous dit-on, certains estiment désormais que les entreprises tireraient avantage de l'introduction de structures favorisant la communication avec le personnel, en s'inspirant de ce qui se fait en Allemagne

¹¹⁵ Nous renvoyons aux éclairantes considérations du rapport britannique sur les relations entre politique législative *light* et *business-friendly* des gouvernements conservateurs puis New Labour, et contraintes communautaires.

¹¹⁶ À comparer avec ce qui est exposé dans le rapport sur le Maroc.

ou au Japon ¹¹⁷. Mais ces changements d'attitude s'observent localement, et n'excluent pas la persistance du banal chantage à la délocalisation, bien connu dans tous les pays à droit du travail un peu exigeant et à standards sociaux « décents » ¹¹⁸.

3.1.3. L'influence des changements politiques sur la configuration et le niveau d'exigence du droit du travail en général est évidemment tributaire de la réponse apportée à la question ¹¹⁹ de l'évaluation des dispositifs juridiques en cause, dans les termes où le *courant dominant d'Analyse économique du droit (New Law and Economics)* ¹²⁰ s'obstine depuis quelques décennies à la concevoir. Il s'agit de savoir si les règles juridiques agençant des dispositifs permettant une réelle action autonome des travailleurs ou de leurs représentants pour la défense de leurs intérêts et points de vue au sein même de l'entreprise, et qui favorisent une certaine intervention de leur part dans la gestion de celle-ci, sont *efficaces* selon les canons de la science de l'économie héritée de la théorie microéconomique néoclassique. C'est-à-dire « économiquement efficaces », dans un marché mondialisé et de concurrence intensifiée, étant entendu que le caractère absolument bienfaisant de la concurrence et de la quête du profit ne sauraient être mis en question. Est-ce cependant « la bonne question », et comment conçoit-on l'efficacité, quels en sont les critères pertinents dans nos sociétés humaines dont la survie est menacée par l'explosif mélange de l'opulence et de violentes inégalités ?

Nous ne faisons, ici, que rappeler l'existence bien connue de ces interrogations, pour souligner qu'elles ne concernent pas seulement les secteurs du droit du travail participant le plus directement à la construction, la régulation et la civilisation des marchés du travail et de l'échange travail (usage de la force de travail) contre salaire. Elles valent aussi pour des dispositifs qui nous occupent. Nul doute que « la grande divergence » se manifeste à leur sujet. On trouve, d'un côté, ceux qui voient dans ces institutions et exigences juridiques une fâcheuse perturbation du fonctionnement du marché et une entrave à la compétitivité des entreprises soumises à leur tyrannie ; de l'autre, ceux pour qui une implication des travailleurs ou des pratiques de confrontation des intérêts un peu équilibrée dans l'entreprise constituent, à la fois, une exigence démocratique de notre temps et un atout pour la performance même des

¹¹⁷ Voir le rapport américain.

¹¹⁸ Dans le cas de Taïwan, la version locale de cette pratique mondialement connue est le chantage à la délocalisation vers la Chine continentale.

¹¹⁹ Question peu présente dans l'ensemble des rapports, faute d'avoir été posée par le questionnaire.

entreprises. « La performance économique par la démocratie industrielle » : l'idée n'a rien de neuf ! Les normes juridiques en cause n'ont-elles pas la vertu de pousser à une rationalisation de l'exercice du pouvoir en le soumettant à des *procédures* obligeant la direction et les représentants du capital à prendre en considération d'autres intérêts, et à justifier leurs décisions les plus lourdes, maximisant ainsi les chances de « justesse » et de « justice » de ces choix ¹²¹? On n'oubliera pas, cependant, que la manière dont les règles juridiques gouvernent les pratiques des acteurs sociaux et la mesure dans laquelle elles les influencent effectivement demeurent en partie opaques ou mystérieuses.

3.2. L'extension de la place de la représentation élective

3.2.1. En établissant la typologie des agents de la représentation des travailleurs, nous avons relevé un seul exemple d'exclusivité du canal électif, celui de l'Autriche. Mais nous avons pu, au cours de cet examen, noter deux phénomènes significatifs : d'une part, l'*apparition récente d'organes de représentation élus et à vocation générale*, en tout cas appelés à être informés et consultés lorsque la loi impose à l'employeur ce genre de communication avec des représentants de ses travailleurs ; d'autre part, le *grand nombre d'organes à compétence spéciale composés de représentants élus du personnel ou comprenant des élus*.

On trouve des organes de ce dernier type dans des systèmes d'abord « syndicaux » : le colombien, le japonais, le néo-zélandais, le turc, et plus largement encore, le système australien. Cette diversification des agents de représentation des travailleurs est l'œuvre de la loi et de la négociation collective. Ces élus, ou organes élus ou faisant place à des élus, ont en charge des questions particulières. Et il est un domaine où la présence d'une institution de ce type est répandue : *la santé et la sécurité au travail*. Il est remarquable que des comités ou commissions spécialisés, faisant place à des élus des travailleurs, soient prévus par la loi dans des systèmes confiant aux syndicats le rôle principal de représentation des salariés et de leurs

¹²⁰ Et d'importantes organisations internationales, telles l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques et la Banque Mondiale, au moins jusqu'à l'éclatement de la crise économique planétaire en cours.

¹²¹ L'encadrement du pouvoir de l'employeur réalisé par ces dispositifs pourrait alors s'interpréter comme une manifestation de *procéduralisation* de cette prérogative, participant à un plus vaste mouvement de diffusion des procédures dans les rapports juridiques, porteur d'exigence de justification et catalyseur de rationalité des décisions privées comme publiques. L'attention à ce phénomène doit

intérêts, comme ceux d’Australie, d’autres déjà mentionnés plus haut, mais aussi ceux du Chili, de la Russie, de la Suède . Et même en Afrique du Sud, où les syndicats manifestent si peu d’empressement à demander la mise en place et l’élection des *workplace forums*. On repère d’ailleurs dans d’autres systèmes des manifestations de l’importance particulière que les législations attachent à l’intervention de représentants des travailleurs dans cette matière essentielle (Brésil, France, Royaume-Uni) ¹²². Mais on observe aussi que ces organes spécialisés, dans ce domaine ou dans d’autres, sont conjoints (Australie, Suède) et souvent paritaires (Chili, Japon, Russie) plutôt qu’homogènes ou à majorité d’élus des travailleurs, même si les élus des travailleurs ont parfois des attributions propres.

L’apparition d’organes de représentation élus et à vocation générale dans des pays où la mission était jusqu’alors confiée aux syndicats paraît plus significative encore ¹²³. Elle a concerné, pour des raisons déjà rappelées, deux Etats membres de l’Union européenne : la République Tchèque et le Royaume-Uni, encore que le montage juridique imaginé dans ce dernier n’ait pas la simplicité du dispositif adopté dans le premier et ménage davantage les compétences propres des syndicats. Un pays de l’Union, pourtant, résiste à cet impact des directives communautaires prescrivant l’information et la consultation des travailleurs ou de leurs représentants : la Suède. Encore qu’il s’agisse d’attachement à un modèle de relations industrielles qui a fait ses preuves, et sûrement pas de réticence à l’égard des quelques ambitions sociales de l’Europe des Vingt-Sept.

3.2.2. Il est fort probable que, dans certains contextes nationaux, la diversification ou la multiplication des instances de représentation des travailleurs dessert objectivement cette forme d’organisation et d’action autonome (sinon « de classe ») qu’est le syndicalisme. On ne peut exclure qu’il y ait là une « machine de guerre » contre le mouvement syndical ¹²⁴. On se

beaucoup, en France, aux travaux d’Antoine Lyon-Caen et à des recherches conduites sous sa direction, en matière de droit du travail particulièrement.

¹²² La loi brésilienne (la *CLT*) règle la constitution d’une commission interne et paritaire de prévention des accidents. Le droit français a ménagé une place, à côté des délégués du personnel et du comité d’entreprise ou d’établissement, à une plus jeune institution représentative du personnel, le comité d’hygiène, de sécurité et de conditions de travail. On trouve un comité de sécurité, distinct des autres organes, dans le système britannique par ailleurs assez compliqué.

¹²³ Le rapport japonais signale que la discussion sur l’opportunité d’introduire des institutions représentatives électives et à vocation générale est récurrente.

¹²⁴ Selon le rapport colombien, l’introduction, dans le système local reposant jusqu’alors sur le rôle central des syndicats, de divers organes spécialisés (comités de discipline, comité bipartite pour la prévention du harcèlement au travail, etc., ou comités d’entreprise dans le champ de certaines conventions collectives) a ouvert la porte à la coexistence de divers organes au sein des entreprises,

gardera d'ailleurs d'établir une corrélation entre cette promotion de la représentation élective des collectivités de travail et un déclin du syndicalisme. En effet, les organisations syndicales et leurs animateurs jouent un rôle déterminant, ainsi que le soulignent plusieurs rapports (russe, tchèque), dans la constitution (demande de mise en place, négociation des modalités, présentation de candidats à l'élection, quand ce n'est pas désignation des membres) et le fonctionnement de ces organes élus, comme ils le font au sein de système plus anciennement édifiés (Autriche, France). On apprend même que la politique d'action de la principale confédération sud-africaine a (très légalement) pour conséquence la rareté de la constitution de conseils d'établissement.

D'ailleurs, les vicissitudes que peut connaître, dans divers pays, l'introduction légale de représentations électives ou la constitution effective d'organes prévus, voire imposés par la loi, indiquent probablement une faiblesse du mouvement syndical. L'échec des revendications de création d'institutions électives ne saurait être interprété comme une victoire de ce dernier, ni même comme un signe de sa vitalité. Au Brésil, sont demeurés également vains les efforts pour obtenir une vraie reconnaissance de l'organisation syndicale dans l'entreprise et la constitution obligatoire de conseils d'entreprise. Si, au Chili, la création de comités d'entreprise « de style européen », plusieurs fois envisagée ¹²⁵, s'est heurtée à double opposition des employeurs (qui préfèrent les instances de dialogue social d'entreprise créées à leur initiative) et des syndicats craignant la concurrence de ces nouveaux acteurs, il n'apparaît pas que ces derniers aient pour autant gagné en puissance ¹²⁶. Et nul ne songera à porter au crédit du syndicalisme le déclin de l'implantation des commissions et sous-commissions de travailleurs d'un droit portugais encore jeune, ou la présence toujours insuffisante des comités d'entreprise au regard de ce que la loi française rend possible et appelle ?

La seule corrélation hautement probable est que l'affaiblissement du syndicalisme et de son implantation sur les lieux de travail facilite l'établissement, à l'initiative et sous le contrôle des employeurs, de comités censés assurer auprès d'eux la représentation de leur personnel. Une hypothèse très raisonnable vient alors à l'esprit : l'existence de tels comités, l'avantage qu'un

qui a été source d'affaiblissement de la représentation des travailleurs et de désordre, dans un contexte d'épuisement d'organisations syndicales (taux d'adhésion, secteur public compris, ne dépassant pas 6% en 2008), déjà victimes du conflit armé déchirant le pays depuis quarante ans et de la répression (pour cause de soupçon de complicité avec la guérilla).

¹²⁵ En 1966, en 1974 au début du régime militaire, en 1991 après le rétablissement de la démocratie.

certain nombre d'employés peuvent y trouver, font perdre un peu plus de son attrait au syndicalisme et concourent ainsi à la poursuite de son affaiblissement. L'expérience des Etats-Unis la conforte : alors qu'il y a un demi-siècle, à l'époque de la fusion de l'AFL et du CIO, 35% des travailleurs du secteur privé appartenaient à un syndicat, ce taux était tombé à 23% en 1980, et n'était plus que de 7,5% fin 2007 ¹²⁷, tandis que s'étaient développés des comités d'origine patronale ¹²⁸. Avec cette conséquence que 92% des travailleurs du secteur privé ne peuvent plus compter sur une présence syndicale dans l'entreprise ou sur leur lieu de travail. Mais avec cette autre conséquence aussi, à en croire une récente enquête, qu'une très forte proportion de travailleurs souhaite bénéficier de la présence, sur le lieu de travail, d'un « organe de représentation réellement indépendant de l'employeur ¹²⁹.

Nous nous en tiendrons donc à un constat de carence et à une suggestion. En premier lieu, l'enquête très limitée conduite pour la réalisation du présent rapport n'éclaire guère la relation entre développement, dans les règles juridiques, de la représentation électorale et la situation du syndicalisme de travailleurs ¹³⁰. En deuxième lieu, à supposer que cette relation puisse être mieux connue, cet enseignement devrait être versé au dossier de l'évolution et de l'avenir du

¹²⁶ Et qu'en est-il en Turquie où, on l'a signalé, les syndicats ont récemment fait écarter un projet de loi introduisant des délégués du personnel ?

¹²⁷ Le rapport américain évoque quelques facteurs explicatifs sans surprise : détérioration des relations sociales dans les années 70, puis délocalisations inhérentes à la mondialisation, passage d'une économie industrielle à une économie de services dans laquelle les syndicats éprouvent plus de difficultés à s'organiser, etc..

¹²⁸ Le rapport signale qu'il y a une dizaine d'années un projet de loi soutenu par le patronat et visant à permettre aux entreprises de constituer des comités *managers-travailleurs* contrôlés par la direction, a été adopté par le Sénat et la Chambre des Représentants mais bloqué par le veto du Président Clinton.

¹²⁹ Cette étude, citée par le rapport, établit que 87% des travailleurs du pays partagent cette aspiration à la présence d'une représentation de leurs intérêts, et que plus de la moitié d'entre eux souhaitent qu'elle soit indépendante de la direction.

¹³⁰ D'une façon générale, nous n'avons pas obtenu autant d'éclaircissements que nous espérons en formulant deux questions pour les rapporteurs nationaux : « Quelle relation peut-on établir entre l'évolution (historique du pays) et l'état présent des dispositifs (juridiques) et la doctrine de l'organisation ou des organisations syndicales de travailleurs ? » ; « Peut-on repérer une influence de ces dispositifs et de leur évolution sur le mouvement syndical de travailleurs, ses formes d'organisation et d'action ? ». Ces questions étaient très complexes, trop sibyllines probablement, sans doute trop inspirées par des analyses avancées par quelques juristes français (Gérard Lyon-Caen, Jean-Maurice Verdier, président honoraire de la SIDTSS, en premier lieu) sur l'influence du droit du travail sur la configuration et les orientations du mouvement syndical ouvrier. Cependant, le rapport néo-zélandais conforte l'hypothèse d'une incidence du régime juridique de l'expression-défense des intérêts sur les formes et pratiques du mouvement syndical.

syndicalisme, forme singulière d'agrégation des intérêts des travailleurs historiquement liée au développement du capitalisme industriel ¹³¹.

3.3. L'importance et la difficulté de la question de l'effectivité du droit

3.3.1. Cette question est plus ou moins explicitement soulevée par plusieurs rapports. On connaît d'ailleurs sa place dans les préoccupations des juristes spécialistes du droit du travail ¹³². Ce droit serait particulièrement exposé à une ineffectivité, qui paraît synonyme d'échec du droit. Plus précisément de l'impuissance de ses règles à faire advenir – ou à faire advenir dans une proportion suffisante - des situations et pratiques sociales conformes à leur précepte. Mais ce concept de sociologie et de théorie du droit qu'est celui d'effectivité du droit n'a pas la simplicité que l'on croit souvent. Surtout, et sans parler de difficultés empiriques (établir les faits) ou purement juridiques (dans la mesure où la constatation d'une méconnaissance d'une règle peut supposer la solution d'une question de qualification des faits au regard de cette norme), *l'identification des phénomènes d'effectivité ou d'ineffectivité s'avère plus complexe que beaucoup de juristes semblent le croire* ¹³³.

Pour raisonner sur un exemple qui n'est emprunté à aucun rapport mais s'inspire d'un type de dispositions en vigueur dans de nombreux pays, constitue assurément un fait d'ineffectivité d'une règle de droit le refus ou l'omission, par un employeur, d'informer ou consulter un organe ou une personne représentant les travailleurs alors qu'une norme impose cette information ou consultation et que les conditions d'exigibilité de cette obligation sont réunies. Ou encore le refus d'un employeur d'ouvrir une négociation, alors que sont présentes les circonstances dans lesquelles une règle juridique prescrit cette ouverture. En revanche, il n'y a pas fait d'ineffectivité des règles assurant à des syndicats des droits et moyens d'action dans les établissements de travail si aucune organisation syndicale ne se constitue ou ne s'implante dans un établissement déterminé. Pas plus qu'il n'y a d'ineffectivité des dispositions prévoyant la constitution d'une institution représentative lorsque l'effectif de l'entreprise atteint un

¹³¹ Mais en parlant de « syndicats », parle-t-on toujours d'organisations de même nature ? Le rapport venu de République Dominicaine livre une description accablante du syndicalisme actuel dans ce pays longtemps soumis à la dictature.

¹³² *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Philippe Auvergnon (Dir.), COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006.

¹³³ Antoine Jeammaud, Le concept d'effectivité du droit, *L'effectivité du droit du travail...*, précité, pp. 33-54.

certain niveau, et renvoyant à une négociation avec des syndicats la fixation des opérations de l'élection, si aucun des syndicats régulièrement invités à négocier par l'employeur ne se présente pour participer à ce processus. Ou si l'élection n'a pas lieu parce qu'aucune candidature n'a été déposée alors que l'employeur a accompli tout ce qu'exigeait la loi et n'a aucunement entravé le dépôt de candidatures.

On comprend donc que le constat d'un *fait d'ineffectivité* d'une règle ou série de règles requiert d'être attentif à la teneur précise de cette dernière. Alors que l'on parle facilement d'ineffectivité des règles sur le droit syndical dans l'entreprise ou la représentation du personnel du seul fait qu'aucun syndicat n'est implanté et ne se manifeste ou qu'aucune institution représentative ne se trouve établie dans le cadre observé faute de présence syndicale ou de candidats aux fonctions électives. En outre, les règles de droit composant des ensembles et agaçant des dispositifs, peut-on diagnostiquer un fait d'ineffectivité lorsque certaines des dispositions organisant l'institution d'une représentation des travailleurs ou garantissant l'exercice du droit syndical dans un établissement sont réellement méconnues, violés – l'employeur a négligé de convier les syndicats, ainsi qu'il était tenu de la faire, à ouvrir une négociation pour l'organisation d'élection de représentants, ou a exercé des pressions afin de dissuader toute candidature à l'élection, ou bien n'a pas mis à la disposition d'un syndicat les moyens qu'il devait légalement lui fournir, ou a refusé d'ouvrir une négociation obligatoire – mais qu'une réaction prévue par l'ordre juridique pour le cas d'une tel manquement est mise en œuvre (l'inspection du travail a adressé à l'employeur une injonction suivie d'effet, une juridiction a été saisie et une sanction a été prononcée, ou encore l'employeur n'a pu, en conséquence de son propre carence, réaliser régulièrement l'opération qui requérait une consultation préalable des représentants des travailleurs, etc.) ? Qu'une règle de droit ne soit jamais isolée mais fonctionne toujours en combinaison avec d'autres au sein d'un ordre juridique déterminé complique conceptuellement le diagnostic d'effectivité/ineffectivité.

De plus, à supposer que des faits d'ineffectivité de telle règle soient établis, la question va être de déterminer si leur nombre fonde à dire cette norme ineffective ou « largement ineffective » . C'est le problème du passage du constat de faits d'ineffectivité à celui d'un *phénomène d'ineffectivité*. Ce dernier suppose « un certain nombre » de faits.

3.3.2. La clarification des concepts d'effectivité/ineffectivité de règles juridiques, si elle peut améliorer la rigueur de l'analyse et la correction de la terminologie, laisse entier *un autre*

problème. En effet, que des syndicats soient largement absents des entreprises où ils pourraient, en droit, s'implanter, sans que cet état de choses soit imputable à une massive violation du droit par les employeurs, ou que, en toute légalité, des institutions électives ne soient pas mises en place faute de candidats, invite à s'interroger. Mais la question n'est pas celle de l'effectivité des règles : elle est celle de leur aptitude à favoriser une pratique suffisante – « satisfaisante » en volume - de formes d'expression et défense des intérêts des travailleurs que l'on imagine souhaitées, recherchées, par les « auteurs » de ces règles, puisqu'ils les ont été adoptées ! Elle est, en d'autres termes, celle de *l'efficacité* de ces normes et des dispositifs qu'elles constituent. Or, les deux concepts d'efficacité et d'effectivité sont trop souvent confondus ¹³⁴.

L'efficacité n'a de sens et ne peut être évaluée que par rapport au *but* visé, ou que l'on peut supposer visé, par l'instrument dont on se demande s'il est efficace. Son appréciation suppose donc que l'on puisse identifier le ou les objectifs ayant inspiré la production des règles, la construction des dispositifs en cause. Ceux des auteurs de ces règles – le « législateur » - dont les intentions ne sont pas toujours parfaitement claires et rarement univoques. Surtout, les objectifs sont normalement divers et s'articuler du plus proche au plus lointain. Ainsi peut-on raisonnablement penser que des dispositions organisant une représentation élue des travailleurs dans l'entreprise ou au lieu de travail visent à faire apparaître un tel organisme dans un maximum d'unités correspondant à son cadre d'implantation, puis à faire advenir des pratiques d'échange, de confrontation ou coopération – bref, de « dialogue social » - dans le plus grand nombre possible de ces unités, et à favoriser, par là, l'adoption de décisions opportunes et justes ou au moins acceptables et, au-delà, une situation acceptée sinon satisfaisante pour des porteurs d'intérêts relativement antagonistes, donc une véritable paix sociale et une ambiance favorable à la performance des organisations productives, etc.. C'est dire qu'une appréciation de l'efficacité des dispositifs dans le domaine qui nous occupe s'annonce inévitablement complexe. Elle fait nécessairement surgir un débat sur les objectifs de la prévision de ces dispositifs et celui au regard duquel il convient d'apprécier leur « performance ». Une *performance* qui n'est pas, à proprement parler, juridique, mais *métajuridique*, *c'est-à-dire socio-économique*.

¹³⁴ Par de nombreux juristes et même, sinon par Hans Kelsen dans sa *Reine Rechtslehre* du moins par de prestigieux traducteurs de cette œuvre en français et en castillan (notre étude précitée, p.47 et suiv.).