LES RELATIONS PROFESSIONNELLES EN TRANSITION ET LE DROIT DU TRAVAIL *

REFLEXIONS A PARTIR DE L'EXEMPLE ANGLAIS

par

Brian BERCUSSON **

Le thème des « relations professionnelles en transition » ne manque pas de séduction tant il est vrai qu'elles ont connu d'importants changements dans les dernières décennies. Changement, transition, certes ; mais il est beaucoup plus difficile de déceler dans quelle direction va le changement. Rares sont les experts qui en Grande-Bretagne ont pu prévoir l'essor du système des délégués syndicaux et une intervention massive du Gouvernement dans les négociations collectives par le biais des politiques des revenus au début des années 60 ; ou les implications pour les relations professionnelles d'un taux de chômage qui a quintuplé, une inflation à deux chiffres et l'établissement sur une vaste échelle de nouvelles lois de protection de l'emploi au début des années 70. Aussi, autant peut-on affirmer que les relations professionnelles sont en transition, autant est-on troublé lorsqu'il s'agit d'indiquer où repose la clé de l'avenir.

QUELQUES CHANGEMENTS DANS LE PAYSAGE DES RELATIONS PROFESSIONNELLES BRITANNIQUES

Dans les années 80, le contexte politique des relations professionnelles en Grande-Bretagne a été profondément affecté. Au cours des années 70, des lois d'origine travailliste ont cherché à étendre les négociations collectives dans l'intérêt des syndicats et ont annulé une grande partie des lois précédentes de 1971 sur les relations professionnelles (Industrial Relations Act). Au cours des années 80, le Parti conservateur a fait adopter des lois qui tendaient aussi à une intervention dans les négociations collectives, mais pour favoriser plutôt les intérêts des employeurs, encore une fois en amendant les précédentes lois de 1974 sur les syndicats et les relations du travail (Trade Union and Labour Relations Act).

Ces interventions dans les négociations collectives ont toutes deux visé à déplacer l'équilibre d'un côté ou de l'autre de la balance. Mais les forces d'inertie ne doivent pas être sous-estimées (1) :

« .... On peut, semble-t-il, dire sans se tromper que les pratiques ne connaîtront pas de changements substantiels dans les très nombreux cas où les négociations collectives forment une partie intégrante du processus de gestion. Dans tout le secteur public et la plus grande partie, par exemple, de la métallurgie (engineering) et la chimie, on peut s'attendre à ce que les responsables d'entreprise interviennent de façon considérable pour empêcher que de nouvelles lois ne viennent perturber des arrangements négociés préétablis. Mais là où les négociations collectives n'existent

---

*L'origine de cette contribution est due à un colloque pour le Johns Hopkins Bologna Center et la Faculté de Droit de l'Université de Bologne qui tenu en Italie le 27 Mars 1987.

**Brian BERCUSSON est professeur de droit à l'European University Institute

(1) William BROWN et Keith SISSON, « Current trends and future possibilities », dans M. POOLE et. al., *Industrial Relations in Transition*, London : Routledge and Regan Paul, 1984, p. 13 à p. 15.

pas ou là où elles sont peu enracinées, comme c'est le cas dans le secteur tertiaire et les petits établissements industriels de sous-traitance, on peut s'attendre à ce qu'elles reculent ».

BROWN et SISSON indiquent aussi les effets involontaires de l'intervention législative sur les négociations collectives. Selon eux, l'augmentation du nombre de lois sur le travail au cours des années 70 a conduit au développement de la gestion des relations industrielles professionnelles, nécessaire pour suivre les développements complexes. Ceci à son tour a stimulé une tendance des relations professionnelles, y compris les négociations collectives, à devenir moins dépendantes des associations patronales. Elle a contribué à accroître le nombre de négociations au niveau d'une seule entreprise, au détriment à la fois des négociations à l'échelle d'une industrie et de la centralisation du contrôle des relations professionnelles dans les compagnies possédant plusieurs usines. Ceci pourrait être considéré comme le début d'un mouvement vers l'individualisation des relations professionnelles et des négociations collectives.

Les contraintes qui pèsent sur un tel mouvement sont nombreuses. Une des contraintes les plus importantes est le caractère séparé des négociations collectives dans l'entreprise en Grande-Bretagne. L'organisation des délégués était étendue et bien établie à la fin des années 70, puisqu'ils atteignaient le chiffre de 300.000. Partout où les syndicats étaient reconnus dans l'industrie, le secteur public et dans les grands établissements du tertiaire, des délégués sont apparus pour les travailleurs manuels et les travailleurs non manuels. Le nombre de délégués permanents, payés par la direction pour remplir leurs tâches syndicales, a quadruplé à partir du milieu des années 60 et selon une estimation ce nombre aurait atteint 10.000 en 1980, soit plus du double du nombre de responsables syndicaux professionnels à plein temps.

Selon BROWN et SISSON ces indications sur la force des délégués sont trompeuses. Il y a des différences marquantes entre, d'une part, les représentants établis dans l'entreprise de longue date et expérimentés dans certaines industries (métallurgie) et, d'autre part, les délégués inexpérimentés qui n'ont pas l'habitude du soutien de la base syndicale lors de négociations avec une direction qui tient beaucoup plus les choses en main. Cet aspect est particulièrement important du point de vue des changements dans la distribution des délégués syndicaux dans la période 1980-84.

Accompagnant la crise de l'industrie manufacturière britannique au cours de cette période, une enquête de 1984 sur les relations professionnelles dans l'entreprise (2) a montré que la reconnaissance des syndicats s'est accrue dans le secteur privé des services et le secteur public, mais a décliné dans l'industrie manufacturière privée. Entre 1980 et 1984, dans les entreprises qui ont reconnu les syndicats (3), il y a eu un *déclin* de 70 % à 65 % dans la présence des délégués représentant les travailleurs manuels, mais *une augmentation* de 63 % à 67 % du nombre de délégués représentant les travailleurs non manuels. Bien que le nombre de délégués syndicaux dans l'industrie manufacturière privée ait décliné de 27 %, cette étude suggère que le nombre total de délégués dans l'économie britannique a augmenté, passant de 317.000 à 335.000. Ceci se traduit par une augmentation du nombre de délégués de 18 % dans les services privés et 31 % dans le secteur public. En 1984, il était presque aussi courant de rencontrer des représentants syndicaux de travailleurs non manuels que des délégués de travailleurs manuels et la majorité de ces représentants sont maintenant employés dans des établissements du secteur public. Le stéréotype du délégué syndical identifié au travailleur manuel de l'industrie manufacturière a de toute évidence besoin d'être revu.

La profondeur de la récession économique en Grande-Bretagne et le niveau de chômage renforcent la tendance des responsables d'entreprise à réaffirmer leur contrôle sur la production en s'attaquant à l'organisation de délégués et en rétablissant un contrôle unilatéral. De nombreuses indications montrent que les patrons sont en train de retirer leurs moyens d'action aux délégués, de restreindre leur autorité et de frayer le chemin à des changements unilatéraux dans les pratiques de travail et même à des coupes « réalistes » dans les salaires. Les résultats à long terme de cette politique sont incertains. BROWN et SISSON concluent : *« Tout « nouveau réalisme » est probablement aussi éphémère face à un rétablissement économique que l'étaient les attitudes des années 30 lorsque la période de guerre avait restauré la sécurité de l'emploi... le contrôle accru sur la conduite du travail ne survivra pas à un rétablissement de la position (des employeurs) sur le marché »* (4).

Il est important, cependant, de comprendre que le rétablissement de la position des employeurs sur le marché ne constitue pas un simple retour au système en vigueur auparavant. Le climat économique d'incertitude extrême a attiré l'attention sur le concept de flexibilité dans les relations professionnelles. Selon l'analyse de Wolfgang Streeck ce concept s'est étendu au marché du travail externe et au marché du travail interne des entreprises (5).

***« La flexibilité externe** consiste fondamentalement en une « flexibilité numérique qui correspond à la facilité avec laquelle le nombre de travailleurs employés peut être adapté pour satisfaire aux fluctuations de la demande ». Mais elle peut aussi servir à modifier les structures de qualifications en licenciant les travailleurs dont les qualifications ne sont plus recherchées et en embauchant par la suite des travailleurs possédant des qualifications plus adaptées. La flexibilité externe est réalisée principalement par l'in-*

---

(2) N. MILWARD et M. STEVENS, *British Workplace Industrial Relations 1980-84*, Aldershot, Gower, 1986.

(3) Procédure de reconnaissance des syndicats créé par une loi de 1971 et abolie en 1983, qui permet à un syndicat de demander à être reconnu par l'employeur comme le syndicat exclusif représentant les salariés ou une catégorie de salariés de l'entreprise.

(4) déjà cité, p. 37.

(5) Wolfgang STREECK, *The Management of Uncertainty and the Uncertainty of Management : Employers, Labor Relations and Industrial Adjustment in the Crisis*, article produit lors d'une conférence sur *State, politica economia e relazioni industriali in Europa : quale destino ?, Universita di Brescia*, 19 septembre 1985 (ronéo), pp. 12-13.

troduction de formes « subordonnées » d'emploi — par rapport à la norme d'« emploi à plein temps à durée indéterminée » — telles que le travail « à temps partiel, temporaire, occasionnel, sous contrat ». ***La flexibilité interne*** *est en partie la « flexibilité fonctionnelle » qui correspond à « la facilité avec laquelle les tâches exécutées par les employés peuvent être adaptées aux modifications dans la demande ». Parmi ses aspects importants, on compte le redéploiement de nouvelles formations professionnelles et la création d'institutions et de systèmes de paiement qui incitent les travailleurs à accepter de nouvelles tâches, à acquérir de nouvelles qualifications et en général à soutenir de rapides ajustements continuels dans l'organisation du travail » (6).*

Une deuxième question clé concerne le rôle des syndicats et de la négociation collective, car *« là où le rétablissement de la productivité n'est possible qu'avec des relations de travail de type plus coopératif, les employeurs sont confrontés à l'alternative stratégique de l'inclusion des syndicats indépendants dans la structure constitutionnelle de l'entreprise ou de leur exclusion »* (7).

La flexibilité et le rôle des syndicats sont au coeur de la transition qui se produit actuellement dans les relations professionnelles britanniques. Pour le juriste du travail, il y a au moins deux aspects à considérer. Quelles sont d'une part les implications de cette transition sur le droit des relations de travail individuelles ? Quelles en sont, d'autre part, les conséquences à l'égard du droit de la négociation collective ?

LE DROIT DE TRAVAIL INDIVIDUEL EN TRANSITION

La flexibilité externe et la flexibilité interne du marché du travail ont toutes deux été considérées avec attention par le droit du travail britannique. On se bornera ici à évoquer quelques problèmes suggestifs.

Flexibilité externe du marché du travail

La flexibilité externe a donné naissance au problème du statut légal du travail « atypique » : le travailleur est-il lié par un contrat de travail ? La question est décisive dans la pratique, parce que la protection légale des travailleurs dans le domaine des impôts, de la sécurité sociale, de la santé et la sécurité et des droits au travail dépend généralement de l'existence d'un contrat de travail : *« Du point de vue des employeurs de nombreuses économies administratives et financières découlent de l'utilisation d'un personnel qui travaille à son compte* (8). *Celles-ci ne se limitent pas à la sécurité sociale mais ont trait à l'assurance sur les accidents du travail et aux avantages sociaux tels que l'assurance maladie et les congés payés »* (9). La question politique est de savoir si les tribunaux vont permettre aux parties de qualifier elles-mêmes leurs relations, quelles qu'en soient les conséquences pour la réglementation légale de la relation de travail (10).

Le droit jurisprudentiel livre une diversité d'indices (tests) pour déterminer si la relation en question constitue un contrat de travail. Certains de ces indices sont liés au travail (ses caractéristiques : à domicile, dans une usine ou itinérant ; ou sa durée : temporaire, permanente, irrégulière) ; certains sont liés au travailleur (son autonomie, ses qualifications ou les machines utilisées) ; ou au rôle de l'employeur (dans sa surveillance ou son contrôle, sa politique d'embauche et de licenciement, sa forme de paiement). Aucun de ces indices ne s'est à lui seul avéré pertinent, et combinés, nombre d'entre eux se contredisent.

Les hypothèses dans lesquelles il est difficile de déterminer la nature légale de la relation de travail peuvent être mieux évaluées, selon une bonne expression, *« en fonction du but pour lequel la distinction est requise »* (11). A cette fin, dans certains cas, les juges ont un rôle politique lorsqu'ils décident que le contrat est ou n'est pas un contrat de travail (12). Les considérations politiques, bien qu'elles soient fréquemment décisives pour les juges, sont souvent invoquées à côté des

---

(6) Une étude en 1986 sur les relations professionnelles dans les grandes entreprises a établi qu'un peu plus de la moitié des 176 établissements ayant fait l'objet de l'enquête employaient du personnel intérimaire et 83 % ont déclaré qu'un service au moins travaillait en sous-traitance à l'extérieur. Parmi ceux qui faisaient appel au travail intérimaire ou à la sous-traitance, près de la moitié des premiers et 37 % des derniers ont déclaré avoir accru leur recours à ces types de travail au cours des cinq dernières années. *(Industrial Relations Review and Report,* n° 379, 4 novembre 1986, p. 14). Les syndicats deviennent de plus en plus sensible aux implications de la flexibilité « externe ». Le syndicat le plus important du Royaume Uni, la Transport and General Workers Union, a récemment révisé ses règles pour offrir des cotisations réduites aux travailleurs à temps partiel. *(Industrial Relations Review and Report,* n° 374, 19 août 1986, p. 15).

(7) STREECK, déjà cité, p. 27.

(8) En 1985 il y avait 2,7 millions de gens qui travaillaient à leur compte, ce qui constituait une augmentation de plus de 50 % depuis 1979, et presque un huitième du nombre total d'emplois. *Industrial Relations Review and Report,* n° 379, 4 novembre 1986, p. 16.

(9) P. LEIGHTON, « Employment contracts : a choice of relationships », Department of Employment *Gazette,* octobre 1982, p. 433 à 438.

(10) Des études de droit comparatif du travail sont arrivées à la conclusion non surprenante que : « Dans la plupart des pays, quel que soit leur système légal, économique et politique, le droit du travail et les relations professionnelles s'appliquent seulement aux travailleurs qui ont une relation subordonnée d'emploi avec un employeur, ceux qu'on appelle des employés, qui se distinguent des travailleurs indépendants, qu'on désigne par l'expression de travailleurs à leur compte ». H. BARBAGELATA, « Different categories of workers », dans R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations,* Kluwer, 1980, p. 320. Ce qui serait plus intéressant, ce serait de comparer la façon dont les différents systèmes légaux traitent des catégories spécifiques de travailleurs selon leur appartenance à la catégorie de ceux qui ont un contrat de travail ou de ceux qui travaillent à leur compte. Le traitement des musiciens, des médecins hospitaliers, des chauffeurs routiers indépendants, des prêtres et ainsi de suite, comme employés ou non, permettrait d'éclairer l'influence de la culture nationale sur le droit du travail.

(11) R. RIDEOUT, *Principles of Labour Law,* 3rd ed., 1979, p. 11.

(12) Dans *Massey v. Crown Life Insurance Co.* [1978] *Industrial Relations Law Reports* (I.R.L.R.) 31 (Court of Appeal), le tribunal a considéré la définition légale de la relation de travail dans le contexte de la politique fiscale ; dans *Ferguson v. John Dawson & Partners (Contractors) Ltd.* [1976] I.R.L.R. 346 (Court of Appeal), la politique de protection de la santé et la sécurité des travailleurs a été considérée comme un facteur dans la détermination du statut de l'emploi ; dans *Young & Woods Ltd. v. West* [1980] I.R.L.R. 201 (Court of Appeal), la politique de respect des droits de protection de l'emploi a été considérée comme très appropriée pour la détermination du statut légal du travailleur.

indices . objectifs mentionnés précédemment d'une manière qui rend très difficile l'établissement des bases du raisonnement du juge.

Les hypothèses qui justifient des appréciations politiques, et l'extrême variété des politiques d'emploi en termes de lieu, d'horaires, de systèmes de paiement, de méthodes de travail, de degré de surveillance et ainsi de suite, conduisent à se demander s'il importe de réduire les relations de travail à deux catégories seulement : salarié et travailleur indépendant. On pourrait mieux tenir compte des différentes qualités des types d'emploi si on recourait à des règles spécialement destinées à répondre à ces différences. Une telle solution a par exemple été envisagée dans une étude sur les « travailleurs intérimaires » (13) :

« Le « travailleur intérimaire » doit être classé dans une catégorie séparée à l'intérieur du droit britannique du travail. Aujourd'hui les droits sont accordés à l'aveuglette aux travailleurs possédant un contrat de courte durée — et beaucoup de ces travailleurs n'ont droit à aucune protection légale — simplement sur la base de diverses durées de services qui sont mal assorties et inexplicables. Ce qu'il faut identifier ce sont les raisons valables pour lesquelles le travail intérimaire est requis... Une loi sur le travail intérimaire pourrait prendre des dispositions spéciales pour les groupes (de travailleurs employés temporairement pour des raisons valables), y compris la renonciation à certaines dispositions statutaires, tout en empêchant l'utilisation illégitime de travailleurs pour une courte durée dans le but d'échapper aux obligations légales ».

Des arguments similaires pourraient être avancés pour soutenir que d'autres groupes de travailleurs requièrent des définitions légales et la reconnaissance de droits et d'obligations spécifiques.

On peut trouver une solution différente dans deux récents accords auxquels a participé le syndicat des électriciens en Grande-Bretagne (EETTU). Ces accords avaient pour objet de régler par un contrôle conjoint les incidences sur la main-d'œuvre des charges de travail fluctuantes. Ces accords ont mis en place un contrôle général sur les travailleurs intérimaires (Temporary Workers' Register) qui autorise la compagnie à recruter selon ses besoins dans une réserve de main-d'œuvre qualifiée, et garantit aux employés concernés un contrat formel de travail, les mêmes taux de salaires que les employés permanents, la possibilité d'un emploi permanent si des postes libres apparaissent et la possibilité d'adhérer et d'être représenté par un syndicat. Ceci constitue (14) :

« Une tentative significative des entreprises et d'un important syndicat pour parvenir à un accord sur les incidences, pour l'emploi et la syndicalisation, de la croissance des « personnels flexibles » et des concepts tels que « ilôts d'employés (et de syndiqués) » dont les intérêts demandent une protection, entouré d'un océan de travailleurs (et de syndiqués) ayant des contrats de travail de courte durée dont les intérêts demandent aussi une protection ».

La frontière entre le statut et le contrat devient floue, une législation plus importante fait que la relation des parties emporte de manière automatique certains droits et obligations (15). L'attribution de droits légaux à des groupes de travailleurs « atypiques » éviterait le problème qui surgit du fait que, même si la justice peut les considérer comme des salariés, la législation qui accorde des droits aux salariés contient fréquemment des conditions d'ouverture exprimées en nombre minimum d'heures de travail hebdomadaires ou continuité de l'emploi, et exclut ainsi de son application de nombreux travailleurs à temps partiel, intérimaires, occasionnels et saisonniers. L'abolition de telles qualifications et l'extension consécutive des droits assurant une protection à ceux-ci et à d'autres groupes de travailleurs atypiques sont contenus dans divers documents d'orientation émanant du Parti travailliste (16). Du point de vue des employeurs, les incidences sur la flexibilité externe du marché du travail sont claires.

Flexibilité interne du marché du travail

La flexibilité interne du marché du travail relève principalement des négociations collectives dans l'entreprise. Mais un aspect du problème illustre comment les flexibilités interne et externe du marché du travail sont liées. La capacité des employeurs de recourir aux formes « atypiques » d'emploi peut dépendre de leur capacité de congédier la main-d'œuvre « typique ». De façon similaire, la capacité des employeurs d'obtenir de la main-d'œuvre la flexibilité interne peut dépendre de la menace de congédiement si les employés refusent. Dans les deux cas, la loi sur les licenciements joue un rôle crucial par la protection qu'elle offre aux travailleurs et les coûts qu'elle impose aux employeurs.

Il est assez remarquable de constater que la législation sur les congédiements illicites dans la Partie V de l'Employement Protection (Consolidation) Act de 1978 ne contient aucune disposition traitant explicitement des congédiements consécutifs à des changements au travail — que ce soit dans les horaires, le lieu, les tâches, les qualifications ou même la rémunération. Les dispositions qui traitent des licenciements faisant suite à un refus du travailleur d'accepter les change-

(13) B.A. HEPPLE and B.W. NAPIER, « Temporary workers and the law », [1978] 7 *Industrial Law Journal* 84 p. 99.

(14) *Industrial Relations Review and Report*, n° 381, 2 décembre 1986, p. 6.

(15) Une étude comparative de la valeur relative attribuée au statut et au contrat dans les relations de travail individuel met en lumière d'intéressants contrastes. En France, par exemple, il y a eu des propositions pour rejeter le contrat de travail et le remplacer par la relation de travail qui apparaît lorsque le travailleur entre dans la communauté professionnelle organisée qu'est l'entreprise. Néanmoins, un des principaux traités insiste sur le fait que le contrat conserve un rôle important et conclut : « Pendant plusieurs siècles le contrat de travail a constitué en économie capitaliste un procédé d'exploitation du salarié. Une évolution bénéfique le réhabilite : encadré à sa juste place, dans les structures rénovées du droit du travail, il peut constituer, au profit du travailleur, un instrument de progrès social ». G.H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN et J. PELLISSIER, *Droit du Travail*, 12e ed., 1984, p. 168.

(16) TUC-Labour Party Liaison Committee, *People at Work : New Rights, New Responsibilities*, 1986 ; *Low Pay : Policies and Priorities*, 1986.

ments, se trouvent dans la section 57 (1) (b), qui considère qu'un licenciement est légitime s'il a lieu pour « d'autres raisons substantielles » que celles qui sont expressément énumérées (par exemple la conduite, la compétence, la maladie, etc). Il y a eu un débat considérable en jurisprudence pour savoir si, et, si c'est le cas, quand, cette expression vague justifie l'imposition par un employeur de changements à son personnel sous peine de congédiement. Certains juges ont explicitement reconnu que les salariés étaient fondés à résister aux changements qui leur étaient désavantageux. D'autres ont tenté d'établir une balance entre les avantages et les inconvénients de part et d'autre ; tandis que d'autres encore soutiennent l'employeur aussi longtemps qu'il agit « raisonnablement » (17).

L'approche classique de la « Common law » a été révélée par la décision de la Cour d'Appel dans une affaire Kent County Council v. Gilham (18). L'employeur avait proposé de réduire le salaire et les congés fixés par des accords collectifs nationaux. Après que les syndicats aient refusé de renégocier les termes des accords, l'employeur a effectué des réductions unilatérales, mettant fin aux contrats des employés et en offrant de nouveaux taux réduits. Les employés ont refusé d'accepter les nouveaux contrats et ont saisi la justice pour congédiement illégitime. Un tribunal du travail (Industrial Tribunal) a dans un premier temps admis que le congédiement était illégitime estimant que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'aucune raison substantielle, et que, même s'il en avait, il avait agi de façon déraisonnable. Le Tribunal d'appel du travail (Employment Appeal Tribunal) et la Cour d'Appel ont tous deux refusé de considérer que l'employeur avait agi de façon déraisonnable, alors même qu'ils faisaient référence aux décisions de deux autres Tribunaux du travail, dans lesquelles, chaque fois, sur une question très semblable le dernier mot a été laissé aux autorités de base (les tribunaux du travail) (para 21), considérées comme ayant agi de manière raisonnable selon Lord Justice Dillon, (para 45).

« *Parce que c'est une question de fait, qu'il y a beaucoup de tribunaux du travail, il est vraisemblable que des tribunaux différents vont arriver à des conclusions différentes sur l'appréciation du caractère raisonnable portée sur des faits très similaires. Ceci est inhérent au système créé par le Parlement, et n'indique nullement qu'un quelconque tribunal a mal instruit l'affaire ou s'est écarté de la loi* ».

L'incapacité du pouvoir législatif et le refus de la justice d'établir un ensemble de règles claires permettant aux employeurs et aux syndicats de négocier sur le résultat probable d'un défaut d'accord sur les changements affectant le travail, sape les négociations collectives qui ont trait à un tel sujet. Les employeurs sont incités à penser qu'ils peuvent congédier les travailleurs qui refusent et que leurs décisions seront considérées comme raisonnables par les tribunaux. Même lorsque les syndicats arrivent à un accord avec les employeurs sur des changements, des travailleurs peuvent se tourner individuellement vers les tribunaux pour demander justice lorsqu'ils estiment que le syndicat ne les a pas protégés comme il fallait. Ainsi, la loi contribue à individualiser les conflits sur la flexibilité interne du marché du travail.

LE DROIT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE EN TRANSITION

Dans un chapitre, intitulée « Collective Self-Regulation », d'un livre sur l'évolution du droit du travail en Europe jusqu'à 1945, Antoine JACOBS distingue trois types idéaux : répression, tolérance et reconnaissance (19) :

« *La* ***reconnaissance*** *décrit ces actions positives des autorités publiques ou des employeurs et des syndicats dans leurs rapports mutuels par lesquelles le fonctionnement du système d'autorégulation collective est soutenu. Il y a là plus que de la* ***tolérance*** *parce que la reconnaissance est fondée sur l'idée d'un encouragement actif du système d'autorégulation collective, par le biais de droits positifs, alors que la tolérance ne fait qu'accorder des exemptions contre les interdictions résultant du droit pénal ou les obligations du droit civil* ».

Chacun des types idéaux apparaît comme caractérisé par une technique légale spécifique. Le régime de *tolérance* est décrit en termes tels que la « liberté » (liberty) de négocier et de « permission » (freedom) de se mettre en grève (p. 194). Ces libertés et permissions sont équivalentes aux « exemptions » des « obligations » mais elles ne sont pas l'équivalent des « droits positifs » qui caractérisent le régime de *reconnaissance* (20). La question qu'il y a lieu d'aborder très brièvement est celle de savoir si les développement depuis 1945 (et en particulier au cours de la dernière décennie, environ depuis le début de la récession consécutive au premier choc pétrolier) ont donné naissance à une technique légale différente régissant les négociations collectives.

En Grande-Bretagne, les nouveaux développements depuis 1979 ont été considérés comme une politique de « restriction » (21). L'Etat intervient activement dans la négociation collective, non pas de façon à inciter au déroulement de négociations collectives mais plutôt pour gêner, entraver et restreindre son influence. Dans une certaine mesure, c'est l'envers de la politique de reconnaissance. Ce changement de direction politique se marque-t-il dans une quelconque nouvelle technique légale ?

---

(17) Voir le contraste dans : *Evans v. Elementa Holdings Ltd.* [1982] I.R.L.R. 143 (Employment Appeal Tribunal) ; *Chubb Fire Security Ltd. v. Harper* [1983] I.R.L.R. 311 (Employment Appeal Tribunal) ; *Richmond Precision Engineering Ltd. v. Pearce* [1985] I.R.L.R. 179 (Employment Appeal Tribunal).

(18) [1985] I.R.L.R. 18.

(19) B.A. HEPPLE, (ed.), *The Making of Labour Law in Europe : A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, London : Mansell Information Publishing Ltd., 1986, pp. 193 à 195.

(20) Dans quelle mesure ces concepts correspondent-ils à des techniques légales d'habilitation ou de contrôle des acteurs sociaux et dans quelle mesure sont-ils dotés d'une signification réelle ? Cela n'est pas tout à fait clair. Jacob veut-il dire que le régime de *reconnaissance* est caractérisé par l'usage de techniques légales différentes de celles d'un régime de *tolérance*, ou que les deux régimes sont réellement différents, quelles que soient les techniques légales qu'ils emploient ?

(21) Voir ROY LEWIS, JON CLARK and LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Labour Law and Industrial Relations : Building on Kahn-Freund, Oxford : Clarendon Press*, 1984.

En Grande-Bretagne, on trouve quelques indications en ce sens : ainsi le droit de la négociation collective a commencé à mettre l'accent non pas sur les relations externes des employeurs avec les syndicats et les travailleurs, mais plutôt sur les relations à l'intérieur des associations de travailleurs et d'employeurs (22). Un exemple récent évident est fourni par les dispositions de la Loi du travail de 1980 (Employment Act) qui créent des responsabilités à la charge des syndicats lorsque des grèves de leurs membres sont « autorisées ou approuvées » par des responsables syndicaux. Pareille responsabilité demande un examen juridique minutieux et intensif de la façon dont le pouvoir d'appeler à des grèves est distribué à l'intérieur du syndicat et dont les décisions sont dotées d'efficacité. Un autre exemple est constitué par les dispositions de la Loi sur les syndicats (Trade Union Act) de 1984 sur l'élection de responsables syndicaux et sur l'organisation de votes en cas de grève, dispositions qui substituent une règlementation légale aux règles par lesquelles les syndicats gèrent leurs affaires internes.

On a trouvé un exemple encore plus critique avec l'un des procès qui ont émaillé la grève des mineurs de 1984-85. Il y eut, dans cette grève, comme souvent, des actions en justice des patrons en vue d'obtenir des injonctions de mettre fin à la grève, taxée d'illégale à cause des dommages qu'elle engendrait et du fait qu'elle n'était pas couverte par les immunités légales. Cependant, ce qui a été beaucoup plus significatif, ce furent les actions de membres de l'union syndicale nationale des mineurs (NUM) contre leur union et ses composantes locales.

L'action judiciaire patronale avait, comme toujours, pour base la rupture du contrat de travail par les employés. Cette rupture est encore un acte illégal. Et il était demandé que les syndicats organisateurs de grèves soient tenus pour responsables des préjudices causés par la rupture des contrats de travail, rupture entraînant indirectement une violation de contrats commerciaux, avec interférence dans la marche des affaires, complot et menace de commettre des actes illégaux, et ainsi de suite. Pour certains, mais pas pour tous ces préjudices, il existe des immunités légales prévues par le Trade Union and Labour Relations Act de 1974. Pareille action en justice, par conséquent, intéresse les relations externes des employeurs avec les salariés et les syndicats, et s'appuie sur de vieilles catégories d'illégalité pour restreindre les grèves.

L'action des salariés syndiqués s'appuie aussi sur les violations du contrat — mais cette fois des contrats marquant l'adhésion au syndicat — qui est censé exister entre les membres du syndicat, ou entre ceux-ci et le syndicat, ou entre les deux. Comme pour la rupture du contrat de travail, ces violations de contrat sont illégaux. Et, de la même façon, il pourrait en résulter des actions en responsabilité.

La nouveauté dans cette utilisation de doctrines maintenant classiques relatives à la rupture de contrats et aux préjudices subséquents est qu'elle vise les relations à l'intérieur des associations (syndicats) de travailleurs, et s'empare du droit traditionnel, dans ce nouveau contexte, avec le même but de restreindre les grèves. Dans chaque cas, ce sont des contrats individuels qui servent de véhicules à la régulation juridique de l'action collective (23).

Il serait intéressant d'analyser dans quelle mesure les débats actuels sur la *représentativita* dans le contexte italien, la décentralisation des négociations faisant suite aux *Lois Auroux* en France (24) et la concurrence entre les *Betriebfrat* (24 bis) et les syndicats en Allemagne reflètent une tendance similaire vers une grande attention légale portée à la réglementation des affaires internes des organisations de travailleurs et des relations entre organisations de travailleurs. Il est bon de rappeler l'observation de SIMITIS selon laquelle la première génération des lois du travail a considéré les relations entre employeurs et travailleurs, la deuxième génération va se préoccuper des relations au sein des organisations de travailleurs (25).

*
* *

(22) Dans un article non publié encore *(Wage Determination and Law : Instrumentalist and Neo Corporatist Approache.* Article fait au « Colloquium on Law and Economic policy » : Alternatives to De-Legalisation, European University Institute, Florence, 26-29 mars 1985, ronéotypé), j'ai cherché à relier cette tendance avec le débat actuel dans les sciences politiques sur le « néocorporatisme ». On a distingué dans les cadres « néocorporatistes » (pour éviter la confusion avec le « corporatisme » de l'entre-deux guerres) les modèles corporatistes « sociétal » et « étatique », selon le rôle, ou l'absence de l'Etat dans la détermination de l'existence, de la structure et des fonctions des associations d'intérêt qui dominent cette forme d'ordre social. Voir Ph. C. SCHMITTER, « Still the century of corporatism ? », dans SCHMITTER and G. LEHMBRUCH (eds.), *Trends Towards Corporatist Intermediation*, New York : Sage, 1979, p. 7, pp. 20-21. Voir aussi Streeck, ci-dessus, note 4 à la p. 30 : « la transmission de responsabilités à des organisations de représentation fonctionnelle indépendantes peut être un moyen efficace d'accroître le caractère gouvernable. En fait, cela semble beaucoup expliquer pourquoi les patrons allemands ne songent pas le moins du monde à remettre en question la codétermination bien qu'elle accorde à des BETRIEBFRAT [Comités d'entreprise] dominés par les syndicats un rôle important dans la gestion du personnel ».

(23) Autrement dit, bien que le nouveau type de litige puisse être considéré comme « corporatiste » --dans ce sens qu'il considère la légalisation des structures/constitutions internes au sein des acteurs (plutôt que « pluraliste » --qui considère la légalisation des relations externes entre acteurs)-— le droit corporatiste et le droit pluraliste traditionnel cherchent tous deux à atteindre le même objectif de politique. Ceci peut être un enseignement qui concerne en général ceux qui cherchent dans les formes corporatistes une nouvelle direction de politique, plutôt que simplement de nouvelles techniques pour la réalisation des mêmes politiques. Les principaux cas sont : *Taylor v. NUM (Derbyshire Area)* [1984] I.R.L.R. 440 ; *Taylor and Foulstone v. (1) NUM (Yorkshire Area), (2) NUM* [1984] I.R.L.R. 445 ; and *Taylor v. NUM (Derbyshire Area)* [1985] I.R.L.R. 99.

(24) « ... le réaménagement des dispositifs juridiques opéré par les lois Auroux marque aussi une certaine réhabilitation de l'individualité du travailleur. Résurgence de prime abord paradoxale compte tenu de l'origine politique des réformes ». A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, *Droit du Travail, Démocratie et Crise*, Actes Sud : Hubert Nyssen Editeur, 1986, p. 29.

(24 bis) correspondent approximativement aux comités d'entreprise français [n.d.t.]

(25) S. SIMITIS, « Juridification of Labor Relations », [1986] *Comparative Labor Law*. Cela vaut aussi la peine de noter les tendances vers des techniques légales qui s'occupent de l'organisation interne des organisations patronales, que ce soit dans le domaine des modifications dans les constitutions des compagnies pour mettre en vigueur des politiques de représentation des travailleurs, ou à l'intérieur des groupes corporatifs pour exiger plus de divulgations aux employés. Encore une fois ce sont des constitutions internes, non pas des relations externes, qui sont l'objet de l'attention.

Un des problèmes que soulève la négociation individuelle dans les relations de travail est qu'elle empêche une planification économique cohérente. Encore une fois, le déséquilibre du pouvoir entre l'employé et l'employeur rend problématique la légitimité de l'accord obtenu et par conséquent mine son efficacité. Ces problèmes ont été, de tradition, résolus à travers le regroupement des individus dans des associations et l'imposition de contrôles légaux sur ces associations. Ces contrôles peuvent être à la fois externes et porter sur leurs activités et leurs relations et internes et concerner les rapports entre et avec leurs membres et leur fonctionnement. Tels sont les enjeux des débats sur la responsabilité des syndicats et la démocratie syndicale. Il reste à voir si elles peuvent être adaptées au sein d'un système de démocratie industrielle.