HAL
open science

Comparer les systèmes de relations professionnelles

Olivier Leclerc

To cite this version:

Olivier Leclerc. Comparer les systèmes de relations professionnelles. Olivier Leclerc et Antoine Lyon-Caen. L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes, Dalloz, pp.91-103, 2011. halshs-00563194

HAL Id: halshs-00563194

https://shs.hal.science/halshs-00563194

Submitted on 1 Oct 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Comparer les systèmes de relations professionnelles

Olivier LECLERC
Maître de conférences à l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense
IRERP (EA 4419)

paru in O. Leclerc et A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, pp. 91-103.

Il ne faut sans doute pas attacher trop d'importance au titre des lois. Néanmoins, si l'on veut bien y voir un signe des intentions affichées par ses promoteurs[1], on ne peut manquer de relever que la loi du 20 août 2008 annonce une « rénovation de la démocratie sociale »[2]. Pris au sérieux, cet intitulé invite à envisager la manière dont la loi affecte la démocratie sociale.

La notion de démocratie sociale ne se laisse pas cerner aisément. La formule abrite des projets très divers, selon qu'elle est rapportée à une volonté de renforcer la participation des salariés aux décisions de gestion dans l'entreprise ou qu'elle exprime un rejet de l'intervention de l'Etat dans les relations sociales[3]. L'analyse de René Capitant, pour qui la démocratie sociale appelle l'application des principes démocratiques au contrat, alors que la démocratie politique consiste en l'application de ces mêmes principes à la loi[4], suggère en tout cas de prêter une attention toute particulière au rôle des partenaires sociaux dans la création des normes.

Dès lors, l'analyse de la loi du 20 août 2008 conduit à s'intéresser à nouveau à l'autonomie collective et aux mutations qu'elle connaît. On se souvient que la question avait suscité de vifs débats entre ceux qui soutenaient que les rapports sociaux constituent la source d'une normativité autonome et ceux qui n'admettaient une telle vocation normative que par délégation de l'Etat ou par une réception volontaire de sa

1 Sur cette question : N. Molfessis, « Le titre des lois », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 47-72.

2 Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* 21 août 2008, p. 13064.

3 Pour une analyse approfondie des sens multiples donnés à l'expression de démocratie sociale : cf. M. Le Friant, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, n° 19, 2001, p. 48.

4 R. Capitant, *Ecrits constitutionnels*, Paris, Editions du CNRS, 1982, préf. M. Waline, p. 166-190, spéc. p. 172. La définition retenue fait pleinement sens à la lumière du projet de l'auteur consistant à définir la démocratie et ses principes fondamentaux. S'exprime ici, selon B. Mathieu, l'idée que la place prise par les partenaires sociaux dans élaboration de la loi tend à affaiblir la distinction entre l'intérêt général, dont la loi est réputée être porteuse, et les intérêts collectifs, mais particuliers, qu'expriment les accords collectifs de travail (B. Mathieu, « La répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et les accords collectifs de travail en droit français », *Les Cahiers de Droit*, vol. 48, n° 1-2, 2007, spéc. p. 132 et s.).

part[5]. Cette controverse, qui avait pu paraître apaisée, retrouve une nouvelle vigueur à la faveur de l'actualité législative : quel équilibre les réformes récentes du droit français prétendent-elles instaurer entre autonomie et hétéronomie[6] ?

La place accordée au vote dans les relations professionnelles constitue un révélateur fécond de ces mutations de la démocratie sociale. Les dispositifs légaux récemment institués ou modifiés sont en effet présentés comme traduisant l'idée que la démocratie sociale doit constituer le pendant dans le monde social de la démocratie politique[7]. Le vote, qui constitue le mode d'expression privilégié de la démocratie politique, serait dès lors appelé à devenir un pilier d'une démocratie sociale rénovée. Les organisations syndicales y trouveraient une plus grande légitimité[8], leur action pouvant alors s'autoriser du soutien des salariés, exprimé de manière démocratique[9].

Voir dans l'essor du vote le signe d'une mutation de la démocratie sociale encourage à mener une réflexion comparative. Cette dernière est en effet à même d'offrir des éléments d'intelligibilité du droit français. Il ne s'agit pas ici de décerner des brevets de démocratie sociale à tel ou tel système juridique, encore moins de prétendre puiser dans quelque boite à outils offerte par les droits étrangers les dispositifs qui permettraient de faire évoluer notre droit. L'étude des systèmes étrangers permet, en revanche, de scruter notre système juridique avec plus d'acuité : les questions nombreuses qu'elle suscite renvoient à autant d'interrogations auxquelles doit faire face le droit français.

A l'abord d'une réflexion comparative, il convient de préciser les catégories d'analyse retenues. L'essor du vote est ici analysé dans ce que nombre d'auteurs français ont fait le choix d'appeler les « relations professionnelles ». Il est vrai que la formule n'est pas retenue par tous, y compris en France, certains préférant faire référence aux « relations collectives de travail »[10]. Mais, au-delà des débats français, l'absence d'une formule

5 Sur ces débats, cf. not. S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, Paris, LGDJ, 1995 ; J. Le Goff, « Juristes de gauche et droit social dans les années 1880-1920 », in C.-M. Herrera (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, t. 1, Paris, Kimé, 2003, pp. 13 et ss.

6 Sur cette distinction : G. Lyon-Caen, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Paul Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.

7 J. Tournadre-Plancq et B. Verrier, « La démocratie politique représentative comme modèle pour la démocratie sociale ? », Centre d'analyse stratégique, *Note de veille*, n° 99, 2008.

8 Par ex. B. Gauriau, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP*, ed. Soc., n° 16, 2008, act. 197.

9 Sur la nature du lien entre les organisations syndicales et les salariés, v. J.-M. Verdier, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions) », *Dr. Soc*., 1991, p. 5 ; G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. Soc*., 1991, p. 685 ; G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. Soc*., 1997, p. 1006.

10 Sur les raisons de ce choix : A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D*. 1998, chron., p. 359, spéc. p. 360 ; A. Jeammaud, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, v° « Droit du travail », spéc. p. 475 ; A. Jeammaud, *Thème 2 : Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail, Rapport général*, XIXème Congrès mondial de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Sydney, 1er-4 sept. 2009, spéc. note 6, p. 3.

équivalente dans nombre de pays européens est remarquable, et fait naître une inévitable perplexité sur les contours de l'objet soumis à la comparaison. En première analyse, il peut sembler suffisant, pour en préciser le sens, d'expliciter ce que les auteurs français visent par la dénomination de « relations professionnelles » : il s'agit, le plus souvent, du droit syndical, du droit de la négociation collective et du droit de la grève. Mais la notion est sans doute plus riche : elle renvoie à la construction des professions, à la reconnaissance d'un intérêt collectif de la profession, peut-être aussi à la structuration des relations sociales au sein de branches professionnelles. Ce n'est pas le lieu ici d'explorer toutes les strates que comporte la formule dans le contexte français, pas plus que leur genèse. On s'en tiendra à cette observation[11] que ces dimensions multiples qui composent les « relations professionnelles » se sont établies et solidifiées différemment dans chacun des pays.

Aussi, avant même d'explorer la place du vote dans les relations professionnelles en Espagne[12], au Royaume-Uni[13] et en Italie[14], convient-il de déterminer plus précisément ce que l'on est en droit d'attendre d'une comparaison des systèmes de relations professionnelles[15]. La comparaison permet d'abord de dresser une cartographie du vote dans les relations professionnelles (I) ; elle autorise ensuite à en esquisser des clés de lecture (II).

I- Une cartographie de la place du vote dans les relations professionnelles

Une cartographie de la place du vote dans les relations professionnelles est rendue nécessaire par l'impression de grande richesse que suscite de prime abord la comparaison. Ce foisonnement touche non seulement les usages du vote (A), mais également ses modalités (B).

A- Les usages du vote

Le regard sur les droits étrangers montre d'abord la grande diversité des usages du vote. Quatre d'entre eux méritent d'être mentionnés.

Le vote permet parfois d'*instituer un syndicat comme représentant des salariés*. Dans ce cas de figure, des organisations syndicales n'acquièrent la faculté de représenter les salariés d'une unité donnée qu'à l'issue d'un vote en leur faveur. Ainsi, aux Etats-Unis, la mise en place d'un syndicat au sein de l'entreprise suppose qu'au moins 30 % des

11 Il y a là un utile rappel de ce que les catégories d'analyse employées pour mener une comparaison ne se départissent jamais totalement du sens que le comparatiste y place.
12 Cf. *infra* la contribution d'Antonio Baylos dans ce volume.
13 Cf. *infra* la contribution de Catherine Barnard dans ce volume.
14 Cf. *infra* la contribution de Gisella De Simone dans ce volume.
15 Pour une position teintée de pessimisme, v. R. Hyman, « How Can We Study Industrial Relations Comparatively? », in R. Blanpain, W. Bromwich, O. Rymkevich, S. Spattini (eds.), *The Modernization of Labour Law and Industrial Relations in a Comparative Perspective*, Kluwer, 2009, pp. 3-23, et les protestations de J. Rojot, dans le même volume : « Lessons from the Past? Critique of 'How Can We Study Industrial Relations Comparatively?' », pp. 25-28.

salariés de cette entreprise aient manifesté leur souhait, à la demande du syndicat, de voir un scrutin organisé dans l'entreprise. Si le syndicat obtient plus de 50 % des suffrages, il bénéficiera d'une représentation exclusive de tous les salariés de l'entreprise[16]. La procédure en vigueur au Royaume-Uni présente des proximités très nettes avec celle mise en place aux Etats-Unis, même si elle apparaît singulièrement plus complexe[17].

Le plus souvent, le vote constitue un moyen pour *conférer des prérogatives particulières aux organisations syndicales*. Le vote leur permet, notamment, d'accéder à la qualité juridique permettant de mener des négociations collectives et de conclure des accords collectifs. L'exemple du droit espagnol est, à cet égard, particulièrement intéressant pour les juristes français, puisque l'audience électorale recueillie lors des élections professionnelles (délégués du personnel et membres du comité d'entreprise) détermine l'acquisition de la qualité représentative. On pourrait alors être tenté de voir dans le droit espagnol un terrain d'expérimentation des nouvelles dispositions françaises. Mais cette tentation doit être immédiatement tempérée puisque l'audience électorale constitue en Espagne un critère unique[18] alors qu'elle coexiste en France avec d'autres critères (art. L. 2121-1 C. trav.). De la même manière, en Italie, la « représentation syndicale unitaire » chargée de la négociation décentralisée est désignée à l'issue d'un vote[19]. Par contraste, et de manière significative, le vote occupe une place singulièrement plus réduite dans l'attribution d'*autres* prérogatives aux organisations syndicales que la négociation collective, comme celle de participer à diverses instances de concertation ou celle de bénéficier des moyens de mener une action syndicale dans l'entreprise.

Bien distincte est ensuite l'utilisation du vote lorsque ce dernier a une incidence sur la *validité des accords collectifs* signés par des organisations syndicales. Dans ce cas, l'adhésion des votants s'exprime moins à l'égard des acteurs de la négociation que des fruits de cette dernière. Sans même évoquer l'hypothèse dans laquelle un référendum peut conforter un accord collectif d'entreprise signé par un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau national (art. L. 2232-25 à L. 2232-28 C. trav.)[20], on sait que les résultats recueillis aux élections professionnelles par les organisations syndicales en France ont dorénavant une incidence sur la validité des accords collectifs[21].

---

16 *National Labor Relations Act* 1935, Sect. 9(e) [§ 159].

17 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, et schedule A1 (voir Annexe 5).

18 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, art. 6 et 7 (voir Annexe 2).

19 A. Hege, « Une réforme du système de la négociation collective sans unité syndicale », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 117, 2009, p. 37.

20 Sur les usages du référendum dans l'entreprise, v. J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », *Droit social*, 1983, p. 89 ; M.-A. Souriac, « Regards sur le référendum », *Liaisons sociales*, mens., déc. 1993, p. 88 ; G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *préc.*, spéc. pp. 693 et s. ; G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2002, spéc. pp. 469 et s. ; B. Gauriau, « Le référendum, un traitement démocratique aux effets indésirables », *Liaisons sociales*, mens., déc. 1999, p. 68.

21 Cf. *supra*, la contribution de Georges Borenfreund dans ce volume, II-B.

Enfin, le vote permet parfois de *légitimer une action entreprise par un syndicat*. C'est particulièrement le cas du déclenchement d'une grève : à défaut d'un vote favorable exprimé par une majorité de salariés, le conflit collectif engagé à l'initiative d'un syndicat sera considéré comme illicite ou privera l'organisation syndicale et les grévistes des immunités établies par la loi. De ce point de vue, le droit anglais est particulièrement remarquable puisque le bénéfice de la protection conférée par la loi aux grévistes suppose que le mouvement collectif ait reçu les suffrages d'une majorité des salariés concernés[22]. De même, le récent accord-cadre signé en Italie le 22 janvier 2009 – sans la participation de la CGIL – rend possible, dans certains cas (entreprises assurant la gestion d'un service public local), de réserver à la seule organisation syndicale majoritaire sur le lieu de travail le droit d'appeler à la grève[23].

Ce recensement des usages du vote dans les relations professionnelles, permis par la comparaison, met en lumière l'une des évolutions que consacre la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale : la *diversification des usages du vote* en droit français. Ce premier constat trouve une confirmation dans l'étude des modalités du scrutin.

B- Les modalités du vote

Deuxième jalon de cette cartographie du vote dans les relations professionnelles, l'étude des modalités du vote fait apparaître leur caractère très hétérogène. Le constat pourrait paraître anecdotique ; il ne l'est pas : chacun sait bien que les détails de l'organisation d'un scrutin garantissent non seulement sa légitimité, mais plus fondamentalement, déterminent, dans une large mesure, son issue. S'il n'est pas possible de détailler ici toutes ces modalités, il reste utile d'en dresser un bref inventaire, en suivant un fil directeur chronologique.

Il convient d'abord de se demander qui prend l'*initiative* d'organiser un scrutin ? On conçoit, bien évidemment, que le vote n'acquiert pas la même portée, selon qu'il a été souhaité par l'employeur, par un syndicat ou par les salariés eux-mêmes. Un exemple devrait suffire à illustrer cette idée : alors que le vote en assemblée générale de grévistes occupe une place traditionnellement importante dans la décision de poursuivre un mouvement collectif, la loi française du 21 août 2007 *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres et réguliers de voyageurs* fait naître une figure nouvelle du vote qui échappe à leur initiative. L'employeur, une organisation syndicale – éventuellement hostile à la grève – ou un médiateur sont ainsi habilités à prendre l'initiative d'organiser une consultation des salariés concernés par les motifs figurant dans le préavis sur la poursuite du mouvement[24]. Ce changement dans

22 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, sect. 226 et s. Pour une mise en perspective de la place conférée au vote dans le déclenchement des grèves : Sh. Leader, « Grande-Bretagne », in A. Lyon-Caen et A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, spéc. pp. 94 et s.

23 *Accordo quadro Riforma degli assetti contrattuali*, 22 janv. 2009, art. 18 (voir Annexe 12). V. aussi *Liaisons sociales Europe*, n° 219, 2009, p. 5.

24 E. Peskine, G. Borenfreund, O. Leclerc, « Le droit de grève dans les services publics de transport : regards sur la loi du 21 août 2007 », *RDT*, n° 11, 2007, p. 664, spéc. p. 668.

l'initiative du scrutin est inédit. Il n'est, du reste, sans doute pas sans incidence sur la précision expressément apportée par la loi selon laquelle le résultat de ce vote sera sans effet sur la validité de la poursuite du mouvement[25].

Autre paramètre déterminant du vote, *la composition du corps électoral* : s'agit-il d'appeler au vote tous les salariés de l'entreprise ? Les salariés « concernés » par les motifs figurant dans le préavis de grève, comme le prévoit la loi du 21 août 2007[26] ? Les membres de « l'unité de négociation », comme c'est parfois le cas au Royaume-Uni[27] ? La réponse à cette question dessine un corps électoral plus ou moins large, qui marque, en creux, les contours de l'espace dans lequel s'inscrit la démocratie sociale.

Une fois les électeurs convoqués à s'exprimer, *comment le scrutin est-il organisé* ? Les électeurs disposeront-ils de bulletins secrets ? D'isoloirs ? De la présence de scrutateurs ?... De même, quels moyens les syndicats pourront-ils employer pour mener la campagne électorale ? Le scrutin sera-t-il organisé par l'employeur ou par une autorité tierce comme le *Central Arbitration Committee* au Royaume-Uni[28] ou le *National Labor Relations Board* aux Etats-Unis[29] ? Les syndicats pourront-ils accéder à l'entreprise ? Il faut ainsi se souvenir que le syndicat britannique qui souhaite forcer un employeur à le reconnaître en vue d'une négociation collective n'accède pas directement aux salariés concernés – dont il ne peut se faire communiquer les coordonnées personnelles – et qu'il devra recourir aux services, y compris en la rémunérant[30], d'une « personne qualifiée indépendante »[31], chargée d'adresser la propagande électorale aux salariés et de veiller au bon déroulement du scrutin. Ces modalités pratiques sont d'une importance considérable. Il suffit pour le comprendre de comparer, en France, les votes à main levée d'une assemblée générale de grévistes et ceux exprimés dans le contexte très encadré des élections professionnelles. Deux conceptions anciennes de l'authenticité démocratique se donnent ici à voir[32] : d'un côté, celle qui fait primer les volontés exprimées à main levée par une collectivité assemblée, de l'autre, celle qui vise à permettre aux individus d'exprimer leur préférence dans l'isolement, voire à distance. L'une donne priorité à l'expression immédiate de la collective, au vu de tous, l'autre favorise l'éloignement et le choix muri en son for intérieur. La faveur donnée à un scrutin secret, exprimé dans une urne ou par voie électronique, peut ainsi aussi bien être

25 Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, *JO* 22 août 2007, art. 6-II, *in fine*.

26 Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007, *préc*., art. 6-I.

27 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1 (Annexe 5). Sur l'appréciation de l'unité de négociation pertinente, cf. A. Bogg, « Politics, Community, Democracy: Appraising CAC Decision-Making in the First Five Years of Schedule A1 », *Industrial Law Journal*, vol. 35, n° 3, 2006, p. 245.

28 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1, *préc*. Pour un premier bilan de l'action du *Central Arbitration Committee* : G. Gall, « The First Five Years of Britain's Third Statutory Union Recognition Procedure », *Industrial Law Journal*, vol. 34, n° 4, 2005, p. 345.

29 *National Labor Relations Act* 1935, sect. 3 [§ 153].

30 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1, *préc*., sect. 28.

31 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1, *préc*., sect. 25-29.

32 Sur la diversité des positions, on pourra se reporter utilement à Ch. Girard et A. Le Goff, *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010.

vue comme favorisant l'expression d'une préférence authentique que comme un frein aux « emportements »[33] funestes des foules assemblées. Une telle idée n'est certainement pas étrangère à la décision, prise par un gouvernement Thatcher désireux de cantonner l'influence syndicale, d'obliger les organisations à organiser en leur sein des élections à bulletin secret pour la désignation de leurs organes de direction[34].

Pas moins importante est la question de savoir quel est *l'objet du vote.* Le vote a-t-il seulement un objet direct (ex. la poursuite d'un mouvement de grève, la ratification d'un accord collectif...) ou a-t-il également un objet indirect (par ex. : le scrutin destiné à élire les représentants du personnel pourra également avoir des incidences sur l'acquisition de la qualité représentative) ? L'enrichissement des fonctions attachées aux élections professionnelles par les réformes récentes du droit français rend difficile de mesurer la portée exacte des opinions qui y sont exprimées. Les salariés répondent-ils à la question première qui leur est posée (la désignation de leurs représentants) ou ont-ils à l'esprit – et dans quelle mesure ? – les incidences indirectes de leur choix (l'attribution de la qualité représentative...)[35] ? L'incertitude qui affecte la portée exacte de ce qui est exprimé par les votants vient ainsi largement brouiller les comportements stratégiques (vote utile...) des électeurs qui se manifestent à l'occasion du vote, ce que les spécialistes du vote en science politique et en économie appellent la « manipulation électorale ».

Enfin, dernier aspect : le *mode de scrutin*. Cette interrogation, en réalité, se dédouble. Elle renvoie à une première question : quels sont les seuils à franchir ? S'agit-il d'obtenir un suffrage majoritaire, c'est-à-dire de recueillir plus de 50 % des voix ? Ou suffit-il d'obtenir un pourcentage plus réduit, 10 % ou 15 % des voix par exemple ? Elle conduit ensuite, pour son appréciation, à une seconde question : quels suffrages faut-il considérer ? Le résultat du scrutin s'apprécie-t-il par référence aux suffrages exprimés ou par référence aux électeurs appelés à voter, ce qui rend plus difficile le franchissement des seuils ? Ainsi, en droit anglais, le résultat du scrutin organisé en vue de la reconnaissance d'un syndicat s'apprécie non seulement par référence aux suffrages exprimés mais aussi par référence aux salariés composant l'unité de négociation, cette reconnaissance forcée[36] étant alors rendue plus ardue[37].

La cartographie des usages et des modalités du vote dans les relations professionnelles permise par la comparaison oriente vers la recherche de grilles de lecture, de clés d'intelligibilité.

---

33 J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, pp. 133 et s.

34 Les modalités, extrêmement détaillées, que doivent suivre ce scrutin sont précisées dans les sections 46 à 61 du *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992.

35 Cette incertitude rend également difficile de déterminer si les irrégularités qui affectent une élection professionnelle doivent être appréciées par référence au seul objet premier du vote – la désignation des représentants élus du personnel – ou si leurs incidences indirectes doivent également être prises en considération. Sur cette difficulté, cf. E. Peskine, obs. sous Cass., Soc., 13 janv. 2010, *RDT*, 2010, p. 314.

36 Sur ce mécanisme de reconnaissance forcée, voir *infra*, II-A.

37 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1, *préc*., spéc. sect. 29.

II- Des clés de lecture de la place du vote dans les relations professionnelles

Comment comprendre ces usages et modalités du vote ? Que révèlent-ils des systèmes de relations professionnelles ? La comparaison invite à retenir au moins trois axes d'analyse portant sur les relations qu'entretiennent, respectivement, les syndicats et les salariés (A), les syndicats et l'Etat (B) et, enfin, les syndicats entre eux (C).

A- Le vote et les relations entre les syndicats et les salariés

Le premier axe d'analyse porte sur le lien qui s'établit entre les organisations syndicales et les salariés. On aborde ici la fonction de représentation des intérêts des salariés qu'assurent les organisations syndicales. Envisagée à la lumière de la place du vote, cette question peut être abordée sous deux angles complémentaires.

1) La comparaison invite d'abord à s'interroger sur la légitimité d'une action minoritaire.

Les évolutions qui affectent les relations professionnelles, en France comme à l'étranger, posent avec force cette question : une action minoritaire est légitime ? La question se pose qu'il s'agisse du déclenchement d'une action collective ou encore de la signature d'un accord collectif qui produirait un effet juridique *erga omnes*. Or, s'il est une tendance forte, c'est sans doute celle qui consiste à répondre à cette question par la négative. Dès lors, l'essor du vote peut se comprendre comme reflétant une volonté d'assurer une adhésion, sinon majoritaire du moins substantielle, de la collectivité des salariés aux actions entreprises par leurs représentants.

Dans cette perspective, l'essor du vote dans les relations professionnelles renvoie à une question plus fondamentale, à défaut d'être entièrement nouvelle : les actions entreprises par les syndicats trouvent-elles leur légitimité dans la position que ceux-ci ont progressivement acquis au cours de l'histoire sociale ou celle-ci découle-t-elle du soutien qu'ils ont recueilli d'une majorité de salariés ?[38] Autrement dit, les syndicats disposent-ils d'une légitimité historique, qui justifie leur action, même si elle est minoritaire, ou disposent-ils d'une légitimité élective, qu'ils doivent conquérir et renouveler sans cesse par le suffrage d'une majorité de salariés ?

L'essor du vote dans les relations professionnelles est sans nul doute révélateur d'une emprise croissante de la seconde conception. Le droit anglais en offre une illustration remarquable. Un syndicat peut, dans certaines conditions, forcer un employeur à le reconnaître pour négocier avec lui. L'encadrement législatif de cette reconnaissance forcée a profondément évolué : il a été crée en 1971, puis supprimé par le gouvernement de Margaret Thatcher, et enfin rétabli en 1999. Sans exposer le dispositif dans les détails, il suffira d'indiquer ici que, dans sa première version, la loi favorisait la négociation collective, au risque de conduire à une négociation avec un syndicat qui

38 Sur cette question : G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *préc.*, spéc. p. 695. Sur le développement d'une césure entre la légitimité des gouvernants et la légitimité de leurs actions, cf. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 2006, spéc. pp. 118-119.

n'aurait pas reçu un soutien majoritaire des salariés concernés. A l'inverse, dans la nouvelle version du texte, l'adhésion majoritaire, souvent exprimée par la voie d'un scrutin, constitue un facteur déterminant pour l'attribution à un syndicat de la reconnaissance forcée. Ainsi que l'indiquent Paul Davies et Mark Freedland, plutôt que d'encourager la négociation collective en tant qu'elle serait en elle-même un bon mode de régulation des relations sociales, l'idée s'affirme qu'elle ne pourrait être imposée par un syndicat à un employeur que parce que telle est bien la volonté d'une majorité de salariés[39].

Une telle évolution n'est finalement guère surprenante : elle découle de la mise en avant de la notion même de « démocratie sociale ». A mettre la démocratie politique et la démocratie sociale en parallèle, on en vient insensiblement à ériger, dans les deux cas, le vote comme mode privilégié d'expression des préférences individuelles. Pour autant, ce rapprochement n'est pas exempt de difficultés conceptuelles : la métaphore du politique peut-elle être appliquée sans restrictions au champ des relations professionnelles ?

2) Ces interrogations sur l'action minoritaire se prolongent par d'autres questions portant sur les relations qui s'établissent entre le vote des salariés et les adhésions syndicales. Dès lors, en effet, qu'il s'agit de veiller à la qualité du lien de représentation qui s'établit entre un syndicat et un salarié, le vote et l'adhésion manifestent l'un comme l'autre un soutien au syndicat[40]. Comment doivent-ils alors s'articuler ? La question est d'autant plus importante qu'il est possible de lire les réformes récentes du droit français comme traduisant la volonté de renforcer la qualité du lien de représentation entre syndicats et salariés par une autre voie que l'augmentation, toujours souhaitée mais jamais atteinte, du taux de syndicalisation, qui demeure très bas[41].

Mais la comparaison invite, là encore, à approfondir la réflexion. D'abord, le lien entre le vote et l'adhésion syndicale apparaît *incertain*. Il est ainsi difficile de déterminer si le vote peut être perçu comme un remède à la faiblesse des adhésions syndicales ou si, au contraire, il reste sans effet sur la syndicalisation[42]. A tout le moins, en Espagne, pays qui pourrait apparaître comme un laboratoire des évolutions du droit français, le vote ne constitue pas un rempart contre un faible taux de syndicalisation, qui avoisine les 16 %[43]. Ensuite, le droit anglais montre qu'il existe parfois une *complémentarité* entre vote et adhésion syndicale. Ainsi, même si un syndicat recueille les adhésions de la majorité des membres d'une unité de négociation donnée, le *Central Arbitration Committee* – en charge de prononcer la reconnaissance forcée d'un syndicat – est parfois convaincu que les adhérents de ce syndicat ne souhaitent pas voir leur propre syndicat

39 P. Davies et M. Freedland, *Towards a Flexible Labour Market. Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 119. Pour une mise en perspective du mécanisme de reconnaissance forcée, v. A. Bogg, *The Democratic Aspects of Trade Union Recognition*, Hart Publishing, 2009.

40 Cf. G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. Soc.*, 1988, spéc. p. 486 et s.

41 Th. Amossé, « Mythes et réalités de la syndicalisation en France », DARES, *Premières synthèses*, n° 44.2, 2004 ; Th. Amossé et M.-T. Pignoni, « La transformation du paysage syndical depuis 1945 », in DARES, *Données sociales – La société française*, 2006, p. 405.

42 Rappr. S. Nadal, « Regards sur le position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT*, n° 7-8, 2008, spéc. p. 437,

43 *Liaisons sociales Europe*, n° 251, 2010, p. IV.

reconnu pour la négociation collective. Il est alors conduit à organiser un scrutin afin de vérifier l'existence d'une telle volonté, et ce – répétons-le – alors même que la majorité des membres de l'unité de négociation peuvent être ses adhérents[44]. Tel pourrait être le cas, par exemple, si le Comité est convaincu que les salariés ont adhéré à un syndicat pour bénéficier de services autres que la négociation collective (attribution de crédits...).

Ainsi éclairées, les relations entre les syndicats et les salariés laissent néanmoins subsister des interrogations. En vérité, la volonté de privilégier le renforcement du lien entre collectivité des salariés et syndicats au moyen du vote ne se comprend pleinement que rapportée aux relations entre les syndicats et l'Etat.

B- Le vote et les relations entre les syndicats et l'Etat

Les relations des syndicats avec l'Etat doivent être replacées dans une perspective historique, dans le contexte et dans l'histoire sociale profondément singulière de chaque pays. Pour s'en tenir à une présentation à très grands traits, on peut distinguer deux pôles opposés.

En Espagne, la promotion des syndicats les plus représentatifs à partir de 1980, et surtout de la loi organique sur la liberté syndicale de 1985, a été analysée comme contribuant à rendre « gouvernable » le système social dans la période de transition démocratique[45] : la plus grande représentativité confère des prérogatives particulières à certaines organisations, qui en retour se sont engagées dans une politique de concertation bipartite ou tripartite, encore illustrée par la signature le 9 février 2010 de l'« Accord pour l'emploi et la négociation collective 2010-2012 »[46] par l'Union générale des travailleurs, les Commissions ouvrières, d'une part, et la Confédération espagnole des organisations patronales et la Confédération espagnole des petites et moyennes entreprises, de l'autre.

A l'opposé, les relations professionnelles britanniques ont été caractérisées, selon la formule devenue classique – à défaut peut-être de demeurer parfaitement exacte[47] –

44 *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, schedule A1, *préc*., sect. 22, §§ 3-4.

45 F. Valdés Dal-Ré, « Représentation et représentativité syndicales en Espagne », *Travail et Emploi*, n° 35, 1988, p. 37 ; R. Escudero, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 33-43 ; F. Navarro Nieto, *La representatividad* sindical, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, « Informes y estudios », 1993, spéc., pp. 21-61 ; J. Cruz Villalón, « La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español », *Relaciones Laborales*, n° 1, 2005, p. 13.

46 Sur cet accord, cf. F. Valdés Dal-Ré, « El acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011, 2012) », *Relaciones Laborales*, n° 5, 2010, pp. 1-12.

47 Pour une discussion sur la pertinence de l'appréciation de Otto Kahn-Freund, cf. R. Dukes, « Otto Kahn-Freund and Collective Laissez-Faire: An Edifice without a Keystone? », *Modern Law Review*, vol. 72, n° 2, 2009, pp. 220-246. V. aussi A. Bogg, *The Democratic Aspects of Trade Union Recognition*, *préc*., spéc. 1e partie.

d'Otto Kahn-Freund, par un « *collective laissez-faire* »[48]. Selon Lord Wedderburn[49], la formule décrit une législation étatique qui se borne à permettre un libre jeu des relations sociales, sans que l'Etat ne sélectionne les organisations syndicales, ni ne donne force obligatoire aux accords collectifs.

L'essor du vote dans les relations professionnelles prend ainsi tout son sens lorsqu'il est rapporté à la volonté d'associer les partenaires sociaux à l'*élaboration de la législation sociale*. Le vote peut s'analyser alors, non plus seulement comme une mesure de la qualité du lien de représentation entre syndicats et salariés, mais aussi comme un vecteur de légitimation démocratique des auteurs de la norme. Dès lors, il paraît difficile de dissocier complètement les évolutions qui affectent le vote dans les relations professionnelles en France et le choix recueilli par la loi du 31 janvier 2007 de soumettre tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement en matière sociale à une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation[50]. Bien au contraire, l'essor du vote dans les relations professionnelles doit être envisagé dans le prolongement du développement de ce qu'il est convenu d'appeler la législation négociée, et donc de la sélection des différents acteurs habilités à y prendre part.

C- Le vote et les relations entre les syndicats

Mécanisme de sélection, autant que d'habilitation, la représentativité vient nécessairement tempérer le pluralisme syndical. Lorsque la qualité requise pour négocier découle – directement ou indirectement – du vote des salariés, chaque scrutin devrait permettre, peut-on supposer, une *évolution* de la structure syndicale, au gré des résultats obtenus. Le vote suppose en effet une périodicité. De fait, en France, alors que l'attribution de la qualité représentative par l'inscription sur l'arrêté ministériel du 31 mars 1966 figeait incontestablement le paysage syndical[51], la loi du 20 août 2008 annonce des recompositions parmi les confédérations syndicales. Cette labilité du paysage syndical, que permet la périodicité des élections, est d'ailleurs non seulement facteur de renouvellement des interlocuteurs syndicaux mais aussi de *concurrence* entre eux.

Cependant, la comparaison montre que ce lien entre le vote et le caractère évolutif du paysage syndical doit être considéré avec une certaine prudence. En premier lieu, la variation des interlocuteurs syndicaux au gré de l'acquisition ou de la perte de la qualité représentative dépend étroitement – c'est l'évidence – du seuil retenu pour acquérir la représentativité : 10 % ? 15 % ? 50 % des voix ?... On conçoit bien qu'un seuil réduit

48 O. Kahn-Freund, « Labour Law », in M. Ginsberg (ed.), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, Stevens, 1959, pp. 215-263 (cité par S. Deakin and F. Wilkinson, *The law of the labour market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 200).

49 Cité par S. Deakin and F. Wilkinson, *The law of the labour market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, *op. cit.*, p. 200.

50 Art. L. 1 et s. C. trav.

51 Rappr. CE 5 nov. 2004, *UNSA*, RD publ. 2005, p. 919 note G. Tusseau.

favorise l'acquisition et le maintien de la qualité représentative ; à l'inverse, la représentativité sera d'autant plus difficilement acquise et facilement perdue qu'il est élevé. On peut, sur ce point, se demander si les effets produits par l'établissement des seuils d'audience à 10 % et à 8 % dans la loi de 2008 ont été pleinement anticipés, notamment quant à leurs effets sur le pluralisme syndical[52]. De même, il n'apparaît pas que le paysage syndical soit plus facilement renouvelé en Espagne dans les communautés autonomes où le seuil d'acquisition de la représentativité est de 15 % des élus qu'au niveau national où il est de 10 %[53].

Plus fondamentalement, la comparaison montre que le caractère plus ou moins évolutif de la structure syndicale dépend aussi, et peut être avant tout, d'un autre paramètre : la représentativité peut-elle être conférée par l'affiliation ? Si la réponse est positive, les effets du vote se trouvent directement primés par l'appartenance à une structure confédérale capable de conférer la qualité représentative à ses entités affiliées. On comprend alors que les enjeux du vote soient très différents selon que, comme en Espagne, les syndicats les plus représentatifs confèrent la représentativité aux syndicats qui leur sont affiliés ou que, comme au Royaume-Uni, il n'existe rien de tel. De même, la structuration des organisations syndicales en confédérations, ou son absence, deviennent déterminantes. De ce point de vue, en droit français, la place qui est laissée à la présomption de représentativité pendant la période transitoire mise en place par la loi du 20 août 2008 mérite d'être observée avec attention en ce qu'elle tempère nécessairement l'emprise du vote dans les relations professionnelles.

En définitive, l'analyse comparée de la place du vote dans les relations professionnelles soulève nombre de questions difficiles : elle conduit à s'interroger sur le lien entre les syndicats et les salariés, entre les syndicats et l'Etat, et entre les syndicats eux-même. Marquées par des choix différents le long de ces trois axes, les expériences étrangères dessinent chacune un visage qui leur est propre de la démocratie sociale.

52 G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, spéc. p. 716.

53 La comparaison peut toutefois être relativisée par le fait que le franchissement de ce seuil de 15 % des élus au sein de la Communauté autonome, requis pour l'acquisition de la plus grande représentativité, se double de la nécessité d'avoir obtenu au moins 1 500 représentants dans le même périmètre (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, art. 7 §1).