

## Revisiter les droits d'action collective\*

par  
Alain Supiot  
Professeur à l'Université de Nantes\*\*

Par opposition aux systèmes autoritaires ou totalitaires, la force du droit du travail des pays démocratiques a été de ne pas imposer aux hommes une vision *a priori* de leur bonheur, mais de s'appuyer au contraire sur l'action et les conflits collectifs pour en convertir l'énergie en règles nouvelles. Cette conversion de la force en droit suppose qu'un équilibre soit opéré entre d'une part l'action économique des entrepreneurs, qui ont besoin du travail des hommes pour "créer de la valeur" et d'autre part l'action collective des travailleurs qui s'unissent pour défendre leurs intérêts professionnels. Dès lors que l'action des uns se trouve fondée par le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, l'action des autres doit être garantie par un triple droit à la représentation, l'action et la négociation collective. C'est ce jeu de poids et de contrepoids entre action économique des entrepreneurs et action collective des salariés qui a constitué le véritable moteur du droit du travail et lui a permis tout à la fois de guider les transformations du monde du travail et d'être guidé par elles.

Encore faut-il que l'action collective puisse peser effectivement et efficacement. Pour qu'elle pèse effectivement, il ne suffit pas que les travailleurs puissent négocier par l'intermédiaire de leur représentants; il faut aussi qu'ils puissent faire pression sur les employeurs. Autrement dit l'action, la représentation et la négociation forment un tout indissociable et il est vain d'espérer asseoir durablement un système de relations collectives sur un droit qui ignorerait l'une ou l'autre de ces dimensions<sup>1</sup>. Et pour que cette action pèse efficacement il ne suffit pas de reconnaître aux travailleurs le droit d'être représentés, d'agir et de négocier collectivement, il faut aussi qu'ils puissent agir là où agissent les employeurs. Autrement dit les droits collectifs des travailleurs doivent pouvoir épouser les formes que les entrepreneurs impriment à l'organisation du travail.

Cette nécessité se fait à nouveau sentir avec la "globalisation" de l'économie, qui fait perdre aux moyens traditionnels d'action collective une grande part de leur efficacité. Grand observateur de ce phénomène, Manuel Castells estime que la domination

---

\* Cet article reprend et développe des idées d'abord présentées lors du Colloque "Droit et pratiques syndicales en matière de conflits collectifs du travail" organisé les 18-19 décembre 2000 à l'Université des Antilles et de la Guyane par M.Ferdinand Edimo Nana. Certaines des thèses avancées dans la deuxième partie ont également pu être discutées lors de la Conférence "France-BIT" qui s'est tenue à Annecy les 18-19 janvier 2001. Je suis grandement redevable des informations sur les nouvelles formes de conflits qui m'ont été communiquées par Maurice Quéré et Laurence Musset, du Ministère du travail, par Jean Danet président du Syndicat des avocats de France, et par Patrick Chaumette que la connaissance du droit du travail maritime place toujours aux avant-postes de l'observation des effets de la mondialisation sur les relations de travail. Qu'ils en soient ici tous et très chaleureusement remerciés.

\*\* UMR-CNRS 6028/MSH Ange Guépin

<sup>1</sup> Sur les dérives d'un droit de la négociation collective coupée d'une capacité d'action, v. M.-A.Souriac et G.Borenfreund : La négociation collective entre désillusion et illusions, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier* Paris, Dalloz, 2001, pp. 181-224.

économique repose aujourd'hui sur l'organisation de la société en réseaux<sup>2</sup> et que les seules forces qu'elle ait à craindre se trouvent dans des mouvements identitaires étrangers aux principes de cette organisation en réseaux<sup>3</sup>. Si cette hypothèse (fortement étayée) est exacte, alors il faut sans doute renoncer à l'espoir d'un nouvel ordre social international<sup>4</sup> et attendre que des catastrophes majeures, politiques, sociales ou écologiques, mettent fin au pouvoir du parti unique du libre échange<sup>5</sup> qui est actuellement en charge des institutions mondiales du commerce. Dès lors en effet qu'elle s'affranchit des lois positives des États et qu'elle croit incarner les forces impersonnelles du marché, l'action économique porte en elle tous les germes de la conception totalitaire du droit. Cette conception, ainsi que l'a si bien montré Hannah Arendt, se reconnaît à ce que, prétendant remonter à la source de l'autorité, d'où les lois positives ont reçu leur plus haute légitimité, elle entend se défaire de leur légalité mesquine et est prête à sacrifier les intérêts vitaux de quiconque à l'accomplissement des lois surhumaines qui s'imposent au genre humain<sup>6</sup>. Les principes du libre échange et de la libre entreprise sont des biens trop précieux pour être abandonnés à cette pente folle. Ils doivent être équilibrés par ce que les juristes américains appellent "the balance of economic weapons"<sup>7</sup> et les allemands "die Waffengleichheit"<sup>8</sup>. Là où les États ne sont plus en mesure d'imposer leur loi, le principe de démocratie implique, ainsi que le juge communautaire en a eu l'intuition<sup>9</sup>, que la société civile soit en mesure de peser sur le pouvoir des grandes entreprises autrement que par la voie parlementaire. Mais il ne suffit pas pour cela de brandir l'étendard du dialogue social. Il faut aussi pouvoir agir collectivement, au-delà des clivages et des objectifs hérités du monde industriel.

On peut se demander à cet égard si l'hypothèse de Manuell Castells, selon laquelle seul le repliement identitaire pourra mettre en échec les nouvelles formes de la domination économique, ne sous-estime pas les ressources nouvelles qu'offrent à l'action collective les principes mêmes de la "société en réseaux". En France, Gérard Lyon-Caen a attiré depuis plusieurs années l'attention sur l'intérêt que présentent à nouveau des actions collectives de facture préindustrielle<sup>10</sup>. A l'orée de la société industrielle, alors que les concepts de salariat et de contrat de travail ne s'étaient pas encore affirmés, l'action collective des travailleurs n'était pas conçue en termes de

---

<sup>2</sup> Cf. M.Castells *The Rise of the Network Society* Oxford, Blackwell, 1996, trad. fr. *La société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998, 613 p.

<sup>3</sup> Cf. M.Castells *End of Millenium* Oxford, Blackwell, 1998, trad. fr. *Fin de millénaire*, Paris, Fayard, 1999, p. 415. Cette thèse est développée dans le volume précédent de sa trilogie sur "l'ère de l'information": *The Power of Identity*, 1997, trad. fr. *Le pouvoir de l'identité*, Paris, Fayard, 1999, 492 p.

<sup>4</sup> v. sur ces perspectives les Actes (à paraître) des récentes rencontres France/BIT : [www.ilo.org/inst/annecy2001](http://www.ilo.org/inst/annecy2001)

<sup>5</sup> J'emprunte cette qualification très suggestive quant à la nature politique de ces institutions à Jeff Faux : Toward a Global "New Deal", communication à la conférence *Work and Social Citizenship in a Global Economy*, Univ.of Wisconsin-Madison, nov. 2000.

<sup>6</sup> H.Arendt *The Origins of Totalitarianism*, New-York, Harcourt, Brace and World, 1951, trad. fr *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, p.205 s.

<sup>7</sup> Cf. R.A.Gorman, *Basic Text on Labor Law. Unionizing and Collective Bargaining*, St. Paul, West Publishing, 1977, p.296 s.

<sup>8</sup> Cf. F.Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, t.I, p.968 s.

<sup>9</sup> Trib. des Communautés européennes, 17 juin 1998 (aff. T-135-96) CGPME, *Droit Social* 1999, 53, obs. M.-A.Moreau, v. §.89.

<sup>10</sup> G.Lyon-Caen, note ss. TGI Rouen, 25 mars 1993, *Dr.ouv.* 1993, 413.

"grève", mais de coalition<sup>11</sup>. Héritière des "cabales" de l'Ancien Régime, la coalition ne s'entendait pas seulement du refus du travail mais recouvrait toute action visant à peser collectivement sur les prix du travail : label, mise à l'index, boycott, etc. Issu de la loi Le Chapelier<sup>12</sup>, et réaffirmé dans les articles 414 et 415 du code pénal de 1810<sup>13</sup>, le délit de coalition incriminait toute forme d'action collective visant à "forcer injustement et abusivement l'abaissement des salaires" ou à "suspendre, empêcher ou enchérir les travaux"<sup>14</sup>. Et il proscrivait dans un tout indissociable l'organisation, l'action et la négociation collective de la part des employeurs comme de celle des ouvriers. L'histoire du passage de la coalition à la grève reste à faire. L'abrogation du délit de coalition en 1864 n'a pas signifié en effet la reconnaissance d'un droit de coalition, mais ouvert la voie au droit syndical en 1884, au droit des conventions collectives en 1919 et au droit de grève en 1946<sup>15</sup>. Si la grève s'est ainsi progressivement substituée à la coalition, c'est à la fois pour des raisons pratiques (c'est une arme efficace dans l'univers industriel) et juridiques (elle s'inscrit dans la relation binaire employeur/salarié instituée par le contrat de travail).

La grève était tout d'abord une arme adaptée au modèle dominant de l'entreprise industrielle, conçue comme une institution soumettant une collectivité de travailleurs au pouvoir d'un employeur sous l'égide d'une loi nationale. Institution intégrée, la grande entreprise industrielle assure la totalité d'un processus de production. Dès lors, elle est particulièrement vulnérable à l'arrêt de travail. Institution hiérarchisée, elle dépossède l'ouvrier de toute initiative dans le travail. Dès lors l'inaction concertée devient la forme normale de l'action revendicative. Avec le taylorisme et la parcellisation des tâches, les travailleurs se trouvent coupés des produits de leur travail et isolés de leurs destinataires. Dès lors leur action se tourne exclusivement vers leurs employeurs, et peut ignorer les consommateurs, les sous-traitants ou les donneurs d'ordre de l'employeur. Enfin l'entreprise industrielle est profondément ancrée dans un marché national, à la fois pour des raisons techniques (état des

---

<sup>11</sup> "Etre en grève" a d'abord eu le sens de chercher du travail (sur la place du même nom) et n'a pas acquis son sens moderne avant le milieu du XIXème : v. A.Rey (dir.) *Dictionnaire historique de la langue française*, v° Grève. C'est donc par un usage rétroactif du concept que l'on voit dans la révolte des canuts de Lyon (nov.1831) la première grande "grève" du XIXème siècle. Opposant les marchands qui dominaient le secteur textile à des petits travailleurs indépendants - maîtres-tisserands et leurs compagnons - qui leur réclamaient le respect du tarif minimum conclu avec la Chambre de commerce, il s'agissait d'une grève si l'on veut, mais d'une grève unissant des ouvriers et des petits travailleurs indépendants contre des donneurs d'ordre...

<sup>12</sup> v. Loi Le Chapelier, 14-17 juin 1791, art. 4, reproduite et commentée par F.Soubiran-Paillet in J.-P.Le Crom (dir.) *Deux siècles de droit du travail* Paris, Ed. de l'Atelier, 1998, p. 17 s. v. aussi G.Aubin et J.Bouveresse *Introduction historique au droit du travail* Paris, PUF, 1995, p.92 s. Pour une mise en perspective historique de ce texte, v. le travail monumental de S.L.Kaplan *La fin des corporations* Paris, Fayard, 2001, 740 p.

<sup>13</sup> C.pén. 1810, art. 415. (v. P.Barreau et F.Hordern : Histoire du droit du travail par les textes, *Cahiers de l'Institut régional du travail*, Univ. Aix-Marseille-II, n°8, t.I, 1999, p.33; P.Lascoumes, P.Poncela et P.Lenoël *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal* Paris, Hachette, 1989, 404 p.).

<sup>14</sup> L'art.416 du code pénal assimilait à la coalition le fait pour les ouvriers de prononcer "des amendes, des défenses, des interdictions ou toutes prescriptions sous le nom de damnations et sous quelque qualification que se puisse être, soit contre les directeurs d'ateliers et entrepreneurs d'ouvrages, soit les uns contre les autres".

<sup>15</sup> Le droit comparé apporterait d'utiles lumières à l'histoire de nos taxinomies. Ainsi le droit allemand a conservé le concept de coalition, pour désigner ce que nous appelons la liberté d'association (Koalitionsfreiheit) par opposition au droit des conflits collectifs (Arbeitskampf) et à la grève (Streike) : v. F.Gamillscheg *Kollektives Arbeitsrecht* op.préc., t.I, pp.127 s. et 910 s.; W.Däubler : Die Koalitionsfreiheit im EG-Recht, in *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau*, Köln, Verlag Otto Schmidt, 1999, pp. 489-504.

moyens de transport et de communication) et juridiques (barrières douanières). Dès lors elle dépend fortement de la législation nationale du travail (qui peut généraliser les acquis des grèves) et est vulnérable à l'action des forces syndicales nationales.

La grève prenait d'autre part facilement place dans le renouveau des catégories juridiques qui ont accompagné l'émergence de ce modèle industriel. Elle correspond en particulier à l'analyse contractuelle de la relation de travail telle qu'elle s'affirme à cette époque. Apparu au tournant du XXème siècle, le contrat de travail va progressivement devenir la forme "normale" de relation de travail<sup>16</sup>. Insérant un statut protecteur dans un contrat, il transcende la diversité des métiers et cimente l'identité professionnelle des travailleurs salariés. Caractérisé par la subordination, ce contrat ordonne tout le monde du travail autour du binôme "employeur/salarié". Il ne reconnaît aucun droit à ce dernier sur les produits de son travail qui sont la chose exclusive de l'employeur et ne participent pas de l'échange institué par le contrat<sup>17</sup>. Dès lors, la grève peut être analysée comme une inexécution concertée des obligations des salariés à l'égard de l'employeur et le droit de grève comme un droit de déroger à la force obligatoire du contrat.

Ainsi conçu, le droit de grève a joué depuis un siècle un rôle majeur dans l'édification de l'État-Providence. Sans ce droit, on peut douter que les pays industriels soient jamais parvenus à civiliser le libéralisme économique. Il a servi de "droit à la transformation du droit". Les grandes grèves conduites dans le monde industriel ont donné le jour à des droits sociaux fondamentaux, dont bon nombre ont ensuite été étendus à l'ensemble de la population (au travers de la généralisation de la sécurité sociale). Elles ont eu un coût souvent élevé, à la fois pour les grévistes et pour les entreprises, mais elles ont permis qu'advienne une répartition plus juste des fruits du travail.

Mais aujourd'hui le cadre économique et juridique dans lequel s'est affirmé le droit de grève a changé. Le modèle de la grande entreprise industrielle n'a cessé de décliner en Europe depuis 20 ans, au fur et à mesure que les entrepreneurs se sont affranchis des frontières nationales et que les États ont été en revanche soumis aux règles du commerce international. Face à ces changements, le droit de grève est une arme de moins en moins bien adaptée. Dans un pays comme la France, la crainte du chômage et la précarisation de l'emploi privent en fait nombre de travailleurs du droit de grève qui leur est garanti en droit par la Constitution. Du coup, le droit de grève devient l'apanage des agents du secteur public, dont le statut protecteur se fonde pourtant sur le principe de continuité du service public. Le résultat de cette situation est de saper à la fois la *légitimité* du droit de grève et celle du statut de la fonction publique. Il est aussi d'affranchir le pouvoir de décision économique dans l'entreprise privée de tout contrepoids. Plus généralement une grande *inégalité* s'est installée face au droit de grève, dont sont privés ceux qui en auraient le plus besoin. Enfin c'est d'*inefficacité*

---

<sup>16</sup> Sur les rapports entre le contrat de travail et les catégories antérieures du code civil (louage d'ouvrage et louage d'entreprise) v. M.-L. Morin : Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise, in *Le travail en perspectives* (ouv.coll.) Paris, LGDJ, 1998, pp.125-144.

<sup>17</sup> Cette dépossession n'est pas immédiatement allée de soi pour les juristes : v. la tentative d'E.Chatelain pour analyser le contrat de travail en une vente du bien fabriqué par le travailleur (Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail *R.T.civ.* 1904, p.313 s.; et du même auteur : Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail, *R.T.civ.* 1905, p.271 s.). Mais cette thèse ne résista pas aux critiques qui lui étaient adressées, notamment par F.Gény (Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail, *R.T.civ.* 1902, p.333 s.).

que le droit de grève se trouve bien souvent frappé dans le secteur privé. Avec la dilution de l'entreprise en groupes ou en réseaux, l'employeur, au sens juridique du mot, n'est souvent plus le décideur, lequel demeure hors de portée des grévistes.

L'action collective en général et la grève en particulier ne peuvent donc plus être enfermées dans le binôme "employeurs/salariés". Déjà la reconnaissance du droit de grève dans les services publics avait ouvert la voie à des actions collectives à trois acteurs. L'État comme ses fonctionnaires sont en effet placés tous deux au service du public et l'interruption du service fait tort aux usagers et ne touche qu'indirectement l'Etat. Cette façon d'impliquer de force un tiers au conflit a été reprise à leur compte par les travailleurs indépendants. Pris souvent dans les rets des nouvelles formes d'organisation du travail<sup>18</sup>, ils recourent désormais eux aussi, pour obtenir de l'État un maintien ou une augmentation de leurs revenus, à des "grèves" faisant pression sur le grand public, soit en le privant de leurs services (médecins, avocats, etc.), soit en bloquant, sur le modèle des cheminots, les voies de circulation (routiers, agriculteurs, etc.). La ternarité est aussi à l'œuvre dans les conflits impliquant plusieurs mailles d'un réseau d'entreprise, ou encore dans les conflits visant à mobiliser l'opinion publique au travers de médias ou bien, comme on le voit dans les pays anglo-saxons, les actionnaires pour qu'ils fassent pression sur la direction de l'entreprise.

Un autre symptôme des transformations de l'action collective se trouve dans l'élargissement de ses objets. Cet élargissement peut résulter de la "procéduralisation" du droit du travail, c'est-à-dire du transfert de la loi vers la négociation collective d'un certain nombre de questions de société qui dépassent la représentativité des partenaires sociaux (par exemple l'individualisation et la flexibilisation du temps de travail, dont les incidences sont énormes sur la vie de la Cité dans son ensemble). Il peut résulter aussi du développement de mouvements sociaux qui s'organisent hors du salariat (travailleurs indépendants) ou sur ses marges (sans-papiers<sup>19</sup>, sans-emploi<sup>20</sup>, sans-logis) ou qui mêlent la défense des intérêts salariaux à celle d'intérêts sociétaux. Certains de ces conflits méritent de retenir spécialement l'attention, soit qu'ils mettent en cause, au-delà du sort des salariés, les produits ou les services rendus par l'entreprise (notamment ceux qui touchent à la sécurité des personnes et des biens, qu'il s'agisse de sécurité alimentaire, de transport, etc.), soit qu'ils usent des ressources des nouvelles technologies de la communication pour combattre les effets sociaux de la mondialisation (cf. la mobilisation contre la conférence de Seattle).

Face aux transformations profondes qui affectent l'action économique des entrepreneurs et à l'apparition corrélative de nouvelles pratiques d'action collective, il serait judicieux de revisiter les droits d'action collective, tels qu'ils se sont fixés dans le cadre de la société industrielle. Car faute de droits d'action collective réellement en prise avec les nouvelles formes d'organisation du travail, le risque est grand de voir se réaliser l'hypothèse selon laquelle les seuls contrepoids à la domination économique exercée sur les marchés internationaux se trouvent dans des mouvements identitaires repliés sur eux-mêmes et indifférents au sort des plus faibles<sup>21</sup>. Ce réexamen nécessaire du droit de l'action collective doit être conduit dans deux directions. Il doit

---

<sup>18</sup> Cf. Les nouveaux visages de la subordination *Dr.Soc.* 2000, 131.

<sup>19</sup> v.J.Siméant *La cause des sans-papiers*, Paris, Presses de science po, 1998, 503 p.

<sup>20</sup> .J.-J.Dupeyroux : Après la révolte des chômeurs, *Dr.Soc.* 1998, 252.

<sup>21</sup> Cf. Malaise dans le social *Dr.Soc.* 1996, 115.

viser tout d'abord un *aggiornamento* du droit de grève, susceptible de rendre une capacité d'action collective à tous les travailleurs qui en sont actuellement privés (I). Il doit en second lieu s'étendre au-delà de la grève, et prendre en considération les autres formes d'action collective (II).

## **I - Actualité du droit de grève**

Le droit de grève a connu le même essor que le modèle salarial auquel il se trouve lié. D'abord reconnu aux salariés du secteur privé, il a été ensuite étendu aux agents publics, et de nombreux travailleurs indépendants s'en réclament aujourd'hui pour défendre leurs intérêts professionnels. Les problèmes rencontrés diffèrent évidemment d'une catégorie l'autre.

### **A) La grève des salariés**

Formellement la grève est un droit également reconnu à tous les travailleurs salariés, qui doivent tous pouvoir y recourir pour peser sur les décisions de leurs employeurs. Mais en pratique le recours à la grève est marqué par de fortes inégalités tandis que, dans de nombreux conflits, la figure de l'employeur devient insaisissable.

#### *1) L'inégalité des salariés face à la grève*

La force du droit de grève reconnu à chaque travailleur varie selon deux paramètres. Elle dépend en premier lieu de la stabilité de son emploi : plus celui-ci est précaire, moins il peut faire grève. Conçue comme droit de suspendre le contrat de travail, la grève n'a guère de sens lorsque ce contrat a une durée très courte et que son renouvellement est suspendu au bon vouloir de l'employeur. Ainsi, le droit de grève est d'autant plus solide que l'emploi est solide, et il se vide de contenu lorsque l'emploi se vide de protections... La force du droit de grève dépend en second lieu de la position stratégique ou accessoire que le travailleur occupe dans l'organisation du travail : c'est évidemment une arme beaucoup plus efficace pour les informaticiens qui contrôlent le "système nerveux" d'une grande entreprise<sup>22</sup> que pour les agents chargés de la formation du personnel. Ces deux paramètres se conjuguent le plus souvent car les emplois stratégiques sont généralement aussi des emplois stables. Il n'y a pas de commune mesure entre le droit de grève du pilote d'Air France, qui est une arme redoutée et redoutable, et le droit de grève du balayeur de l'avion (souvent une femme ou un travailleur immigré), dernier maillon d'une chaîne de sous-traitance où règnent précarité et pressions à la baisse des salaires. Ces inégalités conduisent à se poser deux questions.

#### a) Comment donner un contenu au droit de grève des travailleurs précaires ?

Une première piste consisterait à autoriser clairement la grève de solidarité en leur faveur, c'est-à-dire à admettre, contrairement à la jurisprudence actuelle, la licéité d'une grève ayant exclusivement pour objet la défense des intérêts professionnels des

---

<sup>22</sup> On a en a eu une illustration avec la première "cybergrève" conduite par les cadres d'Elf d'avril à juillet 1999 et qui contraignit le PDG, Philippe Jaffré, à renoncer à un plan dit "Performance" visant à augmenter la valeur du titre boursier en réduisant les effectifs (v. sur ce conflit : *Les Echos* du 1er juin 1999, *L'Humanité* du 27 juillet 1999, *L'hebdo Vie ouvrière* du 14 mai 1999).

travailleurs précaires. Une second piste consisterait à admettre que la suspension pour fait de grève d'un contrat à durée déterminée entraîne le report de son terme. Les salariés intérimaires ou à durée déterminée ne sont pris aujourd'hui en considération par le droit français de la grève que comme de potentiels briseurs de grève<sup>23</sup>. Et la jurisprudence refuse de considérer que la suspension pour fait de grève d'un contrat à durée déterminée puisse entraîner la prorogation de ce contrat<sup>24</sup>. Il conviendrait d'adopter une interprétation du principe de suspension du contrat plus respectueuse du droit de grève.

b) Comment éviter "l'abus de position dominante" dans l'usage du droit de grève ?

Le problème ici est d'éviter que certains salariés n'abusent de leur position stratégique dans l'organisation du travail en bloquant le fonctionnement de toute l'entreprise pour se faire octroyer des avantages particuliers, inaccessibles aux autres salariés. La solution de ce problème existe déjà dans la jurisprudence relative à la désorganisation concertée de l'entreprise qui autorise le juge à mesurer la proportionnalité de l'atteinte à d'autres droits et libertés au regard de l'enjeu de la grève<sup>25</sup>. Il n'est donc nul besoin sur ce point de dispositions nouvelles.

## 2) *L'employeur insaisissable.*

Le droit de grève s'exerce en principe pour faire pression sur un ou plusieurs employeurs déterminés. Mais avec la dilution des entreprises dans des réseaux ou des groupes nationaux ou internationaux, nombre de travailleurs grévistes se trouvent aujourd'hui face à un employeur seulement apparent, tandis que la réalité du pouvoir de décision économique se situe on ne sait où. Cette situation est connue depuis fort longtemps en droit maritime, avec le phénomène endémique des marins abandonnés sans solde dans des ports sur des navires hors d'âge dont nul ne revendique la propriété<sup>26</sup>. Mais le droit du travail maritime n'est ici que le laboratoire des effets de l'internationalisation de l'action économique sur les relations de travail et ce type de situation se retrouve aujourd'hui dans les entreprises terrestres. C'est dans des hypothèses de ce genre qu'ont été commis durant l'année 2000 des actes de "terrorisme social" traduisant le désespoir de grévistes abandonnés à leur sort sans véritable interlocuteur. Ainsi dans l'affaire *Cellatex*, les ouvriers d'une usine textile des Ardennes, menacée de fermeture après avoir vu se succéder interminablement les repreneurs et les plans sociaux, ripostèrent en commençant de vider des cuves d'acide sulfurique dans la Meuse qui baignait pourtant leur propre commune<sup>27</sup>. Ce type d'actions, fortement médiatisées et souvent couronnées d'un relatif succès

---

<sup>23</sup> *C.trav.* art. L.122-3 et L.124-2-3 prohibant de recourir à ces salariés pour remplacer un travailleur en grève.

<sup>24</sup> Soc. 21 nov. 1984, *Bull.civ.* V, n°445. Arrêt "ancien" à l'aune de la jurisprudence sociale, mais les travailleurs précaires n'ayant guère de possibilités de faire grève, la Cour de cassation a rarement à en connaître...

<sup>25</sup> v.Ph.Waquet : La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève, *RJS* 3/95, Chr. p.139.

<sup>26</sup> v. P.Chaumette (dir.) *Navires saisis, marins abandonnés* Actes du colloque de Nantes, Paris, 1999, CCFD éditions, 178 p.

<sup>27</sup> La presse nationale a consacré à cette affaire de nombreux dossiers et entretiens avec des sociologues. V.not. *La Tribune* des 19 et 27 juil.2000; *Libération* des 14, 20 et 27 juillet 2000; *Le Figaro* des 28 août et 26 sept. 2000.

(attribution d'aides publiques), se sont répétées depuis dans des entreprises placées dans des conditions comparables<sup>28</sup>.

Comment le droit peut-il contribuer à prévenir ce basculement de la grève dans l'anomie ? Sans doute en reconstituant le face à face employeur/salariés sans lequel le droit de grève perd l'essentiel de son sens. Il conviendrait évidemment de généraliser à cet effet l'obligation de négocier avec les grévistes, laquelle ne pèse actuellement que dans les services publics pendant la durée du préavis légal<sup>29</sup>. Mais il faudrait aussi permettre d'attirer à cette négociation collective obligatoire les personnes qui contrôlent réellement l'entreprise. Pour les identifier on pourrait se référer aux nombreuses dispositions qui permettent de s'affranchir en droit du travail des catégories du droit des affaires pour activer la responsabilité de ceux qui décident réellement de l'organisation du travail (représentation dans des groupes d'entreprises<sup>30</sup>; consultation du comité sur "l'organisation économique ou juridique de l'entreprise"<sup>31</sup>; sécurité en cas de sous-traitance ou de coactivité<sup>32</sup>, etc.). Le problème, en cas de grève comme en matière de sécurité ou de représentation collective, est bien en effet de lutter contre l'irresponsabilité sociale du décideur économique, ce qui doit conduire à écarter les montages juridiques qui le dissimulent. A cet effet il faudra bien finir par doter la grève internationale d'une véritable base juridique qui lui permette d'échapper au dépeçage dont elle fait l'objet en droit international privé<sup>33</sup>. La carence du droit communautaire est ici particulièrement criante, qui ouvre aux entreprises un espace normatif international mais ferme cet espace aux grévistes en les enfermant dans la cage des droits nationaux<sup>34</sup>.

## **B) La grève des agents publics**

La reconnaissance du droit de grève dans le secteur public a été en France le fait du juge<sup>35</sup>, et le législateur a attendu plus de 30 ans pour reprendre cette reconnaissance

<sup>28</sup> Conflits Bertrand Faure (menaces d'incendier les machines), Adelshoffen (menaces d'explosion des citernes de gaz), Forgeval, Elyo, Dakkia, etc. v. *Le Monde* des 5 et 10 août 2000; *Les Echos* du 26 juillet et du 3 août 2000; *L'Humanité* du 3 août 2000; *L'Hebdo/Vie Ouvrière* du 1er sept.2000,

<sup>29</sup> *C.trav.* art. L.521-3. Il faut signaler aussi la tendance de certains juges du fond à subordonner l'expulsion des grévistes occupant l'entreprise à l'ouverture d'une négociation : v. M.Choizez : La grève avec occupation devant le juge des référés *Dr.Soc.* 1975, 367; J.Savatier : L'occupation des lieux de travail *Dr.Soc.* 1988, 655; A.Jeammaud et M.Le Friant : La grève, le juge et la négociation *Dr.Soc.* 1990, 167; H.Sinay et J.-C. Javillier *La grève* Paris, Dalloz, 2ème éd. 1984, n° 162 s. p.237 s.; J.-E.Ray *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève* Th. Paris, Librairies techniques, 1985, n°282 s. p.308 s.

<sup>30</sup> *C.trav.* art. L. 439-1 et L.439-6 et Dir.eur. 94/45 du 22 sept.1994, art.3

<sup>31</sup> *C.trav.* art. L.432-1, al. 3

<sup>32</sup> *C.trav.* art. L.235-3 s. et Dir. eur. 92-57 du 24 juin 1992 (Chantiers temporaires et mobiles).

<sup>33</sup> Vsur ce problème l'article de J.-P.Laborde dans ce numéro; A.Lyon-Caen : La grève en droit international privé *Rev.crit.D.I.P.* 1977, p.271.

<sup>34</sup> Le droit d'association et le droit de grève sont explicitement exclus des compétences communautaires par l'art.137 (ex.118) , §.6 du Traité CE. Sur le rôle clé que devrait jouer l'Union européenne et l'ALENA dans l'adaptation du droit du travail à la nouvelle donne économique internationale, v. M.-A.Moreau et G.Trudeau : "Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional" *Journal de dr.internat.* 2000, n°4, pp.915-948.

<sup>35</sup> D'abord du juge administratif (Cons. d'Ét. 7 juil.1950, Dehaene, *Rec.* p.426, *RD publ.* 1950, 961, concl.Gazier, note M.Waline), puis du juge constitutionnel (C.consti., 25 juil. 1979, n°79-105 DC, *Rec.* p.33; 22 juin 1980, n°80-117 DC, *Rec.* p.46; 22 oct. 1982, n°82-144, *Rec.* p.61; v.B.Genevois : La

à son compte<sup>36</sup>. On présente souvent cette reconnaissance comme une simple extension au secteur public du droit de grève reconnu aux salariés. Mais elle a en réalité introduit une nouvelle conception de la grève, bien différente de celle du droit du travail. Car le droit de grève du fonctionnaire, dont la situation juridique est statutaire, ne peut s'inscrire dans le cadre binaire d'une analyse contractuelle. Il ne s'agit pas du droit de ne pas exécuter un contrat, mais du droit de ne pas exécuter ses obligations à l'égard des usagers. Le destinataire du service rendu par le fonctionnaire est en effet le public, et non pas son supérieur hiérarchique qui se trouve lui aussi au service du public. Autrement dit la reconnaissance de la grève dans la fonction publique a réintroduit la considération des tiers destinataires du travail, qui se trouvait évincée par le concept de contrat de travail. C'est la raison pour laquelle cette reconnaissance n'est ni entière<sup>37</sup>, ni universelle<sup>38</sup>, et qu'elle s'accompagne du droit pour le Gouvernement d'y apporter, sous le contrôle du juge, les limitations nécessaires au bon fonctionnement des services publics<sup>39</sup>. Fruit de la transposition du droit de grève aux fonctionnaires, cette conception ternaire de la grève a affecté en retour le droit du travail lui-même avec la loi du 31 juillet 1963 relative aux modalités de la grève dans les services publics. Les dispositions de cette loi s'appliquent on le sait, au-delà des seuls agents publics, à tous les travailleurs employés dans "des entreprises, des organismes ou des établissements publics ou privés (...) chargés de la gestion d'un service public"<sup>40</sup>. Or le nombre de ces travailleurs du privé affectés à une mission de service public ne peut qu'enfler avec la vague des privatisations.

Les fonctionnaires et les salariés des entreprises publiques à statut forment aujourd'hui les gros bataillons des grévistes<sup>41</sup>. Une telle situation ne peut que saper la légitimité du statut de la fonction publique, puisque ce sont en principe les contraintes de la continuité du service qui justifient la stabilité de l'emploi<sup>42</sup>. Elle sape aussi la légitimité du service public, dès lors que dans de nombreux secteurs (transports, poste, médias) ce sont aujourd'hui les entreprises privées qui assurent cette continuité durant les grèves du secteur public. Tout ceci devrait conduire à rechercher d'autres solutions au problème - si bien formulé dans l'arrêt *Dehaene* - de la conciliation du droit de grève des agents publics avec d'autres droits à valeur constitutionnelle. Cette réflexion pourrait être conduite dans deux directions :

---

jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics, *Dr.Soc.* 1989, 796; G.Lyon-Caen : Réglementer le droit de grève ? *Dr.Soc.* 1988, 709).

<sup>36</sup> Loi n°83-634 du 13 juil. 1983, art.10 : "Les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent".

<sup>37</sup> En sont exclus certains agents assurant un service dont la continuité est indispensable à l'action gouvernementale, au maintien de l'ordre public ou à la sécurité des personnes et des biens : v. liste exhaustive in *Rép.trav.* Dalloz, t.IV, v° "Grève dans les services publics" par Ph.Terneyre, n° 120 s.

<sup>38</sup> Plusieurs pays démocratiques ne reconnaissent pas le droit de grève aux fonctionnaires ou bien l'enferment dans d'étroites limites : v. H.Sinay et J.-C.Javillier, *La grève, op. préc.* n°81 s., p.138 s.

<sup>39</sup> Cf. Cons. d'Ét. 7 juil.1950, *Dehaene, préc.*

<sup>40</sup> *C.trav.* art. L.521-2 et suiv.

<sup>41</sup> En 1995 on a dénombré 784 500 journées de grève dans le secteur privé contre 5,1 millions dans le secteur public (fonction publique et entreprises publiques à statut; Cf. J.-E.Ray *Droit du travail, droit vivant* Paris, Ed. Liaisons, 9° éd. 2000, p. 405). Cette situation est l'une des manifestations de l'effet Matthieu qui sévit en matière de droit de grève : ceux qui n'ont pas de sécurité d'emploi sont aussi ceux qui n'ont pas de capacité d'action collective. D'où l'idée, avancée notamment au moment des grèves de décembre 1995, que la grève dans le secteur public s'exercerait par *procuration* des salariés du privé. Mais cette idée de *procuration* impliquerait que l'objectif de ces grèves soit la défense des droits des salariés du secteur privé ou des précaires du public, ce qui ne semble pas être l'hypothèse la plus fréquente.

<sup>42</sup> Cf.J.-L.Bodiguel, Ch.Garbar et al. *Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique* Paris, PUF, 2000, 290 p.

1°) Il faudrait tout d'abord s'interroger sur le *fondement des restrictions apportées au droit de grève dans les services publics* : ce fondement doit-il être recherché directement dans la nature du service rendu ou bien dans le statut professionnel du travailleur qui le rend ? Depuis la loi de 1963, c'est la première approche, de type fonctionnel, qui prévaut : les restrictions du droit de grève s'appliquent à tout travailleur affecté à l'exécution d'une mission de service public, nonobstant la nature - privée ou publique, stable ou précaire - de son emploi. Dès lors les travailleurs précaires (ex. les CDD de La Poste) peuvent être soumis aux mêmes sujétions que des fonctionnaires. Située sur une telle base, la réglementation du droit de grève dans les services publics est aussi illusoire qu'illégitime. Une autre approche, de type déontologique, consisterait à réactiver le lien entre la garantie de l'emploi et la continuité du service et à fonder le régime spécifique de grève sur les sujétions de service public inhérentes au statut de la fonction publique. Limiter ainsi aux seuls agents titulaires de leur emploi les restrictions du droit de grève nécessaires aux services publics aurait trois effets bénéfiques : cela rendrait aux travailleurs non titulaires leur entier droit de grève; cela rendrait au statut des titulaires sa pleine légitimité; et cela ouvrirait un champ à la négociation collective de ces restrictions, dont les modalités dépendent étroitement de la nature particulière du service rendu. Il ne faut pas toutefois se cacher les risques de cette approche déontologique, qui ne doit pas conduire à priver les agents publics de moyens d'action collective<sup>43</sup>. D'où la nécessité de s'interroger aussi sur les alternatives à l'arrêt de travail dans les services publics.

2°) La recherche d'*alternatives à l'arrêt de travail dans les services publics* n'est pas nouvelle. Les agents publics sont le plus souvent conscients de leurs responsabilités vis-à-vis des usagers et ont cherché depuis longtemps à concilier la continuité du service et l'exercice d'une pression sur l'employeur, en recourant à des formes originales d'action collective. Citons pêle-mêle les "grèves administratives" des agents hospitaliers refusant de s'acquitter de la part non médicale de leur tâche, les "grèves des effectifs" des enseignants limitant leur auditoire à 25 élèves par classe, les "grèves de la pince" des contrôleurs de trains s'abstenant de vérifier les titres de transport des voyageurs), etc. Mais pour que cet effort spontané de conciliation du droit de grève et du service public puisse prospérer il faudrait admettre que la "cessation concertée du travail"<sup>44</sup> qui caractérise la grève puisse s'entendre d'une cessation partielle. Or cet élargissement est refusé aussi bien par le juge judiciaire que par le droit administratif.

Le juge judiciaire qualifie de faute disciplinaire toute exécution du travail dans des conditions autres que celles prévues par le contrat. Ainsi dans l'affaire de la "grève de la pince", la Cour de cassation a décidé que les dispositions de l'article L.521-6 du code du travail, prévoyant que "l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail entraîne une retenue du salaire", ne pouvaient être invoquées par l'employeur. Selon cette jurisprudence, à défaut d'une interruption totale du travail, l'action collective se dissout en fautes individuelles passibles de sanctions disciplinaires et la retenue sur salaire s'analyse en sanction pécuniaire prohibée<sup>45</sup>. La

---

<sup>43</sup> v. la déclaration de la CGT : "A propos du service minimum dans les services publics" *Dr.ouvr.* 1989, p.4.

<sup>44</sup> *C.trav.* art. L.521-3.

<sup>45</sup> Soc. 16 mars 1994, *Bull. V.*, n°92, *Dr.Soc.* 1994, 524, *D.*1994, 364, note Y.Saint-Jours, *JCP* 1994, II, 22340, note F.Duquesne. V.déjà en ce sens J.Pélissier : Fautes des grévistes et sanctions patronales, *Dr.Soc.* 1988, 650.

même analyse a été appliquée récemment à une "grève" d'électriciens consistant notamment à bloquer le système de tarification sur les heures creuses (les plus économiques pour les usagers). Poursuivis en responsabilité civile, les syndicats arguaient de "l'exercice régulier du droit de grève, nonobstant l'absence de cessation concertée du travail dès lors que sont ainsi conciliés le droit de grève et la continuité du service public". Argumentation rejetée par la Cour de cassation qui, en l'absence d'arrêt collectif et concerté du travail, n'a vu dans ce mouvement "ni l'exercice normal du droit de grève, ni l'exécution d'un service minimum au cours d'une grève"<sup>46</sup>.

La position du juge administratif est plus nuancée, mais aboutit à un résultat identique. Le Conseil d'État admet en effet que des alternatives à l'arrêt de travail puissent être recherchées dans le cadre du droit de grève, mais il n'admet pas que cette recherche soit le fait des grévistes eux-mêmes. Fidèle à sa jurisprudence *Dehaene*, il décide en effet "qu'il revient aux chefs de service responsables du bon fonctionnement du service placé sous leur autorité de fixer eux-mêmes, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations à apporter au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels de la Nation"<sup>47</sup>. C'est admettre que la grève n'implique pas nécessairement un arrêt complet du travail, puisqu'un agent peut être amené à effectuer tout ou partie de sa tâche sans cesser pour autant d'être en grève. D'où la légalité d'une note de service disposant par exemple que "les agents grévistes, présents à leur poste de travail, doivent assurer les tâches de maintien de la sûreté et de la sécurité des installations (...) et seront rémunérés pendant ce travail à hauteur de 20% du salaire normalement dû pour tenir compte de ces tâches". Aux yeux du Conseil d'État, de telles dispositions "se bornent, pour l'application des règles de retenues de salaire pour fait de grève prévues à l'article L.521-6 du code du travail, à tenir compte de l'exécution partielle de leurs obligations de service par ces agents", et ne sauraient donc être analysées comme instituant des sanctions pécuniaires prohibées<sup>48</sup>. La divergence avec la jurisprudence judiciaire est ici manifeste, mais le juge administratif n'en déduit pas pour autant que la recherche d'alternatives à la grève puisse échapper au pouvoir unilatéral de l'autorité hiérarchique<sup>49</sup>.

Les agents des services publics sont ainsi enfermés dans une logique du "tout ou rien", qui condamne d'avance tout effort de leur part pour faire pression sur leur employeur sans pénaliser l'usager. On aurait tort d'en faire grief au juge. La responsabilité en incombe d'abord au législateur, dont les interventions maladroites et répétées sur la question des retenues pour fait de grève dans le secteur public n'ont pas saisi de front la question des modes alternatifs d'action collective dans les services publics<sup>50</sup>. Elle incombe aussi aux syndicats, qui se réclament du droit de

<sup>46</sup> Soc. 26 janv. 2000, *Bull. V*, n°38, *Dr.Soc.* 2000, 451, note Cristau.

<sup>47</sup> Cons.d'Ét. 25 sept. 1996, n°149284, Min. du Budget c/Mme Hémard, *Rec.* p.351.

<sup>48</sup> Cons.d'Ét. 17 mars 1997, n°123 912, Féd.nat. des syn. des industries de l'énergie électrique, *Rec.* p.90, *Dr.Soc.* 1997, 534, note J.-E.Ray.

<sup>49</sup> Cons.d'Ét. 25 sept. 1996, Min. du Budget c/Mme Hémard, préc. (Grève des agents du Trésor public mettant en péril le paiement des traitements des fonctionnaires du département; les syndicats proposent de faire effectuer cette opération par des agents grévistes. Refus du chef de service qui, approuvé par le juge, met les grévistes en demeure de reprendre le travail).

<sup>50</sup> Sur ces péripéties, v. H.Sinay et J.-C.Javillier, *op. cit.*, n°293, p.420 s.; Ph.Terneyre, *op. cit.*, n° 318 s. Parmi les occasions manquées, il faut signaler la loi du 22 juillet 1977 qui, adoptée à la suite d'une "grève des effectifs" des personnels enseignants, disposait qu'il n'y a pas de service fait, non seulement lorsque "l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service", mais aussi "lorsque

grève pour justifier des actions alternatives à l'arrêt complet du travail, mais qui saisissent ensuite le juge sur le terrain du droit disciplinaire pour faire échapper les grévistes à toute retenue de rémunération.

Seul le recours à la négociation des formes alternatives d'action collective permettrait de sortir de pareils errements. Une telle négociation empêcherait que l'autorité hiérarchique soit à la fois juge et partie dès qu'il s'agit de limiter le recours à la grève ou de décider des conséquences financières des cessations partielles du travail<sup>51</sup>. Elle obligerait en retour les syndicats à assumer clairement les responsabilités inhérentes au service de l'intérêt général, et conforterait par là même la légitimité des statuts du personnel. L'accord dit d' "alarme sociale" qui a été négociée en 1996 à la RATP est une bonne illustration des virtualités de ce type d'approche<sup>52</sup>. Les organisations syndicales y "conviennent de privilégier les formes d'appel à la grève capables de concilier la volonté des agents de manifester leur désaccord avec le souci de respecter les voyageurs et les valeurs fondamentales du service public". Une procédure d'anticipation des conflits a ainsi été instituée, qui peut être déclenchée avant toute grève ou lorsqu'une situation potentiellement conflictuelle est identifiée

On peut se demander si cette recherche d'un équilibre négocié entre droit de grève et mission de service public ne risque pas d'être empêchée par la jurisprudence judiciaire, selon laquelle "une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et seule la loi peut créer un préavis de grève s'imposant à eux"<sup>53</sup>. Sans doute, cette jurisprudence vise les travailleurs eux-mêmes et ne semble pas s'appliquer aux syndicats signataires de telles conventions<sup>54</sup>. Elle n'entraverait donc pas l'efficacité d'un aménagement conventionnel du préavis dans les services publics, où les syndicats ont le monopole de son déclenchement. Mais la question ne se limite pas au préavis de grève, et il y a des raisons de craindre que la Cour de cassation applique indistinctement sa jurisprudence aux travailleurs du public ou du privé, comme elle le fait en matière de retenues sur salaires. Ici encore la solution devrait pourtant consister à distinguer selon le statut du travailleur concerné. Autant on ne voit pas ce qui pourrait justifier un aménagement conventionnel du droit de grève des salariés relevant du seul code du travail ou des agents hors statut, autant cet aménagement, et notamment l'ouverture d'alternatives à l'arrêt total du travail, serait fondé pour les travailleurs dont le statut particulier procède de leur mission de service public.

---

l'agent, bien qu'effectuant ses heures de service, n'exécute pas tout ou partie des obligations de service telles qu'elles sont définies dans leur nature et leurs modalités par l'autorité compétente". Cette ouverture ne visait nullement à faciliter le recours à des alternatives l'arrêt de travail, mais bien au contraire à donner les mains libres à la hiérarchie pour les sanctionner financièrement.

<sup>51</sup> Il y aurait de ce point de vue des leçons à tirer de la loi italienne du 12 juin 1990, instituant une Commission de garantie de neuf membres nommés par le président de la République, Commission qui joue le rôle du Tiers dans les conflits collectifs intéressant les services publics (v. G.Giugni *Diritto sindacale* Bari, Caccuci, 1992, p. 245 s; et le commentaire détaillé de la loi par U.Romagnoli et M.V.Ballestrero *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali* Bologne, Zanichelli, 1994, 337 p.).

<sup>52</sup> Cf. le "Code de déontologie pour améliorer le dialogue social et assurer un service public de qualité", inséré dans le Protocole d'accord du 11 juin 1996 sur le droit syndical et l'amélioration du dialogue social à la RATP (*Liaisons soc.* 1996, C3, n°7495). Cet accord institue une procédure d' "alarme sociale" avant toute grève ou lorsqu'une situation potentiellement conflictuelle est identifiée. Il a permis une réduction importante des interruptions de service pour fait de grève.

<sup>53</sup> Soc. 7 juin 1995, Sté Sérroul, *B.civ.*, V, n°180, *Dr.Soc.* 1996, 37, obs. Chr.Radé, *D.* 1996, 75; Soc. 12 mars 1996, *B.civ.* V, n°88, *Dr.Soc.* 1996, 541.

<sup>54</sup> Cf. l'analyse de M.-A.Souriac dans ce numéro.

### **C) La grève des travailleurs indépendants**

La question de la grève des travailleurs indépendants est à peu près complètement ignorée des juristes français. L'un des rares auteurs à avoir très tôt perçu l'émergence d'un droit du travail non salarié refuse que l'on puisse parler de grève à leur sujet : selon lui "le droit de grève présuppose un état de subordination juridique ; le refus collectif de travail fait perdre de l'argent à l'employeur et se révèle ainsi comme un moyen efficace de pression. Rien de tel pour l'indépendant"<sup>55</sup>. Et de conclure que "la grève doit être cantonnée dans les rapports de travail subordonné"<sup>56</sup>. Cette opinion est parfaitement conforme à l'analyse traditionnelle qui voit dans la grève une inexécution licite des obligations contractuelles du travailleur salarié. Mais n'est-elle pas dépassée depuis qu'a été reconnu aux fonctionnaires un droit de grève qui ne peut s'inscrire dans une analyse contractuelle et qui n'a ni pour objet ni pour effet de "faire perdre de l'argent à l'employeur" ? Il y a longtemps en réalité que la grève a débordé le cadre du seul contrat de travail salarié, et si le droit de grève n'a encore été étendu qu'à une seule catégorie de travailleurs non salariés (les fonctionnaires), la pratique de la grève est devenue chose usuelle chez les travailleurs indépendants.

Le phénomène s'explique par les nouvelles formes d'organisation du travail qui assujettissent nombre d'entre eux aux disciplines d'un réseau de production ou de services<sup>57</sup>. C'est le cas de larges secteurs de l'économie marchande (transports, distribution) mais aussi de pans entiers des services publics, dont le fonctionnement repose sur l'activité de travailleurs indépendants (avocats, professions de santé) ou bénévoles (magistrats non professionnels)<sup>58</sup>, et *a fortiori* du monde agricole, qui combine réseaux privés d'intégration agro-alimentaire et systèmes de subventions publiques. Un travail sociologique serait bienvenu pour étudier l'inexorable montée en puissance des grèves de travailleurs indépendants depuis une quinzaine d'années. A s'en tenir au seul automne 2000 c'est ce type de grèves, et non celles des salariés qui ont occupé le devant de la scène sociale.

En septembre la France, et plus sporadiquement d'autres pays européens, ont vu leurs voies de circulation bloquées par une grève d'entrepreneurs de transport routier, dont les revenus se trouvaient fortement affectés par la hausse des prix du pétrole et qui réclamaient par conséquent une baisse corrélative des taxes des carburants. Face à la paralysie progressive du pays, le Gouvernement a finalement cédé à l'essentiel des revendications des transporteurs. Un accord de fin de conflit a été signé entre le ministre du transport et les syndicats patronaux<sup>59</sup>, prévoyant un régime fiscal propre au "carburant professionnel" tout en proclamant que "les coûts réels du gazole pour la profession doivent être intégrés dans les prix des marchés". A cette fin, un décret était annoncé prévoyant que les contrats entre donneurs d'ordre et transporteurs routiers comporteront la révision du prix du transport en fonction des

---

<sup>55</sup> Cf. G. Lyon-Caen *Le droit du travail non salarié* Paris, Sirey, 1990, n°149, p. 139.

<sup>56</sup> *op.cit.*, *loc.cit.*

<sup>57</sup> Cf. Les nouveaux visages de la subordination *Dr.Soc.* 2000, 131

<sup>58</sup> La grève des juges consulaires contre la réforme des tribunaux de commerce a réussi par deux fois à faire plier l'État (v. sur l'issue du dernier conflit *Le Monde* du 29 mars 2001, p. 9)

<sup>59</sup> Intitulé "Relevé de conclusion à l'issue des négociations entre les Fédérations de transporteurs routiers et le Ministre des Transports", cet accord à la nature juridique incertaine n'a pas eu d'autre publicité légale qu'un communiqué de presse. Je remercie les fédérations de transporteurs de m'avoir communiqué le texte de cet accord, dont les services compétents du ministère des transports m'avaient dit n'avoir pas gardé mémoire.

évolutions du coût du pétrole. Cette réforme s'inscrira dans la tendance plus large à faire pénétrer dans des contrats commerciaux un impératif de stabilité du revenu professionnel qui était auparavant le propre des contrats de travail<sup>60</sup>.

En novembre ce sont les avocats qui se sont mis en grève pour obtenir du Gouvernement une augmentation de la rémunération de leurs missions d'aide juridictionnelle<sup>61</sup>. Leurs syndicats revendiquaient notamment que, dans le respect du principe du libre choix de sa défense par le justiciable bénéficiaire de l'aide, cette rémunération soit calculée sur la base d'un temps standard par type de procédure et selon un tarif horaire qui prenne en compte "les charges de cabinets et une rémunération de l'avocat assurant à cette profession un recrutement à la hauteur de ses missions"<sup>62</sup>. Relayée par les barreaux, cette grève fortement suivie a abouti à un "protocole d'accord" signé le 18 décembre par la Garde des Sceaux et neuf organisations professionnelles représentant les avocats<sup>63</sup>.

Fin décembre, ce sont les professionnels libéraux de santé qui ont été appelés à une semaine "santé morte" (sic) pour s'opposer à la "maîtrise comptable" des dépenses de santé et à toute limitation de leurs revenus. Parallèlement à ce mouvement, organisé par le Centre national des professions de santé et de nombreux syndicats catégoriels, le Syndicat national des gynécologues et obstétriciens de France (Syngof) lança un appel illimité à la "grève des accouchements" à partir du 23 décembre 2000<sup>64</sup>. Ces mouvements dont il est difficile de mesurer l'impact, car ils coïncidaient avec les vacances d'hiver de nombreux praticiens<sup>65</sup>, ont été vivement contestés par d'autres syndicats de médecins, notamment ceux des médecins des hôpitaux et des médecins généralistes, qui n'hésitèrent pas à parler de "grève honteuse"<sup>66</sup> et de "mot d'ordre indigne"<sup>67</sup>.

Ces quelques exemples suffisent à donner une idée d'un phénomène, aujourd'hui bien ancré dans le paysage social français : celui de grèves de travailleurs indépendants. Elles reproduisent le modèle des grèves dans le secteur public puisque faute d'employeur à qui faire perdre de l'argent les travailleurs indépendants se tournent vers l'État pour en obtenir. Cette similitude porte à la fois sur les revendications (la

---

<sup>60</sup> Com. 3 nov. 1992, Huard, *Bull. civ.* IV, n°338, JCP 1993, éd.G, II, 22164, note G.Virassamy, *RTD civ.* 1993, 124, obs.J.Mestre; Com. 24 nov. 1998, Danone, *Bull.civ.* IV, n°277, *RTD civ.* 1999, 98, obs. J.Mestre; V. M.Fabre-Magnan : L'obligation de motivation en droit des contrats, in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp.301-330.

<sup>61</sup> Concentrée dans le domaine du pénal et du divorce, l'aide juridictionnelle représente seulement 20% des dossiers au barreau de Paris (qui regroupe plus du tiers des avocats français) contre 80% dans certains barreaux de banlieue ou de province. C'est de ces derniers qu'est partie la grève, suivie plus tardivement et plus mollement à Paris.

<sup>62</sup> *Pour une réforme cohérente de l'aide juridictionnelle* Motion du Syndicat des avocats de France, Congrès de Pontoise, novembre 2000.

<sup>63</sup> Ce protocole stipule une revalorisation du barème des procédures, selon un calendrier et un barème figurant sur un tableau annexé, qui distingue 15 types d'actes, tarifés de 4 (procédures devant le juge de l'exécution) à 36 (divorce pour faute ou prud'homme avec départage).

<sup>64</sup> On notera la force symbolique de la date ainsi choisie !

<sup>65</sup> La grève prit fin le 3 janvier 2001.

<sup>66</sup> "Ce n'est pas par une surenchère de conflits sociaux et de grèves honteuses pour le corps médical que nous trouverons des solutions" (Dr.Pelloux, président de l'Association des médecins urgentistes hospitaliers de France, cité par *Le Quotidien du médecin* n°6829 du 8 janv.2001).

<sup>67</sup> Leur principal syndicat tint "à préciser avec la plus grande fermeté (...) qu'il n'a jamais et ne donnera pas de mot d'ordre de grève des soins y compris des urgences, mot d'ordre indigne pour des professionnels dont la finalité est de soigner des malades" (Communiqué M.G.France du 22 décembre 2000).

défense d'un statut professionnel et d'un niveau de revenu), sur les enjeux déontologiques et les méthodes (la pression exercée sur les usagers d'un service public : réseau routier, système de soins, tribunaux) et sur la cible ultime de la grève qui est toujours l'État, à la fois dénoncé et sollicité<sup>68</sup>.

Les travailleurs indépendants font donc grève. Mais ont-ils le droit de grève ? Le seul arrêt récent de la Cour de cassation à avoir abordé cette question est d'interprétation délicate. Il s'agissait de qualifier l'action collective de médecins qui avaient, non pas cessé le travail, mais refusé de payer leur cotisation à l'Ordre des médecins, dont ils contestaient les orientations. Les juges du fond avaient estimé que le droit de grève étant une liberté individuelle garantie par la Constitution, il convenait de s'écarter de la définition qu'en donne le code du travail, et d'admettre qu'en l'absence d'autre moyen, les médecins puissent recourir au refus de paiement des cotisations à l'Ordre pour faire aboutir leurs revendications. C'est au contraire après avoir visé les dispositions du code du travail que la Cour de cassation décida que, faute de cessation concertée du travail, il ne pouvait s'agir d'une grève<sup>69</sup>. Cet arrêt évite donc de se prononcer sur la reconnaissance du droit de grève des médecins libéraux, en se contentant de dénier l'existence même d'une grève, faute d'arrêt de travail. On retrouve ici la logique du "tout ou rien" objectée par la jurisprudence aux agents publics en quête d'alternatives à l'interruption totale du service public : toute tentative de ce genre est impitoyablement ramenée sur le terrain disciplinaire.

Sauf à considérer qu'elle entre dans le champ d'application de la liberté constitutionnelle de grève, la cessation collective et concertée du travail des indépendants constitue nécessairement une faute civile dès lors qu'elle les conduit à ne pas exécuter leurs obligations contractuelles. Pour le reste ces grèves sont susceptibles de relever aujourd'hui de qualifications différentes selon les professions. Concernant le secteur industriel et commercial, on pourrait aussi songer à y voir un refus de vente ou de prestation de services<sup>70</sup>. Concernant les professions libérales, on peut s'interroger sur la compatibilité de la grève avec les règles déontologiques<sup>71</sup> (mais les ordres professionnels en sont souvent les organisateurs ou les relais...) et le

---

<sup>68</sup> On pourrait appliquer à ces grèves ce que Pierre Legendre dit de la loi de 1982 sur la décentralisation lorsqu'il évoque "l'immémoriale rhétorique gallicane des luttes contre l'ennemi commun mais aussi l'allié de tous : l'État" (P.Legendre *Trésor historique de l'État en France* 2<sup>e</sup> éd. Paris, Fayard, 1992, p.15). L'indépendance professionnelle semble chez nous inconcevable sans le soutien de l'État.

<sup>69</sup> Civ.1, 15 janv. 1991, *Bull. civ.* V, n°19, *D.* 1992, Somm., 297, obs. A.Lyon-Caen.

<sup>70</sup> *C.conso.*, art. L 122-1 : "Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime...". Cette infraction ne couvre plus les relations entre professionnels et ne pourrait donc s'appliquer à des conflits internes à un réseau d'entreprises; dans les rapports avec les consommateurs, la réserve du "motif légitime" laisserait au juge une marge d'appréciation en cas d'action collective et concertée fondée sur des revendications professionnelles.

<sup>71</sup> Le *Code de déontologie médicale* impose d'assurer les urgences et la continuité des soins : "Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui prêter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires" (art.9); "En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances de son malade, l'assister moralement..." (art.37); "Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins" (art.47). Sur la déontologie des barreaux, v.J.Hamelin et A.Damien *Les règles de la profession d'avocat* Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd. 1995.

refus de travail pourrait même en certains cas extrêmes constituer une infraction pénale<sup>72</sup>.

Des dispositions spécifiques seraient les bienvenues pour encadrer ce type de grève. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne y invite en tout cas, dont l'article 28 dispose : "les employeurs ou leurs organisations (...), ont, conformément au droit communautaire et aux législations ou pratiques nationales, le droit (...) de recourir en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève". Sur cette base, on peut songer à reconnaître un droit d'action collective à tous les travailleurs indépendants en situation de "parasubordination"<sup>73</sup>. L'encadrement de ce droit pose des problèmes très voisins de ceux rencontrés dans les services publics<sup>74</sup>. Il s'agit de concilier une réelle capacité d'action collective des travailleurs concernés avec les principes d'ordre public, de continuité du service public, de sécurité des personnes et des biens, etc<sup>75</sup>. Le texte de la Charte suggère aussi que le droit de grève n'est que l'une des formes d'un droit plus large "de recourir en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives". Autrement dit il nous invite à envisager l'action collective au-delà du seul droit de grève

## **II - L'action collective au-delà de la grève**

Le droit de grève demeure pour l'essentiel indexé sur le monde industriel qui l'a vu naître et il ne permet pas de faire face aux nouvelles formes d'exploitation de la "ressource humaine". Dès lors l'équilibre des forces entre l'action économique des entreprises et l'action collective des travailleurs se trouve rompu au détriment de cette dernière. Mais il n'y a là nulle fatalité. Car si il est vrai que le contexte économique actuel fait perdre au droit de grève une partie de son efficacité (A), il rend aussi les entreprises vulnérables à de nouvelles formes d'action collective (B).

### **A) Les nouveaux cadres de l'action collective**

#### *1) De l'entreprise nationale au réseau international : les nouvelles formes de l'action économique*

Le droit de grève est une arme efficace dans un monde où l'action économique prend la forme d'entreprises enrôlant une collectivité de travail homogène sous l'égide de la loi d'un État. Mais ce modèle de la grande entreprise industrielle n'est plus celui auquel se réfèrent aujourd'hui les stratèges de l'action économique. Le fait nouveau dans la conduite des grandes entreprises n'est pas la place qu'y occupent les échanges

---

<sup>72</sup> C.pén. art. L.223-6 (non assistance à personne en péril).

<sup>73</sup> C'est la solution retenue par la Cour constitutionnelle italienne (17 juil.1975, n°222; v. G.Giugni, *op. préc.* p.223 s. et 368 s.).

<sup>74</sup> v. en ce sens la décision rendue par la Cour constitutionnelle italienne dans le cas d'une grève des avocats (27 mai 1996, n°171, reproduite in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 1996, p.464 s.).

<sup>75</sup> Un tel encadrement ne peut donc se limiter à l'actuel droit de réquisition, applicable certes aux travailleurs indépendants, mais conçu pour faire face à des situations d'une exceptionnelle gravité : v. Cons.d'Ét. 28 oct. 1949, Fédération de la boulangerie provençale, *Dr.Soc.*1950, 50; 7 févr.1953, Bouchers de Laon, *Rec.*, 3; 6 nov.1985, Min. des transports c/Cie Touraine Air, *Rec.* n°45746 (conditions d'engagement de la responsabilité de l'État lorsqu'il s'abstient de faire usage de son droit de réquisition). Cf. H.Sinay et J.-C.Javillier, *op. préc.* n°299 s., .443 s.; J.-P.Dorly *Les réquisitions personnelles* Paris, LGDJ, 1965.

internationaux, mais leur émancipation du cadre institutionnel des États. Leur modèle aujourd'hui est celui d'un système mondial dans lequel les fonctions particulières (recherche, développement, conception, ingénierie, fabrication et marketing) sont organisées selon un plan transnational<sup>76</sup>. Ainsi conçue, l'entreprise ne se réduit pas à une relation binaire employeur/salariés. Elle engage non seulement ses dirigeants et ses salariés, mais aussi les actionnaires, les fournisseurs, les sous-traitants et les clients, réels ou virtuels. D'où un double déplacement de l'entreprise - de l'institution vers le réseau<sup>77</sup> et du national vers le transnational - dont les manifestations sont bien connues : resserrement de l'activité sur le métier principal, extériorisation et précarisation d'une partie de la main d'œuvre, recours à la sous-traitance, mise en concurrence internationale des travailleurs, etc. Le sens premier du mot "entreprise" (action d'entreprendre) fait ainsi retour au détriment de son sens dérivé (l'institution de cette action).

Cette évolution a connu en France sa meilleure expression symbolique dans le changement de nom du Conseil National du *Patronat* Français (CNPF), rebaptisé en 1998 Mouvement des *Entreprises* de France (MEDEF). L'idée de patronat témoignait de l'influence durable du modèle de la filiation paternelle sur la relation de travail, puisqu'on la voit courir depuis le droit romain (où elle désignait le lien unissant l'affranchi à son ancien propriétaire, celui qui l'a fait naître à la vie civile<sup>78</sup>, jusqu'au droit contemporain. L'*affiliation* à la sécurité sociale avait déjà retiré aux employeurs cette paternité artificielle vis-à-vis de leurs employés pour la reporter sur des institutions de solidarité. Cette expulsion du modèle familial trouve aujourd'hui son aboutissement dans l'abandon de la notion de patronat. Le nouvel emblème des employeurs français, c'est l'Entreprise. Mais cette référence à l'entreprise est elle-même subordonnée, dans cette nouvelle dénomination, à l'idée de Mouvement. Or un mouvement n'a de sens que relativement à une référence qui lui est extérieure. On ne saurait exprimer plus clairement le passage de l'entreprise-institution à l'entreprise-action.

Au fur et à mesure qu'elle s'émancipe ainsi de la loi d'un État, l'action économique devient moins vulnérable aux formes traditionnelles de l'action collective des salariés. Ceux-ci peuvent bien faire grève : si il devient trop coûteux ou pas assez rentable de les faire travailler, ce travail sera transféré ailleurs et à d'autres, par une décision dont leur employeur apparent n'est souvent lui-même que l'exécuteur. Et le juge n'y trouvera rien à redire dès lors que cet employeur, présumé seul juge de ses choix

---

<sup>76</sup> Dans un livre récent, présenté par son éditeur comme la "première encyclique" du "pape du Management", Peter Drucker écrit ainsi : "Dans la multinationale traditionnelle, les données politiques et les données économiques étaient en correspondance. Le pays constituait le centre de profit ou *business unit*. Dans la transnationale d'aujourd'hui, mais aussi dans les vieilles multinationales bien obligées d'évoluer, le pays est seulement un 'centre de coûts'. Il représente une source de complication bien plus qu'une unité d'organisation, de travail, de stratégie, de production ou de quoi que ce soit d'autre" (P. Drucker *Management's Challenges for the 21st Century* New York, Harper Collins, 1999, trad. fr. *L'avenir du Management* Paris, Ed. Village Mondial, 1999, cité p.43). V. dans le même sens l'ouvrage séminal de R. Reich *The Work of Nations* New-York, A. Knopf, 1991, trad. fr. : *L'économie mondialisée* Paris, Dunod, 1993.

<sup>77</sup> v. l'article pionnier de M.-L. Morin : Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail *Travail & Emploi*, n° 60, 1994, p. 23 s; et plus généralement sur l'analyse juridique des réseaux : G. Teubner : "The Many-Headed Hydra : Networks as Higher-Order Collective Actors", in J. McCahery, S. Picciotto & C. Scott *Corporate Control and Accountability* Oxford University Press, 1993, p 41 s. (trad. fr. in G. Teubner *Droit et réflexivité* Paris, LGDJ, 1994, p.267 s.).

<sup>78</sup> Cf. P.F. Girard *Manuel de droit romain*, Paris, Rousseau, 5<sup>e</sup> éd. 1911, p.123.

économiques<sup>79</sup>, a entendu sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient<sup>80</sup>. A la recherche de ce qu'ils appellent par euphémisme un "environnement économique favorable" les entrepreneurs peuvent même domicilier leurs activités dans un État qui ne reconnaît pas de droits collectifs aux salariés, et jouir ainsi sans entrave de la liberté d'entreprendre<sup>81</sup>.

Mais cette jouissance n'est pas de tout repos, car la "globalisation" est aussi une source de vulnérabilité pour la grande entreprise. Ne vivant plus à l'abri des cadres juridiques de l'État, elle court des risques nouveaux qu'il est vital pour elle de maîtriser. La libre circulation des marchandises entraîne la disparition de ses marchés captifs. La libre circulation des capitaux l'expose aux prises de contrôle spéculatives et à la volatilité des capitaux qu'elle mobilise. La libre circulation des informations accroît ces risques en exposant l'entreprise au regard critique des consommateurs, des actionnaires et des associations de défense de l'environnement. Il y a là autant de points sensibles de l'action économique, qui sont aussi des points vulnérables à de nouvelles formes d'action collective.

## *2) Du matériel à l'immatériel et des "choses de genre" aux "corps certains" : le retour du produit dans la sphère de la relation de travail*

Dans le monde industriel<sup>82</sup> qui demeure la référence de notre droit du travail, les produits du travail sont, au sens juridique, des "biens corporels", c'est-à-dire des objets qui ont une consistance matérielle et dont la fabrication ou la manipulation requiert un effort physique de la part des hommes ou des machines. Ce sont aussi des "choses de genre"<sup>83</sup>, c'est-à-dire des produits de masse, interchangeables, dont les qualités sont indépendantes de celles des travailleurs qui les ont fabriquées et qui peuvent donc être totalement ignorés de la sphère du contrat de travail. Ces deux caractéristiques ne se retrouvent pas dans les produits typiques du monde post-industriel.

Tout d'abord le travail y porte davantage sur des signes que sur des choses<sup>84</sup>. Au fur et à mesure que le machinisme libère la main de l'Homme, son travail se transporte sur des biens incorporels, c'est-à-dire des produits qui tirent leur existence économique du droit<sup>85</sup>. Lorsque son objet est immatériel, le travail peut être effectué

---

<sup>79</sup> Ass. plén. 8 déc. 2000, *Dr.Soc.* 2001, 126, concl. Ph. de Caigny et note A.Cristau; *D.* 2001, J. 1125, note J.Pélissier.

<sup>80</sup> Soc. 5 avr. 1995 *Dr. Soc.* 1995, 482, obs. Ph. Waquet; V. G. Lyon-Caen : Sur le transfert d'emplois dans les groupes multinationaux *Dr. Soc.* 1995, 489.

<sup>81</sup> Le droit communautaire s'accommode très bien de la violation du droit de grève dans les ports européens, comme le montre une décision récente d'un juge néerlandais qui, appliquant la loi du pavillon (de complaisance) choisi par l'armateur, a ordonné l'expulsion de marins en grève et condamné le syndicat international ayant appelé à cette grève (*Arbeidsrechtbank te Antwerpen Kort Geding*, 24 avr. 1997, *Dr. eur. des transports* 1997/4, pp. 434-441).

<sup>82</sup> Cf. R.Salais et M.Storper *Les mondes de production* Paris, Ed. de l'EHESS, 1993.

<sup>83</sup> *C.civ.* art. 1246, 1291. Les "choses de genre" sont des biens qui se prêtent dans le commerce juridique à une simple appréhension quantitative et ne gardent aucune empreinte des qualités de ceux qui les ont fabriqués ou possédés, car ils se définissent seulement par leur espèce. Cf. J. Carbonnier *Droit civil* t.3 : *Les biens* Paris, PUF, 12° éd. 1988, n°20, p.88 s.; P.Jaubert : Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité, *RT civ.* 1945, pp.75-101.

<sup>84</sup> Sur cette opposition, v.M.Verret *Chevilles ouvrières* Paris, Ed. de l'Atelier, 1995, p. 111 s.

<sup>85</sup> Cf. J.Carbonnier, *op.préc.* n°18, p.83 s. En effet, tandis que la seule possession d'une chose corporelle par une personne suffit à en exclure les autres, seul le droit peut faire d'une chose incorporelle un bien

n'importe où et n'importe quand, ce qui sape les notions de temps et de lieu de travail et fragmente les collectivités de travail. D'autre part, dans le secteur des services, là où se créent les nouveaux emplois, l'activité du travailleur et le produit de cette activité sont souvent indissociables, ce qui conduit à faire pénétrer la considération du produit et du client dans la sphère des relations de travail. C'est ainsi que la Cour de cassation vient de décider par exemple que la commercialisation d'un nouveau produit d'assurance devait faire l'objet d'une consultation préalable du comité d'entreprise dès lors qu'elle était de nature à affecter le mode de rémunération du personnel<sup>86</sup>. Cette intrication du travail et de ses produits est encore plus nette dans toutes les entreprises qu'une concurrence accrue oblige sans cesse à innover, et qui doivent employer un nombre grandissant de personnes à la recherche de produits ou services nouveaux. Ce genre de tâches ne s'accommode pas en effet de la distinction taylorienne entre conception et exécution du travail. Car c'est alors dans l'exécution même du travail que sont conçus ses produits, et cette conceptualisation, au fur et à mesure qu'elle s'opère, rétroagit sur cette exécution. Le travail redevient œuvre et le salarié redevient, au sens premier du terme, ouvrier (i.e. *œuvrier*). Le contrat de travail s'apparente alors à un investissement à risque qui suppose d'établir et de maintenir un fort lien de confiance entre l'entreprise et le travailleur.

Mais c'est aussi dans les vastes secteurs où le travail continue de porter sur des choses, qu'on voit réapparaître un lien entre le produit et les travailleurs qui l'ont produit. Dans l'industrie comme dans l'agroalimentaire, les "corps certains"<sup>87</sup> font retour, au détriment des "choses de genre", avec les exigences nouvelles de sécurité, de qualité et de traçabilité des produits et le principe selon lequel "le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime"<sup>88</sup>. Un lien est ici rétabli, que le taylorisme s'était employé à couper, entre le produit et le travail dont il est issu. Car devant répondre en aval de tout dommage causé par les produits qu'il met en circulation sur le marché, le producteur doit s'assurer en amont de la qualité de l'entier processus de fabrication de ces produits, et donc de la qualité du travail de tous ceux qui ont concouru à sa réalisation. Dès lors l'idée selon laquelle le commerce des produits pourrait ne pas tenir compte de la manière dont ils sont produits, idée fortement défendue par tous les adversaires d'une "régulation" sociale internationale, apparaît tout simplement intenable<sup>89</sup>.

Ce retour du produit dans la sphère de la relation de travail ouvre des perspectives nouvelles à l'action collective. La référence à la qualité du produit ou du service peut fédérer les travailleurs au-dessus des frontières des États ou des entreprises. Elle peut

---

susceptible d'appropriation privative (Cf. M.Fabre-Magnan : *Propriété, patrimoine et lien social RT civ.* 1997, pp. 583-613, spéc. n° 17 s., p.595 s.).

<sup>86</sup> Soc. 28 nov. 2000 *R.J.S.* 2/01, n°212 .

<sup>87</sup> On appelle corps certain (*C.civ.* art. 1245, 1247), tout bien qui "est déterminé parmi tous les autres biens de l'espèce ou du genre auquel il appartient" (*J.Class. Civil*, v° "Biens. Distinctions" par D.Lefebvre, n° 40).

<sup>88</sup> *C.civ.* art. 1386-1 (résultant de la transposition de la directive européenne n°85/374 du 25 juil.1985). V. J.Calais-Auloy et F.Steinmetz *Droit de la consommation* Paris, Dalloz, 5° éd. 2000, n°286 s. A noter la pénétration en droit civil des concepts de produit (défini à l'art.1386-3) et de producteur (art.1386-6).

<sup>89</sup> V. la critique de cette distinction du point de vue du droit de l'environnement par R.Howse et D.Regan : *The Product/Process Distinction - An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy* *European Journal of international Law*, 2000, vol.11, n°2, pp.249-289.

aussi fédérer les intérêts des travailleurs avec ceux des consommateurs ou des défenseurs de l'environnement.

### 3) *Du droit des contrats au droit de la concurrence : l'élargissement des cadres juridiques de la solidarité*

Action collective et concertée, la grève exprime la solidarité d'un groupe de salariés qui cessent ensemble le travail à l'appui de revendications communes. En reconnaissant le droit de grève, la Constitution permet à cette solidarité de faire contrepoids à la subordination individuelle inhérente au contrat de travail. Autrement dit la grève est conçue en France comme une liberté publique qui s'impose au droit privé des contrats<sup>90</sup>. La liberté d'entreprendre s'exerce ainsi dans le cadre et selon les limites tracées par le droit national.

Dans les espaces normatifs transnationaux, c'est au contraire la liberté d'entreprendre qui s'impose aux États, censés incarner des solidarités locales, admissibles seulement dans la mesure où elles n'entravent pas la liberté du commerce. Dès lors la hiérarchie du public et du privé instituée au plan national s'y trouve emboîtée dans une hiérarchie de facture inverse, instituée pour les besoins du commerce. Aussi le juge communautaire n'hésite-t-il pas à écarter les qualifications de "public" ou de "privé" retenues aux échelons nationaux pour imposer l'application des règles du Marché unique. Seul lui importe le fait de savoir si cette entreprise<sup>91</sup> ou cet emploi<sup>92</sup> ont pour objet une "activité économique". La notion d'activité économique devient ainsi une catégorie dogmatique, désignant toute activité qui peut être assurée par une entité privée dans les conditions du marché, peu important qu'elle s'exerce dans le secteur privé ou dans le secteur public d'un État membre<sup>93</sup>.

Cette définition a conduit le juge communautaire à analyser la solidarité à l'œuvre dans les organismes de sécurité sociale comme une exception, d'interprétation restrictive, aux principes de libre concurrence<sup>94</sup>. Il a semblablement jugé qu'un emploi qui vise à la réinsertion du travailleur a une nature "sociale" et non pas économique et échappe donc aux principes de la libre circulation des travailleurs<sup>95</sup>. De même il voit dans les conventions collectives une restriction de la concurrence entre les entreprises signataires, et ne les fait échapper à l'interdiction des ententes économiques que dans la mesure où elles poursuivent un objectif de politique sociale<sup>96</sup>. Le même raisonnement a été mis en œuvre à propos des monopoles des entreprises de service public. Ce monopole est toléré dans la mesure où il est

---

<sup>90</sup> Cf. J. Rivero : Les libertés publiques dans l'entreprise *Dr.Soc.* 1982, 421; H. Sinay et J.-C. Javillier, *op. préc.* n°64 s., p.100 s.

<sup>91</sup> La CJCE qualifie d'entreprise "toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement" (CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, *Rec. p.* I-1979, point 21; 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a., C-244/94, *Rec. p.* I-4013, point 14; 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, point 77).

<sup>92</sup> CJCE 12 déc. 1974, aff. 36/74, Walrave, *Rec.* 1974, 1405; v. aussi les arrêts *Dona* (aff. 13/76 du 14 juil. 1976, *Rec. p.* 1333), *Unectef* (aff. 22/86 du 15 oct. 1987) *Bosman* (aff. C145-93 du 15 déc. 1995, *Rec. p.* I-4921, point 73) et *Lehtonen* (aff. C-176/96 du 13 avr. 2000, point 43).

<sup>93</sup> CJCE, 23 avril 1991, aff. n° C-41/90, Höfner et Elser, *préc.*, points 21 et 24.

<sup>94</sup> CJCE 17 fév. 1993, aff. C-159 et 160/91, Poucet et Pistre, *Rec. I*, p.664, *Droit Social* 1993, 488, note Ph. Laigre et obs. J.-J. Dupeyroux; CJCE, 16 nov. 1995 aff. C-244/94, Coreva, *Droit Social* 1996, 82, note Ph. Laigre; CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94, Garcia, *Droit Social* 1996, 707.

<sup>95</sup> CJCE, 31 mai 1989, *Betray*, *Rec.*, 1621

<sup>96</sup> CJCE, 21 déc. 1999, Albany, *préc.* points 60 et suiv.

nécessaire à "une compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables (ce qui) justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables"<sup>97</sup>.

A l'échelon transnational, toute manifestation de solidarité, qu'il s'agisse de solidarité nationale procédant du droit public ou de solidarité sociale procédant du droit du travail et de la sécurité sociale, apparaît ainsi *prima facie* comme une entorse aux règles du droit de la concurrence. Mais cette entorse est une exception licite dès lors qu'elle répond à un objectif politique ou social légitime<sup>98</sup>. Autrement dit, dès lors qu'elle poursuit un objectif social, une action collective doit échapper au champ d'application des règles de la concurrence. Ce raisonnement est celui qu'a suivi la Cour d'appel de Paris dans une affaire récente qui mettait aux prises les ouvriers du Livre parisien et une entreprise de presse qui avait "délocalisé" sa production en province pour échapper au champ d'application de la convention collective de la presse parisienne. Pour obliger l'entreprise à réintégrer le giron de cette convention, les syndicats avaient recouru à diverses actions (destructions de journaux, blocage de rotatives, séquestration, etc.), dont l'illégalité ne faisait guère de doute, et qui avaient du reste fait l'objet de poursuites pénales. Mais l'employeur visé avait aussi saisi le Conseil de la concurrence et obtenu de lui une condamnation des syndicats pour "entente"<sup>99</sup>. Cette décision a été annulée par la Cour de Paris, motif pris de ce que la prohibition des pratiques anticoncurrentielles ne s'applique qu'aux acteurs économiques exerçant une activité sur le marché, et que tel n'était pas le cas des syndicats<sup>100</sup>. Les dispositions du droit de la concurrence ne sont pas en effet applicables au syndicat agissant dans sa mission de défense des salariés, car sur le marché du travail la coalition n'est pas une faute<sup>101</sup>. On voit ici comment la notion juridique "d'acteur économique" permet de dessiner un champ d'action qui échappe au droit de la concurrence et à la compétence des Autorités économiques de marché. Cela ne veut pas dire que toute forme d'action concertée doit être jugée licite, mais que la licéité de cette forme d'action est le principe et que leur nécessaire encadrement ne pourrait être le fait que d'Autorités sociales de marché.

L'institution d'un droit commun du commerce international conduit donc à envisager les droits sociaux comme autant de dérogations nécessaires aux règles du droit de la concurrence. Elles sont nécessaires dans la mesure où elles permettent un bon fonctionnement du marché du travail. Sans sécurité sociale, on aura du mal à assurer l'entretien du "capital humain" qui se négocie sur ce marché, et sans "dialogue social" on peinera à le "réguler". C'est dans ce contexte qu'il conviendrait de réexaminer la

---

<sup>97</sup> CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, *Rec.* p. I-2533, *A.J.D.A.* 1993, 865, note F. Hamon, cité §. 17; CJCE, 23 octobre 1997, Commission/Pays-Bas, C-157/94, *Rec.* p. I-5699, point 53; CJCE, 21 déc. 1999, Albany, *préc.* points 107-108.

<sup>98</sup> Sur l'ensemble de la question, v. J.-J. Dupeyroux : Les exigences de la solidarité *Dr.Soc.* 1990, 741; G.Lyon-Caen : L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence, *Dr.ouv.* 1992, 313; A.Lyon-Caen : Droit social et droit de la concurrence in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du prof. J.Savatier*, Paris, PUF, 1992, 331.

<sup>99</sup> Ord. du 1er fév. 1986, art. 7 (codifié depuis à l'art. L.420-1 du code de commerce) prohibant "lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...". Rapp. les dispositions de l'art. 81 (ex.85) Traité CE.

<sup>100</sup> CA Paris, 29 fév.2000, *Dr.ouv.* 2000, 143, sous obs. G.Lyon-Caen. Je remercie Maître Michel Henry des précieuses informations qu'il a bien voulu me communiquer sur cette affaire.

<sup>101</sup> Cf.G.Lyon-Caen : Vieilles lunes et nouvelle lune (action syndicale et accords collectifs sous l'éclairage du droit de la concurrence) *Dr.ouv.*2000 *obs. préc.* p.145

question des droits d'action collective : non plus seulement comme droit pour les travailleurs de suspendre l'exécution de leur contrat, mais aussi comme droit pour les citoyens de peser collectivement sur le pouvoir économique.

### **B) Les nouvelles formes de l'action collective**

La grande question posée aujourd'hui au syndicalisme est celle de son adaptation à cette triple transformation des entreprises, des produits et des cadres de la solidarité. Au modèle d'un syndicalisme de masse regroupant une population salariée homogène et disciplinée, il lui faudra sans doute substituer une stratégie de coordination d'unités de représentation diversifiées placées au plus près des véritables pôles de décision patronale (non plus seulement l'entreprise et la branche, mais aussi l'international, le groupe, le réseau d'entreprise, le territoire, le métier, etc.)<sup>102</sup>. Cette évolution est nécessaire si l'on veut faire face à l'élargissement et à la fragmentation des intérêts que le syndicalisme représente : intérêts non pas seulement des travailleurs masculins qualifiés des grandes entreprises des pays développés, mais aussi des travailleurs précaires et à temps partiel, des femmes, des chômeurs, des retraités, des salariés des entreprises sous-traitantes et des pays pauvres, des semi-indépendants, etc. Elle est aussi nécessaire pour que le syndicalisme puisse faire face à l'élargissement des fonctions de la négociation collective, laquelle ne porte plus seulement sur les termes de l'échange salarial (montant des salaires et durée du travail), mais aussi sur des questions d'intérêt général, avec le développement des négociations sur l'emploi, sur l'organisation du temps de travail, sur l'évolution du droit du travail (négociation légiférante).

C'est donc l'ensemble du droit des relations collectives du travail qu'il conviendrait de reconsidérer. Négociation, représentation et action collective forment un trépied nécessaire pour asseoir le dialogue social. Il n'y a pas de négociation collective concevable sans personnes morales habilitées à représenter les intérêts en présence et dotées des moyens de peser effectivement sur les termes de la négociation. Ces trois dimensions des relations collectives sont étroitement liées les unes aux autres, et sont toutes trois affectées par la nouvelle organisation du travail dans le monde. Divers pas ont déjà été accomplis concernant, notamment, la représentation des travailleurs dans les groupes d'entreprises. De timides percées existent pour permettre à la négociation collective de s'étendre au-delà du cadre national des branches et des entreprises (groupes<sup>103</sup>, international<sup>104</sup>, territoires<sup>105</sup>). Rien n'a été fait ou presque en matière d'action collective.

Des voies existent, certes étroites, pour rétablir un équilibre des forces qui s'appuie sur la logique même de la nouvelle organisation économique. A cette fin on peut user des nouvelles libertés inhérentes à la globalisation - le libre choix du consommateur et de l'investisseur, la liberté de l'information - qui sont autant de moyens susceptibles de peser sur la politique sociale des entrepreneurs. On peut aussi prendre appui sur la distinction de l'économique et du social pour canaliser les forces du marché et les soumettre à l'autorité des institutions chargées du social. En

---

<sup>102</sup> Pour un aperçu de l'état de ce débat aux États-Unis, v. M.W.Finkin (ed.) *The Legal Future of Employee Representation* Ithaca-New-York, ILR Press, Cornell University, 1994, 265 p.

<sup>103</sup> v.M.-A.Souriac : Les accords de groupe *Dr.Soc.* 1991, 491.

<sup>104</sup> v.A.Lyon-Caen : La négociation collective dans ses dimensions internationales *Dr.Soc.* 1997, 352.

<sup>105</sup> v. M.-L.Morin : Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale *Dr.Soc.* 1999, 681.

conjuguant ces deux méthodes, il est possible de rendre une capacité d'action collective aux travailleurs dans les domaines qui sont aujourd'hui abandonnés, sans contrepoids aucun, à la seule initiative économique des entreprises. L'observation de la pratique des conflits montre que de nombreuses pistes sont déjà explorées en ce sens, dont le droit du travail devra tôt ou tard tenir compte.

### 1) *Agir sur l'information*

Déliées de leur allégeance aux États, mais privées de leurs marchés captifs, les grandes entreprises sont exposées à des risques nouveaux dans un monde ouvert aux échanges. Elles se prémunissent de ces risques en étendant leur contrôle au monde des idées et des images qui emplissent les esprits. Elles ont ainsi mis la main directement (prise de contrôle financier) ou indirectement (financement publicitaire) sur les grands médias. Elles ont aussi appris à se concilier les faveurs des hommes politiques et des intellectuels, en les convertissant en grand nombre aux valeurs de l'entreprise, voire en les achetant purement et simplement, ainsi qu'en témoignent les innombrables affaires de corruption qui empoisonnent partout la vie publique<sup>106</sup>. Ces pouvoirs aujourd'hui sans partage appellent des contre-pouvoirs, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des entreprises.

A l'intérieur des entreprises le déséquilibre s'est creusé entre les moyens d'information que leurs dirigeants tirent des nouvelles technologies de l'information (réseaux intranet), et ceux que la loi accorde aux représentants des travailleurs, qui demeurent cantonnés aux limites juridiques de l'entreprise et aux formes anciennes de communication (tracts, panneaux d'affichage)<sup>107</sup>. L'usage par les salariés des technologies de l'information en dehors du contrôle patronal a déjà donné lieu à contentieux. Il conviendrait d'admettre que partout où les employeurs recourent aux réseaux informatiques pour informer leurs salariés, les représentants des salariés puissent eux aussi utiliser ces réseaux informatiques selon des modalités à définir légalement ou conventionnellement. La logique de réseau devrait aussi prévaloir concernant l'information économique dont disposent les représentants du personnel. Des connections doivent pouvoir être établies entre les salariés des donneurs d'ordre et ceux des sous-traitants.

A l'extérieur des entreprises, il convient de donner aux travailleurs les moyens de participer à l'information du public sur la politique sociale qui y est conduite. Actuellement leur seul moyen d'accéder aux médias est d'inscrire leur action dans la logique du "social spectaculaire" et de recourir à des actions assez violentes ou inédites pour faire la Une des journaux télévisés<sup>108</sup>. Mais il faut toujours frapper plus fort les imaginations pour ne pas tomber dans un "déjà vu" qui suscitera inmanquablement l'indifférence blasée des journalistes. L'action collective est alors aspirée dans la spirale de la société du spectacle, et condamnée à une fuite en avant vers des actes de "terrorisme social", du genre de ceux qui ont marqué certains des

<sup>106</sup> Cf. Y. Mény *La corruption de la République* Paris, Fayard, 1992.

<sup>107</sup> Cf. J.-E. Ray *Le droit du travail à l'épreuve des NTIC* Paris, Ed. Liaisons, 2001, 247 p. Cette question de l'incidence d'Internet sur le droit a une portée générale, v. M.-A. Frison-Roche : Le bouleversement du droit par Internet, in J.-M. Chevalier et al. *Internet et nos fondamentaux* Paris, PUF, 2000, pp. 37-76.

<sup>108</sup> Cf. sur le traitement des questions sociales dans les médias : P. Cam et al. *Les dédales du droit social* Paris, Presses de sciences po, 1986, p.39 s.; et sur le recours à des actions médiatiques par les syndicats : G. Lyon-Caen : Le conflit du Parisien libéré et le système français de règlement des conflits du travail *Dr.soc.* 1977, 438.

conflits récents (v. supra, I, A). On ne pourra sortir de cette spirale sans donner aux travailleurs et à leurs organisations les moyens de participer à l'information du public sur la politique sociale des entreprises. De nouvelles obligations de transparence pèsent déjà sur ces dernières, qui sont pour elles le revers de l'ouverture des marchés<sup>109</sup>. Le droit de la consommation consacre et met en œuvre le droit du public à l'information pour tout ce qui concerne les produits mis sur le marché<sup>110</sup>. Cette information doit pouvoir s'étendre aux conditions sociales de fabrication des produits. La séparation radicale opérée dans le monde industriel entre le travail et ses produits ne se justifie plus en effet aujourd'hui (v. supra B). L'article XX du Gatt (1994) permet du reste à tout membre de l'Organisation Mondiale du Commerce de prendre des mesures nécessaires à l'interdiction de l'importation des "articles fabriqués dans les prisons", ainsi qu'à la "protection de la santé ou de la vie des personnes" ou à la "conservation des ressources naturelles épuisables"<sup>111</sup>. D'où la légitimité d'un système d'information permettant aux consommateurs de savoir si les produits qu'ils achètent satisfont ou non ces conditions. Indépendamment du débat sur la clause sociale dans les traités du commerce international, le principe d'un droit d'information du public sur les dimensions sociales et environnementales des produits semble aujourd'hui incontestable et incontesté.

Ce droit implique celui des organisations syndicales d'informer le public sur les conditions de fabrication des produits<sup>112</sup>. Diverses initiatives ont été prises en ce sens par des associations<sup>113</sup> ou des syndicats qui diffusent sur internet des informations sur la politique sociale des grandes entreprises, notamment dans leurs rapports avec des sous-traitants installés dans des pays en développement<sup>114</sup>. Les entreprises concernées ont réagi en se dotant de codes de conduites et de labels sociaux dont l'efficacité et la sincérité sont sujettes à caution, faute de procédures de certification fiables de leur contenu et de leur mise en œuvre, du type de celles qui existent pour les normes ISO. Aussi certains préconisent-ils la mise en place d'un marché de la certification sociale des bonnes pratiques, censé entraîner dans un cercle vertueux à la fois les certificateurs et les certifiés<sup>115</sup>. La question des labels sociaux pourrait ainsi connaître une nouvelle actualité. Le code du travail reconnaît expressément aux syndicats le droit de recourir aux marques et labels pour "certifier l'origine et les conditions de fabrication" de tout produit ou objet de commerce<sup>116</sup>. Rien n'interdit donc en l'état actuel du droit, la délivrance de labels sociaux ayant pour seul objet

<sup>109</sup> v. *La transparence*, *Rev. jurisp. com.* n° spéc., nov. 1993.

<sup>110</sup> Cf. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz *Droit de la consommation* Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. 2000, n° 49 s.

<sup>111</sup> On pourrait tirer de ces dispositions d'importants effets dans le domaine social, en prenant appui sur la notion de "protection de la santé et de la vie des personnes", qui a toujours été un principe moteur du droit du travail (Cf. "La dynamique du corps (protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale)", in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, Caccuci, 1999, t. 2, pp. 1621-1646).

<sup>112</sup> v. concernant la protection de l'environnement : Société française de droit de l'environnement *Droit du travail et droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1994, 153 p.

<sup>113</sup> V. par exemple dans le secteur de l'habillement les entreprises mises à l'index par le mouvement "Clean clothes" < [www.cleanclothes.org/](http://www.cleanclothes.org/) >.

<sup>114</sup> v. C. Sabel, D. O'Rourke & A. Fung *Ratcheting Labor Standards: Regulation for Continuous Improvement in the Global Workplace*, Contribution présentée à la conférence *Work and Social Citizenship in a Global Economy*, Univ. of Wisconsin-Madison, nov. 2000.

<sup>115</sup> C. Sabel, D. O'Rourke & A. Fung, *op. préc.*

<sup>116</sup> C. trav. art. L.413-1; v. J.-M. Verdier *Syndicats et droit syndical*, in G.H. Camerlynck (dir.) *Traité de droit du travail* Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1987, t.5, vol.1, n°187. v. aussi les dispositions organisant le recours aux labels pour garantir l'origine des produits fabriqués par les travailleurs handicapés : C. trav. art. L.323-33 et R.323-64 s.

l'information du public sur les conditions de fabrication des produits<sup>117</sup>. Mais ces labels ne sont que l'une des formes possibles d'information du public sur la face cachée des produits et services offerts sur le marché<sup>118</sup>. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication offrent aux syndicats, en liaison avec les associations de consommateurs<sup>119</sup> ou de défense de l'environnement, bien d'autres moyens d'informer le public des bonnes et des mauvaises pratiques sociales des entreprises.

Deux conditions doivent toutefois être réunies, sans lesquelles cette information n'échappera pas aux manipulations de toutes sortes. La première est l'existence à l'échelle internationale de véritables Autorités de régulation sociale, qui seraient garantes du sérieux des informations diffusées<sup>120</sup>. La seconde est de doter les syndicats des moyens financiers de l'information sociale du public. Des fonds pourraient être créés à cette fin, abondés par un pourcentage prélevé sur le budget de publicité des firmes. Sans un financement de ce genre, jamais le principe du contradictoire ne pourra jouer dans les médias, et le public demeurera soumis à la propagande unilatérale des entreprises qui dominent les marchés.

## 2) *Agir sur la demande*

La reconnaissance du droit de grève a refoulé les formes préindustrielles d'action collective, qui tablaient sur la coalition d'intérêts divers pour peser sur les entrepreneurs. La coalition fédérait autour d'objectifs communs des personnes situées dans des situations juridiques diverses à l'égard des entreprises visées (consommateurs, travailleurs, sous-traitants). Il s'agissait donc, au sens moderne, d'ententes économiques visant à entraver le jeu de la libre entreprise et de la libre concurrence. Et c'est au nom de ces libertés que de telles actions étaient partout condamnées. Ainsi, dans la célèbre affaire *Danbury Hatters*, qui portait sur l'appel au boycott d'une entreprise refusant l'implantation syndicale, la Cour suprême des États-Unis décida d'appliquer à toute forme de pression économique exercée par les syndicats les dispositions du *Sherman Act*, prohibant "every contract, combination (...) or conspiracy in restraint of trade"<sup>121</sup>. Le droit d'action collective s'est ainsi construit aux États-Unis, comme du reste au Royaume-Uni, dans un mouvement de pendule entre le juge, qui entendait soumettre l'action collective au droit de la concurrence, et le Parlement, qui intervenait pour l'en exempter<sup>122</sup>. Dans son sens premier, ce droit d'action collective a donc désigné une immunité accordée aux

<sup>117</sup> La loi prohibe seulement "tout accord ou disposition tendant à obliger l'employeur à n'embaucher ou à ne conserver à son service que les adhérents du syndicat propriétaire de la marque ou du label" (*C.trav.* art.L.413-2).

<sup>118</sup> v.TGI Rouen, 25 mars 1993, obs. G.Lyon-Caen *préc.*

<sup>119</sup> V. sur ce point D.Weiss : Consommérisme et syndicalisme *Rev.fr.aff.soc.* avr.-juin 1977, pp. 67-99 (avec une importante bibliographie)

<sup>120</sup> L'Organisation internationale du travail aurait ici à l'évidence un rôle éminent à jouer; v. F. Maupain : "L'OIT devant le défi de la Mondialisation - de la réglementation à la régulation internationale du Travail ?" in P. de Senarclens (dir.) *Maîtriser la mondialisation* Paris, Presses de Sciences Po, 2000, pp.147 s.

<sup>121</sup> *Loewe v. Lawlor (Danbury Hatters Case)*, 208, U.S. 274 (1908).

<sup>122</sup> Le Congrès réagit à l'affaire *Danbury Hatters* en adoptant le *Clayton Act* (1914) qui visait à mettre les syndicats à l'abri de la législation anti-trust, mais dont la portée fut bientôt réduite par l'interprétation restrictive qu'en fit la Cour suprême en 1921 (*Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443). D'où l'interdiction faite au juge par le Congrès (*Norris-La Guardia Act*, 1932) d'intervenir dans les conflits collectifs du travail, afin d'assurer "the balance of economic weapons" (v. R.A.Gorman, *op.cit.*, 1977, p.296 s.).

syndicats, qui dans un but légitime de protection sociale, organisent une entente économique à l'encontre d'une entreprise.

Dans le nouvel ordre économique mondial ce sens premier de l'action collective fait retour et les formes préindustrielles de luttes sociales semblent promises à une nouvelle jeunesse. L'effritement du modèle industriel, la perte d'efficacité des grèves, l'internationalisation des stratégies des firmes, tout cela conduit les travailleurs à tenter de s'assurer le soutien des consommateurs pour peser sur le talon d'Achille des grandes entreprises : la sensibilité à la demande de leurs produits. L'expression par excellence de cette alliance est le boycott. C'est une arme redoutable qui refait surface dans l'actualité sociale. Ainsi, il a suffi en novembre 2000 d'une menace de boycott pour que *Coca-Cola*, poursuivi depuis de longs mois pour discrimination raciale à l'égard de ses salariés noirs, se décide à une transaction d'un montant de 192,5 millions de dollars<sup>123</sup>. En France, la simple menace d'un boycott de ses produits a conduit Total, qui avait commencer par décliner toute responsabilité dans le naufrage de l'*Erika*, à s'engager publiquement à contribuer à la réparation des dommages entraînés par la marée noire; effet sans commune mesure avec ceux d'une éventuelle grève des marins de ce navire, recrutés sous pavillon social de complaisance et séparés du donneur d'ordres par une longue chaîne de sous-traitance. L'annonce de la fermeture de certaines usines par le groupe *Danone* a donné lieu en avril 2001 à un appel à boycott de la part des travailleurs concernés et à un vif débat entre syndicalistes partisans ou adversaires de cette forme d'action<sup>124</sup>.

Les arguments avancés pour condamner par principe le recours au boycott n'emportent pas la conviction. Ce serait selon certains une forme de lutte "anglo-saxonne", étrangère à la culture européenne<sup>125</sup>. Mais l'internationalisation des entreprises (et leur alignement sur les règles de la *corporate governance*) ne doit-elle pas aller de pair avec une internationalisation des formes d'action collective ? Le boycott risquerait de causer à l'entreprise des dommages préjudiciables à l'emploi. Mais toute action collective, à commencer par la grève, n'a-t-elle pas pour effet, si elle est efficace, de porter préjudice aux entreprises et donc de mettre ses emplois en péril face à la concurrence<sup>126</sup> ? On voit bien revanche les raisons du regain d'intérêt du boycott : susceptible de fédérer au dessus des frontières les intérêts des travailleurs, des consommateurs et des défenseurs de l'environnement, replaçant le produit du travail au centre des conflits collectifs, insensible aux stratégies de précarisation ou de délocalisation de l'emploi, le boycott est adapté aux nouvelles formes de la domination économique. On voit bien aussi les risques spécifiques de ce type d'action. Le boycott peut être une arme inefficace si il se banalise ou demeure limité à un seul pays ou à un petit cercle de militants. Ce peut être aussi une arme destructrice qui

<sup>123</sup> *Le Monde* du 18 nov. 2000

<sup>124</sup> Soutenu par la CGT, ce boycott a été condamné par la CFDT et FO; v. not. *Le Figaro* du 11 avr. 2001 et *Le Monde* des 7, 13 et 21 avr.; add. les vives réactions du PDG de Danone in *Le Figaro* du 10 avr.2001; rapp. cette déclaration particulièrement éloquente du secrétaire général de FO, Marc Blondel : "Une grève de la production, je l'arrête quand je veux, pas le boycott ! Les rapports sociaux ce sont les rapports entre les salariés et l'entreprise, entre les salariés et les pouvoirs. Un tiers, qu'on l'appelle consommateur ou usager à la SNCF, ça trouble le jeu." (*France Soir* du 14 avr.).

<sup>125</sup> Cette assertion est historiquement fautive : en Europe continentale, le boycott fut l'une des armes revendiquées par l'anarcho-syndicalisme. Mais il est vrai qu'à la différence des syndicats européens, les syndicats américains n'ont jamais cessé d'y recourir. On trouve sur le site ouèbe de l'AFL-CIO <[www.unionlabel.org/donotbuy/](http://www.unionlabel.org/donotbuy/)> une liste d'entreprises à boycotter, certaines y figurant depuis 50 ans !

<sup>126</sup> Cf. B.Teyssié *La grève* Paris, Dalloz, 1994, 131 p.

frappe injustement une entreprise sur la foi de campagnes de désinformation. Plus que la grève, il se prête à d'éventuelles manipulations, de la part notamment d'entreprises concurrentes.

La reconnaissance et l'encadrement au niveau international du droit de boycott est donc à l'ordre du jour<sup>127</sup>. Au regard des règles du libre échange, sa qualification juridique ne fait pas de doute : il s'agit, au sens de l'article 81 (ex. art.85) du traité de Rome, d'une action concertée ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Le juge français lui applique même un régime plus sévère que l'entente entre entreprises ou l'abus de position dominante, puisqu'il ne subordonne pas la condamnation à la preuve d'un effet sensible de l'appel à boycott<sup>128</sup>. Mais cette interdiction vise les entreprises et ne s'étend pas à l'action des syndicats de salariés. Les règles du droit de la concurrence ne visent en effet que "les acteurs économiques exerçant une activité sur le marché considéré" et ne s'appliquent donc pas aux syndicats, qui ne sont pas des opérateurs sur les marchés de produits<sup>129</sup>. Il faut donc admettre que le boycott participe des droits d'action collective, tels qu'ils reconnus au syndicats non seulement en droit interne<sup>130</sup>, mais aussi en droit international<sup>131</sup> et en droit européen<sup>132</sup>. Comme tout droit d'action collective, le boycott syndical se trouve enfermé dans une double limite : il doit poursuivre un objectif social légitime; et il doit s'exercer sans abus<sup>133</sup>. Au plan interne c'est le juge qui est garant du respect de ces conditions. Il a déjà eu l'occasion de les appliquer à des campagnes de boycott lancées par des associations de consommateurs. Il ressort de cette jurisprudence que l'appel au boycott doit pour être licite faire preuve de discernement, que son motif doit correspondre aux buts de l'organisme appelant au boycott, et que sa cible doit être précisément identifiée<sup>134</sup>. Au plan international, le nécessaire encadrement du boycott ne pourrait être le fait que d'une Autorité sociale de marché, qui pourrait connaître de manière préjudicielle des plaintes en infraction à la libre concurrence lorsque le défendeur excipe d'un motif social légitime. L'existence d'une telle Autorité permettrait même d'envisager, en amont du boycott, une période de préavis accompagnée d'une obligation de négocier.

### 3) *Agir sur la finance*

Dès lors que l'entreprise se présente davantage comme une action économique que comme une institution, la question des fondements du pouvoir dans l'entreprise ne

<sup>127</sup> V. sur le sujet les *Travaux de l'association H. Capitant*, t.X, Paris, Dalloz, 1959, pp.49-200; A. du Cheyron du Pavillon : Le boycottage, in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. Déruppé*, Paris, Litec, 1991, pp.135-148.

<sup>128</sup> Cass. com. 10 mars 1998, *Bull. civ.* n°95; v. J.-D. Bretzner : Le boycottage face à l' "impérialisme" du seuil de sensibilité, *D.* 2000, Chr. 441.

<sup>129</sup> CA Paris, 29 fév. 2000, *préc.*

<sup>130</sup> Cass. req. 25 janv. 1905, *D.* 1905, 1, 153, note Planiol. Cf. J.-M. Verdier *Syndicats et droit syndical*, op. préc. vol.1, n°180 s., p. 567 s.; A. du Cheyron du Pavillon *op. préc.*, p.139; le droit au boycott syndical est par exemple reconnu en droit allemand, même si il ne semble y avoir d'importance pratique que dans le domaine maritime : v. F. Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht*, op. préc. p.1053 s.

<sup>131</sup> Conv. n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, art. 3 (droit des syndicats de formuler leur programme d'action).

<sup>132</sup> Charte sociale européenne, art.6,§4; Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, art.28 *préc.*

<sup>133</sup> Cf. A. du Cheyron du Pavillon, *op. préc.* p.141 s.

<sup>134</sup> CA Paris, 13 juin 1978, *Gaz.Pal.* 1979, Som., 65 (appel au boycott de Shell après la marée noire de l'Amoco Cadiz); Cass. 14 fév. 1989, *Gaz.Pal.* 1989, I, Panorama, 74 (appel au boycott de la viande de veau); v. A. du Cheyron du Pavillon, art. *préc.* p.143;

peut manquer de resurgir. Une action ne prend sens en effet que relativement à un but, qui fonde l'autorité de celui qui a le pouvoir d'agir. Dans le modèle institutionnel de l'entreprise, le patron pouvait, à l'instar d'un *pater familias*, prétendre réunir en lui pouvoir et autorité. Mais dès lors que l'entreprise est envisagée comme action économique, et non plus comme institution, la vieille distinction de la *potestas* et de l'*auctoritas*<sup>135</sup> resurgit. C'est le sens des débats relatifs à la *corporate governance*, où l'on voit ceux qui ont la finance disputer l'autorité de ceux qui prétendent avoir la compétence<sup>136</sup>. Les grandes entreprises ont ainsi été obligées d'adopter une plus grande transparence vis-à-vis de leurs actionnaires, et de se soumettre aux exigences de la prétendue "création de valeur" (fût-ce au prix du sacrifice de leurs "ressources humaines"). Mais comme le consommateur, l'actionnaire peut être sensible aux informations relatives à la politique sociale des entreprises. Ici également des campagnes ont été lancées, notamment sur Internet, visant à favoriser des "placements éthiques"<sup>137</sup>. Le développement d'une épargne ou de fonds salariaux gérés par les représentants des salariés peut être utilisé pour faire place aux considérations sociales dans la stratégie des firmes.

En ce domaine les spécificités nationales pèsent d'un poids très lourd. C'est dans le monde anglo-saxon que ces perspectives ont suscité le plus d'intérêt. Tout un courant doctrinal anglais et américain tente de faire prévaloir une conception sociétale des intérêts qui doivent être pris en compte dans la conduite des entreprises<sup>138</sup>. À côté des intérêts des actionnaires (*shareholders*), il faudrait respecter ceux d'autres "parties prenantes" (*stakeholders*) de l'entreprise. Constatant les effets sociaux dévastateurs de stratégies uniquement fondées sur le profit dans un environnement mondial dérégulé<sup>139</sup>, cette interprétation de la *corporate governance* en retient les instruments, mais pour les mettre au service de toutes ces parties prenantes de l'entreprise (travailleurs, consommateurs, etc.). Cela signifie par exemple que les travailleurs qui ont souscrit des fonds de pension peuvent exiger que ces fonds obligent les firmes dont elles sont actionnaires à prendre en compte des impératifs sociaux et non pas seulement financiers<sup>140</sup>. De même, l'introduction de *non executive directors*, pourrait aussi bien servir à la représentation des intérêts des travailleurs ou des consommateurs que de ceux des seuls actionnaires.

<sup>135</sup> On sait qu'en droit romain "la *potestas* est la faculté d'agir et l'*auctoritas* la faculté de fonder l'action d'une autre personne" (Cf. P.Noailles *Du droit sacré au droit civil*, Paris Sirey, 1949, p. 250, et du même auteur *Fas et Jus. Études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1947, p. 223 s. spéc. p.274).

<sup>136</sup> v. la remarquable synthèse de J.Ph. Robé *L'entreprise et le droit*, Paris, PUF, 1999, p.80 s. Et pour une analyse des règles de la *corporate governance* : A.Tunc : Le gouvernement des sociétés anonymes. le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni, *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 1, pp.59-72; N.Decoopman : Du gouvernement des entreprises à la gouvernance, in *La gouvernabilité*, ouv. coll. Paris, PUF, 1996, p.105 s.; B.Brunhes : Réflexions sur la gouvernance *Dr.Soc.* 2001, 115.

<sup>137</sup> v. en France le Guide pratique *Les placements éthiques*, publié par la revue *Alternatives économiques*, n° hors série, 2ème éd. 1999, 160 p.; et en Allemagne les campagnes conduites sur le site <[www.kritischeaktionaeere.de/index.html](http://www.kritischeaktionaeere.de/index.html)>.

<sup>138</sup> v. P.Ireland : Corporate Governance, Stakeholding and the Company : Towards a Less Degenerate Capitalism ? *Journal of Law and Society*, 1996, 287; S.Deakin & A.Hughes (dir.) *Enterprise and Community : New Directions in Corporate Governance*, Cambridge, Blackwell, 1997.

<sup>139</sup> Cf. Ch. Craypo : The impact of Changing Corporate Strategies on Communities, Unions and Workers in The United States of America, in S.Deakin & A.Hughes, *op. préc.* p.10 s.

<sup>140</sup> T.Ghilarducci, J.Hawley, A.Williams : Labour's Paradoxical Interests and the Evolution of Corporate Governance, in S.Deakin & A.Hughes, *op. préc.* p. 26.

Ces idées ont du mal à pénétrer dans des pays qui, comme la France, ne sont jamais parvenus à développer véritablement un actionnariat populaire<sup>141</sup>. Elles sont difficilement compatibles avec la conception allemande de la *Mitbestimmung*, qui repose sur la parité de représentation des actionnaires et ceux des travailleurs, et risquerait d'être déstabilisée si cet équilibre était rompu<sup>142</sup>. Plus généralement l'arme financière se trouve liée au développement des fonds de pension et ne peut donc avoir un grand poids dans les pays qui demeurent attachés aux retraites par répartition.

## Conclusion

Aux termes de l'article 28 de la toute nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : "Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève". Percent ici, sous le masque assez convenu d'une déclaration de droits fondamentaux, tous les changements qui affectent les relations de travail en général et le droit de grève en particulier. Aussi le lecteur distrait, qui n'aurait rien retenu des pages qui précèdent, pourra-t-il se contenter de la glose suivante, en sept points, de cet article 28, qui figure dans le chapitre 4 de la Charte, intitulé "Solidarité" :

- a) Cette disposition figure au chapitre 4 de la Charte, intitulé "Solidarité" : les droits collectifs des travailleurs ne sont donc que l'une des dimensions du principe de solidarité, qui s'exprime aussi dans l'accès aux services d'intérêt économique général (art.36), dans la protection de l'environnement (art.37) ou celle des consommateurs (art.38); mais ils sont les seuls à faire place à l'initiative et l'action et à ne pas relever seulement de la responsabilité des pouvoirs publics;
- b) Ce principe de solidarité est aussi nécessaire à l'institution d'un espace normatif international que les principes de dignité, de liberté, d'égalité, de citoyenneté et de justice qui font l'objet des autres chapitres de la Charte;
- c) les droits d'organisation, de négociation et d'action sont les trois aspects indissociables de relations collectives équilibrées;
- d) La négociation collective ou l'action collective ne font pas l'objet d'un monopole syndical puisqu'elles sont reconnues en termes généraux "aux travailleurs et aux employeurs ou à leurs organisations respectives", tandis que la liberté syndicale est garantie par ailleurs à l'article 12 de la Charte;
- e) le droit d'action collective n'est pas limité au droit de grève, qui n'en constitue que l'une des modalités possibles;

---

<sup>141</sup> v. en dernier lieu : J.-B. de Foucault et J.-P. Balligand *L'épargne salariale au cœur du contrat social, Rapport au premier ministre* Paris, La Doc.fr., 2000, 376 p. La notion de stakeholding a eu son équivalent français avec le débat, aujourd'hui éteint, sur *l'entreprise citoyenne* (v. Centre des Jeunes Dirigeants d'Entreprise *L'entreprise citoyenne*, 1992; R. Sainsaulieu (dir.) *L'entreprise une affaire de société* Paris, Presses de la Fond. Nat. des sc. po., 1992; U. Mückenberger : *Citoyenneté et entreprise*, in G. Koubi (dir.) *De la citoyenneté* Paris, Litec, 1995, pp. 127 s.).

<sup>142</sup> L'intéressement financier y est cependant développé actuellement par de grandes firmes comme Volkswagen.

- f) le droit d'action collective, y compris la grève, n'est pas limité aux travailleurs mais reconnu également aux employeurs, dans les limites fixées par les législations nationales;
- g) enfin ces droits s'exercent "aux niveaux appropriés" ce qui, dans un espace supranational, inclut nécessairement le niveau international.