



HAL
open science

La nature ambivalente du référendum en entreprise

Sandy-David Noisette

► **To cite this version:**

Sandy-David Noisette. La nature ambivalente du référendum en entreprise. Le Village de la Justice, 2018. hal-01821481

HAL Id: hal-01821481

<https://hal.science/hal-01821481v1>

Submitted on 22 Jun 2018

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

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

La nature ambivalente du référendum en entreprise. Par Sandy-David Noisette, Docteur en droit.

vendredi 8 juin 2018

Adresse de l'article original :

<https://www.village-justice.com/articles/nature-ambivalente-referendum-entreprise,28717.html>

Reproduction interdite sans autorisation de l'auteur.

Par le moyen des dispositions de l'article L. 2232-12 du Code du travail modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, le législateur a consacré une nouvelle manière de faire vivre le droit à la participation des salariés. Il permet ainsi d'adapter, via la consultation des salariés, la norme collective aux réalités du fonctionnement démocratique et économique de l'entreprise. Pourtant, ce qui fait aujourd'hui figure d'avancée sociale ne fait pas totalement consensus. La doctrine reste à son égard très partagée.

A l'image de la vie politique où la consultation des citoyens fut une conquête laborieuse du XXe siècle, le suffrage universel d'entreprise est devenu, depuis les dernières lois sociales, un outil précieux au service de ceux qui sont en charge du gouvernement de l'entreprise. Le législateur a consacré une nouvelle manière de faire vivre le droit à la participation des salariés en leur permettant d'adapter de la norme collective au contexte d'exercice.

Ce qui fait aujourd'hui figure d'avancée sociale, renforce, dans le même temps, un phénomène démocratique qui concourt à la promotion de l'approche structurale de l'idée « d'institution » développée par le Doyen Hauriou. Les salariés portent alors une responsabilité vis-à-vis de l'entreprise mais aussi de leur propre sort. C'est pourquoi ce phénomène de démocratisation de l'entreprise semble pertinent puisque pour le Pr. Virgile Chassagnon, le concept de pouvoir, au cœur du processus de création de valeur, est par nature multidimensionnel.

Les dispositions de l'article L. 2232-12 C. trav. modifié par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 sont alléchantes. Elles semblent conjuguer avec justesse le dialogue social engagé avec les organisations syndicales représentatives aux nécessités portées par l'entreprise en tant qu'institution économique ; en effet, si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations. Pour autant, le référendum professionnel comme technique de « dialogue » social n'est pas exempt de critiques. On rappelle à ce titre l'origine du mot dialogue, formé de deux éléments : dia (entre) et logos (la parole, le discours) ; il répond donc d'une préoccupation éthique.

C'est pourquoi, le contexte dans lequel seront organisés les référenda se révélera déterminant pour forger un avis éclairé : il doit exclure toute forme de « forçage », qui aboutirait à sacrifier les intérêts des salariés sur l'autel des intérêts économiques. A défaut, il ne permettra que de valider une illusion « d'accord » d'entreprise, non réellement consenti. Pourtant, le législateur l'assimile comme tel.

Pour y voir plus clair dans l'appréciation qui peut être faite de ce dispositif, on pourra développer un certain nombre d'arguments démontrant le renforcement apparent du dialogue social (I) avant de s'interroger sur les risques que porte la consultation des salariés, dans la mesure où, approuvé, le référendum devient accord collectif par détermination de la loi (II).

I- Un referendum qui facilite le dialogue social.

La lecture des dispositions les plus récentes semble démontrer que le législateur a indiscutablement été animé par une vision pragmatique du dialogue social. Il n'aura probablement pas été insensible aux conclusions que porte France Stratégie dans son étude de 2016 : si la France doit améliorer sa compétitivité-prix, l'enjeu principal des entreprises implique surtout de renforcer la compétitivité hors prix. Depuis 2008, celle-ci se dégrade dans de nombreux secteurs et doit permettre, si elle est restaurée, de générer de forts gains de productivité. L'institution, directement rattachée au Premier ministre, met en évidence que les pratiques organisationnelles en entreprise sont au cœur des déficiences préoccupantes. En particulier, l'efficacité relèverait d'une décentralisation du processus de décision .

Il n'est pas contestable que le référendum d'entreprise participe de ce qui a valeur d'imperium. Celui-ci permet d'engager un meilleur dialogue social dans les petites entreprises A), de sécuriser des accords collectifs "imparfaits" (B) tout en contribuant à une libération du salarié (C).

a) Meilleur dialogue social dans les TPE-PME.

Jusqu'au décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 relatif aux modalités d'approbation des accords dans les très petites entreprises, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (Loi dite « loi Rebsamen ») privait les TPE-PME dépourvues d'élus du personnel ou de délégué syndical de négociier des accords d'entreprise. Seules les dispositions légales ou les accords de branche étendus s'appliquaient. Désormais leurs employeurs peuvent conclure un accord d'entreprise, directement avec leurs salariés, sans qu'un mandatement syndical ne soit nécessaire.

Concrètement, c'est un projet d'accord ou un avenant de révision qui est soumis aux salariés. Ceux-ci portent sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise. Cette consultation doit être organisée à l'issue d'un délai de quinze jours courant, à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord . Pour être valide, le projet soumis doit être approuvé à la majorité des deux tiers du personnel , ce qui semble être un seuil suffisant pour emporter la légitimité sociale. Ces mêmes règles s'appliquent s'agissant des entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés et dépourvues de membre élu au comité social et économique.

Cette nouvelle disposition, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, permet aux plus petites entreprises de bénéficier des avantages que procure la prévalence de la convention d'entreprise sur celle de branche , *in pejus* le cas échéant. Nul doute que les entrepreneurs sauront l'utiliser pour améliorer flexibilité et compétitivité-prix. Ces deux conséquences paraissent en tout cas nécessaires au regard d'une perte de vitesse des entreprises françaises dans les échanges internationaux qui requiert une amélioration de la productivité du facteur travail.

b) Sécurisation des accords collectifs « imparfaits ».

C'est probablement dans des institutions plus grosses que l'objectif de sécurisation d'accords collectifs « imparfaits » sera mis en œuvre. Désormais, si la force d'engagement majoritaire n'est pas atteinte et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés, une ou plusieurs de ces organisations peuvent indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition des dites organisations.

Les intérêts économiques en jeu inciteront l'employeur à rendre effective une disposition qui éloignera le spectre de discussions absconses. C'est alors que la consultation perdra son statut de référendum de secours . Dans les entreprises de taille plus modeste et dépourvues de délégués syndicaux, la validation d'un accord imparfait concernera aussi les accords négociés par le biais d'un mandatement syndical. Dans ces deux hypothèses,

l'accord est validé à une large majorité , puisque, approuvé à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, le nombre de votants « couverts » par la convention constitue la référence.

La mise en œuvre de cette disposition permettra, à n'en pas douter, soit de « forcer » le consensus avec les organisations syndicales représentatives, préalablement à une consultation faisant figure d'épouvantail, soit de maintenir, a minima, le dialogue social avec les organisations réformistes. L'initiative patronale en particulier viendra s'exercer dans un contexte législatif favorable ; on rappelle ici les dispositions de l'article L. 2262-13 C. trav. selon lesquelles il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent. Aux fins de développement de l'intérêt social, la présomption légale de validité de l'accord rendra alors l'employeur plus fort.

c) Contribution à la « libération » du salarié.

S'il permet de dénouer des difficultés « techniques » qui n'avaient pas encore permis à la décentralisation progressive de la norme de droit du travail de donner son plein effet, le référendum d'entreprise vient nourrir, de façon indirecte, un droit à la participation des travailleurs à valeur constitutionnelle . Il contribue dans le même temps à en étayer une définition actuellement polysémique, puisque celle-ci ne fait l'unanimité, ni en politique, ni en doctrine . Il vient enfin compléter l'œuvre de synthèse du Doyen Franck Petit, qui envisage le droit à la participation comme légitime si les travailleurs participent à l'élaboration des règles et décisions qui s'imposent à eux, et comme efficace, s'il permet de fidéliser le personnel tout en améliorant une performance qui bénéficie à l'entreprise . Inscrite dans une dimension collective, la consultation du personnel peut se percevoir comme une forme de « libération du travailleur » face au travail subordonné, puisque, selon le concept de subordination, le salarié envisagé individuellement, n'est pas censé avoir de volonté propre . Cette conclusion semble logique au regard d'une économie qui se transforme, et dont l'efficacité repose désormais sur la capacité des salariés à investir de nouveaux champs d'autonomie.

Plus particulièrement, l'objectif de responsabilisation de la collectivité de travail , couverte par les stipulations de l'accord validé ou ratifié, donne corps aux ambitions portées par le principe de participation. Le dénominateur commun pourrait être la volonté de voir rationalisés l'intérêt collectif et l'intérêt de l'entreprise, au profit d'une vision unifiée et extensive de l'intérêt social . Le partage des intérêts - par et pour - les parties constituantes bénéficie en tout cas de toutes les attentions du juge et du législateur puisque l'entreprise perçue comme « objet d'intérêt collectif » doit donner à sa « raison d'être » un rôle essentiel pour remplir l'objet social. Le référendum professionnel, dans sa pratique légale, permet alors un renforcement de l'engagement des parties au contrat, et en particulier celui des salariés, fournissant par là-même un cadre juridique aux décisions les plus importantes.

II – Un referendum qui interroge le dialogue social.

Au regard des arguments précédemment développés, il semblerait bien que l'entreprise soit un lieu propice à l'organisation de référenda. En effet, la responsabilité économique qu'elle porte n'admet pas d'envisager qu'elle devienne une agora propice à des débats interminables . La consultation des salariés permet alors de réconcilier responsabilités économiques et sociales. Pourtant, à l'analyse, le dialogue social ne pourrait être que présumé (A) alors même que le consentement des salariés ne serait qu'apparent (B). Enfin, l'assimilation d'accord collectif que permet le référendum pourrait manquer à son caractère immanent d'efficience (C).

a) Fiction de dialogue social.

Le recours au référendum dans les entreprises de moins de 50 salariés sans délégué syndical questionne. S'il peut avoir une double origine, ses conséquences sont diverses. La « votation » peut tout d'abord, résulter d'une pratique rendue nécessaire par l'absence d'accord d'entreprise négocié et conclu avec des élus inexpérimentés qui craindront de

s'engager (entreprises de 11 – ou 21 si pas d'élu – à 49 salariés). Il peut aussi être naître de la présentation d'un projet d'accord ou d'un avenant de révision par l'employeur, à ratifier par les deux tiers du personnel . Dans le premier cas, extra-légal, la consultation donne une certaine légitimité aux élus qui pourront alors signer l'accord sans appréhension. Dans le second, selon la théorie de la fiction, le projet de l'employeur ratifié lui donne valeur d'accord collectif par détermination de la loi alors même que ce « pseudo-accord » doit plutôt s'analyser comme une décision unilatérale de l'employeur sous condition suspensive .

Cette seconde hypothèse reste discutable alors même que l'ambition du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social était de renforcer le dialogue économique et social. Elle interroge tout autant dans la mesure où les salariés se déterminent sous subordination d'un employeur qui peut, dans le même temps, faire légalement pression sur les organisations syndicales dans la manière dont elles entendent défendre et exprimer les intérêts des salariés . Ce danger nourrit l'aversion pour le référendum ; en effet, certains de ses détracteurs n'acceptent pas de « donner la main, en réalité, au décideur économique ». C'est pourquoi, au regard des intérêts à long terme de l'entreprise, le référendum relève de l'hérésie. C'est ce que soutient aussi le Pr. Virgile Chassagnon qui rappelle que le dialogue social joue un rôle essentiel dans l'émergence de nouvelles règles au service de la création de richesses.

Le plus grave reste que le législateur semble méconnaître, dans une telle hypothèse, le principe constitutionnel selon lequel le droit à la participation s'exerce par l'intermédiaire des délégués, ainsi que l'article 5 de la Convention n° 135 de l'Organisation Internationale du Travail. C'est alors que la « mise à l'écart » (de fait) de la représentation syndicale questionne. Selon Madame Josépha Diringier le droit de participation des travailleurs devrait en effet, seulement et uniquement, permettre aux salariés d'exprimer et de défendre leurs intérêts face à l'employeur.

b) Forçage du consentement réel.

Nul ne peut nier aujourd'hui que notre société voit, dans de multiples domaines, éclater le collectif. La consultation individuelle des personnels est d'origine politique et son essence idéologique relève de l'individualisme démocratique. Elle participe de la désagrégation de l'insaisissable collectivité de travail en permettant l'expression d'un intérêt personnel qui passe désormais avant l'intérêt collectif. Cependant, cette apparence de pouvoir sur ses propres intérêts ne relève-t-elle pas, une fois encore, de la fiction ?

La question relève juridiquement des conséquences de la ratification d'un acte indivisible. Celui-ci peut se définir comme un contrat dans lequel des obligations sont acceptées en contrepartie d'autres obligations : il se forme alors un équilibre que certains auteurs pensent ne pas devoir briser en retirant de l'ensemble certaines d'entre elles. C'est pourquoi le projet soumis à la consultation du personnel forme un tout indivisible dont l'objet se révèle déterminant. S'il est global, les salariés peuvent être amenés à valider des stipulations qui ne leur conviennent point. On éclairera le propos en évoquant le cas de Séphora en 2015. Suite à la validation d'un accord imparfait par 92% des salariés, les syndicats opposants dénoncèrent un « mauvais accord », jugeant insuffisantes l'aide pour les frais de garde des enfants (12 euros par heure), la prise en charge des frais de taxis seulement à partir de 23h00, et surtout la majoration des heures de nuit travaillées à 100% (le minimum légal). On peut y voir le résultat de la manipulation que représente la formulation de la question soumise au vote des salariés ; celle-ci était : « Êtes-vous favorable à l'ouverture de votre magasin après 21 heures dans les conditions de l'accord de soirée signé le 16 septembre et affiché dans le magasin ? ». Il s'agissait d'un accord global, chaque question ne pouvant être considérée indépendamment des autres. Les salariés consultés peuvent être d'accord avec certaines stipulations, mais pas avec toutes. Cependant, la nécessité de se prononcer sur l'accord global, indivisible, les en empêchent.

C'est ce que dénonce M. Thibault Gajdos en mettant en évidence le paradoxe d'Ostrogorski . Il conclut son analyse en indiquant que la prudence exige donc de réserver cette procédure à des questions qui peuvent être considérées, en première approximation,

comme indépendantes de toute autre. C'est pourquoi, le référendum en entreprise portant sur un acte indivisible peut voir naître, incongrûment, un sentiment de confiance qui s'étiolle. La défiance qu'il ne manquera pas de générer sera nourrie par l'insécurité grandissante des salariés qui, in fine, résisteront à toute nouvelle initiative en ce domaine. Cette résistance ne peut que nuire aux intérêts de la firme.

c) Apparence d'efficacité.

Il n'est pas inintéressant d'utiliser les apports de l'économie du droit pour évaluer, a priori, l'efficacité de telles consultations. S'il est admis que le référendum en entreprise s'insère dans un ensemble de dispositions dont l'idéologie vise à rendre le dialogue social plus efficace, l'analyse économique du droit permet de préjuger des conséquences économiques d'un tel mode de régulation du dialogue social.

Selon le critère (supérieur) de Posner, il convient d'envisager l'efficacité au regard des avantages rationnels mais aussi éthiques du critère de maximisation de la richesse. S'il ne semble pas contestable que le référendum satisfasse les intérêts de l'employeur à la fois au regard du « forçage du consentement individuel » mais aussi de la « mise à l'écart des syndicats » évoqués précédemment, il est permis de douter que le principe de consentement soit réellement satisfait. En effet, l'acte indivisible soumis à la consultation comporte un risque élevé de sacrifice des intérêts individuels et catégoriels au profit de l'intérêt social .

C'est pourquoi le juge Posner invite à la nécessité d'obtenir en toutes circonstances un consensus, invitant les « victimes » à déterminer elles-mêmes le niveau de compensation qu'elles souhaitent obtenir. Il souligne aussi que si la vérité objectiviste du droit n'existe pas, celle des urnes ne peut être perçue comme telle ; selon lui, la notion de consensus est la seule forme opérationnelle de vérité disponible. On conclut alors, pragmatiquement, à la nécessité de mise en œuvre de référenda organisés dans un ensemble d'actes divisibles. Ceux d'entre eux qui ne seraient pas validés, nécessiteraient alors de nouvelles négociations avec les délégués syndicaux ou les élus du conseil d'entreprise. Un juste milieu serait ainsi visé, mêlant la rationalité de loyauté, au bénéfice de la juste protection de la partie faible au contrat.

Conclusion.

La réalité sociale est plurielle et complexe, et le travailleur, salarié ou non, n'est pas qu'un simple moyen de production. Avec le projet d'accord référendaire, avec la consultation du personnel d'initiative patronale, la rationalité de l'employeur est poussée à son extrême. Elles butent alors sur un principe éthique, préjudiciable à l'efficacité de cet « outil » de dialogue social. Si la collectivité de travail doit développer une aptitude à prendre en compte certains buts d'intérêts général et privés, le référendum ne doit pas l'amener à créer les conditions de son propre asservissement.

Ainsi que le souligne l'historien Patrick Lagoueyte, le suffrage universel ne reste qu'un élément indispensable de l'apprentissage démocratique. Dans l'entreprise, il ne pourra devenir un critère suffisant de démocratie que s'il est envisagé au travers du prisme de la bonne foi. C'est pourquoi la pluralité des expériences et des situations d'espèces qui seront confrontées à l'office du juge permettront, avec le temps, de rendre réellement convergentes des visions initialement antagonistes. C'est alors que le référendum d'entreprise fera fi des risques éthiques qu'il comporte à ce jour, tout en faisant naturellement vivre l'indispensable lien solidariste que doit porter, en toutes circonstances, l'objet du contrat de travail.

Sandy-David Noisette Docteur en droit Agrégé d'économie et gestion

Comentarios:

[la nature ambivalente du référendum en entreprise...](#) DANIEL josette, 9 juin 2018

Un article parfaitement argumenté et très pertinent... J'attends avec impatience les prochaines productions de M ; Noisette.

soulève de nombreuses questions (point de vue d'une citoyenne lambda), ML, 11 juin 2018

C'est vraiment un article qui interpelle sur les outils de la démocratie au sein des entreprises et, plus généralement, au sein de notre état. Car comment faire vivre et entendre la voix de tous si même le référendum, qui donne la voix au peuple, peut également créer des inégalités et la "non prise en compte" de certains voire de la majorité (selon comment est formulée la question soulevée par le référendum) ? La généralisation de cette pratique me paraît mettre à mal la représentation syndicale... Après, il n'y a pas d'outil parfait, qui conviendrait à tous... peut-être serait-il temps d'innover...

Sans titre, rico, 12 juin 2018

Un article fin et riche d'informations. Nous ne pouvons que remercier l'auteur de nous apporter ses lumières.

Je suis impatient de lire les prochaines productions.
