

PRATIQUES RÉFÉRENDAIRES ET GOUVERNABILITÉ DE L'ENTREPRISE

PAR

François HÉNOT

Doctorant
Université de Picardie Jules Verne

1 - L'utilisation actuelle du référendum par les entreprises pourrait facilement donner l'impression d'un phénomène de *génération spontanée* prouvant, comme l'écrivait Planiol, que le droit est "*mobile comme la vie et comme l'opinion humaine*"¹. En effet, c'est de la pratique elle-même qu'est née la vogue récente en faveur du référendum dans l'entreprise². Ce sont les "gouvernants d'entreprise" qui ont, en premier, manifesté un intérêt envers ce fleuron du droit constitutionnel que constitue le référendum³, créant ainsi la

1. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, L.G.D.J., 6ème éd., Paris, 1911, p. 2, n° 3.

2. Voilà bien la preuve que si, comme le note G. Lyon-Caen ("Plaidoyer pour le droit et les juristes", in : *Etudes offertes à M. David*, éd. Calligrammes, Quimper, 1991, p. 297 et s., spéc. p. 301), "*l'imagination créatrice est la vertu cardinale du juriste*", elle n'est pas leur apanage.

3. Sur le référendum en droit constitutionnel, voir Bayle (H.), *Le référendum, étude historique et critique*, th. Lyon, 1900 ; Malvardi (A.), *Référendum et plébiscite en droit français et en droit comparé*, th. Nancy, 1935 ; Denquin (J.-M.), *Référendum et plébiscite. Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., Paris, 1976 ; Ferrière (G.), "Dissolution et référendum", *Rev. dr. publ.*, 1946, p. 411-441 ; Quermonne (J.-L.), "Le référendum, essai de typologie prospective", *Rev. dr. publ.* 1985, p. 577 et s. ; Dailly (E.), "Le référendum dans la Constitution de 1958", *Rev. politique et parlementaire*, 1969, p. 43 et s. ; Sur (S.), "Un bilan du référendum en France", *Rev. dr. publ.* 1985, p. 581 et s. ; Guillaume-Hofnung (M.), *Le référendum*, P.U.F., Coll. "Que sais-je ?" n° 2329, 2ème éd., 1994 ; Gicquel (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Coll. Domat, Montchrestien, 12ème éd., 1993, pp. 182, 345 et 600 ; Cadoux (Ch.), *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des institutions politiques*, Cujas, 1988, 3ème éd. p. 183 ; Astie (P.), "La nouveauté : la participation du peuple à l'élaboration des règles de droit par la technique du référendum", in : *Droit public*, Aubry (J.-M.)

surprise, en particulier en doctrine⁴. Or, la transposition de cette technique de son milieu d'origine (le droit constitutionnel) vers son milieu d'adoption (le droit du travail) ne devrait pourtant pas étonner, et ce pour au moins deux raisons.

2 - La première raison, bien connue, est la perméabilité des branches du droit les unes par rapport aux autres. En ce sens, M. J. Calais-Auloy rappelait récemment que "la classification du droit ne ressemble pas à ces cartes de géographie sur lesquelles les territoires sont marqués de couleurs différentes et délimités par des frontières nettes"⁵. En particulier, il serait difficile de nier l'influence du droit constitutionnel sur le droit du travail. De cette influence est née la constitutionnalisation de certains droits sociaux⁶, tels que le droit de grève⁷ ou encore la liberté syndicale⁸. C'est toujours de cette influence qu'est issue l'idée de *citoyenneté* dans l'entreprise⁹. L'idée-force en est que le salarié y demeure un citoyen, qui "ne se dépouille pas de ses libertés à la porte pour les revêtir à nouveau sa tâche achevée"¹⁰.

3 - Seconde raison de nature à atténuer la surprise devant l'intérêt suscité par la pratique référendaire actuelle, le droit du travail prévoit déjà le recours au référendum dans trois domaines précis : la mise en place

(suite note 3) (dir.), publié par le CNFPT, 2ème éd., Economica, 1989 ; v° "Référendum", in : *Dictionnaire constitutionnel*, [Duhamel (O.) et Mény (Y.) (dir.)] P.U.F., Paris, 1992, p. 870.

4. Sur le référendum dans l'entreprise, voir Barthélémy (J.), "Le référendum en droit social", *Dr. soc.* 1993, p. 89 et s. ; Givry (J. de), "Le référendum dans l'entreprise : une nouvelle voie à explorer dans les relations de travail", in *Convergences. Etudes offertes à Marcel David*, éd. Calligrammes, Quimper, 1991, p. 199 et s. ; Deprez (J.), "Le consentement des salariés à la remise en cause d'un usage d'entreprise non régulièrement dénoncé par l'employeur", *JCP* 1992, éd. E, I, p. 178 et s. ; Grimaldi d'Esdra (J.), "Nature et régime juridiques du référendum en droit social", *Dr. soc.* 1994, p. 397 et s. ; Rotschild-Souriac (M.-A.), "Regards sur le référendum", *Liais. soc. Mensuel*, décembre 1993, p. 88 et s. ; *adde* le dossier "Décider par référendum", *Le Monde*, Supplément "Initiatives" du mercredi 11 mai 1994. Sur l'utilisation du référendum dans les rapports individuels et collectifs, voir aussi Yannakourou (S.), *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur : étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, Paris, L.G.D.J., 1995.

5. Calais-Auloy (J.), "L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats", *Rev. trim. dr. civ.* 1994, p. 239 et s., spéc. p. 240.

6. Prétot (X.), "Les bases constitutionnelles du droit social", *Dr. soc.* 1991, p. 187 et s. ; Flauss (J.-F.), "Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Dr. soc.* 1982, p. 645.

7. Le droit de grève est érigé en droit constitutionnellement garanti : cf. Jeammaud (A.), "Les principes dans le droit français du travail", *Dr. soc.* 1982, p. 618 et s., spéc. p. 621 ; Brun (A.) et Galland (H.), *Droit du travail*, Sirey, Paris, 1958, spéc. p. 55 ; Javillier (J.-C.), "Les libertés publiques propres aux travailleurs", n° spéc. *Dr. soc.* 1982, p. 439 et s., spéc. p. 460.

8. Prétot (X.), art. préc., p. 190.

9. Voir Despax (M.), "Négociations, conventions et accords collectifs", *Traité de droit du travail* [Camerlynck (G.-H.) (dir.)], t. 7, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1989, spéc. n° 11.

10. Ardant (Ph.), "Les libertés du citoyen dans l'entreprise. Introduction au débat", *Dr. soc.* 1982, p. 423 et s., spéc. p. 429.

d'horaires individualisés¹¹, les régimes complémentaires de retraites et de prévoyance¹², et enfin la mise en œuvre d'accords d'intéressement et de participation aux résultats de l'entreprise¹³. L'organisation de référendums en droit du travail n'est donc pas une innovation.

4 - Et pourtant, le développement récent (et médiatisé¹⁴) de la pratique référendaire dans les entreprises relance un vieux débat : l'entreprise est-elle gouvernable par ses citoyens (les salariés) grâce au référendum ?

Les particularités (I) des référendums organisés, mais aussi leurs limites (II) invitent à formuler une réponse négative.

I - LES PARTICULARITÉS DE LA PRATIQUE RÉFÉRENDAIRE ACTUELLE

5 - Avant d'examiner ces particularités, encore convient-il de noter que le référendum dans l'entreprise partage la même nature que son homologue de

11. L'article L. 212-4-1 al. 2 C. trav. prévoit que "la pratique des horaires individualisés est autorisée par l'inspecteur du travail après qu'a été constaté l'accord du personnel", et ce dans les entreprises ne disposant pas de représentation du personnel.

12. L'article L. 731-1 du Code de la sécurité sociale (loi du 30 juillet 1989) prévoit que "les régimes complémentaires de retraite et de prévoyance des salariés sont créés ou modifiés, soit par voie d'accord collectif interprofessionnel, professionnel ou d'entreprise, soit à la suite d'une ratification à la majorité des intéressés, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise". Sur ce point, voir Barthélémy (J.), "Droits collectifs des salariés et nouveau droit de la prévoyance", *Dr. soc.* 1990, p. 365 et s.

13. L'article 1er de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 prévoit en effet que "l'intéressement des salariés à l'entreprise peut être assuré (...) à la suite de la ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un accord proposé par le chef d'entreprise". Sur ce point, la doctrine est abondante : voir notamment Arseguel (A.) et Isoux (Ph.), "La nature juridique et la portée du dépôt des accords d'intéressement", *Dr. soc.* 1991, p. 126 et s. ; Coutrot (T.), "L'intéressement, une nouvelle convention salariale ?", *Rev. Travail et Emploi* 1992, n° 53, p. 22 et s. ; Lestapis (B. de), "L'intéressement des salariés", *Bull. soc. F. Lefebvre* 1989, p. 89 et s. ; Salicis (S.), "Intéressement et participation des salariés aux résultats de l'entreprise", *Rev. prat. dr. soc.* 1991, p. 297 et s. ; Sauret (A.), *Intéressement, participation et plan d'épargne d'entreprise*, Montchrestien, Paris, 1991 ; du même auteur, "L'intéressement", *Ord. du 21 octobre 1986, art. 1 à 6*, *JCP* 1987, éd. E, I, 16496 ; Savatier (J.), "Les accords collectifs d'intéressement et de participation", *Dr. soc.* 1988, p. 89 et s. ; Taquet (F.), "Substitution des primes en intéressement, les équivoques de l'ordonnance du 21 octobre 1986", *Rev. dr. tr.* 1990, n° 3, p. 1 et s. ; Teyssié (B.), *Droit du travail*, Litec, 2ème éd., 1992, t. I, n° 975 et s., et t. II, n° 451, p. 341.

14. Le plus important référendum (par son ampleur et par sa médiatisation) étant celui d'Air France : cf. *Le Monde*, Supplément "Initiatives" du mercredi 11 mai 1994, article "Le cas Air France" ; *ibid.*, 13 avril 1994, p. 26. Au 11 mai 1994, une vingtaine d'entreprises s'y étaient essayés, notamment La Bordelaise de Crédit, la Biscuiterie Nantaise, Thomson Tubes Electroniques, Fleury-Michon, SFIM Industries, Publicis, Potain, Sextant Avionique, Valmex, Fonderies Bouhyer, Cristalleries Daum. Sur ce point, voir *Le Monde*, Supplément "Initiatives", préc., spéc. p. III. Cette liste s'allonge régulièrement.

droit constitutionnel : il s'agit, dans les deux matières, d'une votation à propos d'une ou plusieurs mesures à adopter¹⁵. Le but global est d'associer les individus à une prise de décision¹⁶, et, au-delà, de les faire participer plus activement à la vie soit de la Cité, soit de l'entreprise¹⁷. Il y a donc, par-delà les branches du Droit, une philosophie commune.

6 - La particularité du référendum ne réside pas non plus dans le fait de procurer au salarié une faculté de choix. La possibilité qui lui est offerte d'opter pour toute une palette de congés spéciaux (par exemple pour formation professionnelle¹⁸) participe de la même idée : lui permettre d'influer sur sa vie professionnelle¹⁹. En prenant certains congés spéciaux ou en votant par référendum, le salarié acquiert une certaine maîtrise de sa vie au travail.

7 - Enfin, la particularité du référendum n'est pas non plus d'être un instrument de communication avec l'employeur. Les délégués syndicaux ou les institutions représentatives du personnel ont la même fonction²⁰. Certes, le

15. Rappr. Laferrière (J.), *Manuel de droit constitutionnel*, 2ème éd., Domat, Montchrestien, Paris, 1947, p. 431 : le référendum est "le procédé par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer par une votation populaire son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure" (Cette définition est extraite du *Dictionnaire constitutionnel*, préc.). Rappr., dans le même sens, la définition donnée par le *Vocabulaire juridique* de l'Association H. Capitant [Cornu (G.) (dir.)] P.U.F., Paris, 1ère éd., V° "Référendum" : il y est défini comme "la votation qui soumet une loi (ordinaire ou constitutionnelle) à l'approbation du corps électoral".

16. Il s'agit d'en référer (aux salariés), ce qui constitue le sens primitif du référendum. En ce sens, le *Dictionnaire politique, encyclopédie du langage et de la science politique, rédigé par une réunion de députés publicistes et journalistes*, publié en 1842 par Duclerc et Pagnerre, avec une introduction de Pagès-Garnier, donne du référendum la définition suivante : "lorsqu'un ambassadeur reçoit des propositions touchant un objet pour lequel il se trouve sans instructions et sans pouvoirs suffisants, il accepte ad referendum, c'est-à-dire sous la condition qu'il en sera délibéré par son gouvernement. La note qu'il adresse alors dans ce cas à son souverain pour lui soumettre l'état de la question est appelée référendum". Cette définition est citée par Denquin (J.-M.), th. préc., p. 4-5. A noter que, comme le note cet auteur, l'idée que le référendum puisse constituer une votation "est donc totalement absente" à l'origine.

17. Dans ce sens, Astie (P.), art. préc., spéc. p. 150 : "le référendum est le procédé le plus ancien de participation populaire. Simple dans son principe, les citoyens répondent par oui ou par non à une question posée dont l'objet est divers".

18. Art. L. 931-1 C. trav.

19. Sur ce point, rappr. Supiot (A.), *Critique du droit du travail*, Coll. "Les voies du droit", P.U.F., Paris, 1994, p. 167-168, qui relie ceci à l'avènement d'une sphère de liberté pour le salarié. Cette sphère réside non seulement dans une "dilution de la subordination", mais aussi "dans l'attribution de facultés de choix attachées à la qualité de salarié, et qui confèrent à celui-ci une certaine maîtrise de sa vie au travail". L'auteur illustre ensuite son propos par ce qu'il appelle une "floraison de congés spéciaux".

20. En ce sens, Supiot (A.), "L'identité professionnelle", in *Ecrits en l'honneur du Pr J. Savatier*, P.U.F., Paris, 1992, p. 409 et s., spéc. p. 413 : "(...) qu'il s'agisse de l'institution prud'homale, des syndicats professionnels, ou des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, il s'agit toujours de faire monter sur la scène juridique la collectivité des travailleurs, autrement insaisissable, pour la placer en face d'un interlocuteur patronal, et de rendre ainsi possible la prévention, la négociation ou la résolution des litiges".

référendum en diffère néanmoins en ce qu'il autorise une expression directe. Quoi qu'il en soit, le particularisme est ailleurs, c'est-à-dire non seulement dans le but de la pratique référendaire actuelle (A), mais aussi dans la valeur juridique attribuée au résultat du vote (B).

A) Le but de la pratique référendaire actuelle

8 - La sauvegarde de l'entreprise constitue le but ultime de la plupart des référendums actuels. L'idée sous-jacente n'est pas récente : dans son "*Cours de législation industrielle*" paru en 1895, G. Bry écrivait déjà que "*l'entrepreneur et l'ouvrier doivent s'entendre pour sauvegarder leur intérêt commun*"²¹. La sauvegarde de l'entreprise constitue précisément cet intérêt commun.

9 - Cette nécessité de sauver l'entreprise donne une coloration particulière aux référendums actuellement pratiqués dans les entreprises : ce sont des référendums *abdicatifs*²², se définissant comme la consultation de la collectivité de travail quant à l'abandon d'un ou plusieurs droits. Le but final de la consultation du personnel est la renonciation des salariés à certains de leurs droits²³, comme le montrent les exemples suivants.

Lors du référendum organisé chez *Air France* le 11 avril 1994²⁴, les salariés avaient à se prononcer sur une double renonciation. Ils devaient en effet dire s'ils étaient d'accord pour renoncer à toute augmentation de salaire pendant 3 ans et à tout avancement pendant un an. Lors du référendum organisé dans l'entreprise S.F.I.M. le 23 mars 1993, c'est l'abandon d'une heure de travail (par semaine et par salarié) et de la rémunération afférente qui fut proposé.

Le rapport à la renonciation peut parfois être légèrement différent, comme ce fut le cas pour un référendum organisé chez *Fleury-Michon* fin 1993²⁵ : dans un premier temps, les salariés devaient donner leur accord à l'adoption d'un projet de *congé parental* conçu en vue de libérer des emplois. Ensuite, dans un second temps, pour que ces emplois soit effectivement libérés, il était fait appel à des volontaires désireux de renoncer à travailler dans l'entreprise pendant trois ans.

21. Bry (G.), professeur à Aix-en-Provence, *Cours de législation industrielle*, Paris, Larose éditeur, 1895, p. 38. Il ajoute : "*il n'y a pas des adversaires, mais des collaborateurs ayant des droits différemment semblables*".

22. A noter que J. Grimaldi d'Esdra, *ibid.*, n° 55, utilise un terme différent, celui de référendum abdicateur.

23. Rapp. Rotschild-Souriac (M.-A.), "Regards sur le référendum", art. préc., spéc. p. 89 : "*(...) le vote majoritaire imaginé par les entreprises a le plus souvent pour objet la modification ou l'abandon de règles existantes*".

24. Cf. *Le Monde*, 13 avril 1994, p. 26.

25. Sur ce référendum, Baudet (M.-B.), "L'accouchement douloureux du congé parental", *Le Monde*, supplément Initiatives, préc., p. III.

10 - Lors d'un référendum abdicatif, la renonciation demandée aux salariés peut avoir un objet très divers. Elle peut porter sur une *prime* (prime de fin d'année ou de 13ème mois par exemple), sur une ou plusieurs heures de travail par semaine, sur un *blocage d'avancement*, ou encore une *absence d'augmentation* du salaire pendant une ou plusieurs années.

Or, dans ce dernier cas, la renonciation porte sur des droits *futurs*, ce qui est tout à fait remarquable dans la mesure où il est répété depuis longtemps en droit du travail²⁶, à la différence du droit civil²⁷, que la renonciation ne peut pas porter sur un droit *futur*. L'argument économique, c'est-à-dire le gain financier dégagé grâce aux renonciations, l'a sans doute emporté sur les arguments doctrinaux. La première particularité de la pratique référendaire actuelle est donc d'avoir pour *but* la renonciation des salariés à des droits actuels ou futurs.

11 - La seconde particularité doit s'évaluer par rapport au droit commun. En effet la pratique actuelle consacre une notion jusqu'alors inconnue du droit des obligations, celle de *renonciation collective*.

Collective, la renonciation l'est triplement : en premier lieu, l'abandon est collectif car, au sens du droit allemand²⁸, *il va s'exprimer par un faisceau de manifestations de volontés qui vont dans un même sens. En deuxième lieu, la renonciation est collective du fait de la réunion, dans un même document, de décisions de renonciations exprimées individuellement et présentant entre elles un lien de connexité*²⁹. Enfin, en dernier lieu, elle est collective dans la mesure où son but est l'abandon collectif d'un droit, par exemple une augmentation de salaire contractuellement prévue. La pratique référendaire actuelle s'écarte donc du droit commun en ce qu'elle consacre la notion de renonciation *collective*. Elle s'en écarte également en ce qu'elle assortit le résultat du vote d'une valeur juridique bien particulière.

26. L'impossibilité de renoncer aux salaires non échus trouve sa justification dans cette prohibition : cf. Camerlynck (G.-H.), "Le contrat de travail", *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, Paris, 1982, 2ème éd., n° 170 ; Lyon-Caen (G.), "Le salaire", *Traité de droit du travail*, t. II, 1981, 2ème éd., n° 397 ; Poulain (G.), "Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur", *Dr. soc.* 1981, n° 31.

27. Pour Grammatikas (G.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, th. Paris, L.G.D.J., 1971, n° 61, la renonciation aux droits futurs est licite car elle découle de la nature même du droit subjectif, qui est établi en vue de satisfaire les intérêts personnels du titulaire.

28. Cet abandon collectif peut être rapproché de la notion d'acte collectif (*gesamtakte*) en droit allemand : sur ce point, voir Witz (C.), *Droit privé allemand*, t. I, "1° Actes juridiques, droit subjectifs", Litec, 1992, n° 119, p. 117 : "ce sont des actes qui, à la différence des contrats, ne reposent pas sur un échange de déclarations de volonté, mais sont formés de déclarations parallèles dirigées dans un but unique".

29. V° "Collectif", *Vocabulaire Juridique*, Ass. H. Capitant, préc.

B) La valeur juridique attribuée au résultat du vote

12 - Classiquement, cette valeur est fonction du caractère *décisionnel* ou *consultatif* du référendum. Cette *summa divisio* constituera l'hypothèse de départ en droit du travail parce qu'elle est la seule qui soit vraiment transposable³⁰. Un référendum *consultatif* (ou de consultation) a pour objet de recueillir un simple avis, en l'occurrence celui des salariés ayant voté³¹. Il n'a pas de force impérative quant à la décision qui sera effectivement prise. Sa valeur est toujours indicative³², que le référendum soit antérieur ou postérieur à une négociation syndicale, par exemple en cas d'échec de celle-ci. L'initiative du référendum consultatif peut valablement incomber aux organisations représentatives du personnel. En ce sens, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît la validité d'une consultation du personnel sur la politique salariale envisagée par la direction, et organisée par un comité central d'entreprise après signature d'un procès-verbal de désaccord³³. De son côté, dans les mêmes circonstances de fait, l'employeur doit, lui aussi, pouvoir prendre l'initiative d'un tel référendum : cela peut permettre d'ajuster les attentes de la collectivité de travail aux *engagements unilatéraux* que l'employeur est prêt à prendre. La *consultation* du personnel bénéficie donc potentiellement aux deux parties.

13 - A l'opposé de cette consultation, dont la valeur est purement indicative, un référendum est *décisionnel* lorsque le résultat du vote décide de la solution adoptée en définitive³⁴. En l'occurrence, dans ce type de référendums, ce sont les salariés eux-mêmes qui décident, par leur vote, des mesures qui seront adoptées dans l'entreprise. Ne sera qualifié de référendum *décisionnel* que celui qui s'impose *erga omnes*, c'est-à-dire en particulier envers l'organisateur

30. Voir les autres classifications du référendum en droit constitutionnel : le *Vocabulaire juridique* de l'association H. Capitant mentionne l'existence de référendums constitutifs, législatifs, obligatoires, facultatifs, ainsi que ceux de consultation (ou antérieurs) et ceux de ratification (ou postérieurs). Pour J.-M. Denquin, th. préc., p. 263, cette division fondamentale est la plus importante : "la seule opposition pertinente juridiquement parlant est celle du référendum de consultation et celle de ratification. Dans le premier cas, aucune mesure n'a été prise. Dans le second, au contraire, un acte juridique a été posé au moment où le peuple se prononce".

31. Sur le référendum consultatif, voir Cadoux (Ch.), *op. cit.*, p. 289, note n° 7.

32. En cela, le référendum consultatif se rapproche de la notion d'acte préparatoire en droit administratif. Selon la formule consacrée, ces actes, tels que la prescription d'enquêtes ou la tentative d'accords amiables, "ne font pas grief" et ne sont donc pas susceptibles de recours. Sur ce point, voir Laubadère (A. de), Venezia (J.-Cl.), Gaudemet (Y.), *Traité de droit administratif*, t. I, 12^{ème} éd., L. G. D. J., Paris, n° 681.

33. Soc. 19 décembre 1990, "Comité central d'entreprise de la sté SFBP", *Lexilaser*, n° 4991. En l'espèce, la cour d'appel s'était prononcé dans un sens opposé, c'est-à-dire en faveur de la nullité de cette consultation. Rapp. Crim. 7 janvier 1981, D. 1981, I.R. 423, obs. Ph. Langlois : "les membres du comité d'entreprise ont le droit de procéder par eux-mêmes à des investigations nécessaires auprès des salariés de l'entreprise, afin de connaître leurs besoins en matière de formation professionnelle".

34. Sur ce point, en droit public, cf. Cadoux (Ch.), *op. cit.*, p. 183.

du vote, qu'il s'agisse de l'employeur ou des institutions représentatives du personnel. La frontière entre le décisionnel et le consultatif dépend uniquement de l'impérativité qui sera attachée au résultat du vote³⁵.

14 - Toutefois, aussi séduisante qu'elle soit, cette *summa divisio* doit être dépassée car elle ne parvient pas à décrire fidèlement le particularisme de la pratique référendaire actuelle. En effet, la plupart des référendums organisés dans les entreprises ne sont ni purement consultatifs ni purement décisionnels, mais paraissent mêlés des deux catégories : ils sont *semi-décisionnels*³⁶.

Si les salariés ont un pouvoir de décision, et plus précisément un pouvoir de choix ou d'impulsion, la mise en place des mesures concrètes se fera par le biais d'un autre acte juridique : modifications individuelles du contrat de travail proposées à chaque salarié ou conclusion d'un accord collectif. Dans le second cas — le plus fréquent —, les salariés ne sont pas maîtres de l'ensemble du processus normatif. Leur vote n'est qu'un préalable et non un aboutissement, comme en témoignent les quelques exemples de référendums déjà évoqués.

15 - Ainsi, le très médiatisé référendum d'*Air France*³⁷ se caractérisait non seulement par son ampleur³⁸, mais aussi par son caractère *semi-décisionnel*. Le plan de sauvetage avait été soumis par le président d'*Air France*, M. C. Blanc, à l'approbation des salariés. Ces derniers devaient se prononcer sur un certain nombre de mesures drastiques³⁹. Le personnel avait donc le pouvoir de donner l'impulsion déclenchant le plan de sauvetage.

35. *A contrario*, le caractère décisionnel ou consultatif du référendum ne dépend donc pas du moment de la négociation collective auquel il intervient. *Contra*, J. Grimaldi d'Esdra, art. préc., n° 22 à 27, pour qui le référendum consultatif est celui qui se produit "en amont de la négociation ou de la mise en œuvre d'un accord (...)". L'auteur distingue ensuite, à côté de ce référendum, ceux de ratification et d'arbitrage. Le premier est celui qui est "obligatoire pour l'application d'un accord. Un refus d'approbation manifesté par le personnel annule de fait la négociation intervenue et le texte de l'accord". Le référendum d'arbitrage intervient "après tentative de négociation et présentation d'un projet aux instances représentatives compétentes". En réalité, ces deux dernières catégories de référendum sont, *a priori*, des subdivisions rentrant dans celle de référendum décisionnel, s'il est vérifié toutefois que le résultat du vote est impératif *erga omnes*. Or, cela ne va pas de soi.

36. Sauf lorsqu'ils ont pour fonction d'arbitrer une négociation collective ratée. Comme le note Bied-Charreton (M.-F.), "Le comité d'entreprise peut-il négocier ?", *Dr. ouvr.* 1993, p. 129 et s., spéc. p. 132, "la consultation subsidiaire à une négociation ratée permet, dans ce cas précis, une expression du personnel qui joue ainsi le rôle d'arbitre entre les parties bien que la période des négociations soit terminée".

37. Cf. *Le Monde*, 13 avril 1994, p. 26.

38. 42.645 salariés inscrits, 35.628 votants (soit 83,55% de participation) : 28.951 d'entre eux ont approuvé le plan de sauvetage.

39. Outre 5000 suppressions de postes sans licenciements, cf. *supra* n° 9 pour l'énoncé des autres mesures.

Toutefois, il ne s'agit là que de la première phase des opérations, un accord-cadre étant signé, dans un second temps par 6 des 14 syndicats présents dans l'entreprise. Enfin, dernière étape : des négociations se déroulèrent pour l'application concrète de cet accord-cadre entre les 6 syndicats signataires et la direction. Si les grands axes du plan de sauvetage d'*Air France* ont eu l'aval du personnel, toute l'application précise et concrète des mesures lui a échappé.

Les référendums organisés dans l'entreprise *S.F.I.M.* et chez *Fleury-Michon* présentent eux aussi un caractère semi-décisionnel. Dans le cas de l'entreprise *S.F.I.M.*⁴⁰, la direction avait prévu un certain nombre de mesures afin de parer à une sous-charge de travail menaçant à terme 114 emplois. La principale mesure, c'est-à-dire la réduction non rémunérée du temps de travail (une heure par salarié et par semaine), fut soumise à référendum⁴¹. Si plus de 90% des salariés acceptaient cette réduction, l'employeur prenait l'engagement de s'en tenir à ce qu'il appelait la "phase I", constituée par les "diverses mesures" auxquelles il a été fait allusion auparavant, c'est-à-dire notamment la réduction du temps de travail et le recours au chômage partiel. A défaut d'approbation par les salariés, l'employeur avait prévu le passage à une "phase II" comprenant des licenciements "secs". A l'issue de la consultation, 93,7% des salariés ayant accepté la réduction proposée, il fut décidé d'en rester à la phase I. Or, la mise en œuvre concrète de cette phase I est partagée entre l'employeur et les salariés car elle se fit par la proposition d'avenants aux contrats de travail. Le référendum n'a donc eu qu'un *effet d'impulsion*. Il ne constitue qu'une étape *préliminaire* à une décision prise ensuite individuellement par chaque salarié. Deux niveaux de décisions sont donc prévus, le premier étant constitué par le référendum, le second par la signature d'avenants⁴². Le référendum est *semi-décisionnel* car il ne constitue pas à lui seul l'ensemble du processus d'élaboration normative.

40. Ce référendum est typique en ce qu'il intervient pendant la discussion d'un *plan social*. Les mesures adoptées par le vote font ensuite l'objet soit d'un accord d'entreprise classique, soit d'une proposition faite à chaque salarié de modifier son contrat de travail. A noter que cet accord continue de s'appliquer sans trop de heurts, tout comme chez Sextant Avionique, à l'IFREMER ou au CIC-Bordeaux. En revanche, certains lendemains de référendum sont difficiles : voir en ce sens l'article de Normand (J.-M.), intitulé "Les salariés de Montabert poursuivent leur grève", *Le Monde*, 26 mai 1994, p. 20, 2ème et 3ème col.

41. La question posée était ainsi formulée : "êtes-vous d'accord pour réduire votre temps de travail d'une heure par semaine sans compensation du 1er avril au 31 décembre 1993 ?"

42. A noter qu'il ne peut y avoir de renonciation au sens juridique du terme qu'en cas de référendums *décisionnels* ou *semi-décisionnels*, c'est-à-dire lorsque ce sont les salariés qui choisissent la décision d'abandonner un droit. Cette volonté peut ensuite se concrétiser *directement*, par le biais de modifications individuelles de contrat de travail. Elle peut aussi être appliquée *indirectement* par les négociateurs syndicaux, dès lorsqu'ils se sont engagés à respecter impérativement le résultat du vote. En revanche, dès qu'il est possible de ne pas tenir compte de l'avis émis par les salariés, le référendum est *consultatif*. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de renonciation collective dans la mesure où les négociateurs syndicaux peuvent opter pour une décision exactement opposée à celle résultant du vote.

Chez *Fleury-Michon*⁴³, le référendum fut organisé par un syndicat suite à une situation de crise avec la direction. Celle-ci avait projeté de mettre en place par accord d'entreprise un système de congé parental afin de favoriser l'emploi de 40 jeunes chômeurs. Le projet prévoyait l'allocation d'une indemnité forfaitaire de 2929 F par mois à chaque salarié renonçant à travailler dans l'entreprise pendant trois ans pour élever un enfant. Dans le projet patronal, une partie de cette somme devait être prise en charge par le comité d'entreprise. En octobre 1993, direction et syndicats se réunissent pour en débattre. Après plusieurs semaines de discussions, les esprits s'étant focalisés sur la participation financière du comité, Force Ouvrière, majoritaire dans l'entreprise, ainsi que la C.G.T. déclarent leur opposition au projet, la C.F.D.T. et la C.G.C. s'y montrant favorables. A l'issue du vote, six voix se prononcent *contre* et trois *pour*. La direction, persuadée à l'origine que Force Ouvrière voterait en faveur du projet, adressa une lettre personnalisée au domicile de chacun des deux mille salariés. Elle y exprimait sa déception, insistant sur le fait que le refus exprimé par la C.G.T. et FO fermait la porte de l'entreprise à 40 jeunes chômeurs. Le syndicat FO, inquiet de l'émotion susceptible d'être produite par cette lettre, fit part aux salariés de sa volonté de les consulter directement par référendum, ajoutant qu'il se rangerait à leur position. Le projet de référendum fut accepté lors d'une nouvelle réunion du comité d'entreprise. A l'issue du vote auquel ont participé 90% des 1694 salariés, le *oui* obtint 47 voix d'avance. Ensuite, — là se glisse le caractère semi-décisionnel de ce référendum — il fut procédé à un nouveau vote de l'accord initial par les syndicats, le projet de congé parental étant adopté grâce au changement de position de FO. Enfin, les départs en congé parental se firent sur la base du *volontariat*. Cette affaire montre bien que le processus d'élaboration normative est *partagé* : le référendum donne la direction à suivre, la mise en œuvre des orientations retenues se réalisant ensuite par conclusion d'accords collectifs de travail⁴⁴.

16 - La plupart des référendums organisés à l'heure actuelle dans les entreprises ont un caractère semi-décisionnel : le pouvoir de décision y est *partagé*. En effet, aucun référendum n'est applicable de lui-même : il doit toujours être suivi d'un mécanisme juridique assurant sa mise en œuvre, que ce soit un accord collectif ou une modification du contrat de travail proposée à chaque salarié. Par conséquent, le référendum ne constitue sans doute pas un mode de gouvernement de l'entreprise *par les salariés*. Plus encore, les limites à la pratique référendaire actuelle achèveront de montrer que le référendum ne peut pas être assimilé à un véritable *mode de gouvernement* de l'entreprise.

43. Sur ce référendum, Baudet (M.-B.), "L'accouchement douloureux du congé parental", *Le Monde*, supplément Initiatives, préc., p. III.

44. A noter d'ailleurs que — circonvolution de l'Histoire ? — lors de l'élaboration de la loi du 13 novembre 1982, il avait été proposé par certains députés le recours obligé au référendum pour la mise en œuvre des accords d'entreprise (*J.O.A.N.*, 11 juin 1982, p. 3245) : sur ce point, voir Bied-Charreton (M.-F.), "Le comité d'entreprise peut-il négocier ?", art. préc., p. 129.

II - LES LIMITES A LA GOUVERNABILITÉ PAR RÉFÉRENDUM

L'utilisation du référendum se trouve doublement limitée⁴⁵, à la fois par des limites d'ordre juridique et par d'autres plus contingentes et factuelles.

A) Les limites d'ordre juridique

17 - Ces limites tiennent tant à l'existence de réticences jurisprudentielles (1) qu'à l'ombre portée par le délit d'entrave (2).

1) Les réticences jurisprudentielles

18 - Bien que la jurisprudence n'ait pas eu pour l'instant l'opportunité de rendre de décisions de principe quant à l'organisation de référendums abdicatifs dans l'entreprise, certains indices laissent à penser qu'elle tendra à l'encadrer.

En effet, en particulier depuis l'arrêt "Sté Muguet" du 3 juillet 1980, elle refuse que l'employeur se cache derrière la volonté collective pour se soustraire à ses obligations. En l'espèce, une déléguée syndicale irrégulièrement licenciée avait adressé à son employeur une demande de réintégration. En réponse, l'employeur s'était borné à invoquer l'opposition très forte d'une majorité du personnel. La chambre sociale estima que cette réponse "*ne constitue pas une acceptation sans équivoque de la réintégration de la salariée*"⁴⁶. Elle approuva donc la Cour d'appel d'avoir refusé de considérer le salarié démissionnaire. Cette espèce montre bien les limites à l'argument tiré de la volonté collective. En matière d'*usages d'entreprise*⁴⁷, ces limites apparaissent encore plus nettement, tant la jurisprudence y a fait œuvre créatrice⁴⁸.

45. Sur l'importance de ces limites, voir l'avis de Wagner (E.), "L'image juridique du personnel de l'entreprise", in : *Sur l'entreprise et le droit social. Etudes offertes à J. Barthelemy*, Rev. dr. tr., Hors-série 1994, p. 17 et s., spéc. p. 24, n° 28 : "*l'immensité des questions que cette technique soulève, vis-à-vis du devenir des syndicats et des institutions représentatives du personnel, vis-à-vis de la hiérarchie des normes juridiques, vis-à-vis du concept même de norme juridique, et finalement vis-à-vis de la question même de la démocratie dans l'entreprise interdisent, selon nous, en l'état actuel, de considérer la prescription de ce remède comme une thérapie acceptable*".

46. Soc. 3 juillet 1980, "Sté Muguet", Bull. V, n° 597.

47. Sur les usages, voir notamment Vachet (G.), "L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ?", *JCP* 1984, éd. E, II, 14328 ; Savatier (J.), "La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise", *Dr. soc.* 1986, p. 890 et s. ; Deprez (J.), "La part faite à l'idée de négociation dans la théorie juridique des usages d'entreprise", *Dr. soc.* 1988, p. 57 et s. ; Langlois (Ph.), "Les usages", in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989, p. 285 et s. ; Pochet (P.), "Les effets de la dénonciation d'un usage d'entreprise dont résulterait un avantage salarial", *Les petites affiches*, 1993, n° 18, p. 10 ; Wacquet (Ph.), "La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'entreprise", *S. S. L.* 1994, n° 709, D 4 et 5.

48. Soc. 20 février 1986, "Cie d'assurances La France", Bull. V, n° 25 ; Soc. 3 juillet 1986,

19 - L'employeur tire de son pouvoir de direction le droit de révoquer unilatéralement un usage⁴⁹, en respectant certaines modalités de révocation : information individuelle, information des institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations⁵⁰. Lorsque ces modalités n'ont pas été respectées, il peut songer à remettre en cause un usage par une autre voie, la consultation des salariés par référendum. Ce référendum est bien *abdcatif* car il est demandé aux salariés l'*abandon d'un droit* issu d'un usage, par exemple une prime de treizième mois⁵¹. Or, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est montrée sévère envers cette démarche : l'arrêt "Rondony" en date du 23 octobre 1991 exige que les salariés consentent *unanimentement* à la renonciation proposée pour que l'usage soit valablement éteint⁵².

L'absence d'unanimité a donc un effet radical : celui de laisser survivre envers tous les salariés l'usage non régulièrement dénoncé. Le refus d'abandon, même infiniment minoritaire, voire émanant d'un seul salarié, anéantit la renonciation exprimée par la majorité. Une solution aussi protectrice s'explique par le fait que, comme cela a été évoqué précédemment, l'employeur garde la possibilité, beaucoup plus simple, de dénoncer unilatéralement l'usage⁵³. L'employeur dispose d'une possibilité simple de faire autrement.

Quoi qu'il en soit, il y a bien là une première limite à l'organisation de référendum dans l'entreprise dès que celui-ci tend à remettre en question des droits issus d'un usage. La seconde limite juridique est encore plus importante puisqu'il s'agit de la menace de délit d'entrave.

(suite note 48) "Sté Tréfilunion", Bull. V, n° 365 ; Soc. 13 novembre 1986, "S.A. Ascenseurs Soretex", Bull. V, n° 516 ; Soc. 25 février 1988, "Deschamps", Bull. V, n° 188 ; Soc. 2 octobre 1990, "Prouvée", Bull. V, n° 408 ; Soc. 27 novembre 1990, "Sté Procédés Ferro", Bull. V, n° 591 ; Soc. 13 novembre 1990, "Abel", Bull. V, n° 544 ; Soc. 23 octobre 1991, "Rondony", Bull. V, n° 440 ; Soc. 7 janvier 1992, "Achria", Bull. V, n° 2 ; Soc. 22 janvier 1992, "Sté Clinique St Tronc c/ Guillo et autres", Bull. V, n° 24 ; Soc. 7 décembre 1993, "Sté Voltam", *Lexilaser* n° 3994.

49. Soc. 25 novembre 1988, préc. ; Soc. 13 novembre 1990, préc. ; *adde*, Deprez (J.), "Le consentement des salariés à la remise en cause d'un usage d'entreprise non régulièrement dénoncé par l'employeur", *JCP* 1992, éd. E, I, p. 178 et s. : "l'employeur en est le plus souvent le créateur unilatéral et éventuellement le fossoyeur."

50. Voir sur ce point Soc. 11 juin 1981, "SA Transports Estève", Bull. V, n° 533.

51. Les primes de 13ème, 14ème mois sont l'exemple typique de l'usage d'entreprise. En ce sens, voir les observations de Savatier (J.), "Treizième mois de salaires et primes analogues", *Dr. soc.* 1993, préc., spéc. p. 641 : "l'origine du 13ème mois se trouve dans l'usage des gratifications de fin d'année accordées de manière unilatérale et discrétionnaire par l'employeur (...) Mais par une évolution normale, elles tendent à devenir un élément de rémunération sur lequel les travailleurs sont en droit de compter".

52. Soc. 23 octobre 1991, "Rondony", Bull. V, n° 440.

53. Ce qui fait écrire à J. Deprez, art. préc., p. 455, que "l'on comprend mal que cette «procédure» si simple soit si mal utilisée en pratique et donne lieu à un abondant contentieux qui pourrait être aisément évité".

2) L'ombre du délit d'entrave

20 - La principale crainte exprimée à l'encontre des référendums abdicatifs organisés dans l'entreprise concerne le respect du rôle des institutions représentatives du personnel⁵⁴. En particulier, il est souvent craint une atteinte au monopole syndical de négociation⁵⁵. Pourtant, le *délit d'entrave* devrait pouvoir continuer à protéger la médiation syndicale.

Ainsi, constitue un délit d'entrave le fait pour l'employeur de se soustraire à la négociation collective annuelle obligatoire⁵⁶. Or, le domaine de cette négociation annuelle obligatoire est très vaste : selon l'article L. 132-27 du Code du travail, elle *doit* porter sur les *salaires effectifs*, la *durée effective* et l'*organisation du travail*. Elle *peut* porter sur la formation professionnelle ou sur la réduction du travail.

De fait, la plupart des renonciations demandées par référendums portent ou bien sur les salaires, ou bien sur la réduction ou l'organisation du temps de travail. Un référendum portant sur une de ces matières ne peut donc être organisé qu'en *conjonction* avec cette négociation⁵⁷, c'est-à-dire soit suite à l'échec de celle-ci, soit préalablement à celle-ci à condition que le référendum n'ait qu'une valeur consultative. En effet, lui attribuer une valeur décisionnelle reviendrait à empiéter sur la négociation à venir, et donc à l'entraver.

Le délit d'entrave est également encouru par l'employeur en cas de non-respect des procédures d'*information* et de *consultation* des délégués du personnel⁵⁸ et du comité d'entreprise⁵⁹. Or, les risques qu'un référendum empiète en particulier sur le domaine de compétence du comité d'entreprise sont très importants, tant ce domaine est, lui aussi, très vaste. L'article L. 432-1 du

54. Teyssié (B.), *op. cit.*, n° 976, relève ainsi "(...) la traditionnelle méfiance des organisations syndicales françaises et, à la suite, des pouvoirs publics, à l'égard des formules d'accord direct entre l'employeur et la collectivité des salariés".

55. Sur ce point, J. Barthélémy, art. préc., spéc. p. 96. Pour éviter ce grief, l'auteur précité recommande de n'utiliser la technique du référendum que lorsque se trouve en jeu un intérêt de la collectivité (par exemple la solidarité), distinct de la somme de ceux de chacun des salariés, comme c'est le cas en matière de protection sociale complémentaire.

56. L'article L. 153-2 C. trav. étend en effet au non-respect de la négociation obligatoire les peines prévues pour délit d'entrave par l'article L. 481-2 (emprisonnement de 2 mois à 1 an et/ou amende de 2000 à 20000 F; doublement des maximums en cas de récidive). Sur ce point, voir Veron-Clavière (C.), Lafarge (Ph.), et Clavière-Schiele (J.), *Droit pénal du travail*, Sirey, 1985, n° 484 et 1013.

57. Rapp., sur ce point, Soc. 18 décembre 1991, "Cie Marseillaise de réparation", *Lexilaser*, n° 4663 : la chambre sociale de la Cour de cassation y décide ainsi qu'une cour d'appel, "qui a constaté qu'une organisation syndicale représentative avait été tenue à l'écart de la révision de dispositions qu'elle avait signées avec l'employeur, a pu décider, peu important à cet égard que les nouvelles mesures aient été prises après consultation du personnel et de ses délégués, que l'employeur avait commis une faute génératrice d'un préjudice pour ladite organisation syndicale".

58. Art. L. 482-1 C. trav.

59. Art. L. 483-1 C. trav.

Code du travail précise que le comité "*est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel*". De fait, fort peu de référendums échappent, en pratique, à ce champ de compétence.

La quasi-totalité des référendums abdicatifs dans l'entreprise voient donc planer sur eux l'ombre du délit d'entrave, que ce soit en raison de l'obligation de respecter la médiation syndicale ou les compétences dévolues aux autres institutions représentatives du personnel. Il y a donc là une limite juridique de première importance, du moins en théorie⁶⁰, à l'organisation de votes référendaires dans l'entreprise⁶¹.

21 - Par conséquent, en pratique, le recours au référendum se fera presque toujours selon trois phases⁶². La première est constituée par la consultation du comité, que suit la négociation ou la signature d'un accord. Vient ensuite la seconde phase c'est-à-dire la proposition au personnel d'une renonciation contre un maintien de l'emploi ou un sauvetage de l'entreprise. Enfin, troisième phase, si le résultat du référendum est positif, c'est-à-dire si le taux d'acceptation est élevé, soit l'accord entre en vigueur, soit il est procédé à sa signature formelle.

22 - Au rôle assuré par le délit d'entrave, la doctrine préconise l'ajout de deux *garde-fous* de bon sens. D'une part, le référendum ne saurait remettre en cause des dispositions d'ordre public⁶³ : il est ainsi hors de question que le référendum vise à remettre en question les moyens et la mission des représentants du personnel, ou encore les dispositions relatives au salaire minimum ou au nombre de jours de congés payés. D'autre part, le référendum ne saurait valoir dénonciation de normes conventionnelles⁶⁴. Par conséquent, si un référendum souhaite remettre en question un droit conféré par un usage, un enga-

60. En pratique, l'effectivité de cette limite dépend de la fréquence des actions qui seront tentées par les syndicats sur la base de ce délit. Or ces actions ont un coût, qui peut les faire reculer.

61. Pour cette raison, J. Grimaldi d'Esdra, art. préc., spéc. n° 65, estime que le référendum "*doit s'intégrer aux autres vecteurs de représentation sans les rejeter ou les annuler*". Dans le même sens, M.-A. Rotschild-Souriac, art. préc., p. 39 note d'ailleurs que l'utilisation du référendum est souvent précédée par une consultation du comité d'entreprise.

62. Ce système est décrit par M.-A. Rotschild-Souriac, art. préc., p. 39. Elle propose d'ailleurs de parler de référendum négocié, et estime que "*de tels dispositifs retiennent l'attention car ils ne heurtent ni les règles de négociation et de conclusion collective ni les règles classiques d'opposabilité de l'accord au contrat individuel. Le référendum complète et renforce le consensus. Il vient au soutien de l'accord collectif dont il renforce la légitimité sans nier celle des organisations syndicales. Dans le même temps, le vote majoritaire et la volonté individuelle du salarié sont clairement dissociées*".

63. Grimaldi d'Esdra (J.), art. préc., n° 55.

64. Grimaldi d'Esdra (J.), art. préc., *eod. loc.* : "*le vote référendaire ne peut être assimilé à une dénonciation qui doit être effectuée par une partie signataire*".

gement de l'employeur ou une convention collective, il devra être précédé par l'accomplissement de certaines formalités, telles que, selon les cas, dénonciation ou encore information des intéressés ou des institutions représentatives du personnel⁶⁵. Enfin, M. J.-E. Ray rappelle qu'en tout état de cause "l'employeur ne peut pas (...) se soustraire à l'application d'un accord collectif en obtenant l'accord individuel de chaque salarié"⁶⁶.

23 - Par conséquent, le Droit lui-même dispose de moyens pour éviter une multiplication anarchique de la pratique référendaire. Si ces moyens se révélaient insuffisants en pratique, d'autres raisons, d'ordre factuel, sont de nature à les renforcer.

B) Les limites d'ordre factuel

24 - L'utilisation du référendum a toujours présenté des avantages et des inconvénients, comme le rappelle, en droit constitutionnel, M. J.-M. Denquin : "gouverner, c'est prendre des décisions concrètes, autrement dit réagir à des situations, adopter des fins à des moyens. Comment y parvenir sans rapidité, compétence et unité de commandement au sommet ? Inversement, la démocratie implique, pour correspondre vraiment à son essence, que le peuple gouverne lui-même, et non par intermédiaire ou par métaphore. Mais, s'il est très capable d'exprimer des fins, peut-il présider lui-même à leur incarnation dans le réel ? N'est-il pas un corps multiple, composé de membres inégalement informés des problèmes, et, dans le cas le plus favorable, c'est-à-dire quand l'opération est matériellement possible, long et difficile à réunir ? Ainsi, ou bien les nécessités du gouvernement ne sont pas réellement assurées, et de graves inconvénients pratiques risquent de s'en suivre ; ou bien ce n'est pas véritablement le peuple qui gouverne, et les exigences de la théorie sont bafouées. Tout régime concret est un compromis"⁶⁷.

25 - En droit du travail, le référendum suppose également un compromis entre la nécessité pour l'employeur de réagir vite aux problèmes de l'entreprise et celle de demander l'opinion des salariés sur les mesures les plus draconiennes qui les concernent directement. Tout référendum est un compromis entre un souci d'efficacité et une recherche de légitimité. Mais là ne se situent pas les principales limites d'ordre factuel. L'organisation de référendums abdicatifs est directement fonction de la volonté de sacrifice des salariés (1), elle-même étroitement liée au respect par l'employeur de ses engagements (2).

65. Sur ce point, Rotschild-Souriac (M.-A.), art. préc., p. 89.

66. Ray (J.-E.), "Partage du travail et plan social", art. préc., p. 452, note n° 65.

67. Denquin (J.-M.), th. préc., p. 17-18. Rapp. Wagner (E.), art. préc., spéc. note n° 49, p. 24 : "le référendum est-il une technique permettant d'établir la démocratie ou risquant de fausser la démocratie ? Le débat est déjà obscur dans la société civile. Il l'est encore plus dans l'entreprise dominée par le pouvoir d'un seul".

1) La volonté de sacrifice des salariés

26 - Une volonté de sacrifice, plus que toute autre, suppose une *information préalable*. Or, pour qui souhaite organiser un référendum, il y a là une réelle difficulté. En effet, cette information doit être complète, accessible, approfondie et objective afin que le personnel soit en mesure d'apprécier la réalité des difficultés économiques traversées par l'entreprise. La fourniture d'une information insuffisante, trop édulcorée, voire mensongère empêche de considérer juridiquement que la renonciation collective issue du vote soit véritablement exprimée en connaissance de cause.

Dans la pratique, parvenir à un tel niveau d'information peut s'avérer difficile car la plus grande majorité des salariés n'ont pas de notions comptables et/ou financières. De plus, ils sont obligés de se fier aux informations fournies, sans pouvoir véritablement savoir si elles sont le fidèle reflet de la réalité économique de l'entreprise. Le contexte préalable à la demande de sacrifice va donc être extrêmement variable d'une entreprise à l'autre. Ceci précisé, reste à déterminer en quoi le référendum abdicatif repose sur une volonté de sacrifice.

27 - Le vote référendaire compte sur une vertu censée habiter chaque salarié : le sens de l'entreprise. C'est précisément ce sens de l'entreprise qui doit amener l'individu à consentir des *sacrifices*. Ces derniers sont à la base même de tout référendum abdicatif : en effet, les deux alternatives du choix offert au salarié sont négatives. S'il répond *positivement* à la proposition faite par la direction, il perd une partie de sa rémunération ou de son temps de travail. S'il émet une réponse négative, sa situation psychologique ne sera pas plus enviable : l'employeur, prenant acte du résultat du vote, se dira contraint de recourir à des licenciements. Tout référendum abdicatif place donc le salarié face à un *dilemme* : soit il sacrifie une part de rémunération ou de temps de travail, soit il accepte que soient sacrifiés des emplois⁶⁸.

Il y a là un *jugement de valeur* particulièrement délicat, et qui ne sera tranché en définitive par le vote majoritaire⁶⁹ : vaut-il mieux perdre des avantages ou des collègues ?

68. Resterait même à se demander dans quel mesure un consentement peut être libre lorsqu'il est exprimé sous la menace de perdre son emploi. En ce sens, Lebaube (A.), "Décider par référendum", *Le Monde Initiatives*, préc., p. I, 1ère col : "(...) l'apparente adhésion volontaire des salariés peut dissimuler une anesthésie générale, entretenue par la peur de perdre son emploi".

69. Sur le lien entre jugement de valeur et vote majoritaire, voir Perelman (Ch.), *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, spéc. p. 100, n° 49 : "(...) Grâce à l'expérience et à la démonstration, on peut établir la vérité de certains faits et de certaines propositions, logiques et mathématiques, alors que les jugements de valeur restent controversés, sans que l'on ait pu trouver une méthode rationnelle permettant d'établir un accord à leur sujet. Très souvent, en effet, quand il faut surmonter les désaccords qu'ils suscitent, et prendre une décision, c'est la raison du plus fort qui s'impose comme la meilleure, le plus fort étant celui qui l'emporte par les armes ou par un vote majoritaire".

28 - De plus la volonté de sacrifice n'est pas extensible à l'infini : elle peut s'éroder, comme en témoigne un exemple récent. Dans l'entreprise de textile enfant *Ozona*, un premier référendum fut organisé en juin 1993, par lequel les salariés avalisèrent un accord CFDT-Direction, et acceptèrent du même coup de renoncer à diverses primes, dont celle de treizième mois. Cela permit à l'époque d'éviter des licenciements. Or, fin septembre 1994, les mêmes partenaires sociaux organisent un second référendum, demandant à cette occasion de nouvelles renonciations aux salariés, en l'occurrence des *réductions de salaire*. Cette fois, les salariés se refusèrent à consentir de nouveaux sacrifices : sur les 400 salariés de l'entreprise, 237 ont refusé de ratifier cet accord, seuls 87 d'entre eux l'approuvant⁷⁰. La netteté du résultat du vote montre bien qu'au-delà d'une certaine limite la volonté de sacrifice s'émousse et disparaît.

29 - Dès lors, dans quels cas l'organisation d'un référendum est-elle souhaitable ? A cette question, aucune réponse *a priori* n'est possible⁷¹ : il faut tenir compte de l'existence ou non d'*alternative* au référendum (telle qu'un engagement unilatéral de l'employeur par exemple), mais aussi du contexte social de chaque entreprise ou encore des antécédents référendaires. Toutefois, ce qui est certain, c'est que l'organisation d'un référendum ne présente pas que des avantages pour l'employeur, et peut en particulier entraîner un *éclatement* du statut des salariés de l'entreprise. En effet, lorsque la renonciation collective adoptée se traduit par des propositions individuelles de modification du contrat de travail, chacun est libre d'accepter ou non cette modification. Sur ce point, il y a unanimité doctrinale pour considérer que la minorité n'est pas engagée par la renonciation collective majoritaire⁷². Certains salariés pourront donc avoir renoncé à tout avancement ou à toute augmentation de salaire, voire à une prime de treizième mois⁷³, alors que d'autres continueront d'en bénéficier. Ceci ne facilitera assurément pas le travail de la Direction des ressources humaines de l'entreprise.

70. *Le Monde*, 29 septembre 1994, p. 24.

71. Dans le même sens, en droit constitutionnel, voir Denquin (J.-M.), th. préc., p. 333-334.

72. Cf. Rotschild-Souriac (M.-A.), *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris I, 1986, t. I, p. 742 et s. ; Chalaron (Y.), *Négociations collectives et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 160, p. 147 ; Vacarie (I.), art. préc., p. 757 et s. ; Freyria (Ch.), "Les accords atypiques", *Dr. soc.* 1988, p. 43 et s., spéc. p. 53 : "la majorité favorable ne constituera qu'un amas de décisions individuelles" ; rappr. Grimaldi-d'Esdra (J.), art. préc., n° 11 : "les individus isolés, même agglomérés par un vote majoritaire n'ont pas la capacité (...) d'imposer leur volonté à une minorité récalcitrante de salariés". *Contra*, une jurisprudence ancienne a pu reprocher à un contremaître d'avoir refusé une baisse de qualification acceptée par d'autres salariés en vue d'éviter leur propre licenciement : Soc. 15 décembre 1961, "Normand", Bull. V, n° 1052.

73. Toutefois, si cette prime trouve sa source dans un usage, la renonciation collective doit être unanime : cf *supra* n° 20 et s.

De plus, l'organisation d'un référendum dans l'entreprise diminue les marges de manœuvre de l'employeur dans la mesure où il va devoir formuler un certain nombre d'engagements⁷⁴, qu'il devra ensuite tenir.

2) *Le respect de ses propres engagements par l'employeur*

30 - Pour que les salariés consentent à faire des sacrifices, il faut que l'employeur s'engage de son côté à ne pas licencier, voire à embaucher⁷⁵ grâce à l'effort économique fourni par les salariés. Or, de *lege lata*, la valeur de cet engagement est floue, comme le montrent les récentes interrogations de M. G. Lyon-Caen sur ce point : *"l'employeur qui, réduisant la durée du travail, prendrait l'engagement d'embaucher en contrepartie, prend-il un engagement qu'il puisse être contraint d'exécuter? On peut en douter. On peut douter que cela soit compatible avec la liberté d'entreprendre. Et s'il prend celui de ne pas licencier, cela peut-il l'empêcher de revenir, à quelques temps de là, avec des comptes détériorés et un plan social en bonne et due forme ?"*⁷⁶.

La pratique montre que l'inquiétude exprimée par cet auteur est fondée, et que certains employeurs ne respectent pas les engagements pris à l'occasion de référendums. Ainsi, chez Potain⁷⁷, filiale du groupe Legris Industrie, un accord avait été signé le 10 février 1993, puis approuvé lors d'un référendum par 91 % des salariés non-cadres. Cet accord, d'une durée de deux ans, prévoyait une réduction du temps de travail (sans compensation salariale) après épuisement de 100 heures de chômage partiel. Ces mesures devaient permettre d'éviter 128 licenciements. Or, le 25 novembre 1993, soit un peu plus de 9 mois après le vote, une des entreprises du groupe annonce 58 licenciements. S'engagent alors divers débrayages et manifestations, l'affaire étant ensuite portée en justice. Le 9 février 1994, le Tribunal de grande instance de Lyon donne gain de cause aux trois syndicats demandeurs, et fait défense à la société de poursuivre les licenciements. Le 31 mars 1994, la Cour d'appel infirme la décision des premiers juges, donnant ainsi gain de cause à la direction, au motif que l'employeur ne s'était jamais engagé à ne procéder à aucun licenciement⁷⁸. Le délégué C.F.D.T. envisage alors de se pourvoir en cassation. Une

74. V° "Engagement", in *Vocabulaire juridique*, op. cit. [Cornu (G.), dir.] sens 3 : l'engagement unilatéral de volonté est "l'acte juridique unilatéral de volonté par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre". Adde Dockès (E.), "L'engagement unilatéral de l'employeur", *Dr. soc.* 1994, p. 227 et s.

75. Les termes des engagements pris doivent être soupesés avec attention. Ainsi, affirmer comme le faisait en mai 1994 J.-M. Descarpentries, P. D.G. de Bull (cf. *Le Monde*, 27 mai 1994, p. 22), "qu'il n'y aura plus jamais de plans sociaux globaux" ne signifie pas qu'il n'y aura plus, à l'avenir, de licenciements dans l'entreprise. En effet, l'absence de plan social global n'empêche pas en effet la mise en place de plans sociaux partiels, et de licenciements à l'échelle d'un établissement de l'entreprise.

76. Lyon-Caen (G.), "Critique d'une critique critique" [sur le livre de Supiot (A.), *Critique du droit du travail*], *Dr. soc.* 1994, p. 663 et s., spéc. p. 666.

77. Voir Alzigovici (F.), "Les surprises", *Le Monde Initiatives*, préc., p. III.

78. *Bref social* 1994, n° 11659, p. 3.

semaine plus tard, la direction elle-même posait un point final à cette affaire en retirant son plan de licenciement, la charge de travail s'étant accrue. Le cas de l'entreprise *Potain* n'est pas isolé, comme le montrent les deux exemples suivants.

Chez *Montabert* (société de matériel de forage sise à Saint-Priest dans le Rhône), un accord de janvier 1993, signé pour deux ans, prévoyait, avec l'aval de 90% du personnel, une amputation de la prime annuelle, ainsi qu'une baisse non compensée de 5 heures de l'horaire de travail hebdomadaire. Ces sacrifices devaient permettre d'éviter des licenciements. Or, les exigences d'un repreneur américain amenèrent malgré cela la direction à prévoir 94 suppressions de poste (dont 87 licenciements secs pour 534 salariés), ainsi qu'une nouvelle amputation supplémentaire de la prime annuelle⁷⁹.

Chez *Digital Equipement* à Evry, 550 volontaires, soit 1 salarié sur 5, avaient accepté de réduire temps de travail et rémunération afin éviter des licenciements. Quelques mois plus tard, malgré les efforts consentis par ces salariés, la direction annonça 400 suppressions d'emploi, et ce dans le cadre du 5ème plan social en trois ans⁸⁰.

31 - Est-il besoin d'insister sur les conséquences que peuvent avoir sur le climat social le non-respect des engagements pris par la direction ? Non seulement le climat de travail dans l'entreprise se dégrade, mais de plus les salariés vont perdre durablement confiance en la direction. Il y a là plus qu'une simple péripiétie dans la vie de l'entreprise car les renonciations consenties par les salariés vont être ressenties comme des sacrifices inutiles. Cela aura au moins deux conséquences : d'une part, l'idée de *partage*, et en particulier de *partage du travail*⁸¹, risque d'être déconsidérée⁸². D'autre part, *tout référendum ultérieur sera envisagé avec méfiance par le personnel. Il sera par conséquent nettement plus difficile d'obtenir de sa part de nouvelles renonciations si les difficultés économiques de l'entreprise viennent à s'accroître. Autant le référendum peut être un instrument efficace d'émulation du personnel, autant le non-respect de ses engagements par l'employeur sera destructeur du climat social.*

32 - Il y a deux moyens d'éviter d'en arriver là. Le premier consiste à faire confiance au *bon sens* de la majorité des dirigeants d'entreprise, qui ont conscience de la nécessité de ne faire du référendum qu'un usage modéré et à

79. Voir l'article de Normand (J.-M.), intitulé "Les salariés de Montabert poursuivent leur grève", *Le Monde*, 26 mai 1994, p. 20, 2ème et 3ème col.

80. Normand (J.-M.), art. préc., 4ème col.

81. L'idée de partage du travail fait elle aussi l'objet d'une redécouverte un peu partout en Europe. En ce sens, Bastian (J.), "Work sharing : the reappearance of a timely idea", *The political quarterly*, 1994-1995, Vol. 65, n° 3, p. 302 : "to the surprise of many concerned with contemporary labour market policies, a timely idea is currently regaining attention (...) : shorter working hours in order to share out jobs".

82. De nombreux accords de partage du travail sont assortis de référendums : Ray (J.-E.), "Partage du travail et plan social", *Dr. soc.* 1994, p. 444 et s., spéc. p. 453.

bon escient. Le second moyen consiste à sanctionner ceux qui n'en font pas un tel usage. Pour cela, il suffit que le non-respect des engagements pris soit assorti de l'intégralité de ses conséquences juridiques.

33 - Tout référendum abdicatif a pour finalité de nouer une convention : le salarié y souscrit une obligation de faire, en l'occurrence de renoncer à une prime ou à un élément de son contrat de travail. De son côté, l'employeur accepte de se voir soumis à une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas licencier. Le rapport ainsi créé est intrinsèquement synallagmatique⁸³ : le salarié accepte de renoncer parce qu'en échange l'employeur s'engage à ne pas licencier. Si ce dernier licencie malgré tout quelques mois plus tard, il y a donc de sa part inexécution d'une obligation contractuelle⁸⁴.

34 - De la notion de *cause* découle ensuite la sanction de cette inexécution. En effet, pour le salarié, l'engagement de l'employeur d'éviter les licenciements constitue la *contrepartie* de son obligation, mais aussi le *motif* qui le pousse à renoncer. L'engagement de ne pas licencier constitue à la fois la cause du contrat et celle de l'obligation. Plus encore, cet engagement de l'employeur constitue sans aucun doute la cause impulsive et déterminante (*causa impulsiva*⁸⁵) de la renonciation du salarié.

Si la contre-prestation n'est pas remplie, la renonciation se trouve alors dépourvue de cause. Le contrat n'ayant plus d'intérêt pour le salarié, "*la nullité de l'une des obligations doit entraîner la disparition de l'obligation réciproque*"⁸⁶. L'article 1131 du Code civil prévoyant que "*l'obligation sans cause (...) ne peut avoir aucun effet*", il doit dès lors y avoir remise en l'état conformément au droit commun : "*la répétition de ce qui a été payé peut être demandée*"⁸⁷ (*restitutio in integrum*). L'employeur devrait donc logiquement être condamné à verser aux salariés le rappel intégral des primes ou des

83. Le fait que la mise en œuvre concrète puisse ensuite se réaliser par engagement unilatéral de l'employeur (cf *supra* n° 13) ne modifie pas ce caractère synallagmatique : celui-ci découle de la phase de formation et d'échange des volontés dont le vote est la concrétisation.

84. Rapp. Ray (J.-E.), "Partage du travail et plan social", art. préc. p. 455, qui estime lui aussi qu'il y a "*inexécution d'engagement contractuel entraînant allocation de dommages et intérêts spécifiques, qui peuvent le cas échéant dépasser 6 mois de salaire*".

85. V° "*causa impulsiva*", Roland (H.) et Boyer (L.), *Locutions latines du droit français*, 3ème éd., Litec, p. 47 : la cause déterminante "*recouvre le motif occasionnel, la raison individuelle et contingente qui explique le contrat*"; rapp. notamment Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), *Les obligations*, 4ème éd., Cujas, Paris, n° 492 et s. ; Aubert (J.-L.), *Les obligations*, t. I, 5ème éd., Armand Colin, Coll. U, n° 250 et s. ; Terre (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), *Les obligations*, Précis Dalloz, 5ème éd., n° 312 et s.

86. Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), *op. cit.*, n° 511, qui ajoutent que "*la nullité pour absence de cause traduit l'interdépendance des obligations contractuelles*". Voir déjà Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 10ème éd. par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, Paris, 1948, n° 95, p. 67 : "*(...) si l'une des obligations est inexécutée, pour quelque raison que ce soit, l'autre n'a plus de base et doit disparaître*".

87. Colin (A.) et Capitant (H.), par L. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 102.

salaires ayant fait l'objet de renonciation⁸⁸. Si le droit des obligations se fait ici protecteur des intérêts des salariés⁸⁹, l'employeur tentera en pratique de se retrancher derrière l'argument économique. Se présentant comme acculé aux licenciements par les difficultés économiques, il tentera d'échapper au paiement de rappels de salaires en invoquant un fait très simple : payer les sommes dues ne ferait qu'accroître les difficultés économiques, et donc le nombre des licenciements.

Cette fois ci, c'est le juge qui se trouve face à un dilemme. Toutefois, pour l'aider dans la recherche de la solution, il est possible, par analogie, de s'inspirer de la solution déjà adoptée par la jurisprudence en matière de *garanties contractuelles de stabilité d'emploi*⁹⁰ : les difficultés économiques ne peuvent être invoquées qu'à la condition qu'elles présentent pour l'employeur le caractère de *force majeure*⁹¹.

35 - De part ses spécificités et ses limites rencontrées, le référendum ne peut être considéré comme un nouveau mode de gouvernement de l'entreprise. Cependant, il peut constituer un outil précieux pour ceux qui, aujourd'hui, ont en charge ce gouvernement. Il a pour mérite d'y associer les salariés en leur conférant une responsabilité vis-à-vis de l'entreprise mais aussi vis-à-vis de leur propre sort. En effet, en les responsabilisant, il contribue très certainement à accélérer chez eux une *métamorphose identitaire*⁹². En ce sens, il participe, du moins en théorie, de la recherche d'un *mieux*⁹³.

88. Cette solution est préconisée en cas de non-respect de l'article 39 de la Loi quinquennale sur l'emploi (faisant obligation à l'employeur d'embaucher 10% d'effectifs en plus s'il désire recourir à la modulation expérimentale du temps de travail) par Merlin (L.), "Les 33 heures de la loi quinquennale : les risques de dévoiement de la réduction du temps de travail", *S.S.L.* 1994, n° 680, p. 3 et s., spéc. p. 4, proposition n° 7 : l'employeur qui ne respecte pas ses obligations "devrait être condamné au remboursement des cotisations ainsi qu'au paiement, envers les salariés, des différentiels de salaire".

89. Le mérite en revient précisément à la notion de cause : pour Terre (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.), *op. cit.*, n° 317, "la condition d'existence de la cause est posée dans un souci de protection individuelle".

90. Sur la possibilité de licencier pour motif économique en présence d'une clause contractuelle de stabilité d'emploi, voir Soc. 7 novembre 1990, "Tranchand", sous l'article de Savatier (J.), "Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi", *Dr. soc.* 1991, p. 413 et s., spéc. p. 417. Dans cette espèce, l'emploi était garanti au salarié jusqu'à l'âge de la retraite.

91. A défaut d'adopter une telle solution, tout ce qui dépasse les minima conventionnels ou légaux pourra être massivement remis en question grâce au référendum abdicatif. Le consentement des votants pourra facilement être obtenu par des promesses qui de toutes façons n'auront pas à être tenues.

92. Pour la sociologue D. Linhart, "L'entreprise rend les salariés schizophrènes. Stress et détresse", revue *Hommes et libertés* (éditée par la Ligue des Droits de l'Homme), 1994, n° 13 (dont le thème est "Le spectre de la déchirure sociale et politique"), p. 58 et s., "renoncer au contrôle et à la contrainte sociale que permet l'organisation du travail suppose de disposer d'une main-d'œuvre acquise aux intérêts et à la philosophie de l'entreprise (...) une partie des

Toutefois, le *contexte* dans lequel sont organisés les référendums actuellement invite à relativiser le propos. En pratique, l'avis des salariés n'est demandé qu'en *temps difficile* pour prendre les décisions les plus *ingrates*. Là réside un risque de *crise* identitaire des salariés si l'employeur ne respecte pas les engagements pris en contrepartie de l'effort demandé.

Le salarié risque de penser que les sacrifices ont été vains, et il se dira, tout comme le faisait un auteur il y a soixante ans, que "*ce qui est le plus pénible, c'est d'avouer sa propre impuissance en face d'un monde sans aucune sécurité garantie par le droit*"⁹⁴. Aux dirigeants d'entreprise et aux juristes de faire qu'il en soit autrement...

(suite note 92) *politiques managériales vise à opérer une métamorphose identitaire et peut s'analyser en termes de management de l'identité des salariés*".

93. Rappr. la définition du droit donnée par Cornu (G.), "Le visible et l'invisible", revue *Droits*, n° 10, 1990, p. 29 : "*transmis et repensé d'âge en âge, le droit est une longue marche à la recherche d'un mieux*".

94. Dinitch (R.), *Essai sur la flexibilité du droit*, th. Paris, 1934, p. 105.