

REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

1^{er} axe : De la représentation à la négociation collective... De l'existence à l'expression
de la collectivité des salariés

Le referendum d'entreprise ou le spectre de la démocratie illibérale

par Benjamin DABOSVILLE, Maître de conférences en droit,
Institut du travail, Université de Strasbourg

PLAN

I. Une sous-estimation des mérites de l'autonomie collective

Certaines évolutions juridiques, introduites sous couvert de nécessités pratiques, sont porteuses de mutations profondes des valeurs et pratiques qu'une société humaine entend promouvoir : tel est le cas de la consécration, en droit du travail français, du referendum d'entreprise.

II. Une surestimation des vertus du vote

Démocratie et droit du travail ont, il est vrai, depuis longtemps partie liée (1), le second constituant « un élément essentiel » de la première (2). Dès le XIX^{ème} siècle, mûrissant les échecs de la Révolution de 1789, de nombreux auteurs estimèrent que les changements apportés au fonctionnement de l'État et aux règles de l'état civil ne pouvaient réellement porter leurs fruits que si des transformations étaient apportées aux structures de production (3). Renforcé par les premières enquêtes sur les conditions de travail et de vie liées à la révolution industrielle (4), ce constat entraîna l'élaboration d'une législation ouvrière à compter de la Monarchie de juillet (5) et de la Deuxième République (6). Ces réflexions s'intéressèrent également aux déclinaisons possibles de l'idée de « démocratie » dans les relations de travail. Qu'il s'agisse de la notion de « démocratie industrielle », développée dans de nombreux écrits (7), ou de celle, équivalente, de « démocratie

(1) A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Actes sud, 1986. V., plus récemment, « Dossier : Démocratiser l'entreprise », *Esprit*, 2018/3, p. 37.

(2) F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Gouttière, A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil, *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, 1980, p. 271.

(3) F. Jarrige « Je m'appelle droit au travail ! », *L'Histoire*, 2018/2, n° 444, p. 44. Qu'il s'agisse des cités grecques de l'Antiquité ou des cités italiennes de la Renaissance, l'histoire démontre la pertinence de ce lien, qui a pris des formes diverses selon les lieux, les époques et les sociétés humaines (sur les cités italiennes, v. « Dossier : La Cité Italienne, un modèle de république », *L'Histoire*, 2013/12, n° 394, p. 22).

(4) V. not. la plus célèbre d'entre elles : L.-R. Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, Renouard, 1840.

(5) Loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers.

(6) Décret du 25 février 1848 garantissant « l'existence de l'ouvrier par le travail » ; décret du 2 mars 1848 interdisant l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchandage ; décret du 2 mars 1848 fixant la durée maximale de la journée de travail à dix heures à Paris et onze heures en province ; loi du 14 mai 1851 réformant le livret ouvrier.

(7) Sur cette notion, v. A. Lyon-Caen, « La démocratie dans le travail », in O. Darnton et O. Duhamel (dir.), *Démocratie*, Éd. du Rocher, 1998, p. 268. L'expression est utilisée dès le premier tiers du XIX^{ème} siècle (Ch. Laboulaye, *De la démocratie industrielle*, G. Gratiot, 1848), notamment dans les travaux de P.-J. Proudhon (qui l'utilise dans l'introduction à son *Manuel du spéculateur à la bourse*, Garnier frères, 1854). Elle était au cœur des débats dans les années 1960-1970 dans les pays nordiques et anglo-saxons (H.A. Clegg, *A new approach to industrial democracy*, Blackwell, 1960 ; F. Emery, E. Thorsrud, *Industrial democracy*, Oslo University Press, 1964 ; E. Rhenman, *Industrial democracy and industrial management*, Norstedt, 1964 ; Ch. Levinson (dir.), *Industry's Democratic Revolution*, 1974, trad. fr. *La démocratie industrielle*, Le Seuil, 1976 ; C. Casassus, « Un débat européen sur la démocratie industrielle, Cambridge, juillet 1977 », *Sociologie du travail*, 1977, p. 434 ; M.-F. Mialon, « Participation, autogestion et coopération dans l'entreprise (Étude comparative des techniques de démocratie industrielle expérimentée en Europe) », *Dr. Soc.* 1980, p. 372 ; J. Goetschy et A. Hingel, *Démocratie industrielle, productivité et mutation des rapports sociaux dans l'entreprise, le cas de la Scandinavie et de la Grande-Bretagne*, Cesta, 1986). En France, sans avoir jamais disparue (G. Scelle, « Le problème ouvrier », in *La politique républicaine*, Félix Alcan, 1924, p. 335 ; G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Vrin, 1931 ; *ibid.* « Les voies de la démocratisation industrielle », *Esprit*, 1953, p. 964 ; A. Philip, *La démocratie industrielle*, Puf, 1955 ; D. Weiss, *La démocratie industrielle : cogestion ou contrôle ouvrier ?*, Éd d'organisation, 1978) ; elle connut surtout un regain d'actualité avec les lois Auroux (D. Martin, *Démocratie industrielle. La participation directe dans les entreprises*, coll. « Sociologies », PUF, 1994 ; J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise. 1890-2002*, Syllepses, 2003).

économique », mise en évidence plus récemment dans le rapport Auroux (8), le fil directeur de ses préoccupations est resté le même : redistribution du pouvoir et transformation des relations de travail doivent aller de pair (9).

Jusqu'à une période récente, cette préoccupation démocratique ne s'accompagna toutefois pas d'une consécration de ce qu'on peut appeler le « *referendum d'entreprise* » (10), à savoir une consultation des salariés à l'initiative du seul employeur (11). Sans doute pouvait-on constater qu'une telle consultation était parfois mise en œuvre dans certaines entreprises. Mais ce phénomène, mal quantifié et sans doute assez marginal, ne disposait que d'une reconnaissance juridique limitée (12). Tout comme le fait, pour les représentants du personnel, de consulter adhérents du syndicat ou salariés de l'entreprise sur la stratégie à adopter, il ne s'agissait que d'une pratique se déroulant principalement hors cadre légal (13). Jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, la question ne se posait d'ailleurs guère, le législateur n'ayant pas consacré l'entreprise comme niveau de négociation (14). Certes, tout aurait pu changer avec la loi du 13 novembre 1982. Soucieux de voir la démocratie trouver « *sa pleine mesure sur le lieu de travail* » (15) et de voir les travailleurs devenir des « *citoyens à part entière dans l'entreprise* » (16), le législateur entendit alors développer la négociation collective d'entreprise. Pourtant, il refusa, dans le même mouvement, de faire une place au referendum d'entreprise dans

la procédure de conclusion des accords collectifs. Ce n'est que « *par l'intermédiaire des organisations syndicales* » que les travailleurs pouvaient fixer « *les conditions dans lesquelles ils contribuent à l'effort de production de l'entreprise* » (17). S'il fut bien reconnu aux travailleurs un « *droit à l'expression sur leurs conditions de travail* » (18), celui-ci se prolongeait pas par un vote et demeurait déconnecté de la négociation collective. Pour expliquer ce rejet du referendum d'entreprise, le ministre du Travail Jean Auroux eut, lors des débats parlementaires, cette réponse fameuse : « *le referendum, c'est la mort du fait syndical* » (19).

Marginalisé, mal-aimé, redouté, le referendum d'entreprise n'était cependant pas totalement inconnu du droit français. Dès 1946, il avait été rendu licite en matière de retraites complémentaires et de prévoyance, avant de voir son champ s'étendre aux accords d'intéressement et de participation aux résultats, puis à la mise en place des horaires individualisés et, enfin, aux accords de réduction du temps de travail (20). Par ailleurs, en dehors de ces hypothèses légales, la pratique du referendum continuait de se développer, sous le regard tantôt bienveillant, tantôt

(8) J. Auroux, *Les droits des travailleurs, rapport au Premier Ministre*, La Doc. fr., 1981, p. 3.

(9) V., encore récemment, A. Supiot, « Figures juridiques de la démocratie économique », Collège de France, cours 2016-2017 et 2017-2018 ; P. Lokiec, « Démocratie représentative et démocratie directe », Dr. Soc. 2019, p. 201 ; M. Véricel, « Pour une participation authentique des salariés à la vie de l'entreprise », Dr. Soc. 2018, p. 924 ; A. Jeammaud, O. Favereau, « Qu'est devenue l'idée démocratique en droit du travail ? » RDT 2017, p. 576 ; L. Pécaut-Rivolier, « Référendum, syndicats, élus : quelques réflexions autour du concept de « démocratie sociale » », Les Cahiers sociaux 2017, n° 302, p. 39 ; G. Gourgues, K. Yon, « Démocratie, le fond et la forme : une lecture « politique » des ordonnances Macron », RDT 2017, p. 625 ; D. Graire-Simonneau, « La « loi travail » ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée », RJS 2017, p. 530 ; P.-Y. Verkindt, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », JCP S 2012, n° 1233.

(10) Sur cette terminologie, v. B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », Dr. Soc. 1998, p. 338 ; F. Petit, « La difficile mise en œuvre des référendums d'entreprise », Dr. Soc. 2017, p. 156.

(11) Un autre aspect de ces réflexions sur l'articulation entre démocratie et monde du travail porte sur les relations entre partenaires sociaux et État au niveau professionnel ou interprofessionnel ou bien encore sur les choix de politique macroéconomique (A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Introduction » in *Droit du travail, démocratie et crise*, préc., n. n° 7). Sans rentrer dans ces débats, nous limiterons l'analyse au seul cadre de l'entreprise.

(12) G. Gourgues, K. Yon, « Référendums d'entreprise et conflictualité sociale. Éléments pour un bilan des réformes du droit du travail », RDT 2018, p. 838, spéc., p. 841.

(13) La consultation des salariés par leurs représentants est une pratique ancienne, déjà attestée au XIX^{ème} siècle. La consultation des salariés à l'initiative des employeurs est, elle, surtout

documentée à partir des dernières années du XX^{ème} siècle. Sur ces pratiques, v. F. Hénot, « Pratiques référendaires et gouvernabilité de l'entreprise », in CURAPP, *La gouvernabilité*, Puf, 1996, p. 129 et, plus récemment, J. Péliisse, « Les pratiques référendaires dans les entreprises » in C. Teissier (dir.), *La place des représentants élus du personnel, des pratiques référendaires et des formes de médiation dans la négociation collective d'entreprise*, Astrees, 2014, p. 35.

(14) La négociation d'entreprise ne fut reconnue que par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 (JORF, 14 juillet 1971). Mais c'est surtout avec la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 (JORF, 14 novembre 1982) que le législateur entendit promouvoir le développement de la négociation collective d'entreprise (M. Despax, « Négociations, conventions et accords collectifs » in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, pt. 37 et s.).

(15) J. Auroux, préc., p. 3.

(16) *Ibid.*, p. 5.

(17) *Ibid.*, p. 29.

(18) Ce « *droit d'expression directe et collective des salariés* » est aujourd'hui consacré par l'article L. 2281-1 du Code du travail.

(19) JOAN, débats, 2^{ème} séance du 10 juin 1982, p. 3245.

(20) Décret n° 46-1378 du 8 juin 1946 (JORF, 9 juin 1947) pour les retraites complémentaires et la prévoyance (J. Colonna et V. Renaux-Personnic, « Le référendum et la protection sociale », Dr. Soc. 2018, p. 433) ; Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 (JORF, 9 janvier 1959) pour l'intéressement ; ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 (JORF, 17 janvier 1982) pour les horaires individualisés ; ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 (JORF, 23 octobre 1986) pour la participation (J.-Ph. Lieutier, « Les référendums d'entreprise liés à la mise en place des dispositifs d'épargne salariale », Dr. Soc. 2018, p. 437) ; loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 (JORF, 20 janvier 2000) pour les accords de réduction du temps de travail (B. Gauriau, « Le référendum et les accords « Aubry II » », Dr. Soc. 2000. 311).

critique de la doctrine (21). Dans les premières années du XXI^{ème} siècle, un tournant s'opéra. Parachevant une évolution opérée par touches successives (22), la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 cessèrent de faire du referendum un mode exceptionnel de conclusion d'un accord collectif pouvant seulement être mis en œuvre dans des matières particulières (23). À présent, la possibilité de recourir au référendum est ouverte quel que soit le sujet traité. Les seules variations identifiables concernent le rôle donné à cette consultation des salariés dans la procédure d'adoption des accords collectifs. Tantôt, le referendum s'apparente à une « ratification » d'un texte négocié et signé par un syndicat (24). Deux situations correspondent à cette hypothèse. La première est celle d'un texte signé par un délégué syndical. Lorsque l'audience des signataires est comprise entre 30 % et 50 % des suffrages, l'accord doit être soumis à ratification de la majorité des salariés pour être valable (25). La seconde est celle d'un texte signé par un élu mandaté ou un salarié mandaté dans une entreprise dépourvue de délégué syndical. Là encore, l'accord doit être ratifié par la majorité des salariés (26). Tantôt encore, le référendum s'analyse comme une « approbation » par les salariés d'un texte élaboré unilatéralement par l'employeur (27). Ce cas de figure se rencontre dans les entreprises de relative petite taille, à savoir inférieures à 20 salariés. Il faut, alors, que le texte soumis à consultation recueille les deux tiers des suffrages exprimés (28).

Cette consécration du referendum d'initiative patronale a suscité de nombreux commentaires (29). Au-delà des questions de technique juridique, c'est la signification politique de l'introduction d'un tel dispositif dans les relations de travail qui interroge. Que nous enseignent ces nouvelles dispositions sur l'évolution de notre démocratie industrielle ?

Pour répondre à cette interrogation, il faut, au préalable, s'intéresser de manière plus globale à l'évolution des pratiques de pouvoir. Parmi les grilles d'analyse forgées pour penser le monde contemporain, l'une mérite un intérêt renforcé : il s'agit de la notion de « démocratie illibérale ». Si elle fait l'objet de nombreux raffinements (30), les traits essentiels de cette notion ont été mis en exergue par l'essayiste Fareed Zakaria dans son article fondateur paru dans la revue *Foreign Affairs* en 1997 (31). Examinant le fonctionnement des systèmes politiques à travers le monde, l'auteur invite à découpler la « démocratie » du « libéralisme » (32). La première renvoie au « pouvoir du peuple » et se caractérise par « des élections » (33). La seconde désigne un ensemble de règles visant à assigner des « limites [aux] pouvoirs » et à garantir aux individus des « droits fondamentaux » (34). En somme, le libéralisme est un terme générique regroupant « l'État de droit, la séparation des pouvoirs, la protection des libertés fondamentales d'expression, de réunion, de religion et de propriété » (35). Si, en Occident, la démocratie libérale s'est épanouie, tel n'est pas le cas dans le reste du monde : « la démocratie fleurit,

(21) J. de Givry, « Le référendum dans l'entreprise ; une nouvelle voie à explorer dans les relations de travail », in *Convergences. Études offertes à Marcel David*, éd. Calligrammes, 1991, p.199 ; J. Barthélémy, « Le référendum en droit social », *Dr. Soc.* 1993, p.89 ; J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridique du référendum en droit social », *Dr. Soc.* 1994, p.397 ; M.-A.Rotschild-Souriac, « Regards sur le référendum », *Liais. soc. mensuel*, décembre 1993, p.88 ; B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. Soc.* 1998, p.338 ; B. Gauriau, « Le référendum, un traitement démocratique... aux effets indésirables », *Liais. soc. magazine* n° 7, 1^{er} décembre 1999.

(22) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (JORF, 21 août 2008) ; loi n° 2015-994 du 17 août 2015 (JORF, 18 août 2015).

(23) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (JORF, 9 août 2016) ; ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (JORF, 23 septembre 2017).

(24) Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail, Étude sur la diffusion d'un modèle*, préf. M.-A. Souriac, Dalloz, 2017, § 554 ; G. Auzero, « La légitimité intrinsèque de l'accord collectif et la règle majoritaire », *Dr. Soc.* 2018, p.154, spéc., p.157.

(25) C. trav., art. L. 2232-12, al. 2.

(26) C. trav., art. L. 2232-23-1, dernier al. ; art. L. 2232-24, dernier al. ; art. L. 2232-26, dernier al.

(27) G. Auzero, art. cit., p. 158. Paradoxalement, c'est à propos de ce cas de figure que le législateur utilise l'expression « ratification », détournant ainsi le sens de l'expression (sur ce point, v. G. Auzero, art. cit., n. n° 32).

(28) C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-22 (entreprises de moins de onze salariés) et art. L. 2232-23 (entreprises ayant entre onze et vingt salariés).

(29) « Dossier. Le référendum dans l'entreprise : nouveau mode de dialogue social ? », *Dr. Soc.* 2018, p.404 ; A. Lyon-Caen, « Référendum », *RDT* 2018, p.337 ; P.-H. Antonmattei, « Syndicats représentatifs et référendum : la fausse concurrence », *Dr. Soc.* 2018, p.198. V. égal. B. Bauduin, « La négociation collective dans les entreprises de moins de 50 salariés », *Dr. Soc.* 2018, p.682 ; F. Petit, « La légitimité des organisations syndicales, préalable à la légitimité de l'accord collectif », *Dr. Soc.* 2018, p.141 ; F. Canut, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical », *Dr. Soc.* 2017, p.1033 ; J. Barthélémy, « À propos du référendum », *Cah. DRH*, 1^{er} nov. 2017, p.52 ; F. Petit, « Le référendum en entreprise comme voie de secours », *Dr. Soc.* 2016, p.903.

(30) V. not. J. Rupnik (trad. A. Lalo), « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit* 2017/6, p.69 ; *ibid.* « La crise du libéralisme en Europe centrale », *Commentaire* 2017/4, p.797 ; Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, L'observatoire, 2018. Pour un panorama contemporain des travaux sur le sujet, v. A. Chemin, « Pologne, Hongrie... ces démocraties « illibérales » qui remettent en cause l'État de droit », *Le Monde*, 7 juin 2018.

(31) « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign affairs*, 1997, numéro novembre-décembre, p.22. Trad. fr. « De la démocratie illibérale », *Le Débat* 1998/2, p.17. Du même auteur, v. également, *L'Avenir de la liberté. La démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, Odile Jacob, 2003.

(32) V. déjà, sur cette question, l'œuvre de N. Bobbio, en particulier *Liberalismo e democrazia*, 4^{ème} éd., Franco Angeli, 1991, trad. fr. *Libéralisme et démocratie*, éd. du Cerf, 1996.

(33) F. Zakaria, « De la démocratie illibérale », art. cit., p.17.

(34) *Ibid.* p.17.

(35) *Ibid.* p.17.

mais pas le libéralisme constitutionnel », constate l'auteur (36).

Le concept de démocratie illibérale est souvent utilisé pour décrire l'évolution des pratiques de gouvernement d'un pays. Mais il constitue également un instrument intéressant pour mesurer la portée des changements intervenus dans le droit du travail français. Les droits et libertés font, en effet, l'objet d'atteintes diverses qui méritent d'être relevées. Atteinte, d'abord, à l'office du juge, *via* l'existence d'un barème limitant les indemnités versées en cas d'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement (37). En raison de l'existence d'un tel plafond, l'ordre juridique ne cherche ni à réparer le préjudice causé, ni à dissuader la violation de la règle de droit (38). Atteinte, ensuite, à la liberté d'expression religieuse, *via* l'exigence de « *neutralité* » (39). Celle-ci est davantage conçue par le législateur comme une restriction à la manifestation des convictions religieuses que comme un outil assurant le respect

du pluralisme des croyances (40). Atteinte, enfin, aux droits individuels et aux intérêts de la minorité, comme le démontrent les accords dits de « *performance collective* » (41). Les salariés refusant d'être soumis à ces dispositions conventionnelles pourront, en effet, faire l'objet d'un licenciement dont la cause réelle et sérieuse sera inhérente à l'existence d'un tel accord (42).

Pour s'en tenir aux seules considérations liées au referendum d'entreprise, celui-ci peut être examiné sous deux perspectives complémentaires. D'une part, sa consécration va de pair avec l'attribution aux syndicats d'un rôle réduit, voire nul, dans le processus d'adoption de l'accord collectif. Un tel manque d'égards traduit une sous-estimation des mérites de l'autonomie collective (I.). D'autre part, la promotion du referendum s'accompagne d'une faible réflexion portée aux structures de délibération collective en entreprise. Un tel désintérêt révèle une surestimation des vertus du vote (II.).

I. Une sous-estimation des mérites de l'autonomie collective

L'un des éléments caractéristiques des démocraties illibérales tient à la « *suspicion* » qui entoure « [les] *corps non élus*, [les] *scrutins indirects*, [les] *dispositifs fédéraux*, [les] *freins et contrepoids* » (43). En portant le regard sur les évolutions contemporaines du droit du travail français, une défiance similaire peut être identifiée à l'égard des contre-pouvoirs internes aux entreprises que sont les organisations syndicales et le comité social et économique. La possibilité, pour l'employeur, de recourir à une consultation des salariés en est la marque. Elle permet au pouvoir patronal de contourner une absence de majorité du côté des syndicats signataires (44), voire de soumettre directement un texte rédigé par ses soins à l'approbation des salariés (45). Dans un cas comme dans l'autre, le recours au referendum d'entreprise traduit

une « *dénaturation d'un modèle de négociation* » (46), qu'une comparaison avec le droit allemand permet de mettre en évidence.

Outre-Rhin, le droit de la négociation collective est sous-tendu par une idée : celle de l'autonomie collective. La notion mérite d'être cernée avec précision : avec elle, « *il s'agit moins de permettre à tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail que de rétablir directement, au niveau collectif, grâce à la puissance du groupement face à la partie patronale, l'inégalité consubstantielle au contrat individuel de travail* » (47). L'autonomie collective ayant valeur constitutionnelle (48), il en résulte une obligation pour l'État d'élaborer un système de

(36) *Ibid.* p. 17.

(37) C. trav., art. L. 1235-3.

(38) P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015, p. 117 ; N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », JCP S 2018. 1150 ; A. Gardin, « La sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cohérence juridique à l'épreuve d'objectifs comptables et financiers », RJS 2018, p. 3.

(39) C. trav., art L. 1321-2-1, créé par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

(40) C. Wolmark, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? », Dr. Ouvr. 2017. 226.

(41) C. trav., art. L. 2252-4. La terminologie « *accord de performance collective* » date de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 (JORF, 31 mars 2018). Mais ce dispositif trouve ses origines dans les « accords de maintien de l'emploi » issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (JORF, 16 juin 2013).

(42) C. trav., art. L. 2252-4.

(43) F. Zakaria, art. cit., p. 26.

(44) C'est le cas lorsque l'employeur soumet aux salariés un accord signé par des organisations syndicales ayant recueilli entre 30 % et 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections au comité social et économique.

(45) Sur le « referendum-approbation », *v. supra*.

(46) Y. Ferkane, *op. cit.*, § 550.

(47) P. Rémy « « Le droit à la participation » en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? » Dr. Soc. 2015 p. 974, p. 12. Comp. C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, préf. A. Mazeaud, LGDJ 2006.

(48) Elle est, plus précisément, déduite de la liberté de coalition qui figure à l'article 9 III de la Loi fondamentale (BVerfG. 18 novembre 1954, 1 BvR 629/52).

négociation collective « *qui fonctionne* » (49). À cette fin, la capacité de conclure des conventions collectives n'est octroyée qu'à un petit nombre d'acteurs. Seules en sont dotées les organisations syndicales ayant démontré qu'elles étaient en mesure de contraindre la partie patronale à tenir compte de leurs propositions (50). Plus généralement, l'ensemble du droit allemand est construit autour de la nécessité de disposer de « *syndicats puissants* » (51). Le choix d'une négociation se déroulant principalement au niveau de la branche, et non au niveau de l'entreprise, ou bien encore l'attribution du droit de grève aux organisations syndicales plutôt qu'aux salariés, répondent à cette finalité. Nulle trace, en revanche, d'un quelconque referendum d'entreprise dans le droit allemand.

Par un effet de miroir, le rôle attribué au referendum de ce côté-ci du Rhin illustre le peu de considération du législateur français pour « *l'autonomie collective* ».

Avec une telle consultation des salariés, il n'est pas question de faire en sorte que « *les négociateurs soient, autant que faire se peut, sur un pied d'égalité* » (52), mais plutôt de faciliter, coûte que coûte, la conclusion d'accords collectifs d'entreprise. Plus fondamentalement encore, il s'agit de favoriser l'écllosion d'un droit élaboré « *au plus près du terrain* » (53), sans se soucier de savoir si une telle procédure d'adoption d'accords collectifs contribue réellement à limiter et civiliser l'exercice du pouvoir patronal.

Loin de s'interroger sur les moyens de renforcer l'autonomie collective, le législateur français a donc fait le choix de promouvoir, *via* le referendum d'entreprise, une procédure ayant plutôt pour effet de l'affaiblir. Sans doute pourrait-on rétorquer qu'elle a pour objet de donner directement la parole au « *peuple* » des travailleurs. Mais les vertus ainsi attribuées au vote ne doivent pas être surestimées.

II. Une surestimation des vertus du vote

En l'absence d'un environnement permettant aux droits individuels et collectifs de s'épanouir, le sens même du vote se transforme dans les démocraties illibérales. Il tend à ne manifester que « *le soutien populaire dont jouissent les élus* », non à caractériser l'exercice du pouvoir par un peuple souverain (54). Avec le referendum d'entreprise, un phénomène d'altération similaire est à craindre. Le vote n'est plus l'expression « *d'une position ou d'une décision sur une question mise au débat* » (55), mais témoigne davantage d'une résistance ou d'une « *allégeance* » à l'autorité patronale (56).

Certes, les dispositions légales du Code du travail affirment la nécessité de « *respecter les principes généraux du droit électoral* » (57). Le décret d'application (58) insiste également sur le caractère « *secret* » du scrutin (59) et un délai de 15 jours doit être respecté entre le moment où les salariés ont connais-

sance du contenu de l'accord et la date à laquelle il se prononce (60).

Néanmoins, ces garanties paraissent largement insuffisantes pour qu'il soit possible de voir, dans le vote des salariés, l'expression d'une volonté libre et éclairée. D'abord, le délai paraît trop réduit pour permettre aux salariés d'examiner le texte, d'en discuter entre eux et d'avoir le recul nécessaire pour mesurer l'incidence de leur choix. Ensuite, la proclamation du caractère « *secret* » du scrutin est insuffisante et illusoire. Le vote ne peut être appréhendé indépendamment des débats qui le précèdent (61). Il n'y a de sens à se « *référer* » à un groupe que si ses membres peuvent délibérer collectivement avant qu'intervienne le vote matérialisant la prise de décision individuelle. Ce temps de délibération est essentiel et chacun doit se sentir libre de faire connaître ses opinions ou arguments sans craindre de

(49) P. Rémy, art. cit., pt. 13.

(50) U. Wendeling-Schröder, P. Rémy, G. Vallée, « Représentativité syndicale et négociation collective », *RDT* 2006, p. 408.

(51) P. Rémy, art. cit., pt. 14.

(52) Y. Ferkane, *op. cit.*, § 550.

(53) Exposé des motifs du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social (loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017).

(54) F. Zakaria, art. cit., p. 18. Notons que c'est en raison de cette altération du sens du vote que des auteurs réfutent le terme de « *démocratie illibérale* » (v. A. Chemin, art. cit et les références citées par l'auteur).

(55) *Trésor de la Langue française*, v° « Vote », histoire et étymologie.

(56) Plus généralement, sur cette question, v. A. Supiot, « De la citoyenneté économique », *Esprit*, 2018/3, p. 60 ; G. Borenfreund, « La volonté des salariés dans les relations collectives de travail », in T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, 2012, p. 9.

(57) C. trav., art. L. 2232-12, al. 4 ; art. L. 2232-23-1, dernier al. ; art. L. 2232-24, dernier al. ; art. L. 2232-26, dernier al.

(58) Décret n° 2017-1767 du 26 décembre 2017 (JORF, 28 décembre 2017). V. déjà décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016 (JORF, 22 décembre 2016 ; JCP S 2017, 1047, étude C. Terrenoire ; Dr. Soc. 2017, p. 156, étude F. Petit).

(59) C. trav., art. D. 2232-2 sous 1° et R. 2232-10 sous 2°.

(60) C. trav., art. D. 2232-4 et R. 2232-12.

(61) A. Lyon-Caen, « Vote et relations professionnelles », in O. Leclerc et A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, 2011, p. 3.

représailles. Cette combinaison est possible lorsque le vote concerne un corps électoral de plusieurs millions de personnes. Elle est nettement plus douteuse au sein d'une entreprise composée tout au plus de quelques dizaines de travailleurs, lesquels sont, de surcroît, soumis à un employeur par un lien de subordination. Comment s'assurer que ces salariés pourront échanger leurs arguments de manière sereine ? Enfin, et plus globalement, le rôle accru donné au referendum ne peut être examiné indépendamment de l'influence moindre laissée aux représentants du personnel. L'existence d'une section syndicale ou d'un comité social et économique s'explique par le besoin des salariés de « se regrouper dans des structures dont l'objet est justement l'étude et la défense de leurs intérêts » (62). Ces structures jouent non seulement un rôle de contrepoids au pouvoir patronal, mais elles sont aussi des lieux d'échange et de discussion au sein desquels les salariés s'organisent en vue d'une action commune (63). Favoriser la possibilité, pour les employeurs, d'en appeler à la consultation des salariés témoigne donc d'une conception fruste de la démocratie. Celle-ci est réduite au seul acte de voter, alors même que la démocratie comporte une dimension délibérative essentielle (64).

En guise de conclusion, un dernier parallèle peut être dressé entre les évolutions actuelles du droit du travail et le concept de « démocratie illibérale ». Il a été constaté que le recours à des pratiques illibé-

rales est souvent justifié par des arguments d'efficacité. Elles seules permettraient de faire face à des « cas d'urgence » (65), à savoir, pour les promoteurs de ces politiques, la lutte contre un péril existentiel, mais aussi la volonté de mettre en œuvre des « doctrines économiques à la mode » (66). Or, un tel argument d'efficacité économique est également avancé dans les relations de travail pour justifier la possibilité faite à l'employeur de recourir au referendum. La notion de « démocratie industrielle » en ressort transformée. Là où le législateur de 1971 proclamait le « droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que de leurs garanties sociales » (67), celui de 2017 veut garantir que le « droit à la négociation des petites et moyennes entreprises sera universel » et s'assurer que « les très petites entreprises bénéficieront ainsi des mêmes souplesses, des mêmes capacités d'adaptation du droit, que les grandes entreprises » (68). Telle est aujourd'hui l'essence du referendum d'entreprise : un outil à disposition des détenteurs du pouvoir économique. Sa consécration contribuera peut-être, comme le souhaite le législateur, à « engager une rénovation profonde de notre modèle social » (69). Mais il est à craindre qu'elle n'engendre l'avènement d'une « démocratie industrielle illibérale ».

Benjamin Dabosville

(62) Y. Ferkane, *op. cit.*, § 550.

(63) D. Gaire-Simonneau, *Les mutations du droit contemporain des relations collectives de travail – pour une lecture habermassienne du droit du travail*, préf. P.-Y. Verkindt, LGDJ, 2016.

(64) D. Gaire-Simonneau, « La «loi travail» ou la fin d'un rêve : la démocratie délibérative sabotée », RJS 2017, p. 530.

(65) F. Zakaria, *art. cit.*, p. 22.

(66) *Ibid.* p. 22.

(67) Cette règle figure désormais à l'art. L. 2221-1 du Code du travail.

(68) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, *préc.*, p. 27. Notons le paradoxe consistant à vouloir conférer un « droit » à une entité qui n'est pas dotée de la personnalité juridique.

(69) Exposé des motifs du projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social (loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017).