

201

En questions : la pratique du référendum pour valider un accord d'entreprise



Angéline DUFFOUR,
avocat associé, cabinet Cohen & Gresser



Anna MILLERET-GODET,
avocat conseil, cabinet Cohen & Gresser

LE DÉVELOPPEMENT récent de la pratique du référendum dans l'entreprise comme mode de validation d'un accord d'entreprise suscite des interrogations quant à la place des organisations syndicales face à l'individualisme démocratique inhérent à l'institution référendaire.

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, en poursuivant un objectif de rénovation de la démocratie sociale et en substituant le mécanisme de l'accord collectif majoritaire à celui des « 30 % avec droit d'opposition », a favorisé le recours au référendum, en offrant la possibilité de conférer à un accord « imparfait » (*Dr. soc. 2018, p. 422, étude V. Cohen-Donsimoni*) la valeur d'un accord majoritaire. Si la loi Travail avait programmé la généralisation de l'accord majoritaire pour le 1^{er} septembre 2019, l'ordonnance n° 2017-385 du 22 septembre 2017 a avancé l'échéance au 1^{er} mai 2018. Cet outil de validation des accords collectifs minoritaires pose toutefois quelques difficultés pratiques qui pourraient réfréner son développement.

1. Quel est l'objectif du législateur dans la mise en place de ce nouveau mode de validation des accords ?

L'objectif est d'éviter les situations de blocage. Le référendum peut en effet être utilisé comme un outil de rattrapage pour la validation des accords dits « imparfaits » dans les entreprises comportant des délégués syndicaux. Pour mémoire, à compter du 1^{er} mai 2018, tous les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement doivent être majoritaires pour être valables, c'est-à-dire signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des

élections professionnelles quel que soit le nombre de votants (*C. trav., art. L. 2232-12*).

Le législateur a prévu une session de rattrapage pour les accords minoritaires. Ainsi, un accord signé avec une ou des organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés peut encore être validé par les salariés, à la majorité des suffrages exprimés.

2. Qui décide du recours au référendum ?

En cas d'accord minoritaire, une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord collectif pour indiquer si elles souhaitent organiser une consultation des salariés en vue de valider l'accord. Une première question se pose : l'initiative doit-elle venir des organisations syndicales signataires ou est-ce que n'importe quelle organisation syndicale représentant plus de 30 % des suffrages peut solliciter ce référendum ? En effet, le texte ne le précise pas. Naturellement, on voit mal l'intérêt qu'aurait une organisation syndicale non signataire de l'accord à solliciter sa validation par les salariés. Sauf peut-être à vouloir affaiblir davantage une direction déjà fragilisée par la non-atteinte du seuil de 50 %. Ainsi, il semble que la demande doive émaner des organisations syndicales signataires.

L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a ouvert la possibilité à l'**employeur**, à l'issue du délai d'un mois ouvert aux organisations syndicales, de demander l'organisation d'un référendum et ce, afin de limiter des situations de blocage, lorsque l'entreprise anticipe une adhésion collective des salariés.

La demande de référendum (à l'initiative des organisations syndicales ou de l'employeur) fait courir un délai de huit jours durant lequel les organisations syndicales non signataires peuvent finalement décider de signer l'accord. Passé ce délai, le référendum devra être organisé dans un délai de deux mois. Aucune sanction n'est expressément prévue en cas de non-respect de ce délai. On peut cependant s'interroger sur la validité du référendum organisé hors délai et par voie de conséquence sur la validité d'un accord mis en place dans ce cadre.

3. Comment s'organise la consultation des salariés par référendum ?

Les modalités d'organisation de la consultation des salariés doivent être fixées dans un protocole signé entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages. Doivent ainsi être définies les conditions de transmission aux salariés du texte de l'accord, le lieu, la date et l'heure du scrutin, l'organisation et le déroulement du vote, la question soumise aux salariés, etc. (*C. trav.*, art. D. 2232-2, D. 2232-3 et D. 2232-6) et ce, dans le respect des principes généraux du droit électoral.

Le protocole doit être porté à la connaissance des salariés par tout moyen au plus tard quinze jours avant la consultation des salariés (*C. trav.*, art. D. 2232-6). La loi Travail avait initialement réservé la conclusion de ce protocole aux syndicats signataires de l'accord minoritaire afin d'éviter les situations de blocage. Toutefois, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité posée au Conseil constitutionnel, cette disposition a été censurée (*Cons. const.*, 20 oct. 2017, n° 2017-664 QPC) considérant qu'elle instituait une différence de traitement ne reposant ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi, en contravention avec le principe d'égalité devant la loi. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 est venue rectifier cette anomalie en ouvrant expressément la possibilité de conclure un protocole avec l'ensemble des organisations syndicales signataires ou non de l'accord minoritaire, représentant 30 % des suffrages exprimés.

4. Quels sont les salariés votants ?

Il s'agit des **salariés des établissements couverts par l'accord**, qu'ils soient directement concernés ou non (*TI Puteaux*, 2 juin 2017). Ils doivent être électeurs au sens des élections des représentants du personnel. *A priori*, l'électorat de salariés devrait s'apprécier au jour de la consultation, comme cela est le cas s'agissant de la ratification des accords de participation ou d'intéressement notamment.

L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, et ce quel que soit le nombre de votants. Il aura alors la même portée et les mêmes effets qu'un accord collectif signé par des syndicats ayant recueilli plus de 50 % des voix. En effet, le référendum est, dans ce cas, un simple mode de validation de l'accord auquel seuls l'employeur et les organisations syndicales sont parties. Le référendum donne lieu à un procès-verbal porté à la connaissance des salariés par tout moyen. À l'inverse, à défaut d'approbation, l'accord est « *réputé non écrit* ».

5. Ce nouveau dispositif de validation des accords aura-t-il le succès escompté ?

La généralisation de l'accord majoritaire étant récente (1^{er} mai 2018), ce mode de validation des accords collectifs minoritaires est encore peu répandu, de sorte qu'il est difficile d'en mesurer la portée et d'anticiper s'il rencontrera le succès attendu.

Au regard de la place toujours prédominante des syndicats dans l'entreprise (même si le conseil d'entreprise institué par les ordonnances les affaiblit un peu), il ne semble pas que ce mode de validation des accords imparfaits leur porte atteinte dès lors que la consultation des salariés a uniquement pour objet de valider *a posteriori* un accord négocié avec les syndicats et ayant emporté l'adhésion d'un ou plusieurs d'entre eux ayant recueilli 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections, soit le seuil applicable avant la généralisation de l'accord majoritaire.

Malgré tout, en donnant la possibilité aux salariés de valider l'accord, un contre-pouvoir est instauré. À voir si ce mécanisme conduira, comme certains le craignent, à privilégier les intérêts individuels au détriment de l'intérêt collectif.

L'une des principales faiblesses de ce dispositif réside dans la **lourdeur de sa mise en œuvre**, en particulier dans les entreprises comptant différents établissements et aux risques d'irrégularités inhérentes aux opérations électorales (électorat, procédure, etc.) avec en toile de fond, le risque d'invalidité à terme de l'accord et de contentieux.

Enfin, qu'il soit initié par les organisations syndicales ou par l'employeur, c'est un outil couperet à manier avec prudence dès lors qu'il est de nature à remettre en cause très rapidement la légitimité d'une organisation syndicale ou d'une direction qui n'aurait pas réussi à emporter l'adhésion des salariés sur son projet d'accord.

Pour l'ensemble de ces raisons, il est probable que le référendum conçu comme mode de validation d'un accord collectif ne rencontre pas le succès escompté par le législateur. À suivre...