

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA PARTICIPATION

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

PHILIPPE BOIS

IMPRIMERIE COURVOISIER S.A., LA CHAUX-DE-FONDS
1976

*Monsieur Philippe Bois est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée
« La participation ». Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.*

Neuchâtel, le 26 octobre 1975

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques :
Jean Guinand

LA PARTICIPATION

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
CHAPITRE I	Historique	7
	France	7
	Allemagne	10
	Suisse	11
CHAPITRE II	Essais de définition	17
	Participation	17
	Corporatisme	18
	Autogestion	19
	Distinctions	20
	La communauté professionnelle	22
	Glossaire	22
CHAPITRE III	Le droit positif suisse	25
CHAPITRE IV	L'initiative, les contreprojets	30
	L'initiative	30
	Le contreprojet du Conseil fédéral	33
	Le contreprojet de l'Assemblée fédérale	35
CHAPITRE V	Les problèmes d'ordre constitutionnel	38
	La liberté du commerce et de l'industrie	40
	La garantie de la propriété	44
	L'article 64 de la Constitution fédérale	48
	Droit cantonal	50
CHAPITRE VI	Les sujets	52
	Le travailleur	52
	Hiérarchisation	54
	Les groupements de travailleurs	56
	L'employeur	60
	L'administration	61
CHAPITRE VII	Le lieu de la participation	63

CHAPITRE VIII	Le degré de la participation	75
	L'information	75
	La consultation	79
	Le droit d'initiative	83
	La codécision	85
	à l'intérieur d'un même organe	86
	par l'accord nécessaire de deux organes	87
CHAPITRE IX	L'objet de la participation	89
	L'existence, les buts de l'entreprise, le choix des moyens	89
	Les fruits de l'entreprise	93
	Le statut des travailleurs	96
	Les affaires sociales	100
CHAPITRE X	Le statut des participants	101
CHAPITRE XI	La participation et le droit collectif du travail	107
Conclusions		110
Bibliographie		115

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

1. C'est un des mérites du Message du Conseil fédéral du 22 août 1973 concernant le projet d'arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contreprojet¹ d'avoir exposé de manière assez détaillée l'évolution de cette institution². Il n'est pas question ici de paraphraser cet exposé.

FRANCE

2. Une distinction doit être faite en ce qui concerne la notion de participation dans ce pays. Une séparation extrêmement nette est opérée entre la participation financière et la participation non financière.
3. L'institution des délégués du personnel (on verra dans un autre chapitre les compétences de ces délégués) date de 1936. Auparavant, d'ailleurs, certaines sentences arbitrales avaient consacré le système³. L'article 5 des accords de Matignon de 1936 disposait que, dans tous les établissements de plus de dix salariés, des délégués ouvriers seraient élus pour présenter à la direction les réclamations du personnel^(4, 5). Une loi du 24 juin 1936 a confirmé le système, de manière indirecte, en faisant de cette question un sujet obligatoire des conventions collectives de travail. Par un décret-loi de 1938, l'institution a été révisée.
4. La France connaîtra alors la période troublée que l'on sait, au cours de laquelle toute idée de participation (au sens large) ne sera pas abandonnée.

¹ FF 1973 II 229 et ss.

² FF 1973 II 236 et ss.

³ En 1899 et 1917, cf. G. Camerlynck/G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Paris, 1972, p. 331.

⁴ P.-D. Ollicr, *Le droit au travail*, Paris, 1972, p. 447.

⁵ On n'examinera pas ici la portée juridique d'accords du type de ceux de Matignon, 1936; la jurisprudence n'est pas très claire. Voir, au sujet des accords de Grenelle des 25-27 mai 1968, identiques dans leur nature, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 avril 1970, qui ne reconnaissait pas à ces accords une force obligatoire envers tous les salariés, mais seulement envers les « personnes liées » par le biais des groupements signataires, Dalloz/Sirey, 1971, J., p. 13; dans une note, p. 14, J. Savatier estime que leur force, pour les dissidents, n'est pas juridique, mais politique. Contra, Conseil des prud'hommes de Rouen, du 16 décembre 1970, qui juge ces accords applicables à tous les salariés, cit. par J. Pélissier, *Documents de droit du travail*, Paris, 1971, p. 301.

Qui plus est, l'organisation professionnelle constituera même l'un des éléments fondamentaux de la « révolution nationale »⁶. La Charte du travail⁷ date du 4 octobre 1941. Elle instituait le système corporatif. Les représentants des travailleurs dans les organes corporatifs se voient accorder un droit de consultation pour les questions sociales⁸. Le trait caractéristique de cette institution résidait dans l'organisation de la profession, à divers échelons (entreprise, profession, etc.). Cette Charte a été abrogée par l'ordonnance du 27 juillet 1944⁹. Nous examinerons plus loin les différences entre ce que l'on nomme corporatisme et ce que l'on entend aujourd'hui par participation. On notera cependant un trait fondamental de cette charte: « Les employeurs jouissent dans leur entreprise de l'autorité qui correspond aux responsabilités sociales, techniques et financières qu'ils assument »¹⁰. Si l'on rapproche cette disposition de la phrase: « ... il a semblé indispensable de laisser au chef d'entreprise, qui a, devant la nation, la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à cette responsabilité »¹¹, on s'aperçoit en tout cas que ce n'est pas sur ce point fondamental que le « mouvement de libération sociale »¹², consécutif à la guerre, a apporté en France de grandes modifications. C'est également cette charte qui a introduit dans le droit français l'idée d'un « salaire minimum vital » imposé par la loi¹³.

5. L'idée de participation est, à la Libération, l'idée-force du nouveau pouvoir en matière de politique sociale: « Encore, le plan que je me suis formé va-t-il bien au-delà de ces réformes d'ordre matériel. Il vise à attribuer aux travailleurs dans l'économie nationale, des responsabilités qui rehaussent de beaucoup le rôle d'instruments où ils étaient, jusqu'alors, confinés »¹⁴. La pensée de cet auteur est importante dans la mesure où le texte de base de la participation en France¹⁵ a été édicté sous son premier « règne ». Elle n'est pas très claire en ce qui concerne les moyens à employer. En effet, Charles de Gaulle ne contestait pas, au fond, la Charte du travail; il la repoussait parce qu'établie dans des circonstances spéciales¹⁶. La participation sera toujours sa grande idée; mais il en parlera dans l'abstrait, comme d'un impératif de justice sociale, sans rien proposer de précis¹⁷. Lorsqu'il revient

⁶ Cf. R. Aron, *Histoire de Vichy*, t. 2, Paris, 1954, p. 49 et ss. de l'édition de poche; H. Du Moulin de Labarthète, *Le temps des illusions*, Genève, 1946, p. 161 et ss.; cet auteur, directeur du cabinet civil de Ph. Pétain, fait une critique intéressante du système.

⁷ Loi relative à l'organisation sociale des professions, *Gazette du Palais*, 1941, II, p. 862.

⁸ Loi précitée, art. 23.

⁹ A. Brun/H. Galland, *Droit du travail*, Paris, 1958, p. 46.

¹⁰ Charte du travail, art. 2 VII.

¹¹ Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945, instituant des comités d'entreprise.

¹² Cf. n. 11.

¹³ Charte du travail, art. 54 II ch. 1.

¹⁴ Ch. de Gaulle, *Mémoires de guerre*, Paris, 1959, t. 3, p. 115 et ss. de l'édition de poche.

¹⁵ Ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, in J. Pélissier, op. cit., p. 581.

¹⁶ Ch. de Gaulle, op. cit. dans la n. 14, p. 112.

¹⁷ Ch. de Gaulle, *Discours de Saint-Etienne*, 4 janvier 1948, in *Discours et messages*, Paris, 1970, t. 2, p. 167, d'inspiration corporatiste; *Discours de Vincennes*, 5 octobre 1947, op. cit., p. 125; *Discours de Strasbourg*, 7 avril 1947, op. cit., p. 52; l'auteur oppose la doctrine de l'association à celle de la lutte des classes.

au pouvoir, en 1958, son idée de participation ne sera plus tout à fait la même. A la proposition d'un système de répartition des responsabilités, il substituera celui d'une participation financière: « ... c'est dans ce sens que, reprenant les leviers de commande, j'entends que soit, de par la loi, institué l'intéressement des travailleurs aux bénéfices, ce qui, en effet, le sera »¹⁸.

6. En France, il est incontestable que la situation du travailleur s'est améliorée. Mais, contrairement à ce qui s'est passé en Allemagne, le principe fondamental de la souveraineté économique du chef d'entreprise¹⁹ n'a jamais été remis en cause²⁰: on entend, par participation, l'institution en vertu de laquelle les travailleurs sont intéressés aux profits de l'entreprise. C'est cet aspect du problème qui a été le plus développé. Le Conseil fédéral, dans son Message²¹, fait allusion à la loi française du 26 avril 1917²². Elle institue une forme de participation collective, en vertu de laquelle des actions peuvent être attribuées à la coopérative formée par le personnel. En théorie, il s'agit d'une participation qui n'est pas seulement financière. Mais pratiquement, la portée de cette loi est négligeable: « Cette loi resta sans écho »²³. Juridiquement, sa portée est de peu d'importance. En effet, elle n'institue pas une forme obligatoire de participation ouvrière, mais elle laisse la possibilité de prévoir cette institution dans les statuts de la société²⁴. Cette loi formait le titre VI de la loi sur les sociétés de 1877. Ce titre n'a pas été abrogé par la Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966²⁵. On mesurera mieux le peu d'importance de cette loi en constatant que, bien qu'elle soit encore en vigueur, elle ne figure même plus dans l'édition Dalloz 1971/1972 du Code du commerce.
7. La participation au profit s'est considérablement développée depuis 1959²⁶. L'ordonnance du 7 janvier 1959²⁷, par le biais d'exonérations fiscales, incite à la négociation d'accords entre les syndicats les plus représentatifs et l'employeur, portant sur une participation au profit; les montants octroyés sont distincts du salaire²⁸, ce qui exclut en particulier la suppression d'augmentations de salaire fondées sur le motif que le revenu global du travailleur augmente. L'ordonnance de 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises²⁹, est encore plus impor-

¹⁸ Ch. de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, Paris, 1970, t. 1, p. 145.

¹⁹ Pour reprendre l'expression de G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, op. cit., p. 29.

²⁰ P.-D. Ollier, op. cit., p. 500.

²¹ FF 1973 II, p. 246.

²² Loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière, constituant à l'époque le titre VI de la loi sur les sociétés de 1877, *Gaz. Pal.*, 1917, p. 1090.

²³ A. Brun/H. Galland, op. cit., p. 787.

²⁴ Art. 72 I de la loi de 1877/1917 sur les sociétés.

²⁵ J. Hémar/F. Terré/P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, Paris, 1972, t. 1, p. 57.

²⁶ En fait, depuis 1955, des avantages fiscaux étaient consentis aux employeurs pratiquant le système de la prime à la productivité; on peut considérer qu'il s'agissait plutôt d'un mode de calcul du salaire.

²⁷ J.O. du 9 janvier 1959, Ordonnance tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise.

²⁸ Ordonnance du 9 janvier 1959, art. 4.

²⁹ Ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, J.O. du 18 août 1967.

tante. Il ne s'agit plus ici pour l'Etat d'inciter à la participation, mais de l'imposer aux entreprises remplissant certaines conditions³⁰. Les modes de calcul font l'objet de règles complexes.

L'un des traits importants de cette ordonnance réside dans le fait que les travailleurs peuvent décider que le versement de leur part aura lieu sous forme d'actions³¹. Les modalités sont fixées par des accords passés dans le cadre d'une convention collective de travail, entre l'employeur et les syndicats les plus représentatifs, ou par le comité d'entreprise³². Il n'y a cependant pas d'obligation légale de choisir cette forme de prestation. Ainsi, la participation aux décisions de l'entreprise (minime, mais réelle) n'est pas obligatoire au sens du droit français. « L'attribution d'actions n'est pas la seule modalité prévue de participation, et les premiers résultats de l'application de l'ordonnance montrent qu'elle n'a aucun succès auprès des travailleurs »³³.

ALLEMAGNE

8. Jusqu'en 1914, quelques lois ont été adoptées qui imposaient la création de conseils de travailleurs (1905, 1909). L'après-guerre verra la mise en vigueur d'une loi importante sur les conseils d'entreprise³⁴. Elle imposait, entre autres mesures, l'information sur la marche de l'entreprise et la codécision en ce qui concerne les rapports de travail³⁵.
9. La prise de pouvoir par les nationaux-socialistes entraînera un changement d'orientation en ce qui concerne le statut du salarié. Il semble peu important dans le domaine du droit du travail au sens strict, dans la mesure où le droit étatique contenait comme par le passé des règles de protection du travailleur. Un auteur aussi important que A. Nickisch estime même que l'Etat national-socialiste a développé ce droit³⁶. En revanche, en ce qui concerne la participation, elle était par nature incompatible avec l'un des principes fondamentaux du régime, le « Führerprinzip »³⁷. Dans les entreprises également, il s'appliquait de par la loi. Le chef d'entreprise détenait le pouvoir absolu³⁸.

³⁰ Comportant au moins 100 salariés.

³¹ Ordonnance du 18 août 1967, art. 4 I, ch. 1.

³² Ordonnance du 18 août 1967, art. 10.

³³ P.-D. Ollier, op. cit., p. 512; cet auteur cite les chiffres suivants, valables au 1^{er} avril 1970: Les accords, concernant 2,5 mio de salariés, prévoyaient le compte bloqué, art. 4 I, ch. 2, dans 56% des cas et le fonds de placement, art. 4 I, ch. 3, dans 35% des cas. Cf., en ce qui concerne l'évolution de l'institution des comités d'entreprise, ch. VII.

³⁴ Loi du 4 février 1920.

³⁵ Cf. Hueck/Nipperdey, Grundriss des Arbeitsrechts, Berlin/Francfort, 1960, p. 270.

³⁶ « Der nationalsozialistische Staat hat manches für das Wohl der Arbeiterschaft gemacht », A. Nickisch, Arbeitsrecht, Tübingen, 1961, p. 26. Mais, comme le relève cet auteur, ces avantages étaient chèrement payés; on ajoutera que par « travailleur », le droit allemand de l'époque ne désignait qu'un nombre limité de personnes, cf. Gesetz Ordnung der nationalen Arbeit, du 20 janvier 1934, n. 1, ad. sect. 1; Reichsbürgergesetz du 15 septembre 1935 et son ordonnance III.

³⁷ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin/Francfort, 1959, p. 20.

³⁸ Loi sur le travail national du 20 janvier 1934, introduction du Führerprinzip dans les entreprises par la loi du 23 mars 1934.

10. Les textes fondamentaux en matière de participation datent de la création de la République fédérale. Il s'agit notamment de la *Mitbestimmungsgesetz*³⁹ et de la *Betriebsverfassungsgesetz*⁴⁰.

On pourrait être tenté, pour reprendre le vocabulaire en usage chez nous, de distinguer entre les deux lois d'une manière schématique: la *Mitbestimmungsgesetz* traite de la participation à la gestion de l'entreprise, la *Betriebsverfassungsgesetz* de la participation à l'exploitation. Ce serait inexact: la première institue le droit de codécision des travailleurs dans le conseil de surveillance des sociétés, et ce conseil n'est pas considéré par la doctrine comme étant doté du pouvoir de gestion. Certains des droits découlant de la seconde (droit de veto quant aux restructurations d'entreprises par exemple) font partie de ce que nous appelons le domaine de la gestion. A l'origine, la distinction résidait dans le degré de la participation. Les intitulés des lois le démontrent. Or, compte tenu du fait que leurs champs d'application ne sont pas semblables (plus général pour la *Betriebsverfassungsgesetz* que pour la *Mitbestimmungsgesetz*), le droit de la constitution de l'entreprise a été développé de telle manière que ce critère est maintenant imprécis.

On proposera plutôt ceci: la *Betriebsverfassungsgesetz* traite de la participation dans l'entreprise proprement dite, la *Mitbestimmungsgesetz* des droits de participation dans les organes des sociétés propriétaires de l'entreprise.

11. On peut distinguer dans l'évolution du droit allemand de la participation, trois éléments caractéristiques.

a) L'Etat est intervenu d'une manière importante dans ce domaine. Contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays, il ne s'est pas borné à constater l'existence d'une pratique relativement généralisée, qu'il rend ensuite obligatoire. La mise sur pied de la participation (on pense surtout ici à la *Mitbestimmungsgesetz*) est la conséquence d'une décision étatique, et non la décision étatique la conséquence de l'existence d'accords de participation.

b) Il existe en Allemagne une tendance au « réalisme ». Alors qu'en France, l'Etat s'est surtout chargé de faciliter la participation, elle a été imposée en Allemagne.

c) Dès le XIX^e siècle, l'accent a été mis sur l'aménagement de la participation aux décisions.

C'est dans ce domaine que le degré d'intervention de l'Etat s'est développé. La participation financière, ou intéressement, est restée du ressort des conventions collectives de travail.

SUISSE

12. Si l'on fait abstraction de ce qui s'était passé au plan cantonal, la révision constitutionnelle de 1874 marque la naissance d'un droit fédéral du travail

³⁹ Du 21 mai 1951, in Luber, *Deutsche Sozialgesetze*, n. 565. (Ci-après, *Mitbestimmungsgesetz*.)

⁴⁰ Du 11 octobre 1952, refondue par la loi du 15 janvier 1972, Luber, op. cit., n. 560, 562 (ci-après *Betriebsverfassungsgesetz*).

en Suisse. De très nombreuses lois seront adoptées⁴¹. Dès 1912, également, la situation du travailleur sera progressivement modifiée par des accords privés, les conventions collectives de travail. D'autres lois ont également influencé la situation du travailleur⁴². Ensuite de la première guerre mondiale, outre la protection du travailleur, on s'est préoccupé de sa situation dans la société. C'est l'époque où commencent à être discutées les doctrines de l'Eglise et celles des syndicats. Le débat durera, sur le même ton, jusqu'à la deuxième guerre mondiale.

Le risque de confusion, lorsqu'on analyse l'évolution du droit du travail (au sens large) en Suisse, est double. D'une part, la législation a évolué de manière peu ordonnée; à l'intérieur des lois, les genres ont été constamment mélangés⁴³. Il en résulte certains amalgames auxquels même les spécialistes n'échappent pas. Ainsi en est-il, par exemple, du Conseil fédéral lorsqu'il qualifie de droit relevant de la participation celui en vertu duquel le travailleur peut exiger un décompte lors de la remise de son salaire⁴⁴.

13. Il arrive aussi que l'on tombe dans le travers inverse, qui consiste à n'examiner la situation du travailleur que dans le cadre d'une seule loi. Ainsi en est-il par exemple du fait de considérer comme une règle de participation l'approbation nécessaire du travailleur à certaines modifications d'horaires⁴⁵. En principe, en effet, la fixation de l'horaire constitue un des éléments du contrat passé entre parties, et ce n'est pas tant en vertu d'une disposition du droit public du travail que pour respecter le principe de la fidélité aux contrats que l'accord du travailleur est nécessaire.
14. L'analyse de la participation en droit suisse oblige à bien distinguer entre les différents domaines du droit du travail.
 - a) On considérera que les dispositions visant à la protection du travailleur ne font pas partie du domaine de la participation. Un développement important a été donné à cette question depuis 1877, pour aboutir, en 1964, à la Loi fédérale sur le travail, qui constitue une « codification générale des prescriptions de droit public concernant cette protection »⁴⁶. Ce n'est pas le lieu ici de chercher à déterminer si les lois sur le travail contiennent des règles de police au sens strict, ou si elles prescrivent

⁴¹ Loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, RO III, p. 224; CO du 14 juin 1881, RO V p. 577; CO du 30 mars 1911, RS 2, p. 189; Loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 18 juin 1914, RS 8.3; Loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres X^e et X^e bis CO, ROLF 1971, p. 1461; Loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964, NRS 822.11.

Les bases constitutionnelles ont été révisées durant cette période: l'art. 34 ter a complété sinon remplacé l'art. 34 en 1947 (6 juillet, ROLF '63.1047). L'art. 64 a été révisé trois fois, dont une déterminante, en 1898 (13 novembre, ROLF 16.824).

⁴² Par exemple LAMA, du 13 juin 1911, RS 8, p. 283.

⁴³ Par exemple les règles de droit privé de la LTF de 1914; cas des vacances payées, de droit public cantonal jusqu'au 31 janvier 1966, de droit privé fédéral au-delà (art. 341 bis anc. CO, 329 a et ss. CO).

⁴⁴ Message, FF 1973 II, p. 353, à propos de l'art. 323 b I 2 CO.

⁴⁵ On pense ici aux modifications excédant celles que l'employeur pourrait imposer en vertu de son droit de directive par exemple. Ainsi en est-il du travail de nuit. Que l'art. 17 LT le précise ou non, l'accord du travailleur serait de toute manière nécessaire en vertu du droit privé.

⁴⁶ W. Hug, Commentaire de la LT, Berne, 1971 (ci-après comm. LT), n. 43 de l'introduction.

également des mesures de politique sociale. On remarquera seulement que les règles dont le but consiste dans la protection du travailleur et dans la garantie d'un minimum de bien-être ne sont pas de même nature que celles qui visent à l'associer à la marche de l'entreprise. L'exemple de l'Allemagne est relativement clair; une différence nette est faite entre le bien-être des travailleurs et leurs droits à la participation ⁴⁷.

- b) Le droit privé du travail, à la suite surtout de la révision des titres X^e et X^e bis du CO ⁴⁸, contient un grand nombre de règles absolument ou relativement impératives ⁴⁹, destinées à modifier les rapports entre employeurs et travailleurs. Il faut cependant garder à l'esprit qu'en droit suisse, le contrat de travail obéit au principe général de l'autonomie de la volonté ⁵⁰. Il résulte notamment de ce principe qu'une modification des conditions de travail contractuellement établies (expressément ou tacitement) nécessite l'accord des deux parties. Ainsi, pour prendre l'exemple de l'art. 19 I 2 LT, le consentement des travailleurs au travail du dimanche peut être considéré comme une règle de politique sociale; mais l'exigence de ce consentement dérive aussi de l'impossibilité de modifier unilatéralement le contrat. Cette disposition ne donne pas au travailleur le droit de prendre conjointement avec l'employeur une décision concernant la marche de l'entreprise.
- c) Le Conseil fédéral, dans le *Message* ⁵¹, fait allusion à d'autres règles. Elles ne sont pas de nature « participative ». Le droit pour le travailleur de prendre connaissance des « livres » de l'entreprise, prévu à l'art. 322 a II CO, a pour seul but de lui permettre de vérifier qu'il reçoit bien le montant de « participation » prévu par le contrat; preuve en soit que l'employeur peut refuser la communication des « livres », et que la vérification est faite alors par un expert neutre, qui ne renseignera le travailleur que sur la conformité du calcul. Le droit d'opposition du travailleur au transfert du contrat, en cas de changement juridique d'employeur, n'est que la conséquence logique du caractère individuel et personnel du contrat de travail ⁵². Selon le principe de la liberté contractuelle, le travailleur a le droit de choisir son employeur. S'il s'oppose au transfert de son contrat, il use de ce droit, mais ne participe pas aux affaires de l'entreprise.
- d) Il est difficile de concevoir que l'affichage obligatoire de l'horaire de travail ⁵³ constitue une règle de participation au niveau de l'information. Si l'employeur tient à ce que le travailleur se rende dans l'entreprise, il faut bien qu'il le lui dise.
- e) Pour l'examen de l'évolution de la participation en Suisse, on peut d'ores et déjà poser en principe que n'entrent dans ce cadre que les droits du travailleur à connaître des faits autres que ceux qui sont nécessaires à l'exécution de son travail; ainsi, faire connaître à un travailleur son horaire

⁴⁷ A. Nickisch, cit. n. 36.

⁴⁸ Loi fédérale du 25 juin 1971, ROLF 1971, p. 1461.

⁴⁹ Art. 361, 362 CO.

⁵⁰ P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 79.

⁵¹ *Message*, FF 1973, II, p. 353.

⁵² Cf. art. 321, 338 I, 338 a II CO.

⁵³ Art. 47 I OLT 1.

de travail n'est pas le faire participer, alors que l'informer sur les motifs qui ont fait choisir cet horaire est un acte relevant du domaine de la participation.

De même, on exclura du domaine de la participation les droits qui découlent de la nature même du contrat de travail.

15. Les idées en matière de situation du travailleur ont été nombreuses et sont souvent confuses. Les réalisations sont rares.

- a) C'est un truisme de dire que le souci de modifier les rapports entre le capital et le travail n'est pas nouveau⁵⁴. On peut cependant distinguer au moins trois périodes dans l'évolution de ces idées⁵⁵.
- b) Dans une première période, dont nous fixerons le début en 1874, l'idée directrice de ceux qui veulent une modification des relations employeurs-salariés consiste surtout à imposer l'intervention de l'Etat dans le domaine étroit de la *protection des travailleurs*. On peut voir là une des conséquences logiques des principes de libéralisme total datant de l'époque de la révolution française, confrontés aux réalités de la révolution industrielle. En 1918 encore, on ne trouve, dans le manifeste du 11 novembre établi par le Comité d'Olten à l'occasion de la grève générale, aucune revendication touchant directement à la participation⁵⁶. Quelques mois auparavant, le Comité avait établi un catalogue de revendications adopté par le Congrès des travailleurs suisses; le point 3, qui disparaîtra par la suite, effleure la question en réclamant l'institution d'une participation des travailleurs à un futur office de l'alimentation⁵⁷. Cela ne nous paraît cependant pas déterminant.
- c) Une deuxième phase suit la première guerre mondiale. La tendance qui se manifesta alors est caractérisée, dans tous les milieux qui se préoccupent du problème, par l'influence de la doctrine sociale de l'Eglise. Au début, par l'encyclique *Rerum novarum* du 15 mai 1891, de Léon XIII⁵⁸, puis par une nouvelle encyclique, *Quadragesimo anno*, du 15 mai 1931, de Pie XI⁵⁹. L'un des buts évidents de *Rerum novarum* consiste dans la réfutation des doctrines socialistes⁶⁰. Un des titres de chapitre donne le ton: « La théorie socialiste de la propriété collective est à rejeter. » Léon XIII admet l'existence de deux classes, les riches et les pauvres. Il estime nécessaire la suppression, ou tout au moins l'atténuation, de l'antagonisme existant entre elles. Le moyen d'atteindre ce but, tel qu'il le propose, se retrouvera dans les constructions intellectuelles futures, qu'elles se réclament du corporatisme ou de la communauté professionnelle. Il faut opérer une *union* « dans l'amour fraternel ». Cela est possible

⁵⁴ Voir par exemple J. Dubs, *Le droit public de la Confédération suisse*, Neuchâtel/Genève, 1878, p. 249.

⁵⁵ Les modèles visant non pas à modifier les relations entre travailleurs et employeurs, mais à la suppression de la distinction par la suppression des classes, n'entrent par définition pas dans le cadre d'une étude sur la participation; l'existence de celle-ci implique l'existence d'au moins deux partenaires.

⁵⁶ C. Frey, *Grève générale de 1918*, Genève, 1969, p. 123 et ss.

⁵⁷ W. Gautschi, *Das Oltenener Aktionskomitee*, Zurich, 1955, p. 107.

⁵⁸ Les encycliques sociales, Paris, 1962, p. 79 et ss.

⁵⁹ Les encycliques sociales, Paris, 1962, p. 129 et ss.

⁶⁰ *Rerum novarum*, n. 12.

en particulier par l'institution de corporations (intégration verticale) à l'intérieur desquelles les droits et les devoirs sont clairement définis. Cependant, il ne s'agit, dans l'esprit de Léon XIII, pas tant de donner des droits aux travailleurs, que d'amener les employeurs à les mieux traiter. Le but ultime est d'ailleurs nettement défini: « Ce qui importe par-dessus tout, au milieu de tant de cupidités en effervescence, c'est de contenir les masses dans le devoir »⁶¹. Léon XIII en restait à l'aspect « bien-faisance et charité » des rapports entre riches et pauvres⁶². C'est ici l'élément moral qui domine, avec l'idée-force que « les deux classes sont destinées par la nature à s'unir harmonieusement et à se tenir naturellement dans un parfait équilibre »⁶³. On en retrouvera la manifestation en Suisse. Dès 1923, les syndicats ouvriers d'une part, certains hommes politiques d'autre part, portent le débat sur la scène parlementaire⁶⁴. Dès 1938, celui-ci s'amplifiera pour trouver finalement une concrétisation sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, ensuite de l'adoption par le constituant de l'art. 34 ter de la Constitution fédérale⁶⁵. Il est difficile, à cette époque, de discerner ce qui distingue l'idée de corporatisme de celle de communauté professionnelle. Et la nuance que faisaient les syndicats entre les deux institutions n'est pas très nette⁶⁶.

Cette période prendra fin à l'époque où l'on pourra s'apercevoir que l'art. 34 ter I litt. b de la Constitution fédérale, sur lequel reposaient les espoirs de ceux qui voyaient comme solution à l'antagonisme entre travailleurs et employeurs une sorte de fraternité de classe ou l'intégration verticale à l'intérieur de la profession, ne trouvera pas d'écho dans une législation d'application⁶⁷.

- d) La conception de fond a changé et l'initiative de 1971 constitue l'aboutissement de cette évolution. Au lieu que le but, plus ou moins évident, dans la deuxième période, tende à une sorte de fusion des classes à l'intérieur de l'entreprise (tendance corporatiste) ou à l'intérieur de la profession (communauté professionnelle), l'existence d'un antagonisme est acceptée comme un fait. L'approche « morale » du problème fait place à une position plus réaliste, selon laquelle la participation ne consiste que dans le fait de créer une égalité juridique entre les deux parties en présence, en donnant par la loi à la plus faible les moyens d'accéder à une telle position⁶⁸.

⁶¹ Rerum novarum, n. 30.

⁶² Comme le constate Pie XI, dans *Quadragesimo anno*, n. 80.

⁶³ « L'organisation corporative doit restaurer l'antique fraternité sur les débris de la lutte des classes », J. Malherbe, *Le corporatisme d'association en Suisse*, thèse, Lausanne, 1940, p. 85, qui cite à A. Bolle.

⁶⁴ Sic, postulat Bolle de 1924; cf. P. Reymond-Sauvain, *Le syndicalisme en Suisse*, Genève, p. 83 et ss.

⁶⁵ Le 6 juillet 1947.

⁶⁶ « Cependant, les parties contractantes, patronales d'une part, ouvrières de l'autre, restent bien délimitées. Elles ne s'interpénètrent pas comme dans le vieux système corporatif », *La Communauté professionnelle*, dans *La lutte syndicale*, 26 octobre 1940, n. 43.

⁶⁷ Commission d'experts du Département fédéral de l'économie publique, *Collaboration entre employeurs et travailleurs*, rapport du 13 août 1955, dans *La vie économique*, 1955, p. 322.

⁶⁸ La participation, programme de l'Union syndicale suisse, dans *Revue syndicale*, 1971, p. 269.

16. En droit positif, compte tenu des réserves émises ci-dessus, nous n'énumérons que les principales réalisations relevant directement de la participation. Le Conseil fédéral expose⁶⁹ que les droits conférés aux travailleurs par l'art. 89 bis III du Code civil suisse constituent l'institution la plus complète de participation en Suisse. Étendu à l'ensemble des travailleurs par la loi fédérale du 21 mars 1958⁷⁰, ce droit existait auparavant pour les salariés soumis à la Loi sur le travail dans les fabriques⁷¹. Dès le 1^{er} février 1920, les travailleurs ont eu, de lege lata, un droit de participation. Pour le Conseil fédéral, à l'époque, il allait de soi « que les ouvriers de fabrique devaient être admis à participer à l'administration des caisses de toute nature dans lesquelles ils versent des cotisations »⁷². Nous exposons plus loin ce qu'il en est vraiment de ce droit.

Un autre cas de participation fréquemment cité est celui des droits donnés aux travailleurs en matière de règlement d'entreprise. Il est vrai qu'un droit de consultation existe depuis 1877⁷³. Il s'agit d'une forme réduite de participation. Selon le droit actuel (sur lequel nous reviendrons), elle consiste dans la consultation des travailleurs dans l'hypothèse d'un règlement d'entreprise unilatéral; il y a codécision lorsque le règlement d'entreprise est établi par convention. Mais la loi ne crée pas un droit pour les travailleurs à exiger un règlement conventionnel. Cependant, il ne nous paraît pas que l'on puisse parler de participation lorsque le règlement d'entreprise conventionnel statue sur des questions relevant du droit privé; à défaut de règlement, en effet, le travailleur tirerait ce droit de codécision de sa qualité de partie à un contrat.

17. Le droit collectif du travail a repris de nombreuses idées dans ce domaine. Certaines ont été réalisées dans des secteurs déterminés de l'économie, comme par exemple la mise sur pied de comités d'entreprise. En revanche, si au cours du XX^e siècle, le droit du travail au sens strict s'est développé, il n'en a pas été de même, dans le droit étatique, en ce qui concerne la participation.

⁶⁹ Message FF, 1973, II, p. 351.

⁷⁰ ROLF, 1958, p. 389.

⁷¹ Cf. Message du 1^{er} décembre 1956, FF, 1956, II, p. 860; la règle faisait l'objet de l'art. 79 I LTF, RS 8 p. 3.

⁷² Message du 6 mai 1910, FF 1910, IV, p. 113, 208; cf. ci-dessous le chapitre V.

⁷³ LTF du 23 mars 1877, art. 8, RO 3, p. 224; LTF du 18 juin 1914, art. 11 et ss. RS 8, p. 3.

CHAPITRE II

ESSAIS DE DÉFINITION

PARTICIPATION

1. En droit suisse du travail, ce mot est déjà utilisé; mais avec une précision. L'article 322 a CO traite en effet de la « participation aux résultats de l'exploitation ». Il a, dans cette expression, un sens relativement étroit qui peut contribuer à faire oublier que ce n'est pas le seul. Cette confusion risque d'autant plus d'être faite dans les pays de langue française qu'en droit français, on entend par participation les droits des travailleurs aux profits de l'entreprise ⁷⁴.
2. Sous risque d'erreur, il vaut mieux assortir le mot-clé de précision. On distinguera par conséquent entre « participation aux décisions » et « participation aux résultats ». Les deux institutions peuvent d'ailleurs coexister, ou même se lier; on pense ici au cas de l'actionnariat ouvrier. Dans la présente étude, participation utilisé seul signifie « participation aux décisions ».
3. La définition suivante peut être proposée: « La participation est le droit pour le travailleur de prendre part, dans des domaines plus ou moins étendus, de manière plus ou moins déterminante, aux décisions concernant l'entreprise où il travaille, en dehors de celles qui touchent directement à sa qualité de partie à un contrat de travail; les règles sur la participation sont d'origine étatique ou privée. » Il s'agit d'une définition souple; ce qui est nécessaire lorsqu'on voit les divergences qui existent dans l'appréciation même du système. Elle permet cependant quelques constatations.
4. a) Elle englobe la totalité des degrés de la participation. Ainsi, le droit à l'information relève déjà de la participation. La confusion des termes est ici assez nette. En effet, les auteurs de l'initiative entendent implicitement dans le mot le système de la codécision nécessaire ⁷⁵.

⁷⁴ Par exemple, Ordonnance du 17 août 1967.

⁷⁵ Programme de l'USS, Revue syndicale, 1971, p. 269. Richter, Bull. off. CN 1974, p. 515, col. 1.

Les opposants répondent: oui à la participation, mais en entendant par là celle des degrés inférieurs ⁷⁶. Le mot utilisé en langue allemande ⁷⁷ implique en revanche l'exigence de ce plus haut niveau. A l'origine, en République fédérale allemande, ce mot impliquait la participation au niveau le plus élevé, soit la codécision paritaire à l'Aufsichtsrat ⁷⁸.

5. b) On doit considérer que participe le travailleur qui prend part aux décisions qui, sans règles spéciales, auraient été du ressort exclusif d'autres personnes. Ce qui exclut de la participation les accords nécessaires du travailleur en tant que partie à un contrat ⁷⁹.
6. c) D'une manière générale, les droits de participation peuvent avoir leur source soit dans des règles étatiques, soit dans des règles privées, soit même dans des règles mixtes ⁸⁰. Il s'agit bien entendu d'un choix politique. Nous nous attacherons ici à la question des règles étatiques.

CORPORATISME

7. Il est des mots qui, à force d'être utilisés à tort et à travers, perdent leur pouvoir de désigner un système. Corporatisme en est un. Il a même acquis, dans certains cas, un pouvoir quasi injurieux. L'idée fondamentale de cette doctrine réside, sinon dans la négation de l'existence de classes sociales, du moins dans l'affirmation qu'elles ont des intérêts convergents. La « profession » est considérée globalement; elle est le sujet du corporatisme. La corporation est un groupement de « personnes exerçant une activité identique, commune ou connexe, d'une part comme employé ou ouvrier et d'autre part comme employeur ou propriétaire et acceptant de collaborer au bon fonctionnement de la corporation et de ses institutions sociales » ⁸¹. On peut en tirer l'idée force du corporatisme: l'existence d'une communauté d'intérêts entre toutes les personnes d'une même branche économique est présumée.
8. L'autre aspect du corporatisme est assez bien illustré par une loi française récente, dite « Loi Royer » ⁸². La profession, ou la branche économique, se voit concéder par l'Etat une part plus ou moins importante des pouvoirs détenus par celui-ci. En l'espèce, les commissions départementales d'urbanisme commercial « statuent sur les demandes d'autorisation qui lui sont

⁷⁶ Par exemple, C. Grosjean, Une symbiose possible, *Le National*, 1974, n. 5, p. 5; Binder, *Bull. off. CN* 1974, p. 509 et ss.

⁷⁷ Mitbestimmung dans l'initiative; le texte allemand est déterminant.

⁷⁸ Mitbestimmungsgesetz du 21 mai 1951.

⁷⁹ Cf. ci-dessus le chapitre I, n. 16.

⁸⁰ On pense ici au cas d'une convention collective de travail étendue, par laquelle le Gouvernement pourrait imposer la participation (du moins dans ses formes les plus atténuées).

⁸¹ Chamay, cité par F. Hofstetter-Lcu, I progetti corporativi svizzeri, dans *Rivista internazionale di scienze sociali*, Milan, 1935, p. 64.

⁸² Loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *Bull. légis. Dalloz*, 1974, p. 30.

présentées en vertu des dispositions de l'article 29 ci-après »⁸³. Cette commission a, entre autres compétences, celle de décider de l'ouverture des magasins à grande surface. Or, dans cette commission siègent neuf représentants des activités commerciales et artisanales, deux représentants des associations de consommateurs, et seulement neuf élus locaux⁸⁴.

9. On retrouve ce souci de laisser aux intéressés le soin de régler leur statut et leurs relations dans la doctrine de l'Eglise: « C'est en conséquence aux hommes en premier lieu qu'il revient de régler leurs rapports mutuels de travail. C'est uniquement dans le cas où les intéressés ne remplissent pas ou ne peuvent pas remplir leur tâche qu'il entre dans les attributions de l'Etat d'intervenir sur ce terrain, dans la division et la distribution du travail, sous la forme et dans la mesure que demande le bien commun justement compris »⁸⁵. L'Eglise, par la volonté de Jean XXIII, a par la suite nuancé sa position⁸⁶.

AUTOGESTION

10. Il n'est pas rare que l'on fasse de l'autogestion une sorte de suite logique de la participation⁸⁷. C'est là une confusion. Si certains théoriciens du système autogestionnaire admettent la participation, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'un palier amenant à l'autogestion, mais bien parce qu'elle permettra de modifier plus facilement le système⁸⁸. Toutes les tendances autogestionnaires ne sont d'ailleurs pas d'accord sur ce point. Ainsi, Mandel voit dans la participation le moyen choisi par « les couches les plus intelligentes du capitalisme » pour « canaliser et détourner cette révolte (celle des travailleurs) avec l'aide des appareils syndicaux dans une direction de collaboration et non de contestation de classe »⁸⁹.
11. L'autogestion implique, à l'occasion de sa mise en place, un transfert de propriété et, pour sa réalisation, une modification de la nature du droit de propriété des biens de production⁹⁰. Elle ne peut être envisagée, selon Mandel, que dans une modification globale de la société, tout essai à l'intérieur du système capitaliste ayant pour seule conséquence d'introduire dans une économie de marché une forme différente de constitution de l'entreprise sans qu'il y ait vraiment changement de structure⁹¹. Le système yougoslave

⁸³ Art. 28 I Loi d'orientation.

⁸⁴ Art. 30 Loi d'orientation.

⁸⁵ Pie XII, Radiomessage de Pentecôte, 1^{er} juin 1941, n. 232, à propos de l'encyclique *Rerum Novarum*; repris par Jean XXIII dans l'encyclique *Mater et Magistra*, ch. 317; il s'agit là du principe dit de subsidiarité formulé par Pie XI dans *Quadragesimo anno*.

⁸⁶ Jean XXIII, *Mater et Magistra*, 15 juin 1961, ch. 330 et ss.

⁸⁷ P.ex. Ziegler, *Bull. off. CN* 1974, p. 548, col. 1.

⁸⁸ V. Fay, *Du contrôle ouvrier à l'autogestion*, dans *Critique socialiste*, Revue théorique du PSU, mai-septembre 1973, p. 68-70.

⁸⁹ E. Mandel, *Contrôles ouvriers, conseils ouvriers, autogestion*, Paris, 1973, p. 22.

⁹⁰ Voir Ziegler, loc. cit., qui assimile autogestion à copropriété.

⁹¹ E. Mandel, op. cit., p. 24, n. 14 ad p. 23.

dit autogestionnaire y a recouru; que ce soit dans les années 1950 (économie socialiste planifiée), ou par la suite (vers 1960, économie socialiste de marché), la propriété a été transférée à des coopératives, puis à l'Etat⁹².⁹³

DISTINCTIONS

12. Entre la participation et le corporatisme, il est pour le moins difficile de distinguer. Souvent même, à l'examen des développements donnés à leurs idées par des gens se défendant farouchement d'être corporatistes, on peut se demander s'il y en a une, si l'on n'est pas simplement en présence d'une querelle de mots⁹⁴.
13. a) On trouve dans le corporatisme une dimension « morale »: tous les hommes d'une même branche économique sont liés dans la recherche de la prospérité commune. Les corporatistes refusent de prendre en considération la possibilité que, selon leur condition sociale, les intérêts des hommes ne sont pas nécessairement les mêmes⁹⁵. La participation implique que l'on admette cette opposition; les institutions mises en place n'ont pas pour but de les nier, mais de les résoudre⁹⁶.
14. b) Le contenu de la loi fribourgeoise sur l'organisation corporative⁹⁷ est sur ce point exemplaire: « Elles (les organisations corporatives reconnues par le Conseil d'Etat) assurent la collaboration des classes en vue de la paix sociale et du bien commun »⁹⁸. Dans son message, le Conseil d'Etat expliquait: « Les membres d'une même profession ont un intérêt commun à la bonne marche de la production des biens et de la prestation de services qui sont le fait de leur commune activité »⁹⁹.
15. c) Dans le système de participation de l'Allemagne qui sert, qu'on le veuille ou non, de référence aux discussions qui ont lieu à ce sujet en Suisse, certains éléments permettent d'opérer une distinction d'avec le corporatisme:

⁹² A. Meister, Autogestion, les équivoques du cas yougoslave, dans *Le Monde*, 30 juin-1^{er} juillet 1974.

⁹³ Pour une appréciation au fond, cf. P. Mendès-France, *Choisir*, Paris 1974, p. 147-149.

⁹⁴ Cf. par exemple l'idée de la communauté professionnelle; cf. les déclarations de Georges Séguy (CGT française), *Le Monde*, 7 septembre 1974.

⁹⁵ Par exemple A. Bolle, *Capitalisme et participation*, La Chaux-de-Fonds, 1972; l'auteur est très représentatif du courant de pensée de la communauté professionnelle de l'entre-deux-guerres.

⁹⁶ Encore faut-il être prudent avec ce genre de raisonnement; ainsi, Lorenz, cité par F. Hofstetter-Leu, loc. cit. p. 65: « Un istituto paritetico composto da organizzazioni di lavoro e datori di lavoro che formano assieme, *ma in gruppi distinti...* »

⁹⁷ Votée par le Grand Conseil fribourgeois le 3 mai 1934 (Bull. off. des séances, 1934, p. 233). Jamais entrée en vigueur. Le Grand Conseil était composé de 72 conservateurs, 19 « liste d'entente », 25 libéraux-radicaux, 2 PAB. Si l'on tient compte de 18 des membres de la liste d'entente étaient de tendance conservatrice, les conservateurs formaient le 76% de ce parlement. Six des sept conseillers d'Etat étaient conservateurs (renseignements fournis par la Chancellerie d'Etat).

⁹⁸ Bull. off. des séances du Grand Conseil, Fribourg, 1934, p. 13.

⁹⁹ Bull. off. des séances du Grand Conseil, Fribourg, 1933, p. 225.

- aa) La participation tend à donner aux travailleurs une part de compétence dans les décisions concernant la marche de l'entreprise, et non pas dans le domaine de l'organisation de la profession uniquement;
- bb) Les travailleurs allemands sont considérés comme faisant partie d'une catégorie sociale bien déterminée et ne perdent pas leur caractéristique dans les organes de la participation¹⁰⁰. Ainsi, les syndicats peuvent déléguer des représentants dans certains organes de participation¹⁰¹.
16. d) La doctrine corporatiste postule la création de structures d'organisation au niveau de la profession. Son objet consiste dans la relation entre employeurs et travailleurs. Dans sa forme moderne tout au moins, il ne semble pas que ses protagonistes aient voulu modifier le rôle du chef d'entreprise en ce qui concerne la gestion de celle-ci¹⁰². Dans l'idée de participation, c'est précisément en ce qui concerne la marche de l'entreprise que le travailleur acquerrait des compétences¹⁰³. Le but visé n'est pas le même. Le corporatisme vise à améliorer la situation du travailleur en limitant la contrainte hiérarchique en ce qui concerne sa situation personnelle. Les « participationnistes » veulent modifier ce rapport en ce qui concerne le fonctionnement de l'entreprise.
17. e) Dans l'organisation politique de l'Etat, l'un et l'autre des deux systèmes n'occupent pas la même place. Bien entendu, on parle ici d'Etats organisés sous une forme démocratique: la question se pose différemment à l'intérieur des régimes politiques non démocratiques qui, souvent d'ailleurs, instituent le corporatisme en règle de droit¹⁰⁴. La corporation, dans un Etat démocratique, se verrait investie d'un pouvoir normatif relativement étendu, dans des domaines qui, à notre époque en tout cas, appartiennent à l'Etat¹⁰⁵. C'est peut-être, qualitativement, le critère de distinction le plus net: les règles posées par la corporation acquièrent une force obligatoire générale. L'Etat, même s'il se réserve un droit de contrôle sur ces règles, renonce à légiférer dans ces domaines.
18. L'une et l'autre des deux doctrines examinées ci-dessus se distinguent de l'autogestion en ce qu'elles n'impliquent pas de transfert de propriété. Selon les deux premières, les rôles de chacune des parties restent différents. A teneur

¹⁰⁰ La démonstration serait plus délicate en ce qui concerne le comité d'entreprise français, où les travailleurs ne sont pas tant partenaires de l'employeur que membres, au même titre que lui, d'un organe.

¹⁰¹ Art. 6 MitbestG, par exemple.

¹⁰² « La corporation, reconnue par l'Etat, a la tâche de gérer les intérêts de la profession. Normalement, il appartiendra à la corporation de légiférer sur la durée du travail, sur l'emploi des femmes et des enfants dans l'industrie et le commerce, sur les conditions d'apprentissage, sur la protection des salariés, sur le rapport de travail; d'organiser les assurances sociales, les œuvres de prévoyance, de mutualité, d'éducation professionnelle, en un mot, de légiférer sur toutes les questions qui ont pour objet le bien-être de la profession » (Conseil d'Etat fribourgeois, Bull. off. séances du Grand Conseil, 1933, p. 226.

¹⁰³ Même au plus bas niveau, tel celui de l'aménagement de la place de travail.

¹⁰⁴ Etat français, Loi du 4 octobre 1941 relative à l'organisation des professions (Charte du travail), Gaz. Pal. 1941, 2, p. 862; art. 24 de la Charte des Espagnols du 17 juillet 1945, Charte du travail du 9 mars 1938; art. 16 de la Constitution de la République portugaise du 11 avril 1933; cf. pour l'Italie mussolinienne, O. Samson, *Le corporatisme au Portugal*, Paris, 1938, p. 13.

¹⁰⁵ Cf. ci-dessus note 102.

de la troisième, seul l'apport travail conserve de l'importance à l'intérieur de l'entreprise. La propriété, collective ou étatique, ne crée plus de droit spécifique pour ses titulaires.

19. La structure du monde du travail, dans la Suisse actuelle, est du type libéral, tempéré d'interventionnisme. Les parties jouissent d'une grande liberté, limitées par les règles de protection des travailleurs¹⁰⁶. On en tire que les droits éventuels des travailleurs à avoir une influence sur leur entreprise dépendent des accords collectifs. La doctrine selon laquelle il convient de rester sur le terrain conventionnel est largement répandue.

LA COMMUNAUTÉ PROFESSIONNELLE

20. Il s'agit là d'un cas particulier qui a donné lieu, en Suisse, à de nombreux débats. On trouve, parmi ses protagonistes, des gens de toutes appartenances politiques¹⁰⁷. Chez les uns et les autres, le souci d'éviter que l'on puisse prendre leurs propositions pour du corporatisme déguisé est sensible¹⁰⁸. L'idée de base consistait dans la création de commissions mixtes d'entreprise, déléguant des représentants à des commissions paritaires régionales, et disposant de compétences étendues. Ce que l'on nomme aujourd'hui participation n'est pas tout à fait de la même nature. Elle s'en distingue par le fait qu'au plan de la gestion de l'entreprise, les représentants des travailleurs seraient appelés à siéger dans des organes sociaux, avec les mêmes pouvoirs que les représentants des actionnaires. Alors que, dans la communauté professionnelle, même à ce niveau, des commissions spéciales auraient été créées, douées de compétences dont on peut penser qu'elles auraient été énumérées limitativement.

21. GLOSSAIRE

Codécision Relatif au degré de la participation. Droit des travailleurs de prendre les décisions concernant l'entreprise conjointement avec les propriétaires de l'entreprise (ou avec les organes de la société). C'est le mot qui rend le mieux l'idée de « Mitbestimmung ».

¹⁰⁶ On peut considérer comme telles celles qui font partie du droit public du travail, comme celles du droit privé. En effet, qu'elle soit dans la LT ou dans le CO, une règle avantageant le travailleur déploie les mêmes effets dès lors qu'elle est impérative.

¹⁰⁷ Par exemple, Boll (libéral) dans son postulat du 23 décembre 1923, développé en 1924 (Bull. off. CN, 1924, p. 358); Union syndicale suisse, projet de communauté professionnelle des 11-12 octobre 1940, dans Lutte syndicale du 26 octobre 1940; postulat Robert (socialiste) du 9 juin 1943.

¹⁰⁸ Bolle, Bull. off. CN, 1934, p. 362: (on me dit) « ... vous allez rétablir les anciennes corporations du Moyen Âge que la révolution française avait définitivement abolies. Permettez-moi de réfuter en deux mots cet argument... » Union syndicale suisse, loc. cit.: « Elles (les associations patronales et ouvrières) ne s'interpénètrent pas comme dans le vieux système corporatif »; on notera, pour la petite histoire, le souci de l'Union syndicale suisse de trouver une solution « bien suisse »: « Sont exclues (des commissions), les personnes adhérant à un parti ou à une association qui s'inspire d'idéologies étrangères » (sic).

Cogestion	Relatif au domaine de la participation. Dans le langage usuel, ce mot recouvre plusieurs notions. Il est souvent considéré comme synonyme de participation aux décisions. On l'utilisera dans son sens strict: il s'agit du droit, pour les travailleurs, de prendre part aux décisions concernant la gestion de l'entreprise, par opposition aux décisions concernant l'exploitation (utilisé dans ce sens, par exemple, par J.-S. Eggly, Journal de Genève du 12 juin 1974, page 7; M. Allenspach/A. Jetzer, De la participation à la cogestion, Genève, 1972). En allemand, « Mitbestimmung... in Unternehmen... » par opposition à « Mitbestimmung in Betrieb ». Ne sous-entend pas, dans ce sens, un degré particulier de participation, mais désigne le domaine où celle-ci existe. Ainsi, on ne peut pas suivre les auteurs cités ci-dessus lorsqu'ils opposent la cogestion à la participation.
Collaboration	Dans le langage courant, ce mot définit un but plus qu'il ne désigne un état de fait. Il a le même sens que coopération. Notons que lorsqu'un employeur parle de collaborateurs, cela n'implique pas nécessairement que les rapports qu'il entretient avec eux soient d'une nature différente de ceux qu'il a avec les personnes qu'il nomme travailleurs.
Consultation	Relatif au degré de la participation. L'avis des travailleurs doit avoir été requis pour qu'une décision prise par la personne ou l'organe compétent entre en force. Exemple de consultation: la procédure de l'art. 37 LT.
Coopération	Même sens que collaboration.
Degré	Nous entendons désigner, par ce mot, l'étendue du pouvoir concédé à une partie (information, consultation, codécision).
Domaine	Mot choisi ici pour désigner les différentes parties de l'entreprise. En général, domaine de la gestion, domaine de l'exploitation, domaine social.
Entreprise	<p>Selon la LT, il y a entreprise lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs... Dans le texte allemand, le mot entreprise est traduit par Betrieb.</p> <p>D'une autre manière, on pourrait dire que l'entreprise est un groupement économique réunissant un ensemble de biens et de personnes pour la réalisation d'un but commun. C'est dans cette optique qu'il faut comprendre le mot lorsqu'il est utilisé à propos de participation. L'entreprise réunit un apporteur de capital, un propriétaire et des travailleurs.</p> <p>Selon la forme juridique choisie, la qualité de propriétaire et celle d'apporteur de capital peut être confondue.</p> <p>Quant à son fonctionnement, il a été réduit dans le débat sur la participation à deux éléments, l'exploitation et la gestion. C'est ici que des difficultés d'ordre linguistique apparaissent. En français, le mot entreprise les contient. En allemand, le mot entreprise compris de cette manière est rendu par l'addition de Betrieb et d'Unternehmen. Ainsi, en droit</p>

	du travail, Betrieb signifie entreprise, alors qu'en droit de la participation, il faut y ajouter Unternehmen pour avoir une traduction correcte.
Exploitation	Relatif au domaine de la participation. Il s'agit de l'un des aspects de l'activité de l'entreprise (all.: Betrieb). Il est extrêmement difficile de définir avec une certaine précision le domaine de l'exploitation. Il est plus ou moins étendu selon la personne qui en parle. Il est révélateur de constater qu'à l'Assemblée fédérale, qui attache une grande importance à ce domaine puisqu'elle y limite la participation (contre-projet), les contours de l'« exploitation » n'ont pas été cernés avec précision. Il est généralement admis que l'organisation du poste de travail en fasse partie. On ne sait en revanche pas si la décision d'une entreprise de transférer ses locaux de production (qui touche au poste de travail) relève de l'exploitation ou de la gestion.
Gestion	Relatif au domaine de la participation. C'est la face « économique » de l'entreprise (all.: Unternehmen). Sur la difficulté de définir ce mot avec précision, cf. ci-dessus Exploitation. Concrètement, le débat dans lequel on oppose gestion à exploitation se limite au point de déterminer si la participation s'étendra aux organes de l'entreprise, ou si elle ne s'exercera qu'en dehors de ceux-ci.
Information	Relatif au degré de la participation. Les travailleurs sont obligatoirement tenus au courant des décisions concernant l'entreprise.
Intensité	On utilisera ce mot pour désigner le rapport arithmétique entre les représentants de l'employeur et ceux des travailleurs dans les institutions de la participation (parité, 1/3 - 2/3, etc.).
Lieu	Mot choisi pour désigner l'organe dans lequel s'exerce la participation (comité d'entreprise, conseil d'administration, etc.).
Parité	Relatif à l'intensité de la participation. Il y a participation paritaire: a) Lorsque dans un organe où sont représentés l'employeur et les travailleurs, chaque partie dispose d'un nombre égal de voix; b) lorsque chacune des parties est représentée par un organe qui lui est propre, et que chacun des deux organes a les mêmes pouvoirs. Théoriquement, on pourrait construire un raisonnement selon lequel il pourrait y avoir parité, mais pas égalité. Ce serait le cas si chaque partie disposait du même nombre de voix, mais que celles de l'une soient délibératives, celles de l'autre décisionnelles. Pratiquement, lorsqu'on parle de participation paritaire, on sous-entend qu'elle est égalitaire.
Participation	Droit pour les travailleurs de prendre part aux décisions concernant l'entreprise. Pour éviter les confusions, on parlera, en ce qui concerne la participation aux résultats, d'intéressement.

CHAPITRE III

LE DROIT POSITIF SUISSE

1. Ce qui existe de participation en Suisse est fondé sur deux sources possibles : le droit étatique et les conventions de droit privé. Il ne sera question ici que du droit étatique. Dans son Message du 22 août 1973¹⁰⁹, le Conseil fédéral a établi une liste de ce qu'il estime être les institutions de participation de la législation suisse. Une des difficultés de cet exercice consiste dans la distinction qu'il convient de faire entre le droit que le travailleur peut tirer d'une institution relevant de la participation et celui qu'il possède en tant que partie au contrat de travail.
2. Pour que l'on puisse parler de participation, il faut qu'il y ait en présence deux partenaires. Compte tenu du domaine considéré, ils seront liés par un contrat de travail. Malgré les particularités de ce dernier, les principes généraux du droit des obligations lui restent applicables. En particulier, la création entre les parties d'un lien de subordination n'a pas pour effet de donner à l'employeur la faculté de modifier unilatéralement les accords passés entre parties.
3. Il résulte de cette constatation que, dans un grand nombre de cas, le consentement du travailleur à une décision de l'employeur est nécessaire pour que celle-ci entre en force, non pas parce que le travailleur jouit d'un droit de codécision, mais bien parce que la décision, touchant au contenu du contrat, ne peut déployer ses effets qu'avec le consentement des deux parties. Le « pouvoir de commandement » de l'employeur en ce qui concerne la situation du travailleur est de ce fait relativement limité¹¹⁰.

Ainsi en est-il, par exemple, du cas de la dérogation à l'interdiction de travailler le dimanche¹¹¹. Si l'on pense au cas habituel où les parties sont convenues que l'une travaillerait au service de l'autre du lundi matin au vendredi soir, le travail du dimanche correspond à une modification du

¹⁰⁹ FF 1973 II, p. 345 et ss.

¹¹⁰ On fait ici abstraction de l'aspect « pouvoir de fait » dont dispose l'employeur, en ce sens que la menace expresse ou implicite d'une résiliation de contrat peut avoir pour effet de donner à l'employeur une sorte de droit de revoir la situation du travailleur. Non seulement cela ne ressort pas de la loi, mais encore ce « pouvoir de fait » dépend étroitement de la conjoncture.

¹¹¹ Art. 19 LT.

contrat. Il ne semble pas qu'une disposition légale autorise l'employeur à l'imposer unilatéralement; la nécessité du consentement du travailleur ressort du code des obligations, et l'article 19 LT ne lui donne pas de droits supplémentaires. Il apparaît assez audacieux de considérer qu'il y ait là un pouvoir de codécision.

4. Dans le même ordre d'idée, l'utilité d'opérer une distinction entre les règles de protection du travailleur et celles de la participation n'est pas académique. La loi sur le travail trouve sa base constitutionnelle dans l'article 34 ter de la Constitution fédérale, entre autres dispositions. Si l'on devait suivre la pensée du Conseil fédéral¹¹², cet article 34 ter permettrait d'établir des règles sur la participation. Il est douteux que celles-ci soient fondées sur l'al. 1 litt. a, qui ne concerne que la protection des travailleurs. Logiquement, le Conseil fédéral ne peut estimer qu'elles soient fondées sur la lettre b de cet article, puisqu'il pense que cette disposition ne constitue pas une « base constitutionnelle pour la participation »¹¹³. Comment, alors, expliquer la présence de dispositions sur la participation dans la LT? Ou, en d'autres termes, cette loi contient-elle vraiment des règles de cette nature?
 - a) Le but de l'une et l'autre catégories de règles n'est pas le même. Les dispositions du droit public du travail tendent principalement à protéger le travailleur dans sa santé. Elles ont une nature policière. Mais en principe, elles ne sont pas destinées à modifier la situation du travailleur par rapport à celui qui détient le pouvoir de décision. Ainsi, par exemple, la fixation d'une durée maximum du travail hebdomadaire limite l'employeur dans sa liberté de décision, mais ne donne pas au travailleur un droit de participation.
 - b) Le droit à être protégé concerne le travailleur en tant que personne et n'implique pas nécessairement un comportement actif de sa part. Il s'agit d'un système qui a pour sujets l'Etat et les employeurs et pour « objet » le travailleur. Alors que, dans la participation, le travailleur doit avoir un comportement actif, il est sujet.
5. Ainsi, par exemple, il est douteux que la femme enceinte qui consent à travailler¹¹⁴ exerce un droit de participation. Le bien protégé est ici la santé de la travailleuse et de son futur enfant. La loi ne crée pas un droit à exercer une influence sur la marche de l'entreprise.

En matière de droit privé, comme on l'a vu, on ne peut pas parler de règles de participation.
6. Deux institutions méritent l'attention, celle de l'art. 89 bis CCS et celle des art. 37 et ss. LT. L'art. 89 bis CCS institue dans les fondations de prévoyance pour le personnel un droit de codécision des travailleurs proportionnel à leurs versements¹¹⁵. Il résulte de la loi fédérale du 21 mars 1958¹¹⁶. Il

¹¹² Message, FF 1973 II, p. 346.

¹¹³ Message, FF 1973, p. 411, 412.

¹¹⁴ Art. 35 LT; J. Müller, Comm. LT, Berne 1971, n. 9 ad art. 35 LT.

¹¹⁵ Au maximum, la codécision sera paritaire, puisque les versements de l'employeur au titre de la prévoyance doivent être au moins du même montant que ceux des travailleurs; art. 331 III, 361 CO.

¹¹⁶ ROLF 1958, p. 389.

ne s'agissait pas d'une idée totalement nouvelle, puisque la LTF contenait des prescriptions à ce sujet ¹¹⁷.

Le cercle des personnes concernées était plus restreint ¹¹⁸.

7. La question se pose de déterminer si cette institution peut être rangée dans celles de la participation. Le droit de codécision ne concerne pas ici les relations employeur-travailleur, mais les rapports entre ces derniers et un tiers, l'institution de prévoyance. L'une et l'autre des parties au contrat de travail ont vis-à-vis de ce tiers la même position, celle de cotisant ¹¹⁹.

La règle de l'art. 89 bis CCS ne relève pas du domaine de la participation ¹²⁰.

8. Le règlement d'entreprise (anciennement: règlement de fabrique) est connu en Suisse depuis 1877 ¹²¹. La doctrine lui accorde une certaine importance ¹²²; ça n'a pas toujours été le cas ¹²³. Jusqu'en 1966, les travailleurs n'avaient qu'un droit de consultation. Dès le 1^{er} février de cette année-là, tout en conservant le droit de consultation, les travailleurs ont acquis une faculté de codécision; l'existence de celle-ci dépend de l'employeur, qui peut choisir la forme unilatérale d'établissement du règlement ¹²⁴. Le régime a été revu à l'occasion de la révision des titres X^e et X^e bis CO ¹²⁵.

9. Les art. 37 à 39 LT disposent:

- a) que les entreprises industrielles (et certaines autres selon ordonnance, et celles qui le désirent) ont un règlement d'entreprise;

¹¹⁷ Loi fédérale sur le travail dans les fabriques (LTF), du 18 juin 1914, RS 8, p. 3, art. 79 I.

¹¹⁸ On peut se demander si, tout en élargissant le cercle des intéressés (tous les salariés, au lieu des seuls ouvriers de fabriques, Message du 10 décembre 1956, FF 1956 II 845, 848), la règle de l'art. 89 bis CCS ne restreignait pas le droit lui-même (dès l'abrogation de l'art. 79 I LTF, le 31 janvier 1966 pour les ouvriers de fabriques; cf. art. 72 LT, ACF du 14 janvier 1966). En effet, il était question, dans la LTF, de « caisses », sans précision sur leur forme juridique, alors que l'art. 89 bis ne s'applique qu'aux fondations au sens strict. Or, tant sous l'empire de l'art. 343 bis anc. CO que selon l'art. 331 I CO, les fonds consacrés à la prévoyance peuvent être confiés également à une société coopérative par exemple. Bien que ce soit contraire au but de ce genre de sociétés (art. 818 CO), il n'apparaît pas exclu que l'on puisse en être bénéficiaire sans en être membre (voir, p. ex., la Migros). Dans une telle hypothèse, il pourrait arriver que les travailleurs ne soient pas représentés au prorata des versements effectués. Cette hypothèse est d'autant plus plausible que le tribunal fédéral a récemment confirmé le principe de la porte « entr'ouverte » (ATF 98 II 221, Fischer). Le refus d'admettre un bénéficiaire constituerait-il alors un abus de droit?

¹¹⁹ Pratiquement, on connaît la situation dominante de l'employeur dans l'institution. On constatera cependant que l'art. 343 CO, dont la rédaction peut prêter à confusion, ne concerne pas les relations entre employeurs et travailleurs d'une part, et caisse d'autre part; la distinction est nette (Bull. off. CN 1969, p 855, col. 2).

¹²⁰ La question sera résolue le jour où une loi fédérale sur la prévoyance professionnelle entrera en vigueur; ce domaine échappera alors de manière claire au droit du travail au sens strict. L'avant-projet du Département fédéral de l'intérieur (en réalité, de la commission fédérale de l'AVS) de juillet 1974 contient un art. 47 instituant la gestion paritaire sans restrictions.

¹²¹ Il s'agissait d'un droit de consultation; art. 8 II LTF du 23 mars 1877, RO III, p. 224, repris et développé à l'art. 15 LTF du 18 juin 1914.

¹²² W. Hug, Comm. LT, n. 20 à l'art. 39 LT.

¹²³ Message du Conseil fédéral concernant la LTF, FF 1910 IV, p. 113, 135.

¹²⁴ Art. 37 IV anc. LT.

¹²⁵ Loi fédérale du 25 juin 1971, Dispositions finales et transitoires, art. 5.

- b) qu'il contient :
 - aa) obligatoirement, des règles sur la protection de la santé et la prévention des accidents;
 - bb) obligatoirement, mais sous condition ¹²⁶, des règles sur le comportement des travailleurs et l'ordre intérieur;
 - cc) facultativement, d'autres règles concernant les relations entre employeurs et travailleurs;
 - c) qu'il peut être, dans les cas cités sous litt. b, aa) et bb), établi unilatéralement sous réserve de consultation ou conventionnellement (codécision), la forme étant laissée au choix de l'employeur;
 - d) qu'il doit être établi conventionnellement dans l'hypothèse visée sous litt. b, cc).
10. Il existe en tout cas un droit de participation, limité à la consultation, dans des domaines relevant de la compétence de l'employeur. En revanche, le degré supérieur (codécision) n'est pas atteint :
- a) parce que les travailleurs ne disposent pas du droit d'imposer, en ce qui concerne le contenu obligatoire, la forme de la convention;
 - b) parce que l'éventuelle obligation que peut avoir le chef d'entreprise de recourir à la forme conventionnelle concerne des dispositions qui relèvent du droit privé du contrat de travail (par exemple, vacances, délais de résiliation, etc.). En l'absence d'un règlement d'entreprise, l'accord des travailleurs (ou plutôt de chacun d'entre eux) est nécessaire pour qu'une clause déploie ses effets. Tout au plus, le règlement d'entreprise permet-il à la majorité des travailleurs, en accord avec l'employeur, d'imposer une solution à la minorité ¹²⁷. Lorsqu'il a pour objet des règles relevant du droit privé, le règlement d'entreprise constitue plutôt une sorte de convention collective de travail d'entreprise ¹²⁸.
11. Le comité d'entreprise français « coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives d'emploi et de travail ainsi que des conditions de vie au sein de l'entreprise; il est obligatoirement saisi, pour *avis* (souligné par nous), des règlements qui s'y rapportent » ¹²⁹. C'est là les domaines de notre règlement d'entreprise, dans lesquels les travailleurs français sont également consultés.

¹²⁶ W. Hug, Comm. LT, n. 10 ad art. 38 LT.

¹²⁷ Voir le cas du mode de paiement du salaire par exemple. Si la délégation, émanation de la majorité des travailleurs, décide par convention avec l'employeur que les salaires seront versés par monnaie scripturale, il semble bien que les travailleurs minoritaires y seront soumis (art. 73 OLT I). Le mode de paiement du salaire est un objet possible du règlement d'entreprise, cf. W. Hug, comm. LT, n. 17, ad art. 38.

¹²⁸ Cf. E. Schweingruber/F. Bigler, Commentaire de la Convention collective de travail, Berne, 1973, p. 19. Le terme de « sous-convention collective de travail » conviendrait mieux. En effet, le règlement d'entreprise ne doit rien contenir qui soit usuellement réglé par les conventions collectives de travail (art. 38 II i.f. LT).

¹²⁹ Art. 2 I O du 22 février 1945.

Les travailleurs français disposent d'un autre moyen d'intervention: les délégués du personnel ont compétence:

- a) de présenter à l'employeur toute réclamation concernant les travailleurs ¹³⁰;
- b) de saisir l'inspection du travail des violations du droit de protection des travailleurs ¹³¹.

¹³⁰ Art. 2 II Loi du 16 avril 1946 fixant le statut des délégués du personnel dans les comités d'entreprise.

¹³¹ Art. 2 III Loi du 16 avril 1946.

CHAPITRE IV

L'INITIATIVE, LES CONTREPROJETS

L'INITIATIVE

1. Une initiative populaire sur la participation a été déposée le 25 août 1971 à la Chancellerie fédérale¹³²; elle était munie de 162 052 signatures valables. Elle émanait de l'Union syndicale suisse, de la Confédération des syndicats chrétiens et de l'Association suisse des salariés évangéliques. Le texte allemand de l'initiative est déterminant¹³³. On se référera, pour les questions d'ordre rédactionnel du texte italien, au Message du 22 août 1973¹³⁴. La comparaison des textes allemand et français nécessite en revanche un examen plus approfondi. Le texte français a un sens général, le texte allemand indique mieux la volonté des initiateurs.
2. Participer, en français, peut être défini par « prendre part, collaborer »¹³⁵. Le recours au terme « participation », dans la Constitution, n'implique pas une forme particulière de collaboration. En outre, il s'agit d'un mot à double sens, puisqu'il peut recouvrir aussi bien l'intéressement que la codécision. En France, les auteurs utilisent le mot participation pour décrire un système qui traite de l'aspect financier de la question¹³⁶. Le droit positif suisse use également du terme pour décrire le droit du travailleur à une part du bénéfice

¹³² FF 1971 II, p. 778, 779.

¹³³ L'initiative propose d'introduire dans la Cst. féd. un article 34 ter I litt. b bis nouveau:
« La Confédération a le droit de légiférer:
» ... b bis. Sur la participation des travailleurs et de leurs organisations aux décisions dans les entreprises et administrations. »
« Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen:
» ... b bis. Über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen in Betrieb, Unternehmen und Verwaltung. »

¹³⁴ Message du Conseil fédéral concernant le projet d'arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire sur la participation et à un contreprojet (art. 34 ter, 1^{er} alinéa, let. b bis Cst.) du 22 août 1973 (ci-après Message), FF 1973, II, p. 229 et ss.

¹³⁵ Dictionnaire Robert.

¹³⁶ J. Péliissier, op. cit., Paris, 1971, p. 581; J.-M. Verdier, Syndicats, Paris, 1966, p. 387; P.-D. Ollier, op. cit., Paris, 1972, 3^e partie. Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945.

ou du chiffre d'affaires¹³⁷. En outre, l'expression « participation aux décisions » n'implique pas nécessairement la codécision. Être consulté constitue à n'en pas douter un droit de participation aux décisions. L'expression française, si elle permet la participation à tous les degrés, ne l'impose pas.

Le mot allemand de « Mitbestimmung » est plus précis, en ce sens qu'il définit mieux les intentions des initiateurs. On peut le traduire par « codécision »¹³⁸. Dans l'ordre juridique allemand, c'est dans ce sens qu'il est compris. Le législateur de la République fédérale use du mot « Mitbestimmung » lorsqu'il y a droit de codécision, et du mot « Mitwirkung » lorsque la participation est donnée à un degré moins élevé¹³⁹.

3. La participation pourra s'exercer dans certains lieux, selon l'initiative. L'un d'entre eux est l'administration (Verwaltung). Il s'agit bien d'administration au sens où l'entend l'art. 2 I litt. a LT. Cette partie de l'initiative concerne les salariés du secteur public¹⁴⁰. Les textes allemand et français sont équivalents.

Selon le texte français, l'autre lieu où s'exercera la participation est l'entreprise. Le texte allemand use de deux mots pour désigner le même objet : « Betrieb » et « Unternehmen ». On peut se satisfaire de cette traduction dans le langage courant¹⁴¹. Il n'est pas certain qu'elle soit suffisamment rigoureuse au plan juridique. En droit suisse, le mot entreprise est traduit par Betrieb¹⁴². Or, en droit allemand, Betrieb n'est pas équivalent de Unternehmen. Dans la Betriebsverfassung, le législateur a employé le terme de Betrieb pour tout ce qui concerne la participation au niveau de l'exploitation elle-même (conditions de travail, organisation, etc.), alors qu'il est question d'Unternehmen dès que la participation atteint le niveau économique¹⁴³. Il en résulte que le mot entreprise est moins précis que les équivalents du texte allemand, en ce sens que, dans ce dernier texte, le langage constitutionnel implique la participation économique (et correspond par conséquent à la volonté des initiateurs), alors que la version française ne la rend possible que dans une certaine interprétation. Qu'il se fonde sur l'un ou l'autre des deux textes, le législateur n'a, il est vrai, qu'une faculté d'agir. Mais il n'est pas indifférent d'être bien au clair sur leur portée exacte.

¹³⁷ Art. 322a CO; la marginale est cependant plus précise: « Participation au résultat de l'exploitation »; le terme allemand correspondant (Anteil, que l'on peut traduire par le mot part) ne prête pas à confusion.

¹³⁸ Sachs-Villatte, Dictionnaire allemand-français, Berlin, 1921.

¹³⁹ Voir par exemple, pour la différence de sens des deux termes, § 81 Betriebsverfassung G, où, sous un titre de chapitre traitant du « Mitwirkungsrecht », il est question du devoir d'information de l'employeur; alors que le § 87, qui décrit les droits de codécision du « Betriebsrat », porte comme titre « Mitbestimmungsrechte ».

¹⁴⁰ Union syndicale suisse, Participation, Berne, 1972, p. 9.

¹⁴¹ Si l'on admet qu'entreprise signifie « organisation de production de biens ou de services à caractère commercial » (Dictionnaire Robert), le mot recouvre aussi bien le Betrieb que l'Unternehmen allemand.

¹⁴² Cf., par exemple, l'art. 1^{er} LT.

¹⁴³ BetrverfG: le mot Unternehmen est employé dans la 6^e section (§ 106 et ss.), qui concerne les affaires économiques, par opposition à Betrieb, utilisé dans les autres parties de la loi.

4. a) L'initiative vise à permettre au législateur de modifier par des règles générales et obligatoires les rapports entre les employeurs (ou détenteurs du capital) et les travailleurs. C'est là une des caractéristiques de la tendance actuelle: selon les initiateurs, la loi doit pouvoir imposer la participation.
 - b) Il s'agit, selon l'un des groupements autour de l'initiative, d'introduire à l'intérieur de l'entreprise le type de relations qui existe actuellement sous forme non obligatoire entre les groupements patronaux et de travailleurs¹⁴⁴. Ce n'est pas là un postulat très clair, puisque, selon le système adopté, il pourrait arriver que l'on crée sous la dénomination de participation une institution obligatoire ressemblant assez nettement à une convention d'entreprise. Or il est notoire que ce sont précisément les syndicats qui sont le plus nettement opposés à des structures de ce genre¹⁴⁵.
 - c) Les auteurs de l'initiative entendent par participation le niveau et le degré le plus élevé de celle-ci, englobant les niveaux et degrés inférieurs. Ce niveau et degré le plus élevé, c'est la représentation paritaire au conseil d'administration des sociétés anonymes avec droit de décision¹⁴⁶. Il ne toucherait que les grandes entreprises.
 - d) Les représentants des travailleurs ne devraient pas être nécessairement choisis parmi les travailleurs de l'entreprise. Les organisations syndicales pourraient être représentées dans les conseils d'administration¹⁴⁷. Il s'agit là d'un des points importants et controversés de l'initiative. En particulier, il aura pour effet de reposer la question classique de la représentativité des syndicats.
 - e) Les auteurs de l'initiative ne se prononcent pas avec clarté sur les relations qui devraient exister entre l'édifice déjà important du droit des conventions collectives de travail et les institutions nouvelles de la participation. Tout au plus soutiennent-ils qu'un équilibre devrait être trouvé entre les deux institutions.
5. Bien que l'Union syndicale suisse s'en défende¹⁴⁸, l'influence du modèle allemand est extrêmement nette. Au niveau le plus élevé cependant, la différence entre le lieu de la participation en Allemagne et en Suisse n'a pas été examinée avec précision¹⁴⁹.

Le texte de l'initiative n'est pas clair en ce qui concerne la définition des sujets de la participation. Le droit appartiendrait aux travailleurs et à leurs organisations.

¹⁴⁴ Confédération des syndicats chrétiens, Exposé des motifs, p. 2.

¹⁴⁵ E. Schweingrubcr/F.-W. Bigler, op. cit., Berne, 1973, n. 5 ad art. 356 CO.

¹⁴⁶ Revue syndicale, 1971, p. 276 et ss.

¹⁴⁷ Union syndicale suisse, exposé des motifs, p. 15; Confédération des syndicats chrétiens, exposé des motifs, p. 6.

¹⁴⁸ « C'est dire que nous n'avons pas l'intention de copier le modèle allemand », Union syndicale suisse, exposé des motifs, p. 16.

¹⁴⁹ Les travailleurs allemands sont représentés à l'Aufsichtsrat, les travailleurs suisses le seraient au Conseil d'administration.

- a) Il y a une contradiction à parler de participation des travailleurs dans l'administration. En effet, le mot travailleur désigne de manière précise la partie subordonnée au contrat de travail ¹⁵⁰.

Techniquement, on ne peut plus parler de travailleur lorsqu'un salarié est lié à son employeur par des rapports de service découlant des droits publics fédéral et cantonaux. Ainsi, le terme travailleur n'aurait pas le même sens dans la Constitution et dans le code des obligations.

- b) Les exposés de motifs ne disent pas si tous les travailleurs peuvent être sujets de participation. Il s'agit d'une regrettable lacune. En effet, dès lors que le travailleur est par définition partie subordonnée à un contrat de travail, tous les salariés de l'entreprise sont des travailleurs; y compris les directeurs. La question de savoir quelles catégories de travailleurs pourraient siéger dans les organes où existe la participation n'est ainsi pas résolue.

LE CONTREPROJET DU CONSEIL FÉDÉRAL

6. A l'initiative, le Conseil fédéral propose d'opposer un contreprojet ¹⁵¹. Il diffère de l'initiative dans la conception générale et dans les détails. En particulier, la Confédération serait compétente pour mettre sur pied une « participation appropriée ». Cette expression peut paraître vague, et peut sembler ne pas apporter de différence fondamentale avec l'initiative, dans la mesure où l'on voit mal le législateur, même sans que la Constitution le précise, mettre en vigueur une participation qui ne soit pas appropriée.

Cependant, l'adjectif « appropriée » révèle une différence fondamentale dans la conception de la formation du droit en matière sociale. Selon l'initiative, le législateur acquiert la possibilité de modifier le droit (cause), pour aboutir à un changement dans les faits (conséquence). Alors que, dans le cas du contreprojet, le législateur aurait plutôt à constater les modifications de faits et à les sanctionner par des règles étatiques ¹⁵².

Dans le domaine du droit du travail suisse (au sens large), les deux courants peuvent être constatés. En ce qui concerne ce que l'on nomme les règles de droit public du travail, le législateur a souvent modifié un état de fait par l'adoption de règles de droit. La loi a été alors l'élément moteur de l'accroissement de la protection du travailleur ¹⁵³. En matière de droit privé, il apparaît plutôt que le législateur a tendance à n'intervenir que pour sanctionner des situations acquises, éventuellement pour étendre à tous les travailleurs des règles contenues dans les conventions collectives de travail

¹⁵⁰ Art. 319 CO.

¹⁵¹ FF 1973 II, p. 427: art. 34 ter I b bis « La Confédération a le droit de légiférer... b bis sur une participation appropriée des travailleurs, qui sauvegarde les possibilités de fonctionnement et une gestion économique de l'entreprise. »

¹⁵² Sur l'opposition des tendances, cf. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 266: « Le droit social se crée d'un seul coup. Il ne sort pas comme le droit civil de la coutume et de la pratique, il est imposé »; *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 39. A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, 1968, p. 265.

¹⁵³ Par exemple, introduction de la règle des 48 heures par la LTF de 1914/19.

et concernant une grande partie d'entre eux¹⁵⁴. Dans la première hypothèse, on fait de la loi l'élément moteur d'un changement de situation; dans le second, la loi avalise des changements acquis.

Le terme « approprié » du contreprojet imposerait pratiquement au législateur de choisir la deuxième voie¹⁵⁵.

7. L'une des tendances qui semble ressortir du rapport de la Commission Wahlen¹⁵⁶ consiste à estimer qu'une bonne Constitution « ne veut pas enregistrer, mais former, indiquer comment créer, conserver et renouveler la communauté »¹⁵⁷. Au plan général, il est assez net que l'initiative est plus adaptée à cette tendance que le contreprojet. En outre, la conception même du contreprojet risque de déplacer le véritable centre de décision en la matière. Si, en effet, le législateur se voit imposer d'établir des lois qui tiennent compte de l'acquis, il sera nécessaire que cet état de fait soit constaté. A n'en pas douter, cette constatation sera le fait de l'administration ou d'experts; on peut alors se demander quelle sera politiquement la marge de manœuvre du législateur, auquel il sera difficile de s'écarter des constatations des experts¹⁵⁸.
8. Le contreprojet ne traite pas de la participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs organisations. Il s'agit là d'une question de fond (sur laquelle nous reviendrons plus loin). Deux remarques doivent être faites:
 - a) Il est évident qu'en réclamant la participation des organisations de travailleurs, les syndicats visent à renforcer leur pouvoir dans l'économie, dans la mesure où ils obtiendraient de ce fait une compétence d'intervention à tous les niveaux.
 - b) Il y a bien sûr une certaine logique à ne permettre la participation à l'intérieur de l'entreprise qu'aux travailleurs employés par elle. Mais on se heurte à une objection: trouvera-t-on, parmi les travailleurs d'une entreprise habilitée à participer, les personnes ayant les connaissances nécessaires, ou, à défaut, le goût et la volonté de les acquérir? En effet, il est incontestable que le débat entre deux parties, dont l'une a la formation nécessaire pour analyser les faits portés à sa connaissance et en tirer des conclusions, et une autre partie dépourvue de cette qualité, est par définition inégal. La question ne se pose pas tellement en ce qui concerne les petites entreprises dont le patron est propriétaire. Les deux parties seront souvent placées sur un pied d'égalité. En revanche, lorsque l'une des parties à la participation est une personne morale, par définition, elle devra désigner des personnes physiques pour la représenter. Rien ne

¹⁵⁴ Cf. M. Mugny, rapport, Bull. off. CN 1969, p. 405; M. Déonna, loc. cit., p. 407.

¹⁵⁵ C'est d'ailleurs l'idée du Conseil fédéral: « Il s'agira avant tout de donner aux travailleurs de tout rang les droits de participation qui sont déjà reconnus dans les entreprises modernes et font partie des méthodes de direction actuelles. » (Message, FF 1973 II, p. 414).

¹⁵⁶ Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Rapport final, Berne, 1973.

¹⁵⁷ K. Eichenberger/H. Huber, in rapp. cit. n. 27, p. 29.

¹⁵⁸ Cf. pour une analyse du problème du déplacement du centre d'influence, R. Ruffieux, Le rôle du pouvoir exécutif dans le processus de référendaire suisse, Annuaire suisse de sciences politiques, 1971, p. 99 et ss.

l'empêchera de s'adresser à des spécialistes ¹⁵⁹. Sans participation possible de leurs organisations, les travailleurs seront dépourvus de ce droit ¹⁶⁰. Un des moyens de pallier cette inégalité pourrait consister dans la possibilité pour les travailleurs de se faire représenter par ceux d'entre eux qui bénéficient d'une certaine formation. Or cette formation doit être acquise, et le législateur a renoncé expressément (et récemment) à donner un droit à des congés de formation aux travailleurs ¹⁶¹. Certains en bénéficient, mais sur la base d'accords privés.

LE CONTREPROJET DE L'ASSEMBLÉE FÉDÉRALE

9. Dans un premier temps, le Conseil national s'est rallié au contreprojet proposé par le Conseil fédéral ¹⁶². Le Conseil des Etats ne l'a pas suivi, et son texte du 26 juin 1974 a obtenu l'adhésion du Conseil national le 26 septembre de la même année. L'arrêté fédéral a été voté, recommandant le rejet de l'initiative et l'acceptation d'un contreprojet sous la forme d'un att. 34 octiè de la Constitution fédérale, dont le texte est le suivant ¹⁶³:

«(1) La Confédération a le droit de légiférer sur une participation des travailleurs au niveau de l'exploitation, qui soit appropriée et sauvegarde les possibilités de décision et une gestion économique de l'entreprise.

»(2) Seuls les travailleurs occupés dans l'exploitation peuvent exercer les droits de participation découlant du 1^{er} alinéa.

»(3) Les dispositions de l'article 32 sont applicables par analogie. »

10. A nos yeux, l'art. 34 ter I lirt. b constitue une base de compétence suffisante pour permettre à la Confédération de légiférer en matière de participation. Dans cette optique, l'acceptation du contreprojet limiterait les compétences de la Confédération au lieu de les compléter. Il n'en demeure pas moins que la discussion est devenue académique. En effet, le constituant est maintenant maître du jeu, les autres interprètes de la Constitution sont dessaisis de la question. Le constituant peut donner trois réponses: oui à l'initiative et non au contreprojet; oui au contreprojet et non à l'initiative; ou non à l'initiative et au contreprojet. Dans les deux premières hypothèses, la volonté du constituant ne prêterait pas à confusion: il aura choisi la forme de participation qu'il désire.

¹⁵⁹ Voir, par analogie, le cas des législations cantonales sur les tribunaux de prud'hommes qui excluent l'assistance d'un avocat dans la procédure; la conséquence fréquente en est que le travailleur comparait sans assistance; l'employeur n'en a pas non plus, mais rien n'empêche une personne morale d'être représentée par un avocat. Le canton de Neuchâtel a pour cette raison renoncé à l'interdiction de l'assistance par un avocat dans les litiges découlant du contrat de travail (Loi sur la juridiction des prud'hommes dans son texte du 27 février 1973, et rapport du Conseil d'Etat du 30 janvier 1973, p. 3).

¹⁶⁰ Le Conseil fédéral semble bien vouloir exclure toute forme de représentation des organisations de travailleurs dans les organes de participation, Message, FF 1973 II, p. 416.

¹⁶¹ Bull. off. CN 1969, p. 775, 776, 779.

¹⁶² 20 mars 1974, Résumé des délibérations de l'AF 1974 IV, p. 18.

¹⁶³ FF 1974 II 889.

Dans le cas où le statu quo serait maintenu, il serait difficile dans un esprit démocratique d'interpréter le vote du peuple comme une décision d'appliquer en la matière l'actuelle disposition constitutionnelle, dans la mesure où les autorités ont fondé leurs décisions sur l'absence de portée de cette disposition. Force sera de constater, si le total des oui à l'une et l'autre des propositions dépasse 50% des votants, que le constituant veut la participation sous une autre forme que celle qui lui a été proposée. Si le total des oui est inférieur à 50%, la seule interprétation possible résidera dans la constatation que le peuple et les cantons ne veulent pas donner à la Confédération le droit de légiférer dans ce domaine. Par le simple fait que l'on ait demandé au constituant de se prononcer, on a vidé pratiquement de toute sa substance l'art. 34 ter I litt. b.

11. Le contreprojet met en évidence deux questions politiques fondamentales: d'une part, la participation serait limitée au niveau de l'exploitation, d'autre part, seuls les travailleurs occupés dans l'entreprise pourraient participer. Le texte n'en est pas plus clair pour autant.

Outre la limitation exposée ci-dessus, l'alinéa I contient deux groupes de recommandations: la participation doit être appropriée, et elle doit sauvegarder les possibilités de décision et une gestion économique de l'entreprise. Le qualificatif approprié a été discuté ci-dessus. Pour ce qui est de l'impératif de « gestion économique », force est de s'en remettre à l'explication qu'en donne le créateur de la formule, le Conseil fédéral: « Il faut entendre non seulement une direction rationnelle de l'établissement mais encore une conduite fondée sur des principes économiques et axée en particulier sur la rentabilité »¹⁶⁴. Un exemple d'école: en admettant que le choix de certaines activités relève de l'exploitation, l'introduction de la participation ne pourrait avoir pour effet la renonciation par une entreprise, sous la pression des travailleurs, à produire des armes. En effet, en supposant que l'entreprise concernée se livre de manière licite à ce genre de commerce et compte tenu de la rentabilité de ce type d'affaire, il serait contraire au principe de bonne gestion économique au sens vu ci-dessus d'y renoncer¹⁶⁵.

12. La formule de la « sauvegarde des possibilités de décisions » est relativement confuse. Elle se rapporte, littéralement, au complément de nom « de l'entreprise ». Le texte allemand le confirme: « ... die Entscheidungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Unternehmung ». Si l'on prend le mot possibilité dans le sens selon lequel la participation ne doit pas avoir pour effet d'empêcher que des décisions soient prises, la formule s'éclaire. La Constitution impose au législateur de prévoir un système qui ne permette pas qu'un des sujets de la participation puisse, par son refus d'y prendre part, bloquer toute décision. Il suffirait alors pour remplir cette obligation que la loi assimile à une décision négative celle qui se serait heurtée au silence d'une partie. Mais une autre interprétation est possible. On entendrait alors que ce qui doit être sauvegardé, c'est la possibilité pour l'entreprise de n'être limitée dans ses choix par la participation. Si le propriétaire de l'entreprise est une

¹⁶⁴ Message, FF 1973 II, p. 423.

¹⁶⁵ L'hypothèse est d'autant plus académique que si des travailleurs participaient à des décisions de cette nature, ils ne voteraient pas la suppression d'une production qui leur garantit leur emploi...

personne morale, cette manière de voir n'est guère soutenable. En effet, quelle que soit la composition de ses centres de décision, l'entreprise s'exprime par ses organes, et on voit mal comment la participation pourrait limiter ses droits propres. Mais on peut assimiler le mot entreprise tel qu'il est entendu dans la formule non pas au tout, mais aux apporteurs de capitaux.

L'expression s'éclaire alors, en ce sens que les décisions qui pourraient être prises au niveau de l'exploitation ne sauraient avoir pour effet de limiter la marge de manœuvre de ceux qui constituent l'entreprise, savoir les apporteurs de capitaux. Dès lors, quelle que soit la portée que l'on donne au mot exploitation, la participation ne pourrait pratiquement pas exister sous la forme de codécision paritaire si les décisions prises étaient de nature à avoir une influence quelconque sur la liberté des organes de l'entreprise. Exemple d'école: la détermination du rythme de travail est de nature à influencer la production de l'entreprise et par conséquent sa rentabilité. Que cette décision soit ou non du domaine de l'exploitation ne change rien à l'affaire; puisqu'elle est de nature à avoir une influence sur la marge de manœuvre des organes de gestion, elle ne peut prévaloir que si elle est conforme à la volonté de ces derniers. On peut en déduire que dans un système tel que celui-là, la cogestion paritaire ne pourrait exister que pour des questions absolument marginales.

13. Seuls les travailleurs occupés dans l'exploitation auront un droit de participation. Cette disposition constitutionnelle exclut que le législateur puisse donner aux groupements de travailleurs en tant que tels un droit de participation. Qui plus est, elle ferme également la possibilité pour les travailleurs de choisir entre eux un représentant de leurs intérêts dans certains domaines particuliers. Dans une discussion concernant la salubrité des locaux de travail (sujet qui fait partie de « l'exploitation »), les travailleurs ne pourront pas se faire représenter par un spécialiste en médecine du travail par exemple. Elle est à l'opposé de la solution de l'initiative, en vertu de laquelle les organisations de travailleurs (et par conséquent, les experts que ces organisations veulent employer) ont constitutionnellement le droit de « participer ». Elle est plus restrictive que la solution du Conseil fédéral, qui n'exclut pas ces possibilités de représentation ¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Message, p. 418.

CHAPITRE V

LES PROBLÈMES D'ORDRE CONSTITUTIONNEL

1. Deux questions principales peuvent être posées :

- a) L'art. 34 ter I litt. b de la Constitution fédérale constitue-t-il une base suffisante pour établir une législation sur la participation au sens où l'entendent les groupements initiateurs ?
- b) En tout état de cause, quels sont les rapports entre les règles sur la participation et les autres dispositions de la Constitution fédérale qui peuvent entrer en considération (art. 22 ter, 31, 64 en particulier) ?

2. A l'époque où l'art. 34 ter I litt. b Cst. féd. a été accepté par le peuple et les cantons, on parlait peu de « participation » ; la préoccupation de ce que l'on appelle ainsi aujourd'hui existait cependant.

Le texte de l'art. 34 ter I litt. b n'est pas clair au point qu'il suffise d'une interprétation littérale pour en saisir la portée. En effet, les mots utilisés recouvrent des idées qui étaient sans doute précises à l'époque ; compte tenu de l'évolution intervenue, il n'est pas certain qu'ils aient tout à fait le même sens aujourd'hui. En particulier, l'expression « rapports entre employeurs et employés et ouvriers » peut-elle avoir plusieurs sens, dépendant de la conception que l'on peut se faire de ces rapports ?

Il est difficile également, compte tenu de cet élément d'imprécision, de s'en remettre à une interprétation téléologique contemporaine, qui présentera le risque d'amener à une solution contraire à la volonté du constituant. On y recourra subsidiairement ¹⁶⁷.

3. L'art. 34 ter a été introduit dans la Constitution fédérale à l'occasion de la révision des articles économiques, en 1947 ¹⁶⁸.

L'alinéa I litt. b est l'une des nouveautés de la deuxième version du projet du Conseil fédéral ¹⁶⁹. Entre le premier projet ¹⁷⁰ et le deuxième, de nom-

¹⁶⁷ J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, n. 300.

¹⁶⁸ ROLF 63, p. 1047.

¹⁶⁹ FF 1945 I, p. 903.

¹⁷⁰ FF 1937 II, p. 897.

breux postulats traitant de cette question ont été déposés aux Chambres ¹⁷¹. Une initiative populaire munie de 161 477 signatures valables a été déposée à la Chancellerie fédérale en 1943 ¹⁷². Bien que l'art. 31 nouveau de la Constitution fédérale qu'elle proposait ait eu pour but principal de modifier les relations entre l'Etat et les particuliers, on y trouvait certaines habilitations qui auraient permis au législateur d'établir une sorte de participation ¹⁷³.

Les syndicats tenaient à introduire la notion de communauté professionnelle dans le droit suisse ¹⁷⁴; cette idée était défendue dans d'autres milieux ¹⁷⁵.

4. La difficulté, lorsqu'on veut interpréter la volonté du constituant de 1947, vient du fait qu'il semble bien que l'art. 34 ter I litt. b Cst. féd. ait constitué pour les uns la base d'un système de participation à tous les niveaux, pour les autres la base d'un système de participation limité ¹⁷⁶. Ainsi, A. Favre envisageait l'institution d'un ordre économique et professionnel général, avec participation paritaire en ce qui concernait les œuvres sociales: De leur côté, les postulants socialistes se fondaient en particulier sur un projet des syndicats ouvriers romands revendiquant pour les commissions paritaires la codécision en matière de politique des prix et de contrôle du marché ¹⁷⁷. L'examen des débats parlementaires sur l'art. 34 ter I litt. b laisse une impression mitigée. S'il ressort clairement que la grande majorité était d'accord avec le fait qu'il pourrait être utilisé comme base à l'institution de la communauté professionnelle, il est évident aussi que les parlementaires ne donnaient pas tous à cette expression le même sens. On trouve à ce sujet un grand nombre de déclarations dont la générosité est indéniable et l'imprécision remarquable ¹⁷⁸.

La question de ce que l'on pourrait appeler la participation au niveau supérieur ¹⁷⁹ a été posée à la commission du Conseil national. Le rapporteur, M. Pini ¹⁸⁰, a simplement répondu qu'il s'agissait d'une question relevant de la législation; il ajoutait: « La Constitution fédérale offre en tout cas les bases suffisantes pour une législation sociale qui permettra vraiment de trouver la solution suisse dans les rapports entre capital et travail » ¹⁸¹.

¹⁷¹ Robert, du 9 juin 1943; Lauenberger, du 21 juin 1943; Ilg, du 6 décembre 1944; Anderegg, du 11 décembre 1944; Favre, du 19 décembre 1944; Fluckiger, du 22 juin 1945. On notera que trois des postulants étaient secrétaires syndicaux, membres du parti socialiste (MM. Robert, Ilg, Lauenberger); M. Fluckiger était secrétaire-ouvrier, M. Anderegg secrétaire d'association, les deux radicaux; M. Favre, professeur d'Université, était conservateur. (FF 1943, p. 101.)

¹⁷² FF 1943, p. 908.

¹⁷³ « ... 2. Le capital doit être remis au service du travail, de l'essor économique général. 3. La Confédération a le droit de prendre des mesures nécessaires à cet effet, en intervenant dans la structure et l'organisation de l'économie nationale. » (FF 1943 I, p. 908.)

¹⁷⁴ P. Raymond-Sauvain, op. cit., Genève, 1966, p. 83 et ss.

¹⁷⁵ Favre, postulat, FF 1945, I 892.

¹⁷⁶ C'est d'autant plus difficile que le 6 juillet 1947 (et dans la campagne qui a précédé) une seule opinion pouvait être émise sur les divers sujets traités par les « articles économiques ».

¹⁷⁷ La lutte syndicale, 1940, n. 43.

¹⁷⁸ P'ex. Pini, Bull. st. CN 1945, p. 444; Munz, loc. cit., p. 448.

¹⁷⁹ Au conseil d'administration de la société anonyme.

¹⁸⁰ Avocat-notaire, libéral-radical tessinois.

¹⁸¹ Bull. off. CN 1945, p. 604, col. 1.

5. La communauté professionnelle, au sens où l'entendaient les représentants des milieux syndicaux, et dont tout le monde admettait qu'elle puisse faire l'objet d'une législation fondée sur l'art. 34 ter I litt. b Cst. féd., n'est pas tout à fait identique à ce que l'on appelle aujourd'hui participation. Une des différences réside en ce que les organes paritaires devaient être constitués par les associations de travailleurs d'une part, et par les associations d'employeurs d'autre part; mais non à l'intérieur de l'entreprise¹⁸². Cependant, il ressort des débats que la communauté d'entreprise, plus proche de l'idée actuelle de participation, pouvait également être fondée sur l'art. 34 ter I litt. b Cst. féd.¹⁸³.
6. S'il apparaît que le constituant n'a pas voulu, de manière très claire, permettre à la Confédération d'établir des règles sur la participation au sens où on l'entend aujourd'hui, il n'a cependant pas exclu cette possibilité. On pourrait même penser qu'il a volontairement choisi la formule imprécise de l'art. 34 ter I litt. b pour laisser la porte ouverte à un tel type de législation¹⁸⁴.
7. Ensuite de la votation, l'interprétation large a été soutenue¹⁸⁵. Ce n'est pas celle à laquelle se rallie le Conseil fédéral¹⁸⁶. Se fondant sur les travaux préparatoires et sur un rapport de commission d'experts¹⁸⁷, il estime que l'art. 34 ter I litt. b ne constitue pas une base constitutionnelle suffisante pour une législation sur la participation.

Dans la teneur qu'il a dans la Vie économique, le rapport de la commission d'experts est à tout le moins prudent. Cependant, la constatation principale de la commission ne permet pas de trancher entre l'une ou l'autre des opinions en présence. Elle estime qu'il n'y a pas lieu d'édicter de lois spéciales « pour régler la collaboration entre employeurs et travailleurs au sein de l'entreprise et de la profession... », mais ajoute qu'« il serait possible de le faire en vertu de l'art. 34 ter I litt. b Cst. féd... ».

LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

8. La participation, au sens où l'entendent les auteurs de l'initiative, aurait, à son niveau le plus élevé, pour conséquence que des travailleurs puissent siéger au conseil d'administration des sociétés anonymes; leur présence

¹⁸² Postulat Robert du 9 juin 1943.

¹⁸³ Stämpfli, conseiller fédéral, Bull. off. CN, 1945, p. 606, col. 2, CdE, p. 217, col. 2.

¹⁸⁴ Sic, Stämpfli, conseiller fédéral: « ... Kann ich erklären... und dass damit der Bund selbstverständlich die Kompetenz hat, über alle beruflichen Angelegenheiten Vorschriften zu erlassen », Bull. off. CN, 1945, p. 606, col. 2.

¹⁸⁵ Ainsi que le relève en particulier M. A. Grisel: « Se fondant sur l'al. I litt. b, la Confédération pourra légiférer, par exemple, sur la communauté professionnelle et la communauté d'entreprise. Elle peut faire des travailleurs des « participants » à la vie économique, leur octroyer un droit de regard dans les affaires de l'entreprise qui les occupe, et même les associer à sa gestion. » (La réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat, dans la RDS, 1948, p. 479 a). Voir aussi E. Giroud, Démocratie économique ou travail associé, Berne, 1947, p. 2. Contra, H. Huber, L'avenir de la liberté du commerce et de l'industrie, Publications du cercle juridique de l'Université de Genève, 1954, p. 224.

¹⁸⁶ Message, FF 1973 II, p. 410 et ss.

¹⁸⁷ Adopté le 18 mai 1955, portant la date du 13 août 1955, dans la Vie économique, 1955, p. 322.

serait alors imposée par la loi, et non décidée par les membres de la société. Même en admettant que l'assemblée générale puisse élire les travailleurs « participants », son seul droit consisterait dans l'accord de principe à leur présence.

D'une part, il convient de déterminer si une telle loi serait compatible avec les garanties constitutionnelles de la propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie. D'autre part, il faut examiner, si elle entraîne des restrictions à ces libertés, dans quelle mesure l'art. 34 ter litt. b ou les art. 34 ter I litt. b bis et 34 octies proposés permettent de telles dérogations.

9. Imposer, par voie législative, la présence de travailleurs au sein des organes des sociétés ne constitue à l'évidence pas une règle de police, au sens où le Tribunal fédéral entend actuellement cette notion¹⁸⁸. Conformément à cette jurisprudence, il faut alors examiner si l'on a affaire à une règle de politique économique (dérogeant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie) ou à une règle de politique sociale (compatible avec le principe). Les mesures de politique sociale doivent:
 - a) Correspondre à un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir;
 - b) Etre justifiées par un intérêt public (et non pas seulement ne pas être contraires à l'intérêt public)¹⁸⁹;
 - c) Ne pas être de nature à influencer le rapport de concurrence¹⁹⁰;
 - d) Etre conforme aux principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.
10. a) Il s'agit d'une question d'appréciation que de déterminer s'il existe un besoin généralement reconnu de « démocratie économique ». On peut douter en tout cas, si ce besoin existe, qu'il puisse être considéré, en ce qui concerne le plus haut niveau de la participation, comme généralement reconnu¹⁹¹.
- b) Point n'est besoin d'examiner la question de savoir si un intérêt public s'oppose à l'introduction de la participation, parce qu'il est douteux qu'un tel intérêt la rende nécessaire. Si l'intérêt public est « l'ordre public augmenté de toutes les aspirations politiques, économiques et sociales que l'Etat s'avisera jamais de juger conforme au bien de la collectivité »¹⁹², alors il suffirait en l'espèce de vérifier la conformité de la participation au bien de cette collectivité; et actuellement, l'opinion de ladite collectivité est suffisamment partagée pour que l'on puisse douter qu'il y ait conformité. Il nous semble de toute manière que l'on doit aller plus loin dans l'analyse de cet « intérêt public positif » à la mise sur pied d'une législation. Et admettre que, pour qu'il soit de nature à être pris en considération, il faut que le besoin d'une certaine mesure soit ressenti généralement (ce qui est douteux en l'espèce, cf. ci-dessus litt. a), et que

¹⁸⁸ ATF 97 I 506, Griessen.

¹⁸⁹ ATF 98 I 395, Vögele, c. 4.

¹⁹⁰ P. Saladin, Grundrechte im Wandel, Berne, 1970, p. 242.

¹⁹¹ Message, FF 1973, II, p. 361 et ss.

¹⁹² J.-F. Aubert, op. cit., n. 2183.

- seule l'intervention de l'Etat puisse y pourvoir¹⁹³. Or, en matière de participation, il est certain que la situation n'en est pas au point qu'il soit nécessaire que l'Etat intervienne.
- c) La participation des travailleurs dans les organes des sociétés est de nature à modifier, telle qu'elle est conçue par les initiateurs, les rapports de concurrence. En effet, elle ne concernerait que certaines catégories d'entreprises, déterminées par leur nature (société anonyme, société à responsabilité limitée), ou par le nombre des travailleurs qu'elles occupent. Compté tenu des pouvoirs du conseil d'administration de la société anonyme suisse, il est probable que celles-ci se verraient contraintes d'adopter une politique « sociale » (en ce qui concerne par exemple les salaires) de nature telle que leur situation sur le marché serait modifiée.
- d) Il est douteux, d'ailleurs, que de telles mesures soient conformes au principe de la proportionnalité. Le but à atteindre, soit une forme d'organisation qui tienne mieux compte des droits des travailleurs, ne nécessite pas les mesures proposées:

11. Le choix qui devra être fait est de nature politique. On doit alors constater que les mesures proposées constituent non des règles de police ou de politique sociale, mais bien de politique économique. Une dérogation au principe de l'art. 31 de la Constitution fédérale est-elle possible? Comme le constate M. Ch.-A. Junod: « En revanche, la position de certaines des clauses spécifiquement économiques issues de la révision de 1947 en regard du principe statué à l'art. 31 Cst. féd. est d'une fâcheuse obscurité. Il en va ainsi notamment: ... de l'art. 34 ter I litt. b afférent à la réglementation de droit public des « rapports entre employeurs et employés et ouvriers » . »¹⁹⁴

Il ressort clairement du texte même de l'art. 31 I Cst. féd.¹⁹⁵ qu'une règle constitutionnelle peut déroger au principe. On peut même admettre, avec Giacometti, que la réserve faite à l'art. 31 I Cst. féd. constitue une règle dépourvue de portée juridique, dans la mesure où il s'agit d'une règle générale¹⁹⁶. On pourrait se demander si l'expression « ... en dérogeant s'il le faut au principe de la liberté du commerce et de l'industrie... » de l'al. III de l'art. 31 bis n'a pas pour conséquence que l'absence d'une indication de ce type dans un article exclue toute dérogation. Or la loi fédérale sur l'extension des conventions collectives de travail de 1956, qui pose des règles dérogeant à la liberté du commerce et de l'industrie, est fondée sur l'art. 34 ter I litt. c Cst. féd., qui ne contient aucune réserve explicite.

12. La controverse, dans ce domaine, n'est pas nouvelle¹⁹⁷. Actuellement encore, il est difficile de découvrir une opinion largement acceptée. Il nous apparaît qu'il s'agit d'une question de degré. Une attribution de compétence

¹⁹³ Principe de la subsidiarité des interventions de l'Etat, A. Grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, 1970.

¹⁹⁴ Ch.-A. Junod, *Problèmes actuels de la Constitution économique*, in RDS 1970, II, p. 624.

¹⁹⁵ « ... sous réserve des dispositions restrictives de la Constitution et de la législation qui en découlent... »

¹⁹⁶ En vertu du principe « *lex specialis derogat generalis* », Z. Giacometti, *Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1965, p. 287.

¹⁹⁷ J.-F. Aubert, *op. cit.*, n. 218 i.f.

claire, qui implique que la législation qui en découlera déroge à l'art. 31 Cst. féd., permet cette dérogation¹⁹⁸. Lorsque la disposition constitutionnelle n'est pas claire, on se heurte aux difficultés de l'interprétation¹⁹⁹.

En ce qui concerne l'art. 34 ter I litt. b, le doute existe. La doctrine semble cependant exclure qu'il soit possible d'établir une législation dérogeant à la liberté du commerce et de l'industrie sur cette base²⁰⁰. Mais on doit se rappeler qu'en ce qui concerne l'ancien art. 34 ter, la question s'était posée. F. Fleiner et Z. Giacometti estimaient qu'il ne permettait pas d'établir une législation dérogeant à l'art. 31 Cst. féd. En revanche, W. Burckhardt pensait que c'était possible²⁰¹.

13. La dérogation à l'art. 31 est possible en tout cas lorsque la règle constitutionnelle le laisse clairement entendre; que le but qu'elle vise est reconnaissable sans interprétation autre que littérale, et qu'il implique une telle dérogation. C'est le cas par exemple de l'art. 34 ter I litt. c Cst. féd. De même, peut-on admettre la possibilité d'une dérogation lorsqu'en présence d'une règle peu claire, il ressort nettement de la volonté du constituant qu'il admettait cette dérogation. En revanche, la doctrine dominante semble exclure toute dérogation dans d'autres cas.

14. Il n'est pas certain cependant que la question doive nécessairement être posée en ces termes. Si l'on admet que l'art. 34 ter Cst. féd. contient une règle de compétence permettant à la Confédération de légiférer dans le domaine de la politique sociale, alors il fait partie d'un domaine autre que celui visé par l'art. 31. L'article social ne pourrait pas être considéré comme étant de même nature, ou subordonné au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La question de la constitutionnalité d'une loi sur la participation ne se poserait dès lors qu'au regard de la règle attributive de compétence, et non pas par rapport à l'art. 31²⁰².

La volonté des auteurs de l'initiative et de l'Assemblée fédérale semble claire. Le but des dispositions constitutionnelles proposées consiste à permettre au législateur de modifier le statut du travailleur dans ses rapports avec les apporteurs de capitaux. Il suffira, dans ces conditions, que la loi soit conforme au nouvel art. 34 ter I litt. b bis ou 34 octièr. En revanche, la question de la portée de l'art. 34 ter I litt. b actuel n'est pas pour autant résolue. Non pas, dans cette optique, quant au point de savoir si une loi en découlant

¹⁹⁸ Art. 34 ter I litt. c., Cst. féd.; J.-F. Aubert, op. cit., n. 1935; H. Marti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, Berne, 1950, p. 199; Z. Giacometti, op. cit., p. 295 i.f.

¹⁹⁹ Cf. par exemple le cas de l'« instrumentarium » de la Banque nationale. M. H. Nef, et à un degré moindre, M. Z. Giacometti (expertises des 5 juin et 23 septembre 1966) *excluaient qu'une loi permettant les restrictions de crédits puisse être fondée sur l'art. 31 quater Cst. féd.*, en tant qu'elle dérogeait à la liberté du commerce et de l'industrie. M. H. Huber (expertise du 30 octobre 1966) pensait en revanche que c'était possible.

²⁰⁰ H. Marti, op. cit., p. 94; Les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie..., dans les Publications du cercle juridique de l'Université de Genève, 1954, p. 69; Z. Giacometti, op. cit., p. 295.

²⁰¹ Cf. Message du 10 septembre 1937, FF 1937, II, p. 862.

²⁰² Cf. F. Gygi, *Die schweizerische Wirtschaftsverfassung*, Rapport à la Société suisse des juristes, 1970, p. 265 et ss., plus spécialement p. 370.

devrait ou non respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais bien parce que la portée de la disposition elle-même soulève des divergences.

LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ

15. Les relations entre une législation sur la participation et la garantie de l'art. 22 ter Cst. féd. sont, de lege ferenda, complexes. D'abord, parce qu'il s'agit de définir le titulaire des droits de propriété sur l'entreprise, lieu de participation; ensuite parce qu'il faut déterminer s'il y a limitation du droit de propriété (et si cette limitation constitue une expropriation matérielle); enfin, si les relations entre projet ou contreprojet et garantie de propriété ne sont en elles-mêmes pas très compliquées (*lex specialis derogat generalis*), il n'en va pas de même de la question de l'indemnité.
16. L'exemple du droit allemand ne nous est pas d'un très grand secours. En effet, la notion même de propriété n'est pas identique à celle que nous connaissons²⁰³. La République fédérale allemande est un « Etat social »²⁰⁴; cette déclaration énonce, en droit allemand, un principe directeur pour la formation et l'application du droit. Ainsi, ce principe impose-t-il à l'Etat de protéger la partie la plus faible au contrat de travail, et de lui donner des droits de participation²⁰⁵. C'est en vertu de ce principe que la législation a introduit la participation au plus haut niveau²⁰⁶. Or, en République fédérale allemande, la garantie de la propriété est limitée par la fonction sociale qu'elle doit avoir. On peut en tirer que les règles sur la participation ne constituent pas en elles-mêmes une limitation de la propriété, puisque la garantie de celle-ci ne s'étend qu'en deçà²⁰⁷. On laissera de côté ici le droit français, dans la mesure où la participation des travailleurs ne limite en rien les compétences du propriétaire de l'entreprise²⁰⁸.
17. Le même raisonnement ne peut être fait dans le cadre du droit suisse. D'une part, parce que l'art. 22 ter Cst. féd. ne contient pas de limitation identique à celle de l'art. 14 II GG; d'autre part, parce qu'il est douteux que l'on puisse se référer à l'art. 2 Cst. féd. pour fonder un tel raisonnement. Cet article décrit le but de la Confédération; et, bien qu'une tendance semble

²⁰³ § 14 II GG.

²⁰⁴ § 20 I GG.

²⁰⁵ A. Nickisch, *op. cit.*, Tübingen, 1961, I, p. 37; Hueck-Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrechts*, Berlin/Francfort, 1960, p. 268.

²⁰⁶ Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlin/Francfort, 1957, p. 673; A. Nickisch, *op. cit.*, p. 268, est plus réservé.

²⁰⁷ E. Forsthoef, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, p. 497; v. Mangolt, *Bonner Grundgesetz*, Berlin/Francfort, 1953, p. 101; W. Schad, *Le problème de la cogestion dans l'entreprise moyenne en Allemagne*, thèse, Genève, 1969, p. 86, 87 et doctrine citée. Jugeant dans un cas différent, mais exemplaire en l'espèce, le BVerfG soulignait: « Die Liquidität eines Betriebes ist zwar eine « Wirtschaftliche Position », aber kein selbständiges Recht; die Frage der Eigentumsgarantie kann daher überhaupt nicht aufgeworfen werden », BVerfGE 4. 17.

²⁰⁸ « ... il a semblé indispensable de laisser au chef d'entreprise, qui a, devant la nation, la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à cette responsabilité... ». Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

se dessiner pour lui donner un sens plus étendu (règle d'interprétation, par exemple), nous ne pensons pas qu'il permette d'en arriver à une interprétation extensive de la règle de l'art. 22 ter Cst. féd.²⁰⁹.

18. Dans la mesure où, en droit suisse, les règles sur la participation auraient pour effet de limiter le droit de propriété, on ne saurait les considérer comme des règles de police, au sens où le Tribunal fédéral entend cette notion²¹⁰. En outre, pour l'analyse du problème, il faut faire une distinction entre les entreprises, selon la forme juridique qu'elles ont. La question ne se pose pas de la même manière selon que l'entreprise « appartient » à une personne morale, ou que, revêtant la forme d'entreprise individuelle ou de société de personnes, elle appartient à des personnes physiques.

19. a) Dans le cas où l'entreprise appartient à une personne morale, si l'on pose en principe qu'il existe un droit de propriété sur l'entreprise (plus exactement sur les biens matériels et immatériels qui la composent), encore faut-il déterminer qui est titulaire de ce droit. À teneur des art. 52 et ss. CCS, les personnes morales ont la jouissance et l'exercice des droits civils, et peuvent par conséquent être propriétaires.

Il en résulte, pour la société anonyme par exemple, que « c'est la société qui est propriétaire de l'entreprise »²¹¹. L'actionnaire, s'il a des droits, n'est pas copropriétaire. Le titulaire de la garantie de la propriété est donc la société anonyme.

Il apparaît alors que le fait qu'une loi détermine la composition des organes de la société n'a pas pour effet de limiter le droit de propriété de celle-ci. En effet, quelle que soit la composition de ses organes, ils sont réputés représenter la société et émettre ses décisions. Peut-être que la volonté de la personne morale se modifiera, si le conseil d'administration n'est pas composé uniquement de représentants des actionnaires. Elle n'en demeurera pas moins la volonté de la personne morale, dont les liens avec son patrimoine seront identiques avec ou sans participation. Il n'y a pas lieu dès lors de déterminer si l'art. 22 ter Cst. féd. pourrait constituer une limitation aux décisions du législateur.

C'est au second degré que la question est plus délicate: quid des actionnaires, non propriétaires du patrimoine, mais détenteurs d'une part du capital social? Pour eux, l'introduction de la participation, au plus haut niveau, aura de l'influence. Ils perdront (dans l'hypothèse d'une représentation paritaire) la moitié de l'un des droits attachés à l'action, celui d'élection des membres du conseil d'administration²¹². En d'autres termes, par une loi sur la participation à ce niveau, le législateur limiterait les droits dits « sociaux » attachés à l'action.

²⁰⁹ Cf., pour la tendance « large », Rapp. final du groupe de travail Wahlen, Berne, 1973, p. 355 et ss.; nous préférons l'opinion de W. Burekhardt: « ... und kann (art. 2) auch nicht in dieser Richtung als Hilfsmittel zur Auslegung andern V. Bestimmungen verwendet werden », Komm., Berne, 1931, ad art. 2 Cst. féd.

²¹⁰ ATF 96 I 350, Frei.

²¹¹ G. Brosset/Cl. Schmidt, Guide des sociétés en droit suisse, Genève, 1963, p. 121.

²¹² Il s'agit d'une partie des droits dits « sociaux » attachés à l'action, par opposition aux droits « patrimoniaux ».

Une double question se pose: D'une part, un droit « non pécuniaire » est-il protégé par la garantie de l'art. 22 ter Cst. féd.? D'autre part, sa limitation pourrait-elle être considérée comme une expropriation matérielle?

Dans un arrêt très ancien, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur le cas d'une limitation des droits des actionnaires, sans que cette limitation ait pour effet de restreindre les droits patrimoniaux²¹³. L'Etat de Fribourg avait, par une loi, modifié les statuts de la banque cantonale, société anonyme dont il était actionnaire minoritaire. En particulier, s'était-il attribué 71 voix à l'assemblée générale, au lieu des 30 qui lui étaient reconnues par les actionnaires jusque-là. Se fondant sur la Constitution fribourgeoise, qui garantissait la propriété²¹⁴, le Tribunal fédéral relevait entre autres que la violation tenait à ce qu'aucune indemnité n'avait été prévue; peu importait selon lui que les droits limités soient appréciables ou non en argent²¹⁵.

La limitation du droit de propriété des actionnaires serait fondée sur la loi concernant la participation. Le législateur a la compétence de décider de cette manière, dans la mesure où il le fait dans un domaine de compétence qui lui appartient.

Equivaut-elle alors à une expropriation matérielle? Elle ne constituerait pas une mesure de police, en tant qu'elle ne viserait pas à écarter un danger concret et immédiat pour l'ordre public²¹⁶. Mais, pour suivre la jurisprudence récente, les actionnaires ne pourraient avoir droit à une indemnité que s'ils étaient « privés des facultés essentielles qu'implique le droit de propriété, ou s'ils subissent une atteinte notable qui engendre une inégalité de traitement »²¹⁷. Il ne semble pas que des règles sur la participation engendreraient des inégalités de traitement; elles toucheraient la totalité des entreprises remplissant certaines conditions, qui ne seraient pas traitées entre elles de manière inégale. Dans une certaine mesure, il s'agit d'un problème identique à celui que pose l'assujettissement de certaines entreprises à la Caisse nationale d'assurance²¹⁸.

L'atteinte ne semble pas devoir être considérée comme extraordinairement grave²¹⁹. En effet, elle n'aurait pour effet que de limiter la moitié d'une partie des droits de l'actionnaire. La partie non touchée reste nettement la plus importante. Il s'agit bien entendu des droits patrimoniaux, ou pécuniaires²²⁰; mais, en ce qui concerne les droits sociaux, l'un d'entre eux, fondamental, n'est pas atteint. Il s'agit du droit d'approbation de la

²¹³ ATF 23, p. 1001.

²¹⁴ Art. 12.

²¹⁵ Cf. également L. Bagi, La garantie constitutionnelle de la propriété, thèse, Lausanne, 1956, p. 91.

²¹⁶ ATF 96 I 350, Frei, c. 4.

²¹⁷ ATF 93 I 708, Société suisse des maîtres imprimeurs, c. 3.

²¹⁸ Art. 60 et ss. LAMA.

²¹⁹ « ... in ausserordentlich schwerer Weise... », ATF 95 I 453, Coop. des maîtres-bouchers.

²²⁰ G. Brosset/Cl. Schmidt, op. cit., p. 153.

gestion du conseil d'administration²²¹. Il apparaît donc que, même s'il y a limitation de propriété, celle-ci n'équivaut pas à une expropriation matérielle²²².

Les conditions matérielles d'application de l'art. 22 ter III Cst. féd. ne sont pas remplies²²³.

20. b) L'analyse du cas des entreprises revêtant une forme juridique autre que celle d'une personne morale amène à une conclusion différente. Pratiquement d'ailleurs (cela sort de notre propos), le cas de l'« Einmangesellschaft » pourrait être dissocié de celui des autres sociétés anonymes.

Tant que la participation n'est pas imposée au niveau des organes de décisions économiques, la situation de ces entreprises est la même que celle des personnes morales. Il n'en va pas de même pour la participation au niveau le plus élevé.

Dans les milieux favorables à la participation, on ne semble pas revendiquer la mise sur pied d'une obligation au niveau des organes de décision des entreprises ne revêtant pas la forme d'une personne morale. Mais ni le texte du projet, ni celui du contreprojet du Conseil fédéral n'empêcheraient le législateur de prendre de telles lois. Ce n'est pas l'objet d'un travail juridique de soulever des considérations d'ordre politique, mais nous relèverons seulement que cette question ne restera pas toujours académique; en effet, on ne peut pas prévoir ce qui se passera en cas d'introduction de la participation dans les personnes morales; entraînera-t-elle des changements de structures des sociétés au point qu'il faille étendre les mesures prises à tous les types d'entreprise?

Donner aux travailleurs d'une entreprise dépourvue de personnalité morale les mêmes droits que ceux qu'auraient des travailleurs d'une personne morale au niveau de son conseil d'administration implique un pouvoir de décision au niveau de la gestion économique. Que la participation soit paritaire ou non, le ou les propriétaires de l'entreprise ne verraient pas seulement une partie du droit attaché à cette qualité diminuer, mais une partie importante, puisqu'ils devraient admettre la codécision sur leurs biens sociaux; et que les décisions prises pourraient avoir une incidence sur leurs biens propres. En outre, si la question de la responsabilité n'a pas une importance déterminante dans la société anonyme, un droit de codécision dans les autres entreprises aurait pour effet qu'une partie des personnes ayant droit de décision (les associés) seraient responsables sur tous leurs biens, alors que l'autre partie n'aurait pas cette responsabilité²²⁴.

En République fédérale allemande, le pas n'a pas été franchi. Le droit de codécision au plus haut niveau est donné par la loi au sein de l'Aufsichtsrat. Il n'existe pas dans les sociétés dépourvues de cet organe.

²²¹ Art. 698 I ch. 3 CO.

²²² Cf. A. Griscl, op. cit., p. 407, litt. c, § 2.

²²³ Contra W. Schlupep, Eigentumsgarantie und Mitbestimmung, Festgabe F.-J. Jeger, Soleure, 1973, p. 425.

²²⁴ Cf. W. Schad, op. cit., p. 85 et ss.

21. La participation au plus haut niveau, dans cette hypothèse, constituerait vraisemblablement, compte tenu de la gravité de l'atteinte, une expropriation matérielle. Entraînerait-elle l'obligation d'indemniser? L'art. 22 ter Cst. féd. n'est pas très clair sur ce point. Il autorise des dérogations au principe de la garantie de la propriété (condition qui serait remplie si l'initiative était acceptée) mais il semble que, même dans ce cas, l'indemnité serait due²²⁵. Il nous semble que, si d'une manière claire, le peuple et les cantons se prononcent pour la participation, ils créeront du même coup une base constitutionnelle indépendante, comportant en elle-même le droit pour le législateur d'imposer la forme qu'il voudra. Admettre que la règle de l'art. 22 ter III Cst. féd. s'appliquerait à la *lex specialis* de l'art 34 ter I litt b bis consisterait à reconnaître une sorte de supériorité à cet art. 22 ter. La question des limites matérielles aux révisions est un sujet trop vaste pour être traité ici. Nous pensons toutefois qu'il n'existe pas de telles limites dans la Constitution²²⁶. Pour la clarté du vote, on regrettera que la question ne soit pas réglée dans les textes proposés. Le constituant pourrait alors se prononcer clairement sur ce point.

ARTICLE 64 DE LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

22. Pourrait-on fonder une législation de la participation sur l'article 64 de la Constitution fédérale? D'une manière générale, il semble bien que la réponse ait été négative. Une sorte de limite existe en ce qui concerne l'étendue de la compétence conférée à la Confédération par cette disposition constitutionnelle. Limite vague, mais qui a conduit à ce qu'on complète en 1947 la Constitution par un art. 34 ter I litt. b. Sans être très au clair sur sa portée. C'est sans doute à cause de cette limite, plus implicitement ressentie qu'explicitée, que l'Assemblée fédérale a d'emblée décidé de traiter de la participation pour elle-même en 1974.
23. Le droit suisse du travail est resté fidèle à la division classique entre droit privé et droit public. Le titre X^e CO est fondé sur l'art. 64 Cst. féd.; la loi sur le travail l'est principalement sur l'art. 34 ter I litt. a, mais également sur d'autres dispositions, notamment l'art. 64²²⁷. Mais de plus en plus, la distinction est formelle. Ce qui signifie en particulier qu'elle peut être opérée sans trop de difficultés a posteriori, par application de la théorie des sanctions par exemple, mais qu'il est délicat de la faire a priori. Bien qu'il subsiste des rapports de type différent, entre l'employeur et le travailleur, en Allemagne et en France, la distinction tend à être abandonnée²²⁸.

²²⁵ Message, FF 1967 II, p. 137, 151 et 152.

²²⁶ J.-F. Aubert, *op. cit.*, n. 332.

²²⁷ La confusion est parfois totale. L'art. 64 Cst. féd. est invoqué dans le préambule de la LT parce que l'art. 64 de celle-ci modifiait des dispositions du CO. Il subsiste, alors que la LT ne contient plus de règles de droit privé depuis le 1^{er} janvier 1972. L'OFIAMT est allé jusqu'à faire des vacances une question de droit public (après 1966), parce que la règle de l'art. 341 bis CO figurait à l'art. 64 LT, DTAC 1970, n. 14.

²²⁸ Cf. G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 38 et ss.

24. On en vient, pour la qualification d'une règle, à constater où elle se trouve. Ainsi, des vacances, de droit public cantonal jusqu'au 31 janvier 1966, de droit privé, donc fédéral, dès le 1^{er} février. Force est de constater qu'« une stricte distinction entre la protection de droit public et la réglementation de droit privé est d'ailleurs impossible »²²⁹.
- Ainsi, en regard de la théorie des intérêts en cause, utilisable dans une certaine mesure a priori, deux raisonnements sont soutenables. En tant qu'elle modifie les relations entre employeur et travailleur, la participation touche à des intérêts privés. Mais si l'on tient compte que le statut de l'économie serait modifié, que la situation de trois millions de travailleurs par rapport à la société changerait, la participation concerne nettement l'intérêt général.
25. Envisageons cependant l'hypothèse selon laquelle, par nature, la participation serait de droit privé. Sa réglementation serait alors de la compétence du législateur civil. Il pourrait poser des règles, compte tenu de sa compétence, mais sans doute pas de n'importe quelle manière. C'est probablement cette approche qui doit être faite: en vertu de sa compétence, le législateur peut-il établir n'importe quelle règle, même si elles limitent des droits garantis constitutionnellement? L'un des auteurs qui a étudié le plus à fond cette question, R. Ditisheim²³⁰, aboutit à une sorte de conclusion extrêmement nuancée: Le législateur civil peut limiter la liberté contractuelle des individus dans le but d'améliorer les conditions sociales de certaines catégories de la population. Il peut modifier le droit d'une manière qui touche au droit de propriété, à condition de ne pas entamer le contenu naturel de ce droit²³¹.
26. Le droit privé, ainsi considéré, aura un contenu qui variera dans le temps, puisque la notion même de bien-être social, et celle du contenu du droit de propriété évoluent. Ainsi, vu sous un autre angle, le critère dit de Burkhardt (droit dispositif égal droit privé, droit impératif égal droit public) est aujourd'hui pratiquement inapplicable. Mais même s'il n'a jamais été absolu, il a eu quelque chose pour lui. C'est le contenu de ce que l'on appelle le droit privé qui a évolué de telle manière qu'on en soit réduit à écarter ce critère²³². Ce qui est certain, c'est que le constituant de 1874/1898 n'imaginait pas que l'article 64 de la Constitution puisse un jour servir de base à une législation sur la participation. Mais ce n'est guère suffisant pour écarter aujourd'hui cette interprétation.
27. En réalité, le problème est politique. Il consiste à déterminer jusqu'où la notion de droit privé peut aller. Dans un tout autre domaine, on retrouve la même difficulté. La jurisprudence garantit l'autonomie communale. Mais les cantons ont la compétence d'en tracer les limites. Alors la question se pose: Dans un canton dont la législation tend petit à petit à réduire la sphère de décision des communes, à partir de quel moment précis le domaine qui reste aux communes est-il devenu si minime qu'on puisse considérer que

²²⁹ A. Grisel, loc. cit., RDS 1948, p. 466 a, n. 12; W. Burkhardt, op. cit., p. 586.

²³⁰ R. Ditisheim, La notion de droit civil fédéral, thèse, Lausanne, 1973.

²³¹ R. Ditisheim, op. cit., p. 160, 196.

²³² Par exemple, le droit du contrat de travail de 1881 était nettement de droit dispositif (sous réserve des querelles de doctrine concernant le salaire en cas de maladie, cf. Habertisch, Droit fédéral des obligations, Moudon, 1886, p. 213; Jacottet, Manuel de droit fédéral des obligations, Neuchâtel, 1884, p. 213).

l'autonomie communale a été vidée de sa substance? Dans notre domaine, si le législateur de droit privé empiète sur des garanties constitutionnelles pour des motifs admissibles (police, politique sociale), à partir de quel moment ces règles constitutionnelles sont-elles suffisamment touchées pour que l'on puisse les considérer comme vidées de sens, et estimer que le législateur a donné à la notion de « droit privé » un contenu trop étendu?

28. A l'occasion de la révision du droit de la société anonyme, la question aurait pu être posée. Il est soutenable d'envisager qu'à travers des révisions du droit commercial, il soit possible de mettre sur pied un système de participation. Pour des raisons d'ordre formel, le groupe de travail pour l'examen du droit de la société anonyme n'est pas entré en matière sur ce point. Il n'a cependant pas exclu que la participation puisse être réglementée dans le droit des sociétés anonymes ²³³.
29. De ce qui précède, on tirera ceci. A priori, il n'existe pas de manière satisfaisante de qualifier la participation par rapport à la division entre droit privé et droit public. Cette distinction n'est toutefois pas très importante à faire. Si la participation devait être rangée dans les institutions de droit public (ce qu'on ne pourra faire qu'a posteriori), l'art. 64 Cst. féd. ne peut par définition pas lui servir de base de compétence. Si en revanche on la considère comme faisant partie du droit privé, l'article 64 attribue bien la compétence de légiférer à la Confédération. Mais le législateur civil est limité dans ses décisions par d'autres règles du droit constitutionnel. Il en résulte que s'il devait se fonder exclusivement sur l'article 64, les solutions qui s'offriraient à lui seraient limitées. Il pourrait difficilement établir un système développé, contraint de se poser dans chaque cas la question des limites de ses compétences. On peut par conséquent considérer comme nécessaire que la participation fasse l'objet d'une disposition constitutionnelle spéciale.

DROIT CANTONAL

30. Si l'on devait s'en tenir au texte même de l'art. 34 ter I Cst. féd. (« La Confédération a le droit de légiférer... »), les règles contenues dans cette disposition apparaîtraient comme attributives de compétences. Ce qui reviendrait à dire, conformément à l'art. 3 Cst. féd., que tant que la Confédération n'a pas acquis de compétence en matière de participation (en admettant pour la démonstration que la portée de l'actuel art. 34 ter I litt. b est de peu d'importance), que les cantons sont compétents dans ce domaine. Ce n'est, pour reprendre les termes de H. Huber ²³⁴, « ... entweder gar nicht denkbar oder doch völlig unpraktisch ».

²³³ « ... le groupe de travail, de par les personnes qui le composent, ne reflète pas la réalité des relations patrons-travailleurs; ainsi, il n'est pas en mesure d'examiner le problème de la participation des travailleurs. » Mais plus loin: « ... il n'estime pas pour autant, ce qui pourrait être soutenu, que la participation des travailleurs ne doit ni ne peut être réglementée en droit des sociétés anonymes. » Rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, Lausanne-Berne, 1972, p. 224.

²³⁴ H. Huber, Unbestimmte Mitbestimmung, Neue Zürcher Zeitung, 3 février 1974, p. 17.

31. D'une part, les cantons se heurteraient au principe de l'article 2 des dispositions transitoires de la Cst. féd., parce qu'on voit mal comment des règles de cette nature pourraient être établies sans influencer le droit privé. D'autre part, même si l'on admettait une interprétation très extensive de l'art. 6 CCS, et que l'on puisse déterminer de manière certaine que la participation est du domaine du droit public, les législations cantonales se heurteraient à l'obstacle de l'art. 31 Cst. féd. En effet, en présence d'une règle fédérale, il est encore possible de dire qu'elle ne modifie pas le jeu de la libre concurrence dans la mesure où elle place tous les concurrents sur le même pied. Ce ne pourrait être le cas d'une mosaïque de lois cantonales.
32. Comme on l'a vu ci-dessus, il ne s'agit pas tant de donner à la Confédération une nouvelle compétence que de permettre au législateur fédéral d'utiliser largement celles qu'il a pour établir une institution d'un type nouveau dans le droit suisse.

D'une certaine manière, on se trouve dans une situation assez semblable à celle que l'on a dans le domaine du droit du travail. La compétence de légiférer appartient là presque totalement à la Confédération. Il ne saurait donc être question que les cantons prennent des règles tendant à établir un droit au travail. Mais la Confédération ne le pourrait pas non plus sans révision de la Constitution, parce que de telles règles, qui ne violeraient pas l'article 3, se trouveraient en contradiction avec d'autres dispositions constitutionnelles comme les articles 31 et 22 ter.

CHAPITRE VI

LES SUJETS

LE TRAVAILLEUR

1. Le mot travailleur, en lui-même, est de nature à créer des confusions. Il a, dans les textes de langue française du droit suisse, un sens juridique précis ²³⁶. On ne trouve pas d'équivalent en droit français; le « contrat de travail » ou, plus exactement, le contrat de louage de services ²³⁸, n'est pas défini par le code du travail. Le droit allemand ne nomme pas précisément la partie subordonnée ²³⁷.
2. Il est par conséquent important de déterminer qui peut être sujet d'une éventuelle participation.
 - a) En droit suisse, on appellera travailleur toute personne dont la loi fait une partie subordonnée au contrat de travail ²³⁸. Il s'agira par conséquent des travailleurs au sens strict ²³⁹, des travailleurs à domicile ²⁴⁰ et des voyageurs de commerce ²⁴¹. Ce mot de travailleur correspond aux termes de « Arbeitnehmer » dans les textes suisses de langue allemande, à « lavoratore » dans la version italienne.
 - b) Le texte de l'initiative est imprécis, en ce sens qu'il traite également de la participation des travailleurs dans l'administration; ainsi qu'on l'a vu, l'administration n'occupe pas, au sens juridique, des travailleurs ²⁴². On utilisera, pour désigner les salariés dont les rapports de service relèvent du droit public, le terme général de fonctionnaire.

²³⁶ Art. 319 I CO; 1^{er} II LT.

²³⁸ Code du travail, art. L 120 - 1 et ss.

²³⁷ Art. 611 BGB.

²³⁸ Art. 319 I CO: « ... au service de ... », « ... im Dienste des ... ».

²³⁹ Art. 319 et ss. CO.

²⁴⁰ Art. 351 et ss. CO.

²⁴¹ Art. 347 et ss. CO.

²⁴² Ci-dessus, ch. IV, n. 5. On fait ici abstraction des cas relativement peu nombreux et toujours particuliers où l'Etat engage une personne par un contrat de travail. Au demeurant, la plupart des employés des pouvoirs publics qui ne sont pas désignés par le terme de fonctionnaires sont unis à leur employeur par un lien de droit public (A. Grisel, op. cit., p. 235, 236).

- c) En droit français, le terme le plus usité est celui de salarié ²⁴³.
- d) Le droit allemand opère certaines distinctions que l'on ne retrouve pas dans le droit suisse; en particulier, il distingue deux catégories de contrats de travail, le « Dienstvertrag » et l'« Arbeitsvertrag » ²⁴⁴. L'Arbeitsvertrag constitue une catégorie particulière d'un contrat plus large (que l'on pourrait traduire par contrat de louage de service), le « Dienstvertrag ». A côté du contrat de travail au sens strict, on trouve le contrat de libre louage de service, qui a pour objet un travail indépendant, sans pour autant constituer un contrat de mandat ou d'entreprise par exemple ²⁴⁵. Il en résulte qu'en droit allemand, les termes de Dienstpflichtiger et de Arbeitnehmer ne recouvrent pas la même situation juridique. Les sujets de la participation sont les « Arbeitnehmer » ²⁴⁶.

3. Au plan de la terminologie, les sujets de la participation seront:
 en droit suisse, les travailleurs (Arbeitnehmer, lavoratori);
 en droit allemand, les « Arbeitnehmer »;
 en droit français, les salariés.

4. Il existe, entre les différentes catégories de « travailleurs », suffisamment de traits communs pour qu'il soit possible d'étudier leur situation face à la participation de manière parallèle.

Une comparaison des définitions du contrat de travail permet de le constater.

- a) Suisse: « Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni... » ²⁴⁷
- b) France: « Le contrat de travail est une convention par laquelle une personne, le salarié, met son activité professionnelle au service d'une autre personne, l'employeur ou le patron, qui a autorité sur elle et lui verse une rémunération, le salaire » ²⁴⁸. En d'autres termes, le contrat de travail est une convention par laquelle « une personne, le salarié, met son activité à la disposition d'une autre, l'employeur, en se plaçant sous sa subordination et moyennant une rémunération, le salaire » ²⁴⁹.
- c) Allemagne: « Durch ihn (Arbeitsvertrag) verpflichtet sich der Arbeitnehmer nicht, Dienste zu « leisten », sondern in den Dienst des Arbeitgebers zu treten... » ²⁵⁰. L'employeur est tenu à rémunération ²⁵¹.

²⁴³ A. Brun/H. Galland, p. 195; Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, art. 1^{er}.

²⁴⁴ Sorgel-Siebert, Kommentar zum BGB, Stuttgart 1969, n. 3, art. 611 BGB; D. Neumann, Jura Europae, Munich-Paris, n. 3, ch. 10.10, Allemagne; Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 1958, n. 1, § 611 BGB.

²⁴⁵ Sorgel-Siebert, op. cit., n. 3, Vorbem. zum § 611 BGB.

²⁴⁶ BetrVG, § 1^{er}; MitbestG, § 1^{er}.

²⁴⁷ Art. 319 CO.

²⁴⁸ Brun/Galland, op. cit., p. 194.

²⁴⁹ P.-D. Ollicr, op. cit., p. 70; cf. également G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, op. cit. p. 115.

²⁵⁰ A. Nickisch, op. cit., p. 160.

²⁵¹ Art. 611 BGB.

5. Il résulte de ce qui précède la constatation que les éléments essentiels du contrat de travail, et par conséquent, les traits caractéristiques permettant de définir le travailleur, sont les mêmes dans les trois droits.
- a) Lien de subordination.
 - aa) En droit suisse, cet élément le plus caractéristique ressort du texte même de l'article 319 CO; l'expression «... au service de...» est claire²⁵². Même sans cette précision d'ailleurs, cet élément était tenu pour caractéristique par la doctrine²⁵³.
 - bb) La situation du salarié français est caractérisée par le fait qu'«à la différence du travailleur indépendant, le salarié accepte de se placer sous l'autorité de l'employeur»²⁵⁴.
 - cc) On trouve la même caractéristique en droit allemand²⁵⁵.
 - b) Durée. Dans les trois droits, le contrat de travail est caractérisé par le fait que le «travailleur» promet ses prestations pour une certaine durée, et non pas pour la réalisation d'un résultat particulier²⁵⁶.
 - c) Le travailleur a droit à une contreprestation de l'employeur²⁵⁷.
6. Il apparaît que l'on peut, d'une manière générale, considérer que toute personne remplissant ces conditions est un sujet possible de la participation. Il n'en demeure pas moins qu'il existe un grand nombre d'individus qui ne sont pas parties à un contrat de travail et qui se trouvent, en vertu d'un lien de nature juridique différent, dans la même situation de fait. On pense en particulier aux «salariés» liés à leur employeur par des règles de droit public (fonctionnaires, employés de la Confédération, par exemple). Il en résulte que la capacité à devenir sujet de la participation, du côté de ceux qui mettent leur force de travail au service d'autrui, ne tient pas tant dans la qualification donnée à leurs relations avec leur employeur, que de la situation de fait dans laquelle ils se trouvent. Ainsi, en droit suisse, on ne pourra pas limiter l'étude du problème aux seuls travailleurs (au sens strict), mais il est nécessaire d'envisager la question pour toutes les personnes qui, pour une certaine durée, mettent leur force de travail au service d'autrui, contre une rémunération. On appellera ci-après ces sujets virtuels de la participation des salariés.

HIÉRARCHISATION

7. De par la nature de leur travail, on distingue entre diverses catégories de salariés de même niveau: travailleur, voyageur de commerce, fonctionnaire, etc., en droit suisse²⁵⁸; salariés, journalistes professionnels, mannequins, par exemple, en droit français²⁵⁹.

²⁵² Nouveauté due à la LF du 25 juin 1971.

²⁵³ Oser-Schönenberger, Kommentar zum OR, n. 14, ad art. 319 CO.

²⁵⁴ G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, op. cit., p. 116.

²⁵⁵ Soergel/Siebert, op. cit., n. 53 ad art. 611 BGB; D. Neumann, op. cit., 10.10, n. 53.

²⁵⁶ Art. 319 CO; P.-D. Ollier, op. cit., p. 71; D. Neumann, op. cit. 10.10, n. 2.

²⁵⁷ Art. 319 CO; art. 611 BGB; G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, op. cit., p. 115.

²⁵⁸ Art. 319, 347 CO. Lois sur les statuts de fonctionnaires.

²⁵⁹ Art. L. 761.-1 et ss. Code du travail.

Cette distinction n'a pas grande importance en ce qui concerne le sujet qui nous occupe (mis à part le cas particulier des salariés de la fonction publique). On doit néanmoins constater que, de par la loi ou les accords entre parties, il existe une hiérarchie verticale, dans les entreprises. S'il n'est pas difficile de déterminer qu'un manoeuvre est un « participant » du côté travailleur, et que, par définition, un chef d'entreprise propriétaire de celle-ci est un « participant » du côté employeur, il existe une infinité de situations intermédiaires. Qu'en est-il par exemple de la situation, vis-à-vis de la participation, d'un directeur de société anonyme, qui peut en avoir la gestion sans même être actionnaire ²⁶⁰, et qui par conséquent se trouve être en même temps représentant et travailleur de celle-ci? Peut-on s'en remettre à la qualification contractuelle donnée à une fonction déterminée pour décider si la personne qui l'occupe est plutôt « travailleur » qu'« employeur »? En droit suisse en tout cas, cela semble périlleux, dans la mesure où le titre, aussi pompeux soit-il, ne recouvre pas toujours une fonction importante ²⁶¹.

8. Le droit allemand a tranché la question de manière formelle ²⁶². Après avoir défini la notion de travailleur ²⁶³, et précisé les différences entre ouvrier et employé ²⁶⁴, la BetrVG énumère celles d'entre ces personnes qui ne peuvent être considérées comme travailleurs au sens de la loi, et qui par conséquent ne peuvent être sujets de participation du côté travailleur.

Ne sont pas travailleurs, au sens des règles sur la participation :

- a) les membres d'un organe d'une personne morale, habilités à représenter cette personne;
- b) les sociétaires d'une société en nom collectif ou les membres d'une autre société de personnes dans la mesure où, de par la loi, les statuts ou le contrat, ils sont habilités à la représentation ou à la direction de l'entreprise de cette société;
- c) les personnes dont l'activité n'est pas de manière prépondérante lucrative, mais déterminée par un but charitable ou religieux ²⁶⁵;
- d) les personnes dont l'activité n'a pas un but lucratif prépondérant, et qui sont occupées principalement en vue de leur réadaptation;
- e) l'époux, les parents et alliés au premier degré qui vivent en communauté domestique avec l'employeur.

La loi n'est pas non plus applicable, sauf disposition contraire expresse, aux employés supérieurs lorsque à teneur de leur contrat ou de leur fonction,

²⁶⁰ Cf. art. 717 II CO.

²⁶¹ L'interprétation que l'on peut donner à la règle des art. 3 litt. d LT et 7 OLT I est révélatrice de la difficulté de la qualification d'un travailleur. Cf. H. Zwahlen, dans comm. LT, n. 14, art. 3: « De toute façon, la question devra souvent se trancher de cas en cas, sans égard ni au titre ni à la formation reçue, mais d'après la nature réelle de la fonction et compte tenu aussi des dimensions de l'entreprise. » Cf. également F.-W. Bigler, Commentaire de la loi sur le travail, Berne, 1966, n. 7, art. 3 LT.

²⁶² § 5 et 6 BetrVG.

²⁶³ « Arbeitnehmer in Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschliesslich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. »

²⁶⁴ § 6 BetrVG.

²⁶⁵ Cf. la non-soumission à la LT des ecclésiastiques, art. 3 litt. a.

- a) ils sont habilités de manière indépendante à engager ou à renvoyer des travailleurs occupés dans l'entreprise;
 - b) s'ils ont un pouvoir de représentation général ou une procuration;
 - c) lorsque leur devoir principal consiste dans des recherches ou dans la mise à disposition de l'entreprise de connaissances spéciales.
9. Le droit français, moins développé de toute manière en matière de participation, est plus confus. A teneur des articles R 432-1 et ss. du code du travail, instituant des comités d'entreprise, sont éligibles, à certaines conditions, tous les salariés de l'entreprise. Le problème de la hiérarchie se pose ici de manière différente en ce sens que les distinctions ont pour effet la création de divers collèges électoraux ²⁶⁶.
10. On peut, en droit positif suisse, se référer à une institution existante pour examiner la question de la capacité à être sujet de participation; il ne s'agit pas de l'assimiler à une institution de participation; mais, en ce qui concerne la détermination des sujets, elle est intéressante. Nous voulons parler du règlement d'entreprise ²⁶⁷. La loi prévoit la possibilité d'établir un tel règlement par convention; les parties à la convention sont l'employeur d'une part, les travailleurs représentés par une délégation d'autre part. Ni la loi, ni l'ordonnance ²⁶⁸ ne définissent ce qu'est un travailleur dans ce domaine ²⁶⁹. La loi indique une procédure, mais laisse à des accords privés le soin de définir les titulaires du droit. Ce qui peut avoir pour conséquence en particulier:
- a) de créer des blocages, lorsque le mode d'élection est fixé par une convention collective de travail par laquelle tous les travailleurs ne sont pas nécessairement liés;
 - b) d'éliminer de la participation à la délégation les représentants de groupes minoritaires ²⁷⁰.
11. Il est incontestable que tous les travailleurs n'ont pas une vocation égale à être des sujets de la participation. Le droit allemand désigne ceux d'entre les travailleurs qui sont exclus. Le droit français crée des catégories de travailleurs. Les initiateurs n'ont fait qu'effleurer le sujet ²⁷¹. On peut en tout cas considérer comme nécessaire que les éventuels textes d'application s'en saisissent. La voie la plus favorable consisterait à reprendre le principe de l'exclusion de la participation des travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée, en précisant de qui il s'agit.

LES GROUPEMENTS DE TRAVAILLEURS

12. En France, pour être habilités à exercer des compétences en tant que tels, les groupements de travailleurs doivent revêtir la forme juridique du syndicat.

²⁶⁶ L. 433.-2, Code du travail.

²⁶⁷ Art. 37 et ss. LT.

²⁶⁸ Art. 37 IV LT, 73 I OLT I.

²⁶⁹ Cf. également W. Hug, comm. LT, n. 9, art. 37 LT.

²⁷⁰ Il ne semble pas qu'il se soit instauré une pratique uniforme dans les entreprises, cf. M. Maillefer, *La nature juridique et le fonctionnement des commissions de personnel*, Berne, 1973, p. 61 et ss.

²⁷¹ Par exemple, B. Hardmeier, *Participation*, Revue syndicale, 1972, p. 370, 371.

Ils acquièrent alors certains droits et sont soumis à certaines obligations spécifiques. Le droit syndical, dès l'origine, s'est développé indépendamment du droit des corporations de droit privé²⁷². Le syndicat français est une personne morale particulière²⁷³. Son champ d'activité est défini par la loi²⁷⁴.

13. La loi fondamentale de Bonn garantit la liberté de coalition²⁷⁵. Les syndicats sont constitués sous la forme d'une personne morale du droit allemand (par exemple: association). Certaines conditions particulières doivent cependant être remplies pour qu'ils puissent être parties à une convention collective de travail²⁷⁶.
14. En droit suisse, on ne peut pas parler d'un type de corporation particulier ayant nom de syndicat. Il existe des groupements de travailleurs organisés selon le CCS ou le CO qui prennent le nom de syndicats, alors que d'autres, organisés de la même manière, se nomment association ou société²⁷⁷. Juridiquement, ces groupements sont de nature identique; pratiquement, on peut constater une différence dans leur mode d'action, l'attitude des groupements de travailleurs qui prennent le nom de syndicat étant plus combative que celle des autres groupements.
15. On peut dès lors distinguer entre trois systèmes:
 - a) Le groupement de travailleurs, en Suisse, est une corporation de droit privé. Quel que soit le titre qu'il se donne, sa nature juridique est déterminée par le droit civil ou le droit des obligations. C'est à teneur du droit commun qu'il a la personnalité juridique en vertu de laquelle il a capacité d'être partie à une convention collective de travail.
 - b) En droit allemand, le groupement de travailleurs est constitué sous la forme d'une corporation de droit privé. Il doit cependant remplir des conditions particulières pour être partie, en tant que syndicat, à un accord collectif.
 - c) Le syndicat français constitue une personne morale particulière.
16. L'influence des syndicats dépend, au départ, du nombre de leurs membres, et du taux de syndicalisation dans les entreprises. Il s'agit là d'un pouvoir de fait. Le droit peut cependant modifier le rapport de forces naturel, en accordant à ces syndicats une plus ou moins grande représentativité. Les syndicats, en Suisse, ne bénéficient pas, en droit, de cette présomption légale de représentativité de l'ensemble des travailleurs. Ils l'exercent cependant

²⁷² La liberté de coalition date de 1884, Loi Waldeck-Rousseau du 21 mars, la liberté d'association de 1901 seulement.

²⁷³ Art. L 411-10, Code du travail.

²⁷⁴ Art. L 410-1 et ss., Code du travail.

²⁷⁵ Art. 9 III GG; Schmidt/Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Bonn, 1967, n. 4, art. 9; Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Cologne, 1966, n. 7, art. 9.

²⁷⁶ Schmidt/Bleibtreu/Klein, op. cit., n. 14, art. 9 GG.

²⁷⁷ L'Union syndicale suisse (USS) est une association au sens des art. 60 et ss. CCS, art. 1^{er} des statuts, dans P. Reymond-Sauvain, Le syndicalisme en Suisse, Genève, 1966, p. 103. Contra, les contremaîtres sont parties d'une Société suisse des contremaîtres.

en fait dans une mesure assez large; en effet, ils sont fréquemment parties à des conventions collectives de travail dont le champ d'application dépassera largement le cercle de leurs adhérents ²⁷⁸.

17. Le droit français connaît le principe dit de la représentativité syndicale. De par la loi, les syndicats reconnus comme les plus représentatifs bénéficient d'une sorte de monopole qui leur assure, en matière de participation en particulier, une position-clé: eux seuls ont la compétence de présenter des candidats à l'élection aux comités d'entreprise ²⁷⁹. « La plupart des prérogatives de participation sont réservées aux syndicats les plus représentatifs dans le cadre professionnel ou interprofessionnel, dans celui de l'entreprise et dans l'ordre international, de sorte qu'en définitive, seules les organisations syndicales remplissant les conditions légales de représentativité se trouvent vraiment associées à l'élaboration et à la mise en œuvre de l'organisation de l'activité professionnelle » ²⁸⁰. Cette représentativité pose d'ailleurs certains problèmes dans la pratique: en particulier, il s'agit souvent de déterminer le champ d'application d'accords passés entre les syndicats les plus représentatifs et le patronat ²⁸¹. Le syndicat français a, sous cet angle, trois caractéristiques:
 - en tant que tel, il a la compétence d'être partie à une convention collective de travail;
 - lorsqu'il est considéré comme représentatif ²⁸², il est investi d'un quasi-monopole juridique en matière de participation;
 - il jouit, selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence, d'un monopole de fait dans les accords passés avec le gouvernement.
18. Le droit allemand est relativement précis en ce qui concerne la position des syndicats. Ils ont, en matière de participation, des compétences étendues.
 - a) Deux des quatre représentants des travailleurs dans le conseil de surveillance sont désignés par les organisations faitières des syndicats. Ils sont par conséquent de véritables représentants des syndicats ²⁸³.
 - b) Les syndicats représentés dans l'entreprise sont consultés lors de l'établissement des listes de candidats. Ils ont ainsi une certaine influence sur le choix des deux autres représentants des travailleurs au conseil de surveillance.
19. Les prérogatives des syndicats français et allemands agissant en tant que tels sont très étendues. Les auteurs de l'initiative suisse prévoient pour le législateur la compétence de donner aux syndicats suisses de larges compétences en matière de participation (« ... et de leurs organisations... ». Il s'agit là d'un des points les plus sensibles du débat: la loi doit-elle donner aux syndicats le droit d'intervenir en tant que tels dans la gestion des entreprises privées?

²⁷⁸ Voir, sur l'influence des syndicats, P. Kreis, *Les dissidents et la paix du travail*, Berne, 1973, en particulier, p. 16 et ss.

²⁷⁹ G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, op. cit., p. 343 et ss.; P.-D. Ollier, op. cit., p. 313 et ss.

²⁸⁰ J.-M. Verdier, op. cit., Paris, 1966, p. 375.

²⁸¹ On pense ici à la portée des accords dits « de Grenelle », passés les 25-27 mai 1968 entre les syndicats CGT, CGT-FO, CFTC, CGC, CFDT, FEN, d'une part et les associations patronales CGPME et CNPF, d'autre part, sous l'égide du Gouvernement. Cf. n. 5.

²⁸² Cf. Cour de cassation, Documents de droit du travail, p. 602, 603.

²⁸³ MitbestG, § 4.

Les groupements de travailleurs, en droit suisse, constituent formellement des personnes morales de droit privé; c'est cette qualité, et non une situation spéciale qui leur serait faite, qui leur permet d'être partie à des conventions collectives. La situation de partenaires favorisés qu'ils ont dans certaines entreprises ou industries ne découle pas de la loi ²⁸⁴.

20. Le problème de la représentativité n'est pas nouveau. En particulier, l'Assemblée fédérale en a longuement discuté lors de l'élaboration de la loi fédérale concernant l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail ²⁸⁵. On peut tirer des délibérations la volonté nette du législateur de ne pas octroyer de représentativité à des groupements de travailleurs.
21. Le taux moyen de syndicalisation est, en Suisse, de l'ordre de 30% ²⁸⁶. Reconnaître aux syndicats la compétence de siéger en tant que tels dans les conseils d'administration, c'est leur accorder une représentativité certaine, supérieure dans de nombreux cas à celle qui ressort du nombre de leurs adhérents.

Cependant, il est nécessaire de pousser plus loin l'analyse sur ce point.

- a) L'admission de représentants des syndicats au sein des conseils d'administration risquerait de conduire à une surreprésentation des travailleurs syndiqués. Dans l'hypothèse extrême d'une représentation paritaire dans des conseils d'administration formés de dix membres, cinq d'entre eux seraient des représentants de l'élément « travail ». En admettant que deux places soient réservées aux syndicats, il en resterait trois pour les travailleurs de l'entreprise. Parmi ces derniers, l'un au moins serait selon toute probabilité membre d'un syndicat (élection proportionnelle). Il en résulterait que le 30% des travailleurs auraient trois représentants, que le 70% n'en auraient que deux.
- b) Cependant, il ne peut être question, en matière de participation, de quantité. En d'autres termes, l'expérience démontre que, dans un groupe appelé à prendre des décisions, certaines personnes auront plus d'influence que d'autres, cela en dehors de tout problème de majorité. Par conséquent, il importe que les représentants des travailleurs puissent disposer des mêmes connaissances techniques et économiques que ceux des employeurs. Ce ne sera pas toujours le cas s'ils n'ont pas la possibilité de pouvoir compter sur des spécialistes tels que les fonctionnaires permanents des syndicats. On notera que le texte du contreprojet n'exclut pas la possibilité d'une représentation par des tiers ²⁸⁷.

²⁸⁴ Sous réserve d'attributions spéciales découlant par exemple du droit cantonal; cf. par exemple le mode de désignation des juges prud'hommes dans le canton de Neuchâtel, art. 100 *Loi sur l'exercice des droits politiques*.

²⁸⁵ Guinand, Bull. off. CN 1954, p. 50; Steincr, Bull. off. CN 1954, p. 43; Borel, loc. cit., p. 61, 62.

²⁸⁶ Il est difficile de calculer de manière précise le taux de syndicalisation. Le taux de 30% est fondé sur une estimation basée sur des chiffres de 1970: 3 005 000 actifs (Ann. stat. 1973, p. 39) moins 323 500 indépendants (rapport de l'AVS, 1971, p. 14) donne 2 680 000 sujets possibles de participation. Parmi eux, les « syndiqués » (au sens large, puisqu'il est tenu compte également de groupements tels que la Fédération des sociétés d'employés) sont au nombre de 880 000, soit 33%. (Ann. stat. 1973, p. 394 et ss.). Si l'on fait abstraction des salariés du secteur public (280 000, ann. stat. 1973, p. 333), et des syndiqués de ce secteur (119 000), on obtient un taux de 32%.

²⁸⁷ Message du 22 août 1973, FF 1973 II p. 418.

- c) La possibilité pour les syndicats d'être ou de ne pas être sujets de la participation pose une question d'un autre ordre: celle des rapports entre un système de participation à (éventuellement) créer et celui (existant) des conventions collectives de travail. Nous y reviendrons plus loin.

L'EMPLOYEUR

22. D'une manière toute générale, on peut qualifier l'employeur comme la personne physique ou morale qui, en tant que partie à un contrat de travail, est investie du pouvoir de donner des directives, supporte le risque économique et est débitrice du salaire. Juridiquement, la qualité d'employeur se confond avec celle de propriétaire de l'entreprise²⁸⁸. Dans un système de participation, c'est l'employeur qui sera le partenaire des travailleurs.
23. Lorsque l'entreprise revêt la forme d'une personne morale, celle-ci est l'« employeur ». Sa volonté s'exprime par conséquent nécessairement par ses organes²⁸⁹, ou par d'autres personnes désignées par les organes (sic les directeurs, fondés de pouvoir, etc.). On peut d'emblée écarter l'idée que l'assemblée générale puisse être le lieu de la participation; il semble bien que cet organe, de plus en plus, perd de son importance²⁹⁰.

En pratique, l'organe partenaire se trouvera être soit le conseil d'administration, soit les personnes qu'il a investies du pouvoir de direction. Il résulte de cela que bien souvent, dans les commissions où est instituée la codécision, l'employeur exprimera sa volonté soit par des travailleurs (par exemple: directeurs), soit par des administrateurs.

- a) Juridiquement, les « cadres » se trouveront, dans un système de participation, dans une situation fautive. Travailleurs, ils seront appelés à représenter leur employeur vis-à-vis d'autres travailleurs. Ils seront dès lors tenus de suivre les directives de l'employeur; ils se trouveront, en ce qui concerne leur position personnelle, dans l'impossibilité de « participer », d'avoir une influence selon leur idée.
- b) Cependant, malgré ce qui a été exposé ci-dessus au sujet de l'assemblée générale, il semble bien qu'à l'intérieur de l'entreprise, ce sera elle qui représentera les apporteurs de capitaux lors de la mise en place du système. En effet, en ce qui concerne la participation au niveau le plus élevé, les propositions des auteurs de l'initiative tendent à une composition paritaire du conseil d'administration. Dès que celui-ci sera mis sur pied, il ne sera

²⁸⁸ P.-D. Ollier, op. cit., p. 97 et ss.; G.-H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, op. cit., p. 29; cf. la définition de A. Nickisch, op. cit., p. 142: « Wenn Arbeitnehmer derjenige ist, der im fremden Dienste beschäftigt ist, so ist Arbeitgeber jener andere, in dessen Diensten der Arbeitnehmer steht. »

²⁸⁹ Art. 55 CCS.

²⁹⁰ Voir sur ce point M. Gutzwiller, *Das Recht der Verbandspersonen*, Schweizerisches Privatrecht, Bâle/Stuttgart 1967, p. 482; G. Gautschi, in RDS 1966 II, p. 662; A. Hirsch, *Problèmes actuels du droit de la S.A.*, in RDS 1966 II, p. 16: « Le plus souvent, l'assemblée générale n'est qu'une chambre d'enregistrement, où les propositions de l'administration sont adoptées aveuglément »; J. Rivero/J. Savatier, *Droit du travail*, Paris 1970, p. 108, 109.

plus possible de le considérer comme l'organe des apporteurs de capitaux, mais bien comme un organe commun aux deux parties de l'entreprise. Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes en droit allemand, puisque l'organe clé de l'entreprise, le Vorstand, ne compte pas, de par la loi, de représentant des travailleurs. Juridiquement, il résulte de ce qui précède que la qualité d'employeur continuera à se confondre avec celle de propriétaire de l'entreprise. Mais la volonté de cet employeur ne sera plus formée uniquement par des personnes physiques liées à l'entreprise par des rapports de propriété, mais également par celles qui y sont liées par des rapports de travail. L'introduction de la cogestion paritaire au plus haut niveau, dans une personne morale, n'aurait pas pour effet de créer un transfert de propriété, ni de modifier la notion d'employeur. Pratiquement cependant, l'employeur ne serait plus le même qu'avant, dans la mesure où l'expression de sa volonté dépendrait de personnes liées à l'entreprise par d'autres liens que ceux de propriété.

- c) En dernière analyse, on peut alors constater que dans un tel système, la question de la propriété des biens de l'entreprise deviendrait secondaire (dans la mesure où elle ne l'est pas déjà ²⁹¹). A tel point que le partage entre capital et travail, dans l'entreprise, ne se ferait pas sur la titularité du droit, mais bien sur la façon de l'utiliser.

L'ADMINISTRATION

24. Le cas de la participation dans l'administration est totalement différent, compte tenu des parties en présence. A la limite, on trouverait comme participants du côté salariés les fonctionnaires, et du côté employeur, les personnes composant la collectivité publique dont dépend l'administration. La volonté de cette collectivité, fixée dans des lois, est impérative. Elle s'impose à l'ensemble de l'administration. La question qui se pose alors, et qu'il faut trancher si l'on veut parler de participation dans les administrations, est fondamentale: y a-t-il deux « parties » possibles dans l'administration? En d'autres termes, la corporation publique est-elle sujet possible de participation vis-à-vis des fonctionnaires dont elle s'est assurée les services? Ce n'est vraisemblablement pas le cas, dans la mesure où, en ce qui concerne les décisions importantes, la volonté de la corporation publique n'est pas formée par elle-même, mais bien par un ou des tiers, tels le législateur ou le gouvernement.
25. Il ne nous semble pas que l'on puisse, dans le système rigide de l'organisation administrative, parler de participation, mais bien plutôt d'un système d'attribution de compétences dans certains domaines aux agents de l'administration. Lorsqu'une révocation est décidée, par exemple, elle l'est par des personnes occupant dans la hiérarchie un poste élevé. Elles n'en sont pas moins fonctionnaires et investies de ce pouvoir en vertu d'un texte de loi (au sens large). Associer d'une manière ou d'une autre des fonctionnaires de niveau

²⁹¹ Cf. H. Krüger, *Juristische Aspekte der paritätischen Mitbestimmung*, thèse, Kiel, 1972, p. 29 et ss.

inférieur à la décision ne peut pas être considéré comme les y faire « participer » au sens où ce mot est actuellement entendu ; c'est bien plutôt modifier une répartition de compétence entre personnes qui se trouvent, juridiquement, dans la même situation. Pour cette raison, et en dehors de toute considération d'ordre politique, il apparaît douteux qu'il soit possible d'introduire la « participation » dans les administrations.

CHAPITRE VII

LE LIEU DE LA PARTICIPATION

1. D'une certaine manière, les travailleurs, en tant que citoyens, participent à la prise de décisions qui auront une influence sur leur situation dans l'entreprise. La participation par le biais de l'exercice des droits politiques implique l'existence d'un régime démocratique. Et encore, l'intensité du droit est singulièrement réduite dans les démocraties représentatives; là, c'est au moment du choix du candidat, sur la base de ce qu'il a dit qu'il pensait, que le choix existe. Dans une démocratie directe, telle celle que nous connaissons en Suisse, s'y ajoute le droit, plus important, du veto populaire, et, à un moindre degré, celui de reviser la Constitution. Un nombre égal de travailleurs et d'employeurs font partie de la commission fédérale du travail²⁹². Elle est consultée sur les questions de législation et d'exécution; elle dispose du droit de suggestion. La Constitution fédérale²⁹³ prescrit la consultation des groupements économiques intéressés dans la procédure législative. La Loi sur le travail²⁹⁴ oblige le Conseil fédéral à consulter, outre la commission fédérale du travail, les organisations économiques intéressées lors de l'élaboration de règles d'exécution.
2. Le Conseil fédéral estime qu'il y a là participation²⁹⁵. Nous ne pensons pas que cela soit le cas, et subsidiairement, si ça l'était, qu'il s'agisse d'une participation véritable.
 - a) Cette forme de participation ne donne pas aux travailleurs ou à leurs représentants d'influence sur les décisions de leur entreprise. Tout au plus, pourrait-elle avoir l'effet indirect d'imposer que la loi ou les ordonnances leur donnent cette compétence.
 - b) Il s'agit, en ce qui concerne les droits civiques et les procédures de consultation des associations économiques intéressées, de droits qui appartiennent aux électeurs et à ces associations dans de multiples domaines du droit. Dire qu'il s'agit de participation au sens que ce terme a acquis de nos jours équivaldrait à admettre que les travailleurs ont un droit de

²⁹² Art. 43 LT.

²⁹³ Art. 34 ter IV, 32 Cst. féd.

²⁹⁴ Art. 10 II LT.

²⁹⁵ Message, FF 1973 II, p. 347.

participation dans les sociétés anonymes parce que leurs associations sont consultées à l'occasion des modifications de la deuxième partie du Code des obligations.

- c) Il s'agirait d'ailleurs d'une participation bien sélective, dont serait exclu 22% des travailleurs ²⁹⁶.
3. On utilisera, dans ce chapitre, quatre critères de classification :
- A. Participation dans les organes de la société propriétaire de l'entreprise ;
 - B. Participation dans les commissions créées à l'intérieur de l'entreprise ;
 - C. Participation dans l'administration de tierces personnes morales étroitement liées à l'entreprise ;
 - D. Participation des travailleurs dans leur ensemble en tant que partenaires de l'employeur.
4. A. Participation dans les organes de la société propriétaire de l'entreprise : Commençons par un truisme : cette forme de participation implique que l'entreprise revête juridiquement la forme d'une société. Encore faut-il que cette société dispose d'organes, ce qui n'est pas le cas de toutes ²⁹⁷. Ces dernières forment une catégorie spéciale, au même titre que les entreprises individuelles et les cabinets de personnes exerçant une activité libérale.
5. Dans l'esprit des auteurs de l'initiative, la participation dans les organes des sociétés s'exercerait dans « les conseils d'administration des sociétés anonymes ou les organes similaires d'autres formes d'entreprises » ²⁹⁸. En Suisse, cela signifie qu'on la trouverait dans les sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en commandite par actions, sociétés coopératives ²⁹⁹. L'organe lieu de la participation pourrait n'être pas nécessairement l'administration. Rien n'empêche en effet de construire un modèle selon lequel le lieu de la participation pourrait être l'assemblée générale ³⁰⁰ ou l'organe de contrôle. Dans la première hypothèse, on a affaire à une forme très amoindrie de la participation. Tout au plus, les travailleurs pourraient-ils disposer de certaines minorités de blocage ³⁰¹. Dans la seconde, l'aspect formel de la tâche du contrôle ³⁰² crée de lui-même une limite au droit. On remarque qu'un des enjeux du débat réside bien dans la présence ou l'absence des travailleurs dans l'administration.

²⁹⁶ La Suisse, en 1970, comptait 659 000 travailleurs étrangers (Annuaire des statistiques suisses, 1973, p. 103) sur un total de 3 000 000 d'actifs (loc. cit. 1973, p. 39).

²⁹⁷ Société simple, art. 530 CO ; société en nom collectif, art. 552 CO ; société en commandite simple, art. 594 CO.

²⁹⁸ USS, programme, Revue syndicale, Berne 1970 ; CSC, programme, p. 6 ; ASSE, programme, p. 13.

²⁹⁹ 1972 : 220 338 raisons sociales, dont 93 226 S.A., S.àR.L., Coop (42%), Annuaire statistique suisse 1973, p. 397.

³⁰⁰ Par la remise d'actions aux travailleurs ; cf. Loi française du 26 avril 1917, Gaz. Pal. 1917, p. 1090 ; art. 40 française du 17 août 1967 relative à la participation des salariés à l'expansion des entreprises.

³⁰¹ Cf. p.ex. art. 648 CO.

³⁰² Art. 728 CO.

6. Même si les auteurs de l'initiative s'en défendent³⁰³, et même si leurs propositions s'en écartent dans le détail, l'influence du droit allemand est déterminante quant au principe. C'est une des raisons pour lesquelles une comparaison des deux systèmes s'impose. La présence de travailleurs (ou de leurs représentants) dans les organes des sociétés existe en Allemagne au niveau du conseil de surveillance³⁰⁴. La société anonyme et la société en commandite par actions sont dotées d'un tel organe³⁰⁵. Dès qu'elles remplissent les conditions posées par la loi sur la participation, les sociétés à responsabilité limitée (GmbH) et les syndicats miniers avec personnalité propre doivent instituer un tel conseil³⁰⁶. En ce qui concerne les entreprises non soumises à la loi sur la participation (MitbestG), c'est en vertu de la loi sur la constitution des entreprises qu'elles sont tenues à accorder au conseil de surveillance des places aux travailleurs³⁰⁷. Comme dans l'autre cas, cette participation existe dans les sociétés dotées d'un conseil de surveillance; les autres sociétés (sociétés à responsabilité limitée, associations d'assurance et sociétés coopératives de plus de cinq cents travailleurs) doivent créer un tel conseil³⁰⁸.

7. Le conseil de surveillance allemand ne gère pas, il surveille: « Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen. »

Détaillées, ses fonctions sont les suivantes:

- a) Nomination et, dans certains cas, révocation des membres du conseil de direction (Vorstand)³⁰⁹.
- b) Contrôle permanent de la gestion du conseil de direction³¹⁰.
- c) Convocation de l'assemblée générale, s'il estime que l'intérêt de la société le nécessite³¹¹.
- d) Accord nécessaire
 - aa) pour les ouvertures de crédit aux membres du conseil de surveillance et du conseil de direction³¹²,
 - bb) pour l'émission d'actions nouvelles lors de l'augmentation du capital³¹³.
- e) Soit que les statuts le prévoient, soit parce qu'il le décide lui-même, son accord peut être nécessaire pour certaines opérations.
- f) Contrôle des comptes.

³⁰³ USS, participation, mars 1972, annexe A.

³⁰⁴ All.: Aufsichtsrat.

³⁰⁵ § 95 et ss. AktG, § 229 HGB.

³⁰⁶ § 3 MitbestG.

³⁰⁷ § 76 BetrVG 1952, resté en vigueur après la révision de 1972.

³⁰⁸ § 77 BetrVG 1952.

³⁰⁹ § 84 I AktG.

³¹⁰ § 111 AktG.

³¹¹ § 111 III AktG.

³¹² § 89 I, 115 I AktG.

³¹³ § 202 AktG.

8. L'administration de la société anonyme, de la société en commandite par actions, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative suisse dispose, à l'exception du contrôle, des mêmes pouvoirs. Mais, en outre, et c'est là la différence essentielle, cette administration a le pouvoir de gestion ³¹⁴.
9. a) Le conseil de surveillance allemand nomme les membres du conseil de direction. C'est là, me semble-t-il, sa compétence essentielle ³¹⁵. En effet, il peut par l'exercice de cette compétence, influencer la politique de l'entreprise ³¹⁶. Par définition, l'administration d'une société de droit suisse ne dispose pas d'un tel pouvoir, puisque la distinction entre la surveillance et la gestion n'est pas faite. Pratiquement toutefois, on se trouvera souvent dans une situation identique; lorsqu'il nomme ses directeurs et leur délègue des pouvoirs ³¹⁷, le conseil d'administration suisse fait une opération de même nature.
- Le droit de révocation appartient également au conseil de surveillance. Il est soumis à certaines conditions; le membre du conseil de direction doit avoir:
- aa) gravement violé ses devoirs;
 - bb) ou être incapable de gérer les affaires ordinaires de l'entreprise;
 - cc) ou s'être vu retirer la confiance de l'assemblée générale.
- D'une manière générale, il s'agit là de « justes motifs ». Pas plus qu'en ce qui concerne l'article 337 du Code des obligations, l'interprétation de ces dispositions n'est facile ³¹⁸.
10. b) Le conseil de surveillance contrôle de manière permanente la conduite des affaires ³¹⁹. Il s'agit d'un contrôle de droit et de fait ³²⁰. Ce droit est assorti de sanctions de deux ordres. Le conseil de surveillance peut révoquer le Vorstand ³²¹, ou convoquer l'assemblée générale ³²².

³¹⁴ Art. 707 et ss., 765 et ss., 811 et ss., 894 CO.

³¹⁵ Contra, W. Hefmehl, *Jura Europea*, Droit des sociétés, Allemagne.

³¹⁶ Cf. J.-J. Mertens, *Kölner Kommentar*, Anm. 34 a ad § III AktG.

³¹⁷ Art. 717 CO.

³¹⁸ Meyer-Landhut, *AktG Grosskommentar*, Berlin 1971, Anm. 32 ad § 84; H.-J. Mertens, op cit., Anm. 62 ad § 84 AktG.

³¹⁹ Le conseil de surveillance contrôle la conduite des affaires par le Vorstand et par ses employés, Meyer-Landhut, op. cit., Anm. 2 ad § 111 AktG.

³²⁰ Meyer-Landhut, op. cit., Anm. 3 ad § 111 AktG.

On voit là une des différences entre l'activité du conseil de surveillance allemand et l'organe de contrôle de la S.A. suisse; les compétences de ce dernier sont beaucoup plus limitées, en ce sens qu'il n'a pas la compétence de trancher de l'opportunité des actes de gestion effectifs, cf. A. Meier-Hayoz, P. Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berne 1974, p. 205.

³²¹ Cf. ci-dessus, ch. 9.

³²² Il n'est pas certain que cette compétence soit importante; elle dépend en effet de l'étendue du pouvoir de l'assemblée générale. Or la S.A. allemande semble fondée sur une séparation nette des droits de propriété et des droits de gestion. Cf. sur ce point H.-J. Mertens, *Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft*, NJW 1970 II, p. 1718, 1719.

11. c) Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale s'il estime que l'intérêt de l'entreprise le nécessite. Il s'agit d'une compétence sur la portée pratique de laquelle on peut avoir des doutes (cf. n. 322).
12. d) La loi exige l'accord du conseil de surveillance:
- aa) pour les ouvertures de crédit aux membres du conseil de surveillance et du conseil de direction. Peut-être importante en pratique, en ce sens qu'elle donne au conseil de surveillance une influence certaine sur les personnes concernées, cette institution n'est pas fondamentale dans le système de participation.
 - bb) Pour l'émission d'actions nouvelles lors d'augmentation de capital. C'est un point important, si l'on songe qu'il permet indirectement au conseil de s'opposer à des transferts économiques d'entreprises (création d'une nouvelle majorité par émission d'actions). En bonne logique cependant, il l'est moins, si l'on songe qu'à cause des règles de participation, l'influence de cette majorité est réduite.
13. e) Soit par les statuts, soit ensuite d'une décision qu'il prend, le conseil de surveillance peut être nanti d'un droit de codécision (avec le conseil de direction) dans des affaires concernant la gestion de l'entreprise. Dans l'un et l'autre des cas, il ne peut cependant ni être substitué ni se substituer au conseil de direction³²³, en ce qui concerne les affaires ordinaires de l'entreprise. Le conseil de surveillance pourra décider que son accord est nécessaire dans les affaires qui sortent de la « routine »³²⁴. Par exemple, il peut le faire, lorsqu'il s'agit pour l'entreprise de demander des crédits ou des garanties aux collectivités publiques. En cas de désaccord entre les deux organes, l'assemblée générale tranche à la majorité qualifiée des deux tiers.
14. f) Le pouvoir de contrôle du conseil de surveillance s'apparente à celui de l'organe de contrôle des sociétés anonymes suisses³²⁵.
15. Le droit allemand de la participation connaît une autre institution dans le domaine qui nous occupe ici: celle de directeur du travail³²⁶. Le conseil de direction d'une entreprise soumise aux règles de la participation³²⁷ compte de par la loi un membre ayant cette qualité³²⁸. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un représentant du personnel, mais d'un administrateur, choisi selon les règles ordinaires³²⁹. La particularité de sa situation réside en ce que les représentants des travailleurs au conseil de surveillance disposent

³²³ « Jedoch darf diese Begünstigung nicht dazu benutzt werden, dem Aufsichtsrat hinsichtlich der Geschäftsführung eine annähernd gleiche Stellung einzuräumen wie dem Vorstand. » Meyer-Landshut, op. cit., anm. 15 ad § 111 AktG.

³²⁴ Pour reprendre l'expression de H.-J. Mertens, op. cit., anm. 61 ad § 111 AktG.

³²⁵ Cf. ci-dessus, n. 320.

³²⁶ Arbeitsdirektor, § 13 MitbestG.

³²⁷ Plus précisément, soumises à la MitbestG, ce qui a pour conséquence que dans les entreprises qui connaissent une représentation des travailleurs au titre des § 76 et 77 BetrVG 1952, le directeur du travail n'est pas prévu par la loi.

³²⁸ Ainsi, le Vorstand de ces sociétés est composé de deux membres au moins, H.-J. Mertens, op. cit., anm. 40 ad § 76 AktG.

³²⁹ Soit par l'Aufsichtsrat, § 84 AktG.

d'un droit de veto : la majorité d'entre eux peuvent s'opposer à sa nomination. De même, cette majorité peut s'opposer à sa révocation. Cette forme de participation est atténuée, en ce sens que les représentants des travailleurs ne peuvent juridiquement pas imposer le directeur du travail qu'ils ont choisi. Pratiquement, cependant, ils peuvent en arriver à leurs fins par élimination (refus de toutes les propositions). Les auteurs de l'initiative suisse ne semblent pas revendiquer la création d'un tel poste ³³⁰.

16. Le droit français connaît une forme de participation dans les organes de la société propriétaire de l'entreprise; elle ne concerne que les sociétés anonymes. Deux membres du comité d'entreprise (un représentant des cadres, un représentant des employés et ouvriers) assistent à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ³³¹. Il s'agit de l'application de l'une des déclarations de principe du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le préambule de la Constitution actuelle du 4 octobre 1958 ³³². Les représentants du personnel n'ont qu'une voix consultative ³³³. Bien que la société anonyme française puisse être constituée, outre l'organisation classique avec un conseil d'administration, sur le modèle de la société anonyme allemande ³³⁴, le droit français ne prévoit pas au conseil de surveillance d'autre forme de participation que la représentation à titre consultatif ³³⁵.
17. Il résulte de ce qui précède qu'en matière de participation dans les organes de gestion:
- a) la participation directe n'est pas connue dans les trois systèmes;
 - b) le point d'évolution maximum est celui du droit allemand, qui connaît la participation dans un organe de surveillance (au sens large);
 - c) le droit français connaît une participation sans grande signification;
 - d) en Suisse, où il n'existe à ce niveau aucune forme de participation, les auteurs de l'initiative revendiquent un droit de participation dans un organe de gestion directe (le conseil d'administration).

³³⁰ USS, participation, mars 1972, p. 16.

³³¹ Art. 3 IX de l'Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, dans la teneur modifiée par les Lois des 16 mai 1946 et 18 juin 1966.

³³² « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

³³³ Même ce droit paraît exagéré à certains auteurs; cf. G. Ripert/R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Paris 1972, t. 1, p. 721.

³³⁴ Art. 89 et ss., 118 et ss. de la Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. L'une des formes prévoit deux organes, le directoire et le conseil de surveillance.

³³⁵ On peut se faire une idée de ce que peut représenter cette forme de participation en comparant les procès-verbaux du 29 avril 1970 (comité du conseil sans les délégués du comité d'entreprise) et du même jour (comité du conseil avec les délégués) de la S.A. Fred Lip (in Lip 73, Seuil éd., Paris 1973, doc. 12). On notera que la phrase la plus significative (« Avant l'arrivée des représentants du conseil du comité d'entreprise, on peut peut-être dire l'espoir que nous avons depuis le matin ») a été prononcée par un des administrateurs suisses de la société. Il apparaît en tout cas que la règle en vertu de laquelle la non-présence des délégués aurait pour effet la nullité de la délibération G. Ripert/R. Roblot, *op. cit.*, t. 1, p. 721, et les références) n'est pas nécessairement toujours respectée.

18. Politiquement, le débat s'est instauré en Suisse autour de l'alternative dont l'une des branches serait la participation au niveau de l'exploitation, l'autre une participation plus étendue englobant la gestion directe. Sans doute risque-t-il de rester figé dans cet état. En particulier, il a été peu ou pas question d'une participation au niveau de la surveillance.
19. L'une des idées sous-tendant la question de la participation consiste dans la recherche d'une solution à l'opposition capital-travail. Il s'agit pour l'Etat d'intervenir pour tenter de donner, dans l'entreprise, une place à l'élément travail qui en fasse l'égal (à la limite) de l'élément capital ³³⁶.

Cependant, l'enjeu est en réalité différent. Si l'Etat est appelé à intervenir, ce n'est pas tant pour fondre en une même catégorie les deux parties, mais bien pour donner aux apporteurs de travail un pouvoir qui jusqu'ici appartient aux apporteurs de capitaux, le pouvoir d'intervenir dans les décisions. Ce n'est pas le principe de l'apport de capital que l'on tente de corriger mais les conséquences attachées à la position de capitaliste.

20. L'objet fondamental de la discussion consiste dans l'étendue du droit que chaque partie pourra avoir dans les prises de décision concernant l'entreprise. Par conséquent, opposer travail à capital, c'est admettre comme un fait établi que les représentants de l'élément « capital » prennent effectivement les décisions. Concrètement, demander pour les travailleurs une place au conseil d'administration, c'est admettre que cet organe est bien le lieu où se prennent les décisions concernant l'entreprise.
21. Il s'agit là d'un problème classique de l'économie. En l'espèce, il faut l'examiner, parce qu'en admettant que le pouvoir de décision réel n'appartient pas au conseil d'administration, on devrait en conclure que la présence de travailleurs dans cet organe est sans grande portée pratique. On se gardera cependant d'une confusion qui semble répandue, en nuancant la notion que recouvre le mot « capital ». Classiquement, il s'agit de l'apport que fait l'entrepreneur (ou que font les membres de la société) à l'entreprise. On lui ajoute l'apport « travail », et l'entreprise est prête à fonctionner.

L'apporteur de capital supporte le risque économique, il en est payé par les profits, et le pouvoir de décision lui appartient. Dans cette optique, la participation consiste à élever au niveau de l'apporteur de capital l'apporteur de travail. Dialectiquement, c'est la synthèse de l'opposition entre deux éléments antagonistes.

22. Or, il n'est pas certain que le capital soit, dans les entreprises modernes, apporté par l'entrepreneur ou par les membres de la société. Souvent, tout ou partie le sera par des prêteurs. Ce serait la tâche d'un économiste de mesurer l'importance de ces opérations de prêt. Même réduite, elle limite le pouvoir de décision à l'intérieur de l'entreprise et, à la limite, le supprime.

³³⁶ P.ex., Rapport Biedenkopf, cité par Binder, Bull. off. CN 1974, p. 510, col. 2; id; Canonica, loc. cit., p. 518, col. 2, Egli, loc. cit., p. 529, col. 1.

Le conseil d'administration d'une société anonyme débitrice vis-à-vis d'une banque de sommes dépassant ses actifs a-t-il vraiment le pouvoir de décision? On conçoit qu'il soit difficile de déplaire à quelqu'un qui peut faire prononcer la liquidation.

23. En outre, reste posée la question centrale: celle de savoir qui détient vraiment le pouvoir de décision dans l'entreprise. Elle implique une double approche: on distinguera entre le pouvoir indirect et le pouvoir direct.

Le pouvoir de décision indirect consiste dans la compétence pour un organe de désigner les personnes investies du pouvoir direct de décision. Il est important, puisqu'il permet à ses détenteurs d'infléchir la politique générale de l'entreprise par le choix de personnes dont on peut connaître les opinions. Il appartient, théoriquement tout au moins, aux actionnaires ou plutôt, à l'assemblée générale des sociétés. Mais il est difficile, sinon impossible, de déterminer qui domine réellement l'assemblée générale³³⁷. Il ne s'agirait pas cependant d'un obstacle à la participation, dans la mesure où l'organe issu du vote dispose du pouvoir de décision. En effet, peu importe de savoir comment ont été choisis les représentants des actionnaires: de toute manière, les travailleurs siégeant dans un tel organe auront le même pouvoir de décision qu'eux.

24. Il est plus difficile de déterminer si, dans l'état actuel des choses, en Suisse, les décisions concernant l'entreprise sont prises par les représentants des apporteurs de capitaux, en d'autres termes, par le conseil d'administration. En outre, il faut se demander si les preneurs de décision sont liés par une communauté d'intérêts suffisamment étroite avec les apporteurs de capitaux pour qu'on puisse vraiment les considérer comme ses porte-parole.

25. On trouve, dans les grandes entreprises, une catégorie de personnes qui ont deux qualités, celle de salariés et celle d'être investies d'un pouvoir de décision plus ou moins étendu. Ce sont les « gestionnaires » (ou managers)³³⁸. On parle alors de « technostructure »³³⁹.

Ce n'est pas le lieu de discuter cette question sous l'angle économique, sinon pour remarquer qu'elle n'est pas admise unanimement.

En terme de « classes », cette théorie ne change pas grand-chose, dans la mesure où les marxistes constateront simplement que la classe dominante ne comporte pas seulement les capitalistes, mais également les preneurs de

³³⁷ Ce n'est sans doute pas par hasard que dans les suggestions du Document de travail 1 de la commission d'experts pour la préparation d'une révision complète de la Constitution, on trouve une règle qui imposerait à la Confédération d'établir des dispositions permettant d'établir entre les mains de qui se trouvent réellement les entreprises suisses (ch. 1.7.2.2.).

³³⁸ Bien que le mot anglais soit utilisé dans de nombreuses langues, nous nous en tiendrons au terme de gestionnaire.

³³⁹ Pour reprendre J.-K. Galbraith, *Le nouvel Etat industriel*, Paris 1974 (trad.), p. 93: « Il n'y a pas de nom pour l'ensemble de ceux qui participent aux prises de décision de groupe, ni pour l'organisation qu'ils constituent. Je propose d'appeler cette organisation la Technostructure. » A noter que, si J.-K. Galbraith a largement contribué à répandre cette théorie, il n'est pas le premier à l'avoir imaginée; cf. p.ex., A.A. Berle/G.C. Means, *The modern Corporation and Private Property*, 1932. Et pourquoi pas, E. Renan, qui écrivait: « Dans les sociétés primitives, le collège des prêtres gouvernait au nom des dieux; dans les sociétés de l'avenir, les savants gouverneront au nom de la recherche rationnelle du meilleur », *L'avenir de la science*, Paris 1890.

décisions ³⁴⁰. Du point de vue de la gestion et par conséquent de la participation, ce constat est important puisqu'il déterminera le lieu où, pour que l'on puisse vraiment parler de participation, les représentants des travailleurs doivent siéger.

26. D'une certaine manière, c'est l'impasse logique. On doit le constater: le modèle théorique de l'entreprise formée d'un apporteur de capital qui prend les décisions et de travailleurs n'est que réalisé de plus en plus rarement dans la pratique. De nombreux revêtent la double livrée de gestionnaires et de travailleurs. Les corporatistes répondront que cela est sans importance, puisque tous dans l'entreprise, quelle que soit leur qualité, sont liés par l'intérêt commun qu'ils ont à la bonne marche de celle-ci.
27. Une autre manière de résoudre la contradiction consisterait à exclure des objets qui lui seraient soumis ceux qui sont réglementés par le contrat de travail (au sens que l'on donne à cette expression en Suisse). En d'autres termes, il s'agirait de construire un modèle selon lequel les travailleurs ne participeraient qu'aux décisions prises par l'entreprise vis-à-vis de l'extérieur. Leurs propres relations resteraient alors du domaine de l'accord individuel ou collectif.
28. Les objections sont nombreuses. D'une manière générale, on voit mal comment, pratiquement, il est possible de dissocier le statut des travailleurs des décisions prises quant à la politique extérieure de l'entreprise. Par exemple, la décision de ne plus vendre d'armes pour une entreprise qui en produit ferait partie, selon ce modèle, de celles prises avec les travailleurs. Mais elle aurait une influence directe sur l'emploi, et toucherait par conséquent le statut de certains travailleurs. Plus particulièrement, il faut constater que l'un des buts de ceux qui veulent la participation consiste à modifier les relations employeur-travailleur dans le domaine de la sécurité de l'emploi. Or, en appliquant le modèle exposé ci-dessus, les décisions déterminantes pour cette sécurité, soit celles concernant les engagements, les licenciements et dans une large mesure, le niveau des salaires, seraient du ressort des accords entre employeur et travailleur.
29. On aboutit ici à une constatation qu'il a été déjà possible de faire lors de l'examen des relations entre la participation et la garantie de la propriété: si l'on veut établir un système qui donne aux travailleurs des compétences dans l'entreprise, qui garantisse qu'elles pourront être vraiment exercées, c'est-à-dire dans un lieu où se prennent réellement les décisions, qui soit applicable à toutes les entreprises, sans que le choix d'une forme juridique particulière en empêche l'application, ou sans que l'atteinte soit plus sensible pour certains types de corporations que pour d'autres, il faut approcher la question globalement. La mise sur pied d'une législation sur la participation nécessite l'adaptation du droit des sociétés aux buts visés.

³⁴⁰ Cf., pour une critique marxiste des idées de J.-K. Galbraith, R. Miliband, *L'état dans la société capitaliste*, Paris, 1973 (trad.), p. 34 et ss., plus particulièrement, p. 50, 51. Pour une approche différente, M. Duverger, *Sociologie de la politique*, Paris, 1973, p. 257 et ss.

30. B. La participation peut être instituée par l'intermédiaire de certaines institutions mises en place dans le but de prises de décisions concernant des domaines particuliers dans l'entreprise. L'exemple type en est le comité d'entreprise français. La matière est réglée par l'ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, modifiée à plusieurs reprises ³⁴¹. Elle est applicable aux entreprises occupant plus de cinquante travailleurs et, par arrêté ministériel, à certaines autres.
31. Le comité d'entreprise français est composé par le chef d'entreprise ou son représentant ³⁴², à titre de président ³⁴³, et d'un nombre de représentants des travailleurs proportionnel à l'importance de l'entreprise ³⁴⁴. Les représentants n'y sont pas, au sens strict, des partenaires de l'employeur, mais admis dans un organe où les deux catégories sont confondues.
32. Le comité d'entreprise français a la personnalité civile ³⁴⁵. On peut le considérer comme une entité distincte de l'entreprise, dont il n'est cependant pas totalement indépendant, dans la mesure où il en constitue un rouage ³⁴⁶. En ce qui concerne ses relations avec le personnel, il semble bien qu'il le représente (représentation légale), en tant que tel. On se heurterait à une contradiction en tentant de considérer le droit français comme découlant de la théorie individualiste. En vertu du principe de la représentativité syndicale, les syndicats majoritaires sont censés être représentants de la totalité du personnel ³⁴⁷. Le comité d'entreprise, résultat d'élections menées par les syndicats, représente bien le personnel.
33. C. On se référera, en ce qui concerne la présence de travailleurs dans les organes de tierces personnes morales liées à l'entreprise, à ce qui a été exposé ci-dessus, chapitre III, ch. 6 et ss.
34. D. Participation des travailleurs à l'intérieur de l'entreprise en tant que partenaires de l'employeur. A la différence du comité d'entreprise du type français, chacune des parties garde son identité propre. Le droit allemand prévoit le modèle le plus caractéristique de cette catégorie. Dans toute entreprise occupant plus de cinq travailleurs permanents et éligibles, est institué un conseil d'entreprise ³⁴⁸. Il est composé exclusivement de représentants des travailleurs ³⁴⁹. Le conseil choisit en son sein, lorsqu'il est composé de

³⁴¹ Cf., pour le texte, J. Pélissier, Documents de droit du travail, Paris 1971, p. 581 et ss.

³⁴² Art. 5 O du 22 février 1945.

³⁴³ Art. 15 O du 22 février 1945.

³⁴⁴ Cf. Décret du 21 septembre 1966.

³⁴⁵ Décret du 2 novembre 1945, art. 1^{er}; P.-D. Ollier, Le droit du travail, Paris 1972, p. 474; A. Brun/H. Galland, Droit du travail, Paris 1957, p. 817; ces auteurs insistent sur le fait qu'il s'agit d'une personnalité de droit privé.

³⁴⁶ Brun et Galland, op. cit., p. 820.

³⁴⁷ Art. 10 III O du 22 février 1945.

³⁴⁸ Betriebsrat, § 1^{er} BetrVG.

³⁴⁹ Le mot travailleur est pris ici au sens où l'entend la BetrVG, § 5; voir sur ce point ci-dessus, chapitre VI, ch. 7 et ss.

plus de neuf personnes, le « bureau d'entreprise »³⁶⁰. Dans les cas prévus par la loi, l'employeur doit informer, ou consulter, le comité d'entreprise; il doit dans certains cas obtenir son accord pour que les décisions qu'il prend soient valables.

35. La nature juridique de telles institutions est difficile à déterminer. Certains auteurs distinguent entre la théorie individualiste et la théorie institutionnelle³⁶¹. Selon la première, le personnel de l'entreprise, pris dans son ensemble, ne constitue pas une entité susceptible d'être partenaire social en tant que telle. La commission du personnel représenterait alors chaque travailleur pris individuellement. Selon la seconde, le personnel, formant une entité propre, serait représenté en tant que tel par ses délégués³⁶². Une autre approche consiste à tenter de déterminer ce que n'est pas le conseil d'entreprise (ou commission d'entreprise)³⁶³. Selon Nickisch, il n'agit ni comme représentant de la communauté des travailleurs, ni comme organe d'une « personne juridique distincte » ou d'une « société d'entreprise »³⁶⁴, ni en son nom propre, mais bien dans l'exercice d'un office déterminé par le droit de la constitution de l'entreprise. Il remplit un rôle social et politique. Cet auteur compare sa position à celle de l'exécuteur testamentaire.

36. La seule institution légale, en Suisse, qui puisse être comparée à celles des comités ou commissions d'entreprise allemand et français, est celle de la délégation de travailleurs chargée de la négociation et de la signature du règlement d'entreprise conventionnel³⁶⁵.

W. Hug estime que la délégation des travailleurs ne constitue qu'un intermédiaire entre l'employeur et le personnel³⁶⁶, et qu'elle n'est pas partie à la convention portant règlement d'entreprise³⁶⁷. Il semble se rallier à la théorie institutionnelle, puisqu'il fait du personnel, pris dans son ensemble, une entité partie à la convention³⁶⁸. Cette opinion est celle qui correspond le mieux à la nature du règlement d'entreprise. En effet, on peut estimer que la volonté de la majorité du personnel (volonté qui est exprimée au moment de l'élection de la délégation des travailleurs) s'impose à la minorité: le

³⁶⁰ Pour éviter la confusion avec le droit français, nous utiliserons pour désigner le Betriebsrat allemand l'expression conseil d'entreprise; l'expression bureau d'entreprise est une traduction de Betriebsausschuss (comité d'entreprise serait préférable ici, mais prêterait à confusion).

³⁶¹ Distinction faite par M. Maillefer, in *La nature juridique et le fonctionnement des commissions de personnel*, Berne, 1973, p. 43 et ss.

³⁶² Il s'agit d'une sorte de représentation légale de la communauté des travailleurs; cf. Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlin-Frankfurt 1957, p. 689.

³⁶³ Cf. Nickisch, *Arbeitsrecht*, Tübingen 1966, t. III, p. 19.

³⁶⁴ « Betriebsverband ».

³⁶⁵ Art. 37 IV LT, 73 I OLT I.

³⁶⁶ Cette délégation peut d'ailleurs être une commission permanente (commission du personnel, comité d'entreprise); elle sera habilitée à négocier le règlement d'entreprise dans la mesure où elle a été élue conformément à l'art. 73 I OLT I.

³⁶⁷ W. Hug, *Comm. LT*, n. 7 à l'art. 37 LT.

³⁶⁸ M. Maillefer, *op. cit.*, p. 44, 45, tire la même conclusion des développements de W. Hug.

règlement d'entreprise lie *tous* les travailleurs de l'entreprise³⁵⁹. Il se distingue par là du contrat individuel de travail, et de la convention collective. Pour qu'une majorité puisse décider contre une minorité, il faut nécessairement considérer ceux qui les composent comme faisant partie d'un même « organe ».

37. La situation juridique de la délégation suisse est voisine de celle du Betriebsrat allemand :

- a) parce qu'ils sont des organes de l'entreprise;
- b) parce qu'ils sont composés exclusivement de travailleurs;
- c) parce qu'ils sont partenaires distincts du chef d'entreprise;
- d) parce qu'ils jouissent d'un droit de représentation *ex lege*³⁶⁰.

Le droit français a choisi une voie différente :

- a) le comité d'entreprise est une entité distincte de l'entreprise;
- b) il n'est pas partenaire de l'employeur, qui en fait partie, ni, pour cette même raison, représentant des travailleurs;
- c) il agit en son nom propre, et pas au nom des travailleurs.

³⁵⁹ Art. 39 II LT.

³⁶⁰ Cf. Nickisch, *op. cit.*, n. 39, p. 19, citant Neumann/Duesberg.

CHAPITRE VIII

LE DEGRÉ DE LA PARTICIPATION

1. Le Conseil fédéral, dans le message du 22 août 1973, envisage trois degrés de participation:
 - A. L'information
 - B. La consultation
 - C. La codécision

Il est proche des propositions de l'Union syndicale suisse³⁶¹; cette dernière, cependant, fait allusion à un degré intermédiaire, qu'elle nomme le droit d'initiative. En revanche, il ne paraît pas opportun d'examiner sous la rubrique du degré de la participation la question des sanctions. Bien entendu, elle est difficilement séparable de l'étude des droits eux-mêmes qui, dans ce domaine surtout, n'ont pas une bien grande portée pratique, s'ils sont dépourvus de sanctions. Il n'en demeure pas moins que, par sa nature, la question des sanctions est autre.

A. L'INFORMATION

2. « Le droit à l'information donne au travailleur le droit d'être renseigné sur les faits qui, de son point de vue, sont déterminants pour l'entreprise », dit le Conseil fédéral³⁶². La restriction sous-entendue par l'incidente « de son point de vue » a la caractéristique de soulever une première question: l'information est-elle passive ou active?
3. L'information passive est celle que reçoit le travailleur (ou que reçoit le personnel par ses représentants), sans qu'il y ait de sa part une action de recherche. Le contenu de ce qui est communiqué dépend, dans cette hypothèse, de l'employeur, tant sur le fond que dans la forme. L'information active, en revanche, est celle que doit l'employeur aux travailleurs, à leur demande, et sur les sujets choisis par eux.

³⁶¹ USS, Participation, 1972, p. 5.

³⁶² Message du CF, FF 1973 II, 234.

En transposant, on peut faire une comparaison. En Suisse, le citoyen, avant une votation fédérale, est informé de son objet par un texte à lui adressé par la chancellerie fédérale; cette dernière en détermine le contenu. Il s'agit d'information passive. Le citoyen ne dispose pas d'un droit à exiger des autorités les renseignements sur les sujets qui l'intéressent. En revanche, un conseiller national ou aux Etats peut s'adresser au Conseil fédéral par la voie de la petite question sur le sujet de son choix, et exiger une réponse³⁶³. Il s'agit d'information active.

4. Le travailleur français, pris individuellement, n'a pas un droit à l'information³⁶⁴. Mais le comité d'entreprise et, par conséquent, les travailleurs qui en font partie disposent de ce droit. Ils sont obligatoirement tenus au courant des bénéfices réalisés par l'entreprise³⁶⁵. Il s'agit d'information passive, puisqu'il n'incombe pas aux intéressés de la susciter, et parce que son contenu dépend de l'employeur. En revanche, le comité d'entreprise peut convoquer les commissaires aux comptes et recevoir d'eux des explications sur les différents postes des comptes. Dans la mesure où ce sont les travailleurs (ici, leurs représentants) qui choisissent les questions, il s'agit d'information active.
5. L'information passive, en Allemagne, existe dans la mesure où les travailleurs reçoivent, de par la loi, des indications de leur employeur³⁶⁶. Il n'est cependant pas certain qu'il s'agisse de participation au sens où nous entendons ce mot ici. Cette obligation de l'employeur consiste à donner des renseignements sur la sauvegarde de la santé et la prévention des accidents et sur les mesures à prendre pour écarter ces dangers. Il s'agit bien plutôt de règles de police, que l'employeur a l'obligation de respecter³⁶⁷. Quant à l'obligation d'informer le travailleur du travail qu'il aura à faire et de la manière dont il devra l'exécuter, il s'agit bien d'un droit découlant de la nature même du contrat de travail (lien de subordination), et non de participation. En revanche, on considérera comme étant de nature participative³⁶⁸ l'obligation faite à l'employeur de renseigner le travailleur sur sa situation dans le processus de production de l'entreprise³⁶⁹. Le conseil d'entreprise dispose également de droits à l'information³⁷⁰.
6. Existe-t-il en droit positif suisse des règles sur le droit à l'information? Le Conseil fédéral, dans le Message, semble estimer que ce soit le cas dans le domaine du droit public du travail³⁷¹. Si l'on fait abstraction de l'information de « police », ces droits sont de toute manière extrêmement

³⁶³ Art. 43 R du CN, 45 R du CdE.

³⁶⁴ On fait sur ce point abstraction de la communication par l'employeur d'un ordre au travailleur; dans le langage courant, on « informe » le travailleur. Par exemple que l'épaisseur des pièces qu'il façonne doit être de 2 mm. Il ne s'agit à l'évidence pas d'une information relevant de la participation. Reste réservée l'information (au sens strict), par laquelle on dit au travailleur pourquoi il doit agir d'une certaine manière.

³⁶⁵ Art. 2 litt. d I O du 22 février 1945.

³⁶⁶ § 81 BetrVG.

³⁶⁷ De même nature que ce qui est prévu aux art. 6 et 7 L.T.

³⁶⁸ C.-à-d., dépassant la simple nécessité ou l'impératif de police.

³⁶⁹ « ... über... ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs... »

³⁷⁰ § 92 BetrVG, p. ex.

³⁷¹ Message, FF 1973 II, p. 347.

restreints³⁷². Le droit privé contient au moins deux dispositions qui peuvent entrer en ligne de compte en matière d'information: l'employeur doit renseigner le travailleur sur les droits de celui-ci vis-à-vis de la caisse de pension³⁷³, et lui donner les renseignements nécessaires sur les comptes de l'entreprise, lorsqu'une participation aux profits a été prévue³⁷⁴.

La loi garantit, de manière relativement impérative, les droits que possède le travailleur contre l'institution de prévoyance³⁷⁵. Il s'agit d'un droit subjectif du travailleur contre une institution extérieure à l'entreprise. On ne voit pas en quoi le devoir d'information de l'employeur relèverait de la participation.

La règle de l'article 322 a du Code des obligations ne donne pas au travailleur suisse le droit de prendre connaissance de la comptabilité pour une simple raison d'intérêt, mais seulement dans le but de vérifier si le calcul des indemnités auxquelles il a droit de par son contrat a été correctement fait. Qui plus est, l'employeur peut refuser cette information sous sa forme directe, et exiger que la vérification soit confiée à un expert.

7. Déjà dans cette forme atténuée, la participation suscite une question importante, celle de la compatibilité de la fourniture de renseignements avec l'obligation de discrétion et celle du maintien du secret des affaires. La contradiction entre ces deux exigences n'est, en théorie au moins, qu'apparente. En effet, l'obligation pour l'employeur d'informer les travailleurs ou leurs représentants de la marche de l'entreprise a pour seul effet d'étendre le cercle des personnes détentrices de renseignements destinés à rester confidentiels. Il suffit par conséquent de prévoir une obligation de conserver le secret pour tous les détenteurs d'information³⁷⁶. Le droit suisse connaît une disposition générale, en vertu de laquelle le travailleur ne doit pas révéler de secrets d'affaire (entre autres secrets) dont il a pris connaissance au service de l'employeur³⁷⁷. L'employeur est légalement protégé contre l'utilisation abusive des informations qu'il donne.
8. Pratiquement, la question n'est pas résolue pour autant. La crainte a par exemple été exprimée à diverses reprises que la présence de fonctionnaires syndicaux dans les organes de participation ait pour effet que les syndicats soient au courant de la situation de toutes les entreprises dans lesquelles ils sont représentés, et qu'ils puissent en tirer profit. Point n'est besoin, sembler-il, de trancher. En effet, cette situation est, dans de nombreux cas, celle des représentants des actionnaires. C'est faire un procès d'intention que de soutenir que les travailleurs auront moins de souci de discrétion que les actionnaires.

³⁷² Cf. ci-dessus, le droit positif suisse, ch. 8 et ss.

³⁷³ Art. 331 IV CO.

³⁷⁴ Art. 322 a II CO.

³⁷⁵ Art. 331 a, 331 b, 362 CO.

³⁷⁶ Ainsi le droit allemand, qui impose aux membres du conseil d'entreprise l'obligation de secret sur les objets qualifiés expressément comme tels par l'employeur (§ 79 BetrVG). Ils en sont naturellement libérés vis-à-vis des autres membres du conseil d'entreprise, ainsi que vis-à-vis des représentants des travailleurs au conseil de surveillance.

³⁷⁷ Art. 321 a IV CO.

9. Au plan des idées, la participation au degré de l'information est assez largement admise, même en ce qui concerne le domaine de l'entreprise³⁷⁸. Mais c'est seulement le principe qui ne soulève pas d'oppositions trop importantes. Il n'en va plus de même lorsqu'il s'agit d'entrer dans le détail et, en particulier, lorsqu'il faut résoudre la question de savoir si cette information doit être active ou passive.

Passive, même si les obligations de l'employeur sont strictement définies, elle présente le risque de n'avoir pas une bien grande portée. En effet, le détenteur de l'information dispose d'une grande latitude tant en ce qui concerne le contenu de l'information que la forme dans laquelle elle est donnée. Si l'information est active, ce risque est moins grand, puisque les intéressés peuvent exiger des réponses précises. La question subsiste toutefois de savoir si l'employeur doit communiquer les documents sur la base desquels il a formé son opinion ou si, dans une forme au second degré, il lui suffit de donner des réponses tirées de ces documents. Elle n'est ni nouvelle ni originale. Elle s'est posée en particulier en ce qui concerne le contrôle du parlement sur le gouvernement et l'administration³⁷⁹. Les commissions des deux conseils sont autorisées à demander et à recevoir des renseignements. Mais c'est en réalité le Conseil fédéral qui peut décider de la réponse ou, éventuellement, du refus de répondre, en ne déliant pas de l'obligation de secret les fonctionnaires en cause³⁸⁰. Les commissions de gestion ont un droit supplémentaire, en ce sens qu'elles peuvent exiger la production de documents, production que le Conseil fédéral ne peut refuser que dans des cas particuliers³⁸¹. Le droit d'information le plus élevé appartient aux commissions d'enquête³⁸², qui peuvent exiger des réponses à toutes les questions et la présentation de tous les documents y relatifs. Ces procédures permettent de constater que, dans le seul domaine de l'information active, on peut définir au moins trois intensités.

10. L'information peut être le seul degré atteint par la participation. Mais, et c'est là son importance, elle doit par définition exister lors de la mise en place d'autres degrés: la consultation ou la codécision seraient des droits dépourvus de sens, s'ils ne comprenaient pas l'information³⁸³.
11. Au-delà de la question de sa structure même, le droit à l'information pose un problème plus important, et plus délicat: celui de son efficacité. Aussi étendu que soit le droit lui-même, il est nécessaire, pour qu'il ait un sens, que les renseignements qu'il permet d'obtenir soient compris par ceux qui en bénéficient. On touche ici à une objection assez généralement adressée au

³⁷⁸ Entreprise étant pris ici au sens de gestion, par opposition à exploitation; cf. Richter, Bull. off. CN 1974, p. 517, col. 1.

³⁷⁹ Il ne s'agit pas ici de faire une analogie abusive entre la gestion de l'Etat et celle des entreprises, mais d'illustrer la difficulté de préciser la notion d'information; cf., en ce qui concerne l'Etat, R. Helg, La haute surveillance du Parlement sur le Gouvernement et l'administration, RDS 1966, II, p. 85 et ss.; R. Bäumlín, Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, RDS 1966, II, p. 165 et ss.; H. Brühwiller, Der Ausbau der parlamentarischen Verwaltungskontrolle im Bund, ZBl 1967, p. 33.

³⁸⁰ Art. 47, 47 bis LF sur les rapports entre les conseils (LREC).

³⁸¹ Art. 47 ter LREC.

³⁸² Art. 55 et ss. LREC.

³⁸³ Nickisch, op. cit., p. 345.

système de la participation, selon laquelle l'ensemble des droits qu'elle implique est relativement illusoire du fait du manque de connaissances économiques, financières, ou de tous autres ordres, des travailleurs. La constatation de fait n'est pas tout à fait mal fondée. Par analogie, il serait intéressant de déterminer combien de ceux qui reçoivent le rapport annuel de la caisse de pensions dont ils font partie le comprennent.

12. Il faut cependant éviter la confusion des genres. C'est une chose de savoir si les bénéficiaires peuvent vraiment en user, c'en est une autre de déterminer s'il convient ou non de les leur accorder. Toutes choses égales par ailleurs, on peut établir un parallèle avec le droit de vote. Il n'est pas démontré que tous les électeurs, au moment d'une votation, aient une représentation précise de la question qu'ils sont appelés à trancher. Or, on ne fait plus, depuis 1848, dépendre le droit de vote du « talent » de l'individu qui l'exerce³⁸⁴. En d'autres termes, la question touchant aux compétences est indépendante de celle qui concerne la reconnaissance d'un droit. Ce type de raisonnement (renoncer à l'information parce que les informés n'ont pas suffisamment de connaissance) est à peu près aussi vain que celui de la poule et de l'œuf. Parce qu'il conduirait, si l'on mêle les deux questions, à devoir déterminer si l'information ne doit pas être introduite parce que les récipiendaires n'y sont pas préparés, ou s'ils n'y sont pas préparés parce que, ne disposant pas du droit, il ne les intéressait pas de l'être.

B. LA CONSULTATION³⁸⁵

13. L'importance de la consultation est variable. Elle pourra dépendre des rapports de force existant entre les individus parties à la procédure; du degré de confiance que, par habitude ou raisonnement, on accorde à la partie consultée; des moyens accordés au consulté pour lui garantir la prise en considération de son avis; du point de savoir si on l'envisage comme un simple droit d'être entendu ou si la réponse à la question posée est une condition nécessaire à la perfection de la décision. La procédure peut revêtir des formes diverses, individuelle, collective, anonyme, personnalisée, orale, écrite (ces modes pouvant souvent se combiner), qui ne sont pas sans influence sur le résultat.
14. Lorsqu'il veut se saisir des pouvoirs spéciaux que lui accorde l'article 16 de la Constitution française, le Président de la République doit consulter le Premier Ministre, les présidents des assemblées et le Conseil constitutionnel. En principe, le président recueille un avis pour la forme³⁸⁶; il s'agit d'une forme faible. On peut penser cependant que, dans l'hypothèse où le Premier Ministre et le Parlement sont opposés politiquement au président, la consultation devient forte. La prise des pouvoirs extraordinaires malgré l'opposition de tous les consultés pourrait être apparentée à un coup d'Etat.

³⁸⁴ J.-F. Aubert, *op. cit.* n. 1071.

³⁸⁵ On prendra le mot dans le sens: action de demander un avis; le consultant demande l'avis du consulté.

³⁸⁶ M. Duverger, *La monarchie républicaine*, Paris 1974, p. 141, 142. On doit cependant admettre que la publication par le Conseil constitutionnel de son avis donne à celui-là une force incontestable.

15. L'avis que donne le médecin au malade qui le consulte a un poids important, souvent déterminant, dans la décision prise par le malade en ce qui concerne la suite à donner à la thérapie. On dit d'ailleurs du médecin qu'il *prescrit* un traitement. Il s'agit d'un type de consultation dans laquelle le consulté (le médecin) dispose de plus de connaissances en ce qui concerne la question posée, que le consultant (le malade). Dans cette hypothèse, il est même presque toujours le seul à avoir ces connaissances. On se trouve en présence d'un type très fort de consultation, dû aux connaissances du consulté, et au besoin souvent vital du consultant de suivre son avis.

Le juge qui consulte un expert n'est, dans la procédure neuchâteloise par exemple ³⁸⁷, pas tenu par les conclusions de celui-ci. Il est certain cependant que, pour des questions de haute technicité, l'influence du rapport de l'expert sera souvent déterminante.

Elle le sera moins, en revanche, si le rapport est établi par un psychiatre et traite du degré de responsabilité d'un prévenu, parce qu'avec son expérience de la vie, le juge peut (ou estime pouvoir) se forger une opinion personnelle.

Ainsi peut-il en être en matière de gestion d'entreprise. L'influence des avis donnés par un expert en organisation, par exemple, dépendra souvent plus de sa notoriété que du contenu même de l'avis donné.

16. Lorsqu'il établit unilatéralement un règlement d'entreprise, l'employeur suisse a l'obligation de consulter les travailleurs ³⁸⁸. La particularité du système réside dans le fait qu'il doit soumettre à l'autorité cantonale les avis émis par les travailleurs, et que ceux-ci peuvent même communiquer leur opinion directement à celle-ci ³⁸⁹. Il s'agit par conséquent d'un type de consultation relativement fort; le consulté a la garantie que l'autorité cantonale en tous cas prendra connaissance de son avis.
17. L'obligation de consulter faite à l'employeur, dans l'hypothèse citée ci-dessus, représente une sorte de « droit d'être entendu » au sens où l'on entend cette expression en droit public suisse, pour le travailleur ³⁹⁰. A l'échéance du délai fixé pour que le consulté donne son avis, le consultant peut prendre une décision, même si aucun avis n'a été donné ³⁹¹. L'opération change de nature si l'on fait de l'avis une condition nécessaire à la perfection de la décision. Il s'agit toujours de consultation, puisque le consultant reste libre de trancher dans le sens qui lui convient. Mais ce n'en est plus une dans la mesure où le consulté peut bloquer toute décision par son seul silence. Dans ce cas, pour que l'on puisse continuer à parler de consultation, il est nécessaire que le consultant dispose d'un moyen (remplacement du consulté récalcitrant, droit de recourir à un arbitrage), qui lui permette de prendre la décision.

³⁸⁷ Art. 257 CPC.

³⁸⁸ Art. 37 LT.

³⁸⁹ Art. 73 OLT I.

³⁹⁰ Il s'agit d'une faculté. Le consultant a rempli son obligation dès qu'il a offert au consulté la possibilité d'exprimer son avis. Ce dernier peut y renoncer.

³⁹¹ W. Hug, Comm. LT, n. 15 à l'art. 37.

18. Une opposition existe entre la consultation individuelle, dans laquelle chaque personne concernée peut donner un avis, et la consultation collective, qui peut revêtir plusieurs formes. Ou bien l'avis est donné en assemblée plénière à la majorité des voix; ou bien il est donné par une délégation des consultés. L'avantage de cette dernière formule réside en ce que les délégués sont le plus souvent choisis pour une certaine durée. Ils connaissent par conséquent mieux les problèmes dont ils doivent traiter. Mais il est possible également qu'un clivage se fasse entre les délégués et ceux qu'ils représentent. Cette séparation entre la « base » et le « sommet » apparaît par exemple dans les relations entre travailleurs et fonctionnaires syndicaux ³⁹².
19. L'avis peut être donné oralement ou par écrit. La forme écrite a l'avantage de concourir au renforcement de la sécurité juridique ³⁹³. Mais elle est plus compliquée et, même dans un pays où l'enseignement primaire est obligatoire (et où, réellement, chacun y est soumis), elle peut être de nature à décourager les consultés. L'avis peut être donné anonymement, ou être individualisé. Dans les consultations populaires organisées par l'Etat ³⁹⁴, l'anonymat est généralement la règle. A ce sujet, il convient de se demander plutôt si le choix de l'un ou l'autre des systèmes peut se faire abstraitement. Il devra bien plutôt dépendre de l'état d'esprit des parties ³⁹⁵. Le choix délibéré de l'anonymat peut être un facteur de liberté lorsque les relations entre parties sont tendues, mais, il peut aussi mettre en cause un consensus existant.
20. La procédure de consultation antérieure à l'entrée en force du règlement d'entreprise suisse a lieu en forme orale ou écrite. Elle est individuelle ou collective ³⁹⁶. Elle est en revanche individualisée. Absolument, lorsqu'elle est individuelle (communication orale ou écrite signée); relativement, si elle est collective: les délégués sont connus du consultant, qui ne sait pas en revanche comment s'est formée la majorité qui leur a confié leur mandat.
21. Matériellement, le degré de force de la consultation suisse est difficile à définir. La réception de l'avis demandé n'est pas une condition de validité de la décision finale. Son poids dépendra souvent de son objet. L'avis des consultés dans le domaine de leur spécialité sera fort. Il le sera moins dans les domaines plus généraux ³⁹⁷. Le droit pour le consulté de donner son avis directement à l'autorité cantonale renforce indirectement l'importance de la procédure ³⁹⁸.

³⁹² Cf. J.-M. Verdier, *Syndicats*, Paris 1966, p. 25 à 27, et les auteurs cités.

³⁹³ Par analogie, Message du Conseil fédéral concernant le titre X^e CO, FF 1967 II 306.

³⁹⁴ Qui, contrairement à ce que leur nom indique, ne sont pas des « consultations » au sens où nous l'entendons ici. Elles sont impératives.

³⁹⁵ Cf. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris 1973, p. 197, 198.

³⁹⁶ W. Hug, *Comm. LT*, n. 12 à l'art. 37.

³⁹⁷ P. ex., l'employeur sera soumis à une pression forte, dans sa décision, si les techniciens consultés sur les mesures de sécurité prévues pour l'utilisation d'une machine contestent la valeur de celles qui leur sont proposées; la pression sera moindre lorsqu'il s'agira d'une question d'ordre intérieur (art. 37 LT) ou de celle de la consommation de vivres et de liquides dans l'entreprise (pour reprendre un exemple de W. Hug, *comm. LT*, n. 11 ad art. 38 LT).

³⁹⁸ Il n'est plus nécessaire que le règlement soit approuvé par cette autorité pour entrer en vigueur; cependant, les avis émis peuvent avoir de l'importance à l'occasion d'une intervention de l'inspection du travail, à la suite d'un accident, par exemple.

Enfin, le rapport de force existant entre parties ne doit pas être négligé. Le droit suisse obéit au principe de la liberté contractuelle³⁹⁹. Ce qui implique, dans le domaine du contrat de travail, que chacune des parties peut donner librement congé à l'autre⁴⁰⁰. La partie qui congédie n'est pas tenue d'indiquer les motifs de sa décision⁴⁰¹.

Par conséquent, on peut penser que, souvent, le consulté sera soumis à une certaine pression au moment où il donnera son avis⁴⁰². Juridiquement, il pourrait trouver une protection contre un éventuel licenciement dans l'application conjointe des articles 328 du Code des obligations et 2 du Code civil suisse. Mais, même dans ce cas, la preuve du lien de causalité entre l'avis donné et le licenciement décidé resterait très difficile à apporter. En outre, si, en doctrine, l'application de l'article 2 du Code civil suisse est considérée comme possible⁴⁰³, il n'est pas certain qu'un tel licenciement soit considéré, en pratique, comme abusif. Il semble que l'on ne connaît pas de cas où un tribunal ait appliqué cette disposition à une résiliation de contrat de travail⁴⁰⁴.

22. La consultation est le degré supérieur de la participation en droit français⁴⁰⁵. Elle se réalise par le biais du comité d'entreprise qui, ainsi qu'on l'a vu, ne constitue pas une délégation des travailleurs, mais un organe ad hoc dont fait partie le chef d'entreprise. Le poids des représentants des travailleurs tient à des considérations pratiques; en particulier, ce sont souvent des spécialistes des sujets traités, et ils disposent d'un statut stable⁴⁰⁶. Le comité (en l'espèce, sa majorité, soit, s'ils le désirent, uniquement des représentants des travailleurs) peut transmettre au directeur départemental du travail le résultat des délibérations. Ce dernier a la compétence d'en prendre connaissance de son propre chef⁴⁰⁷. Le refus par les membres travailleurs du comité d'entreprise de donner suite à une convocation de comité d'entreprise n'entraîne pas la nullité des décisions prises. La convocation régulière est suffisante à les valider.

³⁹⁹ P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 179.

⁴⁰⁰ Cf. art. 336 I i.f. CO.

⁴⁰¹ E. Schweingruber, *Kommentar zum Arbeitsvertrag*, Berne, 1974, n. 3 litt. h à l'art. 336 CO.

⁴⁰² On ne se méprendra pas ici sur la nature de la pression. Presque toujours, elle sera implicite. Il pourra aussi s'agir d'une image que le consulté a de sa situation; le résultat est le même.

⁴⁰³ Cf. H. Christen, *Die Sicherung des Anstellungsverhältnisse*, th. Zurich 1945, p. 89 et ss.; R. Goldschmid, *Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht*, RSJ 1939, p. 170; H. Merz, *Kommentar zum BGB*, n. 316, 317 à l'art. 2; cet auteur établit un inventaire des cas possibles d'abus de droit dans ce domaine; contra Egger, *Kommentar zum ZGB*, n. 29 à l'art. 2.

⁴⁰⁴ H. Merz, *op. cit.* n. 317 ad art. 2 CCS; Déonna, *Bull. off. CN*, 1969, p. 832, col. 2.

⁴⁰⁵ Cf. ci-dessus, *Le lieu de la participation*, ch. 16, *Historique*, ch. 6. P.-D. Ollier, *op. cit.*, p. 478; art. 2, 3 O du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise; J. Rivero-J. Savatier, *op. cit.*, p. 133. Il faut réserver une remise en cause de ce principe, sans toutefois se leurrer sur sa portée: cf. *Rapport du Comité Sudreau au gouvernement français*, *Le Monde*, 13 février 1975.

⁴⁰⁶ Mandat de deux ans, art. 11 I L du 9 janvier 1954.

⁴⁰⁷ Art. 19 O du 22 février 1945.

23. L'influence des rapports de force entre l'employeur et le travailleur est atténuée par toute une série de règles destinées à protéger les membres travailleurs du comité contre les décisions prises à leur encontre par le chef d'entreprise. Le droit commun offre déjà une protection du travailleur en général ⁴⁰⁸.

Le droit spécial en étend la portée en ce qui concerne les membres du comité d'entreprise ⁴⁰⁹. Sauf cas de justes motifs, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail d'un élu, ou même d'un candidat, sans l'assentiment du comité ou, en cas de désaccord, de l'inspecteur du travail. Les représentants syndicaux siégeant avec voix consultative disposent des mêmes droits, ainsi que les délégués du personnel et les autres délégués syndicaux ⁴¹⁰. La résiliation illicite est nulle ⁴¹¹, elle ouvre un droit à réintégration ⁴¹².

24. Le droit allemand connaît la consultation sous plusieurs formes: individuelle, collective individualisée ⁴¹³, collective par délégation ⁴¹⁴. Compte tenu du fait que, dans d'autres domaines, le conseil d'entreprise dispose du droit de codécision ⁴¹⁵, les consultations qu'il est appelé à donner sont relativement fortes. L'employeur n'est pas en effet en situation de négliger sans autre l'avis d'un organe dont il doit obtenir l'accord en d'autres occasions. Quant aux travailleurs eux-mêmes, ils peuvent se plaindre au conseil d'entreprise ⁴¹⁶.

25. Les membres du conseil d'entreprise sont protégés contre le licenciement de manière générale et particulière. D'une manière générale, le droit allemand connaît le principe du caractère abusif du licenciement socialement injustifié ⁴¹⁷. Plus particulièrement, les membres des comités d'entreprise sont encore mieux protégés ⁴¹⁸.

26. LE DROIT D'INITIATIVE

Il se rapproche du droit à être consulté dans la mesure où le destinataire de l'initiative n'est pas tenu de donner suite. Sous cet angle, les remarques

⁴⁰⁸ Art. L 122.4 et ss., Code du travail; la résiliation abusive ouvre un droit à des dommages-intérêts; cf. sur la portée discutée de cette disposition, G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, *op. cit.*, ch. 264.

⁴⁰⁹ Art. 22 O du 22 février 1945 (teneur des L du 18 juin 1966, 13 novembre 1969, D du 7 juin 1959). Cf. G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, *op. cit.*, ch. 365 et ss.; J. Rivero/J. Savatier, *op. cit.*, p. 137 et ss.

⁴¹⁰ Art. 16 L du 16 avril 1946; art. 13 L du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

⁴¹¹ G.-H. Camerlynck/G. Lyon-Caen, *op. cit.*, ch. 373.

⁴¹² Ce n'est pas toujours certain en ce qui concerne les délégués syndicaux, Cass. Ch. soc., 14 juin 1972, *Gaz. Pal.* 4.12.1972.

⁴¹³ § 82 et ss. BetrVG.

⁴¹⁴ P. ex., § 90, 92 BetrVG.

⁴¹⁵ P. ex., § 91 BetrVG.

⁴¹⁶ § 84 BetrVG.

⁴¹⁷ § I 1 de la loi sur la protection contre la résiliation (*Kündigungsschutzgesetz*) du 10 août 1951 (rev. à plusieurs reprises), ci-après *KSchG*.

⁴¹⁸ § 15, 16 *KSchG*, 103 *BetrVG*: l'accord du conseil d'entreprise est nécessaire; à défaut, le tribunal du travail tranche.

faites ci-dessus au sujet de la forme et du poids de la consultation valent ici. Le droit d'initiative peut être plus étendu, si le destinataire est tenu de motiver la décision prise ensuite d'une initiative. Il peut cependant avoir d'autres caractéristiques: l'initiative peut être la condition nécessaire pour l'ouverture d'une procédure; il s'agit d'un droit fort, s'il n'appartient qu'à un des deux partenaires. Ou encore, le refus de donner suite est susceptible de recours à un tiers.

27. La comparaison avec le droit public peut être d'une certaine utilité. La première forme est identique à celle de la pétition en droit fédéral: les autorités saisies n'ont que l'obligation d'en prendre connaissance, mais ni celle de l'examiner au fond, ni celle de répondre à son ou ses auteurs ⁴¹⁹. La deuxième forme (liberté de décision pour le destinataire, mais obligation de motiver) se rapproche de l'idée nouvelle de motion populaire.

Il arrive que l'initiative n'appartienne qu'à une seule personne (ou à un seul organe) et qu'elle constitue l'élément nécessaire à la mise en marche d'une procédure devant conduire à une décision. Ainsi, en France, le chef de l'Etat ne peut en principe soumettre au référendum une loi sur l'organisation des pouvoirs publics que sur proposition du gouvernement ou des assemblées ⁴²⁰.

28. L'arbitrage par un tiers au sujet d'une initiative refusée au fond par son destinataire correspond à la motion parlementaire suisse: si elle est refusée par le Conseil fédéral, elle pourra lui être imposée par le vote concordant des deux conseils ⁴²¹. On pourrait à la limite construire un modèle copié sur celui de l'initiative populaire: le droit d'initiative appartient à tel organe ou personne de l'entreprise et lui permet de contraindre l'employeur à faire trancher la question par l'ensemble des travailleurs.

On peut se demander si, dans ces deux derniers cas, on peut encore parler de participation; l'employeur pourrait se faire imposer des solutions dont il ne voudrait pas. Ce qui est concevable en droit public, où le destinataire est le représentant de ceux qui disposent du droit d'initiative, ne l'est pas dans le domaine qui nous occupe, si l'on admet que le but de la participation consiste à établir un équilibre entre deux parties différentes.

29. Le modèle de la pétition semble s'adapter mieux. Le travailleur suisse, cependant, ne dispose pas de ce droit. S'il n'est pas interdit de s'adresser au chef d'entreprise, celui-ci n'a aucune obligation légale de prendre connaissance d'une initiative ⁴²². En France, le droit d'initiative constitue l'apanage le

⁴¹⁹ « Der Bittsteller hat daher nicht Anspruch darauf dass sein Gesuch materiell behandelt werde und deshalb hat er auch nicht Anspruch auf Antwort », W. Burkhardt, op. cit., ad art. 57; cf. également Z. Giacometti, op. cit., Zurich 1965, p. 389. La garantie que le destinataire en a pris connaissance est indirecte. Elle découle de l'institution de commission des pétitions dans les deux conseils, qui doivent rapporter, non à l'intention de l'auteur, mais pour le plenum de leur conseil, art. 49 I ch. 5 R du CN, 46 I ch. 10 R du CdE.

⁴²⁰ Art. 11 de la Constitution française.

⁴²¹ Art. 15 LREC.

⁴²² On insiste ici sur l'aspect légal du problème; en effet, bien que le travailleur suisse ne puisse exiger que son employeur prenne connaissance de ses remarques, il peut penser que celui-ci se conformera le plus généralement à une norme de comportement largement admise, selon laquelle on prend au moins connaissance des lettres que l'on reçoit.

plus important des délégués du personnel ⁴²³. Non pas tant parce que ces délégués disposent du droit légal de présenter des initiatives; individuellement, les travailleurs l'ont aussi ⁴²⁴. Mais bien parce qu'ils peuvent présenter au comité d'entreprise les suggestions et observations du personnel dans les domaines de compétence de ces organes; ils peuvent s'adresser directement au chef d'entreprise en l'absence d'un comité d'entreprise ⁴²⁵.

30. Le conseil d'entreprise allemand dispose du droit d'initiative dans certains domaines ⁴²⁶. Il s'agit d'un droit du type de la pétition. Néanmoins, la situation n'est pas identique à celle du droit français. En effet, le conseil d'entreprise dispose aussi du droit d'initiative dans les domaines où il exerce le pouvoir de codécision. De fait, le poids de ses propositions en est considérablement renforcé.

C. LA CODÉCISION

31. Littéralement, il s'agit du droit de « décider avec ». Contrairement à ce qui se passe aux autres degrés, la perfection de l'acte exige l'approbation des parties. On peut distinguer deux formes principales. D'une part, ce peut être le droit pour une des parties en cause d'avoir des représentants munis de la compétence de voter dans un organe investi du pouvoir de décision. Ainsi en est-il par exemple du conseil de surveillance allemand, qui statue en tant qu'organe, mais à la formation de la volonté duquel participent des représentants de toutes les parties concernées. D'autre part, le système peut être établi de telle manière que l'approbation d'un ou plusieurs organes est nécessaire à la validité de la décision d'un organe tiers. Ainsi en est-il du pouvoir de codécision du conseil d'entreprise allemand, dont l'accord est nécessaire dans plusieurs cas, et, à un degré moindre, de la délégation de travailleurs signant un règlement d'entreprise avec l'employeur, en Suisse.
32. Par comparaison, la première forme est du type de ce que l'on connaît au conseil d'administration de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents. Les assurés, les employeurs, les pouvoirs publics, contribuent, par leurs représentants, à former la volonté de l'établissement. Le bicamérisme parfait peut illustrer la seconde forme ⁴²⁷: l'accord de deux parties distinctes est nécessaire à la perfection de l'acte. Dans cette hypothèse, la codécision sera pratiquement toujours paritaire. Quel que soit le nombre de personnes composant chaque groupe. Dans la première, de nombreuses variantes sont possibles. Le critère permettant de déterminer si l'on se trouve en présence d'un droit de codécision est qualificatif, non quantitatif; on ne parlera pas de codécision, mais de consultation, lorsque la participation a lieu dans un

⁴²³ Art. 2, 3 L du 16 avril 1946.

⁴²⁴ Art. 2 V du 16 avril 1946.

⁴²⁵ Art. 3 I L du 16 avril 1946.

⁴²⁶ P. ex. § 92 II BetrVG.

⁴²⁷ Du type helvétique, où chaque organe représente une entité différente.

organe composé paritairement, mais dont certains membres n'ont que voix consultative. On parlera de codécision lorsque le pouvoir de décision est le même, même si le nombre de représentants de chacune des parties n'est pas égal.

33. LA CODÉCISION À L'INTÉRIEUR D'UN MÊME ORGANE

Le travailleur dispose, à l'intérieur de l'organe en question, des mêmes droits que ceux qui appartiennent à l'employeur et à ses représentants. Cependant, dans de nombreux cas, il siègera en tant que travailleur de l'entreprise⁴²⁸. Par conséquent, il ne perdra pas sa qualité de partie à un contrat de travail passé avec l'employeur. Et, si rien de particulier n'est prévu, la résiliation de son contrat de travail aura pour conséquence que la cause de son droit de participation disparaîtra. On voit mal alors comment assurer la réalité du droit de participation sans assurer une certaine protection de l'emploi des participants. Et cette protection de l'emploi implique une limitation de la liberté du commerce et de l'industrie de l'employeur.

34. La question des rapports de force entre l'employeur et le travailleur, dans cette forme de codécision, ne se pose pas uniquement en ce qui concerne les représentants des travailleurs. Selon la place occupée dans la hiérarchie de l'entreprise par l'organe de codécision, il arrivera que les représentants de l'employeur soient eux aussi en relation de travail avec l'entreprise⁴²⁹. On pense ainsi à un hypothétique « conseil d'atelier », appelé à choisir les moyens propres à atteindre un but fixé par l'employeur. Représenteront les travailleurs ceux qui produisent effectivement les biens. Mais il est douteux que l'entreprise soit représentée, à ce niveau, par un membre du conseil d'administration. Sans doute le sera-t-il par un contremaître, salarié lui aussi. Ce dernier, travailleur, se verra limité dans sa liberté d'opinion par l'obligation qu'il aura de s'en remettre aux directives de celui qu'il représente⁴³⁰. Il en résulte, pour certains travailleurs, que la participation constituera une restriction de liberté.
35. La personnalité même des membres de l'organe de participation revêt une grande importance. En ce qui concerne les personnes morales, la question est claire: par définition, elles doivent être représentées par des personnes physiques. Alors que les travailleurs, personnes physiques, peuvent tout à fait être représentés par l'un des leurs⁴³¹. La difficulté à résoudre consiste à déterminer dans quelle mesure les travailleurs peuvent faire appel à des spécialistes; à défaut, ils risquent d'être qualitativement majorisés, même

⁴²⁸ On réserve ici la position des représentants directs des syndicats, salariés de ces organisations.

⁴²⁹ Au conseil d'administration, la distinction entre parties est facile à faire: d'un côté, les représentants de ceux qui tirent un revenu de leur travail dans l'entreprise, de l'autre, élus par les actionnaires, les représentants de ceux qui tirent un revenu de leur participation financière à l'entreprise. Bien que schématique (des personnes cumulent les deux qualités), cette distinction est claire.

⁴³⁰ Art. 321 d CO.

⁴³¹ Cf. ci-dessus, l'initiative, ch. 8.

s'ils ne le sont pas quantitativement⁴³². Il suffit de penser à un organe composé du concierge, de l'emballleur et du livreur d'une entreprise d'une part, d'un juriste, d'un économiste et d'un actuaire d'autre part. En admettant qu'une décision doive être prise sur la manière optimum de répartir les bénéfices entre la caisse de pension, les amortissements et les investissements, compte tenu des incidences fiscales, il n'y aura pas d'égalité matérielle⁴³³.

36. Le conseil de surveillance allemand⁴³⁴ est une institution de ce type. Il est composé pour moitié, par des représentants des travailleurs et par des représentants des actionnaires, et présidé par un membre neutre, extérieur à l'entreprise⁴³⁵. Les droits de chacun des membres sont les mêmes⁴³⁶. Les travailleurs ne sont pas spécialement protégés contre la résiliation⁴³⁷; mais il y a indépendance entre les deux fonctions. L'originalité de la solution allemande réside dans le fait que tous les représentants des travailleurs ne sont pas occupés dans l'entreprise, Dans le schéma de base (quatre représentants des actionnaires, quatre des travailleurs, un membre neutre), seuls deux des représentants des travailleurs doivent être occupés dans l'entreprise⁴³⁸. Les deux autres peuvent être choisis à l'extérieur (syndicats)⁴³⁹. Outre une égalité quantitative, le droit allemand permet tout au moins l'égalité qualitative.

37. CODÉCISION PAR L'ACCORD NÉCESSAIRE DE DEUX ORGANES

L'employeur doit obtenir, pour la perfection de certaines décisions, l'accord des travailleurs ou de leurs représentants. Cette situation est réalisée en principe dans le cas du règlement d'entreprise suisse établi par convention. En principe seulement. En effet, le choix de la forme d'établissement du règlement d'entreprise appartient à l'employeur, qui statue souverainement⁴⁴⁰. Par conséquent, ce dernier a la possibilité, en cas de désaccord avec les délégués de son personnel, de renoncer à la forme conventionnelle et d'imposer la forme unilatérale⁴⁴¹. Il n'y a donc pas d'accord nécessaire.

38. Pour que certaines décisions soient applicables, l'employeur allemand doit nécessairement obtenir l'accord du conseil d'entreprise⁴⁴². Cet accord peut être explicite ou implicite: le conseil d'entreprise dispose d'un délai, par exemple, pour s'opposer au licenciement d'un travailleur. A défaut de faire

⁴³² J.-F. Aubert, Bull. off. CN 1974, p. 1367, col. 2.

⁴³³ Cf. M. Duverger, Sociologie de la politique, Paris 1973, p. 170 et ss.

⁴³⁴ Cf. ci-dessus, Le lieu de la participation, ch. 6 et ss.

⁴³⁵ § 4 MitbestG.

⁴³⁶ A. Nickisch, op. cit., t. III, p. 613 et ss.

⁴³⁷ Meyer-Landhut, Kommentar zum Aktiengesetz, n. 1 ad § 96 AktG.

⁴³⁸ § 6 I a contrario MitbestG.

⁴³⁹ Proposés par les organisations faitières des syndicats après consultation des syndicats de l'entreprise.

⁴⁴⁰ W. Hug, op. cit., n. 5 ad art. 37 LT; il s'agit d'un droit formateur de l'employeur.

⁴⁴¹ Mess. du CF concernant la LT du 30 septembre 1960, FF 1960 II, p. 885, 975.

⁴⁴² P. ex., § 102 BetrVG.

usage de son droit d'opposition, la décision de l'employeur entre en force. La liberté du conseil d'entreprise n'est cependant pas absolue, puisque la loi prévoit les cas d'opposition possible.

39. D'un point de vue théorique, cette forme de codécision (qui s'apparente au système du veto) semble bien être le degré supérieur de la participation. En effet, elle donne aux parties une liberté d'appréciation qu'elles n'ont pas nécessairement lorsqu'elles siègent à l'intérieur d'un même organe. D'autre part, elle concrétise de manière claire l'un des postulats qui sous-tendent la participation, savoir, que l'entreprise est composée d'entités différentes, groupées chacune de leur côté. La confusion avec un système de type corporatiste est plus difficile. Souvent, la distinction entre participation et corporatisme est plus difficile à faire lorsque tous les participants sont regroupés dans un même organe. On sent bien que l'on peut aboutir à un tel résultat en admettant que la participation est un mode de résolution de conflits de classe; mais, parmi ceux qui nient l'existence de classes sociales, l'idée bienveillante qu'ils se font de la collaboration dans l'entreprise débouche sur un résultat de même nature. On touche là à un de ces carrefours où la signalisation est confuse. C'est sans doute à cause des apparences que l'on retrouve derrière la même bannière du soutien à la participation des tenants de l'existence de classes et des nostalgiques du corporatisme. Mais souvent, c'est là seulement ce qui contribue à expliquer que, parmi une majorité de personnes acquises à l'idée de participation (a-t-on entendu quelqu'un dire qu'il y était opposé?), l'accumulation des minorités dont le raisonnement est différent a pour effet l'impossibilité d'aboutir à un accord sur sa réalisation.

CHAPITRE IX

L'OBJET DE LA PARTICIPATION

1. La difficulté majeure, lorsqu'on aborde cet aspect de la participation, réside dans le fait qu'en Suisse, deux notions ont été opposées d'entrée de cause, celle de participation à l'exploitation et celle de la participation à la gestion. Cette distinction n'est pas satisfaisante. Caricaturalement, en se bornant à l'examen des situations extrêmes, il est possible de faire le départ. On sent bien que la négociation d'un prêt auprès d'une banque relève de la gestion, que la température la plus appropriée dans les ateliers relève de l'exploitation. Mais les cas limites sont nombreux où la qualification est oiseuse. L'agrandissement de l'entreprise relève à la fois de l'exploitation, en tant qu'il aura pour effet de modifier les conditions de travail et de la gestion dans la mesure où il implique des investissements.
2. Une autre approche, consistant à analyser pour elles-mêmes certaines fonctions de l'entreprise, paraît plus adaptée. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous examinerons successivement:
 - A. L'existence de l'entreprise, ses buts et le choix des moyens;
 - B. Les fruits de l'entreprise;
 - C. Le statut des travailleurs;
 - D. Les « affaires sociales ».
- A. L'EXISTENCE, LES BUTS DE L'ENTREPRISE, LE CHOIX DES MOYENS
3. On peut se demander si l'idée de participation, en tant qu'elle a pu se répandre dans les milieux de travailleurs, ne constitue pas la partie apparente d'un souci fondamental qui est celui de la sécurité ⁴⁴³.

⁴⁴³ Compte tenu de l'évolution économique de la Suisse jusqu'au milieu de l'année 1974, on s'est peu préoccupé de la question de la sécurité de l'emploi. On manque par conséquent d'instruments de mesure des préoccupations des travailleurs. Il est significatif cependant qu'ensuite d'une enquête menée en 1971/1972, à une période où le plein emploi semblait être considéré comme une caractéristique intangible de la Suisse, il se soit révélé que l'une des tendances qui se sont dessinées pouvait être résumée comme suit: « S'il est malgré tout disposé à participer aux changements, on voit cependant prédominer en lui (le travailleur) une certaine réserve, sinon de l'inquiétude, envers tout

A l'époque du lancement de l'initiative, la sécurité de l'emploi était garantie. Le marché de l'emploi se présentait d'ailleurs de telle manière que le travailleur y occupait une situation favorable. Mais c'est à cette époque que la restructuration de l'industrie suisse a commencé d'être perçue dans le public. Nous ne faisons ici qu'une hypothèse, qui n'apparaît toutefois pas dépourvue de tout fondement: si ces changements ne créaient pas de risque de chômage (par conséquent, ne remettaient pas en cause la sécurité quantitative de l'emploi), ils avaient souvent pour effet une remise en cause de la sécurité qualitative. De nombreux travailleurs ont vu la nature de leur activité modifiée ou même se sont trouvés dans l'obligation de changer de domicile pour conserver le même emploi dans la même branche. Ce n'est sans doute pas tant la question de l'existence même de l'entreprise qui a été ressentie comme devant devenir l'objet d'un droit de participation, que celle posée par le changement de pouvoir économique dans l'entreprise (par fusion, concentration, reprise d'actions, etc.)⁴⁴⁴. Il apparaît alors important de tenter de déterminer dans quelle mesure l'introduction d'un système de participation en Suisse pourrait répondre à cette aspiration, en ce sens que, lors de modifications de structures, les travailleurs auraient une influence sur les décisions prises.

4. Une première hypothèse consiste à admettre que la participation ait lieu dans le conseil d'administration⁴⁴⁵, qu'elle soit paritaire et codécisionnaire⁴⁴⁶. L'examen doit par conséquent porter sur les compétences du conseil d'administration⁴⁴⁷. La dissolution de la société (et, compte tenu du droit positif, de l'entreprise dont elle est propriétaire) entre dans la compétence de l'assemblée générale⁴⁴⁸ ou survient conformément aux statuts⁴⁴⁹. Quelle que soit l'influence réelle du conseil d'administration, il s'agit d'une compétence qui relève des apporteurs de capital. Même représentés dans l'organe administrateur de l'entreprise, les apporteurs de travail⁴⁵⁰ ne disposeraient pas d'un droit à codécider de la fin de l'entreprise.

Suite de la note 443

ce qui pourrait accroître les incertitudes du lendemain. » Les auteurs de l'enquête en en tiraient, dans une recommandation, que l'« aspiration à la sécurité qui subsiste, à une assistance – expression de la solidarité – est étroitement liée au besoin d'une plus large émancipation ». USS, *Travailleurs et syndicats*, Berne 1972, p. 23, 163.

⁴⁴⁴ On pense ici, par exemple, au cas de ces travailleurs du Locle et de La Chaux-de-Fonds qui, tout en restant employés par la même personne morale, ont, par suite de transferts d'actions, changé réellement d'employeur deux fois en quatre ans pour devenir finalement dépendant d'un centre de décision situé aux Etats-Unis.

⁴⁴⁵ Pour la S.A., l'organe directeur pour les autres sociétés.

⁴⁴⁶ C'est la revendication maximum des auteurs de l'initiative.

⁴⁴⁷ La recherche ici est théorique, en tant qu'elle fait abstraction du fait que, dans un organe paritaire, la majorité n'est pas facile à obtenir, et que la décision pourrait bien dépendre soit d'un membre « neutre » (modèle allemand), soit d'un arbitrage, soit d'un jugement.

⁴⁴⁸ Art. 736, ch. 2 CO.

⁴⁴⁹ Art. 736, ch. 1 CO; on fait abstraction des cas de dissolution légaux. L'assemblée générale est également compétente si la dissolution dépend des statuts, puisqu'elle les établit ou les modifie, art. 626 et ss. CO.

⁴⁵⁰ En tant que tels; force est de considérer que le travailleur titulaire d'action(s) ne siège pas en cette qualité: ou bien les actions ont été acquises à titre onéreux, et le travailleur devient apporteur de capital; ou bien elles ont été distribuées à titre gratuit, et il est peu réaliste de penser que cette distribution se serait étendue au point de donner aux travailleurs une minorité de blocage.

5. Le transfert économique de l'entreprise a lieu par le biais du transfert des parts (actions, par exemple) du capital. S'il est clair que, dans un régime de cogestion paritaire, le transfert des actions, fût-ce la totalité, ne modifie en rien la situation des travailleurs vis-à-vis de l'entreprise (juridiquement).
En principe, il s'agit d'une opération à laquelle ils ne participeraient pas. Or le transfert peut avoir pour effet qu'une nouvelle assemblée générale modifie les buts de l'entreprise et que la situation des travailleurs en soit sensiblement changée.
6. On doit cependant réserver l'hypothèse des sociétés anonymes dont les actions sont nominatives ⁴⁵¹. Si les statuts le prévoient, le transfert de l'action (ou tout au moins de la qualité de sociétaire) peut être refusé ⁴⁵². Cette compétence appartient au conseil d'administration ⁴⁵³.
7. En admettant que le droit des sociétés ne soit pas modifié de manière fondamentale, la participation dépendrait très largement des statuts. Or, quelle que soit l'influence de l'organe de direction dans l'entreprise, le dernier mot appartient aux apporteurs de capitaux. L'une des conséquences serait que l'importance de la participation ne serait pas la même, dans un même type de société, selon que les statuts octroient peu ou beaucoup de compétences à l'organe directeur. La situation n'est pas très différente en droit allemand. Le Vorstand a la compétence de statuer sur les transferts d'actions, si les statuts le prévoient ⁴⁵⁴. La solution suisse pourrait aller plus loin, dans la mesure où les travailleurs allemands ne sont pas représentés dans le Vorstand.
8. On doit réserver en tout état de cause la question des sociétés (de plus en plus nombreuses) dont le centre de décision ne se trouve pas en Suisse. Même contraintes par le droit suisse d'avoir un conseil d'administration composé paritairement, ces sociétés ne dépendraient, pour les décisions concernant leur existence, que de l'avis d'apporteurs de capitaux à l'étranger.
9. Les constatations qui précèdent, et qui tendent à établir que même la cogestion paritaire ne créerait pas nécessairement le droit de codécision touchant à l'existence même de l'entreprise, ne doit pas faire conclure que, sur ce point, la présence de leurs représentants au conseil d'administration est inutile. D'une part, elle garantit pratiquement la réalisation des autres degrés de la participation, tels l'information, la consultation, l'initiative. D'autre part, le raisonnement est fondé sur l'hypothèse que le droit des sociétés ne serait pas modifié.
10. Enfin, principalement en ce qui concerne les buts de l'entreprise et le choix des moyens, mais aussi au sujet de son existence même, d'autres formes d'intervention des travailleurs sont possibles. Le développement le plus intéressant dans ce domaine est celui du droit allemand. Les règles applicables ne font pas partie du droit de la participation (Mitbestimmung) au sens strict, mais du droit de la constitution de l'entreprise (Betriebsverfassung).

⁴⁵¹ Est-il utile de le préciser? La nature des actions dépend des statuts (art. 626 ch. 3, 627 ch. 8 CO), dont le contenu est établi par l'assemblée générale, art. 698 II ch. 1 CO.

⁴⁵² Cf. F. de Steiger, *Le droit des S.A. en Suisse*, Lausanne, 1973, p. 170 et ss.

⁴⁵³ F. de Steiger, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵⁴ W. Hefermehl, in *Droit des sociétés*, *Jura Europae*, 10.10, p. 25.

Dans le domaine qui nous occupe, les droits des travailleurs par leur présence au sein d'organes de la société (au conseil de surveillance) ne sont pas très étendus ⁴⁵⁵. En revanche, la loi donne aux travailleurs des droits relativement étendus dans l'entreprise elle-même. L'employeur est tenu de soumettre au conseil d'entreprise (Betriebsrat) les changements prévus dans l'entreprise (Betriebsänderungen). Par changements dans l'entreprise, la loi entend ⁴⁵⁶:

1. Réduction ou suppression de la totalité ou de parties importantes de l'entreprise;
 2. Transfert de tout ou partie de l'entreprise;
 3. Fusion avec d'autres entreprises;
 4. Changements importants dans l'organisation, les buts ou les placements de l'entreprise;
 5. Introduction de méthodes de travail et de procédés de fabrication nouveaux.
11. Le droit du conseil d'entreprise est une sorte de droit de veto.
- a) Le conseil d'entreprise donne son accord écrit au changement dans l'entreprise et au plan social ⁴⁵⁷ qui l'accompagne éventuellement. Le changement peut avoir lieu, et le plan social prend valeur de convention d'entreprise ⁴⁵⁸.
 - b) Le conseil d'entreprise refuse son accord. Le président de l'office de travail du Land tente la conciliation ⁴⁵⁹.
 - c) A défaut d'aboutissement de la conciliation, l'affaire est transmise à l'office de « conciliation » (Einigungsstelle), composé en nombre égal de représentants de l'employeur et de représentants des travailleurs ⁴⁶⁰. Cet office tente une nouvelle conciliation en ce qui concerne les changements projetés. A défaut d'accord, un procès-verbal de carence est dressé. En ce qui concerne le plan social, en cas de désaccord, l'office tranche et établit d'office un tel plan.
12. Ainsi, on doit constater que l'opposition entre la participation à l'exploitation et participation à la gestion ne peut se réduire, comme on le fait souvent en Suisse, à la participation à l'intérieur de l'entreprise pour le premier cas, à la participation aux organes de la société dans le deuxième cas. L'exemple allemand montre qu'une institution fonctionnant dans le cadre de l'exploitation (dans le sens de Betrieb) peut être investie de pouvoirs de gestion qui n'appartiennent pas à l'organe de la société où sont représentés les travailleurs.

⁴⁵⁵ Cf. ci-dessus, Le lieu de la participation.

⁴⁵⁶ § 111 et ss. BetrVG.

⁴⁵⁷ Plan statuant sur le sort des travailleurs touchés par la réorganisation.

⁴⁵⁸ § 111 I BetrVG.

⁴⁵⁹ § 112 BetrVG.

⁴⁶⁰ § 76 BetrVG.

B. LES FRUITS DE L'ENTREPRISE

13. De manière théorique, la participation aux fruits de l'entreprise peut être envisagée selon deux modèles: d'une part, sous la forme d'une répartition des bénéfices entre les travailleurs, d'autre part, par leur accession à la qualité d'associés. Dans les trois systèmes étudiés, il apparaît que le droit français est le plus développé en ce qui concerne l'intéressement ⁴⁶¹. Les propositions contenues dans le rapport Sudreau ⁴⁶² confirme cette tendance: d'une part, le bénéfice de l'ordonnance du 17 août 1967 serait étendu à l'ensemble des travailleurs; ceux-là pourraient obtenir le versement immédiat des montants auxquels ils ont droit ⁴⁶³. D'autre part, les auteurs du rapport préconisent l'instauration d'un actionariat ouvrier ⁴⁶⁴.
14. Il ne semble pas entrer dans les intentions des auteurs de l'initiative, ni dans celles de l'Assemblée fédérale auteur du contreprojet, de créer une base de compétence permettant de légiférer dans ce domaine. La question se pose cependant de déterminer si, pratiquement d'une part, juridiquement d'autre part, l'adoption d'une base de compétence en matière de participation n'aurait pas pour effet d'introduire de facto l'intéressement, ou de permettre au législateur de l'imposer de jure.
15. Pour le moment, l'intéressement relève uniquement d'accords de droit privé entre parties au contrat de travail, éventuellement de règles de conventions collectives ⁴⁶⁵. Mais rien ne s'oppose à ce que l'organe compétent pour ce type de décision à l'intérieur de l'entreprise décide de l'attribution d'une part du bénéfice aux travailleurs. Il s'agirait alors d'un acte unilatéral à l'origine, et les montants ainsi distribués constitueraient une gratification ⁴⁶⁶.
- Même en admettant la cogestion paritaire dans l'organe de direction de l'entreprise, on n'en pourrait tirer un droit pour les travailleurs à codécider d'une répartition des bénéfices. De par la loi, l'assemblée générale a la compétence inaliénable de déterminer l'emploi du bénéfice net ⁴⁶⁷.
16. Sous une autre forme, le droit de participation aux décisions donnerait aux travailleurs la possibilité de prendre part à la décision concernant la répartition des fruits de l'entreprise.

De manière indirecte, le conseil d'administration, ou les organes identiques d'autres sociétés, est compétent pour fixer les salaires. De cette façon, en tenant compte dans la fixation des salaires des résultats de l'entreprise, les travailleurs prendraient part à une sorte de répartition des bénéfices.

⁴⁶¹ Ci-dessus, historique, ch. 6 et ss.

⁴⁶² In Liaisons sociales, Documents, n° 11/75 du 14 février 1975.

⁴⁶³ Loc. cit., ch. V.

⁴⁶⁴ Loc. cit., ch. III, V.

⁴⁶⁵ Art. 322 a CO.

⁴⁶⁶ La gratification constitue une prestation qui n'est pas nécessairement en relation avec le résultat réalisé dans l'entreprise; rien n'empêche cependant qu'elle y soit indexée.

⁴⁶⁷ Art. 698 ch. 3 CO; id. pour la S. à r. l., art. 810 I ch. 4 CO.

Le résultat en serait la modification des contrats individuels de travail et, par conséquent, l'impossibilité pour l'entreprise de revenir en arrière par décision unilatérale ⁴⁶⁸.

17. Le législateur a-t-il la compétence, ou la recevrait-il, si l'initiative ou le contreprojet est accepté, de légiférer en matière d'intéressement? En d'autres termes, pourrait-on instituer en Suisse un système identique à celui de la France? D'emblée l'acceptation par le peuple et les cantons du contreprojet ne changerait, sur ce point, rien à la situation actuelle. Même si la différence entre gestion et exploitation est difficile à faire, on peut au moins estimer que l'intéressement est une question qui dépasse le niveau de l'exploitation.
18. En revanche, on peut se demander si le législateur pourrait tirer une compétence de cette nature de l'article 34 ter I litt. b bis proposé ou même de l'article 34 ter I litt. b actuel. Il serait assez tentant de recourir à un raisonnement du type « qui peut le plus peut le moins », et de reconnaître au législateur, dans l'hypothèse où le peuple et les cantons accepteraient l'initiative, que la compétence de légiférer en matière de décisions de l'entreprise implique celle de poser des règles concernant l'intéressement. Le texte proposé est limitatif, en tant qu'il ne concerne que la participation aux décisions. Quelle que soit la méthode d'interprétation utilisée, on outrepasserait la base de compétence en y assortissant l'intéressement. Les auteurs du document de travail 1 établi à l'intention de la commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale ont considéré qu'il s'agissait de deux domaines différents. D'une part, ils traitent de la participation « (à la gestion et) au contrôle des entreprises » par les détenteurs de capital et les travailleurs, d'autre part, dans le même article, du partage des fruits de l'entreprise ⁴⁶⁹.
19. Ce n'est pas tant le problème du partage de compétence qui est délicat à résoudre. Formellement, la Confédération est compétente, puisqu'il s'agit de régler des rapports entre personnes privées ⁴⁷⁰. Reste à savoir si le législateur ne se verrait pas empêché d'utiliser sa compétence pour une autre raison, la limitation imposée par les droits individuels, en particulier, par la garantie de la propriété.

La contreprestation de l'apporteur de capital est constituée par le dividende, ou par toute autre part aux bénéfices de l'entreprise. L'Etat, dans le droit positif, pose des règles de fonctionnement des diverses institutions, sans intervenir au plan de la fixation des montants auxquels chacun a droit ⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Juridiquement, l'augmentation de salaire nécessite également la modification du contrat individuel; mais il n'est pas téméraire de partir du principe que, dans les faits, la modification favorable est dans la totalité des cas implicitement acceptée par les travailleurs, ce qui n'est pas nécessairement le cas des modifications défavorables.

⁴⁶⁹ Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution, Documents de travail, 1, 1.7.2.2., var., al. II, IV. De manière plus concise, le même résultat (compétence large) pourrait être atteint avec l'art. 29 ch. 3 du document de travail 3 (projet Aubert): «... la participation des travailleurs à l'entreprise... » Curieusement, le « condensé » du document 1 (doc. 2) ne traite que de la participation aux décisions (1.6.2.2., al. III).

⁴⁷⁰ Art. 64 Cst. féd.

⁴⁷¹ Sont réservées les règles limitant indirectement la liberté des intéressés, p. ex., de police (art. 12 LTD), de droit des obligations général (art. 21 CO), ou de droit des sociétés (art. 671 et ss. CO).

Une intervention plus précise modifierait le principe de la libre fixation des salaires et la liberté de choix des apporteurs de capitaux en ce qui concerne l'affectation des bénéfécies.

20. Les dividendes, ou autres parts aux bénéfécies, sont des accessoires de l'apport en capital, et appartiennent par conséquent aux propriétaires de celui-là⁴⁷². La loi actuelle permet une répartition différenciée des bénéfécies. Dans la société anonyme, par exemple, les droits acquis de l'actionnaire ne sont pas absolus⁴⁷³. L'assemblée générale peut affecter différemment les bénéfécies. Elle doit s'en tenir à des considérations raisonnables⁴⁷⁴, mais il ne semble pas qu'une attribution d'une part de ceux-ci aux travailleurs puisse être tenue pour déraisonnable⁴⁷⁵.

21. Le législateur pourrait-il imposer une répartition de ce type? D'une part, il s'agit de déterminer si la dérogation à la garantie de la propriété est possible; soit d'en mesurer l'intérêt public, la base légale étant présumée. D'autre part, il s'agit d'apprécier si la restriction équivaut à une expropriation⁴⁷⁶.

a) Dire de l'intérêt public qu'il est un concept juridique mal défini ne nous avance pas beaucoup⁴⁷⁷. Si l'on se réfère à la définition de J.-F. Aubert, selon laquelle l'intérêt public est « l'ordre public, augmenté de toutes les aspirations politiques, économiques et sociales que l'Etat s'avisera jamais de juger conformes au bien de la collectivité »⁴⁷⁸, il apparaît qu'un vote de l'Assemblée fédérale assorti d'une approbation expresse ou tacite du peuple représenterait bien la manifestation de ce qu'est l'intérêt public⁴⁷⁹. Ainsi, le Tribunal fédéral a-t-il reconnu qu'une mesure de politique sociale est d'intérêt public, lorsqu'elle satisfait un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir⁴⁸⁰; il importe peu que les mesures prises servent de façon prépondérante des intérêts privés (en l'espèce, ceux des travailleurs) lorsqu'il s'agit de mesures relevant de la politique sociale⁴⁸¹. Considérée comme nécessaire par le législateur, une restriction de propriété des actionnaires devrait être tenue pour l'expression de l'intérêt public⁴⁸².

⁴⁷² F. de Steiger, op. cit., p. 20, considère même le droit aux dividendes comme déterminant.

⁴⁷³ ATF 95 II 555, Ferma AG, c. 6.

⁴⁷⁴ ATF 91 II 298, Wyss-Fux AG, c. 10.

⁴⁷⁵ D'autant plus que le TF se refuse à revoir l'opportunité des affectations et limite son examen à l'arbitraire.

⁴⁷⁶ Art. 22 ter Cst. féd.

⁴⁷⁷ ATF 99 I a 126, Bruchez, c. 7, litt. a.

⁴⁷⁸ Traité de droit constitutionnel, n° 2183.

⁴⁷⁹ Matériellement, et non pas parce que de toute manière, la loi échappe au contrôle de constitutionnalité.

⁴⁸⁰ ATF 97 I 506, Griessen; le TF a précisé, dans ATF 98 I a 395, Vögele, c. 4, qu'il ne suffisait pas que la mesure soit conforme à l'intérêt public; il faut qu'elle soit rendue nécessaire.

⁴⁸¹ ATF 88 I 252, Dafflon.

⁴⁸² Dans le même sens, B. Knapp, Intérêt, utilité et ordre publics, in Stabilité et dynamique du droit dans la jurisprudence du TF, Bâle 1975, p. 137, 158.

- b) L'apporteur de capital aurait-il droit à une indemnité? Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas appliqué le principe du « devoir social du propriétaire » pour en tirer qu'il peut être appelé à supporter une expropriation non motivée pour des raisons de police, sans indemnité. On doit s'en référer au principe de l'intensité de l'atteinte. Compte tenu des pertes, l'associé d'une société de personnes (ou le titulaire d'une raison individuelle) se verrait privé, par l'obligation de répartir les bénéfices, d'une faculté importante de son droit de propriété. Dans les sociétés de capitaux, tout dépend de l'importance que l'on accorde aux droits patrimoniaux attachés à la part du capital. Une appréciation globale et abstraite paraît hors de question. La titularité d'une part du capital social peut répondre à des besoins différents. L'atteinte sera de peu de gravité pour celui qui vise l'augmentation de sa part, plutôt que de son rendement; ou pour celui qui tient au contrôle de l'entreprise⁴⁸³. Mais le but du placement peut également résider dans l'avantage présenté par le rendement; le petit porteur serait touché d'une manière qui pourrait alors être assez grave.

22. C. LE STATUT DES TRAVAILLEURS

D'une certaine manière, on aborde ici l'aspect le plus marquant de la participation pour ceux qui en réclament la réalisation. En effet, l'aspiration à un système de participation est largement fondée sur des considérations relevant de la morale, selon lesquelles il y va de la dignité du travailleur de ne plus être simplement le « preneur » d'un travail « donné » par l'employeur, mais de devenir dans l'entreprise l'équivalent en droit des apporteurs de capitaux. Formulée en termes généraux, cette aspiration n'est pas (ou très peu) contestée. Il n'entre pas dans les intentions de l'auteur de discuter la question du juste et du faux, qui devra être tranchée par le peuple et les cantons.

23. Au-delà des questions, importantes certes, de la situation du travailleur dans l'entreprise, se pose celle, capitale, de la garantie de l'emploi dans une économie régie par le principe de la liberté contractuelle. En d'autres termes, nous paraît déterminante la relation entre la participation et la possibilité d'obtenir et de conserver un emploi plutôt que le rapport entre la participation et le statut de celui qui a un emploi. Deux « moments » doivent être pris en considération, celui de l'engagement et celui du licenciement. L'intervention directe de l'Etat pourrait être de nature à modifier le cours de ces événements, soumis à la loi de l'offre et de la demande. Or, en insistant la participation, l'Etat interviendrait dans la désignation des personnes investies du pouvoir de décision, mais non dans les rapports entre l'entreprise et le travailleur pris individuellement. La volonté de l'employeur dépendrait à la fois des apporteurs de capitaux et des apporteurs de travail; mais elle ne serait pas nécessairement limitée par l'Etat. On peut douter que, par la participation, les rapports naturels de force puissent être profondément modifiés.

⁴⁸³ Ainsi, même sans qu'il soit possible de prévoir des bénéfices, les entreprises de presse (pour prendre un exemple) à vendre trouvent souvent acquéreur.

24. L'employeur n'est pas tenu de faire un contrat de travail. Cette constatation vaut même si le régime de participation est développé au maximum (cogestion paritaire). Il dépendrait dans ce cas d'une part des apporteurs de capitaux, d'autre part des travailleurs déjà dans l'entreprise de décider de l'engagement de nouveaux travailleurs. Or, on voit mal que, dans des décisions de ce type, les travailleurs tiennent compte dans une mesure plus grande que les apporteurs de capitaux de l'intérêt général à assurer le plein emploi que de l'intérêt particulier à l'efficacité de l'entreprise dont ils font partie. Le maintien de la capacité concurrentielle de l'entreprise, garante de leur sécurité personnelle de l'emploi, resterait sans aucun doute privilégié.
25. La situation n'est pas très différente en matière de licenciements. Le droit français, où, comme on l'a vu, la participation ne peut faire obstacle au pouvoir du chef d'entreprise, montre bien que les règles concernant la garantie de l'emploi peuvent être indépendantes de la cogestion. En matière de licenciements, l'employeur est soumis à une procédure relativement lourde. En particulier, il doit indiquer les motifs de sa décision, le juge ayant qualité pour les apprécier⁴⁸⁴. En matière de licenciements collectifs, s'il est vrai que les délégués syndicaux, du personnel et le comité d'entreprise doivent être consultés, la décision finale est subordonnée à une autorisation administrative⁴⁸⁵.
26. Le droit allemand connaît l'institution du « congé socialement non justifié ». Le travailleur qui conteste la validité du congé reçu peut s'adresser au conseil d'entreprise, dont l'accord est alors nécessaire pour la réalisation de la décision⁴⁸⁶. En cas de litige, le *juge tranche*. En l'espèce, les travailleurs ont, par l'intermédiaire de leurs représentants, une influence relativement directe sur la question de l'emploi.
27. Pour que la participation ait une influence sur la question de l'emploi, il est nécessaire que le droit permette à l'Etat de poser des règles à ce sujet. Or, les bases constitutionnelles existantes ne permettent pas (ou très peu) cette intervention de l'Etat en Suisse⁴⁸⁷. Celles qui sont proposées n'y changeront rien, dans la mesure où la dérogation qu'elles impliquent à la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie concernent la structure de l'entreprise, et non l'emploi.
28. Le droit allemand saisit d'autres objets concernant le statut du travailleur.
- a) La consultation du conseil d'entreprise et la prise en considération des connaissances établies en matière de science du travail sont obligatoires, lorsqu'il s'agit de modifier les méthodes de fabrication ou d'administration, les techniques, le rythme ou les places de travail⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Art. 24 b et ss. L 1 Code du travail (L du 13 juillet 1973), actuellement, art. L 122-4 et ss.

⁴⁸⁵ Il s'agit de licenciements collectifs pour motifs économiques, art. L 321-3 et ss Code du travail, teneur selon L du 3 janvier 1975.

⁴⁸⁶ § 3 KSchG.

⁴⁸⁷ Les art. 31 bis II et 31 quinquies Cst. féd. ne permettent pas de déroger à la liberté du commerce et de l'industrie.

⁴⁸⁸ § 90 BetrVG.

- b) Dans les cas où les modifications envisagées ci-dessus sont en contradiction avec les impératifs scientifiquement établis nécessités par le respect de la personnalité (sens large), le conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto. Les litiges sont tranchés par l'office de conciliation (Einigungsstelle)⁴⁸⁹.
29. c) Une des caractéristiques de la relation de travail, de manière générale, réside dans l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et le travailleur. Elle se traduit, en droit suisse, par l'expression « ... au service de... » que l'on trouve dans la définition même du contrat de travail⁴⁹⁰, et par le droit pour l'employeur de donner des directives. Il s'agit de règles dont le champ d'application est bipartite, en ce sens qu'il appartient au travailleur directement touché de contester qu'une directive est admissible ou non (principe de la bonne foi). L'appréciation qui doit être faite dépend de l'interprétation des accords passés entre parties. Ce droit est individuel, attaché à la qualité de partie à un contrat. En droit allemand, donc dans un système de participation, c'est la notion même du droit de directives qui a été développée. Au lieu que seul l'intéressé puisse se prononcer, les travailleurs en tant que tels ont voix au chapitre sur les décisions de l'employeur concernant leurs collègues.
30. Les règles concernant les affaires personnelles, en droit allemand, sont de même type⁴⁹¹. Le conseil d'entreprise dispose d'un droit de veto dans ces affaires. Ainsi, par exemple, en cas de changement d'affectation d'un travailleur, les travailleurs allemands peuvent se prononcer en tant qu'entité. Ce n'est pas le cas du travailleur suisse, qui ne peut agir qu'individuellement. Théoriquement, la différence de conception n'est pas de grande importance. Il s'agit simplement d'une application différenciée d'un même droit, celui de directive. Dans un cas, en Suisse, l'employeur est limité dans sa liberté de choix par l'obligation qu'il a de se conformer à la loi, au contrat et aux règles de la bonne foi; il appartient au travailleur intéressé de faire valoir ses droits. Dans l'autre cas, l'employeur est soumis aux mêmes limitations. Mais ici, c'est collectivement que les travailleurs peuvent agir.
31. Pratiquement, la différence est cependant importante. En effet, il existe nécessairement entre le travailleur et l'employeur un rapport de force, dont la direction et l'intensité dépendent de causes extérieures, telle la situation conjoncturelle. La marge de manœuvre de l'employeur suisse en période de basse conjoncture est large, en ce sens que la crainte de perdre son emploi retiendra souvent le travailleur de contester une directive, fût-elle contraire au droit. Cette préoccupation sera moindre sur un conseil formé de travailleurs qui, n'étant souvent pas directement concernés, pourront décider plus librement. A cet égard, on peut faire une comparaison avec l'opposition, en Suisse, entre droit privé et droit public du travail. Les règles de protection instituées par le droit public peuvent être considérées comme plus efficaces en période de basse conjoncture, dans la mesure où la décision d'intervenir n'appartient pas au travailleur, mais à l'Etat.

⁴⁸⁹ § 91 BetrVG.

⁴⁹⁰ Art. 319 CO.

⁴⁹¹ § 92 et ss. BetrVG.

32. Le droit suisse connaît une ébauche de ce système, dans le règlement d'entreprise. L'établissement de règles contractuelles entre l'employeur et une délégation de travailleurs évite dans une certaine mesure la position de faiblesse dans laquelle se trouve le travailleur lorsqu'il est seul pour passer un accord avec l'employeur. Au lieu que les accords s'établissent individuellement, ils le sont collectivement; la majorité des travailleurs impose alors sa volonté à la minorité.
33. Si l'initiative devient texte constitutionnel, il est certain que le législateur aura la compétence d'imposer un régime du type allemand. Il n'est pas sûr que le maintien du statu quo fasse obstacle à une telle législation. D'autre part, formellement, parce que le régime du règlement d'entreprise est établi sur l'état actuel de la Constitution, et qu'on n'en a pas contesté la validité. D'autre part, au fond, parce qu'ayant la compétence de légiférer sur les rapports de droit privé entre employeurs et travailleurs⁴⁹², il n'est pas téméraire de penser que le législateur dispose de celle de transférer les droits que le travailleur tire de sa situation de partie au contrat de travail aux travailleurs en tant qu'entité. L'employeur en tout cas ne pourrait guère trouver à y redire, dans la mesure où sa liberté n'est pas plus limitée dans un cas que dans l'autre. Ici, et c'est presque un paradoxe, c'est bien plutôt la liberté du travailleur qui subirait une restriction. En effet, si, pour les questions personnelles, la majorité des travailleurs deviennent les interlocuteurs de l'employeur, les travailleurs minoritaires devraient souvent se plier aux décisions.
34. Un exemple illustre mieux ce qui précède. Il est établi dans le cadre du droit suisse actuel, en tenant compte que l'Etat ne prévoit pas⁴⁹³ de limitations au droit de résiliation. Soit une entreprise de cent travailleurs. L'employeur décide de la modification de l'horaire de travail, la diminution qui en résulte entraînant une diminution des salaires. Actuellement, chaque travailleur peut faire valoir ses droits⁴⁹⁴, ou ne pas le faire. En particulier, il est libre de choisir la seconde solution, s'il a l'impression qu'un refus de modifier ses conditions de travail aurait pour effet de pousser l'employeur à résilier le contrat. Dans un système de type allemand, il appartiendrait au conseil d'entreprise de prendre position. Ce dernier, par le jeu des élections, est représentatif de la majorité des travailleurs. S'il refuse les propositions, entraînant peut-être de ce fait l'employeur à fermer son entreprise, il aura de fait imposé aux minoritaires une solution qu'ils rejetaient et les aura entraînés à perdre leur emploi. On voit bien ce que cet exemple a de schématique. Mais il nous semble illustrer, en matière de statut du travailleur, l'opposition qui existe entre les deux systèmes. De même que lors de l'extension par l'Etat d'une convention collective du travail, la liberté des dissidents est restreinte. Or, il a été nécessaire de prévoir expressément dans la Constitution

⁴⁹² Fondée sur l'art. 64, pour ne pas parler de l'art. 34 ter I, litt. b, dont l'interprétation est controversée.

⁴⁹³ Et que même l'introduction de règles sur la participation n'est pas en elle-même de nature à changer cela.

⁴⁹⁴ Fondés sur les art. 324 I CO (relativement impératif, art. 362 CO), 341, év. 28, 29 CO.

cette compétence d'extension, dont on admet qu'elle déroge à la liberté du commerce et de l'industrie. Par analogie, il semble bien qu'une base constitutionnelle soit nécessaire en l'espèce aussi ⁴⁹⁵.

35. D. AFFAIRES SOCIALES

On classe généralement en Suisse, sous cette rubrique, ce qui touche à la protection du travailleur contre certains événements, tels la vieillesse, l'invalidité, la maladie, etc. La conception française est identique ⁴⁹⁶. L'adjectif social, en droit allemand de la participation, est compris dans un sens beaucoup plus large. Le législateur a placé dans ce domaine tout ce qui concerne le bien-être du travailleur, la protection de la santé, l'exercice du droit aux vacances, la durée du travail, etc. ⁴⁹⁷. Nous en resterons à la conception stricte.

36. a) Une première catégorie d'affaires sociales comprend celles qui sont propres à l'entreprise, qui mettent en présence l'employeur et le travailleur. Il peut s'agir de ce que l'on nomme le fonds social par exemple. Il est généralement destiné à venir en aide aux plus défavorisés des travailleurs. Souvent, il est alimenté par des contributions de l'employeur seul; ce dernier décide des affectations. Il s'agit d'un domaine susceptible d'être soumis aux règles de la participation. Les décisions nécessaires concernant l'entreprise.
37. b) La loi contient déjà des règles concernant les droits au salaire des travailleurs empêchés de fournir leur prestation ⁴⁹⁸. Ainsi qu'on a eu l'occasion de l'exposer plus haut, on ne peut parler de participation. Les droits du travailleur sont attachés ici à sa qualité de partie à un contrat. L'obligation de l'employeur constitue une contreprestation au travail fourni. L'employeur n'a pas un pouvoir unilatéral de décision et l'introduction de la participation ne suffirait pas, à elle seule, pour modifier l'aspect contractuel du problème. Elle modifierait peut-être la volonté de l'employeur, mais les travailleurs resteraient libres d'accepter ou non les accords dérogeant au régime légal.
38. c) On range également sous la rubrique « affaires sociales » les questions relevant du « deuxième pilier ». Les institutions de prévoyance professionnelle ont bien leur cause dans la relation de travail. Mais elles sont légalement extérieures à l'entreprise. Elles échappent théoriquement (sinon pratiquement...) à la sphère de décision de l'employeur. Les différents droits de participation des travailleurs dans ces institutions existent naturellement, parce que dans ce cadre, l'employeur et le travailleur se trouvent juridiquement sur le même pied. Le travailleur membre du conseil de fondation d'une institution de prévoyance ne participera pas aux décisions de l'entreprise, mais à celles d'une personne extérieure à celle-là.

⁴⁹⁵ Base qui devrait exister, puisque le législateur a pris les règles que l'on sait en matière de règlement d'entreprise. Il s'est fondé sur l'art. 34 ter III (visum de la LT), sans que l'on puisse déterminer si le règlement d'entreprise découle de la compétence de l'al. I, litt. a ou litt. b.

⁴⁹⁶ Voir la liste des « affaires sociales » à l'art. R 432-2 du Code du travail.

⁴⁹⁷ § 87 BetrVG.

⁴⁹⁸ Art. 324 a, 324 b CO.

CHAPITRE X

LE STATUT DES PARTICIPANTS

1. Dans la mesure où les participants-travailleurs sont liés par un contrat de travail à l'employeur ⁴⁹⁹, ils revêtiront à la fois la qualité de salarié et celle de représentant du personnel. Là réside la première question: celle de déterminer le degré d'indépendance réel des travailleurs dans les débats auxquels ils seront appelés à participer. En effet, on ne peut pas parler d'indépendance lorsque l'une des parties à discussion, l'employeur, dispose, par la faculté de résilier le contrat de travail, de priver l'autre de son emploi. L'autre question est celle de la capacité d'élire, d'être élu, ou même, si la participation est organisée de manière globale, de prendre part aux décisions.
2. Le droit privé suisse est régi par le principe de l'autonomie de la volonté. Il en résulte, dans le domaine qui nous occupe, la conséquence principale que les parties peuvent mettre librement fin au contrat de travail. Cette règle concerne les deux parties; c'est un truisme de constater que, généralement, le travailleur dépend plus étroitement du revenu de son travail que l'employeur de la possibilité de trouver des travailleurs ⁵⁰⁰. La question d'une protection du travailleur contre le licenciement s'est posée à l'occasion des débats du Conseil national sur la révision du titre dixième du Code des obligations. Une minorité de la commission a proposé un article 336 g prévoyant une protection contre les résiliations abusives; l'une des causes d'abus aurait précisément résidé dans une résiliation « en raison de l'activité du travailleur comme membre d'un comité d'entreprise » ⁵⁰¹. Elle a été écartée par 63 voix contre 43. Deux motifs ont prévalu: il s'agissait d'une règle contraire au principe de la liberté des contrats ⁵⁰²; elle était inutile, l'article 2 CCS offrant une protection suffisante ⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Ce qui n'est pas nécessairement le cas pour tous les représentants des travailleurs, en RFA en particulier.

⁵⁰⁰ « On pourrait plutôt dire qu'actuellement, chaque travailleur est un petit roi si l'on tient compte de sa position sur le marché du travail », H. Rügge, *Participation*, SDES, Genève, mai 1973, p. 8. Même si, au moment où il écrivait ces lignes, M. Rügge avait eu raison, ce qui est à tout le moins discutable, les tendances récentes de l'économie confirment que le mot le plus juste de cette phrase est l'adverbe « actuellement », et qu'il est hasardeux de vouloir établir des règles de droit uniquement en fonction de la conjoncture.

⁵⁰¹ Bull. off. CN 1969, p. 831.

⁵⁰² Bull. off. CN 1969, p. 832, Allgöwer, p. 836, von Moos.

⁵⁰³ Bull. off. CN 1969, p. 832, Déonna.

3. Le droit français protège les travailleurs contre les résiliations non justifiées ⁵⁰⁴. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, les délégués du personnel bénéficient d'une protection accrue en ce sens que l'accord du comité d'entreprise est nécessaire pour que la résiliation entre en force. En outre, en cas de résiliation non admise, le travailleur a un droit à la réintégration, inconnu en Suisse.
4. Abstraction faite des droits de tout travailleur, on trouve en Allemagne un curieux système à deux paliers. Selon qu'il exerce une fonction de délégué du personnel en vertu de la loi sur la constitution de l'entreprise ou en vertu de la loi sur la participation, le travailleur ne bénéficie pas de la même protection. La résiliation du contrat de travail d'un membre d'un des conseils institués par la loi sur la constitution de l'entreprise est purement et simplement interdite ⁵⁰⁵; reste réservé le cas des justes motifs de résiliation ⁵⁰⁶.
 Dans cette hypothèse, l'accord du conseil d'entreprise est nécessaire. Pas plus qu'en droit suisse, on ne peut établir un catalogue des justes motifs. Le législateur, dans une loi du 14 août 1969 tendant à la simplification du droit du travail, a révisé l'article 626 BGB. Il a simplement repris, comme définition des justes motifs, celle qu'avait donnée la jurisprudence sur la base de l'ancien texte ⁵⁰⁷. La notion allemande correspond à celle que nous connaissons en Suisse, à ceci près que la grève légale, inconnue ici, est réputée ne pas constituer un juste motif de résiliation immédiate ⁵⁰⁸.
5. Les représentants des travailleurs au conseil de surveillance ne bénéficient d'aucune protection particulière ⁵⁰⁹. Il en résulte qu'ils peuvent faire l'objet d'une résiliation ordinaire, mais qu'ils ne perdent pas, de ce fait, leur mandat. Bien sûr, une telle résiliation pourra dans de nombreux cas être considérée comme socialement injustifiée ⁵¹⁰. D'ailleurs, même lors de résiliation immédiate pour justes motifs, le travailleur membre du conseil de surveillance ne perd pas nécessairement son mandat en même temps que sa place ⁵¹¹. La révocation ne peut intervenir que dans le cadre des règles sur la participation ⁵¹².
6. Deux grands systèmes peuvent être envisagés. Ils ne s'opposent d'ailleurs pas.
 - a) Le contrat passé entre l'employeur et le travailleur est, assorti à l'élection, une des causes du mandat dont le travailleur est investi. La disparition du lien de travail entraîne celle du mandat.

⁵⁰⁴ Art. L 122-4 et ss., Code du travail.

⁵⁰⁵ § 15 I KSchG; D. Neumann, Jura Europae, Droit du travail, 10.10., p. 37.

⁵⁰⁶ Régulé par le § 103 de la BetrVG.

⁵⁰⁷ Arrêts du BAG des 3.11 et 15.12.1955.

⁵⁰⁸ Soergel/Siebert, op. cit. n. 18, § 626 BGB.

⁵⁰⁹ A Nickisch, Arbeitsrecht, Tübingen 1966, t. III, p. 619, n. 7.

⁵¹⁰ Au sens du § 1 KSchG; Meyer-Landhut, Aktiengesetz Grosskommentar, anm. 1, § 96 AktG.

⁵¹¹ BGH du 21 février 1963, in NJW 1963, p. 905, et la doctrine citée.

⁵¹² § 76 V BetrVG 1952 (resté en vigueur selon § 129 I BetrVG): la proposition doit en être faite par les conseils d'entreprise ou par un cinquième des travailleurs, la décision nécessitant une majorité qualifiée des deux tiers; cf. H.-J. Mertens, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, n. 65 ad § 96 AktG.

b) Le contrat de travail est indépendant du mandat. La fin du premier n'entraîne pas la révocation du second.

En outre, dans chaque catégorie, existe une graduation.

7. a) La fonction de participation est l'accessoire du contrat de travail. Elle s'éteint par conséquent lors de la fin du contrat principal. En droit suisse, si rien n'est changé, il en résulterait que le travailleur participant serait soumis aux règles générales, et que son mandat pourrait être supprimé par résiliation ordinaire ou extraordinaire de son contrat de travail. Deux solutions en tout cas existent: celle qui consiste à prévoir des limitations générales à la résiliation, et celle selon laquelle les délégués bénéficieraient d'une protection accrue. On trouve réalisées les deux conditions en droit français. Cependant, dans les trois cas, à divers degrés, une objection surgit. Elle consiste en ce que, par voie indirecte, l'employeur dispose de la faculté de mettre fin à une fonction que le travailleur tient non de lui, mais de ceux qui l'ont élu⁵¹³. Lorsqu'en dernier ressort, c'est une autorité extérieure à l'entreprise qui prend la décision, le mal n'est pas très grave. On peut admettre qu'un tribunal, jugeant qu'un travailleur n'est plus apte à remplir ses obligations, ne l'est plus non plus à représenter ses collègues.

En revanche, il est clair que c'est diminuer le droit de participation, fût-il de codécision paritaire, que de laisser à l'un des protagonistes une sorte de droit de veto contre l'autre.

8. b) A l'opposé, la fonction de participation peut être indépendante du contrat de travail lui-même. Pas nécessairement lors de l'entrée en fonction: il est possible à ce moment que le travailleur candidat doive être lié par un contrat de travail à l'employeur. Mais, en tous cas, par la suite: la résiliation du contrat de travail n'exerce aucun effet direct sur la fonction participative. Seuls peuvent mettre fin à celle-ci ceux qui ont choisi leur représentant. Comme on l'a vu ci-dessus, c'est la solution choisie pour le conseil de surveillance allemand. Elle présente d'ailleurs un autre aspect: il peut être mis fin au mandat sans résiliation de contrat, les motifs pour l'une ou l'autre des révocations n'étant pas nécessairement les mêmes.

9. A cet égard, le texte constitutionnel qui sera choisi aura de l'importance. En effet, si le texte de l'initiative laisse au législateur le soin de régler cette question, le texte du contreprojet exclut la solution b): « Seuls les travailleurs occupés dans l'exploitation peuvent exercer les droits de participation découlant du premier alinéa »⁵¹⁴. Dans l'hypothèse d'une acceptation par le peuple et les cantons du contreprojet, le droit de participation prévu dans les lois d'application ne pourra être qu'un accessoire du contrat de travail. Il en découle que l'étude de la protection contre les résiliations deviendra une condition essentielle de la mise en place d'un système authentique de participation.

⁵¹³ On suppose que les représentants des travailleurs seront élus par leurs pairs; toute solution consistant à laisser le choix à l'employeur n'aurait plus rien à voir avec la participation.

⁵¹⁴ Bull. off. CdE 1974, p. 148, 149.

10. L'existence d'un système de participation implique que les travailleurs désignent des représentants. On voit mal en effet l'ensemble du personnel siéger dans des commissions mixtes ou être partenaire direct de l'employeur. Il s'agit là d'une considération pratique. Le mode de choix, à l'époque actuelle, ne peut être que celui de l'élection. Il n'est pas exclu en revanche que certaines procédures de nomination puissent exister⁵¹⁵. On examinera ci-dessous le mode d'élection d'une part, les problèmes de capacité électorale d'autre part.
11. On pense immédiatement, lorsqu'il s'agit de déterminer un mode d'élection, à opposition entre scrutin majoritaire et scrutin proportionnel. Mais pour faire un choix, il faut tenir nécessairement compte d'autres éléments. Ainsi par exemple, si les représentants des travailleurs devaient être peu nombreux, le mode d'élection dépendrait de la détermination préalable des « circonstances électorales ». Seul le scrutin majoritaire est concevable s'il faut élire trois représentants des travailleurs au conseil d'administration et qu'il est décidé que les ouvriers, les employés et les cadres subalternes auront droit chacun à un représentant. Il en irait de même si le nombre des personnes à élire est le même que la somme des diverses parties d'une entreprise ayant droit à être représentées. En revanche, le scrutin proportionnel pourrait être envisagé avec un collège unique sans que nécessairement les différentes catégories de travailleurs soient inégalement représentées. Il faudrait alors que chaque catégorie présente une liste.
12. Si le nombre des sièges à pourvoir est suffisant, le mode d'élection au Conseil national pourrait être utilisé. Les sièges seraient répartis entre les différentes catégories de travailleurs (de la même manière qu'entre les cantons), le scrutin proportionnel permettant que dans chaque groupe, les différents courants d'opinion soient représentés (par analogie avec les partis politiques). En France, le mode d'élection des représentants des travailleurs au comité d'entreprise est assez analogue: « Le scrutin est de liste et à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne »⁵¹⁶. D'autre part, les différentes catégories de travailleurs ont droit à des représentants. En réalité, au-delà de cette similitude relative, le droit français de la participation s'écarte des règles d'élection au Conseil national: par l'institution d'un deuxième tour (qui a lieu si le nombre des votants au premier tour est inférieur à la moitié des électeurs inscrits), par l'exclusivité réservée aux syndicats représentatifs pour la présentation de listes au premier tour.
13. Pratiquement, deux questions viennent à l'esprit:
- a) il faut déterminer qui fixera les règles électorales, et
 - b) qui sera chargé de l'organisation de l'élection.
- a) En Allemagne et en France, les règles sont établies par l'Etat⁵¹⁷. Dans le seul cas actuellement prévu par la loi en Suisse, celui de la désignation des membres de la délégation de travailleurs signataire du règlement

⁵¹⁵ Le Wahlvorstand allemand (organe chargé d'organiser les élections) est nommé par le conseil d'entreprise, § 16 BetrVG. Sur les modes de choix, cf. J.-F. Aubert, *Le choix des autorités*, Der Staat als Aufgabe, Bâle 1972, p. 17 et ss.

⁵¹⁶ Art. 433-9 du Code du travail.

⁵¹⁷ Wahlordnung, fondée sur le § 126 de la BetrVG.

d'entreprise conventionnel ⁵¹⁸, le législateur s'est borné à imposer la liberté d'élection, laissant à un règlement établi par convention collective de travail ou par un accord collectif analogue les détails.

Le choix entre un droit électoral étatique ou conventionnel est important. Il est en relation avec la question de la représentation syndicale (si l'on ne tient pas compte de la représentation directe, imposée par le texte de l'initiative, possible selon le contreprojet du Conseil fédéral, exclue par le contreprojet de l'Assemblée fédérale) ⁵¹⁹. Si un régime de participation devait être institué par la loi, l'exigence de l'uniformité de traitement entre les entreprises imposera que les principes électoraux soient définis par l'Etat.

- b) En Allemagne, c'est un organe spécial, le Wahlvorstand, qui est chargé de l'organisation des élections. Il est nommé par le conseil d'entreprise ⁵²⁰. Ainsi, l'élection a lieu sous la direction des travailleurs. En France, l'organisation des élections fait l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées ⁵²¹. Les contestations sont du ressort du tribunal d'instance ⁵²².

14. Comme en matière de droit public, la capacité de participer peut dépendre de nombreux facteurs, qu'il s'agisse de la nationalité, de l'âge par exemple. L'idée formulée par plusieurs partisans de la participation, qu'il s'agit d'introduire dans l'économie un type de démocratie que l'on connaît pour les affaires d'Etat, inciterait à ce que les critères de la capacité civique active et passive soient utilisés dans ce domaine. La question à trancher est politique. Une considération de fait cependant: quelle que soit sa nationalité, la situation d'un travailleur dans l'entreprise qui l'emploie est la même. On fait ici abstraction de la plus grande précarité de l'emploi pour les étrangers, précarité qui n'est pas un obstacle, dans la mesure où le fait d'être plus vulnérable n'est pas de nature à diminuer les droits des étrangers.
15. Les travailleurs allemands doivent, pour être éligibles dans le cadre de la loi sur la constitution de l'entreprise (soit au conseil d'entreprise en particulier), être âgés de dix-huit ans au moins, avoir passé six mois dans l'entreprise, et n'avoir pas fait l'objet d'un retrait de capacité à occuper une fonction publique par le juge ⁵²³. On notera qu'il n'est pas ici question de capacité au sens large, mais seulement au sens du droit public. Pour être élus comme représentants dans le conseil de surveillance, les conditions sont les mêmes pour les travailleurs et pour les représentants des actionnaires: personnalité physique, pleine et entière capacité ⁵²⁴. Ces conditions impliquent donc

⁵¹⁸ Art. 37 LT, 73 I OLT I.

⁵¹⁹ On peut faire le petit calcul académique suivant: soit une entreprise de 100 travailleurs, avec un comité où siègent 5 travailleurs; 34 électeurs sont syndiqués et choisissent des collègues, 66 non-syndiqués votent pour des non-syndiqués. Le scrutin proportionnel assurera deux sièges aux syndiqués, le scrutin majoritaire aucun.

⁵²⁰ § 16 BetrVG.

⁵²¹ Art. L 433-2 III, IV Code du travail; il s'agit de ce que nous appellerions une convention collective d'entreprise, à ceci près que l'accord lie, en France, tous les travailleurs.

⁵²² Art. L 433-10 Code du travail.

⁵²³ § 7, 8 BetrVG.

⁵²⁴ § 100 AktG.

l'accomplissement de la vingt et unième année ⁵²⁵. L'élection d'une personne à capacité restreinte est exclue, même avec le consentement du représentant légal ⁵²⁶. En revanche, les émancipés disposent des droits de l'adulte.

16. Plus que ces détails d'application, ce qui est à remarquer dans le droit allemand, c'est l'absence de toute condition tenant à la nationalité, au sexe, au domicile. Les règles françaises sur la capacité « participative » sont plus restrictives. Sans s'arrêter à des conditions de type particulier (il faut savoir lire et écrire pour être élu), on remarquera que la nationalité joue un rôle important. Pour être éligible, il faut être « de nationalité française, sujet ou protégé français » ⁵²⁷. Pour être électeur, il faut être de nationalité française ou avoir travaillé cinq ans au moins en France.
17. Le critère de la nationalité présente un aspect qui dépasse le plan simplement pratique. En effet, admettre des restrictions au droit de la participation tirées de la nationalité équivaut à considérer ce droit sous le même angle que les droits civiques. Il s'agirait d'un système comparable, toutes proportions gardées, au droit de vote en matière ecclésiastique. Par exemple, dans le canton de Neuchâtel, qui connaît le principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, la capacité élective dépend uniquement des statuts de l'Eglise ⁵²⁸. Ceux-ci ne font pas de distinction de nationalité, la seule qualité de fond exigée étant l'appartenance à une Eglise ⁵²⁹. L'autre possibilité est représentée par les règles sur la nationalité du droit de la société anonyme ⁵³⁰: l'Etat impose des restrictions au choix des actionnaires.

⁵²⁵ § 2 BGB.

⁵²⁶ Meyer-Landhut, loc. cit., ann. 1 ad § 100 AktG.

⁵²⁷ Art. 7, 8 O du 22 février 1945.

⁵²⁸ Art. 71 IV Constitution neuchâteloise.

⁵²⁹ Art. 5 Cst. de l'Eglise réformée neuchâteloise du 22 octobre 1942, contra, Eglise genevoise.

⁵³⁰ Art. 711 CO.

CHAPITRE XI

LA PARTICIPATION ET LE DROIT COLLECTIF DU TRAVAIL

1. Un grand nombre de relations de travail sont soumises, en Suisse, aux règles de conventions collectives de travail. Soit directement, lorsque la Convention collective de travail lie les parties⁵³¹: soit indirectement, lorsque les employeurs appliquent la Convention collective du travail à tous les travailleurs de l'entreprise, qu'ils soient liés ou non⁵³², ou lorsqu'ils y sont tenus par les statuts de leur association patronale; ou lorsque l'Etat ne délivre des permis de travail aux étrangers qu'autant que l'employeur applique à ces derniers la Convention collective de travail de la branche; enfin, lorsque la Convention collective de travail a fait l'objet d'une décision d'extension par l'Etat⁵³³.
2. La mise sur pied d'un système de participation peut avoir une influence sur le droit collectif du travail. Il convient par conséquent de rechercher les caractères distinctifs de chacune des institutions.

D'une manière générale, le droit collectif du travail est négocié extérieurement à l'entreprise, très souvent par des groupements d'employeurs (par opposition à des employeurs seuls), et par des représentants de travailleurs de plusieurs entreprises. Leur but consiste à établir le « statut » des travailleurs d'une branche économique déterminée.

En revanche, dans un système de participation, les débats sont menés à l'intérieur de l'entreprise, et les décisions prises de même. Il en résulte, si les syndicats ne sont pas considérés comme des sujets de participation en tant que tels, et compte tenu du taux de syndicalisation en Suisse, qu'ils n'auront pas dans ce domaine la position-clé qu'ils occupent dans l'élaboration du droit collectif du travail.

⁵³¹ Parce qu'elles sont membres d'un groupement signataire ou liées ensuite d'une déclaration de soumission, art. 357, 356 b CO.

⁵³² Cf. ATF 97 I 305 Bouille.

⁵³³ LF permettant d'étendre le champ d'application des CCT du 28 septembre 1956. A noter qu'ici également, il peut y avoir des collisions de droit applicable; sic ensuite de la décision d'extension de la CCT nationale pour les hôtels, restaurants et cafés (ACF du 17 mai 1974, FF 1974 I 1526); cette CCT étendue déploie son champ d'application dans des entreprises où les personnes concernées sont déjà liées par une CCT d'entreprise.

3. Tout dépend bien sûr de la répartition des compétences entre les organes où s'exerce la participation et ceux des conventions collectives. Mais, en l'état actuel du droit suisse, les organes où pourrait s'exercer la participation en détiennent de très importantes. Que l'on pense simplement à celle consistant à accepter ou à refuser d'être membre d'une association patronale partie à une convention! Que l'on pense également au cas de licenciements collectifs! Les apporteurs de capitaux ou leurs représentants disposent de cette compétence, mais, pratiquement, ils ne peuvent que difficilement l'exercer sans en référer au partenaire social. Mais il s'agit là d'une obligation naturelle, le plus souvent respectée pour des raisons de politique générale (on demande l'avis des représentants de ceux qui seront touchés). Or, dans un régime de participation, cet avis aura été donné à l'intérieur de l'entreprise, dans le cadre du processus de décision auquel prennent part les travailleurs ou leurs représentants.
4. La participation au plus haut niveau poserait des problèmes extrêmement difficiles à résoudre. Ainsi, lors de la conclusion d'une convention d'entreprise, l'une des parties représenterait la volonté des travailleurs, l'autre, la volonté de l'employeur. Mais, la volonté de l'employeur, si du fait des règles sur la participation, des travailleurs siègent dans l'organe de gestion, sera influencée par ceux-là. A la limite, une même personne pourrait se trouver être signataire de l'accord des deux côtés. La difficulté existe d'ailleurs dans toutes les formes d'accords collectifs. La volonté du groupement d'employeurs partie à une convention bicorporative est celle de ses membres, la volonté de ceux-ci étant exprimée par des organes où siègeraient des travailleurs. Cette difficulté est moindre en droit allemand, puisque la représentation de l'employeur est de la compétence du Vorstand, organe qui est seulement indirectement soumis aux règles de la participation (au moment de sa désignation par le conseil de surveillance).
5. La première solution qui vient à l'esprit n'est pas satisfaisante. Elle consisterait à établir que seuls les apporteurs de capital, quelle que soit la structure de l'entreprise, ont qualité pour la représenter dans les accords passés avec des organisations de travailleurs. Le risque principal consiste en ce que la volonté de l'entreprise ne sera pas la même selon qu'elle agit dans le cadre du droit collectif du travail ou non. Un exemple académique: les représentants des apporteurs de capital, dans une négociation collective, ont obtenu, après avoir cédé sur d'autres points, que la convention collective ne contienne pas de clause d'indexation des salaires. Mais à l'intérieur de l'entreprise, par accords individuels entre elle et les travailleurs, l'indexation est convenue (majorité acquise au conseil d'administration par l'addition des voix des représentants des travailleurs et une minorité de représentants des actionnaires). Les avantages cédés en négociation par les représentants des apporteurs de capital sont de droit relativement impératif et ne peuvent plus être remis en cause.
6. On peut tenter de sortir de l'impasse par un raisonnement logiquement soutenable mais peu satisfaisant dans la pratique. Compte tenu du taux de syndicalisation en Suisse (qui est une donnée de fait susceptible d'évoluer), il est vraisemblable que les syndicats n'aurent pas la majorité des sièges revenant aux travailleurs dans les organes de l'entreprise (même si dans l'entreprise, ils étaient représentés en tant que tels). Par conséquent, lorsque

les conventions collectives sont passées avec des syndicats, il n'y aurait pas identité formelle entre les travailleurs de l'entreprise et les représentants des syndicats.

7. L'autre question, évoquée ci-dessus, n'en est pas résolue pour autant. Quelle part des objets à traiter restera dans le domaine du droit collectif du travail? L'Union syndicale suisse soutient que si la commission du personnel est investie par la loi de pouvoirs en matière « d'engagement, de promotion, de licenciement, de gestion des institutions sociales, de détermination des prestations sociales... il resterait une large marge pour la convention collective de travail »⁶⁸⁴. C'est peut-être exact, mais une réalité demeure: c'est parce qu'elles règlent des domaines concrets, immédiatement perceptibles par les travailleurs, telles les questions d'engagement, de licenciement, de salaire, etc., que les conventions collectives ont une certaine valeur aux yeux des travailleurs. Le jour où ces questions seront résolues à l'intérieur même de l'entreprise, il sera difficile de mobiliser les intéressés sur des problèmes de clause compromissaires par exemple. Il n'est pas téméraire de soutenir que la participation aura pour conséquence de réduire le champ d'action du droit collectif du travail.
8. Une présence même majoritaire des syndicats dans les organes de gestion créerait la difficulté logique exposée ci-dessus, selon laquelle, dans certaines négociations, ils influenceraient la formation de la volonté des deux parties. On peut douter qu'elle contribue à simplifier la seconde difficulté. Même si les syndicats arrivaient à conserver une cohésion suffisante pour que leur politique soit identique dans toutes les entreprises, les décisions qu'ils devraient prendre à de nombreuses reprises seraient fondées plus sur les conditions propres de l'entreprise que sur des impératifs de politique syndicale générale, ce qui limiterait bien sûr la quantité d'objets suffisamment généraux pour qu'ils puissent être traités par le droit collectif du travail.

⁶⁸⁴ USS, Participation. 1972, p. 18.

CONCLUSIONS

1. Pour le juriste, la construction d'un modèle de participation est difficile dans la mesure où elle a pour effet de remettre en cause d'autres institutions ou principes. Elle l'est d'autant plus que les effets de la participation ne sont pas les mêmes pour tous. Pour situer la question: on peut théoriquement concevoir une structure de participation aux décisions économiques de l'entreprise. L'atteinte à d'autres droits subjectifs ne sera pas la même selon que l'entreprise est constituée en personne morale ou en entreprise individuelle (ou société de personnes). Et ce n'est pas résoudre le problème que de réserver la participation aux personnes morales en supposant qu'elles sont les plus importantes et par conséquent celles où la nécessité de donner aux travailleurs plus de droit est la plus forte. D'une part, parce que les plus grandes entreprises ne sont pas nécessairement des personnes morales⁶³⁵. D'autre part, parce qu'un simple changement de structure permettrait d'échapper aux règles sur la participation.
2. Le principe de l'égalité serait sans doute violé par un traitement uniforme⁶³⁶. Ainsi qu'on l'a vu, nous n'estimons pas que les droits de la personne morale seraient touchés par l'introduction d'un système de participation; de même, les droits des apporteurs de capitaux ne subiraient qu'une restriction de peu d'importance. Compte tenu du principe de la responsabilité personnelle des associés de sociétés de personnes ou de titulaires de raisons individuelles, le même raisonnement est difficilement applicable. Lorsqu'il fournit de l'argent à une société anonyme, l'actionnaire sait, en régime de participation, que l'utilisation qui en sera faite pourra en partie dépendre de décisions auxquelles participent des apporteurs de travail. Mais le risque est connu, et quelles que puissent être les décisions imposées par les représentants des

⁶³⁵ P. ex., ce n'est que récemment qu'une entreprise de l'importance de la Werkzeugmaschinenfabrik Erlikon est devenue une S.A.; jusqu'à fin 1967, elle était une société en commandite simple; cf. ATF 96 IV 156, Lebedinsky, A.

⁶³⁶ Dans la mesure où nous estimons qu'il n'y a pas de limites matérielles à la revisibilité de la Constitution, nous pensons qu'il serait tout à fait possible qu'une disposition constitutionnelle contienne un principe dérogeant à l'art. 4. L'analyse que nous faisons ici est fondée sur le principe lui-même et non pas sur la possibilité juridique d'y déroger ou non.

travailleurs, l'apporteur de capital ne répond pas au-delà de son engagement. Il n'en va pas de même du titulaire d'une raison individuelle qui, dans un régime de participation paritaire aux décisions, pourrait se faire imposer (après arbitrage s'il y a lieu) des décisions dont il répondrait sur ses biens propres.

3. A la résolution de cette question peuvent être apportées des ébauches de solution. Celle qui vient immédiatement à l'esprit est sans doute la plus malaisée à réaliser. Elle consisterait à modifier le droit des sociétés de telle manière que les risques courus par les apporteurs de capitaux soient les mêmes, quelle que soit la forme dans laquelle elles exercent leur activité. Elle implique une refonte totale non seulement du droit commercial, mais également de la conception même que l'on se fait des affaires en Suisse. Une autre solution consisterait à recourir à un critère quantitatif. Partant du principe selon lequel le besoin de structures de participation est d'autant plus nécessaire que l'entreprise est grande, seules les entreprises de plus de X travailleurs seraient soumises aux règles sur la participation. Ce qui consisterait à imposer indirectement à ces entreprises de revêtir une forme dotée de personnalité, dans la mesure où le risque pour les apporteurs de capitaux de devoir payer de leurs biens propres les conséquences de décisions imposées par d'autres deviendrait important.
4. Dans son principe, la solution allemande est plus nuancée. Toutes les entreprises de plus de cinq travailleurs sont soumises à une obligation minimum de participation fondée sur la *Betriebsverfassungsgesetz*, seules les entreprises de la métallurgie ou minières⁶³⁷ et les sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée en commandites par actions de plus de cinq cents travailleurs⁶³⁸ étant, à des degrés divers, soumises à la règle de la participation des travailleurs à la gestion. Le texte de l'initiative ne ferait pas obstacle à l'instauration d'un tel système. On doit cependant constater que, dans ce cas non plus, les entrepreneurs ne seraient pas traités de manière uniforme. En ce qui concerne le contreprojet, la résolution de la question dépendra essentiellement de l'interprétation que l'on donnera au mot exploitation. En effet, dans une acceptation étroite, la participation n'aura pas d'influence sur la situation économique de l'entreprise. En revanche, dans une acceptation large⁶³⁹, les décisions prises pourraient avoir des effets sur la marche de l'entreprise.
5. La situation des travailleurs sujets de participation est juridiquement différente de celle qu'ils ont actuellement. En effet, pour ce qui touche aux objets traités, ils passeront d'un régime de liberté contractuelle à un régime de majorité. Les décisions prises conjointement par leurs représentants et l'employeur auront ceci de particulier qu'elles s'imposeront également à ceux des travailleurs qui se sont opposés aux représentants désignés. Pratiquement, le droit suisse connaît cette règle de la majorité dans deux hypothèses (où elle constitue une obligation):

⁶³⁷ § I MitbestG.

⁶³⁸ § 76 et ss. BetrVG 1952, par renvoi du § 129 BetrVG.

⁶³⁹ Si l'on admet, p. ex., que le rythme de production fait partie de l'exploitation.

- a) Le contenu du règlement d'entreprise conventionnel est opposable à tous les travailleurs, même si leurs représentants ont été élus sur un programme auquel ils n'adhèrent pas.
 - b) Lorsqu'une convention collective de travail prévoit une clause de réciprocité syndicale au sens large ⁶⁴⁰, le travailleur est soumis, pour ce qui concerne les sujets traités dans la Convention collective de travail, à la décision de la majorité d'un syndicat, même s'il n'en fait pas partie.
6. L'influence de l'Etat dans l'économie (degré d'interventionnisme) ne serait pas augmentée par l'introduction d'un système de participation. En effet, il ne s'agit pas de donner aux pouvoirs publics une compétence d'édicter du droit matériel du travail, mais bien celle de prévoir des structures obligées à l'intérieur desquelles des personnes privées doivent prendre les décisions matérielles qui les concernent. En d'autres termes, l'Etat se trouverait dans la même situation que celle qu'il a dans le domaine des conventions collectives de travail (extension réservée): la loi prévoit les mécanismes sans pour autant imposer le contenu des accords réalisés. La différence tient au degré, en ce sens que l'obligation n'existe pas de faire une convention collective de travail, alors que nécessairement, elle serait faite d'établir des structures de participation.
7. Pour cette raison d'ailleurs, l'instauration d'un système de participation peut déboucher sur des résultats différents selon la conception politique qui aura présidé à sa mise en place.

Théoriquement, l'Etat pourrait se borner à mettre sur pied une structure obligée de participation, et déduire du fait que la totalité des personnes concernées ont leur mot à dire dans l'établissement des règles touchant à leurs rapports qu'il n'est plus nécessaire de s'occuper de droit matériel du travail. En d'autres termes, la volonté de l'Etat étant celle de la majorité du peuple, il serait inutile que cette volonté s'exprime à deux reprises, au niveau de l'entreprise d'une part, au niveau de la loi d'autre part. Le système qui résulterait d'une telle interprétation serait du type corporatiste le plus pur (abandon par l'Etat de certaines de ses prérogatives aux personnes intéressées et réglementation des professions par ceux qui les pratiquent). Ce type de raisonnement, répandu même dans certains milieux de travailleurs, est fallacieux, en ce sens que la situation d'une même personne en tant que citoyen et en tant que travailleur n'est pas la même. En tant que citoyen, une personne peut adopter une position qui peut-être présenterait des risques si elle était choisie par le travailleur ⁶⁴¹. En outre, l'Etat est meilleur juge de la notion d'intérêt public que la volonté commune d'entreprise ayant des buts différents.

⁶⁴⁰ Clause selon laquelle les employeurs conventionnés renoncent à prendre à leur service des travailleurs non soumis à la CCT; sous quelques réserves, le TF admet la licéité de cette clause, ATF 75 II 305, Müller. La clause de réciprocité au sens étroit, soit l'engagement pris par les parties de ne contracter qu'avec des membres de l'autre partie, est illicite, art. 356 a CO.

⁶⁴¹ Sauf cas très exceptionnels, l'Etat ne peut pas retirer la nationalité suisse. En admettant p. ex. que la participation soit limitée au niveau de l'exploitation, la réalisation du contrat de travail continuera d'être de la compétence des apporteurs de capitaux ou de leurs représentants.

8. Politiquement, même si elle n'est pas clairement exprimée dans les débats concernant la participation, cette question est fondamentale. Elle consiste à déterminer quelle sera la part de compétence cédée aux entreprises dans le domaine des relations de travail. La tentation pourrait en effet être grande pour l'Etat de pratiquer une sorte d'abstentionnisme dans le domaine du droit matériel, en prenant prétexte de l'existence d'institutions faites pour poser des règles. Ainsi, de nombreux problèmes ont été renvoyés aux conventions collectives de travail.
9. Au moment où ces lignes sont écrites, le constituant n'a pas tranché entre les propositions qui lui sont faites. Il pourra répondre de trois manières :
- a) Accepter l'initiative et rejeter le contreprojet ;
 - b) Accepter le contreprojet et rejeter l'initiative ;
 - c) Rejeter l'initiative et le contreprojet.
10. a) Si l'initiative est acceptée, il appartiendra au législateur de faire une loi d'application.
- b) Si le contreprojet est accepté, le législateur aura la même tâche que dans le cas précédent, avec peut-être cette difficulté supplémentaire qu'il devra définir ce que ceux qui ont voté oui entendent par une participation limitée à l'« exploitation ».
11. c) Si les partisans du statu quo l'emportent, l'interprétation du résultat sera compliquée. On doit envisager deux hypothèses.
- aa) La minorité des votants l'a emporté. Les partisans de l'une et l'autre des propositions forment ensemble la majorité, mais aucun des projets n'a passé le cap des cinquante pour cent (pour simplifier, on laissera de côté les possibilités de résultats du même type que ceux obtenus lors de la votation de l'article conjoncturel, le 2 mars 1975). Un premier constat : le constituant veut la participation, mais les citoyens ne s'accordent pas sur la forme à lui donner. La suite est logique : ou bien le législateur en prend acte et tente de construire un système sur les bases constitutionnelles existantes, ou bien il faut poser à nouveau la question au constituant, en lui proposant d'autres textes. Nous pensons que si la volonté d'instaurer la participation est claire, cette deuxième voie est la seule possible.
- Le choix de la première implique que la loi future soit fondée sur l'article 34 ter I litt. b. Ce qui ne nous paraît pas possible. Non pas à cause du fait que cette règle ne constituerait pas en elle-même une base suffisante, mais bien à cause de l'évolution de la question de la participation. Lorsqu'elle a proposé son contreprojet, l'Assemblée fédérale n'avait pas l'impression de demander une limitation constitutionnelle de la portée de l'article 34 ter I litt. b, mais bien d'introduire dans la Constitution une disposition allant au-delà de ce qui s'y trouverait. Elle se ralliait à l'opinion du Conseil fédéral, selon lequel il n'y a pas de base dans le droit constitutionnel actuel. Sous cet angle, en cas d'échec, tout ce que pourrait faire le législateur serait une loi qui, matériellement, irait moins loin que ce que permettrait l'article 34 octies proposé.

On rétorquera que le législateur n'est pas lié par l'interprétation que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ont donnée de l'article 34 ter I litt. b. C'est vrai. Mais raisonnons concrètement; si le constituant a refusé l'initiative, et qu'il a refusé également le contreprojet, il l'aura fait avec l'idée de ne pas vouloir augmenter les compétences de la Confédération. Par conséquent, une loi fondée sur l'article 34 ter I litt. b ne pourra pas aller au-delà de ce qu'aurait permis l'article 34 octies. Elle ne pourra même pas instituer un système qui soit conforme à cette disposition. Le respect du principe démocratique l'impose. La seule possibilité, ce serait de faire une loi qui se situe en-deçà de ce que vise le contreprojet. Il est difficile de soutenir que l'on puisse encore parler de participation!

Disons-le: dans l'esprit des électeurs, la volonté de maintenir le statu quo, ce n'est pas estimer que l'interprétation large de l'article 34 ter I litt. b est préférable aux propositions. C'est dire non à une modification du système actuel. On peut critiquer si l'on veut les règles applicables aux votes dans lesquels un contreprojet est opposé à une initiative⁶⁴². Elles existent, et si les partisans, même minoritaires du statu quo l'emportent, la participation ne pourra être créée qu'à la suite d'un nouveau vote du constituant.

- bb) Si plus de cinquante pour cent des électeurs votent deux fois non, on ne pourra que constater une volonté nette de maintenir le statu quo. Mais, comme on l'a vu ci-dessus, pas tant le statu quo juridique. Il s'agira plutôt d'une adhésion au système actuel des relations entre employeurs et travailleurs.

⁶⁴² Cf., sur cette question, le Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur les droits politiques du 9 avril 1975, p. 36 et ss.; J. Keller, Initiative und Gegenentwurf, ZBI 1975, p. 177 et ss.

BIBLIOGRAPHIE

- H. Allenspach/A. Jetzer, *De la participation à la cogestion*, Genève, 1972.
- R. Aron, *Histoire de Vichy*, Paris, 1954.
- J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967; *Le choix des autorités, Der Staat als Aufgabe*, Bâle, 1972, p. 17 et ss.
- L. Bagi, *La garantie constitutionnelle de la propriété*, thèse, Lausanne, 1956.
- R. Bäumlin, *Die Kontrolle des Parlements über Regierung und Verwaltung*, RDS 1966 II, p. 165 et ss.
- F.-W. Bigler, *Commentaire de la Loi sur le travail*, Berne, 1966.
- A. Bolle, *Capitalisme et participation*, La Chaux-de-Fonds, 1972.
- A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, 1968.
- G. Bosset/C. Schmidt, *Guide des sociétés en droit suisse*, Genève, 1963.
- H. Brühwiller, *Der Ausbau der parlamentarischen Verwaltungskontrolle im Bund*, ZBI 1967, p. 33 et ss.
- A. Brun/H. Galland, *Droit du travail*, Paris, 1958.
- W. Burkhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 1931.
- G. Camerlynck/G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Paris, 1972.
- H. Christen, *Die Sicherung des Anstellungsverhältnisse*, thèse, Zurich, 1945.
- H. Deschenaux, *Le titre préliminaire du code civil*, *Traité de droit civil suisse II.1*, Fribourg, 1969.
- R. Didisheim, *La notion de droit civil fédéral*, thèse, Lausanne, 1973.
- J. Dubs, *Le droit public de la Confédération suisse*, Neuchâtel/Genève, 1878.
- H. du Moulin de Labarhète, *Le temps des illusions*, Genève, 1946.
- M. Duverger, *Sociologie de la politique*, Paris, 1973; *La monarchie républicaine*, Paris, 1974.
- A. Egger, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1928.
- P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973.
- V. Fay, *Du contrôle ouvrier à l'autogestion*, *Critique socialiste*, mai-septembre 1973, p. 68.
- E. Forsthooff, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969.
- C. Frey, *Grève générale de 1918*, Genève, 1969.

- J.-H. Galbraith, *Le nouvel Etat industriel*, Paris, 1974 (traduit).
- Ch. de Gaulle, *Mémoires de guerre*, Paris, 1959;
Discours et messages, Paris, 1970;
Mémoires d'espoir, Paris, 1970.
- W. Gautschi, *Das Oltener Aktionskomitee*, thèse, Zurich, 1955.
- Z. Giacomerti, *Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1965;
 Expertise du 23 septembre 1966 concernant l'article 31 quater de la Constitution fédérale.
- E. Giroud, *Démocratie économique et travail associé*, Berne, 1947.
- R. Goldschmid, *Unsoziale Kündigung im Arbeitsrecht*, RSJ, 1939, p. 170.
- A. Grisel, *la Réglementation du travail dans le commerce et l'artisanat*, RDS, 1948, p. 457 a et ss.;
Droit administratif suisse, Neuchâtel, 1970.
- M. Gutzwiller, *Das Recht der Verbandspersonen*, Schweizerisches Privatrecht, Bâle/Stuttgart, 1967, p. 482.
- F. Gygi, *Die schweizerische Wirtschaftsverfassung*, rapport à la SSJ, 1970, p. 265 et ss.
- G. Habertisch, *Droit fédéral des obligations*, Moudon, 1886.
- B. Hardmeier, *Participation*, *Revue syndicale suisse*, 1972, p. 370 et ss.
- W. Hefmehl, *Droit des sociétés*, Jura Europae.
- R. Helg, *La haute surveillance du Parlement sur le Gouvernement et l'administration*, RDS 1966 II, p. 85 et ss.
- J. Hémard/F. Terré/P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, Paris, 1972.
- A. Hirsch, *Problèmes actuels du droit de la société anonyme*, RDS 1966 II, p. 1 et ss.
- F. Hofstetter-Leu, *I progetti corporativi svizzeri*, *Rivista internazionale di scienze sociali*, Milan, 1935.
- H. Huber, *L'avenir de la liberté du commerce et de l'industrie*, Publications du cercle juridique de l'Université de Genève, 1954, p. 224 et ss.;
 Expertise du 30 octobre 1966 concernant l'article 31 quater de la Constitution fédérale.
- A. Hueck/H.-C. Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrechts*, Berlin/Francfort, 1960;
Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin/Francfort, 1957.
- W. Hug, *Commentaire de la Loi sur le travail*, Berne, 1971.
- C. Jacottet, *Manuel de droit fédéral des obligations*, Neuchâtel, 1884.
- Chs-A. Junod, *Problèmes actuels de la constitution économique*, RDS 1970 II, p. 624 et ss.
- B. Knapp, *Intérêt, utilité et ordre publics, Stabilité et dynamique du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Bâle, 1975.
- J. Keller, *Initiative und Gegenentwurf*, ZBl, 1975, p. 177 et ss.
- P. Kreis, *Les dissidents et la paix du travail*, Berne, 1973.
- H. Krüger, *Juristische Aspekte der paritätische Mitbestimmung*, thèse, Kiel, 1972.
- Leibholz/Rinck, *Grundgesetz*, Cologne, 1966.
- M. Maillefer, *La nature juridique et le fonctionnement des commissions de personnel*, Berne, 1973.
- J. Malherbe, *Le corporatisme d'association*, thèse, Lausanne, 1940.
- E. Mandel, *Contrôles ouvriers, conseils ouvriers, autogestion*, Paris, 1973.
- v. Mangolt, *Bonner Grundgesetz*, Berlin/Francfort, 1953.

- H. Marti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, Berne, 1950;
 Les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie, Publications du cercle juridique
 de l'Université de Genève, 1954, p. 69 et ss.
- A. Meister, *Autogestion, les équivoques du cas yougoslave*, *Le Monde*, 30 juin/1^{er} juillet 1974.
- P. Mendès-France, *Chosir*, Paris, 1974.
- H.-J. Mertens, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*.
- H. Merz, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch*, Berne, 1962.
- Meyer-Landhut, *Aktiengesetz Grosskommentar*.
- R. Miliband, *l'Etat dans la société capitaliste*, Paris, 1973 (trad.).
- H. Nef, *Expertise du 5 juin 1966 concernant l'article 31 quater de la Constitution fédérale*.
- D. Neumann, *Jura Europae, Droit du travail*.
- A. Nickisch, *Arbeitsrecht*, Tübingen, 1961, 1966.
- P.-D. Ollier, *Le droit du travail*, Paris, 1972.
- Oser/Schönenberg, *Kommentar zum Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1936.
- J. Pélessier, *Documents de droit du travail*, Paris, 1971.
- E. Renan, *L'avenir de la science*, Paris, 1890.
- P. Raymond-Sauvain, *Le syndicalisme en Suisse*, Genève, 1966.
- G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, 1949;
 Les forces créatrices du droit, Paris, 1955.
- G. Ripert/R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Paris, 1972.
- J. Rivero/J. Savatier, *Droit du travail*, Paris, 1970.
- J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, ed. 10/18, Paris, 1973.
- H. Rüegg, *Participation*, Genève, 1973.
- R. Ruffieux, *Le rôle du pouvoir exécutif dans le processus référendaire suisse*, *Annuaire suisse
 de sciences politiques*, 1971.
- P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Berne, 1970.
- W. Schad, *Le problème de la cogestion dans l'entreprise moyenne en Allemagne*, thèse,
 Genève, 1969.
- W. Schlupe, *Eigentumsgarantie und Mitbestimmung*, *Festgabe F.-J. Jeger*, Solcure, 1973, p. 425.
- Schmidt/Bleibtreu/Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bonn, 1967.
- E. Schweingruber/F. Bigler, *Commentaire de la convention collective de travail*, Berne, 1973.
- Sorgel/Siebert, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Stuttgart, 1969.
- J. v. Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1958.
- F. de Steiger, *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Lausanne, 1973.
- J.-M. Verdier, *Les syndicats*, Paris, 1972.

- Confédération des syndicats chrétiens, Exposé des motifs de l'initiative, sans date.
- Documents de travail de la Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne, 1974.
- Les encycliques sociales, Paris, 1962.
- Lip 1973, éd. Seuil, Paris, 1973.
- Luber, Deutsche Sozialgesetze.
- Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne, 1973.
- Rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, Lausanne/Berne, 1972.
- Union syndicale suisse, Travailleurs et syndicats, Berne, 1972.
- Participation, Berne, 1972.