

Le droit du travail allemand face à la « crise » : un « modèle » pour le droit français ? (1)

par *Patrick RÉMY*, Maître de conférences à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. Négociation collective avec les syndicats et pouvoirs du conseil d'établissement : quelle articulation en général ?

II. La mise en œuvre de ces distinctions lors du recours – qui a été massif – au chômage partiel

- A. Le recours au chômage partiel
- B. L'indemnisation du recours au chômage partiel : des conditions assouplies à partir de 2008

III. Au-delà du chômage partiel : la « réduction » des avantages contenus dans les conventions de branche en échange d'engagements sur l'emploi

- A. L'échec des accords sur l'emploi conclus par le conseil d'établissement en l'absence de clause d'ouverture dans la convention de branche
- B. L'introduction plus fréquente de clauses d'ouverture dans les conventions de branche
- C. La conclusion par les syndicats de conventions collectives d'entreprise de « crise »

1. En tant que puissance exportatrice, l'Allemagne a été particulièrement touchée par la crise financière mondiale (2008 - ...), l'existence de la « crise » étant postulée ici comme une donnée factuelle, dont ne seront discutées ni l'intensité, ni la durée, faute de compétence particulière sur ces questions. Avec du recul, chacun s'accorde en tout cas à dire que l'économie allemande a réussi à limiter le nombre de suppressions d'emplois, au point même que certains n'hésitent pas à évoquer un « miracle économique ». Ainsi, loin de constituer un obstacle, le droit du travail allemand aurait au contraire permis de surmonter, au moins temporairement ladite « crise », même si la situation varie sensiblement d'un « Land » à un autre.

2. D'un point de vue juridique, force est de constater que, si l'on excepte l'intervention de l'Etat pour le financement du chômage partiel (*infra*), le législateur allemand n'est pas intervenu pour créer un « droit du travail de crise » comme dans d'autres pays. Ce n'est pas dire qu'il n'existe pas un débat en Allemagne sur la prétendue « inefficacité » économique du droit du travail : un tel débat est au contraire récurrent et a même été particulièrement vif dans les années qui ont suivi la réunification allemande, lorsque de nombreuses entreprises situées dans les nouveaux Länder ne parvinrent pas à respecter les conventions collectives qui visaient à aligner les conditions de travail de l'Est sur celles de l'Ouest de l'Allemagne. Ainsi, ont été légion les projets législatifs de remise en cause de plusieurs dispositions du droit du travail au motif qu'elles constitueraient autant d'obstacles à l'emploi. Bref, c'est seulement dire que ce débat sur la prétendue « efficacité » ou « inefficacité » économique du droit du travail n'a pas été poussé à son paroxysme pendant la « crise ». Le contexte politique d'un gouvernement de « grande coalition » (CDU et SPD de 2005 à 2009) puis, ensuite, à partir de 2009, d'un gouvernement dominé par une CDU alliée à un FDP (libéraux) rapidement en perte de vitesse, peut expliquer en partie cette retenue. Sans compter que l'on a souvent dit que l'essentiel des réformes – en matière de protection sociale, en tout cas – avaient déjà été réalisées précédemment sous le gouvernement Schröder.

3. Mais surtout, il est apparu que des solutions aux problèmes posés par la « crise » ont été effectivement trouvées dans le cadre du droit du travail existant, en particulier grâce aux nombreux accords collectifs qui ont été conclus par la partie patronale, d'un côté, et les syndicats et/ou les conseils d'établissement, de l'autre, et qui avaient pour objet de réduire, *d'une façon ou d'une autre*, les coûts du travail en échange d'engagements sur le maintien de l'emploi dans l'entreprise au sens large.

4. Mais est-ce alors à dire que le droit du travail allemand constituerait une sorte de « modèle », dont il faudrait alors, de proche en proche, s'inspirer en France ? D'aucuns n'hésitent pas à franchir le pas, à l'instar de J. Barthélémy et G. Cette, dont le rapport « Refonder le droit social » (2) comporte de nombreuses références à la situation allemande, dimension encore accentuée lors de sa médiatisation (3). Les développements qui suivent

(1) Les contraintes de publication ne permettent pas de publier dans ce numéro spécial la partie d'analyse critique du droit allemand dans une perspective comparative avec le droit français, qui sera publiée dans le numéro 2/2012 de la RDT.

(2) « Refonder le droit social, mieux concilier protection du travailleur et efficacité économique », La Documentation française, avril 2011.

(3) Le Monde du 4 mai 2011 a consacré à la deuxième mouture du rapport un long article intitulé « Assouplir le droit français du travail pour mieux surmonter les crises » qui débute ainsi : « Une fois de plus, l'Allemagne est citée en référence dans le débat économique français (...) ».

s'inscrivent en faux par rapport à une telle approche, ne serait-ce que parce qu'elle postule un lien entre contours du droit du travail et plus ou moins grande efficacité économique, dont la pertinence est loin d'être démontrée, mais aussi et plus fondamentalement d'un point de vue juridique parce qu'elle puise dans le droit allemand certains éléments, sans prendre la mesure de ce que ceux-ci s'inscrivent dans un système juridique beaucoup plus général, dont la singularité rend vaine toute velléité de transposition (4). Sans compter qu'à y regarder de plus près, ce supposé « modèle » est lui-même confronté à des difficultés non négligeables.

5. S'interroger sur les réactions du droit du travail à la « crise » en Allemagne ne peut alors consister – de façon beaucoup plus modeste dans un premier temps – qu'à répertorier les *dispositifs juridiques* qui ont été mobilisés dans le contexte de « crise », ce qui permet du même coup de mieux cerner certaines des spécificités du droit du travail allemand. D'ailleurs, il est significatif de constater que les revues juridiques allemandes ont publié un nombre important d'articles portant, en substance, sur le « droit du travail face à la crise » dans lesquels leurs auteurs – le plus souvent des praticiens – procédaient à un inventaire des différents leviers que le droit du travail allemand met à la disposition des employeurs pour faire face à une situation de « crise » (5). Dans certains cas, une telle perspective conduit, peu ou prou, à passer en revue tout le droit du travail allemand... (!)

6. Le choix a été de fait en l'espèce de cibler particulièrement sur certains des instruments qui auraient permis aux entreprises de réagir rapidement à une baisse de leur activité supposée provisoire (6). Une telle perspective conduit à exclure le licenciement et la rupture du contrat en général, à durée indéterminée en particulier, non seulement parce que l'entreprise peut vouloir conserver son personnel dans la perspective d'une reprise, mais aussi parce que les licenciements collectifs peuvent être constitutifs d'une « modification d'établissement », laquelle est soumise à une procédure très exigeante de négociation avec le conseil d'établissement sur le « si » et le « comment » de la

restructuration (« conciliation des intérêts ») et de codétermination avec le même conseil sur les conséquences sociales de la restructuration (« plan social ») (7). La modification du contrat de travail doit également être exclue dès lors qu'elle suppose l'accord du salarié dans le cadre de ce que l'on appelle en droit allemand le « licenciement modificateur » (8) : celui-ci est, en effet, soumis à des conditions particulièrement restrictives, au point même que le contrôle du juge sur le motif économique serait plus approfondi en cas de refus du salarié d'une baisse de ses principaux éléments de rémunération qu'en cas de licenciement économique pur et simple (9).

7. En droit français, on songerait alors immédiatement aux avantages qui trouvent leur support dans un usage ou un engagement unilatéral, l'employeur pouvant en principe les dénoncer unilatéralement. En droit allemand, pourtant, l'usage et l'engagement unilatéral sont au contraire incorporés au contrat de travail au terme d'une analyse traditionnelle en terme d'offre et d'acceptation (10) : curieux renversement de l'histoire si l'on songe que les manuels de droit français des obligations nous rappellent souvent – et à juste titre – que la notion d'engagement unilatéral est une notion allemande, ayant son origine dans la théorie institutionnelle de l'entreprise. Quoi qu'il en soit, c'est pour éviter d'avoir à respecter, le moment venu, le droit du « licenciement modificateur » que les employeurs allemands qui accordent de tels avantages « collectivement » sont incités à introduire dans les contrats de travail des clauses – alors standardisées – leur permettant de se ménager un pouvoir unilatéral : il peut s'agir de clauses stipulant que l'employeur ne se lie pas pour l'avenir en accordant cet avantage ou encore, de façon moins contestable, de clauses par lesquelles l'employeur se réserve le pouvoir de révoquer unilatéralement l'avantage en cause. Or, depuis la réforme du droit des obligations du BGB (Code civil) entrée en vigueur en 2001, le contrôle que le juge exerce traditionnellement sur les clauses « standardisées » (au titre du dispositif qui sert lui-même en Allemagne de transposition des directives sur les clauses abusives) a été étendu aux clauses du contrat de travail, et donc à ces clauses de « remise en cause » des

(4) Par exemple, sur la notion « d'autonomie collective », notre critique, *Sem.Soc.Lamy*, supp.n° 1508, p. 63.

(5) La NZA a consacré un numéro spécial à ce thème : NZA Beil. 2/2010 ; aussi et entre autres, D. Heise/S. Schwald, NZA 2009, p. 753 ; S. Seitz/S. Reiche, BB 2009, p. 1862 ; B. Otto/W. Walk, BB 2010, p. 373 ; E. Kressel, FS J.-H. Bauer 2011, p. 593.

(6) Sur une perspective plus large incluant tous les aspects du droit du travail, mais aussi de droit de la Sécurité sociale, on renverra le lecteur français au rapport sur le droit allemand rédigé en anglais par K. Nebe/M. Maul-Sartori, publié dans l'ouvrage *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, dir. M.-C. Escande-Varniol/S. Laulom/E. Mazuyer, Ed. Larcier, 2012, Bruxelles.

(7) Sur l'ensemble, notre article, *Droit social* 2008, p. 902 ; ne sera donc pas évoquée la possibilité, utilisée pendant la « crise », de conclure avec les salariés un accord de rupture par lequel ils acceptent de passer dans une « société de transfert » pour une durée déterminée, laquelle va leur proposer des formations et, le cas échéant, les placer. V.A. Raffler/T. Simshäuser, AuR 2011, p. 384.

(8) Sur lequel, notre article avec M. Henssler, RDT 2009, p. 256.

(9) Sur cette thèse et ses nuances, U.Preis, AuR 2011, p. 405.

(10) Cette analyse de la Cour fédérale du travail a ses détracteurs, encore par exemple : R. Wank, NZA Beil. 3/2011, p. 126 qui privilégie un autre fondement pour l'usage, lequel comprendrait implicitement la possibilité de le révoquer unilatéralement.

avantages. Depuis 2001, la Cour fédérale du travail a eu l'occasion de rendre de très nombreuses décisions qui ont précisé les conditions à la fois de validité mais aussi de mise en œuvre de ces clauses. Qui a dit que le droit allemand était particulièrement flexible ?

8. Pour le reste, la distinction entre pouvoir de direction et éléments du contrat existe également outre-Rhin, mais elle ne passe pas nécessairement aux mêmes endroits qu'en droit français, ce qui peut être illustré au moyen de l'exemple du passage au chômage partiel. Mais en plus du recours massif au chômage partiel, ce

sont, de façon plus générale, les accords collectifs comportant à la fois réduction des avantages et engagements sur l'emploi qui ont, à l'évidence, constitué l'instrument le plus significatif pour faire face à la « crise »

Après avoir succinctement précisé les pouvoirs respectifs des syndicats et des conseils d'établissement et les principes qui gouvernent leur articulation *en général* (I), il conviendra d'illustrer la mise en œuvre de ces pouvoirs et de leur articulation lors du recours au chômage partiel (II) puis, au-delà, des accords sur l'emploi (III).

I. Négociation collective avec les syndicats et pouvoirs du conseil d'établissement : quelle articulation en général ?

9. Autonomie collective oblige, ce sont les syndicats et les organisations patronales – et non l'Etat – qui en Allemagne fixent, entre autres, les salaires minimum et la durée du travail (rémunérée) (11) dans des conventions collectives négociées, le plus souvent, au niveau des branches d'industries, dans un cadre fédéral ou régional. Organisés à un niveau supérieur à celui de l'entreprise et représentant uniquement leurs membres en principe (voir II), les syndicats allemands ne sont en revanche pas présents institutionnellement au niveau de l'entreprise.

10. C'est donc le conseil d'établissement (Betriebsrat), institution élue du personnel, qui représente les salariés au niveau de l'entreprise et la loi sur la constitution de l'établissement (BetrVG), lui confère de très nombreuses prérogatives : ainsi, le conseil ne dispose pas seulement des droits d'information, d'audition et de consultation, mais également des droits de codétermination plus ou moins contraignants (12). Ainsi, sur les questions dites « sociales » (par opposition aux questions dites « économiques » et de « politique du personnel »), le conseil dispose de droits de codétermination qui le placent en situation d'égalité avec l'employeur. A s'en tenir à la question du temps de travail, le conseil dispose de droits de codétermination non pas sur la durée habituelle du travail (domaine par excellence de l'autonomie collective, comme les salaires), mais sur les horaires et sur l'augmentation *provisoire* (heures supplémentaires) ou la réduction *provisoire* de la durée

du travail (chômage partiel, ci-dessous). Affirmer que le conseil dispose de droits de codétermination sur ces questions (dites de répartition, c'est-à-dire de justice distributive plus que commutative) signifie alors qu'il dispose d'un droit de veto lui permettant de s'opposer discrétionnairement à une mesure de l'employeur. Mieux encore, ce droit de veto est doublé d'un *droit d'initiative* qui permet au conseil d'exiger, indépendamment de toute décision de l'employeur, une modification sur ces questions... En l'absence d'accord entre l'employeur et le conseil sur toutes ces questions, c'est *in fine* une instance d'arbitrage qui prendra la décision (13). Le recours à l'instance d'arbitrage étant coûteux pour l'employeur – en argent et en temps –, il est incité à trouver un accord avec le conseil en amont.

11. A l'occasion de l'exercice de ses droits – de codétermination, mais pas seulement –, le conseil d'établissement peut conclure des conventions d'établissement, c'est-à-dire au sens français de véritables accords collectifs qui déploient un effet normatif sur les contrats de travail de tous les salariés de l'établissement.

12. Où l'on se demande alors nécessairement comment s'articulent les conventions conclues par les syndicats, d'une part, et celles conclues par le conseil d'établissement, d'autre part. D'abord, la loi sur la constitution de l'établissement dispose que la convention collective conclue par les syndicats bénéficie d'une priorité, y compris sur les questions dites « sociales » sur

(11) Il y a une loi sur le temps de travail (ArbZG), mais elle vise essentiellement à réglementer le temps de travail au sens de la directive (durées maximales, temps de repos...), à l'exclusion en particulier de la durée hebdomadaire au sens de seuil de déclenchement des heures supplémentaires. V. sur la question notre article, RDT 2006, p.123.

(12) En détail voir notre article, RDT 2009, p. 537.

(13) Le plus souvent interne à l'établissement, l'instance d'arbitrage est composée d'un nombre égal d'assesseurs – deux de

chaque côté, en pratique – désignés respectivement par l'employeur et le conseil d'établissement, ainsi que d'un président neutre, sur le nom duquel les deux côtés doivent se mettre d'accord (§ 76 II BetrVG). A défaut, c'est le tribunal du travail qui désigne le président neutre, un magistrat expérimenté le plus souvent. Une fois constituée, l'instance d'arbitrage prend ses décisions après délibérations orales à la majorité des voix, en sachant que le président neutre doit dans un premier temps s'abstenir et que les réunions ne sont pas ouvertes aux salariés de l'établissement (§ 76 III BetrVG).

lesquelles le conseil dispose de droits de codétermination (comme les horaires, l'augmentation ou la réduction *provisoire* de la durée du travail, supra) (§ 87 I BetrVG). Mais encore faut-il pour que l'exercice des droits de codétermination du conseil (et *a fortiori* la conclusion de toute convention d'établissement) soit exclu, que la convention collective syndicale soit effectivement applicable à l'établissement et qu'elle régleme *effectivement* la question en cause (des horaires par exemple). Dans la mesure où les conventions de branche réglementent rarement ces questions de façon exhaustive, il reste le plus souvent matière à codétermination.

13. Ensuite et surtout, la loi dispose que, sur les salaires et les autres conditions de travail (comme la durée habituelle du travail), il suffit que la question soit *habituellement* régleme *tée* par la convention collective

syndicale pour que soit exclue toute convention d'établissement avec le conseil. Selon une jurisprudence constante, peu importe alors que l'employeur ne soit pas lié à cette convention collective de branche, il sera malgré tout privé de la possibilité de conclure une convention d'établissement avec le conseil sur ces questions (§ 77-3 de BetrVG). Cette disposition légale est en effet destinée à protéger l'autonomie collective pour elle-même (indépendamment des salariés) contre toute concurrence des conseils d'établissement. La loi réserve toutefois la possibilité pour les conventions collectives syndicales de branche de prévoir des « clauses d'ouverture » qui permettent à l'employeur et au conseil d'établissement d'intervenir sur ces questions. L'autonomie collective est alors sauve, mais du coup, seuls les employeurs liés à la convention de branche peuvent en bénéficier.

II. La mise en œuvre de ces distinctions lors du recours – qui a été massif – au chômage partiel

Le gouvernement fédéral a fait du chômage partiel dit « conjoncturel » (14) l'un des instruments privilégiés de lutte contre la « crise » économique, en particulier en assouplissant à plusieurs reprises, en 2008 et 2009, les conditions de son indemnisation. Le chômage partiel obéit toutefois à un régime juridique sensiblement différent de celui qui prévaut en droit français (15). Bien que juridiquement distinctes, les questions de l'introduction du chômage partiel (A) et celle de son indemnisation (B) sont naturellement liées en pratique.

A. Le recours au chômage partiel

14. Parce qu'il emporte une réduction – fût-elle provisoire – de la durée du travail et donc de la rémunération du salarié, le recours au chômage partiel ne relève pas du pouvoir de direction de l'employeur (16), mais suppose en principe un accord individuel ou collectif et, de surcroît, l'accord du conseil d'établissement (17). Celui-ci disposant de droits de codétermination sur le chômage partiel (v. ci-dessus), son accord est requis à la fois sur le « si » et le « comment » du chômage partiel. Il n'y a que lorsque le chômage partiel sera prévu et régleme *té* dans ses moindres détails par une convention collective syndicale que le conseil d'établissement n'aura plus de droit de

codétermination – faute d'objet. Mais tel sera rarement le cas en pratique.

15. Si un accord entre le conseil d'établissement et l'employeur sur le chômage partiel est en principe indispensable pour satisfaire aux droits de codétermination du conseil d'établissement, il ne suffit pas pour imposer le chômage partiel aux salariés : encore faut-il pour cela que le conseil d'établissement accepte aussi de conclure formellement une convention d'établissement (*Betriebsvereinbarung*) qui détaille les conditions du recours au chômage partiel. Auquel cas, la Cour fédérale admet, en effet, que le chômage partiel s'impose alors à tous les salariés de l'établissement, indépendamment même de leur volonté (18). Cette jurisprudence est très critiquée par des auteurs autorisés : en effet, même si la loi lui confère un effet normatif (direct et impératif) sur les contrats de travail de tous les salariés de l'établissement, une convention d'établissement ne devrait pas pouvoir, indépendamment même de toute clause plus favorable du contrat de travail, imposer le chômage partiel aux salariés ; dans la mesure où il affecte les obligations principales du contrat de travail, il ne devrait être possible qu'avec leur accord individuel (19).

16. En tout cas, un tel accord des salariés se révèle être, par la force des choses, indispensable dans les

(14) A distinguer du chômage partiel structurel et du chômage partiel saisonnier qui ne sont pas évoqués.

(15) V. notre article avec M. Zumfelde, RDT 2009, p. 604.

(16) BAG, 14 février 1991, NZA 1991, p. 607 ; v. R. Krause, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2011, n° 27 et s.

(17) V. R. Krause, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2011, n° 27 et s.

(18) BAG 14 février 1991, préc.

(19) Dans ce sens, R. Waltermann, RdA 2007, p. 257 ; T. Lobinger, RdA 2011, spéc. 78 ; plus nuancé un juge du BAG, W.Linsenmaier, RdA 2008, p. 1 spéc. 11.

établissements qui n'ont pas de conseil. Il en va, à la rigueur, différemment lorsque la convention collective conclue par les syndicats comporte des dispositions sur le chômage partiel et la « crise » a été l'occasion d'introduire de telles clauses. Le plus souvent, elles habilite l'employeur à ordonner – avec le conseil d'établissement, lorsqu'il y en a un, voire sous réserve de l'agrément des signataires de la convention collective –, le chômage partiel, à certaines conditions et le plus souvent après un délai de prévenance. Très diverses, ces clauses ne sont valables que si elles précisent concrètement le fondement et l'étendue du recours au chômage partiel.

17. En l'absence d'un des fondements précités, le recours unilatéral au chômage partiel est illicite si bien que l'employeur sera dans la situation de « *retard dans l'acceptation* » (§615 BGB, Code civil) et devra en conséquence l'intégralité de sa rémunération au salarié. Au cas où le recours au chômage partiel est au contraire licite, le salarié n'a droit qu'au montant de la rémunération correspondant à sa durée réduite de travail. Mais en réalité, la Cour fédérale du travail a rappelé dans une décision de 2009 que le montant auquel le salarié a droit est celui du chômage partiel indemnisé (20). Ainsi est-ce l'employeur qui supporte le risque économique du chômage partiel et, partant, le risque que l'agence du travail n'accorde pas l'indemnisation complémentaire. A supposer que l'employeur néglige de notifier par écrit le chômage partiel à l'agence du travail, le chômage partiel n'en reste pas moins valable. La notification n'étant qu'une condition d'indemnisation du chômage partiel, le salarié n'aura pas le droit à la totalité de sa rémunération, mais peut à la rigueur obtenir des dommages et intérêts (21).

B. L'indemnisation du recours au chômage partiel : des conditions assouplies à partir de 2008

18. Réglementée au § 169 et suivants du livre III du Code de Sécurité sociale (SGB III), l'indemnisation du chômage partiel a pour objet de compenser la perte de rémunération consécutive au déficit conjoncturel de travail pour les salariés et de maintenir leurs postes de travail. Si la compensation financière est un droit du salarié, c'est à l'employeur qu'il revient d'en faire la demande, d'en calculer le montant, de la percevoir de l'agence fédérale du travail et de la verser au salarié. Les conditions de l'indemnisation du chômage partiel ainsi que différents éléments de son régime ont été assouplis à plusieurs reprises en 2008 et 2009, notamment par la loi sur « *la garantie de l'emploi et la stabilité* » du 2 mars 2009 (*Konjunkturpaket II*), mais aussi par plusieurs règlements.

19. L'attribution d'une telle compensation financière suppose un manque significatif de travail, lequel doit résulter soit de raisons économiques (baisse de commandes, réorganisation d'entreprise..., mais toujours à la condition que ces raisons soient liées à l'évolution économique générale), soit d'un événement inévitable (par exemple un incendie de l'usine non causé par la violation de mesures de sécurité...). En outre, il doit être temporaire (le retour au travail à temps complet doit être envisageable à terme) et non surmontable : l'employeur doit avoir pris toutes les mesures préventives *acceptables* dans l'entreprise pour éviter la perte de travail, y compris l'utilisation des comptes épargne temps et la prise des congés payés. En 2009, la loi a précisé que la rupture des contrats des salariés intérimaires n'est plus une condition pour que le personnel permanent puisse obtenir une indemnisation du chômage partiel. Enfin, le manque de travail doit atteindre certaines proportions : la baisse de rémunération doit atteindre plus de 10 % de la rémunération brute mensuelle pour au moins un tiers des salariés de l'établissement. Avec la loi de 2009, cette dernière condition a été suspendue, de telle sorte que l'indemnisation peut désormais être demandée pour un seul salarié de l'établissement. Une fois qu'il perçoit une indemnité de chômage partiel, le salarié doit alors se tenir à la disposition de l'agence du travail, notamment pour exercer provisoirement tout emploi acceptable qui lui serait proposé. A défaut, et comme pour les allocations de chômage, il peut se voir imposer un délai de carence de douze semaines dans la perception de son indemnisation.

20. La durée de perception de l'indemnisation a été allongée à plusieurs reprises : initialement d'une durée de six mois, l'indemnisation ne pouvait être prolongée que pour une durée maximale de douze mois. Dans le cadre du « *Konjunkturpaket I* », un règlement de fin 2008 a porté cette durée à dix-huit mois, un autre règlement de mai 2009 à vingt-quatre mois, et ceci pour tous les salariés dont le droit à indemnisation naît jusqu'au 31 décembre 2009. Selon le même mode de calcul que les allocations chômage, le montant de l'indemnisation (v. § 178 et 179 SGB III) correspond à 60 % (67 % avec des enfants) de la différence de salaire net entre le salaire normal et le salaire effectivement perçu. De nombreuses conventions collectives conclues par les syndicats ou par les conseils d'établissement qui habilite l'employeur à recourir au chômage partiel (*supra*), l'obligent à augmenter cette indemnisation jusqu'à 80 % voire 90 % de la précédente rémunération nette. Les cotisations sociales doivent continuer à être versées, mais c'est l'employeur qui devait acquitter 100 % des cotisations – relatives à l'indemnisation –

(20) BAG 22.04.2009, NZA 2009, p. 913 ; déjà, BAG 11 juillet 1990, NZA 1991, p. 67.

(21) *ErfK/Preis*, 2012, BGB, § 611, n° 662.

pendant les six premiers mois. Depuis le « *Konjunkturpaket II* » de mai 2009, l'employeur peut désormais obtenir pour la période du 1^{er} février 2009 au 31 décembre 2010 le remboursement de 50 % de ces sommes, et même de 100 % pour les salariés qui participent à des mesures de formation. Depuis une autre loi entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, le remboursement des cotisations est de 100 % à partir du septième mois de chômage partiel. Une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 a prolongé ces règles, favorisant l'indemnisation du chômage partiel jusqu'au 31 mars 2012.

21. Au plus fort de la crise en 2009, ce sont près de 1,5 million de personnes (0,8 million dès mars 2010) qui ont été au chômage partiel, dont les deux tiers dans

la métallurgie, correspondant à une réduction de 35 % en moyenne de leur temps de travail (22). Au printemps 2011, la durée moyenne du travail est revenue au niveau qui prévalait avant la « crise » (38 heures 11 minutes hebdomadaires pour un travailleur à temps complet, dont le nombre a, au demeurant, augmenté), ce qui ne serait pas seulement dû au recul du chômage partiel (120 000 personnes au deuxième trimestre 2011 contre 517 000 encore au second trimestre 2010), mais plus généralement à la flexibilité en matière de temps de travail (23). Quoi qu'il en soit, le chômage partiel ayant été finalement beaucoup plus utilisé que prévu, les coûts pour assurance chômage ont été exorbitants... En marge de ce recours massif au chômage partiel ou d'ailleurs dans le même temps, les employeurs sont également parvenus à conclure des accords collectifs sur l'emploi.

III. Au-delà du chômage partiel : la « réduction » des avantages contenus dans les conventions de branche en échange d'engagements sur l'emploi

22. Cette question n'est pas nouvelle : confrontées dans les années 1990 à la difficulté de respecter les conditions minimales de la convention de branche sur la durée du travail et les salaires, de nombreuses entreprises ont cherché à « fuir » ces conventions de branche (rarement étendues en Allemagne). Or, une entreprise ne peut dénoncer une convention de branche ; seule l'organisation patronale le peut, mais s'agissant de conventions le plus souvent à durée déterminée, la dénonciation n'est possible qu'à des conditions (liées à la « *révision pour imprévision* ») très strictes. Quant à la démission de ces entreprises des organisations patronales signataires, elle ne se traduit pas rapidement par les effets escomptés, ne serait-ce qu'en raison des règles de survie de la convention collective. Certes, les organisations patronales ont aussi réagi en prévoyant des modèles « *d'adhésion à l'organisation sans liaison conventionnelle* », mais ces constructions sont controversées et soumises à des limites par la jurisprudence (24). Autant de raisons qui expliquent pourquoi nombre d'entreprises se sont alors tournées vers leur conseil d'établissement, en vue notamment de

réintroduire la semaine des quarante heures sans augmentation correspondante de rémunération, mais avec souvent l'engagement de ne pas délocaliser et/ou de ne pas licencier pendant une certaine durée et/ou pour certains motifs.

23. Or, dès lors qu'ils ne sont pas approuvés, d'une façon ou d'une autre, par le syndicat qui a conclu la convention de branche, ces arrangements sur l'emploi conclus entre l'employeur et le conseil d'établissement, et le plus souvent approuvés par les salariés, ne sont pas valables (25). Tel est l'enseignement de la décision *Burda* de la Cour fédérale du travail de 1999 qui reste toujours une référence en la matière (A). Et à croire le Président de la chambre de la Cour fédérale du travail compétente en matière de conventions collectives (26), c'est précisément cette jurisprudence *Burda* qui aurait été l'élément déclencheur, pendant la « crise » de 2008, de la conclusion par les syndicats eux-mêmes non seulement de plus nombreuses clauses d'ouverture dans les conventions de branche (B), mais aussi et surtout de nombreux accords collectifs d'entreprise sur l'emploi (C).

(22) La question s'est posée de savoir si l'on peut percevoir l'indemnisation du chômage partiel sans fournir aucun travail, v. K.-J. Bieback, NZS 2011, p. 241.

(23) FD-ArbR 2011, 322283.

(24) D'abord, les statuts de l'organisation patronale peuvent prévoir un modèle « d'adhésion sans liaison conventionnelle » (OT-Mitgliedschaft) ; la Cour fédérale a admis la validité d'une telle construction, à la condition toutefois qu'il soit assuré que les membres non liés à la convention ne peuvent influencer sur les décisions du groupement en matière conventionnelle. Ensuite, la Cour fédérale (BAG 26.8.2009, NZA 2010, p. 230) a

également admis le « changement éclair » de statut dans l'organisation patronale, de membre avec liaison à membre sans liaison, mais a alors exigé, lorsque le changement a lieu après le début des négociations et avant la conclusion de l'accord, le respect de la transparence par rapport au syndicat participant à la négociation. Approuvant cette jurisprudence, R.Krause, GS Zacherl, p. 605 ; critique, Erk/Franzen 2012, § 3 TVG n° 11a.

(25) Sur une appréciation critique, M. Ehlers, RdA 2008, p. 81.

(26) K. Bepler, AuR 6/2010 p. 234.

A. L'échec des accords sur l'emploi conclus par le conseil d'établissement en l'absence de clause d'ouverture dans la convention de branche

24. Devant le chantage à l'emploi exercé par l'employeur (« *soit vous acceptez une augmentation de la durée du travail – ou une diminution du salaire – par rapport à ce que prescrit la convention collective de branche, soit je délocalise* »), les conseils d'établissement (surtout lorsqu'ils sont composés d'élus non syndiqués, mais pas seulement) ont souvent approuvé la violation de la convention de branche par l'employeur, comme l'a par exemple illustré, pour la première fois de façon aussi retentissante, l'affaire *Viessmann* dès 1996 (27) !

25. Dans sa décision *Burda* du 20 avril 1999 (28), la Cour fédérale du travail a d'ailleurs affirmé que l'accord du conseil d'établissement, non formalisé par une convention d'établissement (« *Regelunsabrede* »), ne permet pas seulement de lever le veto du conseil là où celui-ci a des droits de codétermination : il permet aussi au conseil d'intervenir sur la durée du travail et la rémunération, y compris en l'absence de clause d'ouverture dans la convention de branche ; en effet, la disposition légale précitée (§ 77 III) ne protège l'autonomie collective que contre une convention d'établissement au sens strict et non contre les accords du Conseil non formalisés par une convention d'établissement (29). Il reste que ce simple accord du conseil d'établissement n'étant pas doté – à la différence d'une convention d'établissement – d'un effet normatif sur les contrats de travail, il doit alors être transposé sur le plan individuel. Or, force est de constater que, confrontés à un chantage à l'emploi, les salariés de l'entreprise approuvent souvent par référendum à une très forte majorité la violation de la convention de branche et acceptent, ensuite, la modification correspondante de leur contrat de travail (30).

26. Mais c'est alors à un concours entre la convention collective conclue par le syndicat (à savoir 35 heures sans engagement sur l'emploi, par exemple) et le contrat individuel de travail (38 heures avec engagement sur

l'emploi) auquel on se trouve confronté. Et c'est le seul cas de concours (entre contrat de travail et convention collective) pour lequel la loi évoque expressément le « *principe de faveur* » (§ 4 III TVG, loi sur les conventions collectives). Interrogée alors sur la méthode de comparaison des avantages, la Cour fédérale du travail a, dans sa décision *Burda*, rejeté la méthode « globale » au profit d'une méthode « semi-analytique » et refusé, par conséquent, d'intégrer l'engagement sur l'emploi dans l'objet de la comparaison (« *on ne compare pas les pommes et les poires* ») (31). Bref, peu importe que les conventions collectives soient à l'origine de conditions de travail (salaires élevés et/ou durée du travail réduite) que toutes les entreprises de la branche ne pourraient respecter au point d'obliger certaines d'entre elles à délocaliser ou à licencier : en cas de concours entre la convention de branche et le contrat de travail, la « norme » la plus favorable doit être déterminée en fonction de l'objectif qui est poursuivi par les parties à la convention collective de branche (en l'espèce la réduction du temps de travail), si l'on ne veut pas remettre en cause la « *fonction d'orientation* » de l'autonomie collective (32).

27. Mais la décision *Burda* est également fondamentale pour une autre raison : alors qu'en cas de violation d'une convention de branche par un employeur, un syndicat ne pouvait jusqu'ici agir en justice que contre l'organisation patronale signataire (action contractuelle) – à charge alors pour elle d'influer sur ceux de ses membres récalcitrants pour qu'ils respectent la convention collective –, la Cour fédérale du travail a admis pour la première fois que le syndicat signataire de la convention de branche puisse agir en justice directement contre l'employeur individuel, en l'occurrence pour qu'il lui soit enjoint de faire cesser le trouble résultant de la violation de la convention collective. Fondée en particulier sur le fameux article 9 III GG (liberté de coalition qui garantit l'autonomie collective), cette action du syndicat n'est pas une action en représentation des salariés (pas plus dans l'intérêt collectif qu'en substitution) permettant à ceux-ci d'être remplis dans leurs droits, comme l'a rappelé la Cour

(27) Pour contrer la menace de délocalisation formulée par l'employeur, le conseil d'établissement acceptait la violation des 35 heures prévues par la convention de branche de la métallurgie qui s'appliquait aussi bien aux 10 % des salariés syndiqués qu'aux non-syndiqués en vertu de clauses de renvoi dans leurs contrats de travail. Le passage aux 38 heures sans augmentation de salaire fut approuvé par le conseil d'établissement grâce aux 14 voix des élus non-syndiqués, contre celles des 9 élus syndiqués. Assortie d'une promesse de maintien de l'emploi, cette augmentation de la durée hebdomadaire de travail fut approuvée par plus de 96 % du personnel. M. Kort, NJW 1997 p. 1476. U. Zachert, KJ 1997, spéc. 416.

(28) Concernant une entreprise qui voulait s'affranchir des 35 heures hebdomadaire prévues par la convention de branche conclue par IG Media pour faire travailler les salariés 39

heures sans augmentation de salaire, en leur assurant toutefois qu'il ne serait pas procédé à des licenciements pendant une certaine période.

(29) La thèse du contournement développée par certains auteurs n'a donc pas été retenue.

(30) Ainsi, dans l'affaire *Burda*, plus de 98 % des salariés, parmi lesquels de nombreux adhérents d'IG Media, dont on a pu dire qu'ils étaient « schizophrènes », acceptèrent la modification de leur contrat de travail.

(31) Sur ce point de la décision, M. Le Friant, Droit social 1999 p. 904.

(32) Dans ce sens, M. Weiss, FS S. Simitis, 2000, spéc. 471 ; aussi, O.-E. Kempen, FS P. Hanau, 1999, p. 529 ; critique, par exemple, Brox/Rüthers/Henssler, n° 712 ; Hanau/Adomeit, n° 17 et s. et 223.

fédérale du travail en 2011 (33). Il s'agit au contraire d'une action de nature délictuelle du syndicat qui est avant tout orientée vers l'avenir et soumise à des conditions strictes, notamment s'agissant de caractériser la violation de l'article 9 III GG (34).

Mais quoi qu'il en soit, cette décision *Burda* a été très critiquée par une partie de la doctrine, la Cour fédérale du travail s'étant vue en particulier reprocher de rendre du coup illusoire les accords sur l'emploi avec le conseil d'établissement (« Betriebliche Bündnisse für Arbeit ») (35).

28. C'est dans ce contexte qu'une partie de la doctrine et certains partis politiques (la CDU et le FDP surtout) ont formulé des propositions de modification du droit positif ; de fait, souvent très différentes les unes des autres, elles visent toutes à remettre en cause, d'une façon ou d'une autre, la priorité en faveur de l'autonomie collective, en particulier par l'introduction de « clauses d'ouverture » dites légales dans les conventions collectives conclues par les syndicats. L'interdiction qui est faite à l'employeur non lié à la convention de branche de conclure des conventions d'établissement sur la durée du travail (*supra*) est particulièrement stigmatisée (36). Mais aucune de ces propositions n'a finalement été concrétisée, non seulement en raison du contexte politique (grande coalition de 2005 à 2009), mais aussi en raison d'objections d'ordre constitutionnel auxquelles elles se heurtent (37).

29. En tout cas, l'un des enseignements de la « crise » est certainement que les syndicats ont, à l'évidence, non seulement introduit davantage de clauses d'ouverture dans les conventions collectives de branche, mais aussi et surtout, conclu eux-mêmes des conventions collectives d'entreprise « de crise ». Ce n'est pas dire, certes, qu'il n'y aurait plus d'arrangements en vigueur qui aient été conclus par les conseils d'établissement en violation des conventions de branche. Au contraire, il est même très possible que de tels accords d'établissement continuent de prospérer en pratique dans des entreprises de certaines branches. Mais c'est au moins dire que les syndicats ont entendu réagir en instaurant une flexibilité sous leur contrôle.

B. L'introduction plus fréquente de clauses d'ouverture dans les conventions de branche

30. Rendues possibles par plusieurs dispositions légales (article 4 III TVG, loi sur les conventions collectives et § 77 III BetrVG de la loi sur la constitution de l'établissement), ces clauses d'ouverture sont apparues massivement dès 1984 dans les accords de réduction du temps de travail conclus dans le cadre du compromis dit « *Leber* ». Depuis, ces clauses se sont multipliées, et du coup diversifiées, au point que des typologies ont été proposées (38). De façon générale, il y aurait d'abord les clauses par lesquelles la convention collective ne prescrit pas de règle autonome, mais se contente de renvoyer aux parties d'établissement (ou au contrat de travail) le soin soit de remplir le cadre qu'elle a fixé (Korridor), soit de choisir entre plusieurs options (cafétéria) qu'elle a formulées. À côté, il y aurait les clauses d'ouverture au sens strict, lesquelles comportent alors une règle autonome, mais qui se veut alors supplétive. Pendant la « crise », ce sont ces dernières clauses qui se seraient multipliées : le plus souvent de telles clauses, qui sont nécessairement expresses, permettent aux entreprises de la branche qui remplissent certaines conditions (notamment de difficultés économiques) de s'affranchir des minima conventionnels pour certains salariés, le temps pour l'entreprise de surmonter la situation (39).

31. Ainsi, à côté de la modération salariale et du chômage partiel, l'accord collectif syndical conclu dans l'industrie métallurgique et électronique du Baden-Württemberg « *sur le maintien et la création d'emploi* » autorise les parties au niveau de l'établissement à réduire la durée du travail sans compensation salariale jusqu'à trente heures hebdomadaires (de 14,3 %) en cas de problème temporaire d'emploi (40). En échange de quoi, des licenciements économiques ne peuvent être prononcés pendant cette période. Toujours dans la métallurgie, et plus récemment, on peut citer l'accord conclu le 15 février 2010 dans la Rhénanie du Nord-Westphalie qui permet aux entreprises ayant épuisé le chômage partiel de réduire leur durée du travail avec une compensation seulement partielle de la rémunération, toujours avec la contrepartie de ne pas licencier pour motif économique. Dans l'industrie chimique, où les

(33) Encore sur ce point, BAG 17.5.2011, NZA 2011, p. 1169.

(34) Sur tous ces points et les évolutions, notre article, « L'action en exécution de la convention collective en droit allemand », dans *Procès du travail, travail du Procès*, sous la dir. de M. Keller, LGDJ 2008, p. 173.

(35) Entre autres, Brox/Rüthers/Henssler, *Arbeitsrecht*, 2007, n° 689 ; encore, M. Nebeling/M. Arntzen, NZA 2011, p. 1215.

(36) Encore, M. Ehlers, RdA 2008, p. 81.

(37) Sur le détail de ces différentes propositions, voir notre article, « Une redistribution des compétences entre syndicats et conseils d'établissement en Allemagne », dans *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, PU de Saint-Etienne, 2005, p. 115 et s.

(38) Voir déjà notre article, « La décentralisation de la négociation collective en Allemagne sous l'angle de la représentation », *Droit social* 1997, p. 1015.

(39) V. ErfK/*Franzen* 2012, §4 TVG n° 27.

(40) E.Kressel, FS J.-H. Bauer, 2011, spéc. 597.

syndicats sont traditionnellement moins hostiles aux clauses d'ouverture qu'IG Metall, les accords collectifs cadres offrent encore plus de souplesse. Ainsi, l'accord cadre autorise l'employeur et le conseil d'établissement, pour sauver l'emploi, à réduire la rémunération sans réduction de la durée du travail par une convention d'établissement à durée déterminée, mais qui doit avoir l'accord des syndicats et organisations patronales (41). Bref, ces clauses d'ouverture exigent souvent la conclusion d'une convention d'établissement par l'employeur et le conseil d'établissement et subordonnent, de surcroît, son application à l'accord *a posteriori* du syndicat au niveau de la branche, ce qui permet à celui-ci de conserver effectivement le contrôle sur les conditions.

32. Dans une décision remarquable du 20 octobre 2010 (42), la Cour fédérale du travail a été saisie d'un cas où le syndicat avait précisément refusé de donner son accord à la mise en œuvre de la clause d'ouverture prévue par la convention collective de branche qu'il avait signée. Le syndicat a entre autres soutenu qu'il était libre de valider ou non la convention d'établissement conclue par le conseil d'établissement et l'employeur dans le cadre de la clause d'ouverture et que les juges ne pouvaient remplacer son accord, au risque de méconnaître l'autonomie collective. La Cour fédérale a au contraire affirmé que dans le cas où, comme en l'espèce, la convention collective de branche stipule que les parties à la convention doivent (« *sollen* ») approuver la convention d'établissement « dérogoire » qui peut être conclue dans certains cas (de nécessités économiques) avec certains objectifs (notamment de maintien de l'emploi), les parties à la convention de branche sont alors tenues de donner leur accord à la convention d'établissement dès lors que les conditions de la convention de branche sont effectivement remplies.

C. La conclusion par les syndicats de conventions collectives d'entreprise de « crise »

33. Cette possibilité pour les syndicats de conclure des accords spécifiques à une entreprise a toujours existé, par exemple chez Volkswagen (43), mais ils restaient jusqu'ici l'exception ; leur nombre a toutefois cru de façon très importante ces dernières années, notamment à la faveur de la « crise ». Ces accords collectifs d'entreprise sont conclus soit entre l'employeur et le syndicat, soit entre l'organisation patronale et le syndicat, auquel cas ils sont ciblés sur une entreprise particulière.

En temps de « crise », ces accords ont le plus souvent pour objet de réduire les coûts qui résultent de l'application de la convention de branche, par exemple par la suspension de certains avantages qu'elle institue ou par l'augmentation ou la réduction de la durée du travail, avec ou sans compensation salariale. Ainsi, certains de ces accords collectifs d'entreprise ont convenu une réduction de 20 % de la durée hebdomadaire à vingt-huit heures, mais toujours en échange d'engagements sur l'emploi.

34. Et la jurisprudence est constante pour considérer qu'en cas de concours, comme ici, entre une convention de branche conclue par un syndicat et un tel accord d'entreprise conclu par le même syndicat, c'est l'accord d'entreprise *même moins favorable* qui l'emporte, et ceci indépendamment de toute clause d'ouverture dans l'accord de branche, au seul motif que l'accord d'entreprise est *spécial*. Et le juriste français, lecteur des arrêts de la Cour de justice (44), sait que ce principe de « spécialité » doit toutefois être écarté dans les hypothèses de détachement, dès lors que les entreprises implantées dans un autre Etat membre n'ont pas la même possibilité de s'affranchir du respect de la convention collective étendue qui lui est applicable sur le fondement de la directive sur le détachement (voir ci-dessous). La légitimité de ces accords collectifs d'entreprise est encore renforcée lorsqu'ils sont également signés par le conseil d'établissement. Ainsi, l'important accord conclu chez Siemens en 2010 sur l'emploi était-il un tel accord tripartite (45), en sachant que de tels accords doivent respecter, pour être valables, le principe de transparence, notamment relativement à la question de savoir qui a signé quoi.

* *

Les différences entre les droits français et allemand des relations collectives de travail sont telles qu'aucune conclusion hâtive ne saurait être tirée de ce qui précède pour le droit français, ce d'autant moins que ces différences portent précisément sur des points qui sont souvent à l'origine de difficultés pour ces accords sur l'emploi eux-mêmes. Sans compter que le droit allemand des relations collectives de travail est lui-même confronté à des difficultés depuis plusieurs années. Ce n'est pas dire que la comparaison ne puisse être féconde, loin s'en faut, mais seulement que les enseignements que l'on peut en tirer pour le droit français ne sont pas nécessairement ceux que l'ont voudrait pouvoir déduire.

Patrick Rémy

(41) E. Kressel, 2011, préc.

(42) BAG 20 octobre 2010, NZA 2011, p. 468.

(43) Sur le dernier accord sur l'emploi conclu le 15 février 2010 entre la direction de VW et le syndicat IG Metall, Liaisons Sociales Europe n° 246 p. 4.

(44) CJCE 24 janvier 2002 – *Portugaia Construções*.

(45) Sur cet accord tripartite conclu chez Siemens et comportant des engagements en terme d'emploi, Liaisons Sociales Europe 2010, n° 261, p. 2.