

**CHRONIQUE DE DROIT DU TRAVAIL**  
**Jun 2015/Mai 2016**

## Sommaire

**A. L'introduction d'une définition légale du contrat de travail dans le code civil (nouveau 611 a BGB) ? - Jean-Eudes MAES**

**B. Vers une nouvelle modification de la loi sur le travail intérimaire (AÜG) ? Le projet de loi dans sa version du 1<sup>er</sup> juin 2016 - Patrick REMY**

**C. Le contrôle de l'abus du recours aux CDD successifs par le juge - Jean-Eudes MAES**

**D. L'interdiction de grève des enseignants fonctionnaires : une solution traditionnelle, mais problématique juridiquement? - Bernhard KNELLER**

**E. L'absence de responsabilité directe des syndicats pour les répercussions d'une grève sur les tiers - Bernhard KNELLER**

**F. Le décompte des effectifs au sens de la directive dite « licenciements collectifs » (CJUE, *Balkaya*, C-229/14, arrêt du 9 juill. 2015) - Marcel ZERNIKOW**

**G. La « cogestion » allemande est-elle conforme au droit européen ? - Marcel ZERNIKOW**

**H. La représentation des salariés du sexe sous-représenté dans les organes des sociétés soumises à la cogestion - Jean-Eudes MAES**

**I. L'accès aux prestations sociales pour les citoyens de l'Union européenne (CJUE, *Jobcenter Berlin Neukölln c./ Nazifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic*, C-67/14, arrêt du 15 sept. 2015) - Marcel ZERNIKOW**

## **A. L'introduction d'une définition légale du contrat de travail dans le code civil (nouveau 611 a BGB) ?**

*Jean-Eudes MAES, doctorant contractuel à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Pas davantage que la loi française, la loi allemande ne définit le contrat de travail. C'est le juge allemand qui en a précisé la teneur en posant comme critère de qualification celui de la « dépendance personnelle », là où le juge français retient le critère de la subordination juridique. Sous couvert de dénominations différentes, ces critères s'opposent tous les deux à la seule dépendance économique et obligent pour l'essentiel les juges français et allemand à caractériser un pouvoir de donner des ordres et des directives. Alors que l'intégration dans un service organisé n'est désormais, et à certaines conditions, qu'un indice de la subordination juridique en droit français<sup>1</sup>, sa place reste, à la rigueur, plus incertaine dans la jurisprudence allemande<sup>2</sup>.

Depuis plusieurs années, on note une tendance de plus en plus massive des entreprises à recourir à la sous-traitance, y compris sur leur cœur de métier. Le plus souvent, il s'agit de fausse sous-traitance, c'est-à-dire de prêt de main d'œuvre, lequel est alors illicite dès lors qu'il est organisé en dehors du cadre légal sur le travail temporaire. Conformément à l'engagement pris dans le contrat de « grande coalition » du 16 décembre 2013 par les sociaux-démocrates et les chrétiens démocrates<sup>3</sup>, le gouvernement allemand a déposé en novembre 2015 un projet de loi dans le but de lutter contre ces abus. Il s'agit principalement de modifier une nouvelle fois la loi sur l'intérim (voir Patrick REMY, ci-après). Mais dans le même temps, le projet envisage aussi de mieux distinguer par la loi le contrat de travail d'un côté, du contrat d'entreprise et du contrat de louage de service de l'autre.

Ainsi, le Ministère du travail souhaite introduire une définition légale du contrat de travail dans un nouveau paragraphe 611a du BGB (Code civil allemand). Initialement, le projet de ce nouveau paragraphe 611a se décomposait en trois alinéas. Toutefois, face à de fortes critiques émanant aussi bien de la doctrine<sup>4</sup> que des praticiens, la ministre a dû réécrire le projet et en particulier renoncer, dès février 2016, à l'alinéa 2 qui fixait une liste des indices et à l'alinéa 3 qui instaurait une présomption.

Dans sa dernière version du 1<sup>er</sup> juin 2016, le premier et désormais unique

---

<sup>1</sup> Et ceci depuis l'arrêt de référence « société générale », Cass.Soc.13 novemre 1996, Bull.civ.V, n°386 ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 4<sup>ème</sup> éd., p.4.

<sup>2</sup> Sur cette place de l' « Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation », A. JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 2016, n°99

<sup>3</sup> P. REMY, « Organiser le futur de l'Allemagne », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 283.

<sup>4</sup> V. notamment M. HENSSLER, « Überregulierung statt Rechtssicherheit - der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen », *RdA*, 2016, p. 18.

alinéa dispose, en substance, qu'est considéré comme salarié celui qui est obligé de fournir, sur le fondement d'un contrat de droit privé, une prestation de travail pour le compte d'une autre personne, sous ses directives et dans un lien de dépendance personnelle. Il ajoute que le pouvoir de direction peut concerner le contenu, l'exécution, le temps, la durée et le lieu du travail. Il précise aussi qu'est salarié le collaborateur qui ne peut pour l'essentiel librement organiser son travail et déterminer son temps de travail. En outre, il mentionne que le degré de dépendance personnelle dépend des caractéristiques de l'activité en cause. Il spécifie que la qualification de salarié doit dépendre d'une appréciation d'ensemble de tous les éléments. Enfin, il consacre ce que l'on appelle en droit français le principe de réalité, en précisant que, dans l'hypothèse où la dénomination du contrat et son exécution concrète viennent se contredire, c'est l'exécution concrète qui prévaut.

Le deuxième alinéa, désormais retiré du projet de réforme, précisait à l'intention du juge la façon de procéder pour déterminer si un travailleur suivait bien des directives en étant intégré dans une organisation de travail. Le projet initial énumérait ainsi une liste non limitative de huit critères ou indices conduisant le juge à rechercher, notamment, si la personne fournissant le service travaillait exclusivement ou presque exclusivement pour un contractant, si elle utilisait les moyens d'un autre pour fournir sa prestation ou encore si elle garantissait un résultat.

Le troisième alinéa, également retiré du projet actuel, venait instaurer une présomption simple de contrat de travail dans l'hypothèse où l'assurance retraite fédérale avait établi l'existence d'une relation de travail salarié.

Le premier projet s'est vu reprocher, notamment avec sa liste très discutable de critères, de ne pas rendre fidèlement compte de la jurisprudence, alors que le but du gouvernement consistait essentiellement à la codifier en vue d'accroître la sécurité juridique. Cela dit, la suppression des alinéas 2 et 3 conduit à se demander si l'unique alinéa subsistant dans le projet ajoute quelque chose au droit positif. D'aucuns font même valoir qu'il pourrait au contraire susciter de nouveaux problèmes d'interprétation, notamment en donnant du pouvoir de direction une définition qui diverge de celle déjà prévue par la loi, au §106 du GewO<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Consacré au « pouvoir de direction de l'employeur » ce texte dispose que « l'employeur peut concrétiser, selon une appréciation équitable, le contenu, le lieu et le temps de la prestation de travail dans la mesure où ces conditions de travail ne sont pas déterminées par le contrat de travail, des dispositions d'une convention d'établissement (conclue par le conseil d'établissement), d'une convention collective applicable (conclue par un syndicat) ou des dispositions légales. Le texte ajoute que cela vaut aussi pour ce qui est relatif à la discipline et au comportement du salarié dans l'établissement.

## **B. Vers une nouvelle modification de la loi sur le travail intérimaire (AÜG) ? Le projet de loi dans sa version du 1<sup>er</sup> juin 2016**

*Patrick REMY, Maître de conférences à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)*

Après la loi du 11 août 2014 sur le renforcement de l'autonomie collective qui a en particulier institué le salaire minimum<sup>6</sup> et celle du 22 mai 2015 qui a modifié la loi sur les conventions collective pour favoriser l'unité conventionnelle<sup>7</sup>, la réforme de la loi sur le travail intérimaire constituait un autre engagement important du programme du gouvernement de grande coalition de septembre 2013 en droit du travail<sup>8</sup>.

Alors qu'une loi de 2002 avait, sous le gouvernement Schröder, remis en cause la conception à l'origine très restrictive du prêt de main d'œuvre en droit allemand<sup>9</sup>, une loi de 2011 était déjà intervenue, à la fois pour transposer la directive de 2008/104 et pour lutter contre certains des abus auxquels avait donné lieu cette forte libéralisation. En particulier, la loi de 2011 a ainsi pris le soin de préciser que la mise à disposition ne peut être que temporaire. En outre, si elle a confirmé la possibilité de déroger par voie de convention collective au principe d'égalité de traitement qui oblige le prêteur à garantir au travailleur intérimaire les conditions de travail essentielles applicables à un travailleur comparable de l'utilisateur, elle y a apporté des restrictions : ainsi, en réaction à l'affaire « Schlecker »<sup>10</sup>, la loi a précisé qu'il ne peut être dérogé à l'application de l'égalité de traitement par convention collective lorsque le salarié intérimaire a été auparavant employé par l'utilisateur, ou par une autre entreprise du même groupe auquel l'utilisateur appartient, dans les six mois qui précèdent<sup>11</sup>. En outre, avant même l'entrée en vigueur de la loi sur le salaire minimum légal, la loi de 2011 a imposé aux partenaires sociaux de l'intérim un

---

<sup>6</sup> M. ZERNIKOW, « La consécration d'un salaire minimum légal dans un système juridique d'autonomie collective », *Revue de droit allemand* ; aussi, P. REMY, « La loi allemande sur le salaire minimum : le Smic en Allemagne ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 774.

<sup>7</sup> B. KNELLER, « Le Tarifeinheitsgesetz en Allemagne, une menace pour le paysage syndical ? », *Revue de droit allemand* ; M. HENSSLER, P. REMY, La réforme allemande du droit des conventions collectives, *Revue de droit du travail*, 2015, p. 562.

<sup>8</sup> Sur ce programme, notre article, « Organiser le futur de l'Allemagne », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 283.

<sup>9</sup> Sur ces évolutions, A. FEUERBORN, P. REMY, « Le droit allemand et la directive 2008/104 : histoire d'une libéralisation apparente du travail intérimaire sous l'influence européenne », *Revue de droit du travail*, 2010, p. 55.

<sup>10</sup> Pour éviter une liquidation, à laquelle il n'a finalement pu échapper en 2012, ce groupe a licencié ses salariés pour les remplacer par des travailleurs intérimaires. Il s'agissait d'obtenir une réduction des coûts en personnel grâce aux salaires conventionnels beaucoup plus faibles dans la branche de l'intérim. Ce qui était piquant dans cette affaire, c'est que les intérimaires en question étaient presque tous précédemment des salariés du groupe Schlecker.

<sup>11</sup> Sur l'effet finalement excessif de cette disposition, S. KRIEGER, D. KRUCHEN, „Die Drehtürklausel im Konzern – raus, rein, Gehalt hoch?“, *NZA*, 2014, p. 393.

salaire minimum spécifique.

Ces différentes restrictions auraient rendu moins attractif le recours au travail intérimaire et incité de nombreuses entreprises à recourir à la sous-traitance, y compris sur leur cœur de métier. Mais un examen plus précis des situations en cause montre qu'il s'agit très souvent de fausse sous-traitance, c'est-à-dire en réalité de prêt de main d'œuvre, lequel est – selon un enchaînement classique - illicite dès lors qu'il n'est pas exercé dans le cadre de la loi sur le travail intérimaire. C'est au regard de ces recours prétendument massifs à la fausse sous-traitance que le gouvernement a décidé d'intervenir en distinguant plus précisément, dans un nouveau § 611 a du BGB (code civil allemand), le contrat d'entreprise du contrat de travail (voir ci-dessus J-E MAES). Mais ce projet de loi vise également à modifier une nouvelle fois la réglementation du travail intérimaire.

D'un côté, il s'agit de conserver le travail intérimaire comme une des formes les plus flexibles de recours à la main d'œuvre et, de l'autre, de lutter contre les abus en renforçant la position des travailleurs intérimaires. Un premier projet de loi (dit de modification de la loi sur le travail intérimaire et d'autres lois) a été déposé le 16 novembre 2015. Les nombreuses critiques<sup>12</sup> dont il a fait l'objet ont obligé la ministre à en proposer une deuxième version le 17 février 2016<sup>13</sup>, laquelle a finalement été adoptée, avec quelques modifications, par le conseil des ministres fédéral le 1<sup>er</sup> juin 2016. Ainsi une loi devrait-elle être adoptée d'ici la fin de l'année et entrer en vigueur au mois de janvier 2017.

Dans sa dernière version, le projet de loi vise d'abord à mettre fin à une pratique qu'utilisent les entreprises qui recourent à de la fausse sous-traitance pour éviter de devenir le moment venu employeurs des salariés qui sont pourtant intégrés à leur organisation et qu'elles dirigent en fait : En effet, le prêt de main d'œuvre légal n'étant pas exercé à titre exclusif en droit allemand, il est fréquent que le prétendu sous-traitant se ménage préventivement une autorisation (dite cachée) de prêt de main d'œuvre, de façon à la brandir, en cas de contrôle, pour éviter la requalification de contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice<sup>14</sup>. Plusieurs dispositions du projet, dont celle imposant l'obligation de présenter d'emblée l'autorisation, visent à contrecarrer cette pratique. Alors que, jusqu'ici, seule l'absence d'autorisation d'effectuer du prêt de main d'œuvre entraînait la requalification du contrat de travail du salarié intérimaire avec l'utilisateur, cette sanction est désormais encourue dans d'autres hypothèses, en particulier en cas de violation de cette obligation de dénomination de la relation et de présentation de l'autorisation.

---

<sup>12</sup> V. M. HENSSLER, „Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen“, *RdA*, 2016, p. 18.

<sup>13</sup> V. U. BAECK, T. WINZER, „Zweiter Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“, *NZG*, 2016, p. 415.

<sup>14</sup> En droit allemand comme en droit français, le travail intérimaire repose sur une dissociation entre l'employeur juridique (l'entreprise prêteuse, de travail temporaire en France) et l'entreprise qui exerce le pouvoir de direction sur les salariés (l'entreprise utilisatrice).

Le projet crée également – sur le modèle de ce qui existe déjà en matière de transfert d'entreprise<sup>15</sup> – un droit d'opposition au profit du salarié, qui peut désormais, dans un délai d'un mois, déclarer par écrit auprès de l'utilisateur ou du prêteur qu'il souhaite conserver son contrat d'origine avec le prêteur. Alors que certains auteurs contestent le rapprochement opéré avec le transfert d'entreprise et donc le droit d'opposition lui-même<sup>16</sup>, d'autres mettent en cause la requalification de plein droit et se prononcent en faveur de l'institution d'une option pour le salarié de demander ou non la requalification avec l'utilisateur<sup>17</sup>.

Une autre disposition novatrice du projet consiste à concrétiser la précision opérée par la loi de 2011 selon laquelle le prêt de main d'œuvre doit être « temporaire ». En effet, le projet introduit le principe d'une durée maximale de 18 mois pour la mise à disposition. Ainsi, un même travailleur intérimaire ne doit pas pouvoir être mis à disposition d'un même utilisateur pendant plus de 18 mois successifs. Le texte précise que les mises à disposition précédentes par le même ou un autre prêteur chez le même utilisateur doivent être totalement décomptées, dès lors que ces mises à disposition ne sont pas espacées de plus de 6 mois. La durée maximale de mise à disposition se rattache au salarié lui-même et non au poste de travail. Le principe de cette durée maximale de 18 mois est très critiqué, certains auteurs faisant en particulier valoir qu'elle est particulièrement mal adaptée au cas du remplacement, lequel devrait être affecté d'un terme seulement imprécis comme c'est le cas en France<sup>18</sup>.

Cette durée maximale fixée au prêt de main d'œuvre est toutefois supplétive, les conventions collectives (conclues par les syndicats) pouvant retenir une durée maximale différente, sans que la loi n'y fixe de limite. Mais cette possibilité étant réservée aux conventions collectives des branches utilisatrices, on voit mal comment elles pourront s'imposer aux salariés intérimaires. En outre, les entreprises utilisatrices qui ne sont pas liées à une convention de branche peuvent aussi profiter de cette dérogation ; , non pas, comme cela est très fréquemment prévu par les lois allemandes, en renvoyant à cette convention collective dans le contrat de travail, mais soit en reprenant la dérogation conventionnelle dans une convention d'établissement (conclue par le conseil d'établissement)<sup>19</sup> ou en utilisant la clause d'ouverture prévue par la convention de branche pour les conventions d'établissement. La convention collective de branche doit alors être représentative pour la branche utilisatrice. Si la convention collective de branche ne fixe pas elle-même de durée maximale de mise à disposition dans la clause d'ouverture, l'entreprise utilisatrice non liée à cette convention de branche ne peut utiliser l'ouverture qu'en convenant dans la convention d'établissement d'une durée

---

<sup>15</sup> V. sur ce point, M. MAUL-SARTORI, P. REMY, « Le transfert d'entreprise en Allemagne », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 262.

<sup>16</sup> C. BRORS, „AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?“, *NZA*, 2016, p. 672.

<sup>17</sup> M. HENSSLER, préc.

<sup>18</sup> M. HENSSLER, préc.

<sup>19</sup> Sur le système allemand de représentation du personnel, v. P. REMY, « Le droit à la participation en droit allemand : codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Droit Social*, 2015, p. 974.

maximale qui ne peut pas excéder 24 mois.

Là encore, le dépassement de la durée maximale est sanctionné par la requalification du contrat de travail avec l'utilisateur, sauf à ce que le salarié exerce son droit d'opposition.

Le projet réaménage aussi les dispositions de la loi relatives à l'égalité de traitement. Il confirme ainsi l'obligation pour le prêteur de garantir au salarié intérimaire, pendant la durée de la mise à disposition, les conditions de travail essentielles applicables, dans l'établissement de l'utilisateur, à un travailleur comparable. Le texte introduit également une présomption, aux termes de laquelle une telle égalité est présumée en matière salariale dès lors que le travailleur intérimaire se voit verser la rémunération conventionnelle payée à un travailleur comparable de l'utilisateur. Toutefois, il reste possible de déroger par une convention collective à ce principe d'égalité de traitement, sous réserve de ne pas descendre en dessous des minima salariaux spécifiques au travail intérimaire introduits en 2011.

Surtout, le projet dispose désormais que l'égalité de traitement en matière salariale doit intervenir au plus tard à l'issue d'un délai de 9 mois. Là encore, une dérogation peut être prévue par les conventions collectives de branche (de la branche de l'intérim) à la condition que les majorations interviennent dans les 6 semaines et que soit atteint, dans les 15 mois de la mise à disposition, une rémunération égale à la rémunération conventionnelle applicable à un travailleur comparable chez l'utilisateur. Selon certains auteurs ces restrictions mises à la faculté pour les conventions collectives de déroger à la loi porteraient une atteinte excessive à l'autonomie collective<sup>20</sup>.

Enfin, le projet prévoit des dispositions relatives au travail intérimaire et aux relations collectives de travail. Ainsi la loi introduit-elle une interdiction d'employer des intérimaires dans un établissement directement touché par un conflit collectif. Cette interdiction d'employer des intérimaires comme « briseurs de grève » est d'application large. Elle est très critiquée par une partie de la doctrine qui considère qu'elle porte atteinte à la « parité dans le conflit ». Chère au droit allemand, celle-ci est censée permettre aux employeurs de choisir les moyens par lesquels ils souhaitent riposter à la grève, notamment en recourant au lock-out. Par ailleurs, entérinant en partie une jurisprudence récente<sup>21</sup>, le projet prévoit que les salariés intérimaires ne sont pas seulement électeurs chez l'utilisateur (après trois mois), mais doivent également être décomptés de la plupart des seuils d'effectifs prévus par la loi sur la constitution de l'établissement, mais aussi par les lois sur la cogestion.

---

<sup>20</sup> M. HENSSLER, préc.

<sup>21</sup> Voir pour les seuils de la loi sur la constitution de l'établissement, BAG 18 octobre 2011, NZA 2012, p. 211 ; aussi BAG 5 décembre 2012, NZA 2013, p. 793 ; pour la loi sur le licenciement, BAG 24 janvier 2013, NZA 2013, p. 726 ; pour la loi sur la cogestion, par exemple, BAG 4 novembre 2015, NZA 2016, p. 559 ; v. R. KRAUSE, « [Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung](#) », ZIP 2014, p. 2209.

En conclusion, si le droit allemand du travail intérimaire se rapproche incontestablement du droit français, à la faveur des nombreuses réformes intervenues récemment, notamment pour transposer la directive sur le sujet, les deux droits restent marqués par des conceptions d'origine respectives très différentes<sup>22</sup>. Sur les points importants sur lesquels des rapprochements s'opèrent (durée maximale, égalité de traitement), il est remarquable que la loi allemande soit sinon supplétive de l'autonomie collective, en tout cas susceptibles de dérogations plus ou moins larges par les conventions collectives. L'avenir dira si un tel phénomène qui est à l'œuvre dans la loi El Khomri sur le droit du temps de travail finira par concerner d'autres domaines, comme celui du travail intérimaire. Ce qui se justifie en droit allemand du fait de l'autonomie collective ne s'impose pas nécessairement en France où les conditions d'une telle autonomie collective ne sont pas remplies<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Le droit allemand reste en particulier marqué par le principe de non-synchronisation qui interdisait au prêteur (qui doit supporter les risques de l'activité) de caler la durée du contrat de travail sur la durée (nécessairement plus courte) de la mise à disposition chez l'utilisateur. Il est remarquable de constater que le droit français fait désormais un pas dans cette direction en permettant, comme l'a confirmé la loi Rebsamen d'août 2015, que le contrat de mission avec le prêteur soit un contrat à durée indéterminée.

<sup>23</sup> V. notre article, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *Sem.Soc.Lamy, supplément* dirigé par P. Waquet 2011, n°1508, p. 63.

## C. Le contrôle par le juge du recours abusif aux CDD successifs

*Jean-Eudes MAES, doctorant contractuel à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Comme en droit français, les conditions de recours au contrat de travail à durée déterminée se trouvent également encadrées en droit allemand par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999. Cette dernière impose aux Etats membres d'adopter des mesures visant à empêcher les abus liés à la multiplication de contrats à durée déterminée tout en leur laissant le choix de régler soit les raisons objectives justifiant le renouvellement, soit la durée maximale totale autorisée des contrats successifs, soit le nombre maximal de renouvellements possibles.

La loi française ne se contente pas de régler, de façon relativement stricte, à la fois la durée maximale d'un contrat, le nombre de renouvellements possibles (deux depuis la loi Macron) et la possibilité de conclure des contrats successifs ; elle impose en outre une raison objective dès la conclusion du contrat initial.

Le contraste est saisissant avec la loi allemande<sup>24</sup>, en l'occurrence la loi sur le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée (Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)) adoptée en 2000 pour transposer les deux accords-cadres européens sur le temps partiel (1997) et sur le contrat à durée déterminée (1999). La loi allemande distingue en effet les CDD soumis à l'existence d'un motif objectif et ceux qui peuvent être conclus sans motif. Pour les premiers, la loi prévoit une liste non limitative de huit cas de recours très divers. Le CDD peut alors être conclu avec un terme précis ou un terme imprécis, auquel cas le contrat prend fin avec la réalisation de l'objet, sans limitation de durée. Pour les CDD non motivés - qui sont réservés aux nouvelles embauches - la loi prévoit en revanche une durée maximale de deux ans (qui peut être portée à quatre pour les nouvelles entreprises). Le contrat peut faire l'objet de trois renouvellements maximum pendant ces deux ans (trois fois six mois par exemple), sachant que ces différentes limitations légales sont supplétives de la volonté exprimée par les partenaires sociaux dans les conventions collectives

Alors que la loi allemande ne prévoit rien quant à la succession de CDD (à ne pas confondre avec le renouvellement<sup>25</sup>), l'arrêt Küçük C-586/10 de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu le 26 janvier 2012 sur question préjudicielle allemande,<sup>26</sup> a quelque peu renouvelé la façon dont le juge allemand apprécie

---

<sup>24</sup> En détails, P. REMY, « Le droit allemand applicable aux CDD », *Revue de droit du travail*, p. 649.

<sup>25</sup> Comme en droit français, il faut distinguer le renouvellement du CDD qui est la possibilité de proroger le terme du contrat et la succession de plusieurs CDD différents.

<sup>26</sup> CJUE, 26 janvier 2012, n° C-586/10 *Küçük c/ Land Nordrhein-Westfalen*, D. 2012. 639 ; RTD eur. 2012. 480 obs. S. ROBIN-OLIVIER ; RMCUE 2012. 281, chron. F. LELIÈVRE.

l'existence d'un abus dans la succession des CDD. D'un côté, la Cour a posé que ne caractérise pas l'existence d'un abus le seul fait pour un employeur d'être obligé de recruter par un CDD de manière récurrente, alors que ces remplacements auraient pu être couverts par un contrat de travail à durée indéterminée. De l'autre, elle a imposé aux autorités des Etats membres de prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur.

Pour cerner l'appréciation du caractère abusif du recours à des CDD successifs, en général motivés, la doctrine allemande<sup>27</sup> a développé la théorie du « feu tricolore » (Rechtsmissbrauchsampel), en s'appuyant sur les dispositions légales applicables aux CDD non motivés, qui sont soumis à une durée maximale de 2 ans et à 3 renouvellements maximum. Si le recours aux CDD successifs reste dans ces limites, le feu est « vert » et aucun abus ne peut être caractérisé. En revanche, si l'employeur dépasse l'une de ces deux limites, le feu devient « orange » et un risque d'abus apparaît, la charge de la preuve incombant au salarié à la différence de celle du motif lui-même, qui incombe à l'employeur. Enfin, le feu devient « rouge » lorsque les critères sont gravement dépassés, que ce soit de façon cumulative ou alternative. Ainsi, il y aurait abus lorsque la limite temporelle ou celle du nombre de CDD dépasse de quatre fois les seuils légaux applicables aux CDD non motivés, soit 8 années (4 X 2) ou 12 contrats successifs (4 X 3) ; lorsque les deux limites sont dépassées de façon cumulative, un abus pourrait être mis en évidence à partir d'un triplement des seuils légaux, soit 6 années et 9 contrats. Dans une décision du 12 novembre 2014<sup>28</sup>, la Cour fédérale du travail a déjà eu l'occasion de juger que l'abus était constitué pour une relation qui avait duré plus de 11 ans avec 6 contrats successifs.

Pour autant, si le dépassement de certains critères numériques peut laisser supposer l'existence d'un abus, l'employeur conserve la possibilité de se justifier en apportant la preuve que le recours à des CDD successifs reposait, malgré tout, sur des éléments objectifs (nécessité de remplacer plusieurs salariés par exemple)<sup>29</sup>.

En conclusion si la loi française sur le CDD est incontestablement plus stricte que la loi allemande sur de nombreux points (exigence d'un cas de recours, délai de carence), les juges et la doctrine allemande cherchent à quantifier les critères de l'abus du recours aux CDD successifs, là où les juges français vérifient si les CDD n'ont pas eu pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et, à cette fin, s'il n'y a pas été recouru de façon systématique pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> V. J. VOM STEIN, « Missbrauchskontrolle bei befristeten Arbeitsverträgen », *NJW*, 2015, p. 369 ; J. JOUSSEN, „Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Arbeitsrecht Diskriminierungsrecht, Befristungsrecht, Urlaubsrecht“, *RdA*, 2015 p. 305.

<sup>28</sup> BAG, 12 novembre 2014, 7 AZR 891/12.

<sup>29</sup> Pour un exemple plus récent, V. BAG, 7 octobre 2015, 7 AZR 944/13.

<sup>30</sup> Sur cette jurisprudence, v. G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2016, 30<sup>ème</sup> ed. en particulier n°239.

## **D. L'interdiction de faire grève pour les enseignants fonctionnaires en Allemagne, traditionnelle, est-elle juridiquement problématique ?**

*Bernhard KNELLER, Elève-avocat, Double-Maîtrise en droits français et allemand 2014 (Paris I/Cologne)*

Une solution incompatible avec le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme peut-elle réellement être considérée comme « constitutionnelle » ? Telle est la question qui se pose à la lecture de l'arrêt de la Cour administrative fédérale en date du 26 février 2015<sup>31</sup> : en effet, la juridiction suprême de l'ordre administratif allemand a jugé irrecevable le pourvoi formé par une enseignante fonctionnaire<sup>32</sup> licenciée pour avoir participé à un mouvement de grève pendant ses heures de travail.

A la suite de son licenciement, la requérante avait saisi le *Verwaltungsgericht* (tribunal administratif) pour contester cette décision et, après avoir été déboutée, le *Oberverwaltungsgericht* (cour administrative supérieure/d'appel) la déboute à son tour sur le fondement de l'Art. 33 al. 5 de la Loi fondamentale, lequel dispose que « *le droit du service public est à régler et à développer en prenant en compte les principes fondamentaux des fonctionnaires de métier* »<sup>33</sup>. Elle forme donc un pourvoi devant la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) et lui demande d'interpréter cet article 33 alinéa 5 de la Loi fondamentale allemande à la lumière des principes issus de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, aux termes duquel toute personne a le droit de fonder ou de s'associer à des syndicats pour la défense de ses intérêts, l'exercice de ces droits ne pouvant être restreint que par la loi, et pour des mesures essentielles de sécurité, démocratie, de défense et de prévention du crime.

La Cour juge irrecevable le pourvoi, au motif qu'elle avait déjà tranché cette question dans un précédent arrêt en date du 27 février 2014<sup>34</sup>, auquel elle renvoie<sup>35</sup>.

Selon cet arrêt, l'interdiction de faire grève pour les fonctionnaires résulte de l'article 33 al. 5 de la Loi fondamentale, précité. Selon l'arrêt de 2014, cet article de la Loi fondamentale est un « principe structurel déterminant » du droit de la

---

<sup>31</sup> BVerwG 26 février 2015, 2 B 6.15.

<sup>32</sup> Les enseignants en Allemagne ne sont pas forcément fonctionnaires. Certains le sont (et ils sont dans ce cas fonctionnaires du Land dans lequel ils enseignent), tandis que d'autres sont salariés de la puissance publique sans avoir le statut de fonctionnaires.

<sup>33</sup> Allemand : « Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ».

<sup>34</sup> Pour être recevable, un pourvoi allemand doit poser une question à la Cour à laquelle celle-ci n'a pas déjà répondu dans ses précédents arrêts.

<sup>35</sup> Allemand : BVerwG 27 février 2014, 2 C 1.13.

fonction publique, et l'interdiction de faire grève pour les fonctionnaires en fait partie. Cet article restreint donc la liberté de coalition garantie par l'art. 9 III de la Loi fondamentale, qui garantit l'autonomie collective des syndicats (*Tarifautonomie*), ainsi que le droit de grève. En effet, ce dernier n'est pas, en Allemagne, un droit individuel des salariés –comme en France où ce droit doit alors être exercé collectivement -, mais un droit dont sont titulaires les seuls syndicats. Ainsi, les salariés ne seront protégés par le droit de grève (suspension du contrat de travail comme en France) que si le syndicat les a appelés à participer au conflit collectif<sup>36</sup>. Les syndicats ne peuvent d'ailleurs déclencher un tel conflit que dans le but de parvenir à la conclusion d'un accord collectif. Cependant, les fonctionnaires ne sont pas soumis à un accord collectif, mais à un statut : de sorte qu'ils n'ont pas le droit de grève.

La Cour admet dans cet arrêt que cette restriction par l'art. 33 V de la Loi fondamentale n'est pas compatible avec l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour les fonctionnaires exerçant des fonctions non régaliennes, mais précise qu'il appartient au seul législateur de conformer le droit interne aux exigences de la CEDH. Tant qu'il ne s'exécute pas, l'article 33 V de la Loi fondamentale s'applique et les fonctionnaires sont soumis à une interdiction de faire grève, malgré l'article 11 de la CEDH dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, s'appuyant sur la Charte sociale européenne, tire le droit de grève dans son arrêt « *Demir et Bayka c. Turquie* »<sup>37</sup>.

Les traités internationaux n'exercent pas d'effet direct en Allemagne, conformément au système dualiste qui s'y trouve ainsi appliqué. Pour que les prescriptions d'un traité soient applicables en Allemagne, elles doivent être transposées par celui-ci. Ce dualisme s'applique également à la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi toute disposition du droit allemand non conforme à la CEDH reste-t-elle en vigueur tant que le législateur ne l'a pas modifiée. L'arrêt du 26 février 2015, appliquant cette solution, déboute la requérante de sa demande sans examiner le fond de l'affaire et déclare le pourvoi irrecevable. Ce renvoi à la décision du 27 février 2014 maintient en droit allemand la solution traditionnelle prohibant le droit de grève des fonctionnaires et manifeste dans le même temps le peu d'empressement de la Cour pour modifier sa jurisprudence dans l'attente d'une intervention du législateur..

---

<sup>36</sup> V. en détails, P. REMY et M. HENSSLER, « La réforme allemande du droit des conventions collectives », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 562.

<sup>37</sup> CEDH, 12 novembre 2008 « *Demir et Baykara c. Turquie* », n° 34503/97.

## **E. L'absence de responsabilité directe des syndicats pour les répercussions d'une grève sur les tiers**

*Bernhard KNELLER, Elève-avocat, Double-Maîtrise en droits français et allemand 2014 (Paris I/Cologne)*

Les tiers subissant les conséquences d'une grève ne disposent pas d'une action en responsabilité contre les syndicats y ayant appelé, tel est en substance, l'enseignement de la décision rendue le 25 août 2015 par la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*, BAG)<sup>38</sup>.

Le syndicat allemand des contrôleurs aériens (ci-après GdF)<sup>39</sup> avait annoncé un mouvement de grève dans le cadre de la négociation d'un accord collectif avec la société gérante de l'aéroport de Stuttgart FSG<sup>40</sup>. Cette dernière a alors eu recours à des salariés et contrôleurs aériens provenant d'autres aéroports. Parallèlement, la DFS (*Deutsche Flugsicherung GmbH*), entreprise chargée du contrôle du tarmac, introduit une requête aux fins de voir interdire au syndicat GdF la mise en œuvre d'une grève de solidarité, ce que le tribunal lui refuse. La GdF appelle donc les salariés de DFS à faire une grève de soutien, afin d'appuyer ses revendications face à FSG. Les contrôleurs aériens adhérents du syndicat GdF cessent ainsi le travail, ce qui cause de nombreux retards et annulations de vols. Plusieurs compagnies assignent le syndicat GdF en réparation du préjudice ainsi causé.

Elles fondent leur demande en réparation sur le § 823 I du Code civil allemand (BGB)<sup>41</sup>, qui pose le principe général de responsabilité délictuelle, au motif que la cessation de travail des contrôleurs aériens portait directement atteinte à leur droit de propriété et à leur liberté d'exploiter leur entreprise tels qu'ils sont protégés par la Loi fondamentale allemande (art. 12 et 14).

La Cour fédérale du travail les déboute, considérant qu'aucune atteinte aux droits protégés par § 823 I BGB ne peut être établie, notamment aucune violation du droit d'exploiter librement son entreprise. En effet, le § 823 I ne protège pas le patrimoine en tant que tel, mais seulement contre les atteintes *dirigées directement contre l'entreprise*. Il peut éventuellement s'agir d'une grève, mais seulement dans le cas où celle-ci est dirigée contre le demandeur, qui ne peut ainsi être que l'employeur, à l'exclusion des tiers. Ceux-ci n'ont ainsi, sur le fondement de § 823 I BGB, aucun droit à la réparation de leur préjudice contre le syndicat à l'origine de la grève, n'étant pas considérés comme directement concernés.

---

<sup>38</sup> BAG 25 août 2015, 1 AZR 754/13.

<sup>39</sup> « Gewerkschaft der Flugsicherung ».

<sup>40</sup> Flughafen Stuttgart GmbH (aéroport de Stuttgart SARL)

<sup>41</sup> Article 823, alinéa 1 du Code civil allemand réglementant la réparation du préjudice causé par la lésion d'un droit protégé par cet article.

Si cette solution ne facilite pas la réparation des dommages subis par les tiers à la grève, qui n'ont aucun pouvoir sur la situation et ne peuvent que la subir, elle laisse clairement apparaître l'intention de la Cour fédérale du travail (BAG) de protéger les syndicats, seuls titulaires du droit de grève. Si une organisation syndicale avait dû indemniser les tiers à une grève des préjudices causés par celle-ci, cela aurait pu fortement dissuader d'autres syndicats, à l'avenir, d'exercer leurs droits. De plus, en l'espèce, la somme au paiement de laquelle aurait pu être condamné le syndicat en question était potentiellement bien trop élevée pour qu'il puisse s'en acquitter.

## **F. Le décompte des effectifs au sens de la directive dite « licenciements collectifs » (CJUE, *Balkaya*, C-229/14, arrêt du 9 juill. 2015)**

*Marcel ZERNIKOW, doctorant en droit international et européen à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le décompte des salariés dans l'entreprise a provoqué à plusieurs reprises la mise en cause du droit français. Ainsi dans une affaire *CGT et autres*, la CJCE a mis en garde le législateur français qui excluait de ce décompte les travailleurs âgés de moins de 26 ans<sup>42</sup> au regard de l'obligation d'information et de consultation des représentants du personnel<sup>43</sup>. Cette décision a requis la mise en conformité du droit national au regard du droit de l'Union européenne ainsi interprété.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, impose des modalités de calcul des seuils déclenchant l'obligation d'information et de consultation. Cela signifie que si les États membres sont libres de déterminer les seuils, ils ne peuvent pas soustraire certaines catégories des modalités de calcul.

Le 15 janvier 2014, la CJUE a de nouveau mis en cause la législation française qui continuait d'exclure des effectifs les apprentis et les personnes sous contrats aidés dans le calcul des seuils déclenchant l'obligation de mise en place de délégués du personnel<sup>44</sup>. C'est dans ce contexte jurisprudentiel que s'inscrit la déclaration de non-conformité du droit allemand en matière de licenciement collectif dans l'affaire *Balkaya*<sup>45</sup>.

En l'espèce, une SARL de droit allemand (*GmbH*) employant 19 salariés, outre son gérant (*Fremdgeschäftsführer*) et une personne en formation de reconversion, a licencié tous ses salariés sans avoir préalablement procédé à la notification à l'administration du travail. Il convient de préciser que le § 17 al. 1, pt. 1 de la loi allemande de protection contre le licenciement (*KschG*), qui transpose cette obligation de notification, la soumet à la condition que l'employeur occupe habituellement plus de 20 travailleurs dans l'établissement.

Se posait alors aux juges allemands la question de savoir si l'établissement en cause avait franchi ce seuil. La particularité de l'espèce résidait dans le fait que deux des salariés, susceptibles de conduire à un dépassement du seuil, relevaient de statuts spécifiques.

---

<sup>42</sup> L'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 excluait du décompte des effectifs de l'entreprise les jeunes de moins de 26 ans.

<sup>43</sup> CJCE, *CGT et autres*, C-385/05, arrêt du 18 janvier 2007. Ensuite, par sa décision CE 6 juillet 2007, n° 283892, le Conseil d'Etat annulait le dispositif français.

<sup>44</sup> CJUE, *Association de médiation sociale*, C-176/12, arrêt du 15 janvier 2014.

<sup>45</sup> CJUE, *Balkaya*, C-229/14, arrêt du 9 juillet 2015, comm. L. Driguez, *Europe*, 2015, 385, act. S. Laulom, *Semaine Sociale Lamy*, supplément, 2015, 1702.

D'une part, le « gérant » (*Fremdgeschäftsführer*), en tant que membre de la direction de la société de capitaux, exerçait son activité sous la direction et sous le contrôle d'un autre organe de cette société, percevait en contrepartie de son activité une rémunération et ne possédait lui-même aucune part dans ladite société. D'autre part, la personne en formation de reconversion exerçait une activité pratique sous la forme d'un stage, sans percevoir de rémunération de son employeur, mais en bénéficiant d'une aide financière versée par l'organisme public chargé de la promotion du travail.

Le renvoi préjudiciel opéré par le juge national portait sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de la directive 98/59 Licenciements collectifs, qui ne renvoie pas aux législations nationales pour la définition du terme de travailleur mais implique le recours à une définition autonome du travailleur, de source européenne<sup>46</sup>. C'étaient les contours de cette notion autonome qu'il convenait de préciser.

La directive en matière de licenciement vise le licenciement collectif : selon la définition retenue par son article 1<sup>er</sup> § 1 a) i), le licenciement est collectif dès lors qu'il concerne notamment, sur une période de trente jours, au moins 19 travailleurs dans un établissement employant habituellement au moins 21 travailleurs. Une fois le licenciement collectif retenu, l'employeur doit respecter les dispositions de la directive, parmi lesquelles figure l'obligation de notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité compétente.

Tout d'abord, le « gérant » comptait-il parmi les effectifs de l'entreprise ? La spécificité de la catégorie allemande de gérant suscitait une interrogation<sup>47</sup>. En droit allemand, ne sont pas réputés travailleurs les membres de l'organe d'une personne morale chargé de la représenter légalement<sup>48</sup>. S'agissant d'un directeur susceptible à tout moment d'être destitué de ses fonctions et soumis à la direction (*Weisung*) et au contrôle (*Aufsicht*) de l'assemblée des associés<sup>49</sup>, on pouvait avancer qu'il se trouvait dans une relation de subordination au sens du droit des sociétés allemand (§ 37 al. 1, 38 al. 1 *GmbHG*). Or une disposition de la loi allemande sur les licenciements (*KSchG*) exclut expressément et en tout état de cause ces gérants des salariés à décompter dans les effectifs (§ 17 al. 5 pt. 1 *KSchG*) Mais peu importe selon la Cour de justice qui retient qu'un membre de la direction d'une société de capitaux exerçant son activité en contrepartie d'une rémunération

---

<sup>46</sup> Sur ce point, S. Laulom, *SSL*, supplément, 2015, 1702.

<sup>47</sup> Cf. CJUE, *Commission c. Italie*, C-596/12, 13 février 2014, sur le gérant d'une société de capitaux italienne, et CJUE, *Danosa*, C-232/09, arrêt du 11 novembre 2010.

<sup>48</sup> En effet, les membres de ces organes exercent les fonctions d'employeur et à ce titre, ils sont exclus, par une fiction légale, de la loi sur le licenciement (§14 I *KSchG*), ne sont pas salariés au sens de la loi sur la constitution de l'établissement (§5 II n°1 et 2 *BetrVG*), ainsi que de celle sur la juridiction du travail (§5 I 3 *ArbGG*). Ils font à la fois l'objet d'une nomination au sens du droit des sociétés et sont engagés dans le cadre d'un contrat entre l'organe et la personne morale et ce contrat est, en principe, un contrat de louage de service et seulement exceptionnellement un contrat de travail, en cas de très forte soumission interne à un pouvoir de direction. V. A. JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 2016, n°123

<sup>49</sup> S. LUNK, « Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus? », *NZA*, 2015, p. 918.

sous la direction et sous le contrôle d'un autre organe de cette société et ne possédant lui-même aucune part dans ladite société devrait être considéré comme un travailleur au sens de ladite directive. Cela a pour conséquence d'intégrer le « *gérant* » dans le champ de la protection de la directive en matière de licenciement collectif, tout en renforçant la protection des autres salariés<sup>50</sup>.

En second lieu, la *CJUE* répond également par l'affirmative pour ce qui concerne la prise en compte dans les effectifs de la personne en formation. Cette réponse était moins surprenante, dans la mesure où la *CJUE* a retenu de longue date que la notion de travailleur s'étend en droit de l'Union aux personnes accomplissant un stage préparatoire ou effectuant des périodes d'apprentissage, dans la mesure où leur activité s'effectue dans les conditions d'une activité salariée réelle et effective. Elle affirme ainsi qu'elle accorde une importance mineure au critère de la rémunération, qui peut être réduite<sup>51</sup>. Le financement de cette formation au moyen de subventions publiques ne constitue pas un obstacle à une telle qualification<sup>52</sup>.

Effet direct oblige, les juridictions allemandes doivent ainsi décompter les effectifs en matière de licenciement collectif conformément à l'interprétation de la *CJUE*. L'enjeu de cette décision n'est pas négligeable, dans la mesure où elle garantit aux dirigeants, et surtout aux autres salariés de l'entreprise, davantage de protection, étant précisé que non seulement l'information et la consultation mais aussi le déclenchement du grand licenciement collectif dépendent du franchissement du seuil<sup>53</sup>. Ainsi, concernant le droit allemand, le décompte de la *CJUE* s'impose pour toutes les protections accordées par la directive, notamment pour l'obligation de notification du projet de licenciement à l'autorité publique. A l'inverse, l'obligation fondée sur le § 17 al. 2 *KSchG* relative aux renseignements à fournir au conseil d'établissement n'est pas affectée puisque celle-ci dépasse les garanties issues de la directive.

---

<sup>50</sup> *CJUE, Balkaya*, C-229/14, 9 juillet 2015, point 47.

<sup>51</sup> *CJCE, Lawrie-Blum*, C-66/85, arrêt du 3 juillet 1986, points 19 à 21 ; *Bernini*, C-3/90, arrêt du 26 février 1992, points 15 et 16 ; *Kurz*, C-188/00, arrêt du 19 novembre 2002, points 33 et 34 ainsi que *Kranemann*, C-109/04, arrêt du 17 mars 2005, point 13.

<sup>52</sup> *CJCE, Bettray*, C-344/87, arrêt du 31 mai 1989, points 15 et 16 ; *Birden*, C-1/97, arrêt 26 novembre 1998, point 28 ainsi que *Kurz*, C-188/00, arrêt du 19 novembre 2002, point 34.

<sup>53</sup> *CJUE, Balkaya*, C-229/14, arrêt du 9 juillet 2015, comm. L. Driguez, *Europe*, 2015, 385.

## G. La « cogestion » allemande est-elle conforme au droit européen ?

Marcel ZERNIKOW, doctorant en droit international et européen à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Une série de contentieux s'est développée devant les juridictions allemandes, relativement à la mise en cause des sociétés cotées en bourse, telles que *Hornbach*, *BayWa* ou la *Deutsche Börse*, assignées par leurs actionnaires demandant que leur soit reconnue inapplicable la loi allemande sur la cogestion (« *Mitbestimmung* »). Le modèle allemand de cogestion comprend deux volets : la « *Mitbestimmung* » dite d'établissement (*betriebliche Mitbestimmung*) et la « *Mitbestimmung* » dite d'entreprise. Tandis que le premier volet concerne les pouvoirs du conseil d'établissement, tels qu'ils sont déterminés dans la loi sur la « *constitution de l'établissement* » (*BetrVG*), le second fait référence à la représentation des travailleurs, à côté de celle des actionnaires, au sein des organes de la société<sup>54</sup>. C'est le second volet qui est ici visé. Dans ce contexte, il est important de rappeler que le conseil de surveillance en tant qu'organe de direction de la société anonyme, société mère, est responsable de l'ensemble du groupe dans le monde.

Une première affaire de grande ampleur concerne la société anonyme de droit allemand *TUI AG*, employant environ 10 000 travailleurs en Allemagne et 40 000 travailleurs à travers l'Europe. Dans le cadre d'une procédure de constatation d'état visant à vérifier la composition de son conseil de surveillance, le tribunal régional supérieur de Berlin a accepté de poser une question préjudicielle à la *CJUE* relativement à la conformité de la cogestion allemande au droit de l'Union<sup>55</sup>.

La problématique repose sur la répartition des travailleurs de la société entre plusieurs Etats membres de l'Union. En effet, les travailleurs d'une société anonyme employés en Allemagne se voient appliquer le droit allemand qui détermine leur droit de vote ainsi que leur éligibilité au conseil de surveillance. En revanche, les travailleurs de la même société qui exercent leur activité dans un autre Etat membre de l'Union européenne ne sont ni intégrés aux effectifs, ni électeurs, ni éligibles aux élections du conseil de surveillance, le droit allemand ne s'appliquant pas. Une telle différence de traitement ne viole-t-elle pas l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité prévue à l'article 18 *TFUE* ainsi que la libre circulation des travailleurs garantie par l'art. 45 *TFUE* ?

---

<sup>54</sup> P. REMY, « 'Le droit à la participation' en droit allemand : codécision codétermination, cogestion, autonomie collective... ? », *Droit Social*, 2015, p. 974.

<sup>55</sup> V. KG Berlin, 16.10.2015, *NZG* 2015, p. 1311 ; J. HEUSCHMID et D. ULBER, „Unternehmensmitbestimmung auf dem Prüfstand des EuGH“, *NZG* 2016, 102 en langue française, *Rapport n°17 sur la cogestion de la Hans Böckler Stiftung* « Test décisif auprès de la CJUE : la cogestion en sortira-t-elle affaiblie ou renforcée ? » ; R. KRAUSE, « La portée du droit de l'Union par rapport à la cogestion dans l'entreprise », *Mitbestimmungsförderung Report Nr. 17* · Dez. 2015, p. 6.

D'aucuns soutiennent en effet qu'il y aurait entrave à la libre circulation des travailleurs (art. 45 *TFUE*) dans la mesure où l'absence de droit de vote et d'éligibilité au conseil de surveillance ou d'une éventuelle participation au conseil de surveillance pourrait dissuader les travailleurs de solliciter une mobilité en dehors de l'Allemagne. Mais peut-on vraiment soutenir sérieusement qu'un salarié qui a la possibilité d'être muté dans une filiale à l'étranger ne saisira pas cette possibilité parce qu'il perdra du même coup son droit de participer à l'élection du conseil de surveillance ?

D'autres, comme les travailleurs des filiales étrangères du groupe, soutiennent plutôt qu'il y aurait une discrimination indirecte en raison de leur nationalité (article 18 *TFUE*) dans le fait de les exclure de l'électorat et de l'éligibilité au conseil de surveillance. Mais une discrimination indirecte est susceptible d'être justifiée. En l'espèce, ce sont des actionnaires qui ont soutenu devant le tribunal que la composition du conseil de surveillance n'était pas conforme au droit de l'Union, dès lors qu'il ne comprenait que des travailleurs employés en Allemagne. Dans ces conditions, ces actions en justice poursuivent moins le but – au-demeurant légitime – d'intégrer au conseil de surveillance des salariés qui ne sont pas employés en Allemagne que d'utiliser ce biais comme prétexte pour remettre en cause la cogestion allemande<sup>56</sup>.

A l'inverse, pour s'opposer à cette prise en compte des salariés employés dans d'autres pays que l'Allemagne et sauver la cogestion allemande, on peut notamment invoquer l'incompétence territoriale du législateur allemand pour réglementer les conditions de la participation des travailleurs exerçant leur activité à l'étranger. Sans doute est-il regrettable à cet égard que l'Union n'ait pas harmonisé le droit de la cogestion<sup>57</sup>, s'en remettant sur ce point à l'intervention des législateurs nationaux. Mais ce constat a peu de chance d'évoluer dans les années qui viennent.

A l'heure actuelle, aucun Etat membre ne prévoit la participation automatique des travailleurs exerçant leur activité à l'étranger aux élections des institutions représentatives du personnel. Si la Cour de justice devait répondre positivement à la question préjudicielle de la juridiction allemande, elle aboutirait alors à un bouleversement des règles juridiques dans nombre d'Etats de l'Union européenne.

---

<sup>56</sup> Aussi sur ce contexte, J. HEUSCHMID et D. ULBER, préc.

<sup>57</sup> Un seul type de sociétés tient compte du déploiement de l'activité à l'échelle de l'Union européenne. Le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 a consacré le statut de la société européenne et la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 a complété ce statut pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Selon ce texte, aucune société européenne ne peut être constituée tant qu'un modèle d'implication des salariés n'a pas été choisi par un accord entre les dirigeants et les salariés. L'accord vise nécessairement les procédures d'information, de consultation et éventuellement de participation des salariés aux organes de gestion de la société européenne.

## **H. La représentation des salariés du sexe sous-représenté dans les organes des sociétés soumises à la cogestion**

*Jean-Eudes MAES, doctorant contractuel à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Face à la faible place faite aux femmes dans les organes décisionnels des sociétés, de nombreux pays européens ont élaboré des mécanismes juridiques tendant à remédier à cette situation. Après la Norvège en 2003 et l'Espagne en 2007, la France s'est dotée d'un cadre juridique fort par une loi du 27 janvier 2011 imposant une représentation de chaque sexe à hauteur de 20% après le 1er janvier 2014, dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés dont les actions sont admises à négociation sur un marché réglementé, ce quota passant à 40% après le 1er janvier 2017.

L'Allemagne, en revanche, n'a pas, dans un premier temps, suivi l'exemple de ses voisins européens, malgré un projet de loi présenté par le groupe écologiste « Die Grünen » en 2007 et en 2010, visant à introduire des quotas par sexe dans les organes décisionnels. Le gouvernement allemand a en effet considéré l'introduction par la loi de quotas comme un recours ultime, préférant l'autorégulation des acteurs par de simples recommandations.

Subissant toutefois une certaine pression du fait de la multiplication des dispositifs légaux dans les pays voisins, mais également de la part de la Commission européenne qui a publié en 2010 'un Livret vert sur « le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération »<sup>58</sup>, le législateur allemand a finalement adopté le 30 avril 2015 la loi pour la participation égale des femmes et des hommes aux positions de direction dans l'économie privée et le secteur public<sup>59</sup>. Cette dernière est entrée en vigueur le 1er mai 2015.

Elle prévoit des dispositifs visant à améliorer la présence des femmes dans les conseils de surveillance. Ces dispositifs concernent en particulier les sociétés par actions et les sociétés en commandite qui comptent plus de 2000 salariés, ainsi que les sociétés européennes<sup>60</sup> et celles qui découlent d'une fusion transfrontalière. Le seuil de 2000 salariés est celui de la loi sur la « cogestion d'entreprise » de 1976 qui impose une représentation paritaire (qui est en réalité une fausse parité<sup>61</sup>) des

---

<sup>58</sup> Il est à cet égard intéressant de noter que le gouvernement allemand aura approuvé le 11 décembre 2014 l'idée de l'instauration d'un quota féminin, le Conseil de l'Union Européenne n'ayant pu dégager, le même jour, un accord sur le projet de directive « Women on Boards », qui poursuivait les mêmes finalités.

<sup>59</sup> Pour une analyse complète du dispositif, V. S. KATHARINA, « Die Frauenquote ist da – Das Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe und die Folgen für die Praxis », *DSiR*, 2015, p. 947.

<sup>60</sup> Ce qui n'est pas sans poser des problèmes pour les sociétés européennes. V. à cet égard A. SAGAN, « Eine deutsche Geschlechterquote für die europäische Aktiengesellschaft », *RdA*, 2015 p. 255.

<sup>61</sup> En effet, la loi de 1976 accorde, en cas de partage des voix, une seconde voix au représentant des actionnaires, ce qui a été décisif dans la décision de la cour constitutionnelle fédérale (de 1979) de

représentants des salariés à côté des représentants des actionnaires dans les organes de la société, en pratique dans le conseil de surveillance.

L'intensité des obligations varie toutefois selon deux critères qui peuvent se cumuler : le fait que la société en question soit cotée en bourse et le fait qu'elle soit soumise ou non à la cogestion paritaire.

Lorsque ces deux conditions sont satisfaites, chaque sexe doit être représenté à hauteur d'au moins 30% dans le conseil de surveillance de la société. Une centaine de sociétés sont ainsi concernées en Allemagne. Ces 30% sont à apprécier de manière globale, c'est-à-dire par rapport aux deux bancs, celui des actionnaires et celui des représentants de salariés. Toutefois, l'un de ces deux groupes peut s'opposer à cette appréciation globale et demander à ce qu'elle soit réalisée distinctement. Le dispositif est strict et la sanction sévère : si un vote relatif à la composition des conseils venait à contrevenir à ce quota, il serait annulé et chaque siège destiné à un représentant du sexe sous-représenté resterait vide.

Pour les entreprises répondant à un seul des critères précités, elles doivent fixer des objectifs visant à renforcer la présence du sexe sous-représenté dans les conseils de surveillance, les conseils d'administration et les échelons de management les plus élevés. Si la loi ne prévoit pas d'objectif minimum, elle interdit toutefois aux entreprises dont le quota de 30% n'est pas atteint de fixer des objectifs inférieurs au pourcentage actuel du sexe sous-représenté.

## **I. L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne (CJUE, *Jobcenter Berlin Neukölln c./ Nazifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic*, C-67/14, arrêt du 15 sept. 2015)**

*Marcel ZERNIKOW, doctorant en droit international et européen à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

L'affaire rapportée, largement relayée dans les médias européens à l'automne 2015, vient de connaître son épilogue judiciaire devant la juridiction allemande de renvoi. Elle concerne la question de l'accès des citoyens mobiles de l'Union européenne aux prestations sociales dans leur Etat d'accueil. Plus largement, elle rappelle la problématique touchant à la coordination des législations des Etats membres de l'Union européenne en matière d'accès aux prestations sociales.

En l'espèce, une mère et ses trois enfants, tous de nationalité suédoise, ont résidé pendant de longues années en Allemagne, où sont nés tous les enfants. Après une période d'absence, la famille est rentrée en Allemagne, la mère et l'aînée de ses filles y exerçant divers emplois précaires et sollicitant ensuite des prestations sociales du type *SGB II*, c'est-à-dire des allocations de base pour les personnes à la recherche d'un emploi (*Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende*<sup>62</sup>). L'autorité allemande a interrompu le versement des prestations spéciales à caractère non contributif sur le fondement du § 7 *SGB II* au motif que Mme Alimanovic et sa fille aînée étaient exclues du bénéfice des allocations concernées en tant que chercheuses d'emploi étrangères dont le droit de séjour était seulement justifié par la recherche d'emploi. Par conséquent, cette autorité a également exclu les autres enfants des allocations respectives. Contestant ce refus, la famille Alimanovic a entrepris une action en justice devant les juridictions allemandes. Arrivée devant la Cour fédérale de sécurité sociale (*Bundessozialgericht, BSG*), l'affaire a fait l'objet d'un renvoi pour question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>63</sup> a décidé que le fait de refuser aux citoyens de l'Union, dont le droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre d'accueil était seulement justifié par la recherche d'un emploi, le bénéfice de certaines « *prestations spéciales en espèces à caractère non contributif* » n'était pas contraire au principe d'égalité de traitement. La question consistait alors à savoir si les requérants pouvaient se prévaloir d'un droit de séjour leur permettant de

---

<sup>62</sup> Cette prestation, communément appelée « *Hartz IV* » en Allemagne, est fondée sur les lois de 2005 portant fusion des anciennes aides aux chômeurs et de l'aide sociale sous la forme des prestations dites *ALG II*. Cette prestation peut bénéficier à toutes les personnes susceptibles de travailler et dépendantes, entre l'âge de 15 ans et l'âge de la retraite ; cette prestation peut aussi bénéficier aux personnes vivant avec eux, insusceptibles de travailler mais dépendantes.

<sup>63</sup> CJUE, *Jobcenter Berlin Neukölln c./ Nazifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic*, C-67/14, arrêt du 15 septembre 2015.

bénéficiaire des allocations de base au titre de *SGB II*.

S'appuyant sur cette décision, la Cour fédérale de sécurité sociale<sup>64</sup> a cassé l'arrêt de l'instance inférieure en affirmant, d'une part, que les requérants à la recherche d'un emploi ne pouvaient pas bénéficier des allocations au titre de la *SGB II* et, d'autre part, qu'il convenait de vérifier si leur droit de séjour ne pouvait pas être justifié sur un autre fondement, tel que la formation ou l'intégration des enfants, et leur ouvrir ainsi un droit aux prestations demandées.

L'affaire *Alimanovic* s'inscrit dans le cadre plus général de l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne face aux prestations sociales.

**Assistance sociale ou sécurité sociale ?** Selon la *CJUE*, les aides en cause étaient des prestations spéciales de nature non contributive<sup>65</sup>, définies par l'article 70 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, comme celles qui sont financées par l'impôt et sont « destinées [...] à couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement, les risques correspondant aux branches de sécurité sociale visées à l'article 3, paragraphe 1, et à garantir aux intéressés un revenu minimal de subsistance eu égard à l'environnement économique et social dans l'Etat membre concerné ». Elles entrent donc dans le champ matériel de la sécurité sociale. Mais dans le même temps, les prestations concernaient également l'assistance sociale puisqu'elles permettent à leur bénéficiaire de disposer d'un revenu minimal de subsistance, non subordonné à des cotisations.

**Les deux !** La *CJUE* a donc ainsi décidé que la prestation en cause était d'une nature hybride<sup>66</sup>. Il convient de distinguer deux régimes différents susceptibles de fonder l'accès aux prestations sociales. D'une part, la sécurité sociale relève de la technique de coordination depuis 1957 et se trouve aujourd'hui couverte par le règlement dit « *sécurité sociale* » qui fixe notamment le principe d'unicité de la législation applicable, aux termes duquel chaque citoyen entrant dans son champ d'application doit relever d'une loi nationale unique. Ce règlement régit uniquement les prestations de sécurité sociale, par opposition à l'assistance sociale. Il s'appuie sur la technique du conflit de lois, dans une logique de neutralité<sup>67</sup>. D'autre part, l'assistance sociale relève uniquement de la liberté fondamentale de circulation des citoyens de l'Union européenne. A ce titre, l'accès aux prestations sociales de l'Etat d'accueil est lié à cette qualité<sup>68</sup>. Autrement dit, il convient de déterminer si les prétendants relèvent de la liberté de circulation pour affirmer ou non la jouissance des droits qui s'y rattachent.

---

<sup>64</sup> Plusieurs arrêts ont été rendus le même jour, BSG 3 décembre 2015, B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 44/15 R, B 4 AS 43/15 R (*Alimanovic*).

<sup>65</sup> En France, ces prestations comprennent l'allocation pour adulte handicapé et l'allocation de solidarité pour personnes âgées.

<sup>66</sup> E. PATAUT, « Quelle solidarité ? Sécurité sociale et assistance sociale », *RTD Eur*, 2015, p. 640.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> CJCE, *Martinez Sala*, C-85/96, arrêt du 12 mai 1998.

**La condition du droit de séjour.** La nature hybride des prestations en cause sème le doute sur les conditions d'attribution. Il s'agit d'un régime restrictif. En tant que prestations de sécurité sociale, elles sont dues par l'Etat d'accueil sur le seul fondement de la résidence, comme nous le prescrit le règlement « *sécurité sociale* ». Dans le même temps, en considérant, depuis l'arrêt *Brey*, de telles prestations comme relevant également de la catégorie de l'assistance sociale, la *CJUE* soumet les prestations sociales non contributives aux conditions de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circulation et de séjourner sur le territoire des Etats membres. Or cette directive détermine en son article 7 que pour jouir du droit de séjour dans un autre Etat membre, il faut être travailleur salarié ou non salarié, ou disposer de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans l'Etat d'accueil, ou être étudiant ; le même droit s'étend aux membres de la famille. *A contrario*, les personnes qui ne relèvent pas de l'une de ces catégories ne peuvent pas se prévaloir de la libre circulation pour faire valoir un droit de séjour. Au regard du simple droit de l'Union européenne, de telles personnes ne bénéficient pas d'une résidence légale et l'article 24 § 1 de la directive de 2004 les exclut de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Etat d'accueil dans le domaine d'application du traité. Cela a pour conséquence que certaines prestations sociales peuvent être soumises à la condition de la régularité du séjour. Sur cette base, la juridiction allemande de renvoi a cassé l'arrêt de l'instance inférieure et imposé que soient vérifiés tous les fondements éventuels d'un droit de séjour.