

Le système allemand de participation des travailleurs au niveau de l'entreprise

par Wolfgang Däubler, Professeur à l'Université de Brême

I. Introduction

Dans ce rapport, je veux décrire et discuter un peu la soi-disante cogestion allemande. Cela peut donner au lecteur une connaissance des ses traits fondamentaux et une impression générale sur le fonctionnement de cette institution. Quelques détails sont laissés de côté pour ne pas surcharger le texte.

1. Histoire

Influencer les décisions prises par l'employeur était une des plus vieilles revendications du mouvement ouvrier. Les grèves de proteste au 19^{ème} siècle ont eu pour but surtout un salaire pour vivre et des règles de protection de la santé. Après la Première Guerre Mondiale les syndicats ont été reconnus et pouvaient poursuivre ces buts d'une façon plus systématique. Dans son article 165, la Constitution Allemande de 1919 ("Constitution de Weimar") est allée plus loin en donnant aux ouvriers et aux employés le droit de participer comme partenaires égaux au développement des forces productives.¹ La Constitution ne connaît donc pas de restriction aux salaires et aux conditions de travail. Cette décision a été inspirée par le soi-disant mouvement des conseils ("Rätebewegung") qui demandait une démocratisation universelle de la société et était à la base de la révolution de 1918,² mais elle était soutenue aussi par des catholiques de gauche se rapportant à l'encyclique ("Rerum Novarum") du pape Léon XIII.

L'article 165 de la Constitution de Weimar avait besoin d'une exécution par le législateur. En 1920, celui-ci a promulgué la loi sur les conseils d'établissement précurseurs des conseils d'aujourd'hui. Ils avaient des droits de codétermination sur certaines conditions de travail. En

¹ Texte original: Arbeiter und Angestellte sind dazu berufen, gleichberechtigt an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken.

² Cf. von Oertzen, Betriebsräte in der November-Revolution, 2. Aufl., Berlin und Godesberg 1976

1922 le Parlement a ajouté une règle selon laquelle de conseil a eu le droit d'envoyer un délégué au conseil de surveillance (et deux délégués, quand le conseil de surveillance avait plus de trois membres). Les délégués devaient représenter les intérêts des travailleurs et leurs revendications quant à l'organisation de l'établissement. Ils avaient pourtant un droit de vote sur toutes les questions décidées par le conseil de surveillance. En comparaison avec les désirs du mouvement de conseils c'était un élément fort modeste de cogestion, largement critiqué par ceux qui étaient toujours fidèles aux idées originales de ce mouvement. Leur importance pratique n'a jamais attirée l'intérêt des sociologues; on ne trouve pas de rapports sur leurs activités.

2. La situation après la Deuxième Guerre Mondiale

En 1947, les forces britanniques d'occupation ont repris l'idée de cette forme de cogestion. Ils ont introduit des conseils de surveillance à composition paritaire dans l'industrie du charbon et de l'acier. Leur structure et leurs fonctions seront analysés après.³ Les employeurs ne s'y opposaient pas car ils ont considérés ce modèle comme une alternative utile à la socialisation des entreprises qui à l'époque était à l'ordre du jour.⁴

Déjà en 1946, les quatre Forces d'Occupation, réunies dans le soi-disant Conseil de Contrôle ont promulgué une loi sur les conseils d'établissements valable dans toutes les zones d'occupation. Le conseil a pu définir sa compétence lui-même. Quand il voulait la fixer d'une façon juridique il pouvait conclure une convention avec l'employeur. En cas de désaccord, une grève était possible.⁵ L'influence du conseil n'était donc pas forcément restreinte aux problèmes de salaire et des conditions de travail.

Dans les années suivantes, ces règles ont été intégrées dans le droit allemand et modifiées d'une façon considérable.⁶ Pour comprendre mieux les différents modèles qui ont été établis il faut mentionner un point central:

³ Sous II 3

⁴ Références chez Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16e édition 2006, p. 768 ss.

⁵ Détails chez Eberhard Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945 – 52, 2. Aufl. 1971, p. 90 ss.; Kleßmann/Friedemann, Streiks und Hungermärsche im Ruhrgebiet 1946 – 1948, 1977, p. 35 ss.

⁶ Sur les éléments alternatifs introduits par les forces d'occupation et leur absorption dans les années suivantes voir Däubler, Alternative Ansätze im Arbeitsrecht, in: Dreßler/Negt/Wolter (éd.), Jenseits falscher Sachzwänge. Detlef Hensche zum 60. Geburtstag, 1998, p. 56 - 74

3. Cogestion dans le cadre du droit des sociétés

La participation des travailleurs au niveau de l'entreprise se réalise à l'intérieur du droit de sociétés. En Allemagne, celui-ci est formé sur la base du modèle dualiste. Au lieu d'un conseil administratif unique il y a une séparation entre le comité de directeurs et le conseil de surveillance.

Le comité de directeurs gère l'entreprise en prenant et exécutant des décisions. Auprès de la Société Anonyme (SA = AG), il s'appelle "Vorstand" dont l'indépendance est garantie par la loi. Auprès de la Société à Responsabilité Limitée (SARL = GmbH) il s'appelle "Geschäftsführung" qui peut être soumis aux directives des associés mais qui ne l'est pas forcément.

À côté du „Vorstand“ et de la „Geschäftsführung“ il y a le conseil de surveillance („Aufsichtsrat“). Sa fonction est surtout l'élection et le contrôle du comité de direction. En plus, le bilan annuel de l'entreprise requiert son consentement. Le statut de la société peut prévoir que certaines catégories de décisions du comité de directeurs sont valables seulement sous condition que le conseil de surveillance donne son accord.

Les autres formes de sociétés – comme la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société civile professionnelle – et l'entrepreneur individuel sont beaucoup plus libres dans la création des organes mais ils échappent tous à la cogestion des travailleurs.

Sauf une seule exception, la participation des travailleurs se réalise uniquement dans le conseil de surveillance: La loi leur permet d'élire une partie des membres de ce conseil.

II. Les trois modèles de cogestion

1. Les travailleurs élisent un tiers

Dans des Sociétés Anonymes et dans les SARL qui emploient entre 500 et 2000 travailleurs salariés, un tiers des sièges au conseil de surveillance est désigné par les travailleurs. La loi s'applique aussi aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés cooperatives

(“eingetragene Genossenschaften”) et aux sociétés d’assurance mutuelle (“Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit”) qui emploient un numéro comparable de travailleurs. Les représentants des travailleurs sont élus au suffrage direct. S’il y a seulement une liste, les candidats qui obtiennent le plus de votes. S’il y a plusieurs listes, un scrutin proportionnel aura lieu.

Le statut de la société détermine le nombre total des sièges du conseil de surveillance. La loi prévoit uniquement que ce nombre peut être divisés par trois. Si le conseil a trois membres, il y a un représentant des travailleurs, s’il a six membres il y en a deux. Si le conseil a neuf membres les travailleurs ont droit à trois sièges; une parmi ces trois personnes peut être un syndicaliste qui n’est pas un salarié de l’entreprise.⁷

Si l’entreprise appartient à un groupe, il faut distinguer. S’il y a un contrat entre la société-mère et la société-fille, qui soumet la société-fille aux directives de la société-mère les travailleurs de la société-fille prennent part aux élections au conseil de surveillance de la société-mère. Si un tel contrat n’existe pas, les sociétés sont considérées comme des unités indépendantes même si la société-mère a une majorité de 100 %.

Ce modèle a été introduit en 1952 pour toutes les entreprises employant plus de 500 salariés. Les règles se trouvent aujourd’hui dans le “Drittelbeteiligungsgesetz”⁸. Le nombre exacte des entreprises qui pratiquent ce modèle est inconnu; des estimations parlent de 1500 à 2000 entreprises.

2. Les travailleurs élisent la moitié

En 1976, le législateur est intervenu. Il a établi dans le “Mitbestimmungsgesetz”⁹ un modèle dit-paritaire pour les SA et les SARL qui emploient plus de 2000 salariés. Des sociétés en commandite par actions et les sociétés coopératives sont incluses elles-aussi, mais la loi ne s’applique pas aux sociétés d’assurance mutuelle.

Le conseil de surveillance a 12, 16 ou 20 membres; le numéro concret dépend du nombre des salariés.¹⁰ La moitié est élue par les travailleurs. Dans les entreprises entre 2001 et 8000

⁷ Détails sous III

⁸ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18. Mai 2004, BGBl I S. 974.

⁹ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976, BGBl I S. 1153.

¹⁰ Détails dans l’article 7 de la „Mitbestimmungsgesetz“

salariés un suffrage directe a lieu. Dans les entreprises employant plus de 8000 salariés les travailleurs élisent de grands électeurs qui à leur tour élisent les membres du conseil de surveillance.

Dans les groupes d'entreprises, tous le travailleurs des sociétés-fille participent à l'élection du conseil auprès de la société-mère. Le législateur ne fait pas de distinction entre des groupes basés sur un contrat et le soi-disant groupes de fait. Il suffit qu'une société soit subordonnée aux directives d'une autre. Si la société-fille emploie plus de 2000 salariés elle a son propre conseil de surveillance avec la composition soi-disante paritaire entre capital et travailleurs.

La parité entre travail et capital a ses particularités. La loi prévoit qu'un représentant des cadres dirigeants ("leitende Angestellte") fait partie de la représentation des travailleurs. Dans beaucoup de cas, ce représentant sera du même avis que le côté capital si bien que la majorité sera claire. Si dans un cas concret la situation est différente et le résultat du vote est p. ex. 8 à 8 ou 10 à 10, il y a un deuxième tour. Dans ce deuxième tour, le président du conseil possède deux voix; c'est lui qui a donc le pouvoir définitif de décision. Le président est élu a une majorité des deux tiers des membres du conseil. Si cette majorité n'est pas atteinte, le côté capital désigne le président et le côté travail son suppléant. Dans la pratique, le président est toujours un représentant du capital.

Ce modèle dit paritaire de 1976 s'appliquent à 700 entreprises (chiffre approximative).

3. Le modèle du charbon et de l'acier

Le troisième modèle s'applique uniquement aux entreprises du charbon et de l'acier. Il était introduit par les forces d'occupation britannique qui ont voulu démocratiser les entreprises à l'époque les plus importantes. Une arrière-pensée était d'affaiblir des concurrents possibles. Après la fondation de la République Fédérale en 1949, le gouvernement Adenauer a voulu étendre la loi sur les SA de 1937 et la loi sur les SARL de 1892 à ces sociétés ce qui aurait aboli toute forme de cogestion. Comme réaction, les syndicats ont organisé un référendum parmi les travailleurs des entreprises du charbon et de l'acier en demandant s'ils étaient prêts à faire grève pour défendre la cogestion. 92,8 % des mineurs et 95,87 % des ouvriers métallurgistes ont répondu par „oui“. Le gouvernement a évité une confrontation et a transmis par loi le modèle existant avec quelques modifications mineures au droit allemand. C'est le

“Montanmitbestimmungsgesetz” de 1951 qui règle jusqu’à nos jours la cogestion dans ce secteur.¹¹

Le conseil de surveillance d’une telle entreprise a une composition paritaire réelle. Cinq membres sont élus par l’assemblée des actionnaires ou des associés, cinq membres sont élus par les conseils d’établissement. Ces dix représentants doivent se mettre d’accord sur une “onzième personne”, normalement un ancien maire, un politicien ou un expert qui a la réputation d’être neutre. En cas de désaccord, il y a une procédure de conciliation. En dernière instance, l’assemblée des actionnaires et des associés déciderait, mais un tel cas n’est jamais arrivé au cours de plus de 65 ans.

Le conseil composé ainsi doit élire les membres du comité de direction. La loi prévoit un soi-disant directeur du travail (“Arbeitsdirektor”) qui ne peut pas être élu sans le soutien de la majorité des représentants des travailleurs. Dans le comité de direction, il est responsable de toutes les affaires sociales et personnelles. Théoriquement, on pourrait imaginer une composition paritaire du comité de direction – deux directeurs du côté capital, deux directeurs syndicalistes et une personne “neutre” qui pourrait jouer le rôle d’un médiateur en cas de conflits. Mais c’est une idée purement fictive jamais partagée par les syndicats. Dès le début, un arrangement tacite s’est produit: Les représentants des travailleurs élisent le directeur du travail, les représentants du capital élisent tous les autres directeurs. Les raisons n’ont pas été discutées en public. Une composition paritaire du comité de direction aurait créé une responsabilité des syndicats pour la politique de l’entreprise, même pour des licenciements. En plus, il aurait été difficile de trouver un nombre suffisant des cadres dirigeants loyaux vers le côté des travailleurs.

III. Cogestion et syndicats

Dans le modèle de 1952, la présence du syndicat au conseil de surveillance dépend du statut de l’entreprise qui fixe la taille du conseil de surveillance. Si le conseil a au moins 9 membres, les syndicats peuvent prendre l’initiative qu’un des représentants des travailleurs soit une personne venant de l’extérieur, p. ex. un collaborateur du syndicat ou un expert. Mais la décision est aux travailleurs.

¹¹ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie du 10 avril 1951, Bundesgesetzblatt I p. 347.

Dans le modèle de 1976, la loi contient des règles précises. Dans les entreprises dont le conseil contient 16 ou 18 membres, les syndicats peuvent proposer des candidats pour deux sièges, dans les conseils avec 20 membres ils peuvent en présenter trois. Ce sont normalement des collaborateurs du syndicats, parfois des experts comme des professeurs d'université. Mais c'est uniquement une proposition, pas une délégation; les personnes proposées doivent être élues par les salariés travaillant dans l'entreprise. S'il y a plus d'un syndicat dans l'entreprise, chacun peut présenter une liste ce qui mène à une votation proportionnelle.

Dans la version originale du modèle de 1951 (charbon et l'acier) le syndicat pouvait déléguer deux membres (parmi les cinq du côté travailleurs). Actuellement la situation est plus compliquée. L'assemblée des conseils d'établissement peut proposer deux candidats. En droit, l'organisation de tête syndicale peut contredire; en cas de désaccord définitif, le ministre de travail fédéral décide. En pratique, il y a des "sondages" préalables si bien que la procédure n'a jamais lieu. Les trois autres membres du côté travail sont proposés par l'organisation syndicale; un parmi eux ne doit pas être un collaborateur syndical ou un travailleur salarié de l'entreprise. Les candidats doivent être élus par l'assemblée des conseils. L'assemblée générale des actionnaires ou des associés garde le droit d'élire tous les membres du conseil d'établissement mais elle est liée par l'élection faite par l'assemblée des conseils. Ce principe a toujours été respecté; les conséquences d'un refus d'élection d'un représentant des travailleurs sont inconnues.

Comment justifier la présence syndicale dans les conseils de surveillance? L'argument traditionnel est la représentation des intérêts de tous les travailleurs ce qui freine l'égoïsme possible de s'orienter uniquement aux intérêts de l'entreprise et ses salariés. Les syndicats doivent donc représenter l'intérêt général du mouvement ouvrier; en pratique, cela pose de problèmes considérables.

IV. Les effets pratiques

1. Pouvoir de décision?

Le modèle de 1952 et le modèle de 1976 mettent les représentants des travailleurs dans une position minoritaire. Ils ne sont pas capables de faire une politique basée sur une votation; ils sont limités à des arguments. Des “scissions” dans le côté capital n’existent pratiquement pas; les représentants du capital votent toujours dans le même sens. S’il y a un désaccord interne entre eux ils trouvent toujours un compromis pour ne pas laisser décider les travailleurs.

Tous les membres du conseil de surveillance ont les mêmes droits et obligations. Il vaut la peine de les regarder de tout près.

2. Information

Chaque membre a un droit à l’information sur toutes les affaires concernant l’entreprise. C’est un droit individuel qui peut être exercé sans l’appui des autres membres. L’information doit être donnée par le comité de direction; elle est diffusée automatiquement dans tout le conseil de surveillance pour créer ainsi un niveau homogène d’informations. En pratique, les représentants des travailleurs reçoivent des informations dans les réunions du conseil de surveillance qui ont lieu normalement 4 fois par an. C’est surtout la tâche des représentants syndicaux de poser des questions un peu désagréables pour le comité des directeurs. Les membres du conseil qui sont en même temps salariés de l’entreprise hésitent souvent de poser des questions qui sont mal vues par le comité de direction ou par un des directeurs.

Dans beaucoup de firmes le conseil forme des commissions qui sont spécialisées p. ex. aux problème financiers, à la vente des produits ou à la fixation du salaire des membres du comité de direction. Les travailleurs sont représentés dans ces commissions mais ils sont souvent en minorité numérique. En plus, la commission s’occupant des salaires des directeurs ne contenait pas de représentants syndicaux; les représentants des salariés de l’entreprise ont été priés de ne pas déléguer des représentants syndicaux qui ont été soupçonnés d’être moins discret. C’était p. ex. une pratique générale dans les banques. Aujourd’hui le problème a perdu son importance parce que le législateur a prévu après la crise des 2008 que les salaires des directeurs sont discutés en session plénière par le conseil de surveillance.

Si les relations personnelles entre les représentant des travailleurs et les membres du comité des directeurs sont bonnes, le côté travail peut avoir des informations par voie informelle qui sont

souvent plus importantes que celles données dans les réunions. Mais le “prix” est assez haut: Il faut une loyauté très claire. Si un représentant fait des choses considérées comme “désagréables” ou “dégoûtantes” (p. ex. déclarations de presse critiquant la politique de l’entreprise, organisation d’une grève) ce serait la fin de la collaboration tacite avec tous les représentants des travailleurs.

3. Le bien de l’entreprise

Tous les membres du conseil de surveillance sont liés par le “bien de l’entreprise”: Toutes les activités en tant que conseiller doivent s’orienter vers le bien de l’entreprise. Cette notion très large n’a été jamais défini par la jurisprudence. En doctrine, il y a une position pluraliste qui donne le même rang aux intérêts des travailleurs et aux intérêts du capital; tous les deux sont sous le toit du bien public. Une autre position met l’accent sur le bon fonctionnement de l’entreprise et sa rentabilité qui serviraient le mieux aux intérêts des travailleurs et au bien public.¹² Une conséquence concrète est l’obligation d’être discret, de ne pas donner à autrui des secrets de l’entreprise ou d’autres informations qui pourraient être utilisées contre les intérêts de l’entreprise. Selon la jurisprudence, le conseiller individuel doit prendre une décision bien réfléchi¹³ qui balance les intérêts de l’entreprise et les inérêts des travailleurs qui ont p. ex. besoin de savoir s’il y a un plan de restructuration.

4. Experts?

Recevoir un dossier ne veut pas dire que l’on est capable de comprendre tout. Un bilan peut être très compliqué en cachant des points sensibles. Un “papier de stratégie” peut utiliser une langue très diplomatique qui n’est pas celle des travailleurs. Le membre individuel du conseil n’a pas le droit de consulter un expert payé par l’entreprise. Pour recourir à l’aide d’un expert, il faudrait une décision du conseil, qui dépend des voix du capital. Normalement les dirigeants de l’entreprise ont eux-mêmes une expérience très longue dans les affaires de l’entreprise et une connaissance approfondie du marché. En plus, ils ont des collaborateurs qualifiés spécialistes dans beaucoup de domaines. Un représentant des travailleurs ne possède pas ces moyens. Il lui manque même le temps de se qualifier lui-même car il doit remplir sa tâche quotidienne dans l’entreprise ou dans le syndicat. Quand on veut le dire d’une façon

¹² Voir l’expertise de Spindler, https://www.boeckler.de/1194_1273.htm (3.4.2018)

¹³ Voir les références chez Oetker dans: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (éd.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 AktG Rn. 6

accentuée, une discussion sur la politique de l'entreprise ressemble à un match de football entre Paris St. Germain et une équipe d'amateurs: Par hasard, les petits peuvent marquer un but mais le résultat ne sera pas changé.

5. Aider les conseils d'établissement

Néanmoins, les informations même partielles peuvent être importantes pour la politique pratique du conseil d'établissement. Il peut améliorer ou perfectionner sa position quand il sait quelle est l'intention de la direction dans une certaine affaire. Transmettre les informations au conseil d'établissement est pourtant un problème juridique car la direction peut invoquer que l'obligation de discrétion n'a pas été observée. En pratique, les représentants des travailleurs sont souvent en même temps membres du conseil d'établissement si bien que le "transfert" ne se heurte pas à de grandes difficultés psychologique; c'est une moitié du cerveau qui informe l'autre.

6. Revenu et Fondation Böckler

Les représentants des travailleurs dans le conseil de surveillance reçoivent la même somme d'argent que les représentants du capital. Cela peut être un montant modeste de 3.000 euros par an dans une entreprise relativement petite, mais cela peut être aussi une somme remarquable auprès des grandes banques ou auprès de Siemens et BASF allant jusqu'à 200.000 euros par an. Les représentants qui sont membres d'un syndicat promettent avant l'élection de verser tout cet argent (sauf une somme de 5000 euros) à la fondation "Hans Böckler" qui appartient aux grands syndicats majoritaires du DGB. Les membres qui étaient proposés par un syndicat le font vraiment, pour les autres c'est une règle qui connaît pas mal d'exceptions de fait. La sanction de ne plus être candidat aux prochaines élections ne fonctionne pas toujours car les travailleurs continuent à donner un soutien à ces personnes et l'autorité syndicale est très limitée.

La fondation "Hans Böckler" utilise l'argent pour financer de recherches scientifiques dans l'intérêt de travailleurs fort utiles pour les syndicats: S'il y a des négociations collectives dans une branche les spécialistes de la fondation Böckler savent très bien quelle est la situation économique des entreprises. En plus, la fondation finance parfois de recherches empiriques sur la contradiction entre la réalité et le droit. La fondation offre aussi des séminaires

concernant la politique d'une certaine entreprise mais cela ne peut pas changer le déséquilibre entre capital et travail qui existe dans les délibérations du conseil de surveillance.

V. Cogestion et Sociétés multinationales

Les trois modèles de cogestion s'appliquent uniquement aux sociétés qui ont leur siège social en Allemagne. Les sociétés-filles domiciliées dans un autre Etat-Membre de l'Union Européen, ne sont pas inclus. L'argument que ce serait une discrimination indirecte pour raison de nationalité a été refusé par la Cour de Justice de Luxembourg: Comme la participation des travailleurs n'a été jamais réglée par l'Union Européenne, ce problème se trouve en dehors du champs d'application du droit de l'Union.¹⁴

Si une entreprise étrangère a des pures filiales en Allemagne, la cogestion ne s'applique pas. Si elle a une société-fille employant un nombre suffisant de travailleurs, les règles de cogestion s'appliquent mais le comité de direction d'une telle entreprise et surtout le conseil de surveillance ne peut pas prendre de véritables décisions; la société-mère va décider toutes les affaires qui sont d'une certaine importance.

Le droit de l'Union Européenne donne aux entreprises le droit de s'installer formellement dans un pays et de poursuivre toutes les activités dans un autre Etat-Membre. Si une telle société (exemple traditionnel: une "Limited" britannique) déploie 100 % de ces activités en Allemagne, les lois sur la cogestion se s'applique pas parce qu'il ne s'agit pas d'une SA ou d'une SARL ou d'une autre forme d'entreprises allemandes qui sont gouvernées par le droit allemand. Les syndicats revendiquent d'inclure de telles entreprises dans le système de cogestion mais le législateur allemand est très hésitant.

VI. Des voies pour éviter la cogestion

¹⁴ CJUE (EuGH) 18.7.2017 – C-566/15, NZA 2017, 1000 - Arrêt Erzberger

Malgré la portée très limitée de la cogestion, il y a des entreprises qui ne veulent pas avoir des représentants des travailleurs dans le conseil de surveillance. Elles ont plusieurs moyens à leur disposition, normalement considérés d'être légaux.

- Les propriétaires de l'entreprise ont le pouvoir de changer la forme juridique. Une société à responsabilité limitée est p. ex. transformée en une société en commandite simple qui ne tombe pas sous le régime de la cogestion. Cette voie n'est pratiquement jamais utilisée car les propriétaires n'aiment pas trop la responsabilité personnelle.

- Une autre forme juridique semble plus attractive: Une combinaison entre la SA ou la SARL et une société en commandite simple. La SA ou la SARL prend la position de l'associé personnellement responsable et les autres propriétaires prennent le rôle des commanditaires. En même temps, ils sont les actionnaires de la SA ou les associés de la SARL. Depuis l'époque de Weimar, cette forme de société a été reconnue par la jurisprudence. Dans le "Mitbestimmungsgesetz" de 1976, le législateur a mis en considération cette forme spécifique de société; tous les salariés de la société en commandite simple sont traités comme des salariés de la SA ou de la SARL. Si en somme, ils dépassent les 2000, la SA ou la SARL sera sous le régime de la cogestion. Mais le contrat de société peut prévoir une position relativement modeste à la SA ou à la SARL si bien que l'influence des organes "cogérés" reste très limitée. En plus, la pratique offre une autre piste: Les propriétaires peuvent former deux SA ou deux SARL chacune employant moins de 2000 salariés. Les deux sociétés se mettent ensemble et forment une société en nom collectif: La règle d'additionner le nombre des salariés ne s'applique pas dans un tel cas.

- Les associés peuvent faire une restructuration pour ne plus atteindre le seuil de 2000 salariés. Par exemple, l'entreprise allemande se sépare formellement d'un département qui sera dirigé par une société domiciliée à l'étranger. Comme les sociétés à l'étranger sont hors du champ d'application des lois de cogestion, le nombre des travailleurs en Allemagne n'atteint plus le numéro de 2000 ou de 500.

- Le droit de l'Union Européenne offre des voies beaucoup plus confortables pour les employeurs. Les associés peuvent former une SA ou une SARL conformément au droit d'un autre Etat-Membre qui ne connaît pas la cogestion. Après cela, on conclut un contrat entre cette société et la société domiciliée en Allemagne. La dernière se soumet complètement aux

directives de la société “étrangère”. Les associés sont identiques (ou presque identiques). Un tel contrat est reconnu par la jurisprudence allemande. Le conseil de surveillance de la société allemande continue d’exister mais on discute uniquement sur l’implémentation des décisions qui ont été pris ailleurs.

Sauf dans de grandes sociétés par actions dont les propriétaires sont souvent inconnus la cogestion dépend de la bonne volonté des propriétaires. C’est une raison de plus pour les représentants des travailleurs de ne pas déranger la bonne atmosphère de discussion et d’éviter dans le cadre du possible des questions désagréables pour le capital et surtout des actions de lutte. C’est différent dans de grandes firmes comme Siemens ou Opel où la cogestion n’est pas menacée. Si de grands problèmes pour les travailleurs surgissent (comme dans le cas d’Opel) leur voix est entendu partout.

VII. Autres formes de cogestion?

Le déplacement de l’entreprise à l’étranger et la fermeture d’une usine ne peuvent pas être empêché par une votation dans le conseil de surveillance. Y a-t-il au moins une possibilité de les faire un objet de négociations collectives?

La doctrine allemande est divisée. Une partie soutient que les “décisions des entrepreneurs” (Unternehmerentscheidungen) doivent rester libres; une convention collective serait illégale qui voudrait interdire une certaine décision ou restreindre la liberté de l’entreprise en imposant des conditions. L’autre partie dit qu’il n’y a aucune base juridique de donner une telle protection spéciale au libre développement des entrepreneurs; conclure une convention collective serait au contraire l’utilisation de cette liberté.¹⁵

La jurisprudence est en principe favorable à la deuxième position sans le dire d’une façon expresse. Dans les vingt dernières années il y a eu plusieurs cas dans lesquels les employeurs ont voulu réduire les salaires fixés dans des convention collectives de branche. Les syndicats ont accepté une telle concession seulement si les représentants des travailleurs avait un vrai contrôle sur les affaires de l’entreprise. Par convention on a créé des commissions paritaires

¹⁵ Détails chez Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? 2012 et Däubler, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, 2016 (http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Wolfgang_Daeubler.pdf et http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Daeubler_Tarifvertraege_zur_Unternehmenspolitik.pdf)

qui devaient donner leur accord à toutes les décisions majeures de l'entreprise. Dans d'autres conventions il y avait une obligation de créer de nouveaux postes ou de sauvegarder ceux qui existaient déjà. La Cour Fédérale du Travail a accepté toutes ces conventions sans mettre en question leur validité.¹⁶ La particularité de ces conventions était qu'elles étaient conclues d'une façon volontaire, sans aucune menace de grève.

Dans deux cas particuliers (Otis et Heidelberger Druckmaschinen) les travailleurs ont fait grève face à une clôture imminente de l'établissement. Les revendications n'étaient pas de sauvegarder tous les postes de travail car le syndicat avait peur que la grève pourrait être déclarée illégale par les tribunaux de travail. Les revendications se sont donc limitées aux conséquences "sociales" de la clôture: Délais de préavis entre un an et deux ans, rémunération normale pour trois ans après la fin du contrat de travail pour être capable de se qualifier à une autre profession. La réalisation de ces revendications aurait détruit l'effet économique de la clôture. La Cour Fédérale a décidé qu'il n'y a aucun contrôle judiciaire sur la proportionnalité des revendications. L'influence qu'une telle revendication peut avoir sur la décision de clôture comme telle est justifiée et provoque aucun argument contre la grève.¹⁷ D'une façon expresse, la Cour a laissé de côté la légalité d'une revendication de sauvegarder les postes de travail existants – en pratique il n'y a aucune nécessité de se mettre sur ce terrain dangereux.

Les négociations collectives promettent aux travailleurs plus de succès que la cogestion.

¹⁶ BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 RVG Sozialplan; NAG 11.9.1991 – 4 AZR 71/91 – NZA 1992, 321; BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09 – NZA 2011, 808; LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10 - AiB 2011, 481

¹⁷ BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987; voir aussi LAG Niedersachsen 2.6.2004 – 7 Sa 819/04 – AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf