

Quel avenir pour le droit du travail allemand ?

par Wolfgang Däubler

I. Introduction : le statu quo juridique

Lorsqu'on veut parler d'avenir, il est tout d'abord nécessaire de dépeindre un tableau réaliste de la situation en présence. Or, pour comprendre ce présent, il est indispensable de le concevoir comme le résultat d'une longue évolution historique.

1. Législation relative au contrat de travail

Tout comme le droit du travail allemand dans son ensemble, la législation relative au contrat de travail en Allemagne n'est pas codifiée, contrairement à son équivalent français, par exemple. Les dispositions afférentes les plus importantes se trouvent aux articles 611 et suivants du BGB (code civil allemand) ainsi qu'aux articles 105 et suivants du *Gewerbeordnung* (règlement allemand sur le commerce et l'industrie), mais il existe de nombreuses lois individuelles concernant certains sujets spécifiques tels que les congés, le maintien du paiement du salaire en cas de maladie, le salaire minimum et la protection contre le licenciement. La détermination de nombreux droits et devoirs des employeurs comme des salariés revient aux tribunaux du travail qui ont tissé un vaste réseau de normes jurisprudentielles. Rares sont les questions qui apparaissent au cours de la vie professionnelle pour lesquelles il serait impossible de trouver une solution juridique dans une quelconque décision. Ces vingt dernières années, trois nouvelles lois ainsi que la protection de la personnalité développée par la jurisprudence ont généré de nouveaux changements plutôt positifs pour les salariés.

1.1. Le contrôle du contrat du travail assimilé au contrôle des conditions générales

La réforme du BGB a étendu, à compter du 01/01/2002, les principes du contrôle des conditions générales au droit du travail¹. Ces principes concernent non seulement les « conditions de travail standardisées » mais aussi la réalisation et le contenu de chaque contrat de travail : la jurisprudence de la Cour fédérale du travail (BAG) considère le salarié comme un « consommateur » au sens de l'art. 13 du BGB², si bien qu'au titre de l'art. 310 § 3 du BGB, presque tous les contrats sont soumis à ce contrôle renforcé. Seule l'introduction d'une clause dans le contrat de travail à l'initiative du salarié lui-même permet une liberté contractuelle totale dans les limites imposées par l'interdiction de conclusion d'accords immoraux ou illégaux. La mesure dans laquelle d'autres règles du droit de la consommation, telles que les obligations d'informer, par exemple, s'étendront à la relation de travail n'a pas encore été définitivement fixée³.

Cette modification de la législation a conduit à une vaste casuistique⁴. Ainsi, par exemple, les clauses qui prévoient la rémunération de l'ensemble des heures supplémentaires par un montant forfaitaire ne sont, en principe, pas autorisées, en raison d'un manque de transparence⁵. Si une prestation supplémentaire de l'employeur est accompagnée d'une réserve de rétractation, ledit employeur doit préciser dans le contrat les motifs qui peuvent justifier cette rétractation⁶. Si lors de la rupture conventionnelle de la relation de travail, les deux parties signent un accord stipulant qu'elles renoncent à toute revendication ultérieure, celui-ci est caduc si l'employeur ne verse au salarié aucune indemnité ou seulement une indemnité minimale⁷.

La toile de fond de ces changements est la refonte du droit civil qui a eu lieu durant le mandat du premier gouvernement fédéral dit « rouge-vert ». Le BGB ne suit plus exclusivement le modèle d'un individu autonome qui communique avec son environnement par des contrats librement négociés. Le BGB actuel reconnaît plutôt un deuxième modèle sous la forme de la

¹ Loi relative à la modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001, BGBl I p. 3138 : art. 310 § 4 2^{ème} phrase du BGB

² BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111, 1115

³ Däubler, in : Däubler/Deinert/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB, 5. Aufl., München 2021, Einl. Rn. 72a

⁴ Aperçu général dans Clemenz/Kreft/Krause, AGB-Arbeitsrecht. Kommentar, 2. Aufl., Köln 2019 ; Däubler/Deinert/Walser, *ibid.*, et dans Lakies, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Frankfurt/Main 2014

⁵ BAG 22.2.2012 – 5 AZR 7665/10, NZA 2012, 861, 862

⁶ BAG 24.1.2017 – 1 AZR 774/14, AP Nr. 10 zu § 308 BGB ; BAG 20.4.2011 – 5 AZR 191/10, NZA 2011, 796

⁷ BAG 6.9.2007 – 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219 ; BAG 25.9.2014 – 2 AZR 788/13, NZA 2015, 350. Le droit du travail allemand ne reconnaît aucun droit d'indemnité légal en cas de résiliation du contrat par l'employeur.

protection d'individus plus faibles et dépendants. Ce code transformé (« social-libéral ») est devenu la valeur de référence pour une législation du contrat de travail moderne⁸.

1.2. La législation anti-discrimination

L'*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG, loi générale allemande sur l'égalité de traitement) du 14/08/2006⁹ doit son existence aux directives anti-discrimination de l'UE, notamment à la directive de lutte contre le racisme¹⁰ et à la directive dite du cadre¹¹.

L'application de ces directives a subi un retard considérable. Il a fallu attendre que la CJUE constate, au cours de deux procédures, que l'Allemagne avait manqué à ses devoirs¹² pour que le législateur passe à l'action et promulgue l'AGG. Cette loi générale introduit une série de nouveaux éléments dans le système allemand du droit du travail¹³. Les critères de discrimination ont été élargis ; la discrimination par rapport à l'âge, notamment, a revêtu par la suite une importance considérable. Un plus grand intérêt a également été porté à l'interdiction de la discrimination indirecte qui protège notamment les salariés à temps partiel. Les sanctions possibles se sont vues fondamentalement remaniées ; outre la réparation du préjudice matériel est apparue la réparation du préjudice immatériel, qui est notamment primordiale dans le cas de candidats qui n'auraient pas été pris en considération, même lors d'une sélection conforme. De manière générale, la jurisprudence s'est montrée loyale dans l'application de cette législation inédite pour elle. L'exclusion du licenciement prévue par le législateur allemand à l'art. 2 § 4 de l'AGG, qui est clairement contraire au droit de l'Union européenne, a été considérée comme sans objet, de sorte que tout licenciement discriminatoire enfreint la loi relative à la protection contre le licenciement¹⁴ et oblige également au versement de dommages-intérêts au titre de l'art. 15 de l'AGG¹⁵.

1.3. Le droit à un salaire minimum

⁸ Cf. Däubler, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, in : Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, p. 3 et s.

⁹ BGBl I p. 1897

¹⁰ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE n° L 180/22

¹¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE n° L 303/16

¹² CJUE 28/04/2005 – C-329/04, AuR 2005, 236 et CJUE 23/02/2006 – C-43/05, NZA 2006, 553

¹³ Concernant le rapport entre l'AGG et la législation préalablement en vigueur, voir Däubler, in : Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einl. Rn. 32 ff.

¹⁴ BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361 ; BAG 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457

¹⁵ BAG 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, NZA 2014, 722 ; édit. actuelle Bauer/Krieger/Günther, AGG, 5. Aufl., München 2018, § 2 Rn. 69 ff.

La *Mindestlohngesetz* (loi allemande sur le salaire minimum) du 11 août 2014¹⁶ a introduit pour la première fois en Allemagne un revenu minimum qui s'est, dans un premier temps, élevé à 8,50 euros de l'heure, qui a lentement progressé sur la base de recommandations d'une commission paritaire et qui s'élèvera à 12 euros en octobre 2022, conformément à la volonté du gouvernement fédéral. Ce revenu est protégé de diverses manières contre d'éventuelles limitations contractuelles. La forte opposition qui s'est tout d'abord fait entendre du côté des employeurs est, depuis, devenue quasiment imperceptible.

1.4. La protection de la personnalité et des droits fondamentaux au travail

Même sur son lieu de travail, un individu doit être considéré comme une personnalité individuelle et reste titulaire de droits fondamentaux. On observe ici une différence capitale par rapport au droit du travail aux États-Unis, par exemple, où la sphère privée est presque totalement à la disposition des parties au contrat de travail et ainsi, plus ou moins, à la disposition de l'employeur¹⁷. Conformément à la jurisprudence de la BAG, il incombe à l'employeur d'exécuter l'obligation accessoire implicite résultant du contrat de travail qui impose de respecter la personnalité du salarié¹⁸. Mais il n'est en aucun cas question d'une protection sans limite ; au contraire, on observe un équilibre avec les droits fondamentaux de l'employeur, au rang desquels se trouve notamment le droit à la liberté d'entreprise déduit du libre exercice de la profession mentionné à l'art. 12 § 1 de la Loi fondamentale allemande (GG). Chaque salarié a donc, certes, le droit fondamental de décider lui-même de son apparence extérieure, de ses vêtements, de sa coiffure, de ses bijoux, etc., mais cela a ses limites si l'employeur souhaite, pour des raisons compréhensibles, garantir une image homogène vis-à-vis de sa clientèle ou dans l'opinion publique¹⁹.

De la même manière que pour la sphère privée, l'exercice des droits fondamentaux sur le lieu de travail est protégé. Cela vaut pour l'activité syndicale garantie par l'art. 9 § 3 de la GG, tout comme pour la liberté d'opinion. Le port du voile par une femme musulmane est

¹⁶ BGBl I p. 1348

¹⁷ Finkin, The Protection of Employee « Personality » in the United States, ZVglRWiss 94 (1995) p. 109 et s.

¹⁸ BAG 15.7.1987 – 5 AZR 215/86, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht ; Preis, in : Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022, § 611a BGB Rn. 619 ff.

¹⁹ BAG 01.12.1992 – 1 AZR 260/92, NZA 1993, 711, 712

l'expression de la liberté de religion²⁰ et ne peut donc être interdit que sous des conditions spécifiques²¹. Une pause de quelques minutes pour prier ne pose pas de problème s'il n'en résulte aucune perturbation opérationnelle²². Si l'interruption du travail perturbe l'activité de l'entreprise, l'intérêt de celle-ci ne prévaut pas obligatoirement ; il conviendra plutôt de chercher une solution qui pourra être aussi bien le report de la prière que le report du travail²³.

La protection résolue de l'individu trouve son prolongement dans la législation allemande sur la protection des données. Le législateur allemand a eu recours à l'autorisation accordée dans l'art. 88 du RGPD et a instauré, par l'art. 26 de la loi allemande sur la protection des données (BDSG), une règle spécifique pour la protection des données des salariés. Chaque employé peut, en principe, décider librement du sort de ses données (« droit à l'autodétermination en matière d'information ») ; conformément à l'art. 26 § 1 de la BDSG, ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si cela est nécessaire pour conclure ou exécuter la relation de travail. Cela a entraîné une jurisprudence abondante ; la mise en place d'une surveillance discrète, par exemple, est uniquement autorisée si l'on soupçonne, d'une manière motivée par des faits, que le salarié concerné a commis un délit ou un manquement grave à ses obligations et s'il n'y a pas de mesures plus modérées à disposition²⁴.

2. Législation sur la santé et la sécurité au travail

Dans la jurisprudence comme dans le débat scientifique, la protection de la santé au travail joue un rôle bien moins important que la législation relative aux contrats de travail. Outre les dispositions légales générales qui exigent une limitation des risques sanitaires, il existe des prescriptions spécifiques à chaque secteur pour la prévention des accidents qui sont adoptées par les organismes publics d'assurance contre les accidents. L'approche allemande traditionnelle consiste à définir certains objectifs ou certaines interdictions. Ces dernières décennies, est venue s'ajouter une accentuation plus forte des aspects procéduraux en raison du droit communautaire. Ainsi, par exemple, au titre de l'art. 5 de l'*Arbeitsschutzgesetz* (loi allemande sur la santé et la sécurité au travail), une analyse des risques doit en principe être

²⁰ BAG 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483

²¹ Une interdiction visant le personnel judiciaire est ainsi, par exemple, autorisée en raison de la neutralité de la justice : BVerfG 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, NJW 2020, 1049

²² LAG Hamm 18.01.2002 – 5 Sa 1782/01, NZA 2002, 675

²³ LAG Hamm 26.02.2002 – 5 Sa 1582/01, NZA 2002, 1090

²⁴ BAG 29.06.2017 – 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179, 1182 ; BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893

exécutée pour chaque poste de travail afin de recenser l'intégralité des risques et de proposer les mesures de protection nécessaires quant à la sécurité au travail.

La plupart des litiges apparaissent en lien avec la législation sur le temps de travail. En 1994, par l'adoption de la loi sur le temps de travail, le législateur allemand a supprimé des dispositions de protection spécifiques aux femmes salariées, comme l'interdiction du travail de nuit pour les ouvrières, et a tenté de limiter les atteintes à la santé des salariés des deux sexes. À l'heure actuelle, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui a conduit, par exemple, à ce que le service d'astreinte soit qualifié de « travail », contrairement à ce qui était le cas auparavant, est prioritaire²⁵.

3. Législation relative aux conventions collectives

Selon le droit allemand, les conventions collectives ne peuvent être conclues que par des organisations syndicales qui doivent être en mesure d'exercer une pression sur la partie opposée et qui doivent disposer de suffisamment de ressources pour pouvoir contrôler le respect des accords conclus. C'est pourquoi les nouvelles créations sont difficiles ; les syndicats des médecins hospitaliers, des conducteurs de train, des pilotes, du personnel de cabine et des contrôleurs aériens, que l'on appelle syndicats professionnels, se sont, en général, développés à partir d'associations professionnelles déjà existantes.

Les conventions collectives peuvent être conclues avec une organisation patronale ou avec un employeur individuel. Elles font uniquement effet en faveur et à l'encontre des membres des organisations ayant conclu les conventions. Or les salariés qui n'adhèrent à aucun syndicat sont généralement traités « conformément à la convention » car les contrats de travail font référence à la convention collective applicable. Cela suppose toutefois que l'employeur adhère à l'organisation ; la référence à la convention collective permet d'empêcher que des salariés ne rejoignent un syndicat pour jouir ainsi des droits prévus par ladite convention. Les employeurs qui ne sont pas personnellement liés par une convention collective n'utilisent normalement que certaines parties des conventions collectives existant dans la branche concernée en guise de modèle pour une structure de salaire et de temps de travail autonome.

²⁵ Sur le fond, voir CJCE 3.10.2000 – C-303/98, AuR 2000, 465 – SIMAP ; sur l'évolution à venir, voir Buschmann, *in* : Buschmann/Ulber, *Arbeitszeitrecht. Kompaktkommentar*, Frankfurt/Main 2019, Einl. Rn. 40 ff.

Les conventions collectives peuvent être déclarées contraignantes au titre de l'art. 5 de la loi allemande sur ces conventions (TVG) ; dans ce cas, elles ont un caractère obligatoire pour l'ensemble des employeurs et des salariés du secteur en question. La déclaration d'application générale dépend cependant de nombreuses conditions liées au contenu et d'une proposition commune des parties ayant conclu la convention collective, il est donc très rare que cette opportunité soit saisie.

Les travailleurs qui sont envoyés en Allemagne par leur employeur étranger pour y travailler pour lui pendant une période déterminée sont soumis à la loi allemande sur le détachement de travailleurs²⁶ qui étend notamment à ce groupe de salariés la législation allemande sur le salaire minimum, d'autres normes minimales mais également, en partie, les conventions collectives.

4. Législation relative aux conflits sociaux

En Allemagne, le droit de grève revient uniquement aux organisations syndicales et non à un simple collectif de salariés. Il est, de plus, limité à des objectifs conventionnels, conformément à la jurisprudence de la BAG. Dans le cadre ainsi défini, il existe la liberté de choisir entre différents moyens d'expression du conflit social. Une grève de solidarité peut ainsi être menée pour soutenir un autre syndicat en situation de conflit autour d'une convention collective²⁷. Selon la jurisprudence, une « mobilisation éclair » (*flashmob*) est également autorisée, c'est-à-dire un rassemblement spontané de personnes qui, par exemple, paralysent un supermarché pendant deux heures²⁸.

5. Organisation sociale de l'entreprise

²⁶ Loi allemande sur le détachement de salariés du 20 avril 2009, BGBl I p. 799 ; la version initiale qui se limitait essentiellement au secteur du bâtiment remonte au 26/02/1996, BGBl I p. 227

²⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Précisions dans Rödl, in : Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 17 Rn. 94 ff.

²⁸ Voir les faits de l'affaire BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, confirmés par la BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493

Le comité d'entreprise allemand élu par l'ensemble du personnel exerce ses droits pendant la durée du travail. Sur la base de la *Betriebsverfassungsgesetz* (loi allemande sur l'organisation sociale des entreprises, BetrVG) de 1972, il bénéficie notamment de droits de cogestion sur certains domaines tels que les heures supplémentaires ou les méthodes de rémunération. La notion de « cogestion » signifie qu'un acte entrepris par l'employeur sans l'approbation du comité d'entreprise n'a aucune validité et que ce dernier peut, par ailleurs, obtenir une ordonnance de référé auprès du tribunal du travail qui interdira à l'employeur de reproduire son acte. Si aucun accord volontaire n'est trouvé entre le comité d'entreprise et l'employeur, la décision finale incombe à un organisme d'arbitrage composé à égalité de représentants des deux parties et d'un président neutre.

Durant les cinquante années qui nous séparent de 1972, seuls des changements légaux relativement modestes ont eu lieu. L'interprétation des droits de cogestion par la jurisprudence s'est avérée plus marquante. La cogestion régit ainsi, au titre de l'art. 87 § 1 al. 6 de la BetrVG, l'introduction et la mise en œuvre d'installations techniques qui sont destinées à surveiller le comportement et le rendement des salariés. Dans ce cadre, selon la jurisprudence constante, il suffit que l'« installation technique » (un logiciel, par ex.) soit « appropriée » pour la surveillance ; l'existence d'une intention de surveillance n'est pas nécessaire. Il suffit également que les informations transmises par la technologie permettent de rendre compte du comportement et du rendement du salarié non par elles seules, mais uniquement en association avec d'autres informations²⁹. L'installation d'une caméra vidéo n'est, par conséquent, possible qu'avec l'accord du comité d'entreprise ; il en va de même quand tous les déplacements d'un véhicule peuvent être suivis à l'aide du GPS.

6. Les instances d'exécution

Si des droits découlant du contrat de travail ou fondés sur d'autres bases juridiques ne sont pas respectés, le salarié peut porter plainte devant le tribunal du travail. Le respect de la législation sur la santé et la sécurité au travail, y compris de la législation sur le temps de travail, doit être garanti par ce que l'on appelle l'inspection du travail ; la protection des données des salariés incombe à l'autorité de contrôle pour la protection des données et le

²⁹ BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung ; BAG 23.4.1985 – 1 ABR 38/81, AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 ; BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, ZD 2017, 437

paiement effectif du salaire minimum est de la compétence du *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (unité de contrôle financier du travail non déclaré).

II. La réalité

Si l'on considère uniquement le droit légal enrichi par la jurisprudence, l'impression est très positive : le droit du travail allemand prévoit de nombreuses clauses de protection et garantit les libertés publiques. Si l'on voulait se montrer un peu plus mordant, on pourrait dire que cette branche du droit est un sérieux candidat pour le pavillon allemand de la prochaine exposition universelle. Mais la première impression est trompeuse.

1. Le travail dépendant sans protection (complète)

Dans la pratique, le monde du travail en Allemagne connaît de nombreux travailleurs pour lesquels les dispositions abordées dans le présent article ne s'appliquent pas ou ne s'appliquent que très exceptionnellement. On en distingue cinq groupes :

- Les salariés à durée déterminée se trouvent dans une situation de dépendance accrue : si, comme très souvent, ils souhaitent rester durablement dans l'entreprise où ils travaillent, ils doivent se comporter de manière particulièrement adaptée pour justifier leur utilité spécifique vis-à-vis de l'employeur. Ils ne réclameront pas le paiement de leurs heures supplémentaires et ne protesteront pas en cas de dépassement de la limite maximale du temps de travail (dix heures par jour). Ils n'adhéreront à aucun syndicat et ne postuleront pas non plus au comité d'entreprise car cela pourrait être synonyme pour eux de « sortie » définitive.

- Les salariés à temps partiel qui gagnent maximum 520 euros par mois ne perçoivent pas un salaire décent. Par ailleurs, ils sont exclus de la sécurité sociale, si bien qu'ils doivent se charger eux-mêmes de leur assurance maladie et vieillesse. S'ils n'ont pas d'autres sources de revenus, ils doivent avoir recours à la garantie minimum mise en place par l'État (« Hartz IV »), ce qui suppose qu'ils ne disposent plus d'aucun patrimoine notable.

- En Allemagne, les travailleurs intérimaires gagnent en moyenne environ 30 % de moins que les salariés permanents équivalents. Cela repose sur les conventions collectives qui ont été conclues par les syndicats de la DGB (confédération syndicale allemande). Les travailleurs intérimaires ne sont pas traités sur un pied d'égalité dans les entreprises qui ont recours à leurs services. Le propriétaire d'une de ces entreprises peut, à tout moment, demander leur renvoi sans avoir besoin de se justifier de quelque manière que ce soit. Si leur employeur, c'est-à-dire la société de travail intérimaire, n'a pas d'autre possibilité d'embauche, ils sont licenciés. Si l'entreprise qui fait appel à des intérimaires enregistre une baisse du chiffre d'affaires, ces derniers sont renvoyés en premier, avant tout licenciement d'un salarié permanent. Dans ce contexte, ils constituent une sorte de « tampon » pour la politique de l'emploi.

- Les intérimaires ne sont pas les seuls dans cette situation : une position identique est occupée par les travailleurs qui sont envoyés dans une entreprise par leur employeur sur la base d'un contrat de louage d'ouvrage et d'industrie ou d'un contrat de service. Ils sont encore moins intégrés au personnel que les travailleurs intérimaires. Vis-à-vis de leur employeur, ils bénéficient certes des droits généraux des salariés, mais ces droits ne peuvent pas être invoqués normalement. Ces travailleurs servent, eux aussi, souvent de « réserve de flexibilité ».

- Les travailleurs indépendants sans employés (« indépendants en solo ») dépendent souvent, sur le plan économique, de leur principal client et ne disposent d'aucun accès propre au marché. Le statut de leur emploi ne prévoit aucune protection des droits acquis ; ils peuvent souvent perdre la base de leur activité du jour au lendemain. Généralement, ils ne sont pas non plus intégrés dans le système de l'assurance sociale et de l'assurance chômage.

Ces différents groupes de travailleurs représentent environ un tiers de l'ensemble des travailleurs dépendants³⁰. Ils sont habituellement désignés comme des « travailleurs précaires ». Dans la mesure où il ne s'agit pas de salariés permanents, le salaire minimum ne s'applique pas à leur cas. Le contrôle des conditions générales, la législation anti-discrimination et les droits fondamentaux au travail ne jouent pratiquement aucun rôle pour

³⁰ Ne sont pas prises en compte les personnes travaillant illégalement en Allemagne, qui ne sont pas comptabilisées dans les statistiques. Certes, l'art. 98a de la loi allemande sur le séjour des étrangers leur donne le droit d'agir en justice pour obtenir une rémunération pour un travail exécuté, mais cela n'a pas de signification concrète, pour des raisons évidentes ; ces personnes travaillent à un niveau inférieur à celui des groupes mentionnés. Cf. Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität. Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, Frankfurt/New York 2012

ces travailleurs car ils sont trop fragiles (et trop peu informés) pour faire valoir ces droits. On ne trouve, en tout cas, aucun exemple de ce type dans la jurisprudence pourtant très abondante. Une adhésion à un syndicat ou une initiative de création d'un comité d'entreprise mettrait en péril leur propre existence dans l'entreprise concernée. Les conventions collectives ne s'appliquent qu'aux travailleurs intérimaires et dans ce cas, elles n'ont pas de fonction protectrice mais plutôt une fonction de marginalisation.

2. Des défauts d'exécution

Les deux tiers de salariés restants peuvent-ils au moins se prévaloir de la protection du droit du travail esquissée à la section I ? De manière générale, même ce fondement n'est nullement garanti.

En Allemagne, seulement 51 % de l'ensemble des salariés sont encore protégés par une convention collective³¹. Sont alors comptabilisés ceux qui n'adhèrent pas à un syndicat mais dont le contrat de travail fait référence à une convention collective. En ce qui concerne les comités d'entreprise, la situation est encore plus critique : seuls 9 % de l'ensemble des entreprises visées par la BetrVG possèdent un comité d'entreprise élu. Étant donné que c'est plus souvent le cas dans les grandes entreprises que dans les petites, environ 40 % des salariés relevant du champ d'application de la loi sont représentés par un comité d'entreprise³². Toutefois, l'existence de ces comités est devenue un phénomène minoritaire ; en 1996, une large moitié des salariés était encore couverte³³.

L'absence de conventions collectives et de comités d'entreprise prive les travailleurs d'une protection collective. Même les droits individuels si bien renforcés ces vingt dernières années sont difficiles à faire valoir.

³¹ Assujettissement à une convention collective et représentation des intérêts du personnel dans l'entreprise - Derniers résultats tirés du sondage d'entreprise de l'IAB, 19 mai 2021 (IAB = Institut de recherche sur le marché du travail et la formation professionnelle de l'Agence fédérale pour l'emploi). La proportion s'élève à 53 % en Allemagne de l'Ouest et à 43 % en Allemagne de l'Est ; disponible sur <https://www.betriebsratspraxis24.de/gewerkschaften-tarifwesen/iab-betriebspanel-anhaltender-abwaertstrend-bei-tarifbindung-und-betrieblicher-mitbestimmung-9152/> (07/02/2022)

³² Selon les résultats pour l'année 2020 sur la base du sondage d'entreprise, disponibles sur <https://www.betriebsratspraxis24.de/gewerkschaften-tarifwesen/iab-betriebspanel-anhaltender-abwaertstrend-bei-tarifbindung-und-betrieblicher-mitbestimmung-9152/> (07/02/2022)

³³ <https://www.mitbestimmung.de/html/mitbestimmung-in-zahlen-14186.html> (08/03/2022)

En général, les tribunaux du travail ne sont sollicités, en dehors du secteur public, que lorsque la relation de travail a pris fin. Le dépôt d'une plainte pendant une relation de travail en cours est considéré comme un acte déloyal par beaucoup d'employeurs : il s'agirait d'un manque de loyauté qui complique, de toute façon, la poursuite d'une carrière au sein de l'entreprise concernée voire qui peut mettre un emploi en péril. C'est pourquoi, de manière générale, les salariés renoncent à faire valoir leurs droits en justice. Dans l'ensemble, les exceptions (un salarié qui est proche de la retraite, qui a déjà mauvaise presse auprès de l'employeur, qui accepte l'éventualité de représailles car il va de toute façon quitter l'entreprise) ne pèsent pas lourd dans la balance.

À cela vient s'ajouter une deuxième insuffisance quant à la sollicitation des tribunaux. Le rendu d'une décision définitive peut facilement prendre deux ans. Pendant ce temps, l'employeur peut vouloir prendre les devants en trouvant un remplaçant au poste concerné, par exemple, ou en réalisant la restructuration faisant l'objet du litige. Il est bien difficile de revenir en arrière ; dans la pratique, on observe la prédominance d'accords qui permettent au salarié de démissionner contre une indemnité de départ plus ou moins élevée.

Si l'on voulait veiller à une application efficace du droit du travail, on devrait davantage avoir recours aux organismes publics qui disposent de suffisamment de ressources. Ils devraient être en mesure d'imposer le respect des dispositions en matière de droit du travail par des décisions administratives immédiatement exécutoires et d'infliger des sanctions financières, le cas échéant. Celles-ci ne devraient pas toujours profiter uniquement à l'État, elles pourraient également améliorer la situation du salarié qui a subi des préjudices en raison d'une violation du droit, qui a perçu sa rémunération avec énormément de retard, par exemple, ou qui a été injustement licencié³⁴.

3. Quelles sont les solutions possibles ?

Les relations de travail et d'emploi précaires ne se transforment pas du jour au lendemain en relations de travail stables, avec un salaire permettant de mener un train de vie décent. Dans le

³⁴ On trouve des approches correspondantes dans le droit chinois. Voir art. 82 et s. de la loi chinoise sur les contrats de travail, publication RdA 2008, 143 et s. Exemple : si le salarié n'a toujours pas de contrat de travail écrit au bout d'un mois, sa créance salariale est doublée.

meilleur des cas, il est possible d'avancer étape par étape. Dans ce contexte, le droit du travail maritime est digne d'intérêt. La législation sur le travail maritime³⁵, qui repose sur la *Maritime Labour Convention*, traite, au titre de l'art. 4 § 2, toutes les personnes travaillant sur un navire en mer comme une seule entité à laquelle s'appliquent certains principes de fond³⁶. Y sont également rattachés les intérimaires et les salariés sous contrat d'entreprise qui sont soumis aux mêmes règles du droit du travail maritime, malgré leur employeur contractuel « extérieur ». S'ils ont des revendications envers leur employeur, l'armateur est responsable de la même manière qu'une caution solidaire³⁷. La réglementation présente l'avantage de les rattacher à une certaine forme de collaboration réelle qui confronte généralement tout le monde aux mêmes problèmes. Avec ce type d'approche, il n'est pas difficile de faire abstraction de la diversité des formes d'emploi et même d'inclure des indépendants en solo. Pourquoi ce genre de solution ne pourrait-il pas s'appliquer dans d'autres entreprises ?

La deuxième critique, à savoir l'application insuffisante des règles du droit du travail, est un problème différent. L'application effective du droit en vigueur dans 99 % des cas créerait une situation d'égalité entre les entreprises : les restrictions liées au respect du droit ainsi que les charges économiques (parfois) existantes ne toucheraient alors pas seulement les individus qui ont un comportement correct, mais (presque) tous les individus. Dans ce cadre, les résistances devraient être moins importantes que pour le relèvement des travailleurs précaires au niveau du reste des travailleurs.

III. Le défi de la mondialisation

Les possibilités d'action de nombreuses entreprises ont connu une transformation fondamentale depuis que les droits de douane sont en grande partie supprimés et que toutes les entreprises ont la liberté d'investir dans d'autres pays et d'y établir des filiales. Cela se reflète également dans le droit du travail.

1. Pression concurrentielle

³⁵ V. 20/04/2013, BGBl I p. 868, modifiée pour la dernière fois par la loi du 20/03/2019 (BGBl I p. 346)

³⁶ Voir Noltin, in : Bubenzer/Noltin/Peetz/Mallach, Seearbeitsgesetz. Kommentar, München 2015, § 4 Rn. 9 ff.

³⁷ Plus de détails dans Maul-Sartori, Das neue Seearbeitsrecht, NZA 2013, 821 ; Zimmer, Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation, EuZA 2015, 297.

La mondialisation des marchés peut conduire à ce que des produits soient fabriqués dans d'autres pays et qu'ils soient, de ce fait, beaucoup moins chers, même à qualité égale. Ce phénomène contraint les entreprises nationales à baisser les coûts à l'unité, ce qui a des répercussions négatives sur les salariés. Ces derniers doivent travailler plus longtemps et/ou de manière plus intensive, la seconde option étant plus facile à réaliser pour l'employeur car l'intensité de travail est difficile à mesurer et n'est pas suffisamment prise en compte sur le plan juridique. On peut, en outre, imaginer que la production soit suspendue à l'intérieur du pays et qu'elle soit relancée dans un pays étranger meilleur marché afin de réduire le handicap concurrentiel apparu. C'est ainsi que les emplois nationaux disparaissent.

2. Faire grève contre les délocalisations ?

Ce type de délocalisation de la production peut également avoir lieu pour d'autres raisons. La question de savoir si les travailleurs concernés peuvent aussi se défendre contre cela en ayant recours à des moyens reconnus légalement n'est pas totalement tranchée. La BAG a laissé en suspens la question de savoir si l'on peut faire de la décision de délocalisation en tant que telle un objet de convention collective et de grève³⁸. En revanche, il est incontestablement admis d'avoir des revendications concernant « la gestion des conséquences », ce qui comprend une prolongation des délais de résiliation, des indemnités élevées et la prise en charge des frais de reconversion, dans la mesure où ils ne sont pas pris en charge par les pouvoirs publics³⁹. La BAG a expressément refusé d'examiner les revendications collectives au regard du principe de proportionnalité⁴⁰. Il en serait de même si le montant des revendications était si élevé que la délocalisation envisagée ne serait pas judicieuse au niveau économique⁴¹. Dans ce cas précis, il a été demandé de prolonger les délais de licenciement à un an, puis d'accorder trois années de paiement de salaire avec prise en charge des frais de formation continue⁴². Indirectement, la décision de délocalisation en tant que telle peut ainsi être remise en question au moyen d'une grève.

³⁸ BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Tz. 111

³⁹ LAG Niedersachsen 2.06.2004 - 7 Sa 819/04, NZA-RR 2005, 200 ; LAG Schleswig-Holstein 27.3.2003 - 5 Sa 137/03, NZA-RR 2003, 592 = AuR 2004, 152

⁴⁰ BAG 24.04.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987

⁴¹ BAG 24.04.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Tz. 112

⁴² Voir les affaires LAG Niedersachsen et LAG Schleswig-Holstein

3. Transfert des contrats de travail à un repreneur étranger ?

En revanche, l'art. 613a du BGB, qui a mis en œuvre la directive CE relative au transfert des entreprises dans le droit allemand, offre peu de protection. Certes, il reste applicable quand une entreprise est délocalisée dans un État tiers (dans ce cas précis, la Suisse) mais en général, au titre de l'art. 8 § 2 du règlement ROME I, le droit applicable à la relation de travail sera modifié car le lieu de travail permanent est, à l'avenir, dans un autre pays⁴³. Par ailleurs, très peu de travailleurs sont tentés par le fait d'élire définitivement domicile dans un autre pays. Il manque également souvent les conditions préalables à un transfert d'entreprise car ni les moyens de production ni l'organisation qui existait jusqu'à présent ne sont « transportés » dans l'autre pays.

4. Dévaluation de la cogestion d'entreprise ?

Si une entreprise allemande a des filiales à l'étranger, les comités d'entreprise ou autres représentations des travailleurs qui y voient le jour ne sont pas intégrés dans le système allemand ; ils ne peuvent donc envoyer aucun délégué dans le comité du groupe. La raison invoquée est ce qui s'appelle le principe de territorialité, d'après lequel la BetrVG n'a aucun effet juridique en dehors des frontières allemandes⁴⁴. Cela signifie que les comités d'entreprise allemands sont également appelés à la cogestion quand la décision concernée affecte majoritairement du personnel étranger de la même entreprise ou du même groupe. Pour l'instant, la CJUE n'a pas réussi à changer quoi que ce soit sur ce point, même au sein de l'UE⁴⁵.

La configuration contraire, avec une tête de groupe se trouvant à l'étranger, fait l'objet de nettement plus de critiques. S'il existe à l'étranger une représentation légale des salariés à l'échelle du groupe, le personnel allemand et ses représentants sont également exclus de toute influence. Conformément au principe de territorialité, les filiales allemandes bénéficient, certes, de comités d'entreprise, mais leurs droits de cogestion sont, de fait, fortement dévalués, étant donné qu'ils ne peuvent pas négocier avec les réels décisionnaires. Il leur reste

⁴³ BAG 26.5.2011 – 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143

⁴⁴ BAG 1.10.1974 – 1 ABR 77/73, AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972, jurisprudence constante

⁴⁵ CJUE 18/07/2017 – C-566/15, NZA 2017, 1000 - Erzberger

bien la possibilité de saisir l'organisme d'arbitrage en cas de désaccord, mais cette procédure n'est conçue que pour des cas exceptionnels. Il est donc extrêmement difficile aux comités d'entreprise de suivre régulièrement cette voie et de travailler ainsi dans une situation de conflit permanente. Par ailleurs, en cas de « non », il existe toujours le risque que les dirigeants du siège central dévalorisent le site allemand, qu'ils ne lui attribuent, par exemple, aucune nouvelle mission voire qu'ils le menacent de fermeture. D'après l'avis de la BAG, si une tête de groupe étrangère contrôle plusieurs entreprises allemandes, un comité de groupe ne peut être constitué que s'il existe une « direction Allemagne »⁴⁶. Dans les autres cas, la cogestion à l'échelle du groupe tombe à l'eau⁴⁷.

5. Défense du droit du travail dans un monde globalisé

La mondialisation des marchés ne doit pas conduire à un « dumping social », c'est-à-dire à une situation dans laquelle le produit fabriqué avec les coûts de main d'œuvre les plus bas évincerait tous ses concurrents. En principe, le mouvement syndical se retrouve ici avec le même problème qu'à ses débuts : comment empêcher la concurrence entre les travailleurs par une action conjointe ? La législation en vigueur n'offre à ce sujet que très peu de points d'accroche.

Au sein de l'UE, un comité d'entreprise européen peut être établi dans les entreprises qui emploient au minimum 1 000 salariés, parmi lesquels 150 travaillent dans deux États membres différents (150 par État). Ce comité bénéficie d'un droit à l'information et à la consultation si des filiales situées dans plus d'un État membre sont concernées par une mesure entrepreneuriale. L'exécution de mesures est ainsi retardée dans certaines circonstances, mais jamais empêchée. La liberté de décision de la tête du groupe demeure intacte. On se pose rarement la question de savoir si un comité d'entreprise européen pourrait organiser une grève. Seulement très peu de cas ont connu des actions transfrontalières auxquelles les syndicats ont toutefois été parties prenantes de manière décisive ; le comité d'entreprise

⁴⁶ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972 ; BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972.

⁴⁷ Voir pour critique Deinert, Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung, Frankfurt/Main 2021, p. 41 et s. et autres réf.

européen servirait plutôt de forum par l'intermédiaire duquel il serait possible de nouer des contacts⁴⁸.

Les droits d'information d'un comité d'entreprise allemand vis-à-vis de l'employeur s'étendent aussi aux relations avec des composantes étrangères du groupe. Il est donc logique que le comité puisse également mieux s'informer par un contact direct. Par conséquent, il reste dans le cadre de ses compétences lorsqu'il rencontre des partenaires de filiales étrangères ou qu'il leur téléphone et qu'ils conviennent ensemble de requêtes identiques. Au titre de l'art. 40 de la BetrVG, l'employeur doit mettre à sa disposition les moyens nécessaires à cet effet, y compris les interprètes requis, le cas échéant⁴⁹. Il serait ainsi possible de mettre en place, petit à petit, un réseau de relations fondées sur une confiance réciproque. Pourtant, dans la pratique, les contacts transfrontaliers de cette nature constituent jusqu'à présent une exception trop rare.

On pourrait s'attendre à des ajustements sociaux du marché mondial basés sur les conventions de l'OIT et les clauses sociales contenues dans des accords commerciaux. Malgré quelques tentatives, ces deux instruments n'ont jusqu'à présent pas encore servi d'orientation en Allemagne⁵⁰.

IV. Le défi de la digitalisation

1. Droit du travail et évolutions technologiques

« Autres technologies, autre législation ». Certains articles traitant de la numérisation des procédures de travail semblent nous dire que cette conception pseudo-matérialiste coulerait de source.

⁴⁸ Aperçu dans Däubler, *in* : Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 18. Aufl., Frankfurt/Main 2022, Vorbem. EBRG Rn. 28 ff.

⁴⁹ Bobke-von Camen, *Kommunikation zwischen betrieblichen Interessenvertretungen*, AiB 1989, 231 f. ; Wedde, *in* : Däubler/Klebe/Wedde, *ibid.*, § 40 Rn. 24 ; Fitting, *Kommentar zum BetrVG*, 30. Aufl., München 2020, § 40 Rn. 49. À partir de la jurisprudence : ArbG München 29.8.1991 – 12 BV 53/91, AiB 1991, 429 (vol de Munich à Vienne afin de convenir de la stratégie à tenir vis-à-vis de la tête du groupe américaine) ; LAG Niedersachsen 10.6.1992 – 5 TaBV 3/92, DB 1993, 1043 (déplacement à Bruxelles car les projets de fusion de l'employeur y étaient négociés)

⁵⁰ Voir les contributions dans : Schlachter/Heuschmid/Ulber (Hrsg.), *Arbeitsvölkerrecht*, Tübingen 2019

On parle ici de « travail numérique » ou, de façon plus moderne, de « travail 4.0 ». La relation entre l'homme et la machine y serait tout à fait différente de celle qu'elle est aujourd'hui, l'individu devenant l'appendice de vastes systèmes qui s'autorégulent⁵¹. L'évolution dans ce sens serait disruptive, la nouveauté interviendrait de manière explosive et non suivant un processus progressif.

Dans ce nouveau monde, les employeurs apparaîtraient et disparaîtraient beaucoup plus vite que dans le monde analogique⁵². Le travailleur communiquerait davantage avec des machines qu'avec des humains, les fréquents changements de poste et de forme d'emploi compliqueraient toute forme de solidarisation, notamment la création de syndicats et de comités d'entreprise⁵³. L'impression qu'il ne resterait plus grand-chose du droit du travail n'est pas à balayer d'un simple revers de main.

Un simple coup d'œil à l'histoire permet d'émettre un premier doute quant à ces hypothèses. Dans sa structure fondamentale, le droit du travail allemand de 2020 est très semblable à celui de 1920 : il y avait et il y a toujours des contrats de travail en tant que contrat particulier, la protection de la santé au travail est en principe garantie par la législation, il y avait et il y a toujours des comités d'entreprise, des conventions collectives et, à l'occasion, des conflits sociaux. Tout cela bien que les « machines », c'est-à-dire les outils de travail des entreprises, soient aujourd'hui absolument différentes de celles d'hier et qu'en ce qui concerne les méthodes de travail, rien ne soit plus du tout comme avant non plus : les entreprises ont d'autres formes d'organisation, la direction opère selon d'autres lignes directrices et d'autres « théories », le niveau de développement économique est infiniment plus élevé et la concurrence nationale comme internationale n'a rien de comparable à celle de 1920.

En y regardant de plus près, on constate que le droit du travail possède des caractéristiques qui lui procurent une très grande capacité d'adaptation.

Le droit du travail connaît de nombreux principes généraux qui sont concrétisés par la jurisprudence à l'égard de chaque situation donnée. Les obligations accessoires dans la relation de travail et le « motif grave » pour un licenciement sans préavis pourraient servir d'exemples que l'on retrouve dans presque tous les systèmes juridiques. La jurisprudence se

⁵¹ À ce sujet et sur ce qui suit, voir Giesen/Kersten, *Arbeit 4.0. Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt*, München 2017

⁵² Giesen/Kersten, *ibid.*, p. 39

⁵³ Giesen/Kersten, *ibid.*, p. 40, 43

fabrique parfois elle-même ses propres principes généraux quand, par exemple, les tribunaux du travail allemands exigent une pondération des intérêts du travailleur et de l'employeur en cas de licenciement – bien que cela ne soit suggéré à aucun moment dans aucun texte de loi⁵⁴.

En second lieu, le droit du travail connaît des processus spécifiques d'élaboration de normes qui peuvent encore davantage tenir compte des circonstances concrètes de chaque affaire que l'action en justice elle-même. La libre négociation collective n'est pas qu'une part de la cogestion démocratique des salariés concernant leurs conditions de travail et leur environnement économique, c'est aussi un moyen de tenir compte des particularités de chaque secteur et de chaque entreprise. La durée de validité limitée fournit un élément de flexibilité supplémentaire. Enfin, les prescriptions sur la santé et la sécurité au travail se rapportent également à des situations de risque spécifiques qui évoluent ; la procédure d'évaluation des risques doit, par exemple, garantir que ces situations seront reconnues à temps et que les mesures de protection requises seront prises.

Troisièmement, le droit du travail a développé un important réservoir de concepts juridiques qui ne se limitent pas aux phénomènes pour lesquels ils ont été créés. L'une des premières réponses à la fragmentation de la fonction d'employeur a été ce que l'on appelle la relation de travail indirecte. L'exemple typique est le concierge qui emploie sa conjointe collaboratrice en tant que salariée. Sous certaines conditions, celle-ci peut également faire valoir des droits découlant du contrat de travail à l'encontre de l'employeur de son mari car sa prestation de travail est finalement au profit de l'« employeur principal »⁵⁵. Ce concept juridique peut être transposé à de nombreuses formes modernes d'organisation du travail⁵⁶.

Le problème ne réside donc pas dans la prétendue « rigidité » du droit du travail dans son ensemble, dont se plaignent souvent ses détracteurs néolibéraux. Ses règles laissent suffisamment de marge de manœuvre pour réglementer aussi bien le travail à la chaîne que la prestation de service d'une infirmière et l'activité d'un développeur de logiciel. Même les nouvelles évolutions technologiques peuvent être traitées. L'utilisation massive d'ordinateurs au travail, première manifestation importante de la digitalisation, n'a rien changé aux

⁵⁴ Voir Deinert, in : Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis, 11. Aufl., Frankfurt/Main 2020, § 1 KSchG Rn. 109 ff., 134 ff., 149 (personenbedingte Kündigung), 707 ff. (verhaltensbedingte Kündigung – W. Däubler).

⁵⁵ BAG 20.7.1982 – 3 AZR 446/80, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis

⁵⁶ Voir, par exemple, les réflexions à ce sujet dans Waas, Das sogenannte « mittelbare Arbeitsverhältnis », RdA 1993, 153 et s.

principes juridiques appliqués auparavant, abstraction faite de l'importance accrue de la protection des données personnelles des travailleurs réglementée légalement pour la première fois en 1977.

2. La digitalisation est-elle source de nouvelle qualité ?

Sans tomber dans les spéculations concernant le travail numérique du futur, on observe déjà aujourd'hui trois phénomènes qui pourraient peser excessivement lourd sur la capacité d'adaptation du droit du travail.

De nombreux salariés se voient confier des ordinateurs portables, des tablettes ou des smartphones qu'ils emmènent également avec eux en dehors des horaires de travail ; ils sont ainsi joignables à tout moment. Or ce n'est pas là le point essentiel : à l'aide de ces appareils, ils peuvent commencer à travailler à tout moment, il suffit qu'ils aient simplement accès aux systèmes de l'entreprise ou à Internet. Travailler est désormais possible à n'importe quelle heure et depuis n'importe où. Cela soulève la question de l'enregistrement des temps de travail, qui pourrait alors, malgré la dernière jurisprudence de la CJUE⁵⁷, ne pas être géré correctement. Les longues plages horaires de travail qui résultent de cette évolution engendrent, à cause de l'abondance des informations à traiter et de l'impossibilité de se « déconnecter », un stress psychologique auquel tous les travailleurs ne sont pas prêts à faire face. Des défis considérables s'annoncent donc, non seulement pour la législation sur le temps de travail, mais aussi pour la protection de la santé au travail.

Plus les procédures de travail sont numérisées, plus les données à caractère personnel produites concernant les travailleurs sont nombreuses, et c'est justement là que se situe la deuxième problématique. Tout salarié portant ou devant porter des lunettes intelligentes qui lui communiquent certaines informations doit s'attendre à ce que chacun de ses gestes soit enregistré durant le travail. Les robots et autres systèmes intelligents peuvent être utilisés de diverses manières. « Ils surveillent et construisent des maisons, ils tondent la pelouse, ils aspirent et nettoient les logements, ils désamorcent les bombes, ils traient les vaches, ils préparent les marchandises, ils opèrent les cerveaux, ils donnent des conseils juridiques... et

⁵⁷ CJUE 14.5.2019 - C-55/18, NZA 2019, 683 - CCOO.

ils conduisent des voitures », voilà ce que l'on peut trouver dans la littérature allemande⁵⁸. Ces derniers temps, on désigne généralement ce phénomène sous le concept clé d'« intelligence artificielle »⁵⁹. Même si l'on considère une grande partie de cette description comme une vision du futur incertaine, le contact entre l'humain et les robots conduit obligatoirement à la collecte d'innombrables données. Cela est encore plus vrai quand un système transmet des « instructions », c'est-à-dire quand, par exemple, il ordonne à une équipe de réparation de se rendre là où les tâches les plus urgentes doivent être exécutées⁶⁰. Même les décisions du service des ressources humaines sont automatisées. À cela s'ajoute le fait que les salariés sont de plus en plus en contact via Internet pour le travail et qu'ils laissent ainsi des traces désormais difficiles à supprimer définitivement.

Dans de nombreux pays, ces changements actuels et futurs affectant les procédures de travail « normales » font beaucoup moins débat que la troisième problématique, à savoir l'économie dite de plateforme, qui se manifeste sous deux formes. D'une part, il s'agit de la fourniture d'une prestation de services dans le « monde réel », dans le cadre de laquelle la plateforme assure une fonction d'intermédiaire. L'exemple le plus connu est celui des taxis de la société Uber, mais la livraison de repas a également pris une importance considérable. D'autre part, on parle aujourd'hui de *crowdwork* : une plateforme fait un appel d'offres sur Internet concernant certaines activités auxquelles tout utilisateur d'Internet, c'est-à-dire n'importe quel membre de la « *crowd* », peut postuler. Il s'agit, le plus souvent, d'activités simples comme la correction d'erreurs dans une traduction automatique ou la saisie dans un système de certaines données enregistrées manuellement. Mais en parallèle, il existe aussi ce que l'on appelle les concours de créativité : une société cherche un nouveau logo ou un acronyme attractif pour un produit, par exemple. Enfin, il existe des tâches complexes qui ne peuvent être gérées que par des experts ou par un groupe de travailleurs qualifiés. C'est notamment dans la première variante, c'est-à-dire pour les travaux simples, que se pose le problème de savoir si un *crowdworker* reste malgré tout un salarié et s'il est ainsi couvert par le droit du travail.

3. Nouvelles formes de concrétisation pour les règles du droit du travail

⁵⁸ Günther/Böglmüller, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53

⁵⁹ Voir notamment Klebe, Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung, Soziales Recht (SR) 2019, 128 et s.

⁶⁰ On peut imaginer dès aujourd'hui, en restant tout à fait réaliste, que le système définisse l'ordre des tâches à accomplir. Toutefois, ces « instructions » ne revêtent qu'un caractère de recommandations non contraignantes. Voir Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl., Frankfurt/M. 2020, § 10 Rn. 12.

a) Le problème du temps et du lieu de travail

Les nouvelles possibilités technologiques peuvent conduire à ce que les salariés travaillent bien plus longtemps que ce qui est autorisé par la loi. Même les temps de repos de 11 heures entre deux jours de travail sont rarement respectés car le salarié peut recevoir un appel le soir et l'exécution de la « tâche urgente » peut durer jusqu'à 23h. Dans ce genre de situation, quel salarié ne se présentera le lendemain qu'à 10h au bureau en invoquant la législation en vigueur ? La littérature de référence parle de « décloisonnement » (« *Entgrenzung* ») du travail.

La jurisprudence récente de la CJUE⁶¹ pourrait remédier à ce problème car elle exige un « système objectif, fiable et accessible » d'enregistrement du temps de travail.

En cas de litige, le fait de pouvoir faire la preuve des heures de travail effectuées par l'audition de collègues de travail en qualité de témoins ne suffirait pas. Il ne s'agirait pas d'un moyen de preuve efficace, « étant donné que les salariés peuvent hésiter à témoigner contre leur employeur par crainte que ce dernier prenne des mesures qui pourraient influencer la relation de travail en leur défaveur »⁶². Il s'agit là d'une déclaration d'un réalisme notable, jusque-là tout à fait inhabituelle pour la plus haute instance judiciaire de l'Union européenne. Si l'on prenait la directive-cadre de la CJUE vraiment au sérieux, de nombreuses heures effectuées jusqu'à présent de manière officieuse devraient alors être payées, ce qui doublerait quasiment le nombre d'heures supplémentaires effectuées « officiellement »⁶³. Il faudrait, par ailleurs, que certaines tâches disparaissent car elles vont au-delà de la limite admissible. Si l'on considère les rapports de force dans les entreprises allemandes, il apparaît peu probable de pouvoir compter sur une mise en œuvre rapide de cette jurisprudence de la CJUE. En réalité, on a peine à imaginer un si grand décalage dans le rapport d'échange force de travail contre rémunération.

⁶¹ CJUE 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – CCOO

⁶² CJUE, *ibid.*, point 55

⁶³ Selon l'Office fédéral des statistiques, le nombre d'heures supplémentaires non payées s'élevait en 2019 à 947 millions en Allemagne, contre 915 millions pour les heures supplémentaires rémunérées. Certaines années, ce rapport s'est révélé être encore plus impressionnant : en 2007, le nombre d'heures supplémentaires non payées s'élevait à 1 231 millions contre 838 millions pour les heures supplémentaires rémunérées. Toutes ces données sont à retrouver sur : <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76945/umfrage/ueberstunden-der-arbeitnehmer-in-deutschland-seit-2000/> (10/03/2022)

Où se trouve la solution ? Le réel problème est que l'individu doit abattre trop de travail. On pourrait et on devrait y faire face en accordant au comité d'entreprise un droit de cogestion sur le volume de travail que chaque individu doit gérer. Le poids de cette décision, qui est prise aujourd'hui par le chef du personnel ou par un supérieur, devrait être supporté par deux personnes. Cela signifie en même temps que le comité d'entreprise ne doit pas seulement être sollicité au début de l'activité. Au contraire, il devrait toujours pouvoir intervenir en cas de changements ou s'il apparaît que la charge de travail confiée est trop importante ou trop modeste. Dans la mesure où le législateur ne peut pas opter pour ce type de nouveau droit de cogestion, on pourrait penser à utiliser le droit de recours légal en vertu des articles 84 et 85 de la BetrVG. Si le comité d'entreprise fait sien le recours d'un salarié et si les négociations avec l'employeur n'aboutissent à aucun résultat, c'est l'organisme d'arbitrage qui tranche. Le recours à la législation en matière de santé et de sécurité au travail constitue une autre voie possible qui couvrirait les cas particulièrement extrêmes : si l'évaluation des risques conclut que la charge de travail représente un risque pour la santé, l'employeur s'engage à remédier à cette situation, ce qui peut avoir pour conséquence une nouvelle répartition du travail, mais également le recrutement de salariés supplémentaires.

La digitalisation permet aux salariés d'exécuter de nombreuses tâches depuis leur domicile. Ces dernières années, le « bureau à domicile » est devenu un souhait fréquemment exprimé par les salariés, même si, dans la pratique, les choses n'avaient jusque-là pas beaucoup avancé à cause de la résistance des employeurs. La pandémie de coronavirus a changé la donne ; près d'un tiers des travailleurs ont délocalisé leur poste de travail à domicile car la réglementation de l'État l'exigeait de manière générale, sauf motifs impérieux contraires d'ordre opérationnel. Or avec le recul de la pandémie, la « culture du présentiel » répandue en Allemagne est redevenue la norme. Néanmoins, il existe aussi des exceptions : certaines entreprises y voient une opportunité de réduire leur superficie de bureaux et d'économiser ainsi des coûts, mais l'idée que seuls les salariés physiquement présents et en mesure d'être sollicités à tout moment seraient des travailleurs productifs reste prédominante.

b) Protection des données personnelles

La digitalisation entraîne déjà aujourd'hui un nombre important de mesures de surveillance qui ne sont autorisées qu'au titre de la législation en matière de protection des données : les entreprises sont, par exemple, équipées de caméras vidéo qui sont censées prévenir les vols

commis par des clients, mais qui peuvent aussi être installées pour surveiller les salariés ; à l'aide du GPS, la conduite des commerciaux est enregistrée et évaluée ; à l'aide des puces RFID, le flux des marchandises au sein de l'entreprise est suivi ; les courriels sont lus par les supérieurs hiérarchiques sans que les salariés ne le sachent ; les conversations téléphoniques, notamment dans les centres d'appel, sont enregistrées et évaluées selon que le salarié a utilisé, ou non, certains mots clés lors de ses entretiens. Autour de ces questions et bien d'autres encore, de vives discussions ont lieu concernant les limites de ce qui est admis par la loi. Ces débats sont tout d'abord menés dans le milieu scientifique. Certains articles anticipent ainsi les problèmes à venir, par exemple en cas d'utilisation de *wearables* (lunettes intelligentes, montres connectées et autres)⁶⁴, de robots et d'autres systèmes intelligents⁶⁵. L'évaluation menée en vertu de la législation en matière de protection des données conduit la plupart du temps à des résultats acceptables qui préviennent de toute intrusion excessive dans la sphère privée. À cela s'ajoute que le comité d'entreprise bénéficie, dans presque tous les cas, d'un droit de cogestion au titre de l'article 87 § 1 al. 6 de la BetrVG. Toutefois, deux domaines restent actuellement trop peu contrôlés.

Des données de salariés se retrouvent souvent sur Internet. Cela peut venir de l'employeur et servir à la présentation de l'entreprise, mais cela peut également venir du fait que le salarié est actif sur les réseaux sociaux pour des raisons professionnelles. Les sites d'avis en ligne sont répandus, ils concernent les médecins, les enseignants et les professeurs, par exemple ; le salarié peut s'y sentir lésé dans la protection de sa personnalité par des critiques peu objectives et diffamatoires. Si un tribunal juge qu'une déclaration doit être retirée de la toile, se pose alors le problème de la manière dont cela peut être imposé à des diffuseurs domiciliés à l'étranger. À cela s'ajoute qu'Internet n'oublie rien. On peut certes contraindre l'exploitant d'un moteur de recherche à ne plus afficher certaines informations inexactes ou obsolètes⁶⁶, mais celles-ci continuent d'être accessibles dans les archives d'un organe de presse, par exemple. Indiquer une date d'expiration pour les commentaires, les sites Internet ou certaines parties, date au-delà de laquelle ces éléments seraient automatiquement effacés⁶⁷, n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune étude approfondie.

⁶⁴ Voir à ce sujet Weichert, Die Verarbeitung von Wearable-Sensordaten bei Beschäftigten, NZA 2017, 565 et s.

⁶⁵ Möslein/Lordt, Rechtsfragen des Robo-Advice, ZIP 2017, 793 et s. ; Kohte, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 et s. ; Günther/Böglmüller (*op. cit.* NBP n°57) ; Klebe (*op. cit.* NBP n°58).

⁶⁶ CJUE 13.5.2014 – C-131/12, NJW 2014, 2257- Google Spain.

⁶⁷ Ce que l'on appelle la « gomme numérique ». Voir Kalabis/Selzer, Das Recht auf Vergessenwerden nach der geplanten EU-Verordnung, DuD 2012, 670 et s.

La deuxième problématique tourne autour de la notion de *big data*. Prenons un exemple : l'enregistrement et l'évaluation d'un nombre extrêmement élevé de données permet d'élaborer un algorithme grâce auquel les candidats et les salariés doivent alors être évalués. On apprend ainsi, par exemple, qu'un programme de ce type contient, entre autres, la recommandation d'écarter de l'entreprise les personnes qui n'ont pas été promues en cinq ans et qui n'ont pas obtenu d'augmentation de salaire car elles seraient « sans perspective d'évolution »⁶⁸. Ce logiciel développé aux États-Unis est difficilement conciliable avec la législation européenne sur la protection des données à cause de son manque de transparence. Par ailleurs, la législation anti-discrimination offre une possibilité de correction jusqu'à présent peu exploitée. L'engagement de l'employeur vis-à-vis de l'interdiction de toute discrimination au titre de l'article 1 de l'AGG exige que les faits et les informations qui « alimentent » le système soient faciles à déterminer car le contraire pourrait être synonyme de discrimination directe ou indirecte. Supposons que l'algorithme parte du principe que les personnes ayant une plus longue ancienneté dans l'entreprise de leur précédent employeur seraient les collaborateurs les plus loyaux ; les femmes et les immigrés seront ainsi désavantagés car ils présentent, en moyenne, un nombre nettement inférieur d'années d'ancienneté dans l'entreprise⁶⁹. En général, impossible pour les candidats et les salariés d'identifier si ce type de règles discriminantes joue un rôle dans l'élaboration de l'algorithme et entre dans le « matériel » traité. Les possibilités pour les candidats et les salariés de se défendre contre un traitement discriminatoire sont donc pratiquement exclues. Si cette transparence prescrite, en outre, par l'art. 26 § 5 de la BDSG est inexistante, cela constitue un indice de discrimination au titre de l'art. 22 de l'AGG. Le même traitement est appliqué par la CJUE à un système de rémunération totalement dépourvu de transparence⁷⁰. Dans les deux cas, il incombe à l'employeur de prouver que le matériel utilisé pour l'élaboration et l'« apprentissage » de l'algorithme n'a eu aucun caractère discriminant. Dans le cas contraire, il serait tenu de verser des dommages-intérêts vis-à-vis des candidats refusés.

c.) Économie de plateforme

⁶⁸ Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2020, § 9 Rn. 22 f.

⁶⁹ Autre exemple : le « principe d'expérience » au titre duquel les policiers de grande taille présenteraient de meilleurs résultats que les plus petits ; ce principe désavantage les candidates féminines (exemple dans Zweig, *Ein Algorithmus hat kein Taktgefühl*, 4. Aufl., München 2019, p. 211)

⁷⁰ CJUE 17.10.1989 – C-109/88, NZA 1990, 772 – Danfoss ; CJUE 31.5.1995 – C-400/93, DB 1995, 1615, 1616 – Royal Copenhagen

Sur la base des études existantes, le nombre d'individus en Allemagne qui exécutent des services transmis par une plateforme et le nombre de ceux qui travaillent en tant que *crowdworker* ne peuvent pas être estimés de manière fiable⁷¹. Le nombre de personnes pour lesquelles cette forme de travail représente la principale source de revenus devrait s'élever à moins d'1 % de la population active. Toutefois, il faut bien convenir que le travail pour les plateformes augmente et que cette augmentation peut encore s'accélérer dans le futur.

La question centrale est de savoir dans quelles conditions ces travailleurs peuvent être considérés comme des salariés et donc être couverts par le droit du travail. La BAG⁷² a admis une relation de travail pour une situation spécifique bien répandue. Dans ce cas concret, le travailleur devait contrôler si des panneaux publicitaires avaient bien été accrochés dans des stations-services et des magasins de détail. Il pouvait refuser cette mission ; dans la mesure où il l'acceptait, il devait achever sa tâche en maximum deux heures. Plus il exécutait de missions, plus les offres devenaient intéressantes : il pouvait, le cas échéant, composer des parcours qui lui faisaient gagner du temps et qui lui assuraient une rémunération plus élevée. Ces incitations ont été considérées par la BAG comme plus importantes par rapport au droit de refus et à la marge de manœuvre concernant les délais d'exécution, c'est pourquoi la cour a admis une relation de travail au sens de l'article 611a du BGB.⁷³ Il n'est pas facile de déterminer avec certitude le nombre de travailleurs sur plateforme qui entrent, de cette manière, dans le cadre du droit du travail mais à l'avenir, la proportion sera considérable.

S'il n'y a aucune relation de travail, les travailleurs doivent souvent être qualifiés de « personnes assimilables à des salariés », ce qui suppose, au titre du droit allemand, qu'ils sont, certes, officiellement indépendants et qu'ils peuvent organiser leur travail à leur guise mais qu'ils sont, pour l'essentiel, économiquement dépendants d'un donneur d'ordre. Conséquence : de nombreuses prescriptions du droit du travail telles que, par exemple, la législation sur la santé et la sécurité au travail, la législation sur les congés et la législation en matière de protection des données, sont applicables et des conventions collectives peuvent également être conclues pour cette catégorie de travailleurs. Toutefois, cela n'englobe ni la législation sur le salaire minimum, ni la protection contre les licenciements ni la législation relative à l'organisation sociale des entreprises, c'est-à-dire trois éléments qui sont essentiels

⁷¹ Ministère fédéral du Travail et des Affaires sociales, points clés : un travail décent dans l'économie de plateforme, janvier 2022

⁷² 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 et s.

⁷³ Voir Schneider-Dörr, Crowd Work und Plattformökonomie, Baden-Baden 2020

dans le quotidien d'un salarié. S'il n'existe pas de dépendance économique, pratiquement aucune règle du droit du travail ne s'applique.

Une question a assez peu attiré l'attention, à savoir celle qui concerne les tribunaux compétents et le droit applicable quand la plateforme ou un autre donneur d'ordre est établi à l'étranger. S'il s'agit d'un salarié, les choses sont claires : conformément à l'art. 21 § 2 du règlement (UE) 1215/2012, il peut déposer plainte devant le tribunal du district dans lequel il accomplit habituellement son travail. Conformément à l'art. 8 § 2 du règlement Rome I, le lieu de travail habituel est également déterminant pour le droit applicable. Ces principes devraient aussi s'appliquer aux personnes assimilables à des salariés⁷⁴, mais il n'existe aucune jurisprudence sur ce point. Pour les travailleurs indépendants, l'accord sur une juridiction étrangère et sur un système juridique étranger pourrait être une éventualité, ce qui rendrait impossible presque toute protection juridique effective.

V. Protection de l'environnement et du climat : un sujet pour le droit du travail ?

1. Une (apparente) distance

Lorsqu'il s'agit de la préservation du climat et de la sauvegarde de l'environnement, on imagine rarement les syndicats et les comités d'entreprise aux avant-postes. Or, si l'on y regarde d'un peu plus près, on trouve des choses étonnantes. On peut ainsi lire dans un ouvrage publié en 1972 :

« La destruction de l'équilibre écologique est favorisée par le principe d'optimisation des gains qui n'a guère été remis en question jusqu'à présent. L'utilisation en supplément de produits chimiques dans l'agriculture s'avère payante, par exemple, sur le plan de l'économie de marché car une partie des coûts environnementaux afférents est répercutée sur des tiers ou sur la société dans son ensemble. La baisse de la qualité des biens environnementaux ne

⁷⁴ Däubler, in : Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Handkommentar*, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Rom I-VO/EGBGB Rn. 15 ; Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, Tübingen 2013, § 4 Rn. 46 ; Heuschmid, in : Deinert/Heuschmid/Zwanziger (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2019, § 9 Rn. 4 (pour le droit substantiel)

s'exprime pas en valeurs de marché ou en unités monétaires dans les calculs économiques auxquels nous sommes pour l'instant habitués ».

Puis, dans un autre passage du même tome :

« L'humanité doit apprendre à utiliser prudemment les ressources limitées du vaisseau spatial Terre en gardant à l'esprit le fossé économique entre le Nord et le Sud ainsi que les besoins des générations futures. Cela requiert une planification environnementale à l'échelle mondiale ».

Ces citations sont tirées d'un ouvrage qui restitue, sous le titre Umwelt (« environnement »), des conférences qui se sont tenues lors de la réunion de travail internationale d'IG Metall qui a eu lieu du 11 au 14 avril 1972 à Oberhausen⁷⁵. La même année est paru le rapport du Club de Rome sur les limites à la croissance qui a durablement influencé les débats ultérieurs sur la politique environnementale⁷⁶.

Si l'on fait un bond de treize ans en avant et si l'on regarde la revue scientifique du WSI (institut de recherche des syndicats allemands) de 1985, on tombe sur le numéro de décembre intitulé « Umweltschutz und Gewerkschaften » (protection de l'environnement et syndicats). On y trouve alors également des réflexions en phase avec l'époque : « Protection de l'environnement et croissance qualitative », « Protection de l'environnement et politique régionale de l'emploi » et « Plus de marché dans la protection de l'environnement ? Les instruments de la politique environnementale et leur efficacité ».

Toutefois, dans ces deux sources, on ne trouve aucune réflexion sur la manière dont les capacités d'action traditionnelles des syndicats et des comités d'entreprise pourraient être employées à des fins de politique environnementale : la pratique est, au mieux, un point de départ pour la critique, pas un terrain propice aux cadres d'action. Seules sont étudiées les conditions de travail dans l'industrie nucléaire où les exigences de sécurité de droit public priment sur les droits de cogestion. Il a fallu attendre la fin des années 1980 pour que cela ne

⁷⁵ Friedrichs (Red.), *Aufgabe Zukunft. Qualität des Lebens, Band 4 : Umwelt*, Frankfurt/Main 1972. La première citation est du chercheur suisse K. W. Kapp (*ibid.* p. 35), la seconde de l'Allemand P. Menke-Glückert qui rapportait les discussions qui avaient eu lieu dans le groupe de travail qu'il dirigeait (*ibid.*, p. 178 et s.).

⁷⁶ Les limites à la croissance. Rapport du Club de Rome sur la situation de l'humanité, 1972

touche le domaine de l'entreprise. Le débat scientifique n'a pas été le seul à être concerné.⁷⁷ Sur cette période, plus de 30 accords d'entreprise qui avaient pour objet une production respectueuse de l'environnement ont été conclus dans l'industrie chimique⁷⁸. En 1992, leur nombre était passé à plus de 50 ; en 1999, une évaluation a dénombré un total de 63 accords d'entreprise individuels et collectifs⁷⁹. Les répercussions de la catastrophe de Seveso et la pollution du Rhin ont pu être des éléments déclencheurs importants.

2. Intégration dans la BetrVG

La réforme de la BetrVG en 2001 a essayé, pour la première fois, d'établir une passerelle entre protection de l'environnement et représentation traditionnelle des intérêts des salariés. Les prescriptions intégrées dans la loi ont été nombreuses mais ont ensuite joué un rôle plutôt effacé.

Depuis 2001, le comité d'entreprise a pour mission de promouvoir la protection de l'environnement dans l'entreprise ; en parallèle, il a également le droit d'obtenir toutes les informations nécessaires à cet effet de la part de l'employeur. La « politique environnementale » est également un thème de discussion admis au sein de l'assemblée générale du personnel. Le comité économique (élu par le comité d'entreprise) doit être informé « en temps utile et de manière exhaustive » par l'employeur. Si besoin, la protection environnementale au sein de l'entreprise doit aussi être un sujet lors de la réorganisation des postes et des procédures de travail.

Rien n'indique clairement que l'on ait fait un usage notable de tous ces « droits au discours » dans l'histoire récente. De même, nous n'avons eu connaissance d'aucune décision de justice qui aurait traité de l'existence et de l'interprétation d'un accord d'entreprise volontaire relatif à la protection de l'environnement. Si de tels accords étaient si nombreux, il semble assez invraisemblable qu'en plus de vingt ans, aucun litige ne soit apparu. Nous voyons de manière

⁷⁷ Voir le recueil (en grande partie tombé dans l'oubli) de Schwammborn/Tannen (Hrsg.), *Auf dem Weg in die Welt, in der wir leben möchten. Umwelt- und Technologiepolitik, gesellschaftliche Kontrolle und Recht*, Köln 1989. À noter le chapitre intitulé « Gesellschaftliche Technologiegestaltung durch Arbeitnehmermitbestimmung » avec des contributions d'Helga Schwitzer, de Manfred H. Bobke, d'Herbert Kubicek, de Gerhard Wohland et d'Ulrich Mückenberger (p. 225 et s.)

⁷⁸ Roth AiB 1991, 175

⁷⁹ Leittretter, *Betrieblicher Umweltschutz. Analyse und Handlungsempfehlungen*, Düsseldorf 1999, p. 15 et s.

évidente que les raisons à l'absence de revendication de droits résident dans le fait que le discours est très largement unilatéral : l'intégralité du pouvoir de décision revient toujours à l'employeur ; le comité d'entreprise peut uniquement argumenter et interpeler, mais en aucun cas pousser au compromis. Cela a aussi un effet décourageant pour les membres du comité d'entreprise qui souhaitent prendre la protection de l'environnement au sérieux dans leur propre pratique. Pourquoi s'engager si les bonnes propositions peuvent être glissées sous le tapis ?

Le comité d'entreprise est libre d'utiliser ses droits de cogestion en lien avec d'autres objets à des fins de politique environnementale. Les améliorations qu'il peut obtenir de cette manière ont toutefois une portée très restreinte. Les meilleures opportunités sont offertes par l'article 87 § 1 al. 7 de la BetrVG : de nombreuses normes environnementales protègent à la fois la vie et la santé des travailleurs ; la protection de l'environnement ainsi que la santé et la sécurité au travail sont comparables car elles se rejoignent en grande partie. C'est dans la législation en matière d'incident industriel majeur que cet élément apparaît le plus clairement. Dans la mesure où le règlement allemand sur les incidents majeurs (*Störfall-VO*) laisse certaines latitudes, la cogestion peut en profiter pour s'en saisir. L'article 10 § 3 prévoit, par exemple, la mise en place de plans d'urgence internes qui doivent être adaptés aux conditions d'exploitation de chaque entreprise. Les salariés travaillant dans le secteur opérationnel concerné doivent être préalablement consultés, tel que l'ordonne expressément l'article 10 § 3. Cela serait inutile s'il n'y avait aucune marge de manœuvre dans les textes sur ce point. Le développement de la « conscience des risques » chez les travailleurs joue un rôle plus qu'utile en complément du droit de cogestion du comité d'entreprise sur la santé et la sécurité au travail au titre de l'art. 87 § 1 al. 7 de la BetrVG.

La cogestion concernant l'administration de dispositifs sociaux au titre de l'art. 87 § 1 al. 8 de la BetrVG peut prendre de l'importance dans la pratique, notamment en lien avec les repas à la cantine. Les plats végétariens et vegan sont admis dans les menus, les assiettes et les couverts en plastique, en tant qu'« articles jetables », sont proscrits. Le « *job ticket* » allemand est couvert par l'art. 87 § 1 al. 10 de la BetrVG, l'effort financier total étant uniquement déterminé par l'employeur. Les accords d'objectif, qui affectent le montant de la rémunération et qui sont donc couverts par l'art. 87 § 1 al. 10 ou 11 de la BetrVG, peuvent aussi avoir pour objet des objectifs écologiques.

Le « système de propositions au sein de l'entreprise » soumis à la cogestion au titre de l'art. 87 § 1 al. 12 de la BetrVG peut avoir pour objet de nombreuses mesures qui servent à protéger le climat et l'environnement : plus faible consommation des ressources, diminution des déchets, réduction des émissions par l'amélioration des systèmes de filtration, pour ne citer que quelques exemples d'application. Le principe de codécision ne se rapporte, néanmoins, qu'à la procédure, pas à l'existence ni au montant d'une éventuelle rémunération que chaque travailleur ou groupe de travail peut percevoir pour ses idées innovantes. La capacité de décision sur les actions à entreprendre revient malgré tout à l'employeur.

3. Perspectives politico-juridiques

Pourrait-on créer des droits de cogestion concernant des mesures environnementales par un accord d'entreprise ou une convention collective ? Sur le plan juridique, rien ne s'y oppose étant donné qu'au titre de la jurisprudence de la BAG, des droits de cogestion supplémentaires peuvent être créés de cette manière⁸⁰. À cet égard, il existe très peu d'exemples, ce qui est lié au fait que ce type de convention collective ne peut généralement être imposé que par une menace de grève ou une grève ; or, ce genre d'action requiert d'avoir une mentalité et un état d'esprit que la plupart des salariés n'ont pas nécessairement⁸¹. On pourrait envisager un droit légal de cogestion qui engloberait un droit d'initiative permettant de proposer des mesures plus respectueuses de l'environnement et du climat et de les imposer, si besoin, avec l'aide de l'organisme d'arbitrage.

Les droits de cogestion constituent une limitation de la liberté d'entreprise qui se justifie, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG), dans le cadre du principe de proportionnalité. Conformément à l'article 87 § 1 al. 2 de la BetrVG, la cogestion concernant le début et la fin du temps de travail quotidien peut ainsi conduire à la limitation

⁸⁰ BAG 18.8.2009 – 1 ABR 49/08, NZA 2010,112 ; BAG 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194

⁸¹Si l'on cherche sur Google le mot-clé allemand « Klimastreik » (grève pour le climat), on trouve un grand nombre de résultats. Pour le mouvement « Fridays for Future », le fait que les élèves sèchent les cours (et qu'ils agissent ainsi de manière illicite du point de vue juridique) en participant le vendredi à des manifestations pendant les heures de cours n'a visiblement pas joué de rôle majeur. Le monde du travail n'a engendré aucun cas similaire connu. Toutefois, en 2019, plus de vingt salariés du Jardin Botanique de l'Université libre de Berlin s'étaient joints à une manifestation « Fridays for Future ». Ils avaient cependant préalablement « pointé » donc légalement, ils étaient dans leur temps libre, durant lequel il est autorisé de manifester même pour des revendications politiques (https://bg-bg.facebook.com/pg/SoliGarten/posts/?ref=page_internal – consulté le 15/02/2022).

des horaires d'ouverture dans le petit commerce, ce qui a été déclaré conforme à la constitution par la BAG⁸² et la BVerfG⁸³.

L'extension de la cogestion à la protection de l'environnement au niveau de l'entreprise est plutôt moins intrusive par rapport à la configuration déterminée par la BVerfG. Il convient tout d'abord de rappeler le cadre général : comme pour le temps de travail, il ne s'agit pas d'un droit de veto mais d'une procédure qui fait du comité d'entreprise un partenaire à part entière et qui, en cas de conflit, laisse la décision à l'organisme d'arbitrage. De son côté, ce dernier dispose d'un mandat associé car, conformément à l'article 76 § 5 phrase 3 de la BetrVG, il doit prendre ses décisions à sa seule discrétion « en tenant raisonnablement compte des intérêts de l'entreprise et des salariés concernés ». Cela signifie en même temps que l'entreprise ne peut se voir infliger aucune charge inacceptable au niveau économique. À cela s'ajoute, dans le contexte présent, qu'il s'agit d'un droit de cogestion destiné à un but précis : une décision de l'employeur ne peut pas être simplement remplacée par une décision différente prononcée par l'organisme d'arbitrage, même en vertu de l'article 76 § 5 phrase 3 de la BetrVG. Au contraire, il s'agit seulement de remplacer un moyen peu efficace par un moyen plus efficace pour une meilleure protection de l'environnement et du climat. Cet objectif spécifique trouve une légitimation explicite dans l'article 20a de la GG, conformément auquel le législateur a pour mission de prendre toutes les mesures qui lui paraissent adéquates pour préserver les ressources naturelles et permettre également aux générations futures de vivre leur vie dans la liberté et la dignité⁸⁴. Le droit de cogestion peut également participer à cela.

VI. À quoi pourrait ressembler une meilleure réglementation du travail ?

1. La problématique

⁸² BAG 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, confirmé par BAG 26.10.2004 – 1 ABR 31/03 (A), NZA 2005, 538 Tz. 41

⁸³ BVerfG 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NZA 1986, 199

⁸⁴ BVerfG 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, etc., NJW 2021, 1723 et s.

Dans les sections précédentes, je me suis toujours appliqué à rappeler où se situent les points de débat actuels. Les plus grosses lacunes résident dans la « mise à l'écart » des travailleurs marginaux et dans l'absence de mécanismes permettant d'appliquer efficacement les règles du droit du travail dans la pratique. Atténuer ou supprimer ces deux problèmes requiert de très gros efforts, le deuxième point étant probablement celui qui présenterait le moins de difficultés⁸⁵. Les défis décrits par la suite, que ce soit la mondialisation, la digitalisation ou la crise climatique et environnementale, viennent s'ajouter et accentuer les problèmes mentionnés à la section II. Néanmoins, il reste un degré relativement élevé de protection, ce qui apparaît clairement lorsqu'on fait une comparaison avec la situation aux États-Unis notamment⁸⁶.

Pourrait-on imaginer un futur capable de prévenir un grand nombre des maladies dont souffre le droit du travail actuellement ? Il ne suffit pas de dresser un bel inventaire. Nous devons réfléchir aux conditions-cadres qu'il faudrait respecter sur une telle voie du progrès. À cet effet, je me concentrerai essentiellement sur le processus parlementaire car en Allemagne, les idées de réforme s'adressent généralement au législateur. Dans ce contexte, deux problèmes me semblent particulièrement importants.

2. Le choix des décideurs politiques

Le premier est le choix des décideurs politiques. Est élu(e) celui ou celle qui dispose d'une capacité à la promotion personnelle. Ce n'est pas un mauvais trait de caractère, mais cela en dit peu sur les éventuelles bonnes idées que l'individu en question a également en matière de contenu, sur sa réelle connaissance du fonctionnement de notre société, des résultats que l'on peut obtenir ou pas. Les arguments pour les émissions de débats s'apprennent auprès de bons (et onéreux) conseillers en publicité et même la capacité à couper le plus souvent possible la parole de son interlocuteur est une chose qu'un candidat apprend (ou une caractéristique dont il dispose naturellement). Si ces personnes sont élues et si elles endossent des responsabilités gouvernementales, tout dépend alors de si et par qui elles sont conseillées. Il s'agit souvent d'un problème subjectif car la réussite semble bien montrer qu'en fin de compte, le candidat concerné sait presque tout et qu'il a une bonne capacité de jugement. Pourquoi devrait-on

⁸⁵ Voir II, 3 ci-dessus.

⁸⁶ Voir le rapport de Cornell.

accepter des conseils de la part d'individus qui sont allés beaucoup moins loin que soi ? De plus, on observe alors cet effet bien connu dans l'économie : l'entourage du grand chef n'ose plus remettre en question les choses essentielles car cela pourrait mettre un coup de frein à leur propre carrière.

3. Conditions-cadres pour le législateur

Le deuxième point est, toutefois, nettement plus important. Les décideurs politiques ne sont pas totalement libres de ce qu'ils font. Ils sont liés à leur parti et à son orientation fondamentale ; sortir de ce fonctionnement est pratiquement impossible. Le risque est, au minimum, d'essuyer les critiques d'une presse « dissidente », d'avoir des collègues qui prennent plus ou moins leurs distances et à moyen terme, la réélection est mise en péril. Mais qu'en serait-il si toute une organisation échappait à tout contrôle ? Supposons qu'un parti veuille sérieusement abolir, dans la cogestion d'entreprise, le droit à la deuxième voix du président et la représentation des cadres dirigeants au conseil de surveillance afin d'établir ainsi une véritable parité entre le travail et le capital. Ou bien, préférable selon moi, qu'il conditionne certaines décisions du chef d'entreprise au fait qu'une majorité aux deux tiers ou aux trois quarts se prononce en leur faveur au conseil de surveillance. Que se passerait-il dans un cas de ce genre ?

Si la proposition venait d'un petit parti d'opposition, on n'en tiendrait tout simplement pas compte, autrement dit : elle serait enterrée. Si elle venait d'un parti gouvernemental, les choses seraient plus compliquées. On peut imaginer que dans un premier temps, les représentants de grandes entreprises s'entretiendraient avec des membres importants du parti afin de savoir si la proposition est vraiment et sérieusement à l'étude. Si tel était le cas, la première mesure serait de cesser toute forme de dons à ce parti. La presse nationale publierait de nombreux commentaires critiques, argumentant qu'une telle configuration rendrait les entreprises allemandes incapables de prendre des décisions ; elles n'auraient alors plus aucune chance au milieu de la concurrence. Soudain, l'attention se concentrerait sur tous les scandales Volkswagen réels ou supposés car la société y pratique bien ce genre de cogestion. Les grandes agences américaines d'évaluation financière déclareraient à la presse que, dans ces conditions, la bonne notation de la République fédérale d'Allemagne serait de l'histoire

ancienne lors de la prochaine évaluation⁸⁷. Sans oublier certains journalistes qui s'intéresseraient à tous les détails de la vie des principaux représentants du parti concerné : la révélation d'une thèse universitaire partiellement recopiée serait alors un sujet gratifiant, mais probablement bien moins que des indiscretions sur l'exercice de la fonction de ministre des finances ou de l'économie dans un Land. On dénicherait des « cadavres dans le placard », on en inventerait si besoin, afin de réduire l'acceptation de la personne responsable au sein de la population voire, peut-être, de la réduire à néant.

Comment réagirait le parti dans cette situation ? Face à un tel battage médiatique, il ne pourrait guère opposer de résistance. Devrions-nous mettre en péril tous nos autres projets de qualité uniquement à cause de ce sujet précis ? On promettrait de manière informelle aux porte-paroles des grandes entreprises de ne pas poursuivre ce projet de législation. Le laisser tomber officiellement serait mal pris par ses propres partisans, on préférerait donc simplement le laisser de côté.

Que se passerait-il si, contre toute attente, le parti concerné ne « capitulait » pas de la sorte ? Si les méthodes douces ne fonctionnaient pas, les dirigeants emploieraient les gros moyens. À l'époque de Willy Brandt, par exemple, certaines voix du milieu des entrepreneurs s'élevèrent en menaçant de ne plus former d'apprentis et d'autres firent référence au fait que l'on pourrait aussi bien investir à l'étranger où l'on n'aurait pas à craindre tout ce « bazar de cogestion ».

Nous ne vivons pas dans une démocratie « libérale » où seul le meilleur argumentaire compte. Nous vivons dans une société marquée par les rapports de force. La chancelière Angela Merkel a, un jour, décrit cela en utilisant la formule de démocratie « conforme au marché ». Certes, ce n'est pas la démocratie de la Loi fondamentale, loin de là, mais c'est la démocratie réelle de la République fédérale à l'heure d'aujourd'hui. Si l'on soumet des propositions en faisant comme si nous vivions dans une démocratie du dialogue d'égal à égal, cela peut être intéressant pour faire apparaître au grand jour l'opposition entre Loi fondamentale et réalité. Or si on le fait en pensant que l'on peut vraiment imposer ses propres propositions

⁸⁷ Un évènement similaire s'est produit à la mi-décembre 2002, lors d'une conférence de presse de Standard & Poor's à Berlin pendant laquelle il a été déclaré que la meilleure note d'alors pouvait « tout juste » se justifier malgré les « rigidités » existantes sur le marché du travail (Handelsblatt 13/14 2002, p. 23) ; voir également Däubler, NJW 2003, 1096 et Blaurock, ZGR 2007, 603, 610. Ce pourrait être l'un des éléments déclencheurs des réformes Hartz.

simplement en se basant sur de bons arguments, ce n'est rien de plus qu'envoyer une lettre au Père Noël. Cela ne fait que renforcer les illusions à l'égard des véritables possibilités d'action.

4. Faire confiance à ses propres forces ?

Reste toutefois la possibilité de recourir aux forces propres des organisations syndicales. Selon la vice-présidente d'IG Metall⁸⁸, elles ont besoin « d'un renouveau total concernant la cogestion (dans sa pratique) jusqu'à l'émergence d'une plus grande aptitude à gérer les conflits dans l'entreprise et d'une plus grande assertivité ». La même mobilisation que celle qui se produit lors des négociations de convention collective devrait également être possible lors de conflits autour de la cogestion. À cela doivent s'ajouter d'autres forces qui s'engageraient en faveur de la cogestion et d'une meilleure réglementation du travail : journalistes, artistes, avocats engagés en politique. Il est également possible que la direction de tel ou tel parti se souvienne des points de son programme qui mettent en évidence l'importance de la cogestion afin de la mettre sérieusement en pratique⁸⁹. Les gens intelligents devraient communiquer sur des exemples pour lesquels la cogestion a empêché quelque chose de grave ou, au contraire, pour lesquels l'absence de cogestion a été lourde de conséquences pour les personnes concernées. Les exemples concrets sont toujours plus convaincants que les données statistiques affirmant, par exemple, que les établissements cogérés seraient plus productifs que les autres. Abandonnerions-nous pour autant la cogestion si le contraire devait se révéler être vrai ? La synergie de toutes les forces qui soutiennent l'idée d'un meilleur statut pour les salariés devrait permettre de créer une situation pour l'ensemble de la société qui soit comparable à celle de l'année 1971 : pour la majorité au parlement, une réforme du droit du travail et un élargissement de la cogestion devraient être le meilleur moyen de s'assurer d'être réélue.

⁸⁸ Benner, Mit der « Initiative Mitbestimmung » für eine offensive Betriebspolitik ! in : Köhlinger (Hrsg.), Solidarisch in die Offensive, Hamburg 2022, p. 95

⁸⁹ Cf. Klebe, Betriebsverfassung 2030 : Zukunftsanforderungen und Weiterentwicklung, AuR 2020, 196 : Modelle können die Politik ermutigen.