

# Semaine sociale Lamy

[www.wk-rh.fr](http://www.wk-rh.fr)

## Notion de groupe

# LE JUGE ADMINISTRATIF LIVRE SA VERSION

Les critères tirés de l'activité exercée par chaque entreprise, de l'existence d'une permutabilité du personnel entre les diverses sociétés concernées, ainsi que les liens capitalistiques qui peuvent exister entre différentes personnes morales peuvent désormais permettre de caractériser l'existence d'un groupe devant le juge administratif.

**Stéphane Brotons**, Président de chambre à la Cour administrative d'appel de Versailles

## Sommaire

### **2 Actualités**

- Une action de groupe spécifique pour les discriminations au travail
- L'activité conventionnelle a globalement diminué en 2014

### **7 Forum**

L'approche du dialogue social en France et en Allemagne

**Élodie Caron**, Responsable des Relations sociales à la Compagnie des Transports Strasbourgeois  
et **Dr Roman Frik**, Rechtsanwalt, avocat allemand spécialisé en Droit du travail au cabinet Vogel & Partner

### **11 Jurisprudence**

- Salarié protégé : une définition pragmatique du groupe
- Stéphane Brotons**, Président de la chambre à la Cour administrative d'appel de Versailles

### **16 Indicateurs économiques**

Et si les textes eux-mêmes pouvaient placer les employeurs et les représentants du personnel dans une position consensuelle ou conflictuelle. Une question qui interpelle en pleine réforme du dialogue social en France. La comparaison des textes français et allemand apporte une perspective et un regard différent sur chacun des deux systèmes.

# L'approche du dialogue social en France et en Allemagne

**Élodie Caron**, Responsable des Relations sociales à la CTS (Compagnie des Transports Strasbourgeois)

**Dr. Roman Frik**, Rechtsanwalt, avocat allemand spécialisé en Droit du travail au cabinet Vogel & Partner

## 1 IMPLANTATION SYNDICALE

### ► Quel niveau ?

Quand il est question de dialogue, un premier constat s'impose : alors que le chef d'entreprise français a jusqu'à 4 interlocuteurs (les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués syndicaux), le chef d'entreprise allemand n'en a normalement qu'un (le conseil d'entreprise, *Betriebsrat*). Le syndicat en Allemagne de même que la négociation syndicale sont sauf exception dans quelques grandes entreprises et situations spécifiques, extérieurs à l'entreprise et se situent au niveau fédéral ou régional ou de la branche d'activité.

En France, les syndicats ont aussi leur place au niveau national et de la branche mais également au sein même de l'entreprise. Les syndicats peuvent y constituer des sections syndicales qui sont présentes dans :

- 4 % des entreprises de 10 à 49 salariés (présence avec l'accord de l'employeur uniquement) ;
- 44 % des entreprises de 49 à 200 salariés ;
- et 78 % des entreprises de plus de 200 salariés<sup>1</sup>.

De ce simple postulat de départ, le dialogue social ne peut être basé que sur des relations de force et d'équilibre différents. L'Allemagne affiche ainsi sa singularité en réduisant fortement la négociation syndicale de la sphère de l'entreprise tout en instaurant un pouvoir de codécision fort du conseil d'entreprise allemand qui néces-

site une recherche consensuelle constante. La France quant à elle place les syndicats et la négociation syndicale dans l'entreprise tout en considérant que l'avis du comité d'entreprise n'est que consultatif.

### ► Mise en place

En Allemagne, le conseil d'entreprise peut être mis en place à compter de 5 salariés à l'initiative des salariés eux-mêmes. Il est constitué de salariés élus dont l'appartenance syndicale éventuelle n'est pas nécessairement connue lors des élections et ni lors de l'exercice de leur mandat par les élus. Dans les petites et moyennes entreprises, il est rare que les candidats affichent leur appartenance à un syndicat.

En France, les syndicats disposent d'un monopole pour désigner les candidats à la représentation du personnel au premier tour des élections (DP<sup>2</sup> et CE). Ce n'est qu'en cas de carence de candidats d'un syndicat ou si au moins 50 % des salariés d'une entreprise n'ont pas voté au premier tour des élections qu'un second tour se tiendra et que les candidatures non syndiquées seront admises. Cela signifie en France que dès lors qu'au moins 50 % du personnel vote au premier tour, la représentation du personnel sera exclusivement constituée d'élus syndiqués. L'objectif recherché est d'assurer que les salariés en charge de représenter le personnel ne soient pas seuls dans l'entreprise et puissent ainsi être formés et soutenus par leur formation syndicale. ●●●

<sup>1</sup>. Source Rapport DARES nov. 2014  
<sup>2</sup>. Une modification concernant l'élection des DP est envisagée dans le projet de loi Rebsamen.

## 2 CONSEIL VS COMITÉ D'ENTREPRISE

| Article L. 2323-1 du Code du travail  | § 74 de la loi sur la constitution de l'établissement ( <i>Betriebsverfassungsgesetz</i> )<br>Principes du « <i>travail ensemble</i> »  |
|---|---|
| <p>Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.</p> <p>Il formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale.</p> <p>Il exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux.</p> | <p>(1) L'employeur et le conseil d'entreprise doivent se réunir pour une discussion au moins une fois par mois. Ils doivent négocier sur les questions controversées avec une volonté sérieuse de trouver un accord et faire des propositions pour régler les différences de points de vue.</p> <p>(2) Des actions conflictuelles du travail entre employeur et conseil d'entreprise sont irrecevables; Les conflits du travail par les parties habilitées à la négociation des conventions collectives ne sont pas touchés par cette disposition. Employeur et conseil d'entreprise doivent s'abstenir de toute action qui porterait préjudice au déroulement du travail et à la paix de l'entreprise. Ils doivent s'abstenir de toute action politique dans l'entreprise; cette disposition ne porte atteinte à la gestion d'affaires d'ordre conventionnel, social, environnemental ou économique qui concernent directement l'entreprise ou ses salariés.</p> |

Conseil et comité d'entreprise se réunissent tous deux au moins une fois par mois pour discuter des questions qui concernent l'entreprise.

### ► La consultation et la codécision avec le conseil d'entreprise

Les textes allemands mettent en avant les obligations communes « *l'employeur et le conseil d'entreprise doivent...* ». Le conseil d'entreprise a un pouvoir de « *négociation* » avec l'objectif de trouver un accord qu'il a la faculté de signer avec l'employeur. Au niveau des questions économiques (organisation, production...), le conseil d'entreprise dispose d'un large pouvoir consultatif lui permettant d'émettre des avis et des propositions qui sont laissés à la libre appréciation de l'employeur. Au niveau des décisions économiques impliquant des conséquences sociales tangibles pour les personnels, l'employeur doit essayer d'obtenir un accord avec le conseil d'entreprise. Ce n'est qu'en cas d'échec après une longue procédure de négociation qu'il peut décider seul, par exemple de la fermeture de l'établissement ou de prononcer des licenciements collectifs. Mais étant donné qu'il est en parallèle tenu de conclure un plan social avec le conseil d'entreprise, il est souvent considéré plus raisonnable de présenter un plan social généreux pour obtenir l'accord du conseil d'entreprise afin de réaliser rapidement le projet de restructuration.

Concernant certaines questions relatives au personnel (embauche, mutation) ou aux affaires sociales (les règles de comportement dans l'entreprise, l'octroi d'heures supplémentaires, l'organisation de la grille des salaires, la fixation des cadences et des primes), le conseil d'entreprise a un vrai pouvoir de codécision qui oblige l'employeur à faire des compromis. En matière de licenciement, le conseil d'entreprise dispose d'un droit d'avis. Son opposition au licenciement n'empêche pas l'employeur de prononcer le licenciement, mais l'avis défavorable du conseil d'entreprise place le salarié licencié dans une meilleure position en cas de contentieux.

En cas de désaccord, le droit allemand prévoit la constitution d'un comité d'entente (*Eimigungsstelle*). Il est composé à parité de représentants de l'employeur et des salariés. Il est présidé par une personne extérieure à l'entreprise, désignée d'un commun accord. Les enjeux de sa désignation sont importants car s'il a un rôle de médiateur et de recherche d'un consensus lors du 1<sup>er</sup> vote auquel il ne participe pas, il votera au second tour en l'absence de majorité et sa voix sera alors décisive.

### ► La consultation du comité d'entreprise et la négociation syndicale

Côté français, le comité d'entreprise n'est pas l'organe de la négociation même s'il a pour mission

de « représenter de manière permanente les intérêts des salariés ». Il est informé et consulté et « formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail... ». Il peut désigner un expert mais ne peut, sauf exception (accord de partici-

pation) conclure d'accord avec l'employeur. Cette prérogative incombe exclusivement aux délégués désignés par les syndicats représentatifs dans l'entreprise. En cas d'avis négatif par les membres du comité d'entreprise, le chef d'entreprise pourra quand même mettre en œuvre son projet.

| Article L. 2323-3 du Code du travail  | § 76 de la loi sur la constitution de l'établissement ( <i>Betriebsverfassungsgesetz</i> ) « Comité d'entente » ( <i>Einigungsstelle</i> )  |
|---|---|
| <p>Dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise émet des avis et vœux [...].<br/>L'employeur rend compte, en la motivant, de la suite donnée à ces avis et vœux.</p> | <p>(1) Pour régler les différences de points de vue entre employeur et conseil d'entreprise, conseil central ou de groupe, un comité d'entente est au besoin constitué. Par accord d'entreprise un comité d'entente permanent peut être installé.<br/>(2) Le comité d'entente est composé d'un nombre égal de membres désignés par l'employeur et le conseil d'entreprise et un membre neutre qui présidera le comité sur la désignation duquel les deux parties doivent s'entendre. Dans l'hypothèse où aucun accord n'aura pu être trouvé, il sera désigné par le tribunal du travail. Le tribunal sera également compétent en l'absence d'accord sur le nombre de membres.<br/>(3) [...] Pour arrêter les décisions, le Président doit dans un premier temps réserver sa voix; en l'absence de majorité, le président prendra part à la prise de décision après une consultation complémentaire. [...]</p> |

Une obligation surprenante pour un allemand, dans les entreprises françaises dans lesquels une section syndicale est constituée, l'employeur doit à son initiative et à échéance contrainte engager obligatoirement des négociations sur un certain nombre de sujets (salaire, conditions de travail...). La loi est venue régulièrement étendre cette obligation (égalité, pénibilité, contrat de génération) et a même instauré une pénalité financière spécifique de 1 % de la masse salariale à défaut d'ouverture des négociations dans certains domaines. En Allemagne, il n'y a pas d'obligation de négociation. Seulement en cas de besoin défini par l'employeur, le conseil d'entreprise ou – au niveau des conventions collectives – par l'organisation patronale, le syndicat ou un seul employeur, les négociations ont lieu.

#### ► Les conflits collectifs

Le conseil d'entreprise allemand est garant de la « paix dans l'entreprise » et « ne peut pas déclencher d'action conflictuelle ». En France, cette faculté appartient au syndicat mais aussi à tout salarié. En Allemagne, « Employeur et conseil d'entreprise doivent s'abstenir de toute action qui porterait préjudice au déroulement du travail et à la paix de l'entreprise » (§ 74). Une grève initiée par le conseil d'entreprise est donc interdite.

Une grève pourra être déclenchée en Allemagne au niveau d'une entreprise uniquement par un syndicat qui aura demandé la négociation d'une convention collective d'entreprise dans certaines situations. Depuis une dizaine d'années, il arrive parfois – mais très rarement – qu'un syndicat déclenche une grève quand le conseil d'entreprise n'arrive pas à conclure un plan social adéquat. La validité d'une telle grève est contestée, mais elle a été admise par les tribunaux.

### 3 LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS DANS LES ORGANES DE DIRECTION

Tant en France qu'en Allemagne, un second niveau de représentativité des salariés dans l'entreprise est instauré au niveau des organes de direction avec voix consultative en France et délibérative en Allemagne.

Là encore, l'Allemagne affiche sa singularité, les salariés allemands disposent de la moitié des sièges dans les conseils de surveillance des sociétés par actions de plus de 2 000 salariés (un tiers dans les entreprises de 500 à 2 000 salariés) avec voix prépondérante de la direction en cas de représentation à parité. La plupart des représentants des salariés doit être salarié de l'entreprise. ●●●

●●● Dans les entreprises de plus de 2 000 salariés, les syndicats ont des places garanties parmi les représentants des salariés. On arrive ainsi à une situation paradoxale vue de la France, où le syndicat est absent de l'entreprise, alors que des syndicalistes non salariés de l'entreprise sont présents dans l'un de ses organes de direction et ont accès aux informations stratégiques et financières de l'entreprise.

De plus, en Allemagne dans les sociétés par actions, un directeur de travail doit être nommé par le conseil de surveillance, donc régulièrement avec les voix des représentants des salariés. Ce directeur qui est normalement aussi le directeur des res-

sources humaines a donc besoin de la confiance des salariés – situation surprenante vue de la France où le système hiérarchique est beaucoup plus accentué et où les élus du comité d'entreprise n'ont qu'une voix consultative au conseil d'administration et à l'assemblée générale.

Vu ce pouvoir de codécision des représentants des salariés au conseil de surveillance et l'accès des salariés par ce moyen à des informations confidentielles de la direction, nombre d'entreprises cherchent à fuir ce système ; une voie étant d'installer une holding à l'étranger qui n'est pas soumise à la réglementation sur la codécision.

| Article L. 2242-1 du Code du travail  | § 2 de la loi sur la constitution de l'établissement ( <i>Betriebsverfassungsgesetz</i> )<br>Positionnement des syndicats et des organismes patronaux  |
|---|--|
| [...] l'employeur engage chaque année (avec les délégués syndicaux) une négociation sur les matières prévues par le présent chapitre. | (1) Employeur et conseil d'entreprise travaillent ensemble dans une relation de confiance dans le respect des conventions collectives applicables et en collaboration avec les syndicats et les organismes patronaux représentatifs dans l'entreprise au bien des salariés et de l'entreprise. |

## 4 LE REFLET D'UN ÉQUILIBRE GLOBAL

Le dialogue social est basé sur la coresponsabilité managériale en Allemagne. Il dissocie l'instance d'information et l'instance de négociation en France en plaçant le chef d'entreprise et les syndicats dans l'entreprise en position de négociateur chacun défendant ses intérêts.

L'Allemagne instaure un partage du pouvoir entrepreneurial qui n'a pas d'équivalent en Europe tout en y instaurant des règles internes de non conflictualité. L'entreprise est un havre de paix qu'il faut protéger. Les lois qui régissent le dialogue social sont qualifiées, et c'est révélateur de leur importance, de constitution d'établissement (*Betriebsverfassung*). La puissance syndicale repose en grande partie sur l'unité et la représentativité des organisations professionnelles.

En France, le chef d'entreprise prend place plusieurs fois dans l'année à la table des négociations. Les délégués syndicaux y ont pour mission de défendre les intérêts des salariés. Le pendant de cette mission est bien entendu déjà de préserver les acquis. Ne rien « obtenir » d'une négociation peut facilement laisser certains penser que les représentants ont échoué dans ce pourquoi ils avaient été élus. On parle d'ailleurs d'échec des négociations. Cet échec est même formalisé par un protocole qui fige l'état du dés-

accord. Le chef d'entreprise met en avant sa mission de préservation des intérêts de l'entreprise et les représentants du personnel y actent de la défense des intérêts des travailleurs. À peine un an plus tard (dans certains cas trois ans), quand bien même aucun partenaire social n'est demandeur dans l'immédiat, la discussion doit être réouverte mettant ainsi l'employeur et les syndicats, parfois bien malgré eux, de nouveau dans la négociation.

À la lecture de cette approche comparative, une question fondamentale mérite d'être posée qui est celle de la définition du nouvel équilibre global que l'on veut créer dans une entreprise confrontée au paradoxe à la fois de la globalisation et de l'individualisme. La simplification prévue par le projet de réforme du nombre d'interlocuteurs et du nombre de négociations est un des éléments du changement. De la même façon, il pourrait être également opportun de laisser aux partenaires sociaux dans l'entreprise, toute latitude pour faire un bilan de ce qui va et ne va pas et de gérer, par accord, leur calendrier des négociations en fonction des besoins propres à leur entreprise. Le changement de paradigme (l'employeur doit... Le comité est (forme passive) informé/consulté) pourrait être ainsi remplacé par la recherche de devoirs et d'objectifs communs (employeur et comité doivent...) terreau d'une coconstruction plus sereine et apaisée. ■