

Les négociations collectives d'entreprise en Allemagne

1. Le modèle traditionnel

1.1 Le niveau de négociations

Le système allemand des relations industrielles a été toujours caractérisé par des conventions collectives de branche. Les exceptions étaient peu nombreuses.

- Les conventions collectives d'entreprise ont été légalement admises, mais les partenaires sociaux n'ont que rarement utilisé cet instrument. Le cas le plus connu était la société Volkswagen qui à cause de l'influence des propriétaires publics n'était jamais membre d'une association patronale et qui, par conséquent, a conclu des conventions d'entreprise.
- Des conventions sur le niveau national n'ont jamais existées. Selon son statut, l'organisation de tête des syndicats ("Deutscher Gewerkschaftsbund" – „Union des Syndicats Allemands") n'a même pas le droit de conclure des conventions collectives; du côté des employeurs, la situation est identique. Deux fois, le gouvernement fédéral a essayé d'influencer le comportement des partenaires sociaux dans un cadre institutionnalisé – mais "l'action concertée" dans les années 1966 à 1977¹ et le "Pacte pour l'emploi et la compétitivité"² dans les années 1999 à 2003 ont échoué.

Environ 90 % des travailleurs salariés ont été protégés par une convention collective. Faute de chiffres exactes, c'est une estimation, mais partagée par beaucoup d'observateurs.

¹ „Konzertierte Aktion“.

² „Bündnis für Arbeit und Wettbewerbsfähigkeit“. Évaluation chez Schröder/Esser, Modell Deutschland: Von der Konzertierte Aktion zum Bündnis für Arbeit, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (Beilage zur Zeitschrift „Das Parlament“), Heft 37/1999 S. 3 - 12

1.2 Séparation de pouvoir entre syndicats et conseils d'établissement

Les conventions collectives portaient surtout sur les salaires et la durée du travail. Beaucoup de conditions de travail concrètes dans les établissements étaient soumises à la codétermination du conseil d'établissement ("Betriebsrat") élu par le personnel. Selon la loi sur la constitution de l'établissement ("Betriebsverfassungsgesetz") le conseil et l'employeur doivent se mettre d'accord p. ex. sur les heures supplémentaires, sur le commencement et la fin du travail, sur des moyens techniques pour surveiller les travailleurs, sur le plan de congé annuel, sur les critères selon lesquels des prestations sociales sont distribués etc.³ Syndicats et employeurs gardent cependant le droit de conclure des conventions collectives sur toutes ces matières; la loi prévoit explicitement que ces conventions priment les accords entre conseil et employeur (malgré leur effet normatif). En réalité, cette possibilité n'était guère utilisée; les partenaires sociaux ne touchaient pas les prérogatives des conseils. Il y avait des exceptions, bien sûr, surtout en matière de rémunération, mais ce sont les exceptions qui font la règle. Par conséquent, il y a une sorte de séparation de pouvoirs entre conseils et syndicats – ce qui implique que le système traditionnel contenait déjà un élément important de décentralisation.

Cet élément a été renforcé par une pratique répandue dans beaucoup de firmes grandes et moyennes. Le conseil et l'employeur ont régulièrement négocié sur des paiements supplémentaires sans avoir une compétence légale dans ce sens. La "ronde" de négociations collectives sur le niveau de la branche a été suivie par une "deuxième ronde" entre conseil et employeur qui a augmenté le revenu total des travailleurs. La raison économique était fort simple: Les conventions de branche devaient s'orienter à un niveau encore acceptable pour une entreprise relativement faible. Dans la plupart des établissements, l'employeur avait une marge de manoeuvre économique considérable qui dans d'autres pays comme l'Italie était à la base de négociations collectives d'entreprise. Le fait que le conseil n'avait pas (et n'a pas) le droit d'organiser une grève n'était pas un obstacle définitif. Dans certaines usines les prestations supplémentaires étaient une tradition que l'employeur ne pouvait pas supprimer sans risquer de conflits graves. Dans d'autres entreprises, l'employeur a voulu rendre les conditions de travail attractives pour ne pas perdre de la main-d'oeuvre spécialisée, rare à cette époque sur le marché de travail.⁴

³ Les objets de codétermination sont décrits en détail chez Däubler, *Diritto Sindacale e Cogestione nella Germania Federale*, Milano (Franco Angeli) 1981, p. 363 et seq., 394 et seq. Ils n'ont pratiquement pas changé depuis cette époque.

⁴ Détails chez Däubler, *op. cit.*, p. 144 et seq.

Le cadre juridique pour une telle pratique était plutôt ambiguë. Selon § 77 al. 3 de la loi sur la constitution de l'établissement des matières réglées par conventions collectives ne peuvent pas être l'objet d'un accord entre conseil et employeur. Il suffit même que la matière soit "régulièrement" réglée par convention collective. Un accord entre employeur et conseil sur le montant du salaire était donc frappé de nullité.⁵ En pratique, on a souvent accepté cela car personne voudrait s'adresser à un tribunal de travail pour faire examiner si la prestation a eu un fondement légal suffisant. Quelques employeurs et quelques conseils étaient plus prudents en concluant une pure "entente" sans portée normative: L'employeur a promis au conseil de payer une certaine somme à chaque travailleur. Si cela a été pratiqué plusieurs fois, on a considéré la prestation comme une partie tacite du contrat de travail.

1.3 Flexibilité inhérente du système

Si l'entreprise se trouvait en difficultés économiques l'employeur a pu réduire ces paiements, si nécessaire à zéro. Souvent il a fait une réserve dans le sens qu'il pouvait révoquer pour n'importe quelle raison les prestations fixées en commun avec le conseil d'établissement. Si une telle clause n'existait pas il pouvait au moins compenser l'augmentation annuelle du salaire par convention collective avec la prestation supplémentaire. Les partenaires sociaux ont essayé d'interdire un tel comportement mais la jurisprudence n'a pas reconnu une clause dans la convention collective que l'augmentation doit être "effective" (la soi-disante Effektivklausel).⁶ L'employeur disposait ainsi d'une certaine marge de manoeuvre pour faire face à des situations économiques défavorables – une flexibilité économique additionnelle qui serait beaucoup plus difficile à atteindre dans un système basé uniquement sur une représentation syndicale et des conventions collectives.

1.4 Exceptions

⁵ Il faut distinguer entre le montant du salaire (qui est fixé par convention collective) et la structure du salaire qui est l'objet de la codétermination. Souvent les conventions ne traitent que partiellement les problèmes de structure (salaire à la tâche? primes supplémentaires? bonus de rendement?).

⁶ BAG 14.2.1968 – 4 AZR 275/67, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel

Ce mécanisme n'était pourtant pas un phénomène universel. Dans le service public, des raisons budgétaires n'ont pas permis de pratiquer un tel système. Dans des entreprises ayant des profits très modestes les paiements supplémentaires n'existaient non plus. En plus, il y avaient des entreprises sans conseil ou avec un conseil peu actif qui ont donné uniquement le salaire et les conditions de travail fixés dans des conventions collectives. Les cas étaient rares dans lesquels les entreprises n'étaient plus capables de payer au moins ces salaires. On a probablement conclu des conventions spéciales plus basses que la convention de branche pour éviter une faillite, mais ces phénomènes n'ont pas attiré l'attention du monde scientifique.

2. L'érosion du système des conventions collectives – l'état actuel

En 2015, seulement 58 % des travailleurs ont été protégés par des conventions collectives.⁷ Les 42 % sont formellement en dehors du "système". C'est la forme la plus radicale de décentralisation.

2.1 Les chemins de se soustraire aux conventions collectives

Comment les employeurs ont pu réduire la portée personnelle des conventions collectives? C'était un procès qui a duré plus de 20 ans et qui n'est pas encore arrivé à sa fin. Les instruments juridiques étaient les suivants:

Beaucoup d'employeurs ont quitté leurs associations patronales. Le fait comme tel est sûr, mais des chiffres exactes ne sont pas disponibles. Sortir de l'association patronale est toujours possible en respectant les délais statutaires. A cause de la soi-disante liberté d'association négative, il serait même interdit de prolonger les délais à deux ans.⁸ Selon § 3 al. 3 de la loi sur les conventions collectives (Tarifvertragsgesetz), les entreprises qui quittent l'association patronale restent liées par les conventions collectives en vigueur. Mais la situation change si la convention collective est modifiée par les partenaires sociaux; même une modification plutôt marginale suffit.⁹ Dans ce cas la convention continue à exister mais elle perd son effet

⁷ Cf. http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_39027.htm

⁸ Lorenz, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden (Nomos) 2016, § 3 Rn. 46; Reitze, Der Austritt aus Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, NZA 1999, 70; Oetker in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München (Beck) 2007, § 3 Rn. 68

⁹ BAG 18.3.1992 – 4 AZR 339/91, AP Nr. 13 zu § 3 TVG; BAG 7.11.2001 – 4 AZR 703/00, BB 2002, 1048

de garantir un minimum:¹⁰ Elle peut être dérogée par n'importe quelle accord, même par une clause dans le contrat de travail. Les nouveaux-embauchés ne sont plus couverts par la convention. Avec un certain "retard", les employeurs peuvent se débarrasser de toutes les conventions collectives.

Les syndicats gardent le droit de demander une convention collective d'entreprise et d'organiser une grève si l'employeur refuse de signer un accord. Mais il est très difficile d'utiliser ce droit: Dans la grande majorité des cas, les syndicats n'ont plus la force de mobiliser les travailleurs. La convention d'entreprise reste une utopie.¹¹ Mais il y a des exceptions: Le nombre des conventions d'entreprise a augmenté au cours des dernières 20 années.¹²

Comme les associations patronales redoutent à juste titre que des entreprises les quittent elles offrent un modèle spécial: L'entreprise peut rester membre sans être lié par des conventions collectives que l'association va conclure dans l'avenir.¹³ La jurisprudence du travail a reconnu cette construction juridique sous la seule condition que ces entreprises n'ont aucune influence sur les décisions concernant des conventions collectives.¹⁴ C'est l'autonomie des associations de décider sur leur statut qui sert comme base juridique de cette jurisprudence. La transformation de la qualité de membre a le même effet sur les conventions collectives que la sortie de l'association patronale. Après un certain temps, l'employeur peut se débarrasser de toutes les conventions collectives. Si l'association est d'accord ou si le statut le prévoit, cette "réduction" de la position juridique peut se réaliser d'un jour à l'autre. Les syndicats des travailleurs doivent être informés si cela se passe au cours des négociations collectives ou d'une grève.¹⁵

Une autre occasion est la réstructuration des entreprises. Normalement elle est faite pour des raisons en dehors des relations de travail: L'organisation sera plus souple, l'entreprise obtient des avantages en matière de fiscalisation, la responsabilité civile est limitée à une société dont le patrimoine est relativement modeste. Pour atteindre ces buts, on crée de nouvelles unités juridiques: Le service extérieur qui vend des produits devient une SARL; la même chose arrive à des succursales ou au département des recherches et du développement etc. Ces

¹⁰ En allemand, on appelle cet état de choses „Nachwirkung“; cf. Däubler, op. cit., p. 198

¹¹ Sur les raisons voir infra 2.2.2

¹² Cf. http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_65079.htm

¹³ La soi-disante OT-Mitgliedschaft (OT = Ohne Tarif; qualité de membre sans conventions collectives)

¹⁴ BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 - DB 2008, 2712, 2713; BAG 22.4.2009 – 4 AZR 111/08 - NZA 2010, 102

¹⁵ BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 - DB 2008, 2712; BAG 26. 8. 2009 – 4 AZR 285/08 – NZA 2010, 231

nouvelles sociétés restent en dehors des associations patronales; un “danger” d’être confronté avec une demande sérieuse de conclure une convention d’entreprise n’existe pas.

Dans certaines branches, surtout dans l’informatique et dans la biotechnologie, de nouvelles entreprises sont fondées (“start-ups”) qui souvent n’ont ni conseil d’établissement ni travailleurs syndicalisés. Les travailleurs spécialistes dans la matière ont des salaires acceptables, sinon assez élevés. Normalement ils ne voient pas la nécessité de créer une organisation collective. Le pourcentage des jeunes est relativement haut qui trouveraient sans grandes difficultés un nouveau poste d’emploi dans l’éventualité d’une crise de leur employeur. Les syndicats s’efforcent beaucoup de changer cette situation d’abstention syndicale mais, jusqu’à ce moment, leur succès est plutôt limité.

Finalement, beaucoup d’entreprises pratiquent une externalisation de certaines fonctions (“outsourcing”). Le nettoyage des bureaux, la préparation des repas dans la cantine, mais aussi la production de certaines parts des propres produits sont confiés à des entreprises spécialisées qui offrent des prix inférieurs aux coûts de revient de l’employeur. Les travailleurs de ces firmes “tiers” viennent souvent dans l’entreprise au sens “territorial” ; typiquement ils ne sont pas protégés par une propre convention collective. Ils appartiennent à ces 42 % qui échappent au système des négociations collectives. Les juristes du travail constatent ces faits sans pouvoir présenter une alternative de principe. Dans la doctrine il y a des essais d’étendre le droit de codétermination du conseil d’établissement à tous ceux qui travaillent sur le même site,¹⁶ mais il est très incertain que la jurisprudence va suivre ces propositions. Dans le secteur maritime, on a introduit récemment une responsabilité universelle de l’armateur qui dirige le navire – l’existence des contrats avec des entreprises tiers ne joue plus aucun rôle définitif.¹⁷ Mais personne n’ose proposer de transférer cette règle à d’autres parties de l’économie. L’érosion interne continue.¹⁸ La convention collective reste toujours liée à un contrat de travail; elle n’a pas de “portée territoriale” qui comprend tous ceux qui travaillent dans le même site ou dans la même partie d’une organisation.

2.2 Les causes principales de ce développement

¹⁶ Cf. surtout Karthaus/Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417 ff.

¹⁷ Détails chez Zimmer, Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation, EuZA 2015, 297, 303. L’armateur est p. ex. obligé de payer les salaires si l’entreprise tiers ne le fait pas.

¹⁸ Voir Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt/Main (Peter Lang) 2015, p. 224 et seq.

Quelles sont les raisons pour les employeurs de “fuir” dans l’époque actuelle les conventions collectives? Il semble que certains motifs dominent.

2.2.1 Les conventions réduisent le profit et créent plus d’égalité

La convention collective restreint la liberté de l’employeur de fixer les salaires et les autres conditions de travail. Le contrat individuel ne constitue normalement pas d’obstacle car le travailleur a de grandes difficultés de refuser une proposition de l’employeur: A l’embauche, il est confronté avec un contrat standardisé dont les clauses ne peuvent pas être l’objet de négociations. Au cours de la relation de travail, le travailleur risquerait ses chances de promotion ou même son poste de travail quand il n’accepte pas les conditions qui selon l’employeur seraient “absolument nécessaires” pour l’existence ou le développement de l’entreprise. S’il y a une convention collective, la situation change et les conditions qu’elle fixe sont en dehors de toutes négociations individuelles.

En plus, la convention contient normalement des éléments d’égalité en donnant un certain niveau surtout à des travailleurs moins qualifiés auxquels le marché de travail attribuerait un revenu très bas. En plus, la récompense de rendement joue un rôle relativement modeste. Il faut donc dépenser de l’argent supplémentaire pour créer une “incitation” aux travailleurs. Tout cela peut être évité en quittant l’association patronale ou en choisissant d’autres moyens pour ne pas être liés par des conventions collectives. Après la sortie, les différences entre les “mal-payés” et les “bien-payés” grandissent normalement; les “bien-payés” dépendent beaucoup plus de l’évaluation de leur travail concret. Le coût du travail peut diminuer, mais ce n’est pas un automatisme; il se peut aussi qu’une partie du personnel gagne et une autre perde sans que la somme totale des salaires change.

Selon les statistiques, pour la moitié de ce groupe des 42 % les contrats de “s’orientent” toujours aux conventions collectives de branche; pour l’autre moitié l’influence des conventions disparaît ou n’a jamais existée.¹⁹ La notion d’”orientation” n’est pas expliquée. Il semble probable que les employeurs gardent les règles sur l’évaluation de travail qui sont difficiles à remplacer. En plus, les travailleurs tiennent souvent à garder certaines conditions spéciales; les supprimer créerait un mécontentement considérable qui pourrait influencer surtout des joueurs clé et les faire réfléchir sur un changement vers une autre entreprise. En

¹⁹ Cf. http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_39027.htm

plus, la productivité peut être réduite grâce à une motivation décroissante de beaucoup de travailleurs. Tout cela n'exclut pas que l'employeur introduise des modifications considérables surtout dans la structure du salaire.

2.2.2 La faiblesse syndicale

Les employeurs peuvent réaliser des projets décrits parce que dans la plupart des cas, les syndicats ne sont plus capables de lutter pour une convention collective d'entreprise. Le nombre des travailleurs syndiqués a beaucoup diminué dans les dernières 25 années. En 1993, 11,3 millions de travailleurs étaient inscrits aux syndicats de la grande Confédération des Syndicats Allemands (DGB); en 2015, ce ne sont que 6,1 millions.²⁰ Les raisons sont multiples et mériteraient une analyse profonde. Dans notre contexte, il suffit d'évoquer les raisons les plus importantes.

- La répartition de la main-d'oeuvre entre ouvriers et employés a complètement changé. Autrefois, la grande majorité des travailleurs salariés étaient des ouvriers; maintenant la relation entre les deux groupes est (presque) trois à un en faveur des employés.²¹ Les ouvriers étaient la base des syndicats tandis que le taux de syndicalisation était toujours très bas parmi les employés. Donc la base traditionnelle des syndicats a érodé.

- Les syndicats n'étaient pas capables de développer un programme qui aurait été attractif pour la plupart des employés. Ils avaient surtout des difficultés d'accepter l'individualisme qui s'est répandu parmi eux. Leur organisation continue de suivre le modèle d'organisation d'une entreprise traditionnelle: Il y a le "board", les directeurs, les sub-directeurs, les chefs de département etc. Le "lean management" est peu connu. Cette structure traditionnelle rend des innovations bien difficiles.

²⁰ <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen>; c'est une publication du DGB. Les chiffres comprennent aussi les retraités.

²¹ Le 30 juin 1984, les employés représentaient 47,5% de tous les salariés, alors que les ouvriers formaient encore 52,5% des salariés (le salariat, qui était formé de 20,04 Mi de travailleurs, était composé de 10,525 Mi d'ouvriers et de 9,515 Mi d'employés). En mai 1992, les employés étaient devenus pour la première fois le groupe le plus important suivant la statistique basée sur des groupes représentatifs de la population [= Microcensus] : des 30,828 Mi de travailleurs, 54,69% étaient des employés et 45,31% des ouvriers. Depuis lors, cette tendance a continué à se renforcer : en 2003, les employés représentaient 63,91% de tous les salariés alors que les ouvriers en représentaient 36,05%. Si on prend comme référence tous les actifs, les employés ont, en 2011, représenté 56,9% des actifs et les ouvriers 26,2% (il faut y ajouter environ 5,2% de fonctionnaires, 0,6% de membres de famille aidants et 11% de membres de professions indépendantes). Les employés sont donc aujourd'hui deux fois plus nombreux que les ouvriers. Source : Extraits de l'Annuaire Statistique de la République Fédérale (= Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland)

- Après la fin du système socialiste dans l'Union Soviétique et dans l'Europe de l'Est, le système économique comme le système politique sont dominés par des pensées libérales, surtout par le principe de la concurrence. Des actions de solidarité sont plutôt considérées comme une chose étrange, en dehors du "comportement normal". L'hégémonie néolibérale rend la tâche plus difficile de convaincre des travailleurs qu'il serait raisonnable de s'inscrire à un syndicat ou d'élire un conseil d'établissement.

- Dans les 20 années de 1990 à 2010, les grands syndicats du DGB ont suivi la politique d'austérité du gouvernement fédéral. Les salaires réels des travailleurs ont diminué de 2,5 % entre 2000 et 2010.²² Cette politique de faiblesse a rendu les syndicats encore moins attractifs. Quoi dire à un jeune qui hésite de s'inscrire à un syndicat p.ex. en 2003 ou 2007?

Depuis 2013, la descente du nombre des inscrits s'est arrêtée. A cause de la situation économique positive, les syndicats peuvent obtenir des avantages pour les travailleurs; les salaires réels montent de nouveau. Il y a même des conventions collectives qui réservent certains avantages aux seuls syndiqués.²³ En plus, il y a des syndicats qui s'ouvrent réellement aux problèmes de la digitalisation et aux problèmes des ingénieurs et des techniciens. Mais il serait trop tôt de parler d'une „renaissance“ syndicale.

2.2.3 Les exceptions: Des branches avec pluralisme syndical

Les syndicats du DGB n'ont jamais eu de monopôle en droit, mais ils ont perdu dans certaines branches leur monopôle de fait qui existait avant. Il faut distinguer deux développements.

Dans les années 1990, des syndicats qui se disent "chrétiens" ont gagné d'importance. Le "Syndicat Chrétien de la Métallurgie" (Christliche Gewerkschaft Metall – CGM) a été traité comme un vrai syndicat par le Tribunal Fédéral du Travail²⁴ malgré un nombre très modeste d'inscrits et malgré des conventions collectives qui étaient plus modestes que celles de l'IG Metall; dans les meilleurs des cas le syndicat chrétien a copié ce qui a été fixé avant par l'IG Metall et les employeurs. Dans quelques entreprises ils ont pourtant joué un rôle important en utilisant une règle spéciale que les tribunaux de travail avaient développée.

²² www.tagesschau.de/wirtschaft/geringverdiener100.html (accès 19.7.2011)

²³ Sur la pratique voir Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, op. cit., § 1 Rn. 1060 ff.

²⁴ BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit

Comme le pluralisme syndical était une exception rare, le législateur n'a jamais fixé de règles se référant à la situation que dans la même entreprise il y avait deux syndicats qui avaient conclu deux conventions collectives. Comme le droit allemand restreint l'effet d'une convention collective aux seuls membres de l'organisation qui conclut la convention une coexistence de deux conventions semble peu problématique. Mais la jurisprudence du Tribunal Fédéral du Travail n'a pas suivi ce chemin: Dans l'intérêt de la sécurité juridique le Tribunal a décidé que dans un établissement seulement une convention peut être appliquée. La primauté a été donnée à la convention dite "plus spéciale", plus proche des problèmes des travailleurs dans l'entreprise.²⁵ La convention d'entreprise l'a donc emporté sur la convention de branche. Le syndicat chrétien de la métallurgie a donc conclu des conventions d'entreprise plus ouvertes aux intérêts des employeurs qui ont écarté les conventions de l'IG Metall. Le cas le plus connu où cela se passait était Zeiss-Jéna, mais ce n'était pas le seul.²⁶

En 2010, la jurisprudence a changé; le Tribunal Fédéral du Travail a reconnu le pluralisme des conventions dans l'établissement et dans l'entreprise.²⁷ La concurrence "déloyale" des syndicats chrétiens était terminée.

Le deuxième développement avait une envergure beaucoup plus grande. Dans les années 2000 à 2010 des syndicats dits de "professions" ("Berufsgewerkschaften") se sont formés. C'étaient surtout cinq qui étaient capables d'organiser des grèves:

- Syndicat des pilotes aériens ("Vereinigung Cockpit" - VC)
- Syndicat des navigateurs aériens („Gewerkschaft der Flugsicherung“ - GdF)
- Syndicat des hôtesses de l'air (Unabhängige Flugbegleiter-Organisation – UFO)
- Syndicat des médecins salariés („Marburger Bund“ – MB)
- Syndicat des conducteurs de trains allemands (Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer – GDL)

Sauf une seule exception, ces syndicats existaient déjà avant 2000; le syndicat des conducteurs des trains est même parmi les premiers syndicats allemands qui se sont formés au

²⁵ BAG 29.3.1957 – 1 AZR 208/55, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 887; BAG 24.1.2001 – 4 AZR 655/99, NZA 2001, 788

²⁶ Sur cette stratégie voir Bepler, dans: Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht. Hintergründe und Anwendungsprobleme, Baden-Baden (Nomos) 2016, Rn. 98.

²⁷ BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068; sur la procédure voir BAG 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 (A), NZA 2010, 645

19^{ème} siècle. Depuis longtemps ils ont collaboré avec les syndicats du DGB qui ont fait des négociations collectives dans leur nom aussi: Les conventions conclues par le syndicat dans le DGB pour les médecins étaient valables pour les membres du syndicat dans le DGB comme pour les membres du Marburger Bund. La seule exception était le syndicat des hôtesses de l'air qui a été fondé en 1992.²⁸

Quand les syndicats du DGB ont suivi la politique d'austérité du gouvernement fédéral ces syndicats ont rompu les relations avec le DGB et ont commencé leurs propres négociations collectives s'orientant aux intérêts de leurs membres. Grâce aux obstacles juridiques, organiser des grèves était bien difficile pour eux. Au début, les tribunaux de travail ont hésité de reconnaître leur qualité de syndicat dont les critères, développés par la jurisprudence, contenaient des marges considérables d'appréciation. Comme le taux de syndicalisation dans la "profession" était très haut et comme les membres avaient une position forte dans leurs entreprises, les tribunaux ont accepté s'il s'agissait de syndicats. Le deuxième obstacle était le principe déjà mentionné que dans un établissement seulement une convention (sur le même sujet) était admissible. Mais la jurisprudence n'a pas vraiment pris au sérieux ce principe. Elle a normalement déclaré que dans la situation d'une grève on ne pouvait pas prévoir quelle sera la convention plus spéciale; il était donc impossible d'interdire la grève en disant que la convention future serait sans effet juridique et la grève par conséquent disproportionnée. Après le changement de la jurisprudence du Tribunal Fédéral en 2010, le problème n'existait plus. Les syndicats de profession ont obtenu de bons résultats dans les négociations collectives en prouvant ainsi qu'il y avait des alternatives à la politique des syndicats DGB plus favorables aux travailleurs.

Ceux-ci n'aiment pas cette concurrence qui attire en plus beaucoup de membres. Les employeurs n'aiment pas ces organisations non plus: Elles sont plus combattives. En plus, une entreprise risque d'être confronté au cours d'une année à plusieurs reprises à des revendications syndicales. La convention qu'on a conclue avec le syndicat des pilotes n'exclut pas que quelques semaines après, les hôtesses de l'air présentent leurs revendications à leur tour.

²⁸ Une évaluation avec beaucoup de détails est donnée par Schroeder/Kalass/Greef, Berufsgewerkschaften in der Offensive – Vom Wandel des deutschen Gewerkschaftsmodells, Wiesbaden (Verlag für Sozialwissenschaften) 2011

En 2010, les employeurs et les syndicats DGB ont pris une initiative commune pour restaurer le principe de la seule convention dans l'entreprise ("Tarifeinheit"): Ils ont présenté un projet de loi qui donne la priorité à la convention qui a été conclue par le syndicat avec le nombre d'inscrits plus élevé dans l'établissement. Cela exclut les syndicats chrétiens comme les syndicats de profession des négociations collectives. Pour les "chrétiens" cela s'explique facilement, mais aussi les syndicats de profession n'ont pratiquement plus de chance: Il est très improbable que le syndicat des médecins a plus de membres dans un hôpital que le syndicat du DGB qui regroupe les infirmiers et les infirmières et le personnel qui s'occupe de l'administration.

Ce projet de loi a été sévèrement critiqué dans les media et parmi les juristes de travail.²⁹ Beaucoup de juges ont défendu l'arrêt de 2010; dans le ministère du travail il y avait des fonctionnaires qui n'acceptaient pas cette nouvelle forme de corporativisme. Il y a une coalition (d'ailleurs très rare) entre la gauche et les forces libérales qui tous les deux ont lutté contre ce plan. Sous le gouvernement chrétien-démocrate et libéral ils ont eu du succès; le législateur n'a pas réagi à l'initiative des partenaires sociaux. En 2013, le gouvernement a changé. Dans la soi-disant grande coalition entre chrétien-démocrates et sociaux-démocrates les amis du projet étaient majoritaires. Les employeurs ont eu des entretiens très intenses avec les chrétien-démocrates, les syndicats du DGB avec le parti social-démocrate. En juillet 2015, une loi a été votée qui a réalisé le plan des partenaires sociaux. Les syndicats affectés mais aussi le grand syndicat des services au sein du DGB ont fait un recours devant la Cour Constitutionnelle; celle-ci envisage de rendre un jugement avant la fin de l'année 2016.

Si la loi était confirmée par la Cour Constitutionnelle (ce que est peu probable selon une opinion répandue) sa réalisation porterait un nouvel élément de décentralisation: Si dans différentes entreprises il y a de différents syndicats majoritaires, la convention de branche perdrait de valeur; on a comparé le futur paysage des conventions avec un "tapis de pièces". Si cela va arriver ou non, dépend de la Cour Constitutionnelle et du taux de syndicalisation: Si le taux chez les syndicats DGB continue à baisser et si les syndicats de profession gardent leurs positions fortes (presque tous des membres de la professions sont membre du syndicat) il se peut que dans beaucoup d'établissement les syndicats de professions aient une majorité des inscrits.

²⁹ Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht, op. cit.; autres références chez BVerfG 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15 u.a. NZA 2015, 1271 Tz. 14.

Néanmoins, il ne faut pas surestimer le conflit: Les syndicats professionnels existent uniquement dans certains secteurs (trafic aérien, chemin de fer, hôpitaux) qui appartenait autrefois au service public. Ce qui se passe dans ce secteur ne peut pas être transmis à d'autres parts de l'économie, surtout à celles qui appartenaient toujours au secteur privé. Les essais de former un syndicat des pompiers dans les entreprises (surtout dans le secteur de la chimie) ont échoué; les grands syndicats ont conclu des conventions spéciales très favorables pour ce groupe de travailleurs.

3. Les conventions collectives en cas de crise

Dans les secteurs de l'économie où les conventions collectives subsistent il y a eu différentes formes de faire face à des difficultés économiques des entreprises liées par une convention collective de branche.

3.1 Au début: Décentralisation "sauvage"

Dans les années de crise entre 1993 et 1999 (quand les conventions étaient encore plus répandues qu'aujourd'hui) des "pactes pour l'emploi" au niveau de l'entreprise étaient à l'ordre de jour. Comme les syndicats ont souvent refusé de renoncer à des droits fixés dans des conventions collectives de branche, les employeurs ont préféré de s'adresser aux conseils d'établissement. Comme les conseils et les personnels qu'ils représentent dépendent directement de la situation économique de l'entreprise,³⁰ ils sont normalement plus ouverts à faire des sacrifices, à renoncer à certains droits pour stabiliser la situation de l'entreprise et pour sauver ainsi les postes de travail.

Dans la pratique, de nombreux pactes pour l'emploi ("Bündnisse für Arbeit") ont été conclus entre employeurs et conseils. Leur contenu était souvent assez semblable: Réduction de la rémunération avec réduction de la durée du travail ou même sans réduction de la durée du travail, augmentation des heures sans augmentation du salaire. En contrepartie, l'employeur a normalement renoncé à des licenciements économiques pour une période de deux ans ou plus.³¹

³⁰ Cf. le mot de Sinzheimer: Le conseil est un „parlement des existences dépendantes“ (=Der Betriebsrat ist ein Parlament abhängiger Existenzen)

³¹ Brecht/Höland/Reim, Die Zukunft betrieblicher Bündnisse für Arbeit, AuR 2002, 127, 131

Comme le salaire et la durée du travail étaient fixés par conventions collectives, ces règles étaient en contradiction avec la loi et donc frappées de nullité. Un travailleur individuel aurait pu invoquer cela devant le tribunal de travail et demander son salaire complet fixé par la convention collective. Mais de tels cas n'arrivaient pratiquement pas car il est difficile pour un travailleur de se défendre contre une coalition entre l'employeur et le conseil d'établissement. Le seul problème était si le syndicat pouvait s'adresser au tribunal pour faire annuler cette entrave dans la convention dont il a été partenaire. Sur ce point les opinions étaient divisées dans la doctrine.

En 1999, le Tribunal Fédéral du Travail prenait une décision disant que le syndicat peut demander de l'employeur individuel l'omission de conclure un „pacte pour l'emploi” si la même matière a été réglée par convention collective.³² La liberté d'association qui comprend l'autonomie collective serait violée si l'employeur établissait un “ordre concurrent” dans l'entreprise – soit en collaboration avec le conseil d'établissement soit de son propre gré en modifiant les contrats de travail. Un tel pacte pour l'emploi serait valable seulement si la convention contenait une soi-disante clause d'ouverture ou si le syndicat voudrait déclarer exprès d'être d'accord avec le pacte. Cela pourrait être déclaré avant ou après sa conclusion. Si ces exceptions ne s'appliquaient pas, le syndicat pouvait faire annuler le pacte et faire obliger l'employeur de ne plus le conclure dans l'avenir.

3.2 Décentralisation légale

La décision du Tribunal Fédéral a eu des répercussions considérables. Le gouvernement et les partis politiques ont discuté sur une nouvelle loi qui aurait permis un pacte entre le conseil et l'employeur qui déroge à la convention collective de branche en défaveur des travailleurs. La condition devrait être qu'une majorité de deux tiers du personnel donne son accord dans un référendum.³³ Mais le législateur n'a pas intervenu. Une grande partie des juristes de travail a jugé qu'une telle législation serait contraire à la Constitution: Le moyen le plus important des syndicats qui est garanti implicitement par la Constitution aurait perdu une bonne partie de son importance. Il y avait donc un risque considérable qu'une telle loi serait déclarée d'être inconstitutionnelle par la Cour Constitutionnelle de Karlsruhe. D'autre part, les syndicats étaient prêts de négocier avec les employeurs individuels sur des conventions d'entreprise pour

³² BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, DB 1999,1555; cf. aussi BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, DB 1999, 1660

³³ Sur les projets de réforme et sur leur dimension constitutionnelle voir Drohsel, Vereinbarkeit gesetzlicher Öffnungsklauseln mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, Berlin (Duncker & Humblot) 2010

sauvegarder les postes de travail. Ainsi, une législation est devenue moins urgente, sinon superflue.

Au cours des années suivantes les syndicats ont conclu de nombreuses conventions d'entreprise qui contenaient des règles comparables aux pactes pour l'emploi:

- Moins d'argent pour le même travail, donc: pure réduction du salaire et abaissement du coût du travail
- Le même argent pour un travail plus long, ce qui revient aussi à un abaissement du coût du travail
- Moins de travail pour moins d'argent. C'était un modèle pratiqué surtout quand les conditions du chômage partiel ("Kurzarbeit") n'étaient pas remplies ou si sa durée maximum était épuisée.

Comme dans les pactes pour l'emploi, l'employeur renonce normalement à des licenciements économiques pour une certaine période.

Ces conventions sont conclues soit par l'employeur individuel soit par l'association patronale qui agit au nom de l'employeur. Cette possibilité est souvent utilisée car l'employeur n'a pas la même expérience dans des négociations comparé aux spécialistes de l'association patronale. Celle-ci a un intérêt de se montrer utile à ses membres.

Les conventions contiennent normalement des soi-disantes clauses d'ouverture. Pour des raisons juridiques elles ne seraient pas nécessaires dans tous les cas: Les partenaires sociaux peuvent toujours modifier la convention collective de branche et établir un régime spécial en dehors de la convention pour une certaine entreprise. Mais il se peut que sur un coté le partenaire change: C'est l'employeur individuel qui (de temps en temps) veut négocier lui-même et qui ne pourrait pas modifier la convention de branche sans clause d'ouverture. La même chose peut arriver sur le coté travailleurs, si ce n'est plus le syndicat qui veut négocier mais le conseil d'établissement. Pour ces éventualités une clause dans la convention de branche est nécessaire et fort utile.

Sur le niveau de la branche, le syndicat peut avoir la force de fixer des conditions sous lesquelles des négociations sur une réduction des salaires peuvent être commencées. Les conditions seront normalement d'ordre économique. S'il y a des vues différentes sur la situation de l'entreprise, les conventions prévoient souvent l'intervention des experts qui sont nommés par les deux cotés et qui analysent si la situation de l'entreprise requiert définitivement un abaissement des salaires pour surmonter la crise.³⁴ Dans des cas particuliers, le syndicat a réussi d'installer un groupe permanent composé d'experts et de syndicalistes qui accompagne toutes les mesures prises par la direction et qui a un droit de veto dans certaines situations.³⁵ L'idée derrière toutes ces règles est de faire des concessions uniquement dans les cas où elles sont vraiment indispensables.

La convention de branche ne règle pas uniquement la procédure d'arriver à un "pacte pour l'emploi" modernisé. Elle établit aussi des limites: Dans quelle mesure les salaires de la convention de branche peuvent être réduites? Est-ce qu'on doit d'abord essayer d'introduire du chômage partiel ce qui mène à des allocations d'environ 60 % pour les heures que l'individu affecté n'a pas pu travailler? Quelle est la durée maximum pour ses règles exceptionnelles? Est-ce des licenciements économiques sont exclus dans n'importe quelle éventualité? Ou est-ce qu'ils sont admis quand la situation économique s'aggrave d'une façon inattendue?

4. La situation actuelle

La décentralisation des négociations est arrivée à un point où il n'y a plus de revendications d'aller plus loin. Ni sur le plan politique ni sur le plan scientifique la "décentralisation" est un sujet important aujourd'hui. La situation économique est relativement favorable, des crises sur le niveau de l'entreprises sont plutôt l'exception. De 2008 à 2010 les entreprises ont souffert sous la crise bancaire; c'était surtout le moyen du chômage partiel qui a été utilisé pour sauver les postes de travail.³⁶ Après la crise, les entreprises ont pu recommencer avec leurs personnels expérimentés – un avantage considérable dans la concurrence mondiale. Ce qui est resté des conventions de branche n'était pas mis en question.

³⁴ Exemples chez Däubler, *Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung*, Frankfurt/Main, HSI-Schriftenreihe Band 16, Frankfurt/Main (Bund-Verlag) 2016, p. 20 et seq.

³⁵ De telles concessions du côté des employeurs n'ont été jamais atteint par grève; c'était uniquement l'intérêt de l'employeur d'obtenir une réduction des salaires.

³⁶ Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, op. cit., § 1 Rn. 639 et seq.

