

Wolfgang DÄUBLER

Professeur

Université de Brême

LES CONFLITS COLLECTIFS*

Contrairement à la Constitution française, la Loi Fondamentale allemande ne connaît aucune garantie explicite du droit de grève. L'article 9 alinéa 3 phrase 1 de la loi fondamentale¹, garantit simplement "le droit de créer des associations pour la sauvegarde et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques". A s'en tenir à ces termes, le droit collectif du travail n'aurait aucun ancrage en droit constitutionnel ; seule la formation de syndicat et de groupement d'employeurs serait garantie. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht ci-après BVerfG) n'a en fait jamais donné une interprétation aussi étroite de la disposition constitutionnelle : elle affirmait dès les années 1950 que l'article 9 alinéa 3 phrase 1 avait également pour objet de protéger l'existence et l'activité des organisations professionnelles de salariés et d'employeurs (Koalition) en tant que telles². Alors que la conclusion de conventions collectives (Tarifvertrag) était une forme d'activité³ reconnue depuis toujours, il a fallu attendre 1991 pour que le BVerfG se prononce nettement sur les conflits collectifs du travail. La Cour rappela en premier lieu le principe selon lequel l'article 9 alinéa 3 protégeait la conclusion de conventions collectives ("Abschluss von Tarifverträgen") en tant que modalité d'action des coalitions. Mais elle souligna ensuite qu'étaient également garanties les "mesures de conflits collectifs prises en vue de la conclusion de conventions collectives"⁴. C'est ce qui permet de garantir l'efficacité du pouvoir normatif autonome. Sachant que l'article 9 alinéa 3 phrase 3 GG exclut même dans les états de nécessité

** Texte traduit et adapté par Martin Sisiak, Pierre Emmanuel Fender, étudiants en magistère de juriste d'affaire franco-allemand, Strasbourg et Stéphane Michel, chargé d'enseignement à l'Université Robert Schuman de Strasbourg.

¹ Grundgesetz, abrégée en GG.

² BVerfGE 4, 96, 102 ff.

³ BVerfGE 4, 96, 106; 18, 18, 27.

⁴ BVerfGE 84, 212, 224 f.

L'utilisation de certains moyens contre des conflits du travail.

Cette formulation détermine pour l'essentiel le cadre de notre sujet. Il ne sera pas seulement question du droit de grève, mais de la grève et du lock-out, car les mesures de conflit collectif du travail acceptées par le BVerfG appartiennent à toute association et donc également à celles qui défendent les intérêts des employeurs. Par ailleurs, les solutions proposées aux salariés qui ne peuvent plus poursuivre leur travail, en raison d'une grève ou d'un lock-out dans une autre entreprise, jouent également un rôle important.

Les conflits collectifs du travail en République Fédérale sont rares. Les journées de travail perdues chaque année pour fait de grèves et de lock-out s'élèvent en moyenne dans les années 1990 à environ 200 000, ce qui, pour un ensemble de près de 30 millions de salariés, est de faible importance¹. Pour un seul salarié, et en se rapportant à une journée de huit heures, cela signifie que chacun fait grève environ 3,2 minutes par an². Bien sûr, cela ne signifie pas que les conflits collectifs soient sans importance pratique ; ils jouent un rôle important à l'arrière-plan, pour les négociations collectives. De plus, il faut observer que les statistiques ne recensent que les interruptions de travail excédant une journée. A plus forte raison, il nous manque les informations sur les formes dissimulées de conflit. La véritable dimension de la lutte sociale ne peut être par conséquent pleinement établie. Néanmoins, une série d'indices démontre que le militantisme a clairement décliné depuis 1974.

I. LES CONDITIONS DE RÉGULARITÉ DE LA GRÈVE

1. Le fondement juridique

Initialement, le Tribunal Fédéral du Travail (Bundesarbeitsgericht abrégé en BAG) n'a pas déterminé le contenu et les limites du droit de grève à partir des dispositions constitutionnelles mais plutôt à partir de certains principes généraux. C'est ce qu'exprime le premier arrêt fondamental rendu le 28 Janvier 1955 par le Tribunal Fédéral du Travail³.

¹ Indications fournies par Statistisches Jahrbuch 1997, 127; 1996, 127. Pour d'autres indications, voir Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl., 1998, Rn 554.

² Si 30 millions de salariés faisaient grève un jour, cela engendrerait un déficit de 30 millions de journées de travail. 200 000 jours de travail représentent un cent cinquantième ; en comptant sur la base d'une journée de travail de 8 heures, cela se chiffre à 3,2 minutes.

³ BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

"Les conflits collectifs (grève et lock-out)... sont autorisés dans certaines limites, ils font partie de l'ordre social libéral de la République Fédérale Allemande. Les interruptions de l'activité de l'entreprise en raison d'un tel conflit du travail sont socialement légitimes d'une part parce que les employeurs et les salariés concernés doivent s'attendre à de telles méthodes de lutte et à de telles perturbations déclenchées et dirigées par les partenaires sociaux, et d'autre part parce que l'ordre juridique libéral reconnaît ces conflits du travail comme ultime recours".

La deuxième décision de principe du Tribunal Fédéral du Travail de 1971 ne fut sur ce point pas plus précise¹. Elle mentionnait simplement des dispositions qui fondent l'existence du conflit collectif, sans pour autant le réglementer. Elle citait à titre d'exemple l'art. 9 alinéa 3 phrase 3 GG, l'art. 6 numéro 4 de la Charte Sociale Européenne et quelques autres dispositions. Ce n'est que par la décision du 10 juin 1980² que le Tribunal a franchi un pas supplémentaire. Il y est énoncé en effet :

"Aujourd'hui le droit de grève est unanimement reconnu comme une composante indispensable du système libéral de lutte et d'équilibre, il est garanti en substance par l'art. 9 alinéa 3 GG".

Ce cadre très général, qui n'est pas remis en cause par la nouvelle jurisprudence du BVerfG, a permis au BAG de développer pendant plus de quarante années un ensemble de règles juridiques s'appliquant au conflit collectif du travail. En pratique, c'est-à-dire pour les syndicats et les employeurs, ces règles produisent l'effet d'une loi.

2. Conditions de licéité de la grève.

Selon la conception du BAG, la grève est licite si elle répond aux conditions suivantes :

1 - Le but poursuivi par la grève doit pouvoir être réglementé par une convention collective³. Ce qui ne peut faire l'objet d'une convention collective, par exemple les décisions de l'employeur portant sur les investissements ou la fixation des prix, ne peut pas a fortiori être une cause de grève. Les sujets autres que ceux pouvant être réglementés par une convention collective sont écartés d'office.

¹ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

² BAG DB 1980, 1266.

³ BAG AP Nr. 1. 43. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. également en dernier lieu BAG NZA 1993, 40.

2 - L'interruption de travail ne doit pas enfreindre l'obligation de paix sociale imposée par la convention collective (Friedenspflicht). Ceci signifie que pendant la durée d'application de la convention collective, tout mouvement de grève est exclu, du moins s'il se rapporte aux objets conventionnellement réglementés.

3 - D'après le BAG, la grève doit être soutenue par un syndicat¹ ou du moins être reprise par lui ultérieurement². La cessation du travail étant une "arme dangereuse", elle ne peut par conséquent être confiée qu'à une instance qui l'utilise de façon responsable³. Il faut également que l'entreprise concernée par une grève entre dans le champ d'intervention du syndicat⁴ déterminé par ses statuts. Et la décision de faire grève doit pouvoir être connue de l'employeur⁵.

4 - La grève ne peut avoir pour objet de contraindre l'Etat ou toute autorité souveraine à exercer une prérogative relevant de sa compétence selon le BAG⁶. La grève dite politique (par exemple une cessation collective du travail visant à empêcher une diminution des prestations sociales ou une atteinte au régime de protection contre le licenciement) est interdite.

5 - La grève ne doit pas enfreindre le principe de proportionnalité⁷. Elle ne doit pas manifestement porter atteinte à l'intérêt public et doit être employée comme ultime moyen. En fait, d'après la jurisprudence récente⁸, il revient à chaque partie de décider si cette situation est atteinte, si les libres négociations ne lui paraissent plus envisageables.

6 - La grève ne doit pas porter atteinte à la règle du respect de la loyauté (dans les conflits collectifs) ; en particulier, elle ne doit pas viser à anéantir la partie adverse mais au contraire à établir la paix du travail qui a été troublée⁹. En particulier, on considère que les piquets de grève sur un site de production ou l'occupation des locaux sont des procédés déloyaux.

- Pendant la cessation du travail, les travaux d'entretien (Erhaltungsarbeit) indispensables doivent être assurés afin d'éviter la destruction ou la détérioration des installations de

BAG AP Nr. 32, 41, 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

BAG AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

BAG NZA 1984, 34.

BAG DB 1996, 578.

BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, confirmé par BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG.

BAG DB 1988, 1952 ff.; BAG DB 1991, 2295.

BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, confirmé par BAG DB 1993, 1725.

production¹. Les tâches d'urgences (Notstandsarbeit) sont également à assurer, lorsque leur défaut risque d'affecter gravement les tiers. Ce serait, par exemple, le cas si dans un hôpital, les victimes accidentées n'étaient plus prises en charge. Contrairement à beaucoup de pays où les grèves sont plus nombreuses, cette limite ne fait pas l'objet de controverse, son respect va de soi.

8 - La grève ne doit pas non plus pour d'autres raisons manquer aux convenances² ou aux bonnes mœurs. Ceci, a par exemple été accepté par le règlement de service des aiguilleurs du ciel³.

9 - La grève ne doit pas enfreindre une interdiction spéciale. Ainsi les comités d'entreprise, en tant qu'institutions de l'entreprise, ne peuvent-ils prendre de mesure de conflits du travail en vertu du §74 alinéa 2 de la loi "portant constitution sociale" de l'entreprise (Betriebsverfassungsgesetz ci-après BetrVG)⁴ ; de même, d'après une opinion doctrinale majoritaire les fonctionnaires ne disposent d'aucun droit de grève⁵.

10 - La grève ne peut pas être utilisée pour poursuivre un but qui peut être atteint par la voie judiciaire. Ainsi un arrêt de travail collectif ne peut pas par exemple être une riposte à un licenciement illégitime⁶.

Les différences les plus importantes par rapport au droit français sont évidentes. Le droit de faire grève appartient en fait seulement aux syndicats. Et si la doctrine l'envisage comme un droit individuel⁷, son exercice est subordonné à l'approbation syndicale. En outre les syndicats ne peuvent faire grève que pour une nouvelle convention collective, les grèves de protestation ne sont pas autorisées de même que les grèves de solidarité⁸. Pour ces dernières une seule exception est faite lorsque l'employeur ne s'est pour sa part pas comporté de façon neutre mais s'est par exemple "solidarisé" avec les entreprises touchées par un conflit collectif ou lorsqu'il appartient à un groupe qui est impliqué dans le conflit collectif principal.

¹ Voir également LAG Baden-Württemberg DB 1980, 933 et BAG Aur 1983, 251.

² BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 R. Également BGH NJW 1978, 817.

³ BGH NJW 1978, 816.

⁴ Le § 74 alinéa 3 BetrVG laisse cependant intacte la liberté de manœuvre du membre unique du conseil d'entreprise.

⁵ BVerfGE 44, 249, 264. Pour l'interdiction de la grève voir aussi BVerfG ZBR 1978, 101; BGH ZBR 1978, 103 ; dans un sens contraire Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., 1998, n° 1777.

⁶ BAG DB 1978, 1403.

⁷ Seiter, Streikrecht und Aussperrensrecht, Tübingen 1975, 46 ff., 227 ff.

⁸ BAG DB 1985, 1695.

Pour ces deux raisons, le monopole syndical de la grève et la limitation de son emploi aux objectifs conventionnels, la République Fédérale a été invitée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à modifier son droit des conflits collectifs. Reste à voir si elle n'y tiendra effectivement compte¹. Il faut souligner que non seulement le droit de la grève ne s'applique pas aux matières qui relèvent exclusivement du régime de la cogestion (Mitbestimmung), mais que de surcroît une bonne part des conditions de travail, ainsi que le licenciement, sont hors de sa portée.

Conséquences juridiques de la grève.

La grève licite suspend les obligations principales du contrat de travail, en particulier, celle relative au paiement du salaire. Les membres des syndicats perçoivent de leur organisation une allocation de "soutien de grève" qui représente entre 70 et 100% de la rémunération nette. Cette allocation n'est pas un droit mais correspond à une vieille tradition et est considérée comme une mesure d'accompagnement normale pour toute grève excédant une semaine.

La grève illicite laisse les obligations des deux parties subsister, mais l'employeur conserve évidemment le droit de refuser le paiement du salaire correspondant aux prestations de travail non accomplies. Il a de plus le droit de résilier le contrat de travail sans délai. A l'origine la jurisprudence lui donnait même le pouvoir de choisir arbitrairement un gréviste et de le licencier². Cette jurisprudence a cependant fait l'objet d'un revirement, car pour justifier le licenciement les intérêts des deux parties sont à prendre en compte. Doit en l'occurrence être prise en considération l'attitude de l'employeur à l'égard des autres salariés ayant cessé le travail de la même manière³. S'il a accepté des autres salariés la cessation du travail sans sanction, il ne peut pas prétendre que le maintien du travailleur licencié dans l'entreprise soit inacceptable. Par ailleurs, les salariés ayant participé à une grève illimitée supportent leur responsabilité et sont redevables de dommages et intérêts. Il en est de même pour les syndicats lorsqu'ils ont soutenu ou organisé une grève illicite ; dans des cas particuliers ceci a une grande signification pratique. Toutefois, l'employeur va en premier lieu essayer de faire interdire la grève par des ordonnances provisoires (einstweilige Verfügung). Les

¹ Pour plus de détail Däubler AuR 1998, Heft 4.
² BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
³ BAG BB 1979, p. 1147.

tribunaux sont en vérité assez hésitants sur la question et exigent qu'il y ait une illégalité manifeste ou un danger pour l'existence de l'entreprise¹.

II. LE LOCK-OUT ET LES AUTRES RÉACTIONS DE L'EMPLOYEUR

1. Le lock-out

a. Le principe

L'employeur isolé ou l'organisation patronale a le droit de répondre à une grève par un lock-out qui peut toucher de la même manière grévistes et non grévistes, syndiqués et non syndiqués. Ceci résulte, d'après le BAG, de l'évolution historique² et en particulier du fait que "sinon il ne serait pas garanti que... l'on parvienne à la conclusion de convention collective par la négociation, et au besoin, par l'exercice de pression et de contre-pression"³. Aucun des partenaires ne devrait pouvoir dicter à l'autre la conclusion de la négociation de la convention collective. La raison fondamentale de la licéité du lock-out est par conséquent la parité, c'est à dire l'égalité des possibilités aménagées de par et d'autre de négocier et de faire triompher son propre point de vue.

b. Les conditions détaillées de licéité

Dans un premier temps le BAG admettait le lock-out sans limitation quant à son étendue⁴ et n'exigeait pas par conséquent de correspondance formelle entre la grève et le lock-out. Par la suite il a retenu la notion de parité des contenus. Ce tribunal s'est basé pour les conflits collectifs sur une convention de branche (Verbandstarif) ou de secteur (Flächentarif) valant pour une région donnée au sein d'une branche d'industrie donnée (Tarifgebiet). C'est encore la forme prédominante de convention collective. Aujourd'hui les principes suivants sont en vigueur :

1 - Les salariés et les syndicats ont intérêt à ce que soit limité autant que possible le cadre du conflit. Le salaire est une nécessité vitale pour les salariés. Consentir à le perdre ne pourrait être

¹ Pour une vision d'ensemble Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 640 ff.

² BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 9.

³ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7/8.

⁴ BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

supporté qu'un temps très bref. Son sacrifice serait très rarement demandé. Fondamentalement le lock-out serait en soi superflu.

2 - Le principe d'égalité des chances pour faire aboutir son point de vue (parité) implique toutefois que les employeurs puissent, à l'occasion d'une grève partielle, ordonner un lock-out¹. Si seulement un petit nombre de salariés couverts par une convention collective donnée est en grève, ceci pourrait représenter une atteinte considérable à la solidarité des employeurs : pour ne pas perdre leurs contrats au profit des entreprises concurrentes qui continuent de travailler, les entreprises en grève concluraient aussitôt avec le syndicat une paix séparée. Il en arriverait de même avec le groupe suivant d'employeurs impliqué dans le conflit social. Dans une telle hypothèse, le lock-out serait indispensable.

3 - Les distorsions de la concurrence seraient d'autant plus grandes que le cadre d'une grève partielle serait étroit. C'est pourquoi, en application du principe de proportionnalité, le BAG a établi des limites quantitatives : si moins d'un quart des salariés couverts par une convention collective donnée étaient sommés de cesser le travail, alors du côté employeurs, le conflit devrait pouvoir être étendu, afin de parer le coup porté à leur solidarité. En l'occurrence, le lock-out de 25 % des salariés employés dans le secteur ne paraît pas inapproprié. Cependant une atteinte à la parité du conflit ne serait probablement plus à craindre, si près de la moitié des salariés couverts par une convention collective donnée étaient déjà appelés à la grève, ou visés par une décision de lock-out ; cette question n'est toujours pas résolue².

- Le lock-out dit "sélectif", qui vise exclusivement les salariés syndiqués, est une discrimination pour appartenance syndicale, prohibée par l'article 9 alinéa 3 phrase 2 GG ; il est une mesure illégale dirigée contre les syndicats³.

- Si la grève est organisée contre un seul employeur, dans l'objectif de conclure un accord avec l'entreprise (Firmentarifvertrag) alors celui-ci a le droit de "lock-outer"⁴. A cette occasion toutefois, il faudrait respecter le principe de proportionnalité, ce qui signifie que la durée du lock-out ne pourrait pas être considérablement plus longue que celle de la grève. Deux jours de lock-out comme riposte à une grève d'une demi-heure ont été ainsi considérés comme illicites⁵. Le BVerfG n'a relevé aucun manquement à la Constitution dans la jurisprudence du BAG sur le

¹ Depuis BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

² BAG DB 1980, 1274.

³ BAG DB 1980, 1355.

⁴ BAG NZA 1993, 39.

⁵ BAG NZA 1993, 39, 41.

lock-out. Cependant et simultanément, elle a également fait comprendre qu'une autre application de l'article 9 alinéa 3 GG par la jurisprudence serait tout à fait possible¹. En 1988, le BAG a remis en cause² la question de savoir s'il fallait continuer à s'en tenir à un examen de la proportionnalité quantitative des conflits collectifs, sans que soit indiqué à quoi une autre conception pourrait ressembler.

La jurisprudence du BAG sur les lock-out a suscité de vives critiques doctrinales³. Les auteurs font notamment valoir que plusieurs facteurs, comme le droit des employeurs de transférer la production dans d'autres pays, ne sont pas pris en compte. En outre, aucune perte de commande ne menace l'entreprise immobilisée par la grève, parce que les groupements d'employeurs veillent au comportement solidaire des entreprises concurrentes.

c. Les conséquences juridiques

Le lock-out licite suspend la relation de travail des salariés concernés, dans la mesure où ils ne sont pas déjà en grève. Si le lock-out est illicite, les droits des salariés tirés du contrat de travail restent maintenus. D'après le § 615 du BGB, ils peuvent exiger la rémunération normale pour le temps de travail chômé.

d. Le lock-out agressif

La question de savoir si le lock-out peut également être employé de manière offensive n'est pas résolue de manière certaine. Un lock-out offensif a été accepté dans les premières décisions de principe du BAG⁴. Cependant il ne s'y est plus jamais référé. Cela s'explique par le fait que, même un taux d'inflation relativement minime diminue chaque année le coût des conditions de travail conventionnelles, de telle sorte que, en règle générale, les employeurs n'ont aucune raison d'avoir d'autres prétentions. Si le taux d'inflation tombe autour de zéro ou s'il se produit une déflation, alors la question des lock-out agressifs pourrait être remise à l'ordre du jour.

¹ BVerfGE 84, 212.

² BAG DB 1988, 2104.

³ Résumé par Däubler, Arbeitsrecht 1, n° 611 ff.

⁴ BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

2. Les autres ripostes

D'après la jurisprudence la plus récente de la Cour Fédérale du Travail, l'employeur, la victime d'une grève, dispose d'un droit de fermer temporairement son entreprise afin de suspendre également les contrats de travail des salariés non grévistes¹. En le faisant elle évite des différends possibles avec ces derniers, au cas où la poursuite de leurs prestations de travail serait éventuellement possible². Cette nouvelle attitude de l'employeur en présence d'un conflit collectif ne rompt pas l'équilibre qui existe entre les moyens d'action collectifs dont disposent les syndicats et l'employeur, car la grève, qui est toujours en Allemagne la traduction d'un mot d'ordre syndical, affecte généralement la totalité de l'entreprise³.

L'employeur est de son côté libre de décider de la poursuite de l'activité. A cet effet il peut encourager les salariés non grévistes à augmenter leurs rendements ou le cas échéant, et la jurisprudence semble le confirmer⁴, il peut embaucher pour la durée du conflit des briseurs de grève. Cette conception fait craindre, que compte tenu du chômage qui ne cesse d'augmenter, l'employeur pourrait au moins pour les tâches ne nécessitant pas de qualification spécifique surmonter facilement les grèves. Mais d'après le principe fondamental de la parité qui a été dégagé par la jurisprudence, l'employeur dispose seulement de moyens d'action collective qui lui permettent d'effectuer une contre-pression, et il ne saurait jamais se retrouver dans une situation qui lui permettrait de rendre impossible tout conflit collectif.

La Cour Fédérale du Travail ne s'est pas encore prononcée de manière définitive sur la possibilité pour l'employeur d'inciter les salariés à continuer à travailler en leur accordant des "primes antigrève". La Cour penche plutôt pour une réponse affirmative⁵, tout en faisant valoir la même objection que précédemment. En pratique cette question ne joue qu'un rôle mineur, car dans la plupart des cas il existe des règles qui interdisent de créer un tel désavantage au détriment des salariés grévistes⁶.

¹ BAG DB 1995, 100 s'éloignant de BAG DB 1994, 632. La nouvelle jurisprudence a été confirmée par BAG DB 1995, 1817 ; BAG DB 1997, 578.

² En réalité les salariés qui désirent poursuivre le travail ont droit à leur salaire, à moins que leur emploi soit impossible ou déraisonnable pour l'employeur.

³ Expressément souligné par BAG DB 1995, 1817 ; BAG DB 1997, 578.

⁴ BAG DB 1995, 101. En l'occurrence le droit du conseil d'entreprise de refuser l'assentiment est suspendu en vertu de l'art. 99 BertVG ; LAG Frankfurt/main DB 1991, 707 ; LAG Köln DB 1993, 838.

⁵ BAG DB 1994, 148. Contre la licéité d'un tel moyen de conflit du travail Staudinger-Richardi, Vorbemerkung zu §§ 611, n° 1279; Wolter, in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., 1987, Rn 280wv ; à ce propos cependant Belling NZA 1990, 217 ff. ; von Hoyningen-Huene DB 1989, 1466.

⁶ Si la prime est payée, dans ce cas il faut aussi qu'elle soit versée aux grévistes : BAG AP Nr.88 zu Art. 9 GG Arbeitskampf ; BAG DB 1994, 148

III. LA SITUATION DES ENTREPRISES TIERCES TOUCHÉES PAR UN CONFLIT DU TRAVAIL

1. La position initiale de la jurisprudence

Lorsque des entreprises subissent un mouvement de grève, et que certaines sont entraînées dans un conflit collectif par des mesures de lock-out, il arrive fréquemment que pour d'autres entreprises la poursuite de l'activité devienne également impossible. Ainsi la réception des livraisons des entreprises touchées par un conflit collectif ne peut plus être effectuée et inversement la production ne peut plus être vendue aux principaux clients. Dans les 10 à 20 dernières années, les relations de travail entre entreprises sont devenues de plus en plus étroites ce qui a eu pour conséquence de multiplier de telles situations. Dans une telle hypothèse, le problème se pose de savoir si l'employeur est dans l'obligation de payer la rémunération correspondant à la période non travaillée. Comme beaucoup d'autres, cette question a également été résolue par la jurisprudence. Dans deux décisions de principe du 22 décembre 1980¹ la Cour Fédérale du Travail a posé les principes suivants :

- En principe c'est l'employeur qui supporte le risque de l'activité de l'entreprise. Si parce que des matières premières ou de l'énergie ne sont pas livrées, la poursuite de l'activité devient impossible, l'employeur est néanmoins obligé, en vertu de l'article 615 du Code Civil Allemand, de payer les salaires. Il en est de même si la poursuite de l'activité devient économiquement absurde, car les produits ne sont plus livrés et les capacités de stockage propres épuisées (appelé le risque économique). Même dans ce cas là, l'employeur est obligé de rémunérer ses salariés.

- Il n'est fait exception à ce principe qu'en présence d'un "risque provenant d'un conflit collectif du travail". Pour savoir quelle est l'intensité de ce risque permettant de justifier une telle exception, il faut se référer au principe fondamental de la parité : si les conséquences d'une grève ou d'un lock-out licite permettent d'influencer le pouvoir de négociation d'une des parties au conflit collectif, l'employeur concerné peut alors refuser de payer les salaires². Il n'a pas encore été décidé définitivement dans quelle situation un tel cas existe, mais il est clair, que les conséquences de la grève ou du lock-out sur le conflit collectif doivent être d'une certaine importance³. On donne souvent en exemple les dépendances économiques au sein d'un groupe de sociétés ou celles qui peuvent naître au sein d'un même groupement

¹ BAG DB 1981, p.321, p.327 et suiv.

² BAG DB 1981, 321, confirmé par BAG DB 1997, 578.

³ BAG DB 1981, 324.

d'employeurs.

- Si on prend en considération la façon dont la Cour Fédérale du Travail interprète le principe de la parité, on peut exclure avec certitude les cas de "risque provenant d'un conflit collectif du travail" dans lesquels l'influence sur les parties au conflit collectif n'entre pas en ligne de compte. Le paiement des salaires ne peut pas être refusé en présence d'une grève qui a lieu à l'étranger et qui a pour effet d'empêcher temporairement la continuation de la production dans une entreprise du pays¹. Il en est de même si la grève a lieu dans une entreprise qui n'appartient pas à un groupement d'employeurs. Dans de tels cas le paiement des salaires doit être poursuivi jusqu'au moment où l'administration, à la demande de l'employeur, autorise le régime de chômage partiel, c'est à dire que l'allocation de chômage partiel va se substituer au salaire². En pratique, si dans plusieurs entreprises d'une même branche la poursuite de l'activité devient impossible, c'est en général la totalité du champ d'application de la convention collective qui est prise en compte. Cela signifie par exemple, que si la grève est menée dans la métallurgie pour obtenir une nouvelle convention collective dans l'État de la Bavière, un employeur de l'industrie métallurgique dans l'État de la Rhénanie du Nord - Westphalie est libéré de son obligation de payer les salaires, car le "risque provenant d'un conflit collectif du travail" repose dans ce cas sur les salariés.

Dans cette situation se pose la question de savoir si les salariés concernés dans l'État de la Rhénanie du Nord - Westphalie sont en droit d'obtenir au moins l'allocation de chômage partiel. Jusqu'en 1986 la jurisprudence répondait à cette question par l'affirmative, à moins que les salariés dans l'État de la Rhénanie du Nord - Westphalie revendiquent exactement les mêmes droits que les salariés en Bavière. Mais on a toujours cherché à éviter une telle situation. L'allocation de chômage partiel était refusée uniquement si dans le champ d'application de la convention collective il y avait des entreprises isolées qui ne pouvaient pas poursuivre leur activité. Dans de tels cas les syndicats versaient des allocations de grève non seulement aux salariés grévistes ou aux salariés victimes d'un lock-out, mais également aux salariés ayant perdu leur salaire du fait que leur entreprise ne pouvait plus poursuivre son activité.

¹ Également Hanau Adomeit, Arbeitsrecht, 11. Aufl., 1994, H III 4 b ; Unterhinnighofen AuR 1996, 22 mwN (Fn 8).

² Celui-ci représente 60% du traitement pour le temps de travail chômé (pour les personnes ayant au moins un enfant à charge : 67%).

2. La nouvelle législation de 1986

Malgré une forte opposition parlementaire et syndicale, le législateur a décidé de modifier par la loi du 25 mai 1986¹ l'article 116 du AFG qui régissait cette situation. D'après la nouvelle législation le droit de percevoir l'allocation de chômage partiel disparaît, si dans un autre domaine d'une même branche (et non pas dans d'autres branches) il existe des revendications qui ressemblent à la revendication principale du conflit collectif, même si elles ne sont pas exactement les mêmes. La condition est que les droits acquis à l'issue du conflit collectif soient très probablement repris, au moins dans leurs éléments essentiels, dans d'autres conventions collectives (ce qui correspond à la pratique).

Après cette modification législative les syndicats se sont retrouvés dans une position difficile. Si une grève ou un lock-out ont des conséquences sur le champ d'application d'une convention collective, les salariés concernés n'ont ni un droit au paiement de leurs salaires, ni un droit au versement des allocations de chômage partiel. Le syndicat, en raison de l'insuffisance de ses ressources financières, se trouve également dans l'impossibilité de verser à des salariés une allocation de grève. En tout état de cause il faut prendre également en considération la tradition allemande selon laquelle les salariés qui participent à un mouvement de grève ont droit au moins à une allocation de grève. Les difficultés matérielles mises à part, les salariés concernés seraient très déçus par l'attitude des syndicats qui leur refuseraient toute forme de soutien. En outre, les salariés concernés pourraient se plaindre du fait que leur champ conventionnel (Bezirk) ne soit pas le point de départ du conflit, car dans un tel cas, l'allocation de grève leur serait accordée.

Il a fallu attendre pratiquement 10 ans pour que la Cour Constitutionnelle Fédérale tranche le recours constitutionnel formé contre cette loi par le syndicat allemand IG Metall. Ce recours faisait valoir que cette législation rend excessivement difficile l'exercice du droit de grève, qui a été fondé par la Cour sur l'article 9 alinéa 3 de la Loi Fondamentale allemande. C'est au début de l'année 1995 que la Cour Constitutionnelle Fédérale a rejeté le recours². Selon la Haute Juridiction, la nouvelle loi a certes rendu l'application du droit de grève plus difficile, mais les conflits collectifs qui ont eu lieu depuis son entrée en vigueur ont montré que le pouvoir normatif conventionnel a malgré tout fonctionné. Cela pourrait néanmoins changer en présence d'une grève qui concernerait uniquement des entreprises liées par des participations réciproques avec d'autres entreprises appartenant à la même branche ; en présence d'un tel cas

¹ BGBl I p. 740. Depuis 1.1.1997 : §146 SGB III.

² BVerfGE 93, 1464.

la Cour invite le législateur et la jurisprudence à prendre des mesures nécessaires pour sauvegarder l'exercice du pouvoir normatif conventionnel.

En plus de 10 ans, le nouvel article 116 AFG a été appliqué une seule fois (et lors d'un conflit de faible importance). Dans tous les autres cas, les employeurs se sont efforcés d'éviter un conflit majeur en donnant leur accord à une solution de compromis. L'impossibilité de connaître l'issue d'un conflit majeur a probablement pesé pour que les employeurs adoptent une telle attitude. On peut légitimement penser que ce sont non seulement les syndicats qui éprouveraient dans un tel cas de sérieuses difficultés, mais qu'également, du fait de grèves massives, des formes de coopération inter-entreprises pourraient s'exposer à un danger. La question de savoir si l'attitude des employeurs va changer à l'avenir reste en suspens.

IV. LE DROIT DE RETRAIT

Si l'employeur ne remplit pas ses obligations à l'égard du salarié, s'il tarde par exemple à payer le salaire¹, s'il n'assure pas des conditions de travail décentes², ou s'il ne respecte pas les dispositions protectrices du droit du travail³, le salarié est en droit d'après l'article 273 alinéa 1 et l'article 320 alinéa 1 du Code Civil Allemand de refuser d'exécuter sa prestation de travail. D'après une appréciation exacte de la Cour Fédérale du Travail ce droit demeure intact même si plusieurs salariés et "de manière consciente et concertée" en font usage en même temps⁴. Ils doivent néanmoins respecter une seule condition, celle d'informer l'employeur qu'ils ne sont pas en grève, mais qu'ils font usage de leur droit de retrait⁵. Le droit de retrait ne peut pas remplacer ce droit qui fait défaut dans le système juridique allemand qui consisterait à refuser d'exécuter sa prestation de travail sans être encadré par un syndicat, car l'usage du droit de retrait est limité à la défense des droits acquis. Etant donné toutefois la forte présence d'une réglementation juridique dans les relations de travail l'importance pratique de ce droit est considérable. De plus, au cas où le salarié refuserait d'exécuter sa prestation de travail

¹ Voir BAG DB 1996 p. 2337.

² Zöllner RdA 1973 p. 215.

³ Bab AP n° 58 zu Art. 9. GG. Arbeitskampf.

⁴ Bat n° 32 zu art. 9. GG. Arbeitskampf. Egalement Brox in. Brox-Rüthers, Arbeitskampf / recht, 2. Aufl. Stuttgart 1982 n° 599 et suiv. Moll RdA 1976 p. 100 et 1. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht p. 360. Zöllner-Loritz "Lehrbuch des Arbeitsrechts, 5. Aufl. München 1998 § 40 III. Pour un résumé : Inge Böttcher, gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrecht, 1986.

⁵ BAG préc. bl. 7.R. Pour le même sens BAG AP n° 58 zu art. 9 GG Arbeitskampf. En sens contraire a approuver : Löwisch (Hrsg). Arbeitskampf / und Schlichtungsrecht, 2. Aufl. 1997 § 170.2. n° 300. Seiter préc. p. 433.

en application du droit de retrait il garde l'avantage de ne pas perdre sa rémunération, car il incombe à l'employeur de faire en sorte que des conditions de travail correctes soient mises en place.

La jurisprudence admet l'exercice du droit de retrait dans les cas cités précédemment, mais elle ne l'admet pas en cas de violation des obligations de l'employeur qui résultent de la loi "portant constitution sociale de l'entreprise". Les règles sur la constitution sociale de l'entreprise n'ont pas d'effet direct sur la relation du travail¹. Il en résulte que si l'employeur outrepassé, par exemple, le droit de cogestion du Conseil d'Entreprise qui résulte de la loi précitée, cela ne suffit pas, en tant que tel, à justifier l'exercice du droit de retrait.

V. LES AUTRES FORMES D'ACTION COLLECTIVE

La grève et le lock-out sont les formes les plus importantes et également les plus visibles des conflits collectifs du travail. Mais, il existe d'autres formes d'action qui échappent à une systématisation plus poussée, car elles ont des significations différentes en fonction des rapports concrets qui existent dans l'entreprise. L'expression du mécontentement et de l'insatisfaction des salariés est souvent "cachée" derrière des droits formels qui rendent plus ou moins applicables les moyens de riposte habituels de l'employeur. On va mentionner expressément les moyens d'action collective les plus importants.

1. Le refus des heures supplémentaires

Selon les principes généraux, l'obligation du salarié de fournir une prestation de travail s'étend seulement à la durée du travail définie dans le contrat de travail. La réalisation d'heures supplémentaires dépend en principe de la libre décision du salarié, et c'est seulement dans des cas d'urgence que cette règle connaît une exception². Le salarié respecte l'ordre juridique s'il refuse d'effectuer des heures supplémentaires qui lui sont proposées par son employeur. L'ordre juridique ne se demande pas si le salarié refuse pour des raisons personnelles ou parce qu'il exige que les conditions de travail soient améliorées. Mais en règle générale un salarié pris individuellement n'est presque jamais posé devant un tel problème, car

¹ BAG AP N° 58 zu Art. 9. GG. Arbeitskampf / B1.4.MWN.

² A comparer. Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, 8. Aufl. 1996 § 45 VI 5.

dans la plupart des cas, cela va être le Conseil d'Entreprise qui va refuser de donner son approbation aux heures supplémentaires en vertu de l'article 87 alinéa 1 numéro 2 de la loi "portant constitution sociale de l'entreprise". L'employeur face à une telle situation ne peut qu'exiger la réunion de la commission de conciliation. Mais cette procédure peut prendre des semaines, voire même des mois. Le refus du Conseil d'Entreprise d'approuver les heures supplémentaires a donc en fait la valeur d'un rejet définitif.

2. La grève du zèle

Une des formes d'action collective, qui n'est pas sans importance, consiste à suivre correctement toutes les directives de l'employeur. D'après l'opinion dominante, les participants à une telle opération se placent clairement en dehors de toute légalité¹. En tant que forme d'action collective cachée, le "go slow" devrait être illégal, même si une grève en bonne et due forme ne le serait pas². Mais pour être exact, il faudrait distinguer deux formes de grève du zèle³.

La première consiste à mal comprendre sciemment les directives de l'employeur, en s'accrochant à leur sens littéral, sans retenir leur véritable sens, qui est pourtant compréhensible pour tout le monde. Tel était le cas dans une espèce où l'employeur avait décidé que les contrôles inopinés devaient être effectués "de manière suffisante" et que le salarié compétent les a effectués dans 50% des cas. Dans ce cas là on est plutôt en présence d'une action proche de la grève au sens strict que de la grève du zèle.

La grève du zèle peut consister également dans le fait que toute une série de directives de l'employeur seront exécutées correctement c'est à dire conformément à leur sens. Dans un tel cas on n'est en présence ni d'un abus ni d'une mauvaise interprétation. Les salariés participant à cette forme d'action désirent seulement ne pas s'affranchir de certaines normes⁴ dans l'intérêt d'une bonne marche d'entreprise. En présence d'un tel cas on ne peut pas parler de mauvaise exécution, ou de résistance passive. En 1978 une action collective des aiguilleurs du ciel répondant à ces critères a été certes déclarée illégale, mais la seule participation à cette

¹ Voir BGH-NJW 1977 p. 1875 et NJW 1/78 p. 816 ; BverWG NJW 1978 p.178 ; Inensee JZ 1971 p.73 et 1. En sens contraire, RAMM, Koalitions- und Streikrecht des Beamten, Stuttgart 1970 p.126. D'autres justifications Daubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. Tübingen 1971 p.258 note N°1.

² Déjà en ce sens. RGZ 111, 105, 122. Voir les réflexions de Zöllner, FS Böttichen, Rulin 1969 p.438.

³ A rapprocher Daubler, der Streik im Öffentlichen Dienst, p. 259 / 260.

⁴ Par exemple : les conducteurs de bus respectent normalement toutes les limitations de vitesses, y compris celle des 20 km/h en présence de passage à niveaux etc...

dernière ne pouvait pas être sanctionnée.

3. Lock-out

Le fait que de nombreux salariés se déclarent être en congé maladie, sans que cela soit dû à une épidémie de la grippe ou à une autre contamination ne constitue pas une modalité d'exercice des droits collectifs, mais un abus. Cette situation correspond à un refus d'exécuter la prestation de travail qui doit être traitée de la même manière qu'une grève. Bien sûr, un employeur qui veut suspendre le paiement des salaires correspondant à cette période, peut se heurter à de sérieux problèmes de preuve si le salarié est en mesure de fournir un certificat médical attestant de son incapacité temporaire de travailler. La jurisprudence admet que les salariés se rendent pendant leur temps de travail chez un médecin s'ils souffrent de troubles corporels considérables¹.

4. La visite du conseil d'entreprise

D'après l'article 39 alinéa 3 de la loi "portant constitution sociale de l'entreprise" chaque salarié a le droit de se rendre pendant son temps de travail et sans diminution consécutive de son salaire au sein du conseil de l'entreprise pour y discuter des problèmes d'entreprise. Plusieurs personnes peuvent bénéficier de ce droit au même moment. C'est pourquoi le Tribunal du Travail de Hambourg² a déclaré conforme à la loi le fait que 8 salariés se soient rendus au sein du conseil d'entreprise pour y discuter pendant une heure et demie des problèmes rencontrés sur leur lieu du travail, alors que pendant ce temps là, la chaîne de production dont ils devaient s'occuper s'était arrêtée. L'employeur n'est en droit de refuser le paiement des salaires que si le tribunal constate un abus. Mais en formulant intelligemment la "demande de visite", on peut facilement et considérablement perturber la production.

5. Les réunions du personnel de l'entreprise

D'après la loi, le conseil d'entreprise doit organiser chaque année et pendant le temps de travail quatre réunions du personnel de l'entreprise. Ces réunions peuvent durer auss

¹ BAG AP N° 37 zu § 616 BGB (Code civil allemand) BAG DB 1990 p. 2072.

² AiB 1982 p. 158.

longtemps que l'ordre du jour n'est pas épuisé, même si dans une "situation normale" elles excèdent rarement deux heures.

Le conseil d'entreprise peut rallonger considérablement la durée de ces réunions en invitant par exemple des conférenciers sur un thème en rapport avec la vie de l'entreprise. Ces conférenciers peuvent même être des hommes politiques si on ne se trouve pas dans une période électorale¹. La jurisprudence accepte en principe, qu'une discussion intensive puisse, sans peine, avoir pour conséquence de faire durer une réunion du personnel de l'entreprise, une journée, voire plus². Mais même dans ce cas là il faut faire attention au fait qu'un abus trop évident donnerait la possibilité à l'employeur de refuser le paiement des salaires.

Les formes cachées d'action collective sont dans une certaine mesure une réponse à la reconnaissance réduite de la possibilité de faire grève. Mais leur mise en œuvre nécessite une très grande intelligence et créativité. C'est pourquoi, elles n'entrent en ligne de compte que si les salariés ont l'impression d'être traités sans scrupules, d'une manière déloyale. Elles constituent néanmoins un élément important du droit allemand des conflits collectifs.

¹ BAG AP n° 1 zu / 42 BetrVG 1972.

² ArbG Stuttgart et LAG Baden-Württemberg AiB 1986 p. 67.