

REPORT

No 17 · Rapport sur la cogestion

TEST DÉCISIF AUPRÈS DE LA CJUE : LA COGESTION EN SORTIRA-T-ELLE AFFAIBLIE OU RENFORCÉE ?

La CJUE vérifie la conformité de la cogestion allemande avec le droit européen.

Renvoi auprès de la Cour de justice de l'Union européenne : atteinte au modèle social européen ?

En lien avec la décision de renvoi du 16.10.2015 du Tribunal régional supérieur de Berlin sur la question du caractère illégal de la cogestion des travailleurs par rapport au droit européen.

PRINCIPAUX POINTS :

- La CJUE doit décider, sur la base d'une question posée par un tribunal allemand, si les lois existantes sur la participation des travailleurs aux organes des entreprises, ou leur application, est compatible avec le droit européen.
- Selon son issue, la décision que prendra la CJUE risque d'entraîner des distorsions considérables des systèmes nationaux de relations industrielles dans l'ensemble des Etats membres. En conséquence, la procédure est d'une importance capitale, au-delà de l'Allemagne.
- Les gouvernements des Etats membres de l'UE peuvent participer à la procédure devant la CJUE en présentant leur propre position.
- Les fédérations syndicales nationales devraient vérifier s'il est judicieux, du fait des considérations mentionnées, d'intervenir auprès de leurs gouvernements nationaux respectifs, pour les inciter à remettre leur propre position.

- 1 Principaux points
- 2 Teneur de la procédure
- 2 Motivation de la procédure
- 3 Question posée à la CJUE par la juridiction inférieure
- 3 Les arguments des opposants à la cogestion
- 3 Les raisons pour lesquelles la cogestion est compatible avec le droit européen
- 4 La participation des travailleurs dans le droit européen
- 4 Décision possible de la CJUE
- 4 Conséquences possibles pour les travailleurs en Allemagne et en Europe
- 5 Le rôle des gouvernements nationaux et des syndicats
- 6 Pièces-jointes
Article Prof. Dr. Rüdiger Krause, La portée du droit de l'Union par rapport à la cogestion dans l'entreprise
- Tribunal régional de Berlin – Ordonnance judiciaire du 1er juin 2015
- Liens

I. TENEUR DE LA PROCÉDURE

Par sa décision du 16.10.2015, le Tribunal régional supérieur de Berlin a posé à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans le cadre d'une procédure préjudicielle, la question de savoir si la loi sur la cogestion porte atteinte au droit européen.¹ Concrètement, il s'agit du fait que des travailleurs employés dans d'autres pays de l'UE ne disposent ni du droit de vote, ni du droit d'éligibilité lors des élections au Conseil de surveillance. A la différence des travailleurs employés en Allemagne, ils ne peuvent ni voter, ni se porter candidat pour un mandat au sein du Conseil de surveillance. Dans le cas de TUI AG, l'affaire sur laquelle est basée la procédure, il s'agit par exemple d'env. 10 000 travailleurs employés en Allemagne et d'env. 40 000 travailleurs employés dans d'autres pays de l'UE. Le Tribunal régional supérieur de Berlin² (qui correspond au même niveau d'instance que les tribunaux régionaux supérieurs dans d'autres Länder allemands) considère qu'il est « possible » qu'il y ait ici une atteinte à l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, prévue dans le droit européen (art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) et à la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE). Cette question est controversée également dans les publications juridiques. L'opinion prévalant dans la jurisprudence et la doctrine³ se prononce pourtant contre un caractère contraire au droit européen. La décision de renvoi a été prononcée dans le cadre d'une procédure en constatation d'état pour vérifier la composition du Conseil de surveillance (art. 98 de la loi allemande sur les sociétés anonymes (AktG)). En première instance, le Tribunal régional de Berlin avait encore rejeté, de manière concluante, un caractère contraire au droit européen (102 O 65/14 AktG).⁴ La décision de la CJUE est attendue en début d'année 2017. D'ici là, il n'y a pas de conséquences sur la cogestion au sein du Conseil de surveillance.

1 Procédure en instance auprès de la CJUE sous le n° de référence C-566/15 (Erzberger).

2 NDLT - Correspond approximativement à une Cour d'appel en France

3 Cf. à ce sujet notamment Krause, AG 2012, p. 485 (cf. annexe).

4 Tribunal régional de Berlin du 01.06.2015 – 102 O 65/14 AktG, cf. annexe.

II. MOTIVATION DE LA PROCÉDURE

La procédure a lieu parallèlement à une série de litiges concernant différentes entreprises (la bourse allemande Deutsche Börse, la chaîne allemande de magasins de bricolage Hornbach, l'entreprise allemande de distribution de matériel agricole et de construction BayWa). Les demanderesse, qui sont le plus souvent identiques (actionnaires, en particulier un professeur en droit du travail proche du patronat et un actionnaire individuel), visent, à notre sens sur la base d'une motivation politique, à obtenir l'inapplicabilité de la loi sur la cogestion en raison du caractère supposé contraire au droit européen. Elles demandent à ce que seuls des représentants des porteurs de part soient nommés au Conseil de surveillance.

Dans la présente procédure, on peut également supposer que ce n'est pas l'entreprise concrète qui intéresse la demanderesse. Pour elle, il s'agit plutôt d'affaiblir la participation des travailleurs en Allemagne et en Europe. Il s'agit de remettre en question la légitimation démocratique des représentations nationales des travailleurs en Europe. De cette manière, c'est l'ensemble du système des relations industrielles nationales qui se retrouve au banc d'essai de la CJUE. Jusqu'à présent, les tribunaux allemands – le Tribunal régional de Landau⁵, le Tribunal régional supérieur de Deux-Ponts⁶, le Tribunal régional de Francfort-sur-le-Main⁷, le Tribunal régional de Berlin⁸ et le Tribunal régional de Munich I⁹ – n'ont pourtant pas donné suite aux demandes déposées par les personnes indiquées, et ont considéré que les lois sur la cogestion étaient conformes au droit européen. Il en va aujourd'hui différemment avec le

5 Tribunal régional de Landau (Palatinat) du 18.09.2013 – HKO 27/13 = ZIP 2013, p. 2107.

6 Tribunal régional supérieur de Deux-Ponts du 20.02.2014 – 3 W 150/13 = ZIP 2014, p. 1224.

7 Tribunal régional de Francfort-sur-le-Main du 16.02.2015 – 3-16 O 1/14 = ZIP 2015, p. 634. Le Tribunal régional de Francfort (affaire : bourse allemande Deutsche Börse) ne voit aucun caractère contraire au droit européen, et l'interprète comme conforme au droit européen. A ce sujet : Krause, ZIP 2015, 634 et suiv.

8 Tribunal régional de Berlin du 01.06.2015 – 102 O 65/14 AktG, cf. annexe.

9 Tribunal régional de Munich I du 27.08.2015 – 5 HKO 20285/14 = ZIP 2015, p. 1929.

Tribunal régional supérieur de Berlin, qui a soumis la question à la CJUE.

III. QUESTION POSÉE À LA CJUE PAR LA JURIDICTION INFÉRIEURE

Est-il compatible avec l'art. 18 TFUE (interdiction de discrimination) et l'art. 45 TFUE (libre circulation des travailleurs) qu'un Etat membre accorde le droit de vote et le droit d'éligibilité pour les représentants des travailleurs au sein de l'organe de surveillance d'une entreprise uniquement aux travailleurs qui sont employés dans les établissements de l'entreprise ou dans des sociétés du groupe en Allemagne ?

Cette question concerne donc la pratique de la cogestion dans l'entreprise, indépendamment du taux de participation. D'autres Etats membres de l'UE et leurs lois sur la participation des travailleurs aux organes des entreprises devraient, eux aussi, être concernés par la décision qui sera prise, comme la France, l'Autriche, la Suède et les Pays-Bas par ex. Aucun Etat membre ne prévoit jusqu'à présent la participation automatique du personnel travaillant à l'étranger aux élections aux représentations nationales des travailleurs. Ce faisant, la participation de travailleurs aux Conseils de surveillance ou aux Conseils d'administration n'est pas une singularité allemande, mais est si répandue qu'elle peut être considérée comme une composante essentielle du modèle social européen.¹⁰

IV. LES ARGUMENTS DES OPPOSANTS À LA COGESTION

La libre circulation des travailleurs est concernée parce que la menace de perte de leur droit de vote et de leur droit d'éligibilité au Conseil de surveillance ou d'une éventuelle participation au Conseil de surveillance empêcherait les travailleurs de partir à l'étranger.

Les travailleurs du groupe employés à l'étranger seraient (indirectement) discriminés pour des raisons liées à la nationalité, car ils n'auraient ni le droit de vote, ni le droit d'éligibilité au Conseil de surveillance, et ne seraient ainsi pas suffisamment représentés, alors que le Conseil de surveillance est responsable de l'ensemble du groupe dans le monde.

V. LES RAISONS POUR LESQUELLES LA COGESTION EST COMPATIBLE AVEC LE DROIT EUROPÉEN

L'opinion prévalant dans la doctrine et la jurisprudence¹¹ argumente, de manière convaincante, à l'encontre de l'hypothèse du caractère illégal des lois sur la cogestion par rapport au droit européen. Elle se base, essentiellement, sur les réflexions suivantes (Cf. Tribunal régional de Berlin et Krause, AG 2012, documents joints en annexe) :

Le législateur n'a aucune compétence réglementaire pour intégrer les travailleurs employés à l'étranger (principe de territorialité). Il ne peut pas promulguer des règlements sur le droit de vote et d'éligibilité dans d'autres pays de l'UE. En dehors de son domaine de compétence, il ne peut donc pas porter atteinte à l'interdiction de discrimination ancrée dans le droit communautaire. Des états de faits transfrontaliers ne peuvent être réglementés qu'au niveau de l'UE. L'interdiction de discrimination du droit européen n'a pas, non plus, la fonction de modifier, au sens d'une intégration négative, des décisions structurelles relevant du droit du travail, qui peuvent être et sont différentes dans les différents Etats membres.

Le changement professionnel pour partir dans d'autres pays de l'UE est une décision qui s'accompagne de changements considérables à bien des points de vue. Il est évident que l'hypothèse, selon laquelle la perte de l'intégration aux élections au Conseil de surveillance pourrait empêcher un changement de lieu de travail au sein du groupe, se fourvoie. L'éventuelle limitation est bien trop abstraite et trop indirecte. En outre, la raison de la perte de l'éligibilité n'est pas due au passage d'une frontière, mais à la fin de l'appartenance à l'établissement. Si cet argument de la limitation de la libre circulation des travailleurs devait être entériné, les dispositions légales nationales de protection des salariés contre le licenciement pourraient, elles aussi, enfreindre le droit européen. Car on perd aussi cette protection lors d'un changement transfrontalier de lieu de travail.¹²

En outre, du fait de l'absence d'harmonisation du droit de cogestion dans l'UE, les Etats membres sont seuls responsables, au niveau national, du règlement des conflits entre employeurs et salariés. Il ne faut pas considérer la cogestion dans l'entreprise de manière isolée, mais en lien avec la participation du personnel dans l'entreprise, la législation applicable aux conventions collectives de travail et le

¹⁰ Cf. à ce sujet : Conchon, La voix des travailleurs dans la gouvernance d'entreprise – Une perspective européenne, disponible en anglais, français et allemand sous : <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>.

¹¹ Article détaillé sur le sujet : Krause, AG 2012, p. 485, reproduit et joint en annexe ; Wißmann dans : WWKK, MitbestR-Kommentar (Commentaire sur le droit de cogestion), 4ème édition 2011, préambule n° 63b ; Seyboth dans : European Sustainable Company: A stakeholder approach (Société européenne durable : une approche des parties prenantes), vol. II, p. 151, 161 et suiv. ; Kort, NJW-Editorial, 47/2015.

¹² Cf. à ce sujet aussi : CJUE du 27.01.2000 – C-190/98, NZA 2000, p. 413.

droit de grève. On ne réfléchit pas non plus si des travailleurs, employés par exemple en Allemagne dans une filiale d'une société française, pourraient éventuellement invoquer le droit de grève français.

Selon l'interdiction de discrimination de l'art. 18 TFUE, aucun citoyen de l'UE ne doit être placé dans une situation désavantageuse par rapport à celle d'un ressortissant national, du fait de sa nationalité. Il n'y a pas, sur ce point, de tel traitement inégalitaire car chaque travailleur de l'établissement dispose du droit de vote et du droit d'éligibilité, indépendamment de sa nationalité.

VI. LA PARTICIPATION DES TRAVAILLEURS DANS LE DROIT EUROPÉEN

Les Traités européens contiennent, eux aussi, une règle de compétence de droit primaire pour la participation des travailleurs aux organes des entreprises. La cogestion est ainsi reconnue, en droit européen, comme un intérêt à protéger dans le domaine de la politique sociale (art. 151, art. 153 alinéa 1 et suiv. TFUE). L'idée des Traités européens est de soutenir et de compléter les efforts des Etats membres par rapport à la participation des travailleurs, qui relève toujours de la compétence nationale. La demande de la Confédération européenne des syndicats (CES) pour adopter des normes minimales européennes en matière de participation des travailleurs dans les réglementations européennes, associées à la protection des droits de participation nationaux, reprend ce modèle (cf. à ce sujet : Vers un nouveau cadre pour une plus grande démocratie au travail, Résolution adoptée lors de la réunion du Comité exécutif de la CES des 21 et 22 octobre 2014¹³). En outre, plus généralement la participation des travailleurs aux organes des entreprises, au niveau national, et la cogestion, en particulier, sont également intégrées dans le droit communautaire dérivé avec les Directives sur la Société européenne (SE), la Société coopérative européenne (SCE) et la fusion internationale, qui renvoient aux dispositions légales nationales, manifestement sans remettre en question la compatibilité avec le droit européen. Le fait que le législateur européen promulgue ses propres règlements pour la SE, montre qu'il accepte les règlements nationaux en tant que tels.

13 Résolution du Comité exécutif de la CES du 21 et 22.10.2014, disponible sous : <https://www.etuc.org/fr/documents/vers-un-nouveau-cadre-pour-une-plus-grande-d%C3%A9mocratie-au-travail#.VmKqgLHltjo>

VII. DÉCISION POSSIBLE DE LA CJUE

La décision de la CJUE est attendue en début d'année 2017. On ne peut prévoir pour l'instant quelle sera la décision de la CJUE, même s'il existe de bons arguments pour réfuter le caractère illégal par rapport au droit européen. Dans le pire des cas, la décision de la CJUE entraînerait l'inapplicabilité des lois sur la cogestion pour les entreprises opérant dans plusieurs pays, ce qui pourrait aller jusqu'à la suppression de la participation des travailleurs dans l'organe de l'entreprise.

VIII. CONSÉQUENCES POSSIBLES POUR LES TRAVAILLEURS EN ALLEMAGNE ET EN EUROPE

Un jugement négatif aurait des conséquences graves sur la cogestion dans l'entreprise, ainsi que sur la participation des travailleurs en Europe de manière générale, et par là-même aussi sur la structure globale des relations industrielles en Allemagne et en Europe.

Un jugement négatif de la CJUE constituerait une régression sur la voie vers une Europe démocratique et sociale. Les lois sur la cogestion visent à protéger les travailleurs. Cela serait en contradiction avec cette protection si, en conséquence, on n'appliquait plus du tout la cogestion, ce qui est étayé par l'art. 151 TFUE. Il ne serait pas non plus convaincant, en évoquant la discrimination des intérêts des travailleurs, d'en arriver à un résultat qui ferait que l'on suspendrait alors la cogestion pour l'ensemble des travailleurs. Mais, même si la CJUE devait en arriver à une interprétation des lois (« conforme au droit européen ») selon laquelle le personnel à l'étranger serait intégré dans les procédures d'élections légales, on ne saurait absolument pas comment faire dans la pratique. On voit apparaître ici des obstacles juridiques et réels quasiment impossibles à résoudre.¹⁴

Les effets décrits ne se rapportent, en aucun cas, uniquement à l'Allemagne. Sur les 28 Etats membres de l'UE, 18 ont également des formes de participation des travailleurs à des organes de l'entreprise.¹⁵ Aucune de ces réglementations ne contient d'intégration obligatoire du personnel travaillant dans d'autres pays de l'UE (territorialité). Les relations du travail et les relations sociales dans ces pays se verraient confrontées aux mêmes problèmes qu'en Allemagne. En conséquence, cela remettrait aussi en question la légitimation des représentations natio-

14 Cf. à ce sujet : Wißmann, Öffnung der deutschen Unternehmensmitbestimmung nach Europa? (Ouverture sur l'Europe de la cogestion dans l'entreprise allemande ?), dans FS Wank, 2014, p. 695 et suiv.

15 Cf. à ce sujet : Conchon, La voix des travailleurs dans la gouvernance d'entreprise – Une perspective européenne, p. 13 et suiv., disponible en anglais, français et allemand sous : <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>.

nales des travailleurs dans ces pays. Il faut s'attendre à ce que, dans ces pays aussi, apparaissent peu après des demandes de suppression de la participation des travailleurs aux organes des entreprises ou d'introduction d'un modèle de négociation au niveau national, à l'instar de la société par actions européenne. Finalement, des volets considérables du système social européen dépendent de la décision de la CJUE.

IX. LE RÔLE DES GOUVERNEMENTS NATIONAUX ET DES SYNDICATS

Pour assurer une application efficace et uniforme du droit communautaire, et empêcher toute interprétation divergente, la décision de la Cour dans une procédure préjudicielle a, de facto, force obligatoire pour les autres tribunaux et gouvernements nationaux, confrontés au même problème. La décision de la CJUE aura donc de l'importance au-delà du cas isolé décrit dans la décision de renvoi, ainsi qu'au-delà du domaine d'application du droit allemand. En conséquence, la procédure devant la CJUE prévoit qu'en plus des parties du litige initial, à savoir des parties de la procédure nationale, la Commission de l'UE et l'ensemble des Etats membres de l'UE puissent, eux aussi, s'exprimer lors de la procédure (art. 96 Règlement de procédure CJUE). Pour cela, il leur faudra remettre leur position dans un délai de deux mois après notification par la CJUE (art. 23 Statut de la CJUE). La position des parties à la procédure constitue la base d'élaboration des conclusions et de la décision.

Normalement, le gouvernement de l'Etat, dont provient la demande initiale, prend position par écrit. Dans le cas présent, il faudrait toutefois que d'autres Etats membres ayant des dispositifs de participation des travailleurs aux organes des entreprises prennent également position. Car la décision de la CJUE peut, comme exposé, toucher (en plus des intérêts allemands) également les intérêts d'autres Etats membres. Parallèlement à l'Allemagne, 18 autres Etats membres de l'UE, sur les 28, ont des formes de participation des travailleurs aux organes de l'entreprise. Celles-ci seraient égale-

ment largement impactées par un jugement négatif de la CJUE. Les fédérations syndicales nationales devraient donc vérifier, prendre contact avec leur gouvernement et intervenir afin que leur pays remette une prise de position.

Une décision négative de la CJUE pourrait avoir un impact considérable sur le modèle social national et européen, sur les économies nationales respectives ainsi que sur les structures de direction (gouvernance d'entreprise) des entreprises cogérées.¹⁶ Enfin, il n'existe pas non plus d'automatisme pour une solution négociée comme dans la SE, visée par les cercles critiques à l'égard de la cogestion. La solution négociée ne résout aucunement les problèmes juridiques et pratiques. Il faudrait alors que les parlements, en tant que législateurs, réagissent à la décision de la CJUE. Il incombe aux parlements nationaux, mais aussi au Parlement de l'UE, d'accompagner la procédure avec toute la circonspection qui s'impose.

16 Cf. Conchon, La voix des travailleurs dans la gouvernance d'entreprise – Une perspective européenne, p. 7 et 13 et suiv., qui expose que les économies nationales européennes se distinguent par la participation des travailleurs à la gouvernance de l'entreprise, disponible en anglais, français et allemand sous : <http://www.etui.org/Publications2/Reports/Workers-voice-in-corporate-governance.-A-European-perspective>

PIÈCES-JOINTES :

Krause, AG 2012 (traduit)
Tribunal régional de Berlin (traduit)

LIENS :

Seyboth, Worker participation as an element of the democratic principle in Europe – A critique of the codetermination-relevant aspects of the Reflection Group report (La participation des travailleurs en tant qu'élément du principe démocratique en Europe – Une critique des aspects liés à la cogestion dans le rapport du Groupe de réflexion) : <https://www.etui.org/Publications2/Books/European-company-law-and-the-Sustainable-Company-a-stakeholder-approach.-Vol.-II>

Malmberg, Sjödin, Bruun, EU company law and employee involvement – some perspectives on future developments (EN) (Le droit européen des sociétés et la participation des travailleurs – Quelques perspectives sur les évolutions futures) : <https://www.etui.org/Publications2/Books/European-company-law-and-the-Sustainable-Company-a-stakeholder-approach.-Vol.-II>

Document élaboré avec la participation de :
Dr. Otto Schmidt KG on behalf of the journal
'Die Aktiengesellschaft'.

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen*

LA PORTÉE DU DROIT DE L'UNION PAR RAPPORT À LA COGESTION DANS L'EN- TREPRISE

Depuis quelque temps, il est défendu l'idée que le fait de ne pas intégrer le personnel étranger dans la cogestion dans l'entreprise allemande constitue une atteinte à l'interdiction de discrimination ancrée dans le droit de l'Union, et une limitation abusive de la liberté de circulation des travailleurs. Le présent article y voit une extension excessive du droit européen. La structure des relations collectives de travail dans les entreprises transnationales doit être réglée, au niveau de l'Union européenne, par des actes de droit communautaire dérivé, et non en laissant certains Etats membres empiéter sur la compétence d'autres Etats membres pour déterminer, sur leur propre territoire, le régime applicable au droit collectif du travail.

I. Les contours du nouveau débat sur la cogestion

Depuis quelques années, la cogestion dans l'entreprise allemande occupe à nouveau le devant de la scène dans les débats des cercles spécialisés. En 1979¹, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG) avait mis fin² au débat sur la conformité avec la Constitution fédérale de la loi allemande relative à la cogestion dans l'entreprise (MitbestG³), et l'on avait ensuite pu constater un véritable apaisement du débat (« le sommeil de la Belle au bois dormant »)⁴ sur ce terrain miné sur le plan éco-

nomique et sociopolitique.⁵ Mais depuis une dizaine d'années, un nouveau débat a surgi sur le bien-fondé et l'aménagement fondamental de la cogestion des travailleurs dans l'entreprise.⁶ Si l'on pouvait encore supposer, après un premier temps fort au milieu de la dernière décennie,⁷ que l'intérêt pour la cogestion dans l'entreprise finirait peu à peu par s'éteindre au regard de l'intention manifeste de la politique allemande de ne se pencher sur cette thématique qu'en cas de consensus (apparemment impossible) entre tous les partenaires sociaux,⁸ les derniers événements montrent que le débat a de nouveau repris de plus belle.

* L'auteur remercie tout particulièrement M. Prof. Dr. Hellmut Wißmann, ancien Président de la Cour fédérale allemande du travail (BAG) pour ses précisions et réflexions approfondies.
1 Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG) du 01.03.1979 – 1 recours BvR 532/77, 1 recours BvR 533/77, 1 recours BvR 419/78, 1 contrôle de la constitutionnalité BvL 21/78, Jugement du BVerfG (BVerfGE) 50, 290.

2 Cf. uniquement Ulmer dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, préface n° 67 ; Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, préambule n° 46.

3 Cf. uniquement Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (Loi sur la cogestion 1976 et Loi fondamentale) (« Kölner Gutachten (Expertise de Cologne) »), 1977 ; Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe (La cogestion en tant que tâche de politique législative) (« Frankfurter Gutachten (Expertise de Francfort) »), 1978.

4 Particulièrement imagé Henssler, RdA 2005, 330.

5 Cf. Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung (éditeurs), Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven (La cogestion et les nouvelles cultures d'entreprise – bilan et perspectives), 1998 ; Ulmer dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, préface n° 66 ; Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, préambule n° 58 ; Analysen der Rechtsprechungsentwicklung bis zum Jahr 2000 (Analyses de l'évolution de la jurisprudence jusqu'à l'an 2000) par Henssler dans Festgabe 50 Jahre BGH (Livre pour le cinquantenaire de la Cour fédérale de justice), vol. II, 2000, p. 387 et suiv., et Oetker, ZGR 2000, 19 et suiv.

6 Il semblerait ultérieurement que le mouvement ait été initié par l'article de Ulmer, ZHR 166 (2002), 271 et suiv. Pour les précurseurs Hopt dans FS Everling, vol. I, 1995, p. 475 (476 et suiv.) ; Kübler dans FG Döser, 1999, p. 237 (240 et suiv.) ; Raiser dans FS Kübler, 1997, p. 477 (487 et suiv.).

7 BDA/BDI (éditeurs), Mitbestimmung modernisieren (Moderniser la cogestion), Rapport de la commission Cogestion (2004) ; Rieble, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung (L'avenir de la cogestion dans l'entreprise), avec des articles de Rieble, Rebhahn, Thüsing et Neubürger ; Henssler, RdA 2005, 330 et suiv. ; Oetker, RdA 2005, 338 et suiv. ; Commission sur la modernisation de la cogestion dans l'entreprise allemande (« Biedenkopf II »), 2006 ; Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtliche Entwicklungen (La cogestion dans l'entreprise dans le contexte de l'évolution du droit communautaire), expertise B sur la 66ème conférence DJT (2006) ; Fondation Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik à l'Université de Trèves (éditeurs), Mitbestimmung im Unternehmen, Bitburger Gespräche (La cogestion dans l'entreprise, les entretiens de Bitburger) – Jahrbuch (Annuaire) 2006/I, 2006 avec des articles de Dieterich, di Fabio, Franz, Gentz, Henssler, Hexel, Junker, Köstler, Löwisch, Rieble et Weiss.

8 Cf. le contrat de coalition entre les partis CDU, CSU et SPD du 11.11.2005, p. 31 (« reprendront les résultats de la commission, qui auront été obtenus d'un commun accord ») ; disponible en ligne sous http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf.

C'est ainsi qu'ont été présentées des propositions concrètes pour faire évoluer le modèle de la cogestion dans l'entreprise, tant par des cercles d'experts⁹ que par des acteurs du monde politique¹⁰.

Ceux qui critiquent l'actuel système allemand de cogestion dans l'entreprise s'appuient essentiellement sur deux aspects :¹¹ d'une part, ils avancent que la cogestion au sein du Conseil de surveillance ne satisfait pas (plus) aux exigences bien plus élevées aujourd'hui vis-à-vis d'une gouvernance de l'entreprise¹² efficace et professionnelle.¹³ D'autre part, ils reprochent aux réglementations allemandes l'insuffisante prise en compte de l'internationalisation de l'économie ainsi que des évolutions au niveau européen plus particulièrement.¹⁴ Comme il ne fait aucun doute que la pression exercée pour réformer le système, aussi forte soit-elle, ne peut entraîner en soi l'abrogation du droit de cogestion en vi-

gueur, la majorité des prises de position les plus récentes vise à indiquer le sens que devrait suivre la politique de réforme de la législation, et plaide en faveur d'un changement du cadre législatif. La plausibilité des critiques du modèle de cogestion dépend ainsi essentiellement de connaissances et d'appréciations extra-juridiques (sciences économiques et sociales). Toutefois, ni les réflexions théoriques sur le modèle à suivre,¹⁵ ni les innombrables études empiriques sur l'influence sur la productivité, la rentabilité et l'appréciation des entreprises concernées par les marchés financiers,¹⁶ due à la cogestion exercée par les travailleurs dans l'entreprise, ne livrent de résultats faisant l'objet d'un consensus de toutes les parties, qui pourraient servir de base à un changement du droit de cogestion.

Par contre, on s'engage directement sur le terrain juridique avec la question de plus en plus discutée depuis quelque temps, de savoir si l'aménagement actuel de la cogestion dans l'entreprise allemande n'est pas en contradiction avec le droit européen.

9 Groupe de travail « Cogestion dans l'entreprise » (composé de Bachmann, Baums, Habersack, Henssler, Lutter, Oetker, Ulmer), Projet d'une réglementation sur l'accord de cogestion ainsi que sur la taille du Conseil de surveillance cogéré, ZIP 2009, 885 et suiv., cf. à ce sujet aussi les prises de position de Hommelhoff, Teichmann, Kraushaar et Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1785 et suiv., ainsi que le supplément au ZIP 48/2009 avec des articles de Habersack, Hanau, Jacobs, Teichmann et Veil. Pour une réorientation fondamentale en remplaçant la cogestion au Conseil de surveillance par un « Conseil consultatif » le « Berliner Netzwerk Corporate Governance » (composé de Kirchner, Säcker, Schwalbach, Schwark, v. Werder, Windbichler), AG 2004, 200 et suiv. ; pour plus de détails Kirchner, AG 2004, 197 et suiv.

10 Cf. la demande du groupe parlementaire du SPD, BT-Drucks. 17/2122 du 16.06.2010. En revanche, la proposition du groupe parlementaire DIE LINKE traite uniquement le problème spécial du traitement des sociétés étrangères dont le siège administratif est en Allemagne, BT-Drucks. 17/1413 du 21.04.2010. D'accord pour l'essentiel Sick, GmbHR 2011, 1196 et suiv. Positions surtout critiques de Merkt, ZIP 2011, 1237 et suiv., et Schockenhoff, AG 2012, 185 et suiv.

11 En même temps, on voit de plus en plus apparaître au premier plan la relation tendue entre la cogestion dans l'entreprise et la prévoyance vieillesse privée ; cf. à ce sujet M. Roth, ZGR 2011, 516 (552 et suiv.) ; cf. aussi M. Roth, European Business Organization Law Review 11 (2010), 51 et suiv.

12 Même si la définition n'est pas totalement uniforme, il s'agit en substance du mode de fonctionnement des organes de direction, de leur interaction et du contrôle de leur comportement par des dispositifs institutionnels et par les forces du marché, en ce sens Baums, Rapport de la Commission gouvernementale Corporate Governance, 2001, p. 6. La Commission européenne, maintenant plus confuse, qui veut apparemment établir un lien entre la gouvernance de l'entreprise et la responsabilité sociale de l'entreprise, cf. Livre vert sur le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE du 05.04.2011, COM (2011) 164 final, p. 2, disponible en ligne sous <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:DE:PDF>. Pour approfondir les différentes facettes de la gouvernance d'entreprise Behrens dans FS Drobnig, 1998, p. 491 et suiv. ; Leyens, JZ 2007, 1061 et suiv. 13 Adams, ZIP 2006, 1561 (1562 et suiv.) ; Loritz, ZfA 2009, 477 (498 et suiv.) ; Peltzer dans FS Schwark, 2009, p. 707 (709 et suiv.) ; von Rosen dans FS Schwark, 2009, p. 789 (797 et suiv.) ; Säcker dans FS Richardi, 2007, p. 711 (719 et suiv.) ; Säcker, AG 2008, 17 (20 et suiv.) ; Ulmer dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Droit de cogestion), 2ème édition 2006, préface n° 70 et suiv. ; v. Werder, AG 2004, 166 (170 et suiv.).

14 Henssler, RdA 2005, 330 et suiv. ; Schwark, AG 2004, 173 et suiv. ; Ulmer dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Droit de cogestion), 2ème édition 2006, préface n° 72 et suiv.

15 Sur ce point s'opposent surtout la théorie des droits de propriété et la théorie de la participation ; cf. par ex. Eger/Nutzinger/Weise dans Ott/Schäfer, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts (Analyse économique du droit des sociétés), 1993, p. 78 (92 et suiv.) ; Furubotn, Journal of Business 61 (1988), 165 et suiv. ; Jensen/Meckling, Journal of Business 52 (1979), 469 et suiv. ; Kreutz, NZA 2001, 472 et suiv. ; Thannisch, AuR 2006, 81 et suiv. ; à ce sujet aussi G. Roth, ZGR 2005, 348 (360 et suiv.).

16 Cf. Baums/Frick dans Blair/Roe (éditeurs), Employees and Corporate Governance (Les travailleurs et la gouvernance d'entreprise), 1999, p. 206 et suiv. ; Benelli/Loderer/Lys, Journal of Business 60 (1987), 553 ff. ; Bernig/Frick, Der Aufsichtsrat (Le Conseil de surveillance) 2011, 157 et suiv. ; Fauver/Fuerst, Journal of Financial Economics 82 (2006), 673 et suiv. ; FitzRoy/Kraft, British Journal of Industrial Relations 43 (2005), 233 et suiv. ; Frick, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 45 (2005), 418 et suiv. ; Gorton/Schmid, Journal of the European Economic Association 2 (2004), 863 et suiv. ; Gurdon/Rai, Journal of Economics and Business 42 (1990), 289 et suiv. ; Kraft/Ugarkovic, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (Annuaire sur l'économie nationale et les statistiques) 226 (2006), p. 588 et suiv. ; Renaud, Labour 21 (2007), 689 et suiv. ; Schmid/Seeger, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 68 (1998), 453 et suiv. ; Vitols, Ökonomische Auswirkungen der paritätischen Mitbestimmung: Eine ökonomische Analyse, 2006 (Répercussion économiques de la cogestion paritaire : une analyse économétrique, 2006) ; Evaluation de diverses études entre autres par Höpner, Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss: Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung (La cogestion dans l'entreprise sous le feu de la critique : le débat sur la cogestion à la lumière de la recherche en sciences sociales) ; MPfG Discussion Paper 04/8 (2004) ; Jirjahn, Sozialer Fortschritt 55 (2006) (Progrès social), 215 (221 et suiv.) ; Jirjahn, Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Ein Update, 2010 (Impacts économiques de la cogestion en Allemagne : mise à jour 2010), p. 39 et suiv. ; Sadowski/Junkes/Lindenthal, ZGR 2001, 110 (122 et suiv.) ; sur l'impact sur la force d'innovation Kraft/Stank, Schmollers Jahrbuch (Annuaire) 124 (2004), p. 421 et suiv. ; Kraft/Stank/Dewenter, Cambridge Journal of Economics 35 (2011), 145 et suiv. ; sur l'impact sur la dynamique de l'emploi Werner/Zimmermann, Industrielle Beziehungen (Relations industrielles) 12 (2005), 339 et suiv. ; sur les résultats d'un sondage d'entreprises Stettes, AG 2007, 611 et suiv. ; monographie Hörisch, Unternehmensmitbestimmung im nationalen und internationalen Vergleich (La cogestion dans l'entreprise en comparaison nationale et internationale), 2009.

Ainsi, de plus en plus de voix se font entendre qui estiment que la cogestion dans l'entreprise est en violation du droit de l'Union dans les sociétés ou les groupes allemands, qui emploient des travailleurs dans d'autres pays de l'UE,¹⁷ tel que cela est le cas, depuis longtemps plus uniquement dans quelques grandes entreprises, mais entre-temps aussi dans de nombreuses PME. Cette approche porte bien plus à conséquence qu'une simple injonction au législateur allemand de réagir de lege ferenda (quant à la loi que l'on doit appliquer) en adaptant les conditions réglementaires face à l'évolution de la gouvernance de l'entreprise ainsi qu'à l'internationalisation de l'économie. Il est déjà déduit de lege lata (en application du droit actuellement en vigueur) de la primauté d'application du droit communautaire,¹⁸ reconnue depuis des décennies, qu'il ne faut plus appliquer pour les nouvelles élections les dispositions réglementaires sur la cogestion des travailleurs au Conseil de surveillance d'entreprises allemandes employant des travailleurs dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, à l'exception des sociétés constituées en SE ou nées d'une fusion transfrontalière, et ce jusqu'à ce qu'il y ait une nouvelle réglementation. En conséquence, il faudrait que seuls les représentants des porteurs de parts siègent¹⁹ désormais encore aux Conseils de surveillance ou que les représentants des travailleurs se voient empêcher toute participation, au moins aux affaires transnationales.²⁰

Comme l'admettent sans détour les protagonis-

tes qui défendent cette opinion, les effets de leur démarche sont dévastateurs dans la pratique,²¹ si bien que cela constitue une raison suffisante pour étudier de plus près la viabilité d'une telle approche. Cela est d'autant plus valable qu'il ne s'agit plus, depuis longtemps, uniquement d'une controverse confinée à l'Allemagne. Ce sujet fait entre-temps aussi débat au niveau européen. C'est ainsi que le « Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés », un groupe d'experts reconnus au niveau international qui s'est constitué à l'initiative de la Commission européenne, s'est exprimé de façon critique, dans son rapport final, quant à la forme actuelle de la cogestion dans l'entreprise allemande dans le cas de sociétés ou de groupes opérant de manière transfrontalière, et a même suggéré d'entamer une procédure de violation de traités à l'encontre de l'Allemagne.²² Certes, les réflexions de ce groupe d'experts n'ont pas été reprises dans le Livre vert simultanément publié par la Commission sur le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne.²³ En outre, si la Commission a autorisé le débat sur les réflexions du Groupe de réflexion sur la cogestion dans l'entreprise à l'occasion d'une conférence qui s'est tenue en mai 2011 à Bruxelles,²⁴ elle n'a pas repris cette thématique dans la procédure de consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés,²⁵ entamée en février 2012. Il ne fait toutefois aucun doute que la question de la violation du droit de l'Union concerne un aspect essentiel de la cogestion dans l'entreprise allemande.

II. Point de départ : la non-intégration des travailleurs employés à l'étranger lors des élections au Conseil de surveillance

Le point de départ de la thèse sur la violation du droit de l'Union par la cogestion allemande²⁶ est le rayon d'action du droit de vote et du droit d'éligibilité pour les représentants des travailleurs au Conseil de surveillance. Sur ce point, la jurisprudence²⁷ et les

17 Plus en détail Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264 et suiv.) ; monographie Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 60 et suiv., 330 et suiv., 703 et suiv., 735 et suiv. ; puis Habersack, AG 2007, 641 (648 et suiv.) ; Habersack, AG 2009, 1 (12) ; Habersack, Supplément du ZIP 48/2009, 1 (3 et suiv.) ; Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791 (1793) ; Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871 et suiv. ; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (149 et suiv.) ; va aussi dans ce sens Heuschmid, RdA 2005, 330 (331) ; Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? (La codécision des travailleurs – un droit fondamental européen ?), 2009, p. 241 et suiv. ; Raiser/Veil, MitbestG und DrittelbG (loi sur la cogestion et loi sur la participation pour un tiers), 5ème édition 2009, art. 5 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 29.

18 Cf. uniquement CJUE du 15.07.1964 – aff. 6/64, recueil 1964, 1251 – Costa/ ENEL ; du 22.11.2005 – aff. C-144/04, recueil 2005, I-9981 – Mangold – n° 77 ; du 19.01.2010 – aff. C-555/07, recueil 2010, I-365 – Küçükdeveci – n° 51 ; BVerfG (Cour constitutionnelle fédérale) du 06.07.2010 – 2 recours BvR 2661/06, BVerfGE (jugement) 126, 286 (301 et suiv.) ; de même la Déclaration N° 17 annexée à l'acte final du Traité de Lisbonne, JO UE n° C 115 du 09.05.2008, 344 ; aussi Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht (Droit européen), 5ème édition 2011, art. 10 n° 32 et suiv. ; Ruffert dans Calliess/Ruffert, EUV/AEU (TUE/TFUE), 4ème édition 2011, art. 1 TFUE n° 16 ; Streinz, Europarecht (Droit européen), 9ème édition 2012, n° 222 et suiv.

19 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264 et suiv., 271) ; Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871 (873) ; Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (743) ; mais perspective différente Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 740 et suiv., qui plaide pour une application de la cogestion dans l'entreprise allemande aux états de fait étrangers même sans nouvelle réglementation préalable.

20 Mentionné dans Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (166).

21 Expressément à ce sujet Hellwig/Behme, ZIP 2009, 1791 (1794) ; de même Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (743).

22 Rapport du Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés, 2011, p. 53 et suiv., disponible en ligne sous http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf. Prise de position positive de Hellwig/Behme, AG 2011, 740 (742 et suiv.).

23 COM (2011) 164 final du 05.04.2011, disponible en ligne sous <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:FR:PDF>.

24 Cf. les rapports de Heuschmid et Malmberg, disponibles en ligne sous http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm#consultation2012.

25 Disponible en ligne sous http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm.

26 La loi allemande sur la cogestion (MitbestG) est au cœur des débats. Les réflexions suivantes sont également valables pour la cogestion selon la loi allemande sur la participation pour un tiers (DrittelbG).

27 Tribunal régional de Düsseldorf du 05.06.1979 – 25 AktE 1/78, AG 1980, 83 ; Tribunal régional de Francfort/Main du 01.04.1982 – 2/6 AktE 1/81, DB 1982, 1312.

principales sources²⁸ partent essentiellement du principe selon lequel seuls les travailleurs, qui sont employés dans des établissements allemands, disposent du droit de vote et du droit d'éligibilité. Pour cela, elles s'appuient sur la teneur de la loi allemande sur la cogestion (MitbestG), sur sa systématique et plus particulièrement sur la volonté du législateur historique, qui expose de manière explicite, dans les textes concernés, que les droits de participation reviennent uniquement aux travailleurs des établissements situés en Allemagne d'entreprises qui dépassent le seuil requis en Allemagne.²⁹ Certes, en font également partie les travailleurs qu'il faut encore rattacher à un établissement allemand malgré leur activité effective à l'étranger du fait de « l'extension du champ d'application de leur contrat de travail ».³⁰ Par contre, en restent exclus l'ensemble des travailleurs qui ont un emploi durable à l'étranger en tant que main-d'œuvre locale, dans des succursales dépendantes ou des filiales juridiquement autonomes d'entreprises allemandes. Quoi qu'il en soit, certaines opinions professées par les auteurs d'ouvrages juridiques, selon lesquels les travailleurs de filiales à l'étranger³¹ ou tout au moins de succursales juridiquement dépendantes à l'étranger³² devraient également avoir un droit de vote et un droit d'éligibilité, n'ont pas réussi à s'imposer jusqu'à présent. De l'opinion la plus répandue, cela vaut indépendamment du nombre de travailleurs employés par les groupes allemands dans d'autres pays (européens), à savoir donc aussi quand, dans certains cas, la majorité des effectifs n'est pas (plus) employée en Allemagne.

Cela fait déjà un certain temps que l'exclusion de participation aux élections au Conseil de surveillance, pour la partie du personnel de la société ou du groupe qui travaille à l'étranger, est considérée

insatisfaisante.³³ Cela vaut tant pour le patronat³⁴ que pour les syndicats,³⁵ même s'ils ne sont pas d'accord sur la manière de pallier la situation. Certes, la situation s'est déjà un peu détendue avec la proposition des syndicats allemands d'élire un représentant des travailleurs étrangers conformément à l'art. 16 alinéa 2 phrase 1 de la loi allemande sur la cogestion (MitbestG),³⁶ ce qui a été mis en œuvre à son époque chez DaimlerChrysler³⁷ et est actuellement pratiqué par Daimler et Opel. Toutefois, un tel gentlemen's agreement (engagement d'honneur) ne saurait régler définitivement le problème de la représentation des travailleurs employés à l'étranger.³⁸

La critique précédemment évoquée à l'égard de l'actuel système de représentation des travailleurs au sein du Conseil de surveillance cogéré et dans le cadre de la cogestion ne s'en tient pas, bien entendu, à évoquer simplement les insuffisances de la situation juridique existante, mais va bien plus loin en avançant qu'elle y voit une violation du droit de l'Union. Cette atteinte au droit de l'Union résulterait essentiellement des deux réflexions suivantes : premièrement, une atteinte à la libre circulation des travailleurs à la charge des travailleurs en Allemagne (cf. point III), et deuxièmement une discrimination des travailleurs étrangers (cf. point IV). Qu'un seul et même règlement porte préjudice à la fois aux travailleurs nationaux et aux travailleurs étrangers éveille l'attention. Toutefois, on ne peut l'exclure d'emblée dès lors que l'on mesure différents éléments et impacts d'un règlement national à l'aune du droit européen. En outre, il est parfois également évoqué la liberté d'établissement (cf. point V) et la libre circulation des capitaux (cf. point VI).

33 Cf. par ex. la Commission sur la modernisation de la cogestion dans l'entreprise allemande (« Biedenkopf II »), 2006, p. 33 et suiv.

34 BDA/BDI (éditeurs), Mitbestimmung modernisieren (Moderniser la cogestion), Rapport de la commission Cogestion (2004), p. 50 et suiv. ; en outre aussi la position des représentants des sociétés sur le rapport des représentants scientifiques de la Commission cogestion (« Biedenkopf II »), 2006, p. 63.

35 Position du Directoire fédéral du DGB, Service Cogestion et politique juridique sur le Rapport de la « Commission cogestion » du BDA et BDI (2004), p. 14 et suiv., disponible en ligne sous <http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-3a97d875bdce81357ee6a2488ae88d13> ; de même la position des représentants des travailleurs sur le rapport des représentants scientifiques de la Commission cogestion (« Biedenkopf II »), 2006, p. 74 ; à ce sujet aussi Seyboth, AuR 2007, 15 (18) ; de plus Klebe/Köstler dans FS Wißmann, 2005, p. 443 (449).

36 Sur la recevabilité par ex. Henssler dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, art. 16 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 4 ; Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, art. 7 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 38.

37 Cf. Gentz, NZA 2000, 3 (5) ; plus en détails Zinger, Die Internationalisierung der Belegschaften multinationaler Unternehmen mit Sitz in Deutschland (L'internationalisation du personnel de multinationales ayant leur siège en Allemagne), 2002, p. 227 et suiv.

38 Windbichler dans Jürgens/Sadowski/Schuppert/Weiss, Perspektiven der Corporate Governance (Perspective de la gouvernance d'entreprise), 2007, p. 282 (286).

28 Bayer, ZGR 1977, 173 (177 et suiv.) ; Bellstedt, BB 1977, 1326 (1328 et suiv.) ; Duden, ZHR 141 (1977), 145 (184) ; Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (616 et suiv.) ; Großfeld dans Staudinger, réédition 1998, Internationales Gesellschaftsrecht (Droit international des sociétés) n° 525 et suiv. ; Henssler dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, art. 3 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 36 ; Kindler dans MünchKomm/BGB, 5ème édition 2010, Int-GesR (droit international des sociétés) n° 600 et suiv. ; Koberski dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Droit de cogestion), 4ème édition 2011, art. 3 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 27 et suiv. ; Oetker dans Großkomm/AktG, 4ème édition 1999, art. 5 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 33. 29 BT-Drucks. 7/4845 du 10.03.1976, 4.

30 Tribunal régional de Francfort/Main du 01.04.1982 – 2/6 AktE 1/81, AG 1983, 202 = DB 1982, 1312 ; Henssler dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, art. 3 MitbestG n° 38 ; Raiser/Veil, MitbestG und DrittelbG (loi sur la cogestion et loi sur la participation pour un tiers), 5ème édition 2009, art.1 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 20.

31 Birk, RIW 1975, 589 (596) ; Däubler, RabelsZ 39 (1975), 444 (451 et suiv.) ; Grasmann, ZGR 1973, 317 (328 et suiv.) ; Reich/Lewerenz, AuR 1976, 261 (264).

32 Lutter, ZGR 1977, 195 (207 et suiv.) ; une approche aussi de Henssler dans GS Heinze, 2005, p. 333 (342) ; Henssler, RdA 2005, 330 (331).

III. La limitation de la libre circulation des travailleurs nationaux

La première ligne d'argumentation part de la libre circulation des travailleurs, garantie par l'art. 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui est un droit de l'Union directement applicable³⁹ et qui engage plus particulièrement aussi le législateur du droit civil.⁴⁰

1. La libre circulation des travailleurs comme interdiction de limitation

Cette liberté fondamentale ne contient pas seulement une interdiction de discrimination, qui interdit tout traitement différent des travailleurs au niveau de leurs conditions de travail, discrimination qui serait fondée sur leur nationalité (art. 45 alinéa 2 TFUE).⁴¹ En fait, au plus tard depuis l'Arrêt Bosman, rendu par la Cour européenne de justice (CJUE), l'art. 45 TFUE est également compris comme une interdiction de limitation qui peut s'opposer à des réglementations nationales, qui sont certes appliquées de manière uniforme, mais sont en mesure d'entraver l'exercice de la libre circulation ou de la rendre moins attrayante.⁴² Cela n'est pas uniquement valable pour les entraves au droit d'entrée qui permettent d'isoler un marché national du travail,⁴³ mais aussi pour les entraves au départ qui s'opposent au départ d'un marché national du travail, et portent ainsi atteinte à la mobilité des travailleurs.⁴⁴ Ce fai-

39 Cf. uniquement CJUE du 04.12.1974 – aff. 41/74, recueil 1974, 1337 – Van Duyn – n° 5/7 ; du 11.01.2007 – aff. C-208/05, recueil 2007, I-213 – ITC – n° 67.

40 Forsthoff dans Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Le droit de l'Union européenne), 2011, art. 45 TFUE n° 138 et suiv.

41 Pour cela cf. point IV.

42 CJUE du 15.12.1995 – aff. C-415/93, recueil 1995, I-4165 – Bosman – n° 92 et suiv. ; de même CJUE du 26.01.1999 – aff. C-18/95, recueil 1999, I-374 – Terhoeve – n° 37 et suiv. ; du 01.04.2008 – aff. C-212/06, recueil 2008, I-1683 – Gouvernement de la communauté française et Gouvernement wallon – n° 43 et suiv. ; plus en détail Birk, ZAS 1999, 1 (3 et suiv.) ; Brechmann dans Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 4ème édition 2011, art. 45 AEUV (TFUE) n° 49 et suiv. ; Franzen dans Streinz, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45 AEUV (TFUE) n° 86 et suiv. ; Hilf/Pache, NJW 1996, 1169 (1172) ; Nettesheim, NVwZ 1996, 342 et suiv. ; mais contre la classification de la libre circulation des travailleurs comme interdiction de limitation Mülbert, ZHR 159 (1995), 2 (32) ; plus approfondi pour comprendre toutes les libertés fondamentales comme normes d'intégration transnationales Kingreen dans von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht (Droit constitutionnel de l'UE), 2ème édition 2009, p. 705 (710 et suiv., 726 et suiv.).

43 Sous l'angle d'une atteinte à la libre circulation des travailleurs pour venir de l'étranger dans la société allemande, il n'existe toutefois manifestement aucune réserve contre la limitation du droit de vote aux travailleurs allemands ; cf. par ex. Köster, Unternehmensmitbestimmung in EG-Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland (Cogestion dans l'entreprise dans des sociétés étrangères dans la CE ayant leur siège administratif en Allemagne), 2007, p. 195 ; Schubert, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung (Cogestion dans l'entreprise et interdépendance économique internationale), 1984, p. 99.

44 CJUE du 15.12.1995 – aff. C-415/93, recueil 1995, I-4165 – Bosman – n° 94 et suiv. ; du 27.01.2000 – aff. C-190/98, recueil 2000, I-493 – Graf – n° 21 et suiv. ; du 17.03.2005 – aff. C-109/04, recueil 2005, I-2421 – Kranemann – n° 25 et suiv.

sant et à la différence de l'interdiction de discrimination de l'art. 45 alinéa 2 TFUE ou des art. 7 et 8 du Règlement (UE) N° 492/2011,⁴⁵ peu importe de savoir s'il s'agit de conditions de travail⁴⁶ au sens large dans les dispositions nationales.⁴⁷

2. La cogestion comme supposée atteinte aux travailleurs nationaux

On déduit maintenant des principes développés par la CJUE une atteinte du droit de cogestion allemand au droit de l'Union sous l'angle d'une atteinte aux travailleurs nationaux.⁴⁸ Etant donné qu'un salarié employé jusqu'à présent en Allemagne perd le droit de vote en rejoignant durablement une succursale ou une filiale étrangère, et plus particulièrement qu'un membre du Conseil de surveillance appartenant à l'entreprise perd son mandat conformément à l'art. 24 alinéa 1 de la loi sur la cogestion (MitbestG), un tel changement n'est pas attrayant pour le salarié et le limite dans sa liberté de circulation, sans fondement juridique suffisant pour cela.⁴⁹

3. Commentaire

Une analyse plus précise montre néanmoins que la thèse d'une atteinte à la libre circulation des travailleurs employés en Allemagne du fait de l'aménagement des dispositions réglementaires pour les élections dans le cadre de la cogestion dans l'entreprise allemande n'est pas convaincante.⁵⁰ En fait, tout le monde s'accorde à dire que l'absence de limites du domaine de droit protégé de la libre circulation des travailleurs, qui consiste à faire évoluer l'interdiction de discrimination de l'art. 45 TFUE pour en faire une simple interdiction de limitation, oblige déjà à limiter de manière adéquate l'état de faits de cette liberté fondamentale. Ainsi peut-on lire dans de nombreuses sources une opinion qui suit l'exemple de la jurisprudence Keck de la CJUE sur le rayon d'action de la libre circulation des marchandises,⁵¹ et qui distingue les limitations d'accès à une profession nécessitant un fondement juridique d'une part et les réglementations liées à l'exercice d'une profession, qui ne nécessitent au-

45 Autrefois art. 7 et 8 (CEE) N° 1612/68.

46 Y compris les conditions cadres de droit social et de droit fiscal.

47 Cf. par ex. CJUE du 02.10.2003 – aff. C-232/01, recueil 2003, I-11525 – van Lent – n° 14 et suiv.

48 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 et suiv.).

49 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 et suiv.) ; en plus Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (158) ; de même Müller-Graff, EWS 2009, 489 (497).

50 Aussi Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, préambule n° 63b ; un point de vue sceptique Teichmann, supplément au ZIP 48/2009, 10 (12), mais qui considère possibles des corrections du droit d'éligibilité, initiées par le droit de l'Union (Fn. 25).

51 CJUE du 24.11.1993 – aff. verb. C-267/91, aff. C-268/91 – recueil 1993, I-6097 – Keck et Mithouard – n° 15 et suiv.

cun fondement juridique d'autre part.⁵² Certes, la CJUE a évité de se référer elle-même directement à sa propre jurisprudence Keck, en lien avec l'art. 45 TFUE. Néanmoins, elle tente d'aborder le problème déjà au niveau de l'état de faits que, avec l'idée de la libre circulation des travailleurs également comme interdiction de limitation, non seulement des conditions d'accès formelles et neutres (à savoir non discriminatoires), mais apparemment aussi des règlements de fond neutres du droit des Etats membres sont contraires au droit communautaire, dans la mesure où ils ne peuvent être justifiés. C'est ainsi que la CJUE a parlé, dans l'affaire Graf, où il s'agissait de l'exclusion d'une indemnité suite à une démission, indemnité prévue aux termes du droit autrichien, du fait que la survenance des conditions d'acquisition de l'indemnité était « trop incertaine » et « trop indirecte » pour gêner ou empêcher un salarié de faire usage de son droit à la libre circulation.⁵³ Comme l'a clairement exposé l'avocat général Fennelly, il s'agit, au final, dans les cas dans lesquels le salarié perd les avantages associés à un régime donné du droit du travail national suite à un changement d'emploi transfrontalier, de savoir si ce préjudice équivaut à un refus d'accès au marché.⁵⁴

Dans un tel contexte, on peut déjà exclure le fait qu'un salarié laisse échapper l'occasion d'un avancement professionnel, qui est régulièrement associé à un changement volontaire dans une succursale ou une filiale à l'étranger, uniquement parce qu'il perd, de ce fait, la possibilité de participer activement aux élections au Conseil de surveillance.⁵⁵ Cela vaut encore plus pour la réflexion concernant un salarié d'abord employé en Allemagne, qui n'envisage pas d'aller travailler dans une succursale ou une filiale à l'étranger parce qu'il craint, qu'en cas de crise frappant l'entreprise, les sites de production allemands soient privilégiés par rapport aux sites situés à l'étranger. Dans ce cas est valable le jugement précité, rendu par la CJUE dans l'affaire Graf, disant qu'un tel événement est trop incertain et trop indirect⁵⁶ pour être pertinent pour la liberté

de circulation.⁵⁷ En d'autres termes, la réglementation n'offre déjà, de manière abstraite, aucun encouragement à adopter un comportement allant à l'encontre de la réalisation d'un marché commun du travail.⁵⁸

On ne peut donc imaginer d'emblée un impact réel sur la motivation que dans les cas dans lesquels partir travailler à l'étranger entraînerait une perte de mandat. Toutefois, même dans ce cas, il manque un lien spécifique entre le rayon d'action de la cogestion dans l'entreprise allemande et la réalisation du marché intérieur comme objectif de la libre circulation des travailleurs. La fin d'un mandat ne peut être qualifiée d'entrave, surtout à une mobilité transfrontalière des travailleurs.⁵⁹ C'est ce que montre la réflexion suivante pour vérification : c'est ainsi que prend fin le mandat d'un membre du Conseil de surveillance appartenant à l'entreprise avec toute fin de son contrat de travail.⁶⁰ A cet égard, peu importe que le salarié démissionne pour partir en préretraite, pour entrer au service d'une autre entreprise en Allemagne ou à l'étranger, pour devenir membre d'un organe⁶¹ ou pour entrer durablement⁶² au service d'une succursale ou d'une filiale de la même entreprise à l'étranger. Le dernier cas cité, sur lequel se concentrent toutes les critiques, n'est ainsi qu'une situation parmi tant d'autres, qui entraînent une perte de mandat. La raison déterminante de la fin du mandat n'est donc pas le passage d'une frontière, mais la fin de l'appartenance (en tant que salarié) à un établissement situé en Allemagne. Certes, d'un point de vue purement conceptuel, la perte du mandat rend « moins attrayant » le passage à un concurrent étranger. Malgré tout, il va de soi que, dans un tel cas, un salarié auparavant employé en Allemagne ne peut conserver son mandat au Conseil de surveillance juste pour ne pas empêcher le changement d'emploi transfrontalier. Il ne ressort pas pourquoi il devrait en être autrement dans la perspective du marché intérieur, qui est la seule déterminante dans le contexte donné, lors d'un changement durable vers une succursale ou une filiale située à l'étranger. En fait, il s'applique la même règle que lors de la perte de la protection contre le

52 Cf. Birk, ZAS 1999, 1 (9 et suiv.) ; Franzen dans Streinz, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45 AEUV (TFUE) n° 90 ; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht (Libertés fondamentales et droit privé), 2004, p. 274 et suiv. ; Nettessheim, NVwZ 1996, 342 (344) ; Reichold, ZEuP 1998, 434 (447 et suiv.) ; Schroeder, JZ 1996, 254 (255) ; similaire Schulte Westenberg, Zur Bedeutung der Keck-Rechtsprechung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Sur l'importance de la jurisprudence Keck pour la libre circulation des travailleurs), 2009, p. 175 et suiv.
53 CJUE du 27.01.2000 – aff. C-190/98, recueil 2000, I-493 – Graf – n° 24 et suiv.

54 Conclusions du 16.09.1999 dans l'aff. C-198/98, recueil 2000, I-493 – Graf – n° 31 et suiv. En ce sens aussi Forsthoff dans Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Le droit de l'UE), 2011, art. 45 AEUV (TFUE) n° 227 « réglementations empêchant spécifiquement l'accès ».
55 Mais ainsi Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 113 et suiv., 142 ; moins clair Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (268 et suiv.).

56 Sur l'interprétation de ces critères Deckert/Schroeder, JZ 2001, 88 (90).

57 CJUE du 27.01.2000 – aff. C-190/98, recueil 2000, I-493 – Graf – n° 24 et suiv.

58 Sur ce critère Thomas, NVwZ 2009, 1202 (1206).

59 Sur cette condition Roloff, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht (L'interdiction de limitation de l'art. 39 CE (libre circulation) et ses impacts sur le droit national du travail), 2003, p. 151 et suiv.

60 Henssler dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, art. 24 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 7 ; Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, art. 24 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 10.

61 Sur la perte de mandat dans ce cas cf. Henssler dans Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 2ème édition 2006, art. 24 MitbestG (loi sur la cogestion) n° 7.

62 Sinon il y a juste « extension du champ d'application du contrat de travail », qui n'affecte pas le mandat.

licenciement, dont bénéficient les travailleurs en Allemagne, perte qui est fréquente lors d'un changement durable pour partir au Danemark ou en Grande-Bretagne par exemple⁶³ (sous réserve de se référer au droit du travail allemand) et que l'on ne peut comprendre comme une limitation de l'accès au marché du travail danois ou britannique.

Formulé de manière plus générale, les différents régimes nationaux du droit du travail ne peuvent être perçus comme une « entrave au départ » nécessitant un fondement juridique, même s'il n'est pas exclu que des travailleurs prennent en compte la perte d'un niveau de protection élevé dans l'Etat membre, lors d'un changement d'emploi transfrontalier. Les cadres juridiques respectifs font partie des conditions du site en question, dont doivent tenir compte les travailleurs migrants, en tant que destinataires de la libre circulation des travailleurs, lors du choix du lieu de travail, et ne peuvent être remis en question ultérieurement en évoquant une supposée limitation de la liberté de circulation.⁶⁴ Tant qu'une disparité de protection de fond ne constitue pas un obstacle à l'accès à une partie du marché du travail d'un Etat membre, cela ne relève pas de l'interdiction de limitation du point de vue de l'état de faits. Autrement dit, la fonction de l'art. 45 TFUE n'est pas d'aplanir les différences entre les systèmes juridiques nationaux,⁶⁵ mais de garantir l'égalité des marchés et la liberté des marchés.⁶⁶ Donc quand des travailleurs, dont le contrat de travail est rattaché à des établissements d'entreprises allemandes, situés en Allemagne, ont des droits de cogestion, tandis que cela n'est pas le cas pour des travailleurs dont le contrat de travail est rattaché à des succursales ou des filiales à l'étranger, c'est finalement la différence d'aménagement des régimes nationaux du droit du travail qui s'exprime, sans affecter en soi la liberté des travailleurs migrants de passer à un autre régime. Considérer qu'un niveau de protection différent en droit du travail constitue une limitation, nécessitant un fondement juridique, de la liberté des travailleurs de passer d'un Etat membre avec un niveau plus élevé à un Etat membre avec un niveau moins élevé, serait, par ailleurs, en contradiction avec les diverses directives sur le droit du travail, qui présupposent fondamentalement la possibilité pour certains Etats membres d'opter

pour un niveau de protection plus élevé, allant au-delà d'une harmonisation à minima.⁶⁷

La référence à la jurisprudence constante de la CJUE⁶⁸ n'y change rien non plus, selon laquelle la libre circulation des travailleurs protège de la perte d'avantages sociaux suite à une activité exercée dans plusieurs Etats membres.⁶⁹ Dans les cas en question, il s'est toujours agi de veiller à ce que des travailleurs migrants, qui ont été employés dans plus d'un Etat membre au cours de leur vie professionnelle et ont ainsi exercé leur droit de libre circulation, ne bénéficient pas de conditions moins avantageuses que des travailleurs ayant effectué l'ensemble de leur carrière professionnelle dans un seul Etat membre. Cette jurisprudence n'a rien à voir avec la perte d'un mandat pour un membre d'un Conseil de surveillance rattaché à l'entreprise, qui survient avec toute fin du contrat de travail. Le fait que la perte d'un mandat au Conseil de surveillance puisse être plus dure à accepter pour un salarié que la perte d'autres droits en tant que salarié, n'est pas contesté, mais cela ne joue aucun rôle parce que le droit d'éligibilité des membres du Conseil de surveillance rattachés à l'entreprise n'est pas une situation juridique que l'on pourrait découpler, sous l'angle d'une limitation de la libre circulation des travailleurs, de la légitimation persistante des travailleurs ayant le droit de vote. Le mandat au Conseil de surveillance est une fonction servant à des objectifs étrangers et n'est pas un emploi en soi, qui reviendrait comme un « bien personnel » à toute personne ayant un jour accédé à ce poste, et serait ainsi largement couvert par le droit sur la libre circulation.

Au demeurant et à l'inverse, un travailleur français ne réussirait pas non plus, après avoir quitté la maison-mère française pour rejoindre une filiale allemande, à remettre en question le caractère illégal de grèves non organisées par des syndicats en Allemagne,⁷⁰ en argumentant que cela le place en plus mauvaise posture en cas de conflit social, et rend ainsi un changement « moins attrayant », ce qui constituerait alors, tout au moins pour des travailleurs français, une « entrave au droit d'entrée ». Si, sur la question de la responsabilité de dommages résultant d'actions revendicatives, imminentes ou déjà réalisées, dans le cas d'un conflit collectif de travail, le Règlement (CE) N° 864/2007 (« Rome II ») se base, pour de bonnes raisons, sur le régime sous

63 Cf. art. 3 alinéa 1, art. 8 alinéas 1 et 2 Règlement (CE) N° 593/2008 (Règlement Rome I).

64 Avocat général Fennelly, conclusions du 16.09.1999 dans l'aff. C-198/98, recueil 2000, I-493 – Graf – n° 32 ; de même Forsthoff dans Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Le droit de l'UE), 2011, art. 45 AEUV (TFUE) n° 286.

65 CJUE du 21.10.1975 – aff. 24/75, recueil 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – n° 18/20 ; du 27.09.1988 – aff. 313/86, recueil 1988, 5391 – Lenoir/Caisse d'allocations familiales des Alpes-Maritimes – n° 15 ; Birk, ZAS 1999, 1 (5).

66 Sur l'orientation des libertés fondamentales sur le marché intérieur Hoffmann, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte (Les libertés fondamentales du Traité de la CE en tant que droits de défense de la coordination et de l'égalité), 2000, p. 41 et suiv.

67 Par ex. art. 5 Directive sur les licenciements collectifs 98/59/CE, art. 8 Directive sur les transferts d'entreprise 2001/23/CE, art. 9 Directive sur le travail intérimaire 2008/104/CE.

68 CJUE du 28.06.1978 – aff. 1/78, recueil 1975, 1149 – Petroni – n° 11/13 ; du 09.07.1980 – aff. 807/79, recueil 1980, 2205 – Gravina – n° 6 ; du 25.02.1986 – aff. 284/84, recueil 1986, 685 – Spruyt – n° 19 ; du 02.05.1990 – aff. C-293/88, recueil 1990, I-1623 – Winter-Lutzins – n° 14 ; du 07.03.1991 – aff. C-10/90, recueil 1991, I-1134 – Masgio – n° 16 et suiv.

69 Mais dans ce sens Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 113.

70 Cf. uniquement Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (Législation relative aux conflits collectifs de travail et droit de médiation), 2006, art. 6 n° 22 et suiv.

lequel l'action revendicative doit avoir lieu ou a eu lieu, ce serait méconnaître la fonction de l'art 45 TFUE que de voir dans ce principe fondamental une limitation de la libre circulation des travailleurs pour les employés qui passent à un régime plus strict en matière de conflit social.

IV. La discrimination des travailleurs étrangers

La deuxième ligne d'argumentation porte sur la question de la discrimination des travailleurs étrangers. Les avis divergent toutefois, quant à savoir quel règlement concret il convient de prendre en compte comme critère d'appréciation. Ainsi, une partie des sources retire l'aménagement de la cogestion dans l'entreprise du domaine d'application de l'art. 45 alinéa 2 TFUE et de l'art. 8 du Règlement (UE) N° 492/2011, et souhaite revenir, à la place, à l'interdiction générale de discrimination fondée sur la nationalité, conformément à l'art. 18 TFUE.⁷¹ D'autres voix se font entendre qui considèrent, en revanche, la cogestion des travailleurs au sein du Conseil de surveillance comme une « autre condition de travail » au sens de l'art. 45 alinéa 2 TFUE, et en arrivent ainsi fondamentalement à l'interdiction de discrimination⁷² ancrée dans le droit de libre circulation, du fait de la primauté de l'art. 45 TFUE sur l'art. 18 du même Traité,⁷³ ce qui est convaincant en soi au regard de la manière générale dont la CJUE⁷⁴ comprend l'art. 8 (CEE) N° 1612/68 (aujourd'hui art. 8 Règlement (UE) N° 492/2011).⁷⁵ En outre, il est affirmé qu'il existerait un principe fondamental universel de participation des personnes concernées, ancré dans le droit de l'Union, à l'aune duquel devraient pouvoir être mesurées toutes les réglementations des Etats membres se rapportant à la cogestion.⁷⁶

1. Le droit de cogestion comme une supposée discrimination des travailleurs étrangers

Malgré ces divergences dans la démarche, toutes les approches se rejoignent sur une argumentation qui est assez similaire, pour l'essentiel : le droit de

cogestion allemand n'exclut pas les étrangers en tant que tels. Mais le rattachement du droit de vote et du droit d'éligibilité au lieu de travail porte préjudice, de manière disproportionnée, à de nombreux travailleurs étrangers. D'autre part, l'interdiction de discrimination comprend aussi les discriminations indirectes. En conséquence, il y aurait déjà, dans la limitation du droit de vote et du droit d'éligibilité aux travailleurs employés en Allemagne, une discrimination inadmissible en tant que telle des travailleurs étrangers d'entreprises ou de groupes allemands, parce qu'il ne peut être fourni aucun fondement juridique à cet égard. Cette discrimination formelle se poursuivrait dans une discrimination de fond du personnel étranger, parce que les représentants allemands des travailleurs joueraient souvent de leur importance en faveur des travailleurs employés en Allemagne lors de conflits de répartition, et défavoriseraient ainsi encore plus les travailleurs étrangers (« déséquilibre de la cogestion typiquement allemande »).⁷⁷

2. Aucun impératif d'harmonisation générale

Le point de départ unanimement reconnu est que l'interdiction de discrimination ancrée dans le droit de l'Union n'oblige pas les Etats membres à harmoniser leurs systèmes juridiques dans leur ensemble.⁷⁸ Sinon, cela saperait la compétence législative restant aux Etats membres après le droit de l'Union. De plus, il manque un critère général qui permettrait de déterminer quel serait l'Etat membre prescripteur qui pourrait imposer la norme à laquelle les autres Etats membres devraient se conformer. Le simple fait que les systèmes juridiques nationaux présentent un niveau différent en matière de cogestion dans l'entreprise, ne constitue donc pas une atteinte à l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité. On ne peut balayer, avec cette seule réflexion, le reproche d'une discrimination résultant de l'exclusion du personnel étranger,⁷⁹ parce qu'il ne s'agit pas de la norme universelle de cogestion dans d'autres Etats membres, que l'on ne peut incontestablement reprocher au législateur allemand, mais uniquement du rayon d'action du droit de vote et d'éligibilité dans des entreprises ou des groupes allemands ayant une structure transfrontalière. Bien sûr, le problème est seulement cerné, mais non résolu.

3. Absence de pertinence ou pertinence limitée du marché intérieur

71 Ainsî Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (264 et suiv.) ; en approche déjà Steindorff, ZHR 141 (1977), 457 (460 et suiv.).

72 Ainsî Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, N° 138 et suiv. ; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (155 et suiv.), mais par là-même pour un recours à art. 18 AEUV (TFUE) (151) ; en outre mais équivoque Habersack, AG 2007, 641 (648).

73 Cf. uniquement CJUE du 23.02.1994 – aff. C-419/92, recueil 1994, I-505 – Scholz – n° 6 ; du 25.06.1997 – aff. C-131/96, recueil 1997, I-3659 – Mora Romero – n° 10 et suiv. ; du 29.04.2004 – aff. C-387/01, recueil 2004, I-4981 – Weigel – n° 57 et suiv. ; Franzen dans Streinz, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45 AEUV (TFUE) n° 5.

74 Cf. CJUE du 04.07.1991 – aff. C-213/90, recueil 1991, I-3507 – ASTI I – n° 20 et suiv. ; du 18.05.1994 – aff. C-213/90, recueil 1994, I-1891 – AS-TI II – n° 5 et suiv. ; du 16.09.2004 – aff. C-465/01, recueil 2004, I-8291 – Commission/Autriche – n° 30 et suiv.

75 De même Birk, RIW 1989, 6 (12) ; Coester/Denkhaus, EAS, 1999, B 2100 n° 6 ; Franzen dans Streinz, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45

76 Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 100 et suiv. ; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (158 et suiv.).

77 Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (152).

78 Hellwig/Behme, ZIP 2010, 871 (872) ; Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 239 et suiv. ; en outre par ex. CJUE du 21.10.1975 – aff. 24/75, recueil 1978, 1489 – Kenny/Insurance Officer – n° 18/20 ; von Bogdandy dans Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Le droit de l'UE), 2011, art. 18 AEUV (TFUE) n° 9 et 53 ; Epiney dans Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 4ème édition 2011, art. 18 AEUV (TFUE) n° 10 ; Fastenrath, JZ 1987, 170 (171).

79 Mais en tendance en ce sens Teichmann, supplément du ZIP 48/2009, 10 (11).

Reste à savoir s'il s'agit, avec le droit de vote et le droit d'éligibilité pour les travailleurs employés à l'étranger, d'un cas présentant une pertinence pour le marché intérieur,⁸⁰ parce que c'est uniquement dans ce cas que joue l'interdiction de discrimination du droit de l'Union.⁸¹ Ainsi, même un défenseur de la thèse du caractère illégal de la cogestion allemande par rapport au droit de l'Union indique que, dans les cas dans lesquels un salarié exerce ses fonctions dans le même Etat membre que celui dans lequel son employeur a son siège, on est en présence d'un état de faits purement national.⁸² C'est d'une telle situation dont il s'agit pourtant, au moins de prime abord, avec les travailleurs qui sont employés dans une société étrangère juridiquement indépendante. Quand une telle société, établie en France par exemple, n'est pas rattachée à un groupe et si un client allemand ne souhaite lui passer une commande importante que si les charges salariales diminuent de manière conséquente, cette situation ne peut certainement pas conférer un caractère transnational aux contrats de travail des travailleurs concernés. Il faudrait ainsi justifier pourquoi seule l'acquisition par une société allemande de la majorité de contrôle de la société française transforme alors les contrats des travailleurs en un état de faits relevant du marché intérieur, qui peut être affecté par l'interdiction de discrimination du droit communautaire. Il est évident qu'il en résulte une influence du droit des sociétés, qui dépasse les frontières des Etats membres. Néanmoins, il ne ressort, pas nécessairement du moins, de cette pertinence du marché intérieur ancrée au niveau du droit des sociétés, que les contrats de travail des travailleurs étrangers, qui n'envisagent pas eux-mêmes de passer la frontière ou ne sont juridiquement liés à un employeur étranger, présentent la pertinence nécessaire par rapport au marché intérieur.⁸³ Dans la mesure où, malgré ces circonstances, on part du principe d'un état de faits relevant du marché intérieur, il faudrait au moins avoir clairement conscience du fait que le caractère transfrontalier ne résulte ni de l'action des travailleurs travaillant à l'étranger, ni de l'action du législateur allemand,⁸⁴ mais uniquement de l'action

d'entreprises. Cela soulève déjà la question de savoir si cette argumentation basée sur le droit européen va dans le bon sens, qui aboutit à ce que des entreprises activent l'interdiction de discrimination précisément fondée sur la nationalité des travailleurs par l'acquisition ou la cession de majorités de contrôle dans des sociétés étrangères, et puissent ainsi activer et désactiver la cogestion dans l'entreprise comme on allumerait et éteindrait une lampe de poche.

4. La compétence législative limitée du législateur allemand

Une autre objection, que l'on peut faire par rapport à ceux qui considèrent que l'exclusion du personnel étranger dans la législation allemande sur la cogestion est contraire au droit de l'Union, résulte de l'appréciation de la CJUE qui considère que les limites de la compétence législative des Etats membres marquent en même temps les limites de l'interdiction de discrimination.⁸⁵ La CJUE a ainsi exposé en la matière que l'on ne peut reprocher aux règles de droit des Etats membres d'être discriminatoires parce qu'elles n'impliquent pas les états de faits qui se situent en dehors du pouvoir de souveraineté de l'Etat membre concerné.⁸⁶ Cela soulève le problème des possibilités dont dispose le législateur allemand, selon les règles du droit international public, pour étendre la cogestion dans l'entreprise au personnel étranger. Pour cette question, dont on débat souvent sous le mot d'ordre du « principe de territorialité », il faut partir des principes fondamentaux suivants :⁸⁷ d'un côté, une réglementation nationale peut tout à fait s'étendre à des états de faits étrangers, dans la mesure où il existe un « lien réel », à savoir une relation suffisante. De l'autre, le « principe du lien réel » n'est pas une carte blanche pour imposer aux sujets de droit, qui sont fondamentalement assujettis à une puissance étatique étrangère, des obligations juridiques depuis l'Allemagne et s'ingérer ainsi dans la souveraineté de l'autre Etat. C'est pourquoi le droit international public n'accepte que dans des circonstances très limitées, quand il ne le refuse pas totalement, que des sociétés de groupes à l'étranger puissent devenir destinataires d'obligations.⁸⁸

Dans ce contexte, une partie des sources ne voit aucun problème à intégrer les travailleurs des fi-

80 Sur l'exclusion des états de faits purement nationaux du domaine d'application de l'interdiction de discrimination du droit communautaire, cf. uniquement Epiney dans Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 4ème édition 2011, art. 18 AEUV (TFUE) n° 31 et suiv. et autres références.

81 Manifestement aussi sceptique sur ce point Wißmann dans Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht (Le droit de cogestion), 4ème édition 2011, préambule n° 63b.

82 Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 87.

83 En ce sens aussi Nienerza, Unternehmerische Mitbestimmung in grenzüberschreitenden Konzernen (La cogestion dans les groupes transfrontaliers), 2005, p. 63.

84 Autre perspective Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 104 et suiv., qui essaie de déduire le caractère transfrontalier de l'implication de filiales allemandes par la MitbestG, bien que le législateur allemand ait exclu précisément les filiales étrangères.

85 Plus en détail sur ce sujet Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (La notion de discrimination dans le droit communautaire), 2003, p. 111 et suiv.

86 Cf. CJUE du 14.07.1994 – aff. C-379/92, recueil 1994, I-3453 – Peralta – n° 47.

87 En détail Ziegenhain, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses (Application extraterritoriale du droit et l'importance de l'exigence du lien réel), 1992, p. 1 et suiv., 21 et suiv.

88 C'est ce qu'en déduit par ex. F.A. Mann, SJZ 82 (1986), 21 (26) ; plus en détail Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht (Jurisdiction extraterritoriale dans le droit des affaires public), 1993, p. 509 et suiv.

liales étrangères dans la cogestion allemande.⁸⁹ Pour elles, il s'agit uniquement d'octroyer aux travailleurs employés à l'étranger une situation juridique avantageuse en leur accordant le droit de vote et le droit d'éligibilité. Cette manière de voir les choses ne va pas assez en profondeur. En fait, cela revient inévitablement à imposer des charges considérables au patronat, qui est responsable de la tenue des élections. Cela apparaît très clairement à la lecture des régimes électoraux complexes dont est assortie la loi sur la cogestion (MitbestG). On peut donc, pour le moins, douter de la légitimité du législateur allemand à imposer de telles charges à des sociétés étrangères en tant qu'obligations juridiques applicables par voie de justice, au seul titre qu'elles sont dominées par des maisons-mères allemandes.⁹⁰ Le fait que l'influence du secteur de l'économie privée ne s'arrête pas aux frontières nationales ne signifie pas pour autant que l'influence de l'État va également aussi loin.⁹¹ On ne peut pas échapper à ce problème en demandant au législateur allemand de créer une solution négociée sur la base de laquelle les représentants de l'ensemble du personnel de l'entreprise ou du groupe pourraient conclure un accord de cogestion avec l'employeur.⁹² Même avec une telle approche, il faut quand même un cadre de réglementation de l'État, notamment pour déterminer le mode de représentation du personnel travaillant à l'étranger. Au regard de la grande disparité des structures de défense collective des intérêts des travailleurs dans les différents Etats membres, on ne peut pas transposer telles quelles les structures de représentation allemandes par ex. à des sociétés à l'étranger. Le recours aux mécanismes indiqués dans la Directive SE⁹³, et qui sont également valables pour la fusion transfrontalière,⁹⁴ ne constitue pas non plus une solution acceptable.⁹⁵ Le fait que les Etats membres soient tombés d'accord sur une réglementation transnationale pour la cogestion dans l'entreprise dans certains cas précis, ne confère à aucun de ces Etats membres le pouvoir juridique d'étendre de tels ré-

glements à d'autres situations, sans tenir compte de l'avis des autres Etats membres.⁹⁶ Mais si l'on empêche déjà fondamentalement le législateur allemand de s'immiscer dans les détails dans les systèmes juridiques des autres Etats membres de l'Union européenne avec des règlements liés aux élections,⁹⁷ on ne saurait juger une même retenue de sa part comme une discrimination inadmissible selon le droit de l'Union.⁹⁸

On ne pourrait certes pas avancer l'objection de manque de compétence réglementaire dans le cas d'un rattachement au pouvoir de direction du groupe allemand⁹⁹, mais cela n'est possible que dans certaines situations bien précises,¹⁰⁰ et cela engendre de nouvelles inégalités. Il en va de même pour une différenciation selon laquelle seules les personnes employées durablement dans des succursales dépendantes à l'étranger pourraient être intégrées dans la cogestion dans l'entreprise allemande, d'autant plus qu'il ne s'agirait que d'une correction minimale si l'on considère la pratique courante qui consiste à créer des sociétés étrangères. Par ailleurs, une simple ouverture des lois allemandes relatives à la cogestion pour permettre aux représentants des travailleurs employés en Allemagne d'accorder le droit de vote et le droit d'éligibilité aux travailleurs employés à l'étranger, via un accord intégrant les employeurs à l'étranger, n'affecte pas les droits de souveraineté étrangers.¹⁰¹ Cependant, on ne peut considérer comme une discrimination des travailleurs, interdite en droit communautaire, le simple fait que le législateur allemand ne complète pas expressément une loi à caractère contraignant par des éléments supplémentifs, qui permettraient au patronat et aux travailleurs (allemands) de trouver un accord à leur gré en faveur des travailleurs à l'étranger.

5. Les particularités des discriminations uniquement indirectes

Finalement, dans le cas de l'exclusion du personnel étranger, personne ne conteste qu'il ne s'agit en aucun cas d'une différenciation fondée sur la nationalité, mais tout au plus d'une discrimination indirecte (« dissimulée »). Dans un premier temps, il est également incontestable que le rattachement du droit de vote et du droit d'éligibilité à l'appartenance à l'entreprise, qui ne constitue pas en soi un critère

89 Ainsi déjà Däubler, RabelsZ 39 (1975), 444 (453) ; Duden, ZHR 141 (1977), 145 (182) ; Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? (La codécision des travailleurs – Un droit fondamental européen ?), 2009, p. 239 et suiv. ; Lutter, ZGR 1977, 195 (208) ; Steindorff, ZHR 141 (1977), 457 (459 et suiv.) ; de plus Großfeld dans Staudinger, réédition 1998, Internationales Gesellschaftsrecht (Droit international des sociétés) n° 525.

90 Par ex. la Commission sur la modernisation de la cogestion dans l'entreprise allemande (« Biedenkopf II »), 2006, p. 36 ; Henssler dans GS Heinze, 2005, S. 333 (342) ; Jacobs, supplément du ZIP 48/2009, 18 (21) ; Lubitz, Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung (Sécuriser et moderniser la cogestion dans l'entreprise), 2005, p. 142 ; de même Habersack, AG 2007, 641 (648) ; avec des doutes aussi Bellstedt, BB 1977, 1326 (1328).

91 Mais c'est apparemment ce que dit Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (161).

92 Ainsi Habersack, AG 2007, 641 (648 et suiv.) ; dans ce sens aussi Hommelhoff, ZGR 2010, 48 (62).

93 Art. 3 Directive 2001/86/CE.

94 Art. 16 alinéa 3 Directive 2005/56/CE.

95 Mais c'est ce que dit Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (267).

96 Ainsi non convaincant Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 365 et suiv.

97 Dans le même sens Hommelhoff, ZGR 2010, 48 (61).

98 Perspective différente Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (265 et suiv.) ; Rieble/Latzel, Eu-ZA 2011, 145 (161 et suiv.) ; de même Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 364 : « Les considérations de praticabilité n'intéressent guère dans le droit de l'Union... ».

99 Ainsi Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (266 et suiv.).

100 De même Habersack, AG 2007, 641 (648).

101 Cf. la Commission sur la modernisation de la cogestion dans l'entreprise allemande (« Biedenkopf II »), 2006, p. 35 et suiv.

de différenciation inamissible en droit communautaire, aboutit à ce que la non-intégration du personnel étranger touche au final majoritairement des travailleurs étrangers.¹⁰² Toutefois, cela est loin d'être suffisant pour déduire de ce constat et sans autre approfondissement qu'il y a une discrimination inadmissible du point de vue du droit de l'Union.¹⁰³

Il convient de rappeler, dans un premier temps, que le concept juridique de la discrimination indirecte a été développé par la CJUE dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, en premier lieu pour s'attaquer à des dispositions réglementaires de droit national, dont la teneur pouvait avoir des conséquences particulièrement désavantageuses pour les travailleurs migrants.¹⁰⁴ Par contre, en ce qui concerne les travailleurs employés dans des succursales ou des filiales étrangères, il s'agit pratiquement exclusivement de main-d'œuvre locale.

Il faut savoir ensuite que, dans sa jurisprudence constante, la CJUE limite une discrimination considérée comme telle en droit communautaire aux seuls cas dans lesquels des règlements différents sont appliqués à des situations similaires, ou lorsque le même règlement est appliqué à des situations différentes.¹⁰⁵ Au sens strict, il n'y a pas de telle situation en ce qui concerne le personnel à l'étranger parce que le législateur allemand n'applique pas des règlements différents (règlements élaborés par lui-même) à des situations comparables, mais s'abstient tout simplement d'étendre les lois allemandes sur la cogestion aux travailleurs employés à l'étranger, à savoir s'abstient de toute réglementation à caractère normatif.

De plus, toute discrimination indirecte présuppose une inégalité de traitement pour des états de faits comparables. A cet égard, la formation correcte de groupes de référence ou la formation d'un tertium comparationis est un aspect central si l'on entend appliquer l'interdiction de discrimination.¹⁰⁶ Les tenants de la thèse du caractère illégal de la cogestion allemande par rapport au droit de l'Union présupposent tout simplement que la société ou le groupe forme le lien qui doit automatiquement mener à une égalité de traitement fondamentale en ce qui concerne le droit de vote et d'éligibilité au Conseil de surveillance. En fait, la situation de départ est nettement plus problématique. Pour ne pas préjuger du résultat et éviter de lui porter préjudice, il est conseillé de lire attentivement, dans le droit de l'Union, les appréciations qui peuvent procurer des éclaircissements sur la commune mesure à laquelle se réfère le droit européen lui-même. Comme il s'agit de l'élection de représentants des travailleurs, il faut consulter en premier lieu l'art. 8 du Règlement (UE) N° 492/2011.¹⁰⁷ Ce règlement, qui concrétise l'interdiction de discrimination de l'art. 45 alinéa 2 TFUE,¹⁰⁸ prescrit, par rapport à la défense collective des intérêts des travailleurs, et cela est digne d'être remarqué, un droit à l'égalité de traitement uniquement lorsqu'il s'agit d'un travailleur qui possède la nationalité d'un Etat membre et qui travaille sur le territoire national d'un autre Etat membre. Il n'est pas prescrit d'égalité de traitement pour les cas dans lesquels un travailleur est employé (durablement) en dehors du territoire national. Il faut voir dans cette disposition réglementaire l'expression de l'idée que c'est le principe du lieu de travail qui doit s'appliquer à la défense collective des intérêts des travailleurs, à savoir chaque travailleur doit bénéficier sur son lieu de travail, indépendamment de sa nationalité, de la protection que lui offrent les structures de représentation qui se sont formées au fil de l'histoire sociale dans l'Etat membre concerné. Par contre, l'interdiction de discrimination ne veut pas obliger les Etats membres à exporter des éléments de leur droit collectif du travail pour proposer le même niveau de protection aux travailleurs em-

102 Petite remarque annexe : sans imputation au groupe, ni les travailleurs des filiales étrangères, ni ceux des filiales allemandes n'auraient le droit de vote et du droit d'éligibilité. Si la maison-mère allemande atteint, par elle-même, déjà le seuil, la non-imputation ne changerait rien à la cogestion paritaire, bien que les représentants des travailleurs au Conseil de surveillance participeraient aussi dans ce cas aux décisions ayant un impact sur l'ensemble du personnel du groupe. Pourtant, on ne pourra guère déduire du droit communautaire qu'un législateur d'un Etat membre, qui introduit une cogestion dans l'entreprise, doivent obligatoirement prévoir l'imputation au groupe pour garantir aussi la représentation du personnel étranger, qui, de manière typique, travaille dans des filiales juridiquement indépendantes.

103 De manière générale déjà Birk, RIW 1989, 6 (12) ; Ebenroth/Sura, ZHR 144 (1980), 610 (613) ; Lutter dans FS Zweigert, 1981, p. 251 (261) ; Schubert, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung (Cogestion dans l'entreprise et interdépendance économique internationale), 1984, p. 99 et suiv.

104 Cf. CJUE du 08.05.1990 – aff. C-175/88, recueil 1990, I-1779 – Biehl – n° 14 ; du 28.01.1992 – aff. C-204/90, recueil 1992, I-249 – Bachmann – n° 9 ; du 23.05.1996 – aff. C-237/94, recueil 1996, I-2617 – O'Flynn – n° 20 et suiv. ; Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (La notion de discrimination dans le droit communautaire), 2003, p. 137 et suiv. ; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht (Droit du travail dans l'UE), 2009, art. 3 n° 33.

105 Cf. CJUE du 14.02.1995 – aff. C-279/93, recueil 1995, I-225 – Schumacker – n° 30 ; du 22.03.2007 – aff. C-383/05, recueil 2005, I-2555 – Talotta – n° 18 ; du 18.12.2007 – aff. C-341/05, recueil 2007, I-11767 – Laval – n° 115.

106 Plus détaillé Fabis, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gem. Art. 48 EG-Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht (Les répercussions de la libre circulation des travailleurs selon l'art. 48 du Traité de la CE sur les conditions d'emploi dans le droit national), 1995, p. 52 et suiv. ; Görlitz, Struktur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten (Structure et importance du concept juridique de la discrimination indirecte dans le système des libertés fondamentales), 2005, p. 238 et suiv. ; Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht (La notion de discrimination en droit communautaire), 2003, p. 41 et suiv., 136 et suiv.

107 Ainsi aussi Birk, RIW 1989, 6 (12) sur le règlement précédent de l'art. 8 Règlement (CEE) N° 1612/68.

108 Cf. Brechmann dans Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 4ème édition 2011, art. 45 AEUV (TFUE) n° 4 ; Franzen dans Streinz, EUV/AEUV (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45 AEUV (TFUE) n° 11 et suiv. ; sur le lien entre la garantie de droit primaire et de droit dérivé cf. aussi Coester/Denkhaus, EAS, 1999, B 2100 n° 6.

ployés dans d'autres Etats membres. Ce principe fondamental doit aussi s'appliquer quand il s'agit des conditions de travail dans une entreprise transnationale. Si l'on classe, comme il se doit, la cogestion des travailleurs dans l'entreprise dans les conditions de travail pour activer l'interdiction de discrimination selon le droit relatif à la libre circulation des travailleurs, on ne peut pas, en même temps, changer de niveau lors de la question de la formation de groupes de référence et ne plus argumenter ensuite qu'avec le droit des sociétés, en invoquant le pouvoir homogène de la direction du groupe d'entreprise, qui touche de la même manière toutes les personnes appartenant aux effectifs du groupe.

6. Raisons de fond pour un traitement indirectement discriminatoire

Même si l'on ne respecte pas cet aspect, le résultat est pourtant incontestable : tout traitement indirectement discriminatoire ne peut pas être automatiquement traité comme une discrimination inadmissible. Certes, la jurisprudence de la CJUE n'est pas toujours très précise quand il s'agit de concrétiser le concept juridique de la discrimination indirecte. Ces imprécisions concernent, d'une part, le rapport entre la comparabilité et le fondement juridique¹⁰⁹ ainsi que, d'autre part, la question de savoir si une discrimination indirecte, liée au critère de la nationalité, n'est pas déjà exclue dès lors qu'un rattachement apparemment neutre est basé sur des considérations objectives, qui ne dépendent pas de la nationalité et qui présentent un rapport approprié par rapport à l'objectif légitime poursuivi par le droit national,¹¹⁰ ou s'il faut que soient réunies des raisons impératives d'intérêt général, et que le règlement national doit être approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif de réglementation concerné.¹¹¹ Au final, il s'agit d'être en présence de raisons de fond ayant un tel poids qu'elles légitiment un traitement différencié, même si des travailleurs étrangers sont plus fortement concernés que des travailleurs allemands.¹¹²

Dans ce contexte, il faut chercher la réponse à la question sur l'éventuel caractère discriminatoire de la cogestion allemande dans l'entreprise, ainsi que de toutes les autres réglementations équivalentes d'autres Etats membres, dans la manière dont le

droit de l'Union différencie l'organisation du travail dans l'Union européenne et l'organisation du travail dans les Etats membres.¹¹³ Si le droit allemand ne copie que les lignes qui sont à la base de la coordination entre ces deux niveaux, torpiller ce concept ne peut pas être le sens poursuivi par l'interdiction de discrimination. Sur ce sujet, il faut tout d'abord retenir qu'il relève de la compétence des Etats membres de prescrire aux entreprises opérant sur leur territoire national la forme sous laquelle les employeurs et les travailleurs (le « capital » et le « travail ») doivent régler leurs conflits d'intérêts. Par contre, c'est à l'Union qu'il incombe de veiller, par le biais d'actes du droit communautaire dérivé, à l'harmonisation des réglementations nationales, et de créer un cadre juridique approprié pour la participation des travailleurs, notamment pour les entreprises opérant dans plusieurs Etats membres, comme cela a surtout été le cas avec la Société européenne¹¹⁴ et le Comité d'entreprise européen^{115, 116}. L'interdiction de discrimination n'entend pas devancer les intentions de cette action politique voulue par le législateur communautaire,¹¹⁷ ni établir des règlements spécifiques pour les entreprises opérant en Europe, qui ne peuvent s'appuyer que sur les conceptions sociopolitiques des différents Etats membres.¹¹⁸ Pourtant, c'est précisément cela que l'on obtient dans la conséquence de l'avis contraire, qui vise à transnationaliser la cogestion dans l'entreprise via le levier de l'interdiction de discrimination du droit communautaire, et à s'immiscer ainsi dans le domaine réservé au législateur communautaire.

7. Problèmes subséquents

En outre, il serait inconséquent d'en rester à la cogestion des travailleurs dans l'entreprise. Il faudrait plutôt, dans cette tentative d'extension des systèmes de droit du travail nationaux à des entreprises transnationales via l'interdiction de discrimination, faire aussi entrer en ligne de compte les autres options « d'expression » des travailleurs par rapport aux décisions de la direction, parce qu'il s'agit essentiellement d'une question de constellations du pouvoir politique et d'aléas historiques au sein des différents Etats, quand on regarde comment les travailleurs peuvent exprimer leurs intérêts, soit par le

109 Plus en détail Plötscher, *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (La notion de discrimination en droit communautaire), 2003, p. 64 et autres références.

110 Ainsi par ex. CJUE du 11.02.1974 – aff. 152/73, recueil 1974, 153 – Sotgiu – n° 13 ; du 23.05.1996 – aff. C-237/94, recueil 1996, I-2617 – O'Flynn – n° 19 ; du 07.05.1998 – aff. C-350/96, recueil 1998, I-2521 – Clean Car Autoservice – n° 31 ; du 15.03.2005 – aff. C-209/03, recueil 2005, I-2119 – Bidar – n° 19.

111 Ainsi par ex. Franzen dans Streinz, *EUV/AEUV* (TUE/TFUE), 2ème édition 2012, art. 45 AEUV (TFUE) n° 84 en se référant à CJUE du 31.03.1993 – aff. C-31/92, recueil 1998, I-1663 – Kraus – n° 32, où il s'agissait du caractère d'interdiction de limitation de l'art 45 TFUE.

112 De même dans son approche Hellwig/Behme, *AG* 2009, 261 (265).

113 A ce sujet aussi Rödl dan von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht* (Droit constitutionnel de l'UE), 2ème édition 2009, p. 855 (888 et. suiv.).

114 Directive 2001/86/CE.

115 Directive 2009/38/CE (auparavant Directive 94/45/CE).

116 De même l'approche de la Directive sur la fusion internationale Directive 2005/56/CE.

117 Cf. à ce sujet aussi Kischel, *EuGRZ* 1997, 1 (7), qui refuse expressément un lien avec le principe de l'égalité de traitement du droit communautaire pour des actions dans le domaine de compétences non exercées par l'Union.

118 De même apparemment Rödl dans von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht* (Droit constitutionnel de l'UE), 2ème édition 2009, p. 855 (899 et. suiv.), toutefois sans thématiser expressément l'interdiction de discrimination. Pour une réglementation décentralisée dans le domaine de la cogestion des travailleurs Fleischer, *ZGR* 2012, 160 (176).

biais de formes de participation institutionnalisées, soit par des actions collectives. Ainsi, une extension de la cogestion allemande à des entreprises transnationales avec des succursales ou des filiales françaises devrait-elle logiquement mener à ce que l'ensemble du personnel du groupe puisse, dans tous les cas en cas de conflits de répartition transfrontaliers, se réclamer uniformément du droit de grève français, pour éviter d'en arriver à une situation de « déséquilibre de grève des gaulois », et par là-même à une discrimination des travailleurs allemands. Cette argumentation poussée à l'extrême montre que le système de relations industrielles dans chaque Etat membre se compose d'une multitude d'éléments interconnectés. C'est méconnaître la fonction des interdictions de discrimination du droit de l'Union que de s'en servir pour prélever certains composants des systèmes nationaux afin de créer un droit spécial du travail uniforme pour les sociétés ou les groupes opérant de manière transnationale, droit orienté sur le système juridique d'origine faisant foi pour la tête de la société ou du groupe.¹¹⁹ Certes, le concept de solution négociée et de modèle de participation du droit de l'Union, tel qu'on le trouve dans la SE et la fusion internationale, peut aussi conduire, au final, à ce que les structures de participation d'Etats membres s'imposent à des relations de travail d'autres Etats. Mais dans un tel cas, cette action est légitimée par un acte de droit communautaire dérivé – exigeant fondamentalement l'unanimité¹²⁰ – et n'est pas octroyée aux Etats membres par une extension excessive de l'interdiction de discrimination.

C'est pour cette raison que le supposé principe fondamental de l'égalité de traitement de tous les travailleurs,¹²¹ ancré dans le droit de l'Union, manque de solidité dans la cogestion dans l'entreprise. Il est dans tous les cas souhaitable de surmonter « l'introversio nationale »¹²² de la cogestion des travailleurs dans l'entreprise. Toutefois, cela appelle une décision politique de la part du législateur européen, qui doit répondre à la question de savoir jusque dans quelle mesure la structure des relations collectives de travail doit être modifiée dans les différents Etats membres. On ne saurait remplacer la concertation nécessaire des intérêts des Etats membres en faisant intervenir, de manière extensive, les interdictions de discrimination, pour établir des régimes juridiques spéciaux pour toutes les entreprises opérant de manière transnationale, ce qui

pourrait entraîner des tensions considérables au niveau des autres relations de travail nationales dans les pays destinataires d'investissements étrangers.

V.L'atteinte à la liberté d'établissement

La non-intégration du personnel étranger dans la cogestion allemande est parfois aussi qualifiée d'éventuelle violation de la liberté d'établissement (art. 49, 54 TFUE).¹²³ Toutefois, déjà l'approche de raisonnement n'est pas très claire, parce que c'est la société en tant que telle qui est l'organisme responsable de la liberté fondamentale, mais pas des organes individuels de la société, voire uniquement certains membres de ses organes. Si, au sein d'un Conseil de surveillance cogéré, il faut convaincre d'autres membres pour imposer un transfert du siège social, ou s'il s'avère impossible de prendre une telle décision, il s'agit alors d'une formation d'opinion interne à la société, mais pas d'une limitation de la liberté d'établissement.

VI. L'atteinte à la libre circulation des capitaux

Enfin, certaines personnes affirment que l'exclusion des travailleurs étrangers de la cogestion au Conseil de surveillance porterait préjudice à la libre circulation des capitaux (art. 63 TFUE).¹²⁴ Comme le rayon d'action du droit de vote et du droit d'éligibilité ne change rien au poids total de l'influence des travailleurs, on ne voit même pas comment on pourrait seulement envisager qu'un investisseur étranger puisse se désintéresser de l'acquisition de parts dans une société allemande du simple fait que seul le personnel allemand, et non étranger, est représenté au Conseil de surveillance.¹²⁵

VII. Les conséquences juridiques

Etant donné que, ainsi que cela a été exposé, la limitation du domaine d'application de la cogestion allemande au personnel allemand ne peut être considérée comme une discrimination des travailleurs de sociétés ou de groupes allemands employés à l'étranger, qui serait inadmissible selon le droit de l'Union, il ne sera abordé, dans ce qui suit, que très brièvement les conséquences juridiques qui résulteraient du fait que l'on défende un autre point de vue sur la question.

Comme déjà indiqué en début d'article, la doctrine suppose, en partie, que, sous réserve d'une nouvelle réglementation légale, il ne faudrait plus appliquer les réglementations allemandes lors des prochaines élections au Conseil de surveillance, du fait de la primauté d'application du droit européen, incontestée en soi. Selon les défenseurs de ce point de vue, il faudrait nommer aux Conseils de surveillance, lors de toutes les nouvelles élections, uniquement des représentants des porteurs de parts. En

119 A demi-mot aussi la Commission sur la modernisation de la cogestion dans l'entreprise allemande (« Biedenkopf II »), 2006, p. 37.

120 Cela vaut dans tous les cas pour la promulgation de règlements sur la base de l'art. 153 alinéa 1 lettre f, alinéa 2 phrase 3, 352 TFUE.

121 Cf. Latzel, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 100 et suiv. ; Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (158 et suiv.).

122 Ainsi Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? (La codécision des travailleurs – un droit fondamental européen ?), 2009, p. 238.

123 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270).

124 Meilicke, GmbHHR 2003, 793 (805) ; de même Hirte dans Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften (Sociétés transfrontalières), 2ème édition 2006, art. 1 n° 51.

125 Ainsi aussi Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270).

outre, une procédure en constatation d'état pourrait être introduite à tout moment au sens de l'art. 98 de la loi sur les sociétés anonymes AktG.¹²⁶

Une telle conséquence juridique irait toutefois bien trop loin par rapport au but poursuivi. Si l'on pense que l'exclusion des travailleurs qui sont employés à l'étranger est contraire au droit de l'Union, alors seule l'exclusion en tant que telle peut logiquement échoir à l'impératif de non-application résultant du droit européen.¹²⁷ Sur ce point, est valable la même chose que dans l'affaire *Kücükdeveci* pour le calcul des délais de préavis prolongés conformément à l'art. 622 alinéa 2 phrase 2 du Code civil allemand (BGB), dans laquelle seule la non-prise en compte des périodes d'emploi des travailleurs plus jeunes, et non pas, par ex., le prolongement des délais de préavis en soi, est soumise au verdict d'inapplicabilité.¹²⁸ Certes, il manque, dans le cas présent, une norme juridique explicite que l'on pourrait tout simplement déclarer inapplicable. Mais cela n'empêche pas de corriger, le cas échéant, l'interprétation prévalant sur le rayon d'action de la cogestion allemande.¹²⁹ On ne peut, en aucun cas, déduire de « l'effet utile » qu'une réglementation d'un Etat membre devient toujours inapplicable dans sa totalité dès lors que l'on découvrirait même juste un aspect partiel qui serait discriminatoire. En outre, une argumentation qui suspend tout simplement la cogestion des travailleurs dépendants, en évoquant la défense des intérêts des travailleurs, pour laisser le champ libre aux seuls porteurs de parts, ne tombe pas sous le sens. De même, la restriction aux seules affaires nationales de la compétence des représentants des travailleurs ayant déjà un mandat au Conseil de surveillance,¹³⁰ n'est pas une solution praticable, notamment du fait qu'il est pratiquement impossible de séparer, de manière juridiquement sûre, les questions d'importance transfrontalière et celles concernant uniquement l'Allemagne.¹³¹

Dans la mesure où l'on défend, avec de bonnes raisons, l'idée qu'il ne suffit pas, dans le cas d'une discrimination supposée, de simplement changer l'opinion dominante sur l'exclusion du personnel étranger, mais que le législateur allemand doit édicter des réglementations spécifiques pour permettre d'intégrer les travailleurs employés à l'étranger, la majeure partie des éléments jouerait de toute façon en faveur d'une suspension de l'effet d'éviction du

droit de l'Union de manière analogue à l'art. 264 alinéa 2 TFUE, avec un délai donné au législateur national pour adapter son propre droit aux prescriptions du droit communautaire.¹³² A cet égard, si l'on attire l'attention sur l'obligation des autres Etats membres à garantir la tenue de telles élections sur leur territoire national respectif,¹³³ le résultat montre bien sûr à nouveau que cela dépasse les possibilités du législateur allemand que d'instaurer des conditions collectives de travail uniformes et transfrontalières pour les sociétés transnationales ayant leur siège en Allemagne. C'est pour cela qu'il ne faut interpréter d'emblée l'interdiction de discrimination du droit communautaire comme empêchant les différents Etats membres de décider de manière autonome, pour les sociétés opérant dans plusieurs pays, de la manière dont ils doivent réglementer les relations de travail ayant lieu sur leur propre territoire.

VIII Résumé

La thèse, maintes fois défendue ces derniers temps relative au caractère illégal que représenterait, aux yeux du droit de l'Union, la non-intégration du personnel étranger de sociétés ou de groupes allemands dans la cogestion dans l'entreprise en Allemagne, n'est pas convaincante. En ce qui concerne la question d'une limitation de la libre circulation des travailleurs employés sur le territoire national, il manque un lien spécifique entre la perte du mandat et un événement transfrontalier. De même il est fait fausse route en supposant une discrimination des travailleurs employés à l'étranger. L'interdiction de discrimination du droit communautaire est étendue de manière excessive lorsque l'on entend en déduire des règlements spéciaux de droit du travail pour les entreprises transnationales. Les défis posés au droit collectif du travail dans les Etats membres par les activités transfrontalières des entreprises, doivent être surmontés par des actes de droit communautaire dérivé, et non en se servant de l'interdiction de discrimination comme d'une « pince-monseigneur »¹³⁴.

126 Hellwig/Behme, AG 2009, 261 (270 et suiv.).

127 En outre, on ne pourrait guère faire autrement, dans ce cas, que d'intégrer le personnel étranger dans le calcul des seuils, cf. Heuschmid, *Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?* (La codécision des travailleurs – un droit fondamental européen ?), 2009, p. 238.

128 CJUE du 19.01.2010 – aff. C-555/07, recueil 2010, I-365 – *Kücükdeveci* – aff. 51 ; Cour fédérale allemande du travail du 09.09.2010 – 2 AZR 714/08, NZA 2011, 343.

129 Teichmann, ZIP 2010, 874 (875) ; de plus Latzel, *Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung* (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 743 et suiv.

130 Envisagé par Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (166).

131 De même Latzel, *Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung* (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 759.

132 Cf. Rieble/Latzel, EuZA 2011, 145 (167).

133 Latzel, *Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung* (L'égalité dans la cogestion dans l'entreprise), 2010, n° 747.

134 Sur le modèle de Schack, ZJP 1995, 47.

[ARMOIRIES] TRIBUNAL RÉGIONAL¹ DE BERLIN ORDONNANCE JUDICIAIRE

Référence du dossier : 102 O 65/14 AktG²

Dans la procédure conformément aux articles 98 et 99 AktG opposant

Les parties suivantes :

1. XX ,

Demanderesse,

- Mandataires de procédure :

MaîtresXX, -

2. XX ,

Défenderesse,

- MandaXX, -

3. XX ,

la Chambre commerciale 102 du Tribunal régional de Berlin a rendu son ordonnance le 1er juin 2015, suite à l'audition du 12 mai 2015, le tribunal étant réuni en la personne du juge près le tribunal régional présidant la séance, Monsieur XX, du juge en matière commerciale Monsieur XX et de la juge en matière commerciale Madame XX :

Les demandes de la demanderesse sont rejetées.

AVR1

La défenderesse assumera les frais de procédure à hauteur de 50 000,00 EUR. les frais des parties ne sont pas remboursés.

Motifs

I. Les parties contestent la composition du Conseil de surveillance existant chez la défenderesse.

La défenderesse est une société de tourisme dont le siège statutaire est situé à Berlin (Allemagne) et XX. Elle est inscrite au Registre du commerce auprès du Tribunal régional de Berlin-Charlottenburg sous le numéro HRB XX et auprès du Tribunal régional de XX sous le numéro HRB XX. Les actions de la défenderesse sont cotées dans le segment Prime Standard de la Bourse allemande Deutsche Börse, et la société fait également partie de l'indice MDAX.

La défenderesse est la société dominante du groupe XX, groupe de tourisme leader au niveau mondial. Le siège central du groupe se trouve à XX.

Selon le rapport d'activité 2013/2014, la défenderesse et les entreprises rattachées au groupe employaient environ 77 309 personnes dans le monde fin septembre 2014, dont près de 10 100 en Allemagne, et environ 40 000 salariés dans d'autres pays de l'Union européenne, dont une majorité en Grande-Bretagne.

Le Conseil de surveillance de la défenderesse est actuellement constitué de 20 personnes au total, conformément à l'art. 11 alinéa 1 phrase 1 des sta-

tuts de la défenderesse, dans leur version du 9 décembre 2014. En vertu des dispositions de la loi allemande sur la cogestion (MitbestG), l'organe est composé de dix membres représentant les porteurs de parts et de dix membres représentant les salariés.

La demanderesse est actionnaire de la défenderesse depuis le milieu de l'année 2014. Selon elle, la composition du Conseil de surveillance de la défenderesse n'est pas correcte, car les dispositions allemandes relatives à la cogestion dans l'entreprise, selon lesquelles seuls les salariés travaillant en Allemagne disposent d'un droit de vote et d'un droit d'éligibilité lors des élections de représentants des salariés au Conseil de surveillance, sont contraires au droit de l'Union européenne. En conséquence, la demanderesse considère que la loi sur la cogestion n'est pas applicable, si bien que le Conseil de surveillance de la défenderesse devrait uniquement être composé de représentants des porteurs de part.

Elle a fait part de son opinion juridique au Directoire de la défenderesse par courrier du 17 juillet 2014. La défenderesse lui a répondu par courrier du 29 juillet 2014, en lui indiquant que la composition actuelle de son Conseil de surveillance répondait aux dispositions légales faisant foi au sens de l'art. 97 alinéa 1 AktG,³ en l'absence de jurisprudence des juridictions suprêmes allemandes ou européennes qui pourrait entraîner la non-applicabilité des dispositions de la loi allemande sur la cogestion.

Dans la présente procédure, la demanderesse recherche confirmation de son interprétation du droit. Selon elle, la loi sur la cogestion n'étant pas applicable dans sa totalité, et dans tous les cas les dispositions concernant les membres du Conseil de surveillance représentant les salariés conformément aux articles 9 et suivants MitbestG⁴, en raison de l'atteinte portée au droit de l'Union de rang supérieur, ce n'est pas l'art. 96 alinéa 1 var. 1 AktG, mais l'art. 96 alinéa 1 var. 6 AktG qui fait foi pour la composition du Conseil de surveillance de la défenderesse. Le Conseil de surveillance de la défenderesse devrait donc uniquement être composé de représentants des porteurs de parts jusqu'à ce qu'ait lieu un remaniement du droit sur la cogestion, pour le rendre conforme au droit de l'Union.

Selon la demanderesse, la procédure en constatation d'état est recevable car il s'agit du seul type de procédure permettant d'éclaircir les questions de droit soulevées. Il importerait peu, en la matière, de savoir sur quoi elle appuie son opinion juridique, selon laquelle la loi allemande sur la cogestion n'est pas applicable au Conseil de surveillance de la défenderesse.

Le fait que les salariés d'entreprises allemandes assujetties à la cogestion, travaillant dans d'autres

1 NDLT - Landgericht / Tribunal régional : correspond approximativement au Tribunal de Grande Instance en France
2 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes

3 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes
4 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

Etats membres de l'UE, n'aient pas de droit de vote et de droit d'éligibilité contrairement à leurs collègues travaillant en Allemagne, constitue, selon la demanderesse, une discrimination indirecte fondée sur la nationalité, et porte donc atteinte à l'art. 18 TFUE⁵. L'exclusion du personnel étranger des élections au Conseil de surveillance concerne de manière caractéristique les ressortissants d'autres Etats membres, et est donc indirectement rattachée à la nationalité. La discrimination émane exclusivement et directement du droit allemand, ce qui entraîne une inégalité de traitement entre les salariés allemands et les salariés étrangers d'une même maison-mère allemande.

En outre, le fait qu'un salarié travaillant jusqu'alors en Allemagne et qui partirait travailler à l'étranger dans un établissement ou une filiale de la même maison-mère allemande, perde son droit de vote et surtout son droit d'éligibilité au Conseil de surveillance, rend un changement moins attrayant. Cela ne constitue pas seulement une discrimination pour les salariés à l'étranger, mais limite aussi la liberté de circulation des travailleurs allemands. Ce n'est pas l'interdiction de discrimination inhérente en même temps à l'art. 45 TFUE qui importe dans la mesure où il ne s'agit pas, pour la cogestion au niveau de l'entreprise, d'un objet de réglementation du droit du travail. Seules les conséquences du changement d'un salarié au sein d'un même groupe doivent être prises en compte. La conséquence de la perte du droit de vote et du droit d'éligibilité lors d'un changement pour un établissement étranger ou une succursale étrangère est concrète, et ne peut être perçue comme étant seulement incertaine ou vague.

Il faut admettre, toujours selon la demanderesse, que le droit de l'Union ne prévoit pas d'harmonisation des réglementations relatives à la cogestion, toutefois cela ne change rien au fait que les réglementations nationales ne doivent pas enfreindre le droit primaire.

Les manquements à l'interdiction de discrimination et à la libre circulation des travailleurs ne peuvent être justifiés en se référant à la territorialité de la cogestion allemande. Dans plusieurs ouvrages juridiques, il a été montré à de nombreuses reprises, dans des approches de réglementation de *lege ferenda* (quant à la loi à appliquer), comment on pouvait rendre possible une intégration appropriée du personnel étranger dans le système de la cogestion allemande.

Selon la demanderesse, si l'on interprète le droit de cogestion allemand de manière conforme au droit de l'Union, cela ne peut pas conduire à l'intégration du personnel étranger aux élections des représentants des salariés au Conseil de surveillance, car cela est tout à fait contraire à l'intention du législateur historique allemand. En outre, il faut,

selon elle, tout d'abord éclaircir les exigences précises du droit de l'Union. Tant que l'on ne peut garantir un résultat conforme au droit de l'Union, il faut rejeter l'application des normes du droit national. La fonction de l'art. 18 et de l'art. 45 TFUE⁶ n'est pas d'atteindre ou de conserver un niveau de participation des salariés dans les organes de la société.

L'issue de la procédure dépendant, pour l'essentiel, de l'interprétation du droit de l'Union européenne, il sera nécessaire de produire la présente requête auprès de la cour de justice de l'Union européenne si le tribunal ne rejoint pas l'interprétation faite par la demanderesse. Il s'agit de question d'une importance capitale en matière de politique législative. Plus vite l'on parviendra à obtenir des éclaircissements sur ces questions, plus vite le législateur allemand pourra réagir et préparer les réformes nécessaires.

La demanderesse requiert ce qui suit :

Il faut constater que le Conseil de surveillance de la défenderesse n'est pas composé selon les termes des dispositions légales qui font foi selon la demanderesse, et qu'il doit être composé uniquement de membres représentant les actionnaires (représentants des porteurs de parts), conformément à l'art. 96 alinéa 1 var. 6 AktG⁷, subsidiairement il faut surseoir à statuer sur la procédure et présenter à titre préjudiciel et pour décision préjudicielle les questions de droit suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'art. 267 TFUE⁸ :

L'art. 18 TFUE doit-il être interprété comme étant contraire à une réglementation du droit national comme en Allemagne, selon laquelle, pour l'élection et le vote des représentants des salariés au Conseil de surveillance d'une société de capitaux,

ont seuls le droit de vote et le droit d'éligibilité les salariés employés par la société qui travaillent dans des établissements situés en Allemagne, mais pas les salariés qui travaillent dans des établissements situés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ;

ont le droit de vote et le droit d'éligibilité les salariés employés dans une filiale uniquement lorsqu'il s'agit d'une filiale en Allemagne et que le salarié travaille dans un établissement de la filiale situé en Allemagne, mais pas les salariés qui sont employés par une filiale ayant son siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne ?

Faut-il interpréter l'art. 45 TFUE comme étant contraire à une réglementation du droit national comme en Allemagne, selon laquelle un salarié ayant jusqu'alors travaillé dans un établissement en Allemagne d'une société de capitaux cogérée ou dans un établissement appartenant à une filiale en Alle-

5 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

6 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

7 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes

8 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

magne, lorsque son activité est transférée dans un établissement situé dans un autre Etat membre ou que son contrat de travail change et qu'il est désormais employé par une filiale ayant son siège dans un autre Etat membre, perd non seulement son droit de vote et son droit d'éligibilité aux élections des représentants des salariés au Conseil de surveillance, mais doit en plus, en tant que représentant des salariés élu ayant un mandat au Conseil de surveillance, quitter le Conseil de surveillance avec effet immédiat dès lors qu'il perd son droit d'éligibilité ?

Faut-il interpréter l'art. 18 et l'art 45 TFUE comme rejetant, dans le cas où il serait répondu par l'affirmative à la question 1 et / ou à la question 2, l'application des dispositions concernées dans le droit national comme en Allemagne, avec pour conséquence que des élections des représentants des salariés au Conseil de surveillance, dans le cadre de la cogestion dans l'entreprise, auxquelles ne participent pas les salariés employés dans une filiale étrangère ou dans un établissement étranger, ne doivent pas avoir lieu, jusqu'à⁹ ce que soit garantie la possibilité de participation des salariés étrangers sans discrimination ?

La défenderesse requiert

que la demanderesse soit déboutée de ses demandes.

La défenderesse considère la procédure en constatation d'état, relevant du droit des sociétés anonymes, comme n'étant pas recevable dans le cas de la demande faite par la demanderesse. Il n'est pas contesté que le Conseil de surveillance de la défenderesse est dûment composé si l'on applique la loi relative à la cogestion, et que sa composition est donc aussi conforme aux règles de l'art. 96 alinéa 1 de la loi sur les sociétés anonymes. Dans la mesure où il est contesté que la loi sur la cogestion est conforme au droit de l'Union et ainsi applicable, la procédure en constatation d'état n'est pas admissible pour éclaircir cette question. Il n'est pas dans son sens, ni dans son objectif, d'introduire une procédure préjudicielle auprès de la CJUE¹⁰ pour demander à ce qu'il soit éclairci si le législateur allemand doit préparer des mesures pour réformer les réglementations relatives à la cogestion.

En outre, la défenderesse considère les demandes non fondées dans le fond. Le nombre de membres du Conseil de surveillance chez la défenderesse correspond déjà au nombre maximal, conformément à l'art. 7 alinéa 1 phrase 1 n° 3 de la loi sur la cogestion, si bien que même la prise en compte des salariés étrangers ne changerait rien à la taille du Conseil de surveillance.

Contrairement à l'interprétation de la demanderesse, le champ d'application du droit de l'Union n'est pas ouvert. Dans le domaine du droit du travail, il n'existe aucune obligation des Etats membres à proposer une égalité générale de traitement à l'ensemble des citoyens de l'UE. Donc, si des normes de droit social différentes sont en vigueur dans les différents Etats membres, cela ne peut être contraire au droit de l'Union. A cet égard, il faut aussi tenir compte du fait que la cogestion dans l'entreprise n'est fondamentalement pas régie par le droit de l'Union, et qu'il n'existe des règles de droit correspondantes que dans deux domaines de réglementation bien délimités, à savoir la SE d'une part et la fusion internationale de sociétés de capitaux d'autre part.

En ce qui concerne un traitement supposé différent des salariés, la défenderesse estime qu'il manque déjà un traitement différent pour de mêmes états de faits. Les salariés étrangers désavantagés, selon l'interprétation de la demanderesse, ne quittent pas le territoire national de leur Etat membre respectif. De ce fait, il manque déjà la référence transfrontalière nécessaire pour parler de discrimination selon le droit de l'Union.

Le fait que, selon l'interprétation prévalant, les salariés de sociétés du groupe à l'étranger ne participent pas à l'élection des représentants des salariés au Conseil de surveillance et ne sont pas éligibles non plus, ne représente pas une discrimination fondée sur la nationalité. Cela ressort déjà du fait que les salariés, qui ne sont pas des ressortissants allemands, peuvent bien sûr, eux aussi, participer à une élection des représentants des salariés dans la mesure où ils sont salariés d'un établissement allemand dans une société du groupe ayant son siège en Allemagne. Il n'y a pas non plus de traitement inégalitaire indirect, car l'Allemagne, détentrice du pouvoir souverain, n'a pas de compétence réglementaire quant au droit de vote et au droit d'éligibilité de salariés d'établissements étrangers pour le Conseil de surveillance d'une société ayant son siège en Allemagne. Par rapport au personnel à l'étranger, il n'y a pas non plus de situation comparable avec celle du personnel en Allemagne, qui serait réglementée différemment.

La libre circulation des travailleurs, au sens de l'art. 45 TFUE¹¹, est tout aussi peu concernée. Le droit primaire européen ne garantit aucunement aux salariés que sont valables les mêmes conditions cadres de droit du travail, de droit social et de droit fiscal lors d'un transfert de leur activité dans un autre Etat membre. En outre, le droit de vote et le droit d'éligibilité au Conseil de surveillance, aux termes de la loi sur la cogestion, ne font pas partie des « conditions de travail » au sens de l'art. 45 TFUE, car il n'est fait aucune référence au concept de rémunération, ni à l'emploi. Dans le cadre du mandat

9 NDLT - Le texte de l'ordonnance, qui contenait probablement une faute de frappe et n'était plus logique, a été corrigé dans la traduction avec « jusqu'à ce que soit garantie » au lieu de « s'il est garanti la possibilité de participation des salariés étrangers sans discrimination ».

10 NDLT - CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

11 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

au Conseil de surveillance, il s'agit d'une charge au sein d'un organe qui pose comme condition l'existence d'un contrat de travail, mais cela n'a aucune incidence sur la rémunération ou l'emploi des salariés.

L'activité des représentants des salariés au sein du Conseil de surveillance d'une société n'est pas, non plus, comparable à celle des délégués du personnel dans les comités d'entreprise. Les représentants des salariés, tout comme les membres du Conseil de surveillance représentant les porteurs de parts, sont en premier lieu tenus à l'intérêt de l'entreprise.

Selon la défenderesse, la perte du droit de vote et du droit d'éligibilité au Conseil de surveillance dans une société soumise à la loi sur la cogestion doit être considérée tout au plus comme une limitation de la liberté de circulation des salariés, non pertinente par rapport au droit de l'Union. Tout préjudice et tout désagrément, que peut connaître un salarié dans le cadre d'un transfert de son lieu de travail dans un autre Etat membre, ne constitue pas automatiquement une atteinte à l'interdiction de limitation de l'art. 45 TFUE. Il n'y a pas, non plus, d'atteinte quand il est tout à fait incertain qu'un salarié s'abstiendrait d'un transfert de son poste de travail dans un Etat membre en raison d'un fait précis. C'est précisément ce que l'on ne peut supposer dans un état de faits comme en l'espèce, et cela ne pourrait avoir une pertinence que si le salarié changeait pour une autre entreprise du même groupe à l'étranger. Considéré de manière réaliste, il semble peu envisageable qu'un salarié travaillant en Allemagne fasse dépendre un avancement professionnel de la possibilité d'avoir un droit de vote ou un droit d'éligibilité au Conseil de surveillance. Même pour le salarié ayant un mandat au Conseil de surveillance, ce mandat prend fin avec son départ pour rejoindre tout autre employeur.

Même si l'on voulait supposer une ingérence inadmissible dans les droits découlant de l'art. 18 et / ou 45 TFUE, une telle ingérence serait justifiée, car le principe de territorialité s'opposerait obligatoirement à l'application à des entreprises étrangères de la loi allemande sur la cogestion.

Enfin, il faut considérer que la conséquence juridique souhaitée par la demanderesse constitue un contresens. La libre circulation des travailleurs représente un droit de protection des salariés et ne peut être avancée pour motiver une limitation effective des droits des salariés. De plus, on obtiendrait un résultat contradictoire, avec l'existence d'une cogestion des salariés au Conseil de surveillance dans les entreprises purement allemandes, et aucune cogestion par contre dans les entreprises ayant des filiales et / ou des succursales dans d'autres pays européens. Il faudrait alors remédier à cette insuffisance de la loi allemande sur la cogestion, dans le sens d'une atteinte à des réglementations du

TFUE¹², en interprétant la loi conformément au droit de l'Union. Dans sa teneur, la loi ne limite pas expressément l'applicabilité de la MitbestG¹³ aux entreprises ou succursales en Allemagne.

De l'avis de la défenderesse, la Cour n'est pas tenue de présenter les questions soulevées par la demanderesse auprès de la CJUE¹⁴ pour décision préjudicielle. D'une part, il ne s'agit pas de questions relevant du droit de l'Union, d'autre part il est suffisamment clair de quelle manière il convient de prendre une décision.

En ce qui concerne les autres détails de l'état des faits et de l'état du litige, il est renvoyé aux actes et leurs annexes, versés au dossier par les parties, ainsi qu'au procès-verbal d'audition du 12 mai 2015.

II.

La demande en reconnaissance d'un droit de la demanderesse n'a pu aboutir car le Conseil de surveillance de la défenderesse est actuellement composé en respectant les dispositions légales faisant foi.

La procédure en constatation d'état introduite par la demanderesse était recevable.

Dans le cadre des dispositions de l'art. 98 alinéa 1 AktG¹⁵, en cas de litige ou d'incertitude quant aux dispositions légales à appliquer pour composer le Conseil de surveillance, c'est au Tribunal régional de la circonscription dans laquelle la société a son siège qu'il appartient d'en décider, saisi à la demande de l'une des parties autorisées à requérir aux termes de cette disposition.

La compétence territoriale du Tribunal régional de Berlin était donnée sans problème au regard de l'existence du siège statutaire de la défenderesse dans cette circonscription judiciaire.

Il n'est pas contesté que la demanderesse est actionnaire de la défenderesse, et était, à ce titre, en droit d'en appeler aux tribunaux pour décider de la composition du Conseil de surveillance de la défenderesse, conformément à l'art. 98 alinéa 2 phrase 1 n° 3 AktG.

Il existait aussi l'autre élément constitutif des faits du litige, relatif aux dispositions faisant foi pour la composition du Conseil de surveillance de la défenderesse.

Dans la mesure où la défenderesse pense, d'une part, que le litige décrit par la demanderesse n'existe pas sur la base des dispositions de la loi sur la cogestion car le Conseil de surveillance est correctement composé en application des dispositions de l'art. 7 alinéa 1, alinéa 2 MitbestG¹⁶, cela pouvait en soi être considéré exact en jugeant au fond. Mais la

12 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

13 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

14 NDLT - CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

15 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes

16 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

demanderesse fait justement valoir que, selon son interprétation, l'art. 7 MitbestG n'est pas applicable au Conseil de surveillance de la défenderesse car il est en contradiction avec la clause restrictive d'application du droit de rang supérieur de l'Union européenne. La question de savoir si cela est exact en jugeant au fond était une question de bien-fondé et non de recevabilité de la demande.

En outre, la défenderesse fait correctement valoir que, lors d'une procédure en constatation d'état, il ne s'agit ni d'une procédure de contrôle de normes, ni d'une procédure préjudicielle. De ce fait, les demandes dans le cadre de l'art. 98 AktG¹⁷ sont elles aussi irrecevables lorsque qu'elles ont uniquement pour teneur une question de droit abstraite, qui soit ne se rapporte pas au Conseil de surveillance de la société concernée, soit n'a pas de pertinence par rapport à sa composition (cf. aussi Tribunal régional supérieur de Deux-Ponts, NZG 2014, 740).

Le champ d'application de la procédure judiciaire en constatation d'état comprend le fait de clarifier, parmi les cinq modèles cités dans l'art. 96 alinéa 1 AktG, le modèle qui fait foi pour la société concrète. Il en résulte que la procédure est (uniquement) recevable selon l'art. 98 et l'art. 99 AktG lorsque la participation des salariés au Conseil de surveillance ou son étendue est contestée (cf. Hopt/Roth/Peddinghaus dans Hopt/Wiedemann, Commentaire AktG, n° 11 sur l'art. 98 AktG).

Dans la présente procédure, la demanderesse établit un lien direct suffisant entre son interprétation du droit – la non-applicabilité de l'art. 7 MitbestG – et la composition du Conseil de surveillance de la défenderesse, en demandant le constat selon lequel celui-ci devrait être uniquement composé de membres représentant les porteurs de parts, conformément à l'art. 96 alinéa 1 var. 6 AktG. Cela constitue un objet de litige recevable selon l'art. 98 AktG.

Le droit de déposer une requête, pour les parties pouvant requérir selon l'art. 98 alinéa 1 phrase 1 n° 1 à 5, n'est pas associé à d'autres conditions (cf. Hüffer/Koch, AktG, 11ème édition, n° 4 sur l'art. 98 AktG).

Certes, on ne sait pas clairement si l'existence des éléments constitutifs de « l'incertitude » ou du « litige » dans l'art. 98 alinéa 1 phrase 1 AktG doit être constatée séparément ou non (cf. à cet égard Hopt/Roth/Peddinghaus, ibid ; MünchKomm/Habersack, AktG, 3ème édition, n° 5 sur l'art. 98 AktG). Mais il y a « litige » au sens de la norme dès lors que le Directoire et une autre partie intéressée s'opposent sérieusement sur la composition du Conseil de surveillance (cf. Münch-Komm/Habersack, ibid). Une telle discussion était visible dans la correspondance échangée à l'été 2014 entre la demanderesse et le Directoire de la défenderesse, si bien que la demande était également recevable de ce point de vue. Le fait que ce soit la demanderesse

qui ait déclenché le « litige », était tout aussi peu important que la question des (autres) intentions qui ont motivé la demanderesse pour introduire une procédure en constatation d'état. Comme déjà indiqué précédemment, des motifs exclusivement liés à la politique législative seraient préjudiciables uniquement s'ils ne s'étaient pas exprimés dans une demande recevable.

Les demandes ne pouvaient toutefois pas aboutir sur le fond. L'aménagement actuel de la cogestion allemande dans les sociétés dominantes d'un groupe ayant des succursales et / ou des filiales également dans d'autres Etats de l'UE, n'enfreint, selon la chambre, ni l'interdiction de discrimination de l'art. 18 TFUE¹⁸, ni la libre circulation des travailleurs ancrée dans l'art. 45 TFUE. Ainsi il n'a pas, non plus, été tenu compte de la demande de renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne en vertu des dispositions de l'art. 267 TFUE, demande faite à titre subsidiaire par la demanderesse, car il manquait, pour la décision du tribunal, la nécessaire pertinence de la réponse aux questions formulées par la demanderesse.

Selon l'art. 1 alinéa 1 MitbestG¹⁹, les salariés d'une entreprise ayant pour forme juridique la société par actions, ont un droit de cogestion en vertu des dispositions de la loi sur la cogestion lorsque l'entreprise emploie généralement plus de 2000 personnes. La composition du Conseil de surveillance est déterminée, aux termes de l'art. 6 alinéa 2 phrase 1 MitbestG, conformément aux art. 7 à 24 MitbestG. Selon ces articles, le Conseil de surveillance d'une entreprise qui emploie plus de 10 000, mais pas plus de 20 000 salariés, est composé de respectivement six²⁰ membres représentant les porteurs de parts et de six membres représentant les salariés, art. 7 alinéa 1 n° 1 MitbestG.

Dans le cas présent, il n'était pas contesté par les parties que le groupe de la défenderesse emploie actuellement un peu plus de 10 000 personnes en Allemagne, si bien qu'il fallait partir, sur cette seule base et selon les dispositions citées, de la nécessité de constituer un Conseil de surveillance de douze personnes. Toutefois, les statuts de la défenderesse disposent, dans leur art.11, que le Conseil de surveillance de la société comprend 20 membres, si bien que pour la composition s'applique la réglementation de l'art. 7 alinéa 1 n° 3 en lien avec l'alinéa 2 n° 3 MitbestG et que l'organe compte en conséquence 10 membres représentant les porteurs de parts et 10 membres représentant les salariés, dont trois membres doivent représenter les syndicats.

Contrairement à l'opinion défendue par la demanderesse, si l'art. 7 MitbestG n'est pas appli-

17 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes

18 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

19 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

20 NDLT - Le chiffre indiqué dans l'ordonnance (huit) a été corrigé dans la traduction, car la loi en question indique bien « six » et non « huit ».

cable, ce n'est pas en raison d'une discrimination inadmissible des salariés des sociétés du groupe de la défenderesse se trouvant dans d'autres pays de l'UE

Il est généralement admis que les salariés travaillant dans des établissements étrangers n'ont aucun droit de vote ni droit d'éligibilité lors d'élections au Conseil de surveillance ayant lieu en Allemagne (cf. par ex. Habersack, Supplément du ZIP 48/2009, 1, 3). Cela vaut également lorsqu'ils sont employés dans des succursales non autonomes à l'étranger ou des filiales de sociétés allemandes.

La procédure d'élection n'est pas liée à certains employeurs, salariés ou contrats de travail, mais à l'établissement en tant qu'unité organisationnelle réelle, si bien que l'applicabilité du droit correspondant est déterminée en la matière en fonction du statut réel, à savoir le droit du lieu d'origine où se situe l'établissement. Les lois sur la cogestion ancrant la procédure d'élection au niveau des établissements, les salariés dans d'autres établissements que ceux situés en Allemagne sont de facto exclus de la cogestion dans l'entreprise de lege lata (en application du droit actuellement en vigueur) (cf. Fischer, NZG 2014, 737, 738).

Sur la base du principe de l'art. 1 alinéa 1 MitbestG²¹, les sociétés dominantes d'un groupe, qui emploient elles-mêmes uniquement moins de 2000 personnes, ne sont pas tenues à la cogestion. Toutefois, du fait de la réglementation prévue dans l'art. 5 alinéa 3 MitbestG sous les conditions qui y sont citées, il faut imputer à la maison-mère du groupe les salariés des sociétés subordonnées dans la structure du groupe, si bien qu'il faut établir un Conseil de surveillance cogéré (également) auprès de la maison-mère. Selon le nombre de salariés dans les filiales, il peut y avoir une cogestion multiple au niveau de l'établissement et au niveau du groupe, en vertu de l'art. 5 alinéa 3 MitbestG, und par là-même aussi une multiplication du droit de vote et du droit d'éligibilité des salariés.

Ainsi, il faut voir les élections au Conseil de surveillance de la défenderesse tout d'abord comme un événement purement national, qui repose sur le fait que le législateur allemand a considéré nécessaire d'établir la cogestion aussi au niveau de décision le plus élevé au sein des conglomérats.

Le vote en tant que tel n'affecte directement aucun intérêt du marché intérieur de l'Union européenne. Il n'est pas porté atteinte aux droits et aux obligations découlant du contrat de travail des salariés employés dans des filiales de la défenderesse, qui sont organisées en vertu d'une législation étrangère. Cela vaut également pour la cogestion dans l'entreprise, dans la mesure où le droit du lieu où se trouve le siège de l'entreprise reconnaît un tel système.

Les réglementations de la loi sur la cogestion ne contiennent aucune référence à la nationalité des

salariés ayant le droit de vote, si bien qu'il ne peut être envisagé de discrimination directe aux termes de l'art. 18 TFUE²², ce que la demanderesse ne fait d'ailleurs pas valoir.

On peut toutefois lire dans certains ouvrages juridiques que l'absence de participation des salariés de sociétés situées à l'étranger, mais appartenant à un groupe ayant sa société dominante en Allemagne, entraîne une discrimination indirecte, qui porte atteinte au droit de l'Union sous la forme de l'art. 18 TFUE. Le rattachement de la capacité électorale au lieu d'activité entraînerait de facto le traitement inégalitaire d'un groupe de personnes clairement défini (sous la forme des salariés d'établissements et de filiales à l'étranger), dont les membres sont, par nature, essentiellement des ressortissants étrangers.

Le traitement inégalitaire concret est surtout vu dans l'absence de représentation du personnel étranger à la tête du groupe, quand, et dans la mesure où, il y a des conflits liés au lieu d'implantation (cf. Teichmann, Supplément du ZIP 48/2009, 10,11). Sur ce point, il résulterait de décisions prises pour l'ensemble de la société ou du groupe, et qui concerneraient de même manière le personnel dans différents Etats membres, un traitement préférentiel des salariés allemands. Elles permettraient au personnel privilégié de faire valoir ses intérêts sur le dos des préjudiciés, à savoir des salariés travaillant dans les sites à l'étranger (cf. Rieble/Latzel, EuZA 2001, 145, 149).

La chambre ne souhaite pas, pour diverses raisons, se rattacher à cette argumentation que la demanderesse s'approprie.

aa) Il faut commencer par le constat que le domaine de la cogestion dans l'entreprise n'appartient pas aux domaines juridiques harmonisés par le droit communautaire. Même le « Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés » a observé que la question de savoir si et dans quelle mesure les formes nationales des sociétés des Etats membres sont assujetties à la cogestion, relève d'une décision de politique législative qui appartient aux Etats membres, domaine dans lequel le législateur européen ne devrait pas intervenir (cf. référence chez Hellwig/Behme, AG 2001, 740, 741). Il faut ainsi fondamentalement accepter que les systèmes juridiques nationaux des Etats de l'UE présentent un niveau différent en matière de cogestion dans l'entreprise, sans qu'il doive exister, du point de vue du droit communautaire, un standard minimum contraignant, qu'il faudrait accorder à l'ensemble des salariés dans l'Union européenne (cf. également Tribunal régional de Landau, NZG 2014, 229).

bb) Dans ce contexte, l'interdiction de discrimination de l'art. 18 TFUE²³ n'oblige pas les Etats membres à veiller à l'égalité de traitement des citoyens d'autres Etats de l'UE en dehors de leur propre

21 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

22 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

23 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

compétence réglementaire.

cc) Une atteinte à l'art. 18 TFUE sous forme de discrimination indirecte fondée sur la nationalité présuppose fondamentalement, comme l'expose correctement la défenderesse, que le législateur allemand prévoit des conséquences juridiques différentes pour des états de faits similaires ou comparables. C'est déjà ce qui fait défaut, car le rattachement des dispositions de la cogestion au lieu de travail en Allemagne fait sens, et son résultat ne peut être contesté.

La maison-mère du groupe allemand, en tant que société dominante de sociétés étrangères également, ne constitue pas un « lien direct » suffisant pour conférer aux élections en Allemagne des représentants des salariés au sein de son Conseil de surveillance un caractère transfrontalier, qui pourrait entraîner l'applicabilité immédiate du droit communautaire primaire. Sur ce point, l'interprétation selon laquelle la cogestion allemande revêt un « caractère s'étendant à l'ensemble du groupe » du fait du rattachement à la maison-mère n'est pas compréhensible (cf. par ex. Wansleben, NZG 2014, 213, 214). Les entreprises étrangères, et leur personnel, ne peuvent pas être simplement assujetties au statut de la cogestion allemande uniquement du fait qu'elles sont dominées par une société allemande. Va déjà à l'encontre de cette affirmation le fait que l'on applique à toutes les autres relations juridiques des sociétés fondées sous un régime étranger, et qui ont également leur siège dans leur pays d'origine, le droit de leur pays d'origine. Pour finir, les salariés de ces sociétés sont aussi employés par celles-ci de manière régulière, si bien qu'il est exclu de simplifier grossièrement en disant qu'ils sont employés par le même groupe que les salariés travaillant en Allemagne (cf. pourtant Wansleben, *ibid*). Mais s'ils ont un contrat de travail régi par le droit de leur pays d'origine et s'ils n'ont pas l'intention de quitter leur pays d'origine, ils ne se trouvent pas dans une situation réglementée par le droit communautaire au sens de la jurisprudence de la CJUE²⁴, dans laquelle il faudrait tenir compte de l'interdiction de discrimination du droit communautaire (cf. CJUE, Décision du 2 octobre 1997, Affaire C-122/96, BeckRS 2004, 74248).

La « discrimination liée à la participation » du personnel étranger du fait de leur traitement inégalitaire lors de décisions de la société concernant l'ensemble du groupe, telle qu'exposée par la demanderesse et les auteurs d'ouvrages correspondants, ne peut pas convaincre non plus pour justifier l'application de l'art. 18 TFUE²⁵. D'une part il est correctement souligné que les représentants des salariés au Conseil de surveillance ne sont pas tenus de protéger des intérêts concrets du personnel, mais – tout comme les représentants des porteurs

de parts – le bien-être général de l'entreprise (cf. Hellwig/Behme, AG 2011, 740, 744). D'autre part, il n'est pas prouvé, même de manière purement empirique, qu'il y ait régulièrement un traitement préférentiel des sites allemands lors de changements structurels au sein d'entreprises allemandes supranationales, même si cela n'est pas forcément judicieux d'un point de vue économique par exemple. Sur ce point, même Rieble/Latzel concèdent que les « impacts protectionnistes concrets de la cogestion allemande sont difficilement vérifiables » (cf. Rieble/Latzel, *ibid*, 154).

Dans ce contexte il n'est pas manifeste que le législateur allemand porte atteinte au droit communautaire de rang supérieur en limitant la cogestion aux établissements en Allemagne. Il ne s'agit pas, dans le cas des impacts négatifs critiqués pour la cogestion dans les groupes allemands, d'une discrimination indirecte au sens de l'art. 18 TFUE, mais seulement d'une répercussion immédiate se situant au-dessous du seuil d'intervention du droit de l'Union.

dd) La chambre est convaincue que les réglementations de la cogestion allemande ne portent pas atteinte au droit de l'Union, tout comme elles ne portent pas atteinte au droit à la libre circulation des travailleurs, codifié dans l'art. 45 TFUE.

Il reste l'exigence par la jurisprudence de la CJUE que les dispositions qui gênent ou empêchent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son pays d'origine pour user de son droit de libre circulation, constituent des atteintes à cette liberté, même lorsqu'elles sont appliquées indépendamment de la nationalité des salariés concernés (cf. CJUE, Jugement du 15 décembre 1995, Affaire Bosman, C-415/93, BeckRS 2004, 77129). Cela est valable non seulement pour les entraves au droit d'entrée qui permettent d'isoler un marché national du travail, mais aussi pour les entraves au départ, qui s'opposent au départ d'un marché national du travail et portent ainsi atteinte à la mobilité des travailleurs. Ce faisant, le fait de savoir s'il s'agit, dans les dispositions nationales, de conditions de travail au sens large, ne joue aucun rôle pour l'interdiction de limitation ainsi définie, à la différence de l'interdiction de discrimination de l'art. 45 alinéa 2 TFUE²⁶.

La perte du droit de vote pour les représentants des salariés au Conseil de surveillance, associée à un changement si le salarié quitte une société allemande du groupe pour rejoindre une succursale ou une filiale de la défenderesse à l'étranger, ne représente toutefois, selon la conviction de la chambre, aucune entrave sérieuse pour les salariés allemands les empêchant d'exercer leur droit de libre circulation. La CJUE²⁷ elle-même a limité l'interdiction de limitation développée dans l'affaire au sens où

24 NDLT - CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

25 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

26 NDLT - TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

27 NDLT - CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

les mesures qui sont trop indirectes ou trop incertaines, ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'art. 45 TFUE. La chambre rejoint l'avis de Krause sur ce point, selon lequel il faudrait aussi exclure du champ d'application de l'art. 45 TFUE les effets qui ne représentent pas un aspect important dans la décision d'acceptation d'une activité dans un autre Etat membre de l'UE pour la grande majorité des salariés (cf. Krause, AG 2012, 485, 489).

Même si la cogestion est ancrée dans le droit des sociétés, pour les salariés, elle fait partie des conditions de travail au sens large, qui divergent de toute façon d'un pays de l'Union européenne à l'autre, et que les travailleurs migrants doivent prendre en compte en tant que bénéficiaires de la libre circulation des travailleurs. A la différence du comité d'entreprise qui se trouve sur place, la participation des salariés au Conseil de surveillance de la société dominante d'un groupe peut, au mieux, avoir une importance abstraite même pour le salarié bien informé.

Un effet négatif sur la motivation est uniquement envisageable pour les salariés qui ont un mandat au Conseil de surveillance – ne servant pas leur propre intérêt. Ce faisant, il s'agit néanmoins d'une part infiniment petite des employés travaillant dans le groupe de la défenderesse. En outre, la situation concrète qui est considérée dans certains ouvrages comme une atteinte à l'art. 45 TFUE, intervient uniquement si l'un des sept représentants des salariés au Conseil de surveillance part pour rejoindre une filiale étrangère de la défenderesse. Dans ce cas, la conséquence juridique de la perte du mandat au Conseil de surveillance n'est toutefois pas différente de celle qui surviendrait lors d'un changement pour rejoindre n'importe quel autre employeur en Allemagne ou à l'étranger (cf. Krause, *ibid*, 490).

Enfin, en ce qui concerne les conséquences juridiques, l'opinion, selon laquelle il faudrait étendre la cogestion allemande des sociétés dominantes de groupes allemands à leurs filiales dans l'UE, rencontre des réserves radicales.

En raison du principe de territorialité du droit international public, il est fondamentalement interdit au législateur allemand d'intervenir dans le pouvoir législatif d'autres Etats de l'UE. Il est ainsi exclu de rattacher les élections au Conseil de surveillance d'une société allemande à l'organisation du travail dans des entreprises étrangères, pour lesquelles il existe une compétence législative étrangère (cf. Fischer, *ibid*, 739). La limitation actuelle du droit de vote aux salariés, qui sont employés dans des établissements situés en Allemagne, est ainsi fondée sur l'absence de pouvoir juridique du législateur allemand pour aménager de manière contraignante la procédure d'élection à l'étranger (cf. Oetker dans *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Commentaire d'Erfurt sur le droit du travail), 15^{ème} édition, préf. n° 6).

Dans la mesure où le principe de territorialité

n'est pas accepté comme justification pour conserver la situation juridique actuelle par ceux qui défendent l'idée juridique que la cogestion allemande est contraire au droit de l'Union (cf. Hellwig/Behme, AG 2009, 261, 266), il manque des propositions concrètes pour une alternative législative qui permettrait d'accorder au personnel travaillant à l'étranger les mêmes droits de vote qu'au personnel en Allemagne.

On peut certes imposer aux sociétés dominantes allemandes de veiller à la participation des salariés des filiales du groupe à l'étranger. Mais cela ne créerait pas pour autant une situation juridique certaine pour les salariés à l'étranger, car l'Etat allemand ne pourrait pas imposer le respect d'une telle réglementation sur un territoire étranger. Quand on parle du fait que certaines insécurités juridiques seraient inéluctables (cf. Fischer, *ibid*, 739), on voit qu'un tel modèle serait inutilisable pour remédier au supposé traitement inégalitaire. Au contraire, on pourrait atteindre le même résultat avec une interprétation conforme au droit de l'Union de l'art. 7 MitbestG²⁸ (cf. aussi Tribunal régional supérieur de Deux-Ponts, NZG 2014, 740, 741 ; Tribunal régional de Francfort/Main, ZIP 2015, 634, 635), car les salariés d'autres Etats de l'UE ne sont pas exclus de la participation aux élections au Conseil de surveillance d'après la teneur de la disposition réglementaire.

D'autres suggestions, qui considèrent tout simplement possible, par exemple le transfert du modèle de cogestion de la Directive sur la participation dans la SE, aussi à des formes de sociétés nationales (cf. Hellwig/Behme, AG 2011, 740, 743), ignorent qu'il s'agit d'un domaine juridique harmonisé qui garantit le concours des Etats membres.

Après les faits qui viennent d'être exposés, on peut considérer souhaitable de réfléchir à une réforme du droit de cogestion en Allemagne, qui tiendrait compte de la réalité des sociétés et des groupes transfrontaliers. Mais il s'agit là d'une question de politique législative à laquelle les tribunaux ne peuvent répondre. Le droit existant reste applicable jusqu'à ce qu'il y ait une telle réforme, car il n'existe pas de primauté d'application du droit de l'Union qui obligerait à suspendre la cogestion dans l'entreprise.

Enfin, la décision de condamnation aux dépens a une fonction de mise au point en vertu de la réglementation dans l'art. 99 alinéa 6 AktG²⁹. La chambre n'est pas en mesure de reconnaître un état de faits exceptionnel, qui aurait justifié d'imposer les dépens aux demanderesse. Il y a condamnation aux dépens à la charge de la demanderesse surtout dans le cas de demandes manifestement non justifiées ou non recevables (cf. Hüffer/Koch, *ibid*, n° 12 sur l'art. 99 AktG). Au regard du débat précédem-

28 NDLT - MitbestG : loi allemande relative à la cogestion

29 NDLT - AktG : loi allemande sur les sociétés anonymes

ment évoqué sur la conformité de la loi allemande sur la cogestion avec les réglementations du Traité de l'UE, cette exigence d'évidence n'était pas donnée en l'espèce. De la même manière il n'est pas ressorti d'éléments de preuve qui auraient rendu nécessaire de déroger à la valeur marchande régulière définie dans l'art. 75 GNotKG³⁰ d'une valeur de 50 000,00 €.

Instructions sur l'exercice des voies de recours :

Les voies de recours suivantes peuvent être exercées contre cette décision : recours ordinaire ou recours direct.

Voie de recours : recours ordinaire

Le recours ordinaire doit être engagé auprès du Tribunal régional de Berlin, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin (Allemagne), dans un délai d'un mois par dépôt d'un acte de pourvoi, signé par un avocat. Le délai court à partir de la publication écrite de la décision. Si la publication a lieu par notification, conformément aux dispositions du Code allemand de procédure civile, c'est la date de la notification qui fait foi. Si la publication écrite a lieu par remise à la poste, et si la notification doit être effectuée en Allemagne, le document écrit sera considéré communiqué trois jours après la remise à la poste, si la partie ne peut exposer de manière crédible n'avoir pas reçu le document écrit, ou seulement à une date ultérieure. S'il n'est pas possible d'effectuer la publication écrite pour une partie, le délai débutera au plus tard après cinq mois après la publication (art. 38 alinéa 3

³⁰ NDLT - GNotKG : loi allemande sur les dépens de la juridiction gracieuse pour les tribunaux et les notaires

FamFG³¹). Si le délai doit toucher à sa fin un dimanche, un jour férié normal ou un samedi, le délai expirera à la fin du jour ouvrable suivant.

Voie de recours : recours direct

Le recours direct peut être exercé directement contre cette décision sur demande, en passant outre l'instance de recours ordinaire, si les parties consentent à la contourner et que la Cour fédérale de justice déclare le recours direct recevable. La demande d'autorisation du recours direct et la déclaration de consentement sont considérées comme un désistement d'action de recours par voie ordinaire.

La demande d'autorisation du recours direct doit être effectuée par dépôt d'un acte (acte de demande d'autorisation) auprès de la Cour fédérale de justice (Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe, Allemagne).

Le délai de dépôt de la demande d'autorisation du recours direct est d'un mois. Il commence avec la notification de la décision rédigée dans sa version complète, au plus tard au bout de cinq mois après la publication de la décision. Si le délai doit toucher à sa fin un dimanche, un jour férié normal ou un samedi, le délai expirera à la fin du jour ouvrable suivant.

Il faut qu'il soit exposé dans la demande que l'affaire est d'une importance fondamentale ou que l'évolution du droit ou la préservation d'une jurisprudence uniforme exige la décision de la juridiction statuant sur le recours. Pour la demande d'autorisation du recours direct, il est nécessaire de se faire représenter par un avocat inscrit au barreau de la Cour fédérale de justice, qui devra signer l'acte de demande d'autorisation.

La déclaration écrite de consentement de la partie contre laquelle le recours est formé devra être jointe à la demande d'autorisation ou déposée dans le délai précité de dépôt d'un recours auprès de la Cour fédérale de justice.

³¹ NDLT - FamFG : loi allemande sur la procédure en contentieux matrimonial et en affaire gracieuse

MENTIONS LÉGALES

Numéro

Rapport sur la cogestion 17/2015

Test décisif auprès de la CJUE :

la cogestion en sortira-t-elle affaiblie ou renforcée ?

ISSN 2364-0413

Auteurs

Dr. Lasse Pütz et

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Département Promotion de la cogestion

Hans-Böckler-Stiftung

Document élaboré avec la

participation de

Jan Grüneberg, Daniel Hay,

Johannes Heuschmid, Norbert Kluge,

Doris Meissner, Rainald Thannisch,

Klaus Ulrich

Interlocuteurs

Dr. Lasse Pütz et

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Hans-Böckler-Stiftung

Département Promotion de la cogestion,

Section Droit des affaires,

E-mail : Lasse-Puetz@boeckler.de /

Sebastian-Sick@boeckler.de

Production

teamADwork Werbe GbR

Düsseldorf, décembre 2015