

Allemagne

Entraves aux élections de conseil d'établissement : le législateur à la rescousse ?

Marcus KAHMANN¹

Le conseil d'établissement (CE ; *Betriebsrat*) occupe une place centrale dans le système allemand de codétermination (*Mitbestimmung*), soit l'ensemble des institutions permettant la participation des travailleurs et travailleuses au monde du travail et de l'entreprise². Il bénéficie d'une légitimité sociale forte et ancienne. En 2013, presque 70 % des actifs avaient une vision positive du « *Betriebsrat* » selon les sondages d'opinion (Nienhüser *et al.*, 2016). Le taux de participation moyen aux élections de CE reste en outre à un niveau stable et élevé avec 75,5 % en 2018 (Demir *et al.*, 2018). Depuis les années 1990, on assiste à une perte d'influence des CE. En Allemagne de l'Est, ils n'ont jamais atteint la même densité qu'à l'Ouest. Et dans les anciens *Länder*, le taux de couverture des salariés par un CE a régressé de 10 points de pourcentage depuis 1996, n'atteignant plus désormais que 41 %. C'est dans les bastions industriels que les CE restent les mieux implantés, bien qu'ils connaissent une évolution paradoxale. D'un côté, les

directions cherchent à les intégrer plus qu'auparavant dans les processus de décision des entreprises ; de l'autre, leur autonomie régresse avec la multiplication des restructurations et les chantages à l'emploi. En conséquence, les CE ont accepté de multiples concessions, d'où le risque de perte de légitimité aux yeux des salariés et la montée de conflits internes au CE et entre salariés (Rehder, 2006). Depuis peu, des signes d'un regain d'initiative des CE ont toutefois été enregistrés à l'Est, le marché du travail étant devenu plus favorable (Röbenack, Artus, 2015).

L'affaiblissement des CE préoccupe le mouvement syndical qui cherche à les revitaliser (Haipeter, 2021). Largement tenus à l'écart des lieux de travail, les syndicats dépendent des CE pour mobiliser les salariés lors des conflits sociaux autour de la négociation collective, pour recruter des adhérents/militants et pour veiller à l'application et l'adaptation des normes conventionnelles dans un contexte marqué par la décentralisation

1. Chercheur à l'IRES.

2. Lois sur le CE dans le secteur privé et leur pendant dans le secteur public (*Personalvertretungen*), représentation dans les conseils de surveillance (*Unternehmensmitbestimmung*), négociation collective.

de la négociation collective vers les entreprises à travers la prolifération des clauses d'ouverture dans les conventions de branche. Selon des juristes proches du mouvement syndical, les CE seraient « en crise » du fait de l'inadaptation de la législation aux transformations du travail, mais aussi de leur rejet fréquent par les directions pour entrave à la compétitivité (Absenger, Priebe, 2016). C'est la raison pour laquelle les syndicats demandent depuis un moment l'obligation légale d'organiser les élections de CE, l'amélioration de la protection des salariés à l'initiative d'une telle élection, l'élargissement du champ d'application de la procédure électorale dite simplifiée et le renforcement de l'arsenal pénal contre les entraves à l'élection (*ibid.*). La « loi sur la modernisation des conseils d'établissement » adoptée en mai 2021 répond à quelques-unes de ces demandes syndicales, qui rencontrent l'opposition patronale.

L'article s'intéresse en priorité au volet de cette nouvelle loi qui vise à « promouvoir et à faciliter la création et l'élection des conseils d'établissement et, en même temps, à réduire le nombre de cas d'obstruction d'élections de CE »³. Que disent les recherches empiriques sur la spécificité et la diffusion des entraves aux élections de CE en Allemagne ? Comment se présente l'ambition du législateur à la lumière de ces recherches ? Le texte commence par rappeler les caractéristiques institutionnelles du CE et par s'interroger sur l'état de sa couverture. Il rend compte ensuite des pratiques managériales anti-CE et de leur importance relative. Enfin, il analyse le contenu de la loi et sa réception par les acteurs sociaux.

Conseils d'établissement : caractéristiques et couverture

Le conseil d'établissement est la (seule) forme juridiquement légitimée de la représentation des salariés face aux directions d'établissement et contribue à la régulation des relations sociales. Toutefois, la couverture par un CE n'a jamais concerné la majorité des établissements allemands. Elle prévaut dans certains secteurs et types d'établissement et la densité du réseau tend même à diminuer depuis les années 1990.

Un cadre institutionnel stable

La loi sur les conseils d'établissement (Betriebsverfassungsgesetz ; BetrVG) définit le CE comme organe de représentation des salariés des établissements du secteur privé de plus de 5 salariés. Il est élu par l'ensemble du personnel de l'établissement (salariés, apprentis, intérimaires, à condition qu'ils travaillent dans l'établissement depuis plus de trois mois). L'employeur n'y est pas représenté. La nouvelle loi sur la modernisation des CE abaisse le seuil d'âge du droit de vote de 18 à 16 ans. Sont éligibles les salariés ayant le droit de vote et six mois d'ancienneté au sein de l'entreprise ou du groupe. Le nombre de membres du CE est fonction de l'effectif de l'entreprise. Le législateur insiste sur la représentation des groupes socioprofessionnels et des sexes au sein de l'organe. Après son élection, le CE est tenu d'agir en tant que représentant de l'ensemble du personnel.

Les droits et devoirs, définis dans la quatrième partie de la BetrVG, sont essentiels pour le travail de représentation. Généralement, on distingue entre : 1) les droits d'information et de consultation

3. <https://bit.ly/3n2238W>.

(*Informations-, Anhörungs- & Beratungsrecht*) ; 2) les droits d'opposition (*Widerspruchsrecht*) ; 3) les droits de codétermination (*Mitbestimmungsrecht*). Ces derniers sont les plus substantiels. Ils s'appliquent à l'organisation du temps de travail et du travail, aux principes de recrutement de personnel, à la formation professionnelle ainsi qu'à la mise en place des plans de sauvegarde de l'emploi. Sur ces thématiques, l'employeur ne peut pas se passer de l'accord du CE.

Le travail de représentation du CE est soumis à l'obligation de paix sociale absolue, les conflits sont réglés exclusivement par des arrangements procéduraux. Par exemple, pour régler des contentieux dans le domaine des droits de codétermination, les parties prenantes peuvent en dernier recours faire appel à la commission de conciliation (*Einigungsstelle*), présidée par une personnalité tierce neutre. Son avis se substitue à l'accord entre les parties, mais les cas d'appel sont rares. Lorsque l'établissement est intégré dans une entreprise ou un groupe, un CE central est créé (*Gesamt-*, voire *Konzernbetriebsrat*).

La structure de base du cadre légal des CE est marquée par la continuité (Trinczek, 2013). La BetrVG, adoptée en 1952, reprend à son compte l'idée, contenue déjà dans la première loi sur les conseils d'établissement (*Betriebsrätegesetz*) de 1920, du CE comme « tampon » entre direction et salariés afin d'assurer le bien-être de l'établissement (Müller-Jentsch, 2008:118). Dans sa forme actuelle, la loi existe depuis la (dernière) grande réforme de 1972, instaurant entre autres le droit d'accès des syndicats aux entreprises et aux CE. Depuis, la BetrVG n'a été modifiée qu'à la marge (2001 ; 2006). Trois caractéristiques structurelles

témoignent de la continuité des CE comme institution (Trinczek, 2013) :

- **autonomie importante du CE à l'égard des syndicats.** La BetrVG n'accorde que peu de droits aux organisations syndicales au niveau de l'établissement, si ce n'est en matière d'initiation et de contrôle de l'élection du CE. L'élection fournit au CE une légitimité qui le rend indépendant des syndicats, y compris au plan formel. Cela n'exclut pas l'existence de rapports d'interdépendance mutuelle. Environ deux tiers des élus sont en effet syndiqués malgré l'absence d'un monopole syndical de constitution des listes, mais les pouvoirs des syndicats d'agir sur « leurs » CE restent limités ;

- **limitation des moyens de régulation de la conflictualité sociale à la coopération et la conciliation.** À la « pacification » des relations sociales d'entreprise par l'obligation de paix, instaurée dès 1920, correspond le rôle accordé par la loi aux organisations syndicales et patronales dans la négociation de branche ; dans ce cadre, seules ces dernières sont autorisées à recourir à la grève et aux *lock-out* ;

- **rôle subsidiaire du niveau de l'établissement à l'égard des conventions collectives.** La BetrVG établit la supériorité des normes conventionnelles (*Tarifvorrang*) sur celles négociées au niveau de l'établissement. Les salaires et conditions de travail fixées de fait ou habituellement par une convention collective ne peuvent faire l'objet d'un accord d'entreprise (*Betriebsvereinbarung*). Toutefois, 1) la convention peut permettre expressément la négociation d'accords supplémentaires (« clauses d'ouverture ») ; 2) l'accord d'entreprise prime s'il établit des conditions de travail plus favorables que les conditions minimales contenues dans la convention.

Une présence et une couverture en déclin

Les enquêtes annuelles sur les CE de l'Institut fédéral de recherche sur le marché du travail et la formation professionnelle (Institut für Arbeitsmarkt und Berufsforschung, IAB), menées depuis 1993 dans les anciens *Länder* et depuis 1996 dans les nouveaux, sont la source principale sur leur diffusion et leur évolution. Ses séries historiques rendent compte d'un déclin du taux de couverture des salariés et des établissements. Tandis qu'au début des années 2000, 12 % des établissements du secteur privé (comptant 5 salariés ou plus) disposaient encore d'un CE, ils n'étaient plus que 9 % dans ce cas au milieu des années 2010. Depuis, aucune tendance claire ne se dégage. Ce taux globalement faible est déterminé par le très grand nombre de TPE dans lesquelles la représentation par un CE est restée plutôt l'exception. La tendance au déclin est plus tangible si l'on considère la couverture des salariés. En 2019, 41 % d'entre eux dans les anciens *Länder* (36 % dans l'Est) étaient couverts par un CE, contre 51 % en 1996 (43 % dans l'Est). Ce taux a augmenté à l'Est depuis 2017 (33 %), mais il reste

à voir si cette tendance au rapprochement avec l'Ouest se vérifie dans le futur (Ellguth, Kohaut, 2020:282).

L'enquête de l'IAB montre que la taille des établissements et leur secteur d'appartenance interviennent comme facteurs de différenciation dans la diffusion des CE. Dans les établissements entre 5 et 50 salariés, le taux de couverture des salariés est resté assez stable depuis le début des années 2000. Il oscille autour de 9 % dans l'Ouest et 10 % dans l'Est (Ellguth, Kohaut 2020:282). Cela permet d'affirmer que la réforme de la BetrVG de 2001, qui avait introduit la procédure électorale « simplifiée » (voir *infra*, encadré 1) afin de promouvoir la création de CE dans les TPE, n'a pas atteint son objectif. Mais le scénario alternatif d'un net recul de la densité des CE due à la progression des TPE ne s'est pas produit non plus (Artus, 2011). Le constat d'une stabilité relative s'impose aussi pour les très grands établissements, de plus de 500 salariés. C'est dans cette dernière catégorie que le CE reste difficilement contournable avec 90 % des salariés et 86 % des établissements couverts (tableau 1). Depuis la fin des années 1990, ce taux n'a que légèrement diminué.

Tableau 1. Diffusion des conseils d'établissement en fonction de la taille de l'établissement en 2019

En %

	Taille de l'établissement					
	5-50 salariés	51-100 salariés	101-199 salariés	200-500 salariés	501 salariés et plus	Total
Établissements couverts par un CE	6	31	50	70	86	9
Salariés couverts par un CE	9	32	52	72	90	40

Lecture : 6 % des établissements de 5 à 50 salariés sont couverts par un CE.
Source : Ellguth, Kohaut (2020:283).

Le déclin du taux global de couverture est dû avant tout aux évolutions constatées dans les établissements de taille intermédiaire (ETI) (51 à 500 salariés). La présence d'un CE n'y est en effet ni l'exception, ni la règle. Dans les anciens *Länder*, la couverture a diminué de presque 20 points de pourcentage depuis 1996 (plus de 10 points de pourcentage dans l'Est) (Ellguth, Kohaut, 2020:283). La décomposition des ETI révèle la persistance d'importants écarts. Avec un taux de 31 %, les établissements de 51 à 100 salariés sont beaucoup moins couverts que ceux de 101 à 199 salariés (50 %), et que ceux de 200 à 500 salariés (70 %) (tableau 1).

L'enquête de l'IAB montre aussi que la couverture (salariés et établissements) reste la plus importante dans les bastions traditionnels du système de relations professionnelles, à savoir les secteurs de l'énergie et de l'eau, des services financiers et d'assurance, de l'industrie manufacturière, de la santé ainsi que de l'éducation (privées). En bas de l'échelle se trouvent les services dominés par les TPE (y compris l'hôtellerie) ainsi que le BTP (Ellguth, Kohaut, 2020:284).

Deux constats principaux se dégagent de cette enquête. Premièrement, l'existence d'un CE dans un établissement est clairement – et a probablement toujours été – un phénomène minoritaire. Cela met à mal l'idée, trop focalisée sur les institutions des relations professionnelles, de l'existence d'un (seul) « modèle » de régulation des relations sociales d'entreprise (Kahmann, 2019). L'absence

de CE n'est toutefois pas synonyme d'absence de représentation, qui peut être de nature informelle (Artus *et al.*, 2016) ou passer par un organe participatif « alternatif », souvent créé par l'employeur. Ces derniers se trouvent en priorité dans des entreprises de services, hautement comme peu qualifiés, de plus petite taille, le plus souvent dépourvus de CE (Hertwig, 2011). Le deuxième constat est que le déclin du taux de couverture des CE est à nuancer, compte tenu des tendances différenciées selon la taille de l'établissement. Comparé à l'évolution du taux de couverture de la négociation collective⁴, ce recul est moins important. Dans cette perspective, il paraît plutôt comme un facteur de stabilisation du système de relations professionnelles.

Entraves managériales à la création des CE : l'état des savoirs

L'absence de CE ne signifie pas forcément qu'il y ait une résistance ou une manipulation de la part de la direction. Sa mise en place est d'abord un processus social très exigeant qui a pour condition la cristallisation de divergences entre management et salariés autour d'enjeux plus au moins spécifiques, la croyance de ces derniers en l'efficacité supérieure de la forme CE à l'expression individuelle ainsi que leur mobilisation en sa faveur (Artus *et al.*, 2016). C'est dans cette dernière phase que les risques professionnels pour les salariés engagés dans une démarche d'élection de CE s'accroissent.

4. L'évolution du taux de couverture par des conventions collectives (établissements et salariés) permet de mettre en évidence une nette tendance au déclin depuis 1996 (secteurs privé et public confondus). Quant aux salariés couverts, dans les anciens *Länder*, le taux a diminué de 24 points de pourcentage (-22 à l'Est), atteignant 46 % (34 % à l'Est) en 2019. En 2019, 73 % des établissements dans l'Ouest n'étaient pas couverts par une convention collective (80 % à l'Est). La « double couverture » (CE plus convention collective) ne s'applique que pour un quart (Ouest) voire un septième (Est) des salariés allemands (Ellguth, Kohaut, 2020).

Alors que les études qualitatives permettent de dégager des typologies d'entraves managériales aux élections de CE, l'état des connaissances sur leur importance et leurs conséquences reste fragile.

**Des pratiques anti-CE
d'intensité variable**

Dans la foulée de la médiatisation des cas d'entrave spectaculaires à l'élection et au fonctionnement des CE en Allemagne (Lidl Schlecker, SAP...) et des recherches internationales sur la montée d'un « anti-syndicalisme mondialisé » (Gall, Dundon, 2013), des chercheurs allemands ont commencé à s'intéresser de plus près à ce phénomène. Ces travaux utilisent une définition de l'entrave plus vaste que celles liées à l'élection du CE.

Rügemer et Wigand (2014) associent les entraves anti-CE et antisyndicales aux stratégies d'*union busting*, terme provenant des États-Unis où la résistance des entreprises à l'implantation syndicale est systématique. Sans prétendre à une équivalence des formes et de l'intensité de l'opposition managériale entre les deux pays, leur étude exploratoire met en évidence une professionnalisation de pratiques anti-CE depuis les années 2000 en Allemagne. Ils observent l'émergence d'un nouveau domaine d'affaires auquel participe un réseau d'acteurs spécialisés (cabinets d'avocats, universitaires, agences de relations publiques, détectives...) qui proposent leurs services aux entreprises.

L'enquête de Thünken *et alii* (2020) sur les pratiques d'entraves et de réponses syndicales dans 28 établissements concernés identifie deux idéaltypes d'obstruction managériale. Ils se distinguent à la fois par l'attitude vis-à-vis du CE, les types d'entraves, les ressources mobilisées ainsi que l'importance de l'aspect

stratégique. Le premier type d'entrave est « l'entrave de situation », typique des directions non opposées au CE par principe mais qui l'estiment « embêtant », « dysfonctionnel », « dépassé », etc. Parfois, ce sont uniquement certaines prérogatives qui sont jugées « inefficaces » dans la mesure où elles limitent le droit des directions. Dans ce cas de figure, les pratiques destinées à obstruer le fonctionnement du CE sont le plus souvent latentes (privation d'informations, commentaires négatifs) mais rarement articulées à un projet anti-CE explicite. C'est la raison pour laquelle les ressources déployées restent limitées. Malgré leur intensité plus faible, les auteurs de l'étude observent que ces pratiques ont la plupart du temps des effets tangibles : elles intimident élus et salariés, suggèrent l'illégitimité de l'organe et distraient du travail de représentation.

Le deuxième type d'entrave relève de « l'entrave stratégique ». Il est le fait d'employeurs résolument opposés à toute forme de participation institutionnalisée des salariés, que ce soit à travers les syndicats, le CE ou la négociation collective. Cette attitude est connue depuis longtemps des études sociologiques sur les CE (Kotthoff, 1981 ; Bosch *et al.*, 1999). Elle tranche avec la représentation, prégnante à ce jour, selon laquelle les relations sociales d'entreprises allemandes sont marquées par un ample consensus entre CE et management, l'acceptation mutuelle des deux parties et une régulation coopérative des conflits d'intérêts. Selon ces dirigeants, le CE est, au choix, « inefficace », « illégitime » ou « trop coûteux ». Derrière ces arguments se cachent souvent des motifs économiques simples, le CE empêchant la réduction des coûts et la flexibilisation du travail. Par conséquent, si un CE n'existe pas

encore, il s'agit d'empêcher ou de manipuler son élection. S'il existe, il faut le dissoudre ou, au moins, le subordonner. Pour y parvenir, les directions agissent d'une façon plutôt stratégique et systématique, souvent en ayant recours à des acteurs extérieurs spécialisés décrits aussi par Rügemer et Wigand (2014). Les pratiques d'entrave sont intenses et variées. Elles peuvent être d'ordre social (menaces, mutations, harcèlement moral, isolement) ou destinées à nuire au fonctionnement du CE (non-respect des droits de codétermination). Elles peuvent aussi passer par la mise en place d'un organe de participation alternatif ou encore par la constitution d'une liste électorale avec des membres proches de la direction. Les auteurs mettent aussi en évidence l'importance de techniques peu documentées jusqu'alors, à savoir les entraves de nature juridique (licenciement d'élus ou d'activistes, mise en accusation du CE, contestation des résultats électoraux devant les tribunaux) et économique (menace d'externalisation d'activités, fermeture de sites). Les moyens financiers dédiés aux stratégies anti-CE (frais d'avocats et de procès) comme les moyens en personnel mobilisé peuvent être très importants.

Les cas d'entrave aux élections du CE

Les travaux qualitatifs suggèrent que les pratiques anti-CE ont gagné en importance. Toutefois, les données restent rares et fragiles. L'enquête du Wirtschafts- und sozialwissenschaftliches Institut (WSI) de la fondation syndicale Hans Böckler

représente la source la plus importante sur les pratiques anti-CE (Behrens, Dribbusch, 2014, 2020). Depuis 2012, elle interroge des permanents syndicaux locaux au sujet des entraves dont ils ont eu connaissance⁵. Les personnes interrogées sont issues de trois organisations syndicales appartenant à la confédération Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB, 5,9 millions adhérents), dont les deux premières couvrent la quasi-totalité du secteur manufacturier : IG Metall (métallurgie et sidérurgie ; 2 262 571 adhérents), IG Bergbau, Chemie, Energie (IG BCE : mines, chimie, énergie ; 618 321 adhérents) et Gewerkschaft Nahrung, Genuss, Gaststätten (NGG : gastronomie, alimentation ; 197 791 adhérents). Le questionnaire du WSI distingue deux types d'entrave : celles visant à empêcher la mise en place d'un CE et celles visant à nuire au (bon) fonctionnement d'un CE existant, voire à le dissoudre. Pour des raisons liées à l'objet de ce texte, nous focalisons l'analyse sur le premier volet de l'enquête.

Sa dernière mouture (2018-2019) révèle que, dans leurs périmètres de responsabilité respectifs, 42 % des permanents syndicaux interrogés ont eu connaissance de tentatives d'empêchement de la tenue d'élections du CE dans 185 établissements au total. Tandis que 33 % des permanents de l'IG BCE disent avoir pris connaissance d'une ou plusieurs entraves, ce taux atteint 44 % pour les responsables d'IG Metall et 52 % pour les responsables du NGG. Le score relativement élevé parmi les syndicalistes issus

5. L'échelon inférieur de ces trois organisations syndicales (nommés respectivement Geschäftsstelle, Bezirk, Region) couvre des territoires de taille et d'importance très différentes. Le raisonnement derrière cette méthodologie indirecte est que ces permanents ont une connaissance plus au moins précise des cas puisque : 1) ils ont été sollicités par des élus ou des salariés à l'initiative d'une élection au sujet de l'obstruction ; 2) ils suivent le fonctionnement du CE ou ont été à l'initiative de sa mise en place.

ALLEMAGNE

de la chimie et de la métallurgie confirme l'idée selon laquelle les entraves ne s'arrêtent pas aux bastions traditionnels de la codétermination. Ces pratiques s'avèrent d'ailleurs plutôt efficaces. Dans 28 % des établissements signalés, la direction a réussi à faire avorter le processus électoral (IG BCE : 28 % ; IG Metall : 25 % ; NGG : 39 %).

Par rapport au nombre total d'élections de CE effectuées sur la période (11 364 établissements) dans le domaine de trois syndicats, le nombre de signalements pour entrave est très faible (185). Mais ce taux (1,6 %) est probablement sous-estimé, car tous les cas ne sont pas rapportés aux permanents syndicaux. Afin de tester la validité de ces données, le WSI a intégré en 2018 dans son enquête représentative parmi les CE (WSI-Betriebsrätebefragung, effectuée dans les établissements de 20 salariés et plus avec CE) une question concernant l'obstruction du scrutin. 4,2 % des CE interrogés disent avoir été entravés dans l'organisation du scrutin durant le cycle électoral de 2018. Autre constat significatif de l'enquête WSI parmi les syndicalistes : les entraves aux élections se concentrent dans les établissements où c'est la première élection de CE (Behrens, Dribbusch, 2020:289). Il semble qu'une fois le CE élu, les directions trouvent moins de raisons de s'y opposer.

Le tableau 2 renseigne sur les différentes formes d'entrave au scrutin et leur importance relative. Soulignons

que toutes ces formes sont illégales du point de vue de la BetrVG, mais que le nombre d'employeurs condamnés est minime ⁶. La pratique la plus récurrente – dans 69 % des cas d'entrave relayés – est celle de l'intimidation des candidats, suivie de près par l'empêchement de la mise en place du comité électoral du CE (*Wahlvorstand*) (66 %). Cela montre qu'en s'opposant à la mise en place du comité électoral, les directions interviennent très tôt dans le processus de mobilisation des salariés puisque son élection représente une condition légale de l'organisation du scrutin. Le refus par la direction de fournir la liste du personnel (14 % des entraves signalées) appartient aussi au registre d'entrave formelle, comme celle du refus de l'employeur d'accorder au syndicat l'accès à l'établissement (12 %).

Dans 43 % des cas d'entrave, l'employeur tente de manipuler l'élection en soutenant des candidats qui lui sont proches. Sans surprise, cette tactique coïncide le plus souvent avec l'aboutissement de l'élection du CE. On peut penser qu'il s'agit souvent d'un « deuxième choix » : puisque l'employeur ne peut pas empêcher l'élection, il tente de « récupérer » les élus du CE. Des tactiques plus agressives sont aussi observées par l'enquête : licenciement des candidats à l'élection (17 %) ou des membres du comité électoral (9 %). Celle – drastique – de réorganisation ou de scission de l'établissement (8 %) est plus rare.

6. La BetrVG dispose : « Personne ne doit empêcher l'élection du conseil d'établissement. » Aussi, « personne n'est autorisé à impacter l'élection, soit en désavantageant ou en menaçant de désavantages, soit en avantageant ou en promettant des avantages. » Si des atteintes à ces règles doivent entraîner des conséquences pénales pour les employeurs, ils peuvent se considérer relativement protégés à cause d'une zone grise légale autour de la mise en place et l'élection d'un CE (Behrens, Dribbusch, 2014).

Tableau 2. Part des établissements ayant recours à des actions destinées à empêcher l'élection du conseil d'établissement *

En %

Actions contre la tenue d'élections du CE	Part des établissements ayant recours à ces actions
Intimidation des candidats	69
Empêchement de mise en place du comité électoral du CE	66
Soutien aux candidats proches de la direction	43
« Achat » des candidats	19
Licenciement des candidats	17
Refus de fournir la liste du personnel	14
Empêchement du syndicat d'accéder à l'établissement	12
Licenciement des membres du comité électoral	9
Réorganisation/scission ciblée	8
Délocalisation ; externalisation ; fermeture de l'établissement concerné	1
Autres	17

* Ces chiffres ne concernent que les établissements identifiés comme ayant eu recours à ces mesures ; indications provenant d'IG BCE, d'IG Metall et du NGG ; plusieurs réponses possibles. N=152.

Lecture : parmi les établissements ayant mené des actions visant à empêcher l'élection du CE, celles relevant d'intimidations des candidats sont mobilisées dans 69 % des cas.

Source : Behrens, Dribbusch (2020).

La loi sur la modernisation des CE : une réforme a minima

Le 25 mai 2021, le Bundestag adopte la « loi portant sur la modernisation des CE ». Il s'agit d'une loi de « dernière minute », avant la trêve estivale et l'échéance des élections fédérales au mois de septembre. Elle traduit un engagement du gouvernement lors de sa formation en 2018, impulsé par les sociaux-démocrates.

Un contenu peu ambitieux

Par rapport à l'intention principale du projet de loi – faciliter et sécuriser l'élection du CE –, la loi contient les dispositions suivantes :

- *élargissement du champ d'application de la procédure électorale simplifiée (encadré 1)*. Depuis 2001, celle-ci a

été limitée aux établissements comptant entre 5 et 50 salariés ; dans les établissements de 51 à 100 salariés, l'employeur et le comité électoral pouvaient se mettre d'accord sur une dérogation à la procédure ordinaire. Conformément aux engagements gouvernementaux pris dans l'accord de coalition, la nouvelle loi élargit le champ d'application de la procédure simplifiée aux établissements comptant entre 5 et 100 salariés (avec accord dérogatoire : entre 101 et 200 salariés) ;

- *assouplissement des conditions des signatures de soutien aux candidats*. Désormais les signatures de soutien de candidature, destinées à éviter des candidatures peu sérieuses aux élections de CE, ne sont plus nécessaires dans les établissements comptant jusqu'à 20 salariés. Dans les établissements de 21 à 100 salariés éligibles, le nombre

Encadré 1

Deux procédures d'élection de CE

L'élection d'un CE selon la BetrVG est un processus très formalisé. Des erreurs procédurales peuvent conduire à l'annulation de l'élection. Il existe deux procédures électorales : la procédure ordinaire et la procédure simplifiée. La dernière a été introduite en 2001, avec déjà pour objectif de faciliter la création des CE dans les PME. Depuis, elle a été relativement bien accueillie dans les établissements dans lesquels elle a été rendue facultative (51 à 100 salariés). En 2018, parmi ces établissements ayant élu un CE, 33,2 % l'ont préféré à la procédure ordinaire (Demir *et al.*, 2018).

La différence fondamentale entre procédures simplifiée et ordinaire est que la première repose sur un scrutin nominatif (majoritaire) et la deuxième sur un scrutin de liste (proportionnel). D'un point de vue procédural, les deux suivent essentiellement la même trame, mais les délais sont réduits dans la procédure simplifiée (2 contre au moins 6 semaines). Ainsi, dans les deux cas, l'organisation et le contrôle du scrutin sont effectués par le comité électoral. S'il n'existe pas de CE ou de CE central (*Konzern-* ou *Gesamtbetriebsrat*) pouvant le nommer, trois salariés éligibles ou un syndicat représenté dans l'entreprise peuvent convoquer une assemblée d'établissement afin de l'élire. Cette règle s'applique aux deux procédures ; toutefois, dans la procédure simplifiée, l'assemblée élit non seulement le comité électoral (procédure ordinaire), mais constitue également la liste électorale, édite l'annonce électorale (*Wahl ausschreiben*) et enregistre les propositions de candidats.

de signatures requises est réduit à deux, contre trois antérieurement. Lorsque les candidats se présentent à l'assemblée électorale, la désignation à main levée remplace la signature ;

- **renforcement de la protection contre le licenciement des initiateurs d'une élection de CE.** La loi de protection contre les licenciements accorde désormais aux salariés à l'initiative de l'élection une protection contre un licenciement pour motif personnel (*personen- ou verhaltensbedingte Kündigung*), à condition qu'ils puissent prouver leur intention dans une déclaration notariale préalable et démontrer qu'ils ont entrepris des actions préparatoires correspondantes. Aussi, le nombre de membres du comité électoral protégés contre un

licenciement passe de trois à six, afin de garantir la continuité de la procédure d'élection en cas d'absence d'un membre.

Un accueil mitigé

La réception de la loi par les principaux intéressés, dont le mouvement syndical, est mitigée. Les partis de l'opposition parlementaire en pointent les manquements et oublis. Pour les Verts, elle pêche surtout par l'absence de dispositions visant à contrer l'érosion du deuxième étage du système de codétermination dans les entreprises, la participation de représentants des salariés au conseil de surveillance. La critique du parti Die Linke est plus fondamentale : il y voit une occasion manquée d'adapter la « vieille » BetrVG aux mutations du monde du

travail et d'élargir substantiellement les droits de codétermination. Afin de mieux sécuriser les élections de CE, le parti propose entre autres une obligation faite aux employeurs d'organiser une réunion d'information annuelle dans les établissements dépourvus de CE, avec possibilité de constituer un comité électoral immédiatement.

Du côté du DGB, confédération syndicale dominante et proche du ministre du Travail social-démocrate Hubertus Heil, la réaction est plus policée. Les commentaires s'accordent sur le fait qu'il s'agit d'un « premier pas dans la bonne direction ». En effet, le texte de loi reprend à son compte un certain nombre de

revendications syndicales (augmentation du seuil d'application de la procédure simplifiée, protection juridique des initiateurs d'élection ; droit de codétermination en matière de télétravail ; facilitation d'accès à l'expertise en cas d'introduction d'intelligence artificielle) (encadré 2). Mais la centrale et ses fédérations déplorent que la protection des initiateurs d'élections de CE soit restée fragmentaire par rapport au projet de loi initial. Après l'intervention des parlementaires chrétien-démocrates proches des milieux patronaux dans le processus législatif, l'interdiction de licenciement des salariés à l'initiative de l'élection pour motif exceptionnel (*fristlose Kündigung*) a en

Encadré 2

Autres dispositions contenues dans la loi sur la modernisation des CE

- Élargissement du champ d'application de la procédure électorale de CE simplifiée au conseil de représentation des jeunes et des apprentis (*Jugend- und Auszubildendenvertretung*), instance au sens du droit du travail dans les entreprises disposant d'un CE. Aussi, le seuil d'âge pour être éligible à cette instance (25 ans) est abandonné au bénéfice du statut d'apprenti ;
- pérennisation de la possibilité de tenir des réunions de CE à distance (par conférence téléphonique ou visio), à condition qu'un quart des élus ne s'y oppose pas (§30). Leur caractère privé persiste et leur enregistrement est interdit. Les réunions présentes du CE sont toutefois définies comme étant la règle ;
- création d'un droit de codétermination du CE en matière d'organisation du télétravail. Il exclut explicitement la décision d'introduire le télétravail et l'employeur reste l'unique décisionnaire en la matière ;
- renforcement du droit du CE en matière de formation professionnelle, lui permettant de faire appel à la commission de conciliation si les deux partis ne se mettent pas d'accord sur les mesures à adopter ;
- renforcement des droits d'information et de consultation concernant l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) dans l'organisation du travail dans l'établissement. Le CE peut désormais accéder plus facilement à une expertise externe pour évaluer l'impact de l'IA sur l'organisation du travail. Le CE doit aussi consentir aux critères de recrutement s'ils ont été définis par l'IA.

effet été supprimée du projet de loi du ministère du Travail. Plus généralement, les syndicats regrettent que le législateur n'ait pas pris la mesure de la profondeur des mutations du travail et de l'emploi à l'heure de la digitalisation. Des nouveaux droits de participation du CE en matière de réorganisation technique et de travail numérique auraient été nécessaires.

Conclusion

La plupart des commentateurs conviennent que la loi sur la modernisation des CE n'est qu'une « petite réforme » d'un vaste chantier pour faciliter et améliorer la représentation des salariés dans l'entreprise. Projet d'une coalition gouvernementale à bout de course, elle est restée en dessous du niveau d'ambition d'autres lois récentes du ministère du Travail, notamment celles sur la sous-traitance dans l'industrie de la viande et la responsabilité sociale et environnementale des donneurs d'ordre dans les chaînes mondiales d'approvisionnement. Cela explique probablement aussi la faible mobilisation des milieux patronaux à son égard, connus pourtant pour leurs réactions virulentes à chaque fois qu'il est question de toucher à la loi sur les conseils d'établissement. Le risque lié à la stabilité de ce cadre est que le décalage entre les règles de la codétermination et leur mise en pratique s'accroisse du fait de leur inadaptation aux transformations du travail en cours. Le nouveau droit de codétermination sur la mise en place du télétravail représente de ce point de vue l'innovation principale de la loi, même si elle est très loin d'épuiser les enjeux de mise en place des technologies digitales et la gestion de leurs effets dans les entreprises, pour n'évoquer que ce défi.

Quant à la principale raison d'être de cette loi, la sécurisation et la facilitation des élections de CE, il a été montré qu'elle peut s'appuyer sur deux constats scientifiques. D'une part, il y a celui, bien étayé par les séries longues, d'un déclin – concentré dans les établissements de taille intermédiaire et les services non financiers – de la couverture des établissements et des salariés par les CE. En élargissant le champ d'application de la procédure électorale simplifiée aux établissements comptant jusqu'à 200 salariés, le législateur tente de trouver une parade à cette problématique spécifique. D'autre part, il y a le constat d'une persistance des entraves aux élections de CE et de leur concentration dans les établissements qui en sont dépourvus. La loi se concentre sur ce cas de figure et renforce la protection des initiateurs d'élection, tout en laissant une porte ouverte aux abus de l'employeur.

Il est difficile d'anticiper les effets des mesures de sécurisation du processus électoral sur la création de CE, puisque l'ampleur du phénomène d'entrave reste incertaine et que les directions sont capables de s'adapter aux nouvelles contraintes. Si la protection de l'engagement des salariés est nécessaire pour garantir les droits démocratiques dans des environnements hostiles à la codétermination, les constats établis par les travaux de recherche permettent de penser que l'enjeu fondamental de l'implantation reste inchangé : convaincre les salariés dépourvus de CE que la représentation par cet organe est plus efficace que d'autres formes de représentation en entreprise. Les CE et les organisations syndicales ont toute leur place dans cette exigence.

Sources :

- Absenger N., Priebe A. (2016), « Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe », *WSI-Mitteilungen*, n° 3/2016, p. 192-200, <https://doi.org/10.5771/0342-300X-2016-3-192>.
- Artus I. (2011), « Les salariés précaires et la codétermination en Allemagne – La représentation collective au-delà des normes », *La Revue de l'IRES*, n° 68, p. 109-140, <https://bit.ly/2XWmqyq>.
- Artus I., Kraetsch C., Röbenack S. (2016), « Betriebsratsgründungen. Typische Phasen, Varianten und Probleme », *WSI-Mitteilungen*, n° 3/2016, p. 183-191, <https://doi.org/10.5771/0342-300X-2016-3-183>.
- Behrens M., Dribbusch H. (2014), « Arbeitgebermaßnahmen gegen Betriebsräte: Angriffe auf die betriebliche Mitbestimmung », *WSI-Mitteilungen*, n° 2/2014, p. 140-148, <https://doi.org/10.5771/0342-300X-2014-2-140>.
- Behrens M., Dribbusch H. (2020), « Umkämpfte Mitbestimmung: Ergebnisse der dritten WSI-Befragung zur Be- und Verhinderung von Betriebsratswahlen », *WSI Mitteilungen*, n° 4/2020, p. 286-294, <https://bit.ly/3zJBj0w>.
- Bosch A., Ellguth P., Schmidt R., Trinczek R. (1999), *Betriebliches Interessenhandeln. Band 1: Zur politischen Kultur der Austauschbeziehungen zwischen Management und Betriebsrat in der westdeutschen Industrie*, Wiesbaden, VS Verlag, <https://doi.org/10.1007/978-3-663-09391-6>.
- Demir N., Funder M., Greifenstein R., Kißler L., Maschke M. (2018), « Trendreport Betriebsratswahlen 2018 », *Mitbestimmung Report*, n° 45, 10.2018, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung, Düsseldorf, <https://bit.ly/3mYLpa6>.
- Ellguth P., Kohaut S. (2020), « Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2019 », *WSI-Mitteilungen*, n° 4/2020, p. 278-285, <https://bit.ly/38Cw8n5>.
- Gall G., Dundon T. (eds.) (2013), *Global Anti-Unionism. Nature, Dynamics, Trajectories and Outcomes*, London, Palgrave Macmillan, <https://doi.org/10.1057/9781137319067>.
- Haipeter T. (2021), « Between industry and Establishment: Recent Developments in German Collective Bargaining and Codetermination », *Labour & Industry*, p. 1-13, <https://doi.org/10.1080/10301763.2021.1901333>.
- Hertwig M. (2011), « Patterns, ideologies and strategies of non-statutory employee representation in German private sector companies », *Industrial Relations Journal*, vol. 42, n° 6, p. 530-546, <https://doi.org/10.1111/j.1468-2338.2011.00645.x>.
- Kahmann M. (2019), « Allemagne : partenariat sans conflit ? Conflit sans partenariat ? Un débat sur l'état des relations professionnelles », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 165, mars, p. 19-33, <http://bit.ly/2OH8bEC>.
- Kotthoff H. (1981), *Betriebsräte und betriebliche Herrschaft: Eine Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb*, New York, Campus.
- Müller-Jentsch W. (2008), *Arbeit und Bürgertatus. Studien zur sozialen und industriellen Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag, <https://doi.org/10.1007/978-3-531-91790-0>.
- Nienhäuser W., Glück E., Hoßfeld H. (2016), « Einstellungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Welchen Einfluss haben Mitbestimmungserfahrungen? », *WSI-Mitteilungen*, n° 3/2016, p. 161-171, <https://doi.org/10.5771/0342-300X-2016-3-161>.
- Rehder B. (2006), « Legitimitätsdefizite des Co-Managements: Betriebliche Bündnisse für Arbeit als Konfliktfeld zwischen Arbeitnehmern und betrieblicher Interessenvertretung », *Zeitschrift für Soziologie*, vol. 35, n° 3, p. 227-242, <http://www.jstor.org/stable/23773585>.
- Röbenack S., Artus I. (2015), « Betriebsräte im Aufbruch? Vitalisierung betrieblicher Mitbestimmung in Ostdeutschland », *OBS-Arbeitsheft*, n° 82, Otto-Brenner-Stiftung, Frankfurt am Main, <https://bit.ly/2VbFVxi>.
- Rügemer W., Wigand E. (2014), « Union-Busting in Deutschland. Die Bekämpfung von Betriebsräten und Gewerkschaften als professionelle Dienstleistung », *OBS-Arbeitsheft*, n° 77, Otto-Brenner-Stiftung, Frankfurt am Main, <https://bit.ly/3tbcJmR>.
- Thünken O., Morgenroth S., Hertwig M., Fischer A. (2020), *Kampf um Mitbestimmung: Antworten auf "Union Busting" und die Behinderung von Betriebsräten*, Bielefeld, Transcript.
- Trinczek R. (2013), « Betriebsrat », in Hirsch-Kreinsen H., Minssen H. (eds.), *Lexikon der Arbeits- und Industriosozologie*, Berlin, Sigma, p. 146-152, <https://www.nomos-elibrary.de/index.php?doi=10.5771/9783845276021-95>.