

## L'avenir des mécanismes de représentation et de participation des salariés aux organes des sociétés en Allemagne au regard du droit européen

*The future of employee representation and participation mechanisms in corporate bodies in Germany under European law*

Yves-Junior Manzanza Lumingu

---



### Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/add/1852>

DOI : [10.4000/add.1852](https://doi.org/10.4000/add.1852)

ISSN : 2606-1988

### Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

### Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2020

Pagination : 103-122

ISBN : 979-10-240-1442-5

ISSN : 1955-0855

### Référence électronique

Yves-Junior Manzanza Lumingu, « L'avenir des mécanismes de représentation et de participation des salariés aux organes des sociétés en Allemagne au regard du droit européen », *Les Annales de droit* [En ligne], 14 | 2020, mis en ligne le 01 juin 2021, consulté le 13 janvier 2023. URL : <http://journals.openedition.org/add/1852> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.1852>

---

Ce document a été généré automatiquement le 13 janvier 2023.

Tous droits réservés

---

# L'avenir des mécanismes de représentation et de participation des salariés aux organes des sociétés en Allemagne au regard du droit européen

*The future of employee representation and participation mechanisms in corporate bodies in Germany under European law*

Yves-Junior Manzanza Lumingu

---

- <sup>1</sup> Le principe de représentation ou de participation des salariés aux organes des sociétés en République fédérale d'Allemagne (*Mitbestimmungsrecht*) constitue, avec l'autonomie contractuelle des organisations syndicales et patronales (*Tarifautonomie*), l'un des piliers majeurs sur lesquels est fondé le partenariat social allemand<sup>1</sup>. Il importe cependant de noter que le *Mitbestimmungsrecht* repose sur une structure bipolaire constituée d'une part de la *betriebliche Mitbestimmung* et d'autre part de l'*Unternehmensmitbestimmung*<sup>2</sup>.
- <sup>2</sup> Le premier pilier organise la représentation des salariés au niveau de l'entreprise ou de l'établissement à travers un comité d'entreprise (*Betriebsrat*) élu conformément à la loi portant constitution sociale de l'entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz*). Il vise à promouvoir les intérêts des salariés sur le plan social, personnel et économique et se limite ainsi aux décisions ayant une incidence directe sur la relation de travail<sup>3</sup>.
- <sup>3</sup> Le second pilier, quant à lui, consiste en une participation proportionnelle des représentants des salariés aux organes de la société, en l'occurrence dans les conseils de surveillance des sociétés soumises à l'une des lois sur la codétermination. Allant au-delà d'une simple représentation ou d'un droit de consultation des salariés, le législateur allemand institue par ce mécanisme un véritable droit de cogestion ou de

codétermination en faveur de ces derniers avec la possibilité d'influer sur les décisions importantes de la société.

- 4 Dans le cadre de cette réflexion, nous allons nous limiter à examiner les questions de droit liées à la mise en œuvre des mécanismes relevant exclusivement du second pilier et ce, à la lumière du droit de l'Union européenne. En effet, l'influence de plus en plus grandissante du droit communautaire européen sur les législations nationales soulève en Allemagne une certaine controverse sur l'avenir du droit allemand de codétermination. D'aucuns parlent d'un double défi européen<sup>4</sup> qui placerait le législateur allemand sous une forte pression de réforme.
- 5 Le premier défi résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur la liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Celle-ci reconnaît aux « sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union » une large liberté d'établissement qui leur ouvre ainsi plusieurs possibilités de contournement des législations nationales jugées plus sévères, notamment du point de vue de la protection des salariés. Ce « *law shopping* » ou « darwinisme normatif<sup>5</sup> » consacré par la CJUE a des conséquences directes sur le droit allemand de codétermination. En effet, étant donné que ce dispositif national de participation des salariés ne s'applique pas aux sociétés constituées conformément à la législation d'un autre État membre, on constate que, de plus en plus, des sociétés qui seraient normalement soumises au régime allemand de codétermination y échappent malicieusement en recourant à la législation d'un autre État membre pour leur constitution, puis en s'établissant en Allemagne pour y exercer leurs activités.
- 6 Le deuxième défi se rapporte à une question qui a déjà certes été tranchée par la CJUE dans son arrêt du 18 juillet 2017 dans l'affaire C-566/15 (*Konrad Erzberger c. TUI AG*), mais qui mérite encore d'être commentée compte tenu de l'intérêt pratique qu'elle suscite et de la subtilité des arguments développés par la doctrine dans les discussions controversées qui ont précédé la décision de la Cour. La controverse portait sur la conformité ou non du droit allemand de codétermination avec le droit primaire européen. Le point de départ était la limitation du droit de vote et d'éligibilité aux conseils de surveillance des sociétés allemandes soumises au régime de codétermination aux seuls salariés employés à l'intérieur du territoire national comme le prévoit la législation en vigueur. Cette limitation était jugée par certains tribunaux régionaux et par une partie de la doctrine comme contraire au principe de non-discrimination prévu à l'article 18 du TFUE et comme une entrave à la libre circulation des travailleurs garantie par l'article 45 du TFUE.
- 7 Après une présentation essentiellement descriptive de ces deux questions telles qu'elles sont abordées, discutées et traitées tant par la jurisprudence que par la doctrine, nous procéderons à une appréciation critique des arguments développés par les uns et les autres afin de mesurer l'impact réel du droit européen sur l'avenir du système allemand de participation des salariés aux organes des sociétés. Pour ce faire, les développements qui suivent porteront tour à tour sur l'état de la question (1), sur la présentation de la solution de la CJUE (2) et enfin sur les commentaires et observations personnels (3).

# 1. État de la question

- 8 Avant de se pencher sur l'état de la question dans la jurisprudence et la doctrine, il convient d'abord de présenter brièvement le cadre juridique qui sous-tend le système allemand de codétermination des salariés dans les organes des sociétés.

## 1.1. Le cadre juridique allemand relatif à la codétermination des salariés

- 9 Le droit allemand de codétermination constitue un arsenal juridique à la fois complexe et hétérogène<sup>6</sup>. Il est composé de trois modèles régis par des lois différentes, mais avec un dénominateur commun : chacune de ces lois ne s'applique qu'à des sociétés constituées sous une forme juridique déterminée et occupant un seuil précis de salariés. Il s'agit de :
- la loi du 21 mai 1951 sur la codétermination dans l'industrie minière et sidérurgique (*Montan-Mitbestimmungsgesetz*) dont le champ d'application reste limité aux seules sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée du secteur occupant plus de 1000 salariés (art. 1 al. 2). Le conseil de surveillance institué conformément à cette loi est composé de onze membres, les travailleurs et les actionnaires étant représentés de manière paritaire par cinq membres, et le 11<sup>e</sup> siège attribué à une personnalité neutre.
  - la loi du 4 mai 1976 sur la codétermination (*Mitbestimmungsgesetz*). Elle est applicable dans les sociétés organisées sous la forme de société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée ou coopératives économiques pour autant qu'elles emploient plus de 2000 salariés (art. 1, al. 1), à l'exclusion des sociétés régies par le *Montan-Mitbestimmungsgesetz* de 1951 et des communautés religieuses ainsi que toutes organisations à caractère philanthropique et éducatif qui dépendent de ces dernières et ce, quelle que soit leur forme juridique (art. 1, al. 2 et 4). Le conseil de surveillance des sociétés régies par la loi de 1976 est composé respectivement de 12, 16 ou 20 membres selon que la société emploie moins de 10 000 salariés, entre 10 000 et 20 000 salariés ou plus de 20 000 (art. 7, al. 1, phrase 1, points 1-3). Les statuts de chaque société peuvent toutefois prévoir des dérogations, mais uniquement pour revoir le nombre à la hausse (art. 7, al. 1, phrase 2). La répartition des sièges s'opère en respectant le principe paritaire ; les salariés sont représentés à 50 % tout comme actionnaires.
  - le *Drittelbeteiligungsgesetz* du 1<sup>er</sup> juillet 2004. Fondé sur la règle de « parité au tiers », ce modèle ne s'applique que pour la représentation des salariés au conseil de surveillance des sociétés qui ne sont pas régies par l'une des deux premières lois présentées ci-haut et dont le nombre des salariés se situe entre 500 et 2 000 (art. 1, al. 1, points 1-5). Le nombre des membres composant le conseil de surveillance varie entre 3 à 21 et est toujours impair.

## 1.2. Problématique de la conformité ou non du régime allemand de codétermination avec le droit européen

- 10 Selon l'opinion majoritaire dans la jurisprudence<sup>7</sup> et la doctrine<sup>8</sup>, l'application du régime allemand de codétermination obéit au principe de territorialité qui veut que la compétence du législateur allemand reste limitée au territoire allemand et, par conséquent, aux seules entreprises de droit allemand ou étranger qui y sont établies conformément à la législation nationale allemande<sup>9</sup>. Ces considérations seraient

fondées notamment sur la volonté même du législateur telle qu'exprimée dans le rapport de la Commission du travail et des affaires sociales du *Bundestag*<sup>10</sup>.

- 11 Il s'ensuit que les salariés des filiales établies dans les États membres autres que l'Allemagne sont exclus du champ d'application de la législation allemande sur la codétermination. Non seulement ces salariés ne peuvent pas être pris en compte pour la question de l'applicabilité ou non du régime de codétermination à un groupe de sociétés et pour la détermination du nombre de membres du conseil de surveillance que la société mère serait éventuellement tenue de constituer, mais ils sont aussi privés du droit de vote et d'éligibilité à cet organe. Cette exclusion a suscité les débats sur la conformité ou non de la réglementation allemande en matière de codétermination avec le droit de l'Union européenne.

### 1.2.1. Controverse doctrinale

- 12 Pour une partie de la doctrine, l'exclusion des salariés des filiales établies dans les États membres autres que l'Allemagne du régime allemand de codétermination est incompatible avec le droit de l'Union, en l'occurrence avec l'article 18 du TFUE qui consacre le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'avec l'article 45 du TFUE qui garantit le droit à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union<sup>11</sup>. Les défenseurs de cette thèse prétendent qu'une telle exclusion, qui ne viserait que des salariés dont on peut présumer qu'ils ne sont pas allemands, mais plutôt des citoyens des États membres dans lesquels ils sont employés, constituerait une discrimination en raison de la nationalité. En même temps, elle constituerait une entrave à la liberté de circulation des travailleurs employés en Allemagne en ce sens qu'elle serait susceptible de les dissuader à présenter leur candidature ou à accepter des postes dans une filiale du même groupe établie dans un autre État membre, sachant qu'un tel déplacement s'accompagne de la perte des droits de vote et d'éligibilité au conseil de surveillance du groupe<sup>12</sup>.
- 13 Pour mettre fin à cette incompatibilité supposée de la réglementation allemande en matière de codétermination avec le droit de l'Union, plusieurs solutions ont été envisagées dont notamment :
- la possibilité d'inclure les salariés employés dans les filiales du groupe établies dans d'autres États membres dans le régime allemand de codétermination grâce à l'interprétation des dispositions nationales conformément au droit de l'Union<sup>13</sup> ;
  - l'inapplicabilité de la réglementation nationale en cause<sup>14</sup> en raison du principe de « primauté du droit communautaire<sup>15</sup> ». Cela aurait pour conséquence que le conseil de surveillance serait composé uniquement de membres représentant les actionnaires conformément à l'article 96, al. 1, alt. 6 de la loi sur les sociétés anonymes<sup>16</sup> ;
  - la dispense pure et simple du régime allemand de codétermination pour les groupes de sociétés multinationales ayant leurs sièges administratifs en Allemagne dès lors que les salariés employés dans les filiales du groupe établies à l'étranger représentent la majorité de tous les travailleurs du groupe. Cette solution aurait le mérite à la fois de rétablir l'égalité de traitement de tous les travailleurs du groupe et de résoudre le problème de déficit de légitimité des représentants des salariés au conseil de surveillance<sup>17</sup>.
- 14 En revanche, l'opinion majoritaire dans la doctrine soutient que cette exclusion est justifiée par le principe de territorialité qui veut que la compétence du législateur allemand reste limitée au territoire allemand et, par conséquent, aux seules entreprises

qui y sont établies conformément à la législation nationale. La différence de traitement entre salariés employés en Allemagne et ceux employés dans les filiales du même groupe établies dans d'autres États membres, qui peut paraître comme une mesure discriminatoire, ne tient pas compte de la nationalité, mais bien plus du lieu de travail<sup>18</sup>. Pour ces auteurs, la réglementation allemande en matière de codétermination telle qu'organisée et appliquée dans son état actuel ne porte donc pas atteinte au droit de l'Union<sup>19</sup>.

- 15 Cette controverse doctrinale a donné lieu au courant des décennies passées à plusieurs procédures dites *Statusverfahren*<sup>20</sup> devant les tribunaux régionaux et, dans certains cas, devant les tribunaux régionaux supérieurs saisis en appel.

### 1.2.2. Regard sur la jurisprudence

- 16 Les décisions rendues à l'issue des différentes procédures judiciaires consacrées à l'examen de la régularité de la constitution des conseils de surveillance de certaines sociétés sont très divergentes et peuvent être classées en trois groupes.
- 17 Alors que la plupart des tribunaux saisis avaient rejeté les accusations de non-conformité au droit de l'Union formulées contre la réglementation allemande en matière de codétermination<sup>21</sup>, le tribunal régional supérieur de Berlin avait émis des doutes quant à la conformité de cette réglementation avec le droit de l'Union<sup>22</sup> et envisagé, par conséquent, de ne pas l'appliquer dans le cas d'espèce<sup>23</sup>. Enfin, il y a d'autres tribunaux dont le tribunal régional supérieur de Zweibrücken<sup>24</sup> et le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main<sup>25</sup> qui, sans se pencher sur la problématique de la conformité du régime allemand de codétermination avec le droit de l'Union, ont jugé que les travailleurs employés dans les filiales établies à l'étranger et appartenant à un groupe des sociétés allemand devaient être pris en compte non seulement pour la détermination des effectifs des salariés du groupe, mais aussi pour la participation aux élections du conseil de surveillance en tant qu'électeurs et/ou candidats. Toutefois, le tribunal régional de Francfort-sur-le-Main ajoute dans un *obiter dictum* que dans l'hypothèse où la réglementation allemande en matière de codétermination serait contraire au droit de l'Union, elle ne pourrait pas être évincée, mais devrait plutôt faire objet d'une interprétation conforme au droit de l'Union<sup>26</sup>.
- 18 De toutes ces décisions, celle du tribunal régional supérieur de Berlin mérite une attention particulière en ce qu'elle a donné lieu à une question préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour obtenir l'interprétation des dispositions du Traité qui seraient éventuellement violées par la législation allemande en question. C'est cette question qui constitue la toile de fond de l'arrêt de la CJUE qui sera présenté dans le point suivant.

## 2. Solution de la CJUE dans l'arrêt C-566/15 du 18 juillet 2017

- 19 Pour une meilleure présentation de la solution à laquelle a abouti la CJUE dans son arrêt du 18 juillet 2017 dans l'affaire C-566/15 (*Konrad Erzberger c. TUI AG*), il convient d'abord de rappeler brièvement les faits du litige au principal avant de parcourir les considérations juridiques qui ont sous-tendu la décision de la Cour.

## 2.1. Rappel des faits

- 20 Le requérant au principal est un actionnaire de TUI SA, société à la tête du groupe TUI, actif dans le secteur du tourisme. Avec environ 50 000 salariés employés au niveau de l'Union européenne, dont un peu plus de 10 000 travaillent en Allemagne, le groupe TUI est soumis au régime allemand de codétermination et régi par la loi du 4 mai 1976. Aussi son conseil de surveillance est-il constitué pour moitié de représentants des actionnaires et pour moitié de représentants des salariés.
- 21 Pour le requérant au principal, le conseil de surveillance de TUI n'était pas constitué en bonne et due forme parce que les salariés employés dans les filiales du groupe établies dans d'autres États membres n'étaient pas pris en compte. TUI n'étant pas de cet avis, le requérant a saisi le tribunal régional de Berlin conformément à l'article 98 de la loi sur les sociétés anonymes qui accorde au tribunal la compétence en cas de différend ou d'incertitude sur les dispositions légales applicables à la composition du conseil de surveillance d'une société.
- 22 Après que le tribunal régional de Berlin dans son jugement du 16 octobre 2015 a rejeté la demande du requérant, ce dernier a interjeté appel devant le tribunal régional supérieur de Berlin qui, lui, semblait partager l'avis du requérant et a décidé de surseoir la procédure pour interroger la CJUE. La juridiction de renvoi voulait savoir s'il était « conforme à l'article 18 TFUE (principe de non-discrimination) et à l'article 45 TFUE (libre circulation des travailleurs) qu'un État membre n'accorde le droit de vote actif et passif aux élections des représentants des travailleurs dans l'organe de surveillance d'une entreprise qu'aux salariés employés dans les établissements de l'entreprise ou dans les entreprises du groupe sur le territoire national<sup>27</sup> ».

## 2.2. Considérations juridiques et décision de la Cour

- 23 Avant de se pencher sur le fond de la question préjudicielle, la CJUE a d'abord tenu à rappeler « la variété des situations dont relèvent les différents travailleurs » visés par le litige au principal<sup>28</sup> pour ensuite établir une nette distinction entre les travailleurs employés dans les filiales établies dans des États membres autres que la République fédérale d'Allemagne (*ibid.*, § 24) et ceux employés en Allemagne et qui quittent ou souhaitent quitter cet emploi pour travailler dans une filiale appartenant au même groupe établie dans un autre État membre (*ibid.*, § 31-32).

### 2.2.1. Cas des travailleurs employés dans un État membre autre que l'Allemagne

- 24 Suivant presque entièrement l'avis de l'avocat général<sup>29</sup>, la CJUE examine la discrimination supposée des travailleurs employés dans une filiale établie dans un État membre autre que l'Allemagne en cherchant d'abord à résoudre le conflit des normes éventuellement applicables, c'est-à-dire à déterminer entre les articles 18 et 45 du TFUE la disposition qui serait normalement applicable, étant donné que les deux articles interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité.
- 25 Citant sa jurisprudence constante sur la question du rapport entre l'article 18 du TFUE qui consacre le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité et les autres règles spécifiques de non-discrimination<sup>30</sup>, la Cour rappelle le caractère subsidiaire de l'article 18 du TFUE qui « n'a vocation à s'appliquer de manière

autonome que dans des situations régies par le droit de l'Union pour lesquelles le TFUE ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination<sup>31</sup> ».

- 26 Ainsi, considérant que l'article 45 alinéa 2 du TFUE a prévu pareille règle spécifique de non-discrimination fondée sur la nationalité en matière de conditions d'emploi, la Cour conclut que la situation des travailleurs visés dans cette première catégorie ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 18 du TFUE, mais doit plutôt être examinée au regard de l'article 45 alinéa 2 du TFUE (*ibid.*, § 26-27). Or, poursuit la Cour, l'application des règles du Traité en matière de libre circulation des personnes exige l'existence d'un facteur de rattachement à l'une des situations envisagées par le droit de l'Union, ce qui est loin d'être le cas pour les travailleurs « qui n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de l'Union et qui n'envisagent pas de le faire » (*ibid.*, § 28 et jurisprudence citée). Par conséquent, il n'y a pas lieu, selon la Cour, d'appliquer l'article 45 alinéa 2 du TFUE à la situation des travailleurs employés dans une filiale établie dans un État membre autre que l'Allemagne.
- 27 Il ne reste donc qu'à examiner la compatibilité du droit allemand de codétermination avec le droit européen en se basant sur la situation des travailleurs employés en Allemagne qui quitteraient leurs postes pour travailler dans une filiale du même groupe établie dans un autre État membre.

### 2.2.2. Cas des travailleurs employés en Allemagne

- 28 Pour répondre à la deuxième variante de la question préjudicielle dont elle a été saisie, la Cour écarte d'emblée l'application de l'article 18 du TFUE et examine les allégations de violation de droit de l'Union par le droit allemand de codétermination sur le fondement de l'article 45 alinéa 2 du TFUE. Elle rappelle que contrairement au cas des travailleurs rentrant dans la première catégorie du *distinguo* établi par elle, la situation des travailleurs employés en Allemagne qui quitteraient leurs postes pour être employés dans une filiale du même groupe établie dans un autre État membre est couverte par le droit prévu à l'article 45 du TFUE qui garantit la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union et constitue par conséquent un élément certain de rattachement au droit européen (*ibid.*, § 32).
- 29 Cette disposition du Traité prévoit, selon la Cour qui confirme sa jurisprudence constante, non seulement l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité, mais aussi l'interdiction de toute mesure nationale susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants de l'Union, de la liberté fondamentale qu'elle garantit (*ibid.*, § 33 et jurisprudence citée). La Cour devait justement examiner si la législation allemande sur la codétermination, en ce qu'elle prévoit la perte des droits de vote et d'éligibilité pour des travailleurs employés dans les établissements d'un groupe situé en Allemagne qui iraient travailler dans une filiale du même groupe dans un autre État membre, constituait une mesure nationale restrictive et donc une entrave visée par l'interdiction contenue à l'article 45 du TFUE.
- 30 Évoquant d'une part l'absence des mesures d'harmonisation ou de coordination au niveau de l'Union européenne en matière de représentation et de défense collective des intérêts des salariés dans les organes d'une société de droit national et d'autre part la conséquence qui découle de cette absence, à savoir les « disparités existant entre les régimes et les législations des États membres » (*ibid.*, § 34-37), la Cour fait savoir que le déplacement d'un travailleur d'un État membre à un autre État membre peut

s'accompagner des conséquences négatives ou positives pour le concerné. Ces conséquences devraient être assumées aussi longtemps qu'elles reposent sur des critères objectifs et non discriminatoires au regard du droit de l'Union. Sur cette question, la Cour recourt à une analogie avec sa jurisprudence consacrée au bénéfice des conditions de sécurité sociale ou encore des franchises fiscales en faveur d'un travailleur qui quitte un État membre vers un autre État membre (*ibid.*, § 34 et jurisprudence citée).

- 31 Ainsi, la Cour conclut que « l'article 45 TFUE n'accorde pas au travailleur [qui use de son droit à la liberté de circulation] le droit de se prévaloir, dans l'État membre d'accueil, des conditions de travail dont il bénéficiait dans l'État membre d'origine conformément à la législation nationale de ce dernier État » (*ibid.*, § 35) et juge par conséquent le droit allemand de codétermination conforme aux dispositions pertinentes du Traité (*ibid.*, § 38-39).

### 3. Essai d'appréciation

- 32 Le commentaire de l'arrêt de la CJUE sous examen nous amène à faire d'abord quelques observations générales avant d'analyser les considérations juridiques de fond et de procéder enfin à une sorte de décollage conceptuel au-delà du raisonnement de la Cour.

#### 3.1. Observations générales

- 33 Les discussions controversées menées par la doctrine et les décisions divergentes rendues par les tribunaux allemands sur la question de la conformité ou non du droit allemand de codétermination avec le droit de l'Union européenne montrent à quel point l'arrêt de la CJUE du 18 juillet 2017 était attendu en Allemagne. La matière était si particulière et complexe qu'il n'était pas possible de prédire l'issue de la procédure.
- 34 D'une part, l'on avait en esprit la tendance de la CJUE – qualifiée de « moteur de l'intégration européenne<sup>32</sup> » – à confirmer constamment la suprématie du droit de l'Union sur les législations nationales en accordant notamment une importance particulière aux libertés fondamentales garanties par les dispositions des traités européens<sup>33</sup>. D'autre part, l'on observait une certaine évolution au niveau de quelques acteurs européens reconnaissant la nécessité de prendre en compte les particularités sociales, économiques et culturelles nationales dans les rapports entre le droit de l'Union et les législations nationales.
- 35 Par exemple, la Commission européenne après avoir soutenu dans ses observations écrites du 9 février 2016 que l'exclusion des salariés employés dans des filiales d'un groupe allemand établies dans d'autres États membres du régime allemand de codétermination pourrait constituer une violation de l'article 45 du TFUE (et devrait par conséquent être justifiée), avait enfin admis que le système allemand de codétermination et ses objectifs sociaux étaient plutôt compatibles avec le droit de l'Union et que toute éventuelle restriction à la libre circulation des travailleurs pouvant en résulter serait justifiée « par la nécessité de sauvegarder les systèmes de participation des travailleurs et leur objectif social<sup>34</sup> ». S'il est possible que les pressions politiques<sup>35</sup> aient joué un rôle dans ce revirement, il faut cependant reconnaître que cette conclusion de la Commission n'est pas isolée. Elle s'inscrit dans la logique de la suite que la Commission avait déjà réservée dans le passé à la recommandation du

Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés qui proposait d'engager une procédure d'infraction en vertu de l'art. 258 du TFUE contre la République fédérale d'Allemagne pour discrimination<sup>36</sup>.

- 36 En outre, les conclusions de l'Avocat général<sup>37</sup> venaient lever le voile sur la ligne que la CJUE avait finalement suivie. Certes, ces conclusions ne lient pas la Cour. Mais l'expérience révèle que la Cour a souvent suivi les avis de l'Avocat général<sup>38</sup>.

## 3.2. Considérations de fond

- 37 L'analyse des considérations de fond développées par la CJUE portera tour à tour sur la situation des salariés employés sur le territoire allemand et sur celle des salariés employés dans des filiales établies dans d'autres États membres.

### 3.2.1. Sur la situation des salariés employés sur le territoire national

- 38 Sur la situation des salariés employés sur le territoire national, c'est à juste titre que la Cour examine la question sur la base de l'article 45 du TFUE. En effet, si l'exclusion de ces salariés du régime allemand de codétermination lorsqu'ils quittent leurs postes en Allemagne pour travailler dans des filiales du même groupe établies dans d'autres États membres ne peut être considérée comme une mesure discriminatoire étant donné qu'elle s'applique à tous les salariés indépendamment de leur nationalité, elle peut en revanche constituer une entrave à la liberté de circulation des salariés.
- 39 Selon la jurisprudence constante de la CJUE, une mesure nationale constitue une entrave à une liberté fondamentale garantie par les dispositions du traité lorsque, même applicable sans discrimination en raison de la nationalité, elle serait susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de cette liberté par les ressortissants de l'Union<sup>39</sup>. Ainsi, il serait possible que la perte des droits de vote et d'éligibilité au conseil de surveillance de la société mère pour les salariés employés en Allemagne et qui seraient engagés dans une filiale du groupe à l'étranger soit de nature à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice par ces derniers de leur droit à la libre circulation<sup>40</sup>.
- 40 Toutefois, il faut s'en tenir aux termes de l'article 45, alinéa 3, lit. c) du TFUE, lequel garantit le droit de « séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux ». C'est donc à juste titre que la Cour a jugé que la libre circulation des travailleurs n'accorde pas à ces derniers le droit d'« exporter » les conditions de travail dont ils bénéficient dans leurs États d'origine vers un autre État membre.
- 41 La situation aurait été différente s'il s'agissait d'une mesure nationale de l'État membre d'accueil, qui priverait les travailleurs ressortissants d'autres États membres du « droit d'être élu aux institutions de représentation des salariés dans les établissements » au lieu de travail<sup>41</sup>. Le principe d'égalité de traitement doit donc être examiné ici par rapport à la relation entre travailleurs migrants et travailleurs nationaux et non par rapport à la situation des travailleurs migrants vis-à-vis de leurs collègues restés en Allemagne.
- 42 Par ailleurs, dans la pratique, il n'est pas évident que le droit de vote ou d'éligibilité au conseil de surveillance joue un rôle majeur sur la décision d'un travailleur quant au choix du lieu de travail<sup>42</sup>. Les facteurs qui semblent déterminants dans ce choix sont

plutôt financiers ou axés sur la carrière<sup>43</sup>, tels qu'une meilleure rémunération, les avantages fiscaux et/ou sociaux, le mécanisme de protection contre le licenciement<sup>44</sup>, etc. À cela pourraient s'ajouter d'autres raisons personnelles<sup>45</sup> telles qu'une meilleure qualité de vie<sup>46</sup>, des possibilités de formation pour les enfants, la conciliation de la vie professionnelle avec la vie familiale (*work-life balance*), etc.

- 43 En outre, la perte du droit de vote (actif et passif) consécutif à la mutation dans un autre État membre peut éventuellement être compensée par d'autres possibilités de défense collective des intérêts des travailleurs dans l'État d'accueil. Par exemple, dans les États membres qui ne connaissent pas un système de codétermination comparable au droit allemand, il existe généralement un droit de grève beaucoup plus libéral qu'en Allemagne<sup>47</sup>.
- 44 Si on essaie justement de transposer vers d'autres matières de droit du travail, notamment au droit des conflits collectifs de travail, les arguments développés par ceux qui considèrent le système allemand de codétermination comme une entrave à la libre circulation des travailleurs, l'on devrait alors par analogie admettre que les salariés employés dans les filiales d'une société allemande établies en France soient soumis, pour le règlement des conflits collectifs de travail, non pas à la législation française en matière de grève, mais plutôt au droit allemand jugé un peu plus restrictif. En revanche, les salariés employés dans les filiales d'une société française établies en Allemagne devraient pouvoir recourir au droit français de la grève. Au cas contraire, ils se sentiraient gênés d'exercer leur droit à la libre circulation des travailleurs<sup>48</sup>. Ce même raisonnement vaudrait aussi pour le bénéfice des normes sur la protection contre le licenciement<sup>49</sup> ou sur le salaire minimum qui, en principe, font partie des conditions propres à chaque pays<sup>50</sup>.
- 45 Par ailleurs, si la décision de la Cour nous semble correcte, il était tout de même utile qu'elle expliquât si son raisonnement juridique aurait été différent au cas où la situation viserait les salariés employés dans un établissement ou une succursale dépendante situés dans un État membre autre que celui où est établie la société mère. Certes, l'Avocat général signale explicitement que l'analyse exposée dans ses conclusions déposées dans le cas d'espèce ne vise pas l'hypothèse pour laquelle nous aurions souhaité un *obiter dictum* de la Cour et reconnaît en même temps la nécessité d'apporter des précisions<sup>51</sup> ; il n'aborde pas cependant la question de savoir s'il aurait émis un avis différent dans une telle configuration.
- 46 Enfin, la situation des salariés employés dans les établissements ou filiales du groupe établis sur le territoire allemand étant examinée au regard des critères relevant de l'application de l'article 45 alinéa 2 du TFUE en tant que règle spéciale d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, il s'ensuit que l'article 18 du TFUE ne saurait trouver application.

### 3.2.2. Sur la situation des salariés employés à l'étranger

- 47 Sur la situation des salariés employés dans les filiales établies dans des États membres autres que l'État membre où la société a son siège ou son principal établissement, la Cour a de bon droit écarté l'application de l'article 45 du TFUE.
- 48 En effet, la notion de « travailleur » au sens de cette disposition ne concerne que les citoyens de l'Union qui se déplaceraient d'un État membre vers un autre État membre pour y chercher un emploi ou y exercer une activité salariée<sup>52</sup>. Or la deuxième catégorie

des travailleurs visés dans le cas d'espèce ne se retrouvent pas dans l'une des situations couvertes par la libre circulation des travailleurs parce qu'évoluant sur le marché du travail local.

- 49 Une partie de la doctrine<sup>53</sup> a voulu à tort transposer une certaine jurisprudence de la CJUE<sup>54</sup> à ce cas. Et pourtant, dans les affaires auxquelles il est fait référence, la CJUE avait à examiner les mesures nationales des États membres d'accueil qui constituaient une discrimination fondée sur la nationalité en raison du fait qu'elles prévoyaient la condition de résidence sur le territoire de ces États comme préalable pour être engagés comme gérants d'entreprise. La CJUE avait jugé qu'un tel critère était de nature à jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres. En effet, les non-résidents sont aussi le plus souvent des non-nationaux.
- 50 Toutefois, sur le plan d'approche, la Cour aurait dû inverser le raisonnement juridique qui sous-tend la solution à laquelle elle a abouti. Concrètement, après avoir constaté l'existence d'une règle générale et d'une règle spéciale qui auraient toutes deux vocation à s'appliquer, la Cour aurait dû se limiter dans un premier temps uniquement à appliquer le principe *lex specialis derogat legi generali*, sans écarter d'emblée la possibilité de recourir éventuellement à la règle générale. Cette approche aurait ainsi permis d'examiner les conditions d'applicabilité de la règle spéciale sur la situation envisagée et, en cas d'inapplicabilité de celle-ci comme ce fut le cas dans le cas d'espèce, d'examiner si la règle générale de non-discrimination prévue à l'article 18 du TFUE ne pouvait pas éventuellement trouver application.
- 51 La première démarche aurait consisté à vérifier si la réglementation allemande en matière de codétermination constituait une discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ces salariés. Étant donné que le critère d'application de cette réglementation est le lieu où s'exerce l'activité salariée et non la nationalité des travailleurs<sup>55</sup>, elle ne peut cependant être considérée comme discriminatoire.
- 52 La discrimination peut certes être indirecte lorsqu'une mesure nationale, bien qu'applicable indistinctement tant aux nationaux qu'aux étrangers, est dans ses effets moins avantageuse pour les étrangers<sup>56</sup>. Cela pourrait être le cas pour la réglementation allemande en cause. Car les salariés employés dans des filiales d'une société allemande établies dans d'autres États membres sont généralement des citoyens de ces États et non des Allemands<sup>57</sup>.
- 53 Toutefois, outre le principal argument fondé sur le principe de territorialité, l'on peut aussi transposer ici le raisonnement mené par la Cour dans l'examen de la situation de l'autre catégorie des salariés et rappeler que la simple diversité des ordres juridiques nationaux ne peut être considérée comme un cas d'ouverture du champ d'application de l'article 18 du TFUE.

### 3.3. Remarques finales

#### 3.3.1. Particularité de l'affaire *Erzberger c. TUI AG*

- 54 La particularité de l'affaire *Erzberger c. TUI AG* réside notamment dans la qualité du requérant et dans le but réellement poursuivi par ce dernier. En effet, ce n'étaient pas les salariés exclus du régime allemand de codétermination, présentés comme des victimes d'une réglementation supposée discriminatoire et incompatible avec le droit de l'Union européenne, qui avaient saisi la justice pour faire cesser cette

discrimination. Le requérant était plutôt actionnaire et non-salarié de la société défenderesse. En tant que tel, l'on pourrait supposer qu'il n'était nullement affecté par les effets discriminatoires ou restrictifs de la réglementation allemande concernée. Aussi semble-t-il étonnant qu'il ait pris une telle initiative qui, à première vue, viserait à défendre l'intérêt de la catégorie des travailleurs victimes de la discrimination en raison de la nationalité ou d'entrave à la liberté de circulation. L'on s'attendrait tout naturellement à ce que cette action ait pour but de plaider en faveur de l'inclusion ou mieux de la prise en compte de ces salariés dans le régime allemand de codétermination, ce qui mettrait ainsi fin à l'incompatibilité supposée de la réglementation allemande en matière de codétermination avec les articles 18 et 45 du TFUE.

- 55 Cependant, sous le prétexte de défense des intérêts de ces salariés se cachait plutôt la volonté du requérant de voir la Cour juger la réglementation allemande en cause non conforme avec le droit de l'Union et d'obtenir ensuite l'inapplicabilité de cette réglementation devant le juge national<sup>58</sup> avec comme conséquence non pas de renforcer la participation des salariés au conseil de surveillance du groupe, mais bien au contraire de supprimer subtilement ce mécanisme même pour les travailleurs qui en bénéficiaient déjà normalement dans les établissements et filiales du groupe établis en Allemagne<sup>59</sup>. En effet, on se trouverait devant le cas d'application de l'article 96, alinéa 1, alt. 6 de la loi sur les sociétés anonymes qui prévoit l'hypothèse de constitution d'un conseil de surveillance composé uniquement des membres représentant les actionnaires. Pour les salariés, un tel résultat équivaldrait à une victoire à la Pyrrhus<sup>60</sup> en ce qu'il occasionnerait une véritable perte pour les personnes que l'on croirait pourtant être des vainqueurs.

### 3.3.2. Conséquences juridiques éventuelles en cas de résultat contraire de la CJUE

- 56 La question que l'on peut se poser au-delà de la solution à laquelle la Cour a abouti dans l'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire est celle de savoir ce que deviendrait la réglementation allemande en matière de codétermination au cas où la CJUE aurait décidé autrement. En clair, il est question de savoir si la non-conformité du droit allemand de codétermination avec le droit de l'Union européenne devrait conduire à l'inapplicabilité de la législation nationale en raison du principe de la primauté du droit de l'Union.
- 57 Nous estimons que dans l'hypothèse où la CJUE aurait constaté une incompatibilité entre les dispositions nationales en cause et les normes pertinentes du TFUE, cela exigerait du législateur national et, à défaut, du juge de prendre des mesures nécessaires destinées à corriger cette incompatibilité. Il pourrait s'agir en clair pour le législateur allemand de procéder à une réforme qui puisse inclure les salariés employés dans les filiales établies à l'étranger dans le système allemand de codétermination.
- 58 Par conséquent, une éventuelle mesure corrective de la réglementation allemande en matière de codétermination – au cas où une telle mesure serait nécessaire – ne devrait pas avoir pour effet de restreindre ni de supprimer les droits des salariés, mais plutôt de les renforcer. Par exemple, l'extension du régime de codétermination aux salariés des filiales établies à l'étranger rendrait moins attractif le phénomène de délocalisation

des activités économiques à l'étranger pour des sociétés qui seraient tentées de se soustraire à la réglementation allemande<sup>61</sup>.

## Conclusion

- 59 Véritable concrétisation du modèle de gouvernance d'entreprise par les parties prenantes (*stakeholder*)<sup>62</sup>, le droit de participation des salariés aux organes des sociétés fait partie des normes essentielles du droit du travail allemand. Cependant, l'avenir de ce mécanisme est au cœur de discussions controversées au regard de l'influence de plus en plus grandissante du droit communautaire européen sur les législations nationales. Cette influence se manifeste, d'une part, par les actions tendant à obtenir l'inapplicabilité des lois nationales relatives à la codétermination au motif qu'elles seraient contraires aux articles 18 et 45 du TFUE et, d'autre part, par le phénomène de contournement du système allemand de codétermination par les entreprises européennes qui usent de leur liberté d'établissement garantie par les articles 49 et 54 du TFUE.
- 60 Toutefois, après que la CJUE a confirmé la conformité de la réglementation allemande en matière de codétermination avec le droit de l'Union européenne, l'incertitude qui pesait sur le droit de participation des salariés à la gouvernance d'entreprise en Allemagne a été levée. À ce point, la décision de la Cour est à saluer. En effet, si la Cour avait décidé autrement, elle aurait contribué à consacrer le nivellement par le bas, le but recherché par le requérant étant d'obtenir l'inapplicabilité des lois nationales qui seraient jugées contraires au droit primaire européen. La suppression du droit de codétermination des salariés qui aurait résulté d'une telle décision serait paradoxale au regard de la vision de la CJUE qui est appelée à confirmer la dimension sociale du projet européen par le renforcement des normes destinées à assurer la protection des droits des salariés au sein de l'Union.
- 61 Par ailleurs, pour réagir au défi qu'impose la liberté d'établissement, le législateur allemand est appelé à étendre le champ d'application des lois sur la codétermination aux sociétés étrangères établies en Allemagne. Cette réforme aurait le mérite d'empêcher le contournement du système allemand de codétermination par la constitution des sociétés dites « boîtes aux lettres ». Il reste cependant à savoir si une telle réforme serait compatible avec la liberté fondamentale d'établissement suivant l'interprétation qu'en donne la CJUE. Ainsi, au lieu de forcer une solution au niveau national, il serait préférable de faire appel au législateur européen pour obtenir une réglementation européenne qui prévoit des normes minimales pour la participation des salariés aux organes des sociétés exerçant leurs activités au sein de l'Union<sup>63</sup>.

---

## NOTES

1. Cet article est la version enrichie d'une conférence présentée à la faculté de Droit de l'université de Sherbrooke (Canada) le 28 septembre 2017. L'auteur remercie la professeure

Marie-Claude Desjardins pour l'organisation de cette activité scientifique et les assistants Hervé Ngulu et Dieu-Merci Ngusu de l'université de Kikwit pour la relecture du manuscrit.

2. . Sur le partenariat social allemand, voir René Lasserre, « La cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation », *Regards sur l'économie allemande*, n° 72, 2005, p. 7 ; Hans Otto, « Das konturlose Arbeitskampf des BAG. Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit », *Recht der Arbeit*, n° 3, 2010, p. 147. Pour plus de détails sur la distinction entre ces deux mécanismes, voir Achim Seifert, « § 20 », dans Monika Schlachter et Hans Michael Heinig (dir.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

3. Marc Werner, *Die deutsche Unternehmensmitbestimmung in internationalen europäischen Konzernen*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2009, p. 103.

4. Voir notamment Rainald Thannisch, « Perspektiven der Mitbestimmung in Europa », *WISO direkt*, n° 1, 2016, p. 1.

5. . À propos de l'expression, voir notamment Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 64-74 qui fustige la mise en compétition des droits nationaux sur le marché international des normes.

6. . Voir Yves-Junior Manzanza Lumingu et Justin Monsenepwo Mwakwaye, « Participation des salariés à la gouvernance d'entreprise : une forme avancée de la démocratie en droit du travail », *Revue africaine de la démocratie et de la gouvernance*, n° 1, 2014, p. 109.

7. LG Landau/Pf., 18 sept. 2013, AG 2014, p. 376 ; LG Berlin, 1<sup>er</sup> juin 2015, AG 2015, p. 587 ; LG München I, 27 août 2015, AG 2016, p. 50-51.

8. Notamment Rüdiger Krause, « Zur Bedeutung des Unionsrechts für die unternehmerische Mitbestimmung », *Die Aktiengesellschaft*, n° 13-14, 2012, p. 488 ; ErfK/Oetker, § 1 MitbestG, par. 8.

9. Sont donc exclues de ce champ d'application les sociétés constituées conformément aux législations d'autres États membres de l'Union et établies en Allemagne en vertu du droit européen, en l'occurrence des art. 49 et 54 du TFUE. Sur la non-applicabilité du système allemand de codétermination à ces sociétés, voir notamment Martin Veit et Joachim Wichert, « Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach "Überseering" und "Inspire Art" », *Die Aktiengesellschaft*, 2004, p. 20 ; Manfred Weiss et Achim Seifert, « Der europarechtliche Rahmen für ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz », *ZGR*, n° 4, 2009, p. 542-580.

10. BT-Drs. 7/4845 du 10 mars 1976, p. 4.

11. Mathias Habersack, « Die Konzernmitbestimmung nach § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG – Fragen de lege lata und Forderungen de lege ferenda », *Die Aktiengesellschaft*, 2007, p. 648 ; Hans-Jürgen Hellwig et Caspar Behme, « Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Unternehmensmitbestimmung », *Die Aktiengesellschaft*, 2009, p. 264 et suiv. ; Martin Henssler, « Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung der Wirtschaft », *Recht der Arbeit*, n° 6, 2005, p. 331 ; Friedemann Kainer, « Die unternehmerische Mitbestimmung im Fokus des Unionsrechts – Überlegungen zum Vorlagebeschluss des KG an den EuGH », *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*, n° 2, 2016, p. 57.

12. Caspar Behme, « Die deutsche Mitbestimmung vor dem EuGH – Was bisher geschah », *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, n° 4, 2016, p. 414 ; Till Wansleben, « Zur Europarechtswidrigkeit der unternehmerischen Mitbestimmung », *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, n° 6, 2014, p. 214.

13. Friedemann Kainer, art. cité, p. 61, note 10 ; Christian Mense et Marcus Klie, « Berücksichtigung auch der Belegschaft im Ausland für die Frage der Anwendbarkeit der paritätischen Mitbestimmung? », *Deutsches Steuerrecht*, n° 27, 2015, p. 1509.

14. Alexander Hellgardt, « Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung », dans Mathias Habersack et al. (dir.), *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang*, Francfort-

sur-le-Main, Deutscher Fachverlag GmbH, 2016, p. 44-45 ; Hans Michael Heinig et Caspar Behme, art. cité, p. 270, note 10.

15. Pour plus de détails voir CJUE, 9 mars 1978, aff. 106/77 (*Simmenthal*), § 21 et suiv. ; CJUE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04 (*Mangold*), § 77 ; CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07 (*Kücükdeveci*), § 51.

16. Sebastian Fischer, « Europaweite Wahl zum mitbestimmten Aufsichtsrat? », *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, n° 19, 2014, p. 738 ; Hans-Jürgen Hellwig et Caspar Behme, « Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im Visier von Brüssel? – Zugleich Anmerkungen zu den mitbestimmungsrechtlichen Ausführungen des Reports of the Reflection Group on the Future of EU Company Law », *Die Aktiengesellschaft*, n° 20, 2011, p. 743.

17. Martin Henssler, art. cité, p. 331-332, note 10, l'auteur s'appuyant sur le droit néerlandais de codétermination.

18. Katharina Gebhardt, « Keine Mitbestimmung in deutschen Aufsichtsräten aus dem Ausland », *Fachanwalt Arbeitsrecht*, 2016, p. 77 ; Christian Mense et Marcus Klie, art. cité, p. 1512, note 12.

19. Voir notamment Katharina Gebhardt, art. cité, p. 74, note 17 ; Rüdiger Krause, art. cité., p. 488 et suiv., note 8 ; Bernard Johann Mulder, « Loi sur les élections des représentants des travailleurs aux organes des entreprises », *MBF-Report*, n° 29, 2017, p. 8 ; Marie Seyboth, « Mitbestimmung als Teil des demokratischen Prinzips in Europa – Zur Debatte über die Europarechtskonformität deutscher Mitbestimmungsgesetze », *Arbeit und Recht*, vol. 60, n° 8-9, 2012, p. 340.

20. Il s'agit d'une procédure prévue à l'art. 98, al. 1 de la loi sur les sociétés anonymes qui veut que toute question relative au différend ou à l'incertitude sur les dispositions légales applicables pour la constitution d'un conseil de surveillance soit examinée sur demande par le tribunal régional territorialement compétent.

21. LG München I, 27 août 2015, AG 2016, p. 50-51 ; LG Landau/Pf., 18 sept. 2013, AG 2014, p. 376, § 15 et suiv. ; LG Berlin, 1<sup>er</sup> juin 2015, AG 2015, p. 587, § 588 et suiv.

22. KG Berlin, 16 oct. 2015, AG 2015, p. 872, § 31-32.

23. *Ibid.*, § 30 et 33.

24. OLG Zweibrücken, 20 févr. 2014, NZG 2014, p. 740.

25. LG Frankfurt/M., 16 févr. 2015, NZG 2015, p. 683, § 14 et suiv.

26. *Ibid.*, § 7-8.

27. KG Berlin, 16 oct. 2015, AG 2015, p. 872, note 21.

28. CJUE, 18 juill. 2017, aff. C-566/15, *Erzberger c. TUI AG*, ECLI:EU:C:2017:562, § 22.

29. Conclusions de l'Avocat général du 4 mai 2017, aff. C-566/15, *Erzberger c. TUI AG*, ECLI:EU:C:2017:347, § 39-41.

30. Voir notamment CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-474/12, *Schiebel Aircraft*, ECLI:EU:C:2017:562, § 19-22 ; CJUE, 29 oct. 2015, aff. C-583/14, *Nagy*, ECLI:EU:C:2015:737, § 23-24.

31. CJUE aff. C-566/15, *Erzberger c. TUI AG*, ECLI:EU:C:2017:347, note 27, § 25.

32. Martin Höpner, « Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine aktorsbezogene Erklärung », *Berliner Journal für Soziologie*, n° 21, 2011, p. 4.

33. . CJUE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05 (*Viking*), ECLI:EU:C:2007:772 ; CJUE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05 (*Laval*), ECLI:EU:C:2007:809.

34. Commission européenne, Déclaration du 24 janvier 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-17-141\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-141_fr.htm) (consulté le 26-09-2017).

35. En référence à la motion du groupe parlementaire « Die Linke » qui avait exigé du gouvernement allemand d'exercer la pression politique sur la Commission en vue de l'obliger à revoir, lors de la présentation de ses observations orales, la position qu'elle avait soutenue dans ses observations écrites du 9 février 2016. Voir BT-Drs. 18/10265 du 14 nov. 2016.

36. European Commission, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Bruxelles, 2011, p. 53, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf).

37. Voir note 30.

38. GGV, *Lettre d'information franco-allemande*, juillet 2017, p. 18.
39. CJUE, 7 mars 1991, aff. C-10/90 (*Masgio*), Rec. 1991 I-1119, § 18-19 ; CJUE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93 (*Bosman*), Rec. 1995 I-04921, § 96 ; CJUE, 5 févr. 2015, aff. C-317/14, *Commission/Royaume de Belgique*, EuZW 2015, p. 486, § 23.
40. Voir notamment KG Berlin, 16 oct. 2015, AG 2015, note 21, § 32 ; Friedemann Kainer, art. cité, p. 60, note 10 ; Hans-Jürgen Hellwig et Caspar Behme, art. cité, p. 269, note 10.
41. CJUE, 16 sept. 2004, aff. C-465/01, *Commission/Autriche*, Rec. 2004 I-8291, § 27 et suiv.
42. Johannes Heuschmid et Daniel Ulber, « Unternehmensmitbestimmung auf dem Prüfstand des EuGH », *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, n° 3, 2016, p. 105 ; Rüdiger Krause, « Unionsrechtskonformität der deutschen Mitbestimmung », dans Mathias Habersack *et al.* (dir.), *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang*, Francfort-sur-le-Main, Deutscher Fachverlag GmbH, 2016, p. 50 ; Marie Seyboth, art. cité., p. 339, note 18.
43. Katharina Gebhardt, art. cité., p. 77, note 17 ; Marie Seyboth, art. cité, p. 339, note 18.
44. Voir notamment Christoph Teichmann, « Europäisierung der deutschen Mitbestimmung durch Nichtanwendung des Gesetzes? », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 18, 2010, p. 875.
45. Reiner Hoffmann et Ingo Kramer, « Mitbestimmung: Große deutsche Errungenschaft », *Handelsblatt*, 26 sept. 2016.
46. Marie Seyboth, art. cité, p. 339, note 18.
47. Voir en ce sens Christoph Teichmann, « Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 19, 2016, p. 902.
48. Rüdiger Krause, art. cité., p. 491 et 496, note 8.
49. *Ibid.*, p. 54-55, note 51.
50. *Ibid.*, p. 490, note 8.
51. Conclusions de l'Avocat général du 4 mai 2017, *op. cit.*, note 30, § 35.
52. CJUE, 31 mars 1993, aff. C-19/92 (*Kraus*), Rec. 1993 I-01663, § 15.
53. Voir notamment Volker Rieble et Clemens Latzel, « Inlandsmitbestimmung als Ausländerdiskriminierung bei Standortkonflikten », *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, n° 2, 2011, p. 151.
54. CJUE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93 (*Schumacker*), Rec. 1995 I-00225, § 28 ; CJUE, 7 mai 1998, aff. C-350/96 (*Clean Car Autoservice GmbH*), Rec. 1998 I-2521, § 29-30.
55. Katharina Gebhardt, art. cité, p. 76, note 17 ; Rüdiger Krause, art. cité, p. 58, note 51.
56. Voir Hans-Jürgen Hellwig et Caspar Behme, art. cité, note 10, p. 265.
57. Alexander Hellgardt, art. cité, p. 35, note 13 ; Volker Rieble et Clemens Latzel, art. cité, p. 151, note 62.
58. Sur les prétentions du requérant, voir Conclusions de l'Avocat général, *op. cit.*, note 30, § 30.
59. Pour plus de détails sur cet aspect voir Peter Hanau, « Prof. Riebles Einsatz für die Mitbestimmung », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 24, 2015, p. 1147 ; Johannes Heuschmid et Daniel Ulber, art. cité, p. 105, note 51 ; Rüdiger Krause, art. cité, p. 56, note 51 ; Tim Wissmann, « Zusammensetzung des Aufsichtsrats unter Berücksichtigung im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer – Besprechung LG Frankfurt a.M. v. 16.02.2015 », *Arbeitsrecht-Aktuell*, 2015, p. 259.
60. Christoph Teichmann, art. cité, p. 875, note 53.
61. Christian Mense et Marcus Klie, art. cité, p. 1511, note 12 ; Martin Henssler, art. cité, p. 331, note 10.
62. Voir notamment Joel Bourdin et Patricia Schillinger, *Prospective du pacte social dans l'entreprise. Rapport d'information*, n° 227, Paris, 2011, p. 201.
63. Voir aussi Hans-Böckler-Stiftung, *Mitbestimmungs-Report*, n° 23, 2016, p. 2.

---

## RÉSUMÉS

Le droit de codétermination des salarié(e)s aux conseils de surveillance des sociétés en Allemagne constitue, avec l'autonomie contractuelle reconnue aux organisations syndicales et patronales, l'un des piliers sur lesquels est fondé le partenariat social allemand. Cependant son avenir est au cœur des discussions controversées au regard de l'influence de plus en plus grandissante du droit communautaire européen sur les législations nationales. Cette influence se manifeste d'une part par le phénomène de contournement du système allemand de codétermination par les entreprises européennes qui usent de leur liberté d'établissement et d'autre part par la remise en question de la conformité des lois nationales relatives à la codétermination avec le droit primaire européen – du moins jusqu'à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 juillet 2017 dans l'affaire C-566/15 (*Konrad Erzberger c. TUI AG*).

The co-determination right of employees on the supervisory boards of companies in Germany represents, with the right to free collective bargaining one of the pillars on which the German social partnership is based. However, its application gives rise to controversial discussions regarding the growing influence of European law on national legislation. This influence is manifested, on the one hand, by the circumvention of the German system of co-determination by European companies which use their freedom of establishment according to the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and, on the other hand, by the questioning of the conformity of national laws relating to co-determination with European primary law – at least until the judgment of the Court of Justice of the European Union of 18 July 2017 in the case C-566/15 (*Konrad Erzberger c. TUI AG*).

## INDEX

**Mots-clés** : Allemagne, codétermination, salarié, non-discrimination, liberté

**Keywords** : Germany, co-determination, employee, non-discrimination, freedom

## AUTEUR

### YVES-JUNIOR MANZANZA LUMINGU

Professeur aux facultés de Droit de l'université de Kikwit et de l'Université catholique du Congo (RD Congo). Chercheur associé à la Chaire de droit civil et droit du travail de l'université de Würzburg (Allemagne) et membre du Groupe d'études franco-allemand sur le contentieux du travail (GEFACT)