

Ce texte été publié en Allemagne, dans les Mélanges en l'honneur d'Ulrich Zachert. Il a été rédigé avant son très récent décès.

L'influence du droit allemand sur le droit social français.

François Gaudu

1. J'ai fait la connaissance d'Ulrich Zachert au Japon, devant un public de juristes et d'économistes qui ne pouvait nous comprendre qu'en anglais, et j'ai aussitôt été impressionné par sa capacité à présenter son système juridique à un public étranger – non seulement en anglais, mais, comme je l'ai appris par la suite, dans de nombreuses autres langues aussi. C'est peut-être ce qui m'a donné l'idée de consacrer ces quelques lignes d'un livre qui lui est dédié à l'influence du droit allemand sur le droit social français.

En effet, aucun autre système juridique n'a plus influencé le droit du travail français que le droit allemand. Il est vrai que la question de l'influence réciproque des systèmes juridiques se prête aux erreurs d'interprétation. Par exemple, les Français ont pendant longtemps imputé à l'influence allemande l'adoption du système à dirigeant unique du "Président-Directeur Général" dans les sociétés anonymes¹, alors qu'en réalité le droit allemand a vraisemblablement toujours préféré un mode collégial de direction des entreprises à la concentration du pouvoir entre les mains d'un seul homme². Inversement, les spécialistes d'un système national donné ignorent fréquemment l'influence qui est prêtée à celui-ci à l'étranger. Par exemple, un juriste français s'étonnera que des collègues allemands puissent attribuer à une influence française l'introduction en droit communautaire du principe d'égalité entre les hommes et les femmes...

Il n'en reste pas moins que, depuis plus d'un siècle, certaines institutions essentielles et plusieurs débats cruciaux du droit social français se sont développés sous influence allemande.

2. Le terme de "droit social" est ici pris au sens français, comme l'ensemble du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale. En droit français, les deux branches du droit ressortissent du droit privé. Les tribunaux compétents, sauf exceptions, sont les tribunaux judiciaires et, jusqu'aux années 1950, la plupart des manuels et traités envisageaient à la fois les deux disciplines, le droit des "assurances sociales" (accidents du travail, retraite, maladie...) étant d'abord considéré comme un ensemble d'obligations imposées à l'employeur à raison de l'existence du contrat de travail³.

3. Le droit français et le droit allemand présentent des points communs, qui ne s'expliquent cependant pas par des influences réciproques. Les deux systèmes possèdent ainsi un *droit constitutionnel social*. Toutefois, malgré l'antériorité indiscutable de la Constitution de la

¹ V. le commentaire de la loi du 16 novembre 1940 par P. Cordonnier, Dalloz Critique 1941, Législation, p. 1.

² V. l'article de J. Einmahl, "la réforme du droit des sociétés anonymes en Allemagne", Revue trimestrielle de droit commercial, 1968, p. 563, n° 5 et s. ; F. Gaudu, "La participation", Colloque sur le trentenaire de la loi de 1966, Revue des sociétés 1996, p. 471.

³ V. p. ex. le "Traité élémentaire de législation industrielle" de Paul Pic, dont la première édition (Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau) est de 1894 ; le "Précis de législation industrielle" d'Henri Capitant et Paul Cuhe, Dalloz, qui paraît jusqu'en 1939, et encore le "Manuel de droit du travail et de la Sécurité sociale" de Gérard Lyon-Caen, Pichon, Durand-Auzias, 1955.

République de Weimar, la Constitution française de 1946⁴ obéit de toute évidence à une logique assez éloignée de la pensée juridique germanique. Les deux systèmes reprennent naturellement des dispositions de droit communautaire, et ils interagissent par là même. Toutefois, lorsque la France transpose une directive qui utilise un concept allemand (disons, “*ausserordentliche Kündigung*”), ou lorsque l’Allemagne transpose une directive qui utilise un concept français (réciproquement, “résiliation pour faute grave”), la disposition d’esprit est assez différente de celle qui conduit à emprunter délibérément à un système étranger.

4. Il s’agit ici d’en rester aux cas où le droit français – la loi, la doctrine, la négociation collective, la jurisprudence... - a emprunté au droit allemand, ou s’en est inspirée sans truchement. Il convient naturellement de commencer par un repérage de ces emprunts ou de ces inspirations (I), avant de tenter de proposer des explications (II).

I. Repérage.

5. Les influences allemandes sur le droit social français ont été particulièrement importantes pendant toute la période de rivalité entre les deux pays et l’immédiat après-guerre, période de fondation du droit social (A). Pendant le même temps, le droit français n’empruntait pour ainsi dire rien au droit anglais ou au droit américain⁵. Cette influence directe du droit allemand sur le droit français ne cesse pas de s’exercer avec la création du Marché commun (B).

A. La période de fondation du droit social (1898 → 1958).

1) Droit de la Sécurité sociale.

6. La première séquence est très simple : au début du XXe siècle, la France, même si elle va moins loin, conçoit son système naissant de Sécurité sociale dans une référence constante au droit allemand.

7. *Accidents du travail.*

Il en est ainsi, en premier lieu, du droit des accidents du travail. Sans doute, le commentaire publié au Dalloz de la loi des 9 et 10 avril 1898, qui rend très fidèlement compte des débats parlementaires, ne contient aucun développement de droit comparé et présente la genèse de la loi française comme un débat purement interne. Dans les commentaires académiques en revanche, par exemple le “Traité de législation industrielle” de Paul Pic⁶, la loi allemande est, avec la loi autrichienne de 1887, celle dont la présentation est la plus développée, de très loin.

Le législateur français avait envisagé plusieurs systèmes (notamment, le renversement de la charge de la preuve par une présomption de responsabilité). Le système du “risque professionnel”, proposé à partir de 1882 par Félix Faure⁷, l’emporte au Sénat en 1889⁸. L’influence de la législation allemande est manifeste.

⁴ Les principes sociaux figurent parmi les “principes particulièrement nécessaires à notre temps” du Préambule de 1946, et ce Préambule a été maintenu en vigueur par la Constitution de 1958. Il s’agit donc d’un texte en vigueur.

⁵ Sauf peut-être l’expression même de Sécurité sociale, qui figure dans le *Social Security Act* de 1935 et dans le Pacte de l’Atlantique.

⁶ Traité précité, éd. 1906, n° 1052 s.

⁷ Cf. l’historique de la discussion parlementaire, Dalloz, 1899, 4^e partie, p. 50, n° 11.

⁸ *Ibid.*, n° 19.

Pour ce qui est du mécanisme d'indemnisation, le comte de Mun a proposé, en 1885, que soit substituée à la responsabilité du chef d'entreprise celle d'une "corporation professionnelle" - autre emprunt vraisemblable à la loi allemande de 1884⁹. La Chambre des députés préfère adopter un système inspiré du droit autrichien. La résistance du Sénat, qui refuse toute assurance obligatoire, conduira à l'adoption d'un compromis médiocre.

8. Retraites.

Lorsque la loi des 5 et 6 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes est publiée, le commentaire paru au Dalloz comporte cette fois de très importants développements de droit comparé. On évoque les systèmes de "liberté subsidiée" (assurance volontaire subventionnée par l'État); les systèmes d'assistance (Grande-Bretagne...), et enfin l'assurance obligatoire adoptée par l'Allemagne¹⁰. La Chambre des députés adopte un système d'assurance obligatoire, point trop éloigné du système de la loi allemande de 1889¹¹. Mais le Sénat, chambre conservatrice en raison de son mode d'élection, résiste à nouveau, et la loi adoptée est en définitive peu ambitieuse : les contributions obligatoires sont minimales, et les retraites très faibles.

9. Paradoxalement¹², l'influence la plus considérable du droit allemand sur le droit français va s'exercer sur le droit du travail, et constitue, en quelque sorte, une conséquence de la Première Guerre mondiale.

2) Droit du travail.

10. Transfert d'entreprise.

La France a adopté, avec la loi du 19 juillet 1928¹³, le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, qu'a imposé un demi-siècle plus tard dans l'ensemble de l'Union européenne la directive du 14 février 1977. Il ne fait aucun doute que l'adoption de cette législation constitue un emprunt au droit allemand.

L'histoire particulière de ce texte est liée aux efforts qui ont été entrepris, après la Première Guerre Mondiale, pour introduire le droit français dans les départements d'Alsace et de Lorraine, qui avaient été soumis au droit allemand (notamment au *BGB* et au *HGB*) et qui avaient maintenu en vigueur certaines règles anciennes de droit français, entre-temps abrogées par la IIIe République. Introduire le droit français, ou du moins rapprocher le droit français de celui des départements recouverts d'Alsace et de Lorraine : dans certains cas, il fut en définitive décidé, au lieu d'étendre le droit français, d'emprunter la règle allemande.

C'est ce qui se produit ici, avec la loi du 19 juillet 1928¹⁴. Le texte français ("*s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession,*

⁹ *Ibid.*, n° 15.

¹⁰ Cf. la présentation et l'analyse de la loi, Dalloz 1910, 4^e partie, p. 51, n° 2 s.

¹¹ *Ibid.*, n° 13.

¹² Il y a en effet eu un âge d'or du droit comparé franco-allemand, avant la Première mondiale, ou, notamment, l'adoption récente du *BGB* a conduit la doctrine française à discuter de façon très approfondie les textes et les travaux allemands, rapidement traduits. Après la Première Guerre Mondiale, le moins que l'on puisse dire est que le droit comparé a marqué le pas...

¹³ Présentée au Dalloz de 1929, 4^e partie, p. 154 s.

¹⁴ Cf. N. Olzsak, " Aux origines de la reconnaissance juridique de l'entreprise : le maintien des contrats de travail en cas de changement dans la situation de l'employeur (art. L. 122-12, al. 2 C. trav. issu de la loi du 19 juillet 1928 ", Mélanges Spiteri, Presses des sciences sociales Toulouse 1, 2008. L'adoption fait notamment suite aux travaux de commissions spécialisées, mises en place dans le cadre du " Conseil consultatif d'Alsace-Lorraine " institué par le décret du 9 décembre 1920, et aux démarches de l'association des employés d'Alsace-Lorraine,

vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise")¹⁵ agglomère les cas dans lesquels le droit allemand de l'époque, au terme d'une série de dispositions éparées, assurait le maintien des contrats de travail¹⁶ : art. 1967 *BGB* (succession) ; art. 25 *HGB* (poursuite d'une activité commerciale sous la *Firma* antérieure¹⁷) ; art. 304 du *HGB* (acquisition de la totalité des biens d'une société par actions par une personne morale de droit public) ; art. 306 du *HGB* (fusion) ; art. 80 *GmbHG* (modification de la forme juridique d'une société).

On ne peut à vrai dire aujourd'hui pas expliquer la rédaction un peu confuse du texte français, et la liste des hypothèses visées, sans faire référence au droit allemand (du reste, une partie des cas visés sont devenus aujourd'hui sans pertinence, parce que le droit commercial a adopté la théorie de la continuité de la personne morale en cas de changement de forme d'une société, et la théorie de la transmission universelle du patrimoine en cas de fusion ou de scission ; dans les années 1920, il fallait vraisemblablement dans ces hypothèses raisonner en termes de liquidation d'une personne morale, suivie d'apports à une nouvelle société).

Adoptée de façon très consensuelle, le texte ne soulève à l'origine guère l'attention¹⁸. Il va cependant revêtir une importance considérable dans le cadre de la formulation, par Paul Durand, de la " théorie institutionnelle de l'entreprise ".

11. Théorie institutionnelle de l'entreprise.

Jusqu'aux années 1930, les rapports de travail sont pensés à travers les cadres traditionnels du droit privé – l'employeur, créancier du salarié, détient un " droit de direction ", et non un " pouvoir ", comme on l'écrira plus tard, ou, le cas échéant, du droit public – le compte de Mun voulait créer des corporations de droit public, sur le modèle de celles de l'Ancien Régime ; Georges Scelle utilise les catégories du droit administratif, lorsqu'il écrit que le contrat de travail est un " acte-condition " qui déclenche l'application d'un statut légal et conventionnel. Ces cadres de pensée rendaient cependant imparfaitement compte du droit positif, et il en résulte, dès la fin des années 1930, le développement d'une " théorie institutionnelle de l'entreprise ", dont le principal promoteur a été Paul Durand. Sur le plan doctrinal, cette théorie a dominé les années 1950, non sans susciter une vive opposition¹⁹.

Au départ, la théorie institutionnelle de l'entreprise emprunte à la notion d'institution, développée en droit public par Maurice Hauriou²⁰. L'institution est une source de droit alternative au contrat, qui veut essayer d'expliquer pourquoi certaines personnes peuvent voir évoluer leurs droits et leurs obligations sans y avoir personnellement consenti : le fonctionnaire, intégré à l'institution que constitue l'État ; le membre de la famille, tenu d'obligations d'entraide et d'obligations alimentaires. " *Établissements et entreprises se présentent... dans le droit du travail comme des groupements organisés en vue d'une fin*

que relate la proposition de loi Brom, citée *infra*, note 50. V. aussi G. Vedel, " De l'application de l'article 23, § 7 du Livre I du Code du travail aux entreprises nationalisées ", *Droit social* 1939, p. 166.

¹⁵ Art. L 1224-1 C. trav. ; anc. art. L 122-12, al. 2 C. trav. ; auparavant art 23, al. 7 du Code du travail.

¹⁶ Cf. Hueck, Nipperdey, " *Lehrbuch des Arbeitsrecht* ", t. 1, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931, p. 290 s.

¹⁷ Hypothèse qui doit être en pratique relativement proche de la cession de fonds de commerce de droit français, qui emporte transmission de la raison sociale et de la clientèle.

¹⁸ Elle a été adoptée sans discussion. Henri Capitant et Paul Cuche n'en parlent pour ainsi dire pas dans l'édition de 1936 du Précis Dalloz, et la présentation de la loi au Dalloz, précitée, non plus.

¹⁹ Opposition convergente des civilistes classiques et de la doctrine " progressiste " ou marxiste. Cf. Camerlynck et Lyon-Caen, " Droit du travail ", Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 1965, n° 303 s., qui soulignent d'ailleurs l'origine allemande de la théorie de la " relation de travail ".

²⁰ V. not. J. A. Broderick, " La notion d'<institution> de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français ", *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, " Sur les notions de contrat ", Sirey 1965, p. 143.

commune. On y retrouve les traits d'une institution et l'on peut de ce point de vue rapprocher l'entreprise de la famille ou de l'État".²¹

En empruntant la théorie institutionnelle, Paul Durand, germaniste, lui donne une orientation empruntée au droit allemand. Les deux articles fondateurs qu'il publie à droit social après la guerre ; "Le particularisme du droit du travail"²² et "Les fonctions publiques de l'entreprise privée"²³ obéissent à la distinction entre *Gemeinschaft* et *Gesellschaft*. Il intitule l'un des chapitres du traité qu'il publie avec R. Jaussaud "La constitution de l'entreprise et de l'établissement". Or, la notion de *Betriebsverfassung* n'a pour ainsi dire aucun précédent en droit français. L'objet technique de la théorie institutionnelle est de fonder le pouvoir réglementaire et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, pouvoirs qu'il n'est pas possible de justifier par le contrat. Le fondement institutionnel que donne Paul Durand à ces pouvoirs s'appuie très largement sur la doctrine allemande, doctrine classique, certes, mais aussi doctrine national-socialiste. Paul Durand n'avait pas été collaborateur²⁴, et c'est sans doute pourquoi, en 1957 encore, il peut expliquer certaines distinctions en y faisant référence²⁵.

La domination de la théorie institutionnelle s'effiloche dans les années 1960, après la mort accidentelle de Durand. On pourrait alors penser que l'influence du droit allemand sur le droit français va se faire moins présente. Il en va cependant tout autrement.

B. L'influence contemporaine (depuis 1958).

1) L'échec du projet gaulliste de *Mitbestimmung*.

12. L'ouverture du Marché commun entame une période de modernisation du droit économique français. L'adoption de la loi du 25 juillet 1966 sur le droit des sociétés en constitue l'un des moments forts. Avec cette loi, le droit français accueille pour la première fois la formule de la société avec directoire et conseil de surveillance.

Le thème de la "réforme de l'entreprise" se trouve alors au premier plan du débat français. Un rapport Bloch-Laîné²⁶ vient de faire à cet égard des propositions, qui touchent aux trois modalités concevables de la "participation" gaulliste : participation des salariés aux organes dirigeants des sociétés, prérogatives économiques des représentants du personnel, actionnariat des salariés.

L'auteur de l'amendement qui introduit la société à directoire et conseil de surveillance est René Capitant, Professeur de droit et député "gaulliste de gauche". Selon lui, "*par cette réforme inspirée du droit allemand, nous faisons un pas vers l'unification du droit commercial européen. (...) Le second avantage est d'ordre social : la nouvelle structure des sociétés anonymes ne réalise certainement pas à elle seule ce qu'on appelle "la réforme de l'entreprise", mais le jour venu, le jour où les choses seront mûres et où la majorité de cette Assemblée estimera qu'elle doit enfin résoudre ce problème posé depuis longtemps, la nouvelle structure clarifiera singulièrement la situation et facilitera l'évolution*"²⁷. L'idée sous-jacente est que le développement de la participation, très malaisée dans les entreprises à

²¹ Durand et Jaussaud, "Traité de droit du travail", tome 1, Dalloz 1947, n° 338.

²² Droit social, 1945, p. 298.

²³ Droit social, 1945, p. 246.

²⁴ Il a été arrêté par la Gestapo et déporté le 8 juin 1944, comme le rapporte Droit social (1944, p. 269) après que l'équipe Teitgen et François de Menthon ait repris la direction de la publication.

²⁵ V. le Précis Dalloz de "Droit du travail", par A. Rouast et P. Durand, éd. 1957, note 1 sous n° 98.

²⁶ "Pour une réforme de l'entreprise", Paris, Éditions du Seuil, 1963, qui fait d'ailleurs référence au droit allemand, p. 64 et 66. Ce thème de réflexion fera l'objet de nombreux travaux et études, jusqu'au rapport Sudreau ("La réforme de l'entreprise", Paris, 10/18, 1975). C'est l'un des thèmes réformistes centraux de l'avant et de l'après 1968.

²⁷ Journal Officiel Assemblée Nationale, Débats, 1965, p. 1866.

dirigeant unique “ à la française ”, sera plus facile dans des entreprises à direction collégiale “ à l’allemande ”. C’est la participation des salariés à l’*Aufsichtsrat* qui est ainsi en vue.

Dans sa dimension sociale, le projet de René Capitant a échoué, car il a rencontré la double opposition de la majorité des députés gaullistes, plus conservateurs que lui, et des socialistes et des communistes, qui craignaient que la participation envisagée n’ait “ *une influence modératrice sur les revendications de salariés des entreprises* ”²⁸. La coalition des libéraux et des marxistes a empêché le développement de la participation.

2) L’influence du droit allemand du reclassement.

13. C’est d’un tout autre côté que l’influence du droit allemand des sociétés va s’exercer dans les années qui suivent.

L’Allemagne a adopté en 1972 la *Betriebsverfassungsgesetz (BVG)*. La France réforme en 1973 le droit du licenciement. Dans la loi de 1973 cependant, le droit des restructurations et des licenciements collectifs n’a pas été vraiment repensé, et l’on a maintenu en vigueur une ordonnance de 1945²⁹ sur l’emploi. Survient le premier choc pétrolier : les partenaires sociaux français s’engagent dans une grande négociation sur “ la stabilité de l’emploi ”, en réalité sur le régime des licenciements économiques, et cette négociation se conclut par un “ accord national interprofessionnel ”³⁰ (ANI) du 14 octobre 1974³¹.

Celui qui lit l’ANI de 1974 a parfois l’impression de se trouver face à une transposition de la *Betriebsverfassungsgesetz*. L’accord prévoit que, lorsque le licenciement concerne au moins dix salariés sur 30 jours, l’employeur doit mettre en œuvre un “ plan social ” (*Sozialplan*). La fonction de ce plan est d’ “ *éviter les licenciements pour raisons économiques ou... en limiter le nombre ainsi (que) faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* ”³². On est évidemment très près de la définition de l’objet du *Sozialplan* par l’article 112 (1) *BVG*³³.

14. Cependant, l’institution allemande n’est pas transposée à l’identique. Quant au champ d’application, le plan social est obligatoire en cas de “ grand licenciement collectif ”, alors que le *Sozialplan* allemand s’impose en cas de restructuration de l’établissement (*Betriebsänderung*), ce qui ne s’applique pas à tous les licenciements collectifs, mais concerne en revanche des hypothèses où aucun licenciement n’est *a priori* prévu. Ensuite, la nature juridique du plan social français n’est la plupart du temps pas contractuelle. Le *Sozialplan* allemand est un *Betriebsvereinbarung* (accord d’entreprise conclu entre le chef

²⁸ M. Germain, député socialiste, Journal Officiel Assemblée Nationale, Débats, 1965, p. 1678.

²⁹ Ordonnance n° 45-289 du 24 mai 1945, Dalloz 1945, Législation, p. 55. Cf. Camerlynck et Lyon-Caen, Précis Dalloz, précité, éd. 1965, n° 411 s.

³⁰ À la différence de l’Allemagne, la France connaît en effet, à côté de la négociation collective de branche et de la négociation collective d’entreprise, une négociation interprofessionnelle qui concerne tout le secteur privé. Les accords interprofessionnels s’imposent à toutes les entreprises adhérentes à l’organisation patronale nationale qui signe, l’affiliation syndicale du salarié étant en droit français indifférente. Le mécanisme de l’extension de la convention collective par le ministre du travail rend celle-ci opposable à tous les employeurs.

³¹ Droit social 1975, n° spécial, juin 1975, “ La sécurité de l’emploi et du salaire, p. 21. Il s’agit en réalité d’un “ avenant ”, c’est-à-dire d’un accord modificatif, à un accord national interprofessionnel déjà en vigueur du 10 février 1969.

³² Art. 12. De surcroît, le désaccord du comité d’entreprise sur le projet de plan social entraîne la saisine de la “ commission paritaire de l’emploi ” compétente (sur cette institution, D.-H. Perrin, “ Les commissions paritaires de l’emploi ”, Droit social n° spécial, juin 1975, précité, p. 15), ce qui entraîne l’allongement des délais de procédure. C’est un reflet – pâle il est vrai – de la saisine de l’*Einigungsstelle*. Les commissions paritaires de l’emploi sont depuis presque tombées dans l’oubli.

³³ “... *die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die der Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen.* ”.

d'entreprise et le conseil d'établissement). Le plan social français est un acte unilatéral de l'employeur, encore qu'il puisse faire l'objet d'un accord collectif entre l'employeur et un syndicat.

15. La 60^e des " 110 propositions " de François Mitterrand, candidat à la Présidence de la République française en 1981, porte que " *pour l'embauche, le licenciement, l'organisation du travail, le plan de formation, les nouvelles techniques de production, (le comité d'entreprise) pourra exercer un droit de veto...* ". Le " droit de veto du comité d'entreprise sur les licenciements économiques " est explicitement justifié, dans le débat français, par l'existence d'un mécanisme analogue en Allemagne. Le programme de F. Mitterrand amalgame, en quelque sorte, le *Widerspruchsrecht* de l'art. 102 *BVG*, et d'autres dispositifs qui résultent de la même loi.

Le droit de veto du comité d'entreprise a été vite abandonné par la Gauche au pouvoir, et le rapport Auroux³⁴ n'en fait plus mention. Au lieu de la 60^e proposition, la loi du 28 octobre 1982, qui ne touche guère au droit des licenciements économiques, prévoit le droit pour le comité d'entreprise, en cas de " " projet important d'introduction de nouvelles technologies ", d'être préalablement consulté et de faire appel à l'assistance d'un expert rémunéré par l'entreprise. Une loi du 30 décembre 1986 ajoutera que " *lorsque l'employeur envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides, il doit établir un plan d'adaptation* ". En ajoutant le plan social³⁵ et le plan pour l'introduction de nouvelles technologies, la loi française, sans en tirer les mêmes conséquences, finit par recouvrir à peu près le domaine de la *Betriebsänderung* allemande.

16. Une étape judiciaire ?

En droit français, comme en droit allemand, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Toutefois, l'incidence pratique de cette idée a pendant longtemps été beaucoup plus forte en droit allemand qu'en droit français.

Le droit français a cependant connu, à partir des années 1980, un essor ou un renouveau du " solidarisme contractuel " ³⁶, qui conduit à attacher des conséquences étendues à l'obligation de bonne foi que supportent l'un vis-à-vis de l'autre les contractants. En droit du travail, cette tendance a notamment pris la forme d'une affirmation du rôle du contrat de travail, comme instrument de protection du salarié. Dans ce cadre, la Cour de cassation prend en 1992 deux décisions, qui vont fixer la jurisprudence avant d'être reprises par la loi :

- Cassation sociale, 8 avril 1992³⁷ : " *...dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou de transformation d'emplois, proposer aux salariés concernés, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle du contrat de travail* ". À défaut de cette recherche de reclassement préalable, " *le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir...* " ³⁸. Si l'obligation de reclassement est méconnue, le licenciement est dépourvu de cause économique. Cette règle s'applique à tous les licenciements économiques.

³⁴ Jean Auroux, " Les droits des travailleurs ", Rapport au Président de la République et au Premier Ministre, la Documentation française, 1981. Jean Auroux était Ministre du travail. La rédaction de son rapport est généralement attribuée à Martine Aubry, alors Directrice des Relations du Travail au Ministère du travail. Ce rapport a subi une forte influence de la CFDT.

³⁵ L'expression passe du vocabulaire des accords collectifs au Code du travail en 1986.

³⁶ Cf. C. Jamin, " Plaidoyer pour un solidarisme contractuel ", Mélanges dédiés à Jacques Ghestin, " Le contrat au début du XXI^e siècle ", LGDJ 2001, p. 441 s.

³⁷ Bulletin civil, Ve partie, n° 258.

³⁸ *Ibid.*

- Cassation sociale, 25 février 1992³⁹ : “ ...l’employeur, tenu d’exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d’assurer l’adaptation des salariés à l’évolution de leurs emplois ”, en particulier en leur offrant la formation d’adaptation nécessaire à leur reclassement sur un nouvel emploi.

Or, plusieurs hauts magistrats français de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont eu à cette époque des contacts, informels, mais réguliers, avec la Cour fédérale du travail allemande. Une relation s’est ainsi nouée, et l’on est porté à croire que ces contacts ont permis aux Français de prendre connaissance du contenu de l’obligation posée, notamment, par l’article 1 (2) 1, b) de la *Kündigungsschutzgesetz (KSG)*⁴⁰. En ce point aussi (mais il faut ici s’exprimer avec beaucoup de prudence, car l’information ne se trouve pas du côté des preuves textuelles), le droit allemand a pu exercer une certaine influence sur le droit français. Il peut y avoir eu emprunt, ou simplement convergence⁴¹.

II. Essai d’explication.

17. Il reste à expliquer le pourquoi d’une influence du droit allemand sur le droit du travail français, qui s’est exercée, dans les bons comme dans les mauvais jours des relations franco-allemandes, avec une surprenante continuité.

Tentons l’explication par les ressemblances ou par les points communs des deux systèmes (A) avant d’essayer l’explication par leurs différences (B).

A. Explication par les points communs.

1) Proximité des systèmes juridiques.

18. Une première explication peut naturellement être trouvée du côté de la proximité des systèmes juridiques allemand et français : héritiers du droit romain, les deux pays ont en héritage une conception, sans doute point trop éloignée de la *locatio operarum*. Cela peut expliquer pourquoi le droit français s’adapte mieux aux mécanismes de droit allemand qu’à ceux adoptés par des pays de *common law*, comme les États-Unis et *a fortiori* la Grande-Bretagne.

Toutefois, il existe bien d’autres États continentaux influencés pas le droit romain que la France et l’Allemagne. Il est vrai que la France et l’Allemagne ont aussi en commun d’être de (relativement) grands États ; et les grands États appellent un certain type de droit, reposant sur des principes et des règles abstraits, par suite susceptibles d’être appliqués à des situations très diverses.

La France et l’Allemagne sont aussi des nations qui, au moment où se constitue le droit du travail, sont l’une et l’autre entrées dans la modernité.

2) Convergences politiques.

³⁹ Bulletin civil, Ve partie, n° 122.

⁴⁰ C’est-à-dire le fait que le licenciement est « socialement injustifié » si l’employeur n’a pas, préalablement, tenté de reclasser le salarié dans l’établissement ou dans l’entreprise, et ce, quel que soit le motif dudit licenciement.

⁴¹ C’est, en revanche, indubitablement du côté du droit allemand que le Parti communiste français trouve son inspiration, lorsqu’il tente de durcir le régime des licenciements économiques à la fin des années 1990. L’offensive, cette fois anecdotique, conduit à un texte de la loi du 17 janvier 2002 (article L 321-4-1 du Code du travail), bientôt suspendu après l’alternance par une autre loi du 3 janvier 2003 avant d’être abrogé. Cf. G. Couturier, “ “ Du plan social au plan de sauvegarde de l’emploi ”, Droit social 2002, p. 279.

19. La France et l'Allemagne sont, sans beaucoup d'exagération, les deux pays qui ont le plus marqué le mouvement ouvrier du XIXe siècle finissant : le marxisme n'est-il pas une théorie des Révolutions françaises formulée par un Allemand ? On y trouve donc des courants de pensée voisins : par exemple, avant d'adhérer et de défendre les *Betriebsräte*, les syndicats allemands s'en sont dans un premiers temps défiés ; tout comme, avant de se raviser, les syndicats français se sont un premier temps montrés peu favorables à la représentation élue du personnel⁴².

20. *Le christianisme social, de la démocratie chrétienne à la " deuxième gauche "*.

Il existe une affinité naturelle entre la doctrine sociale de l'Église et les théories communautaires de l'entreprises⁴³ ; celle-ci a porté nombre de démocrates-chrétiens français à s'intéresser au droit allemand. Paul Durand était un démocrate-chrétien, comme beaucoup des promoteurs français de la théorie institutionnelle de l'entreprise.

Au cours des années 1960 et 1970, une double évolution parallèle, syndicale et politique, s'est produite : le syndicat chrétien a abandonné sa référence confessionnelle, pour devenir l'actuelle " CFDT " ⁴⁴ ; une partie du courant démocrate-chrétien s'est rapprochée du Parti socialiste. Un homme comme Jacques Delors est très représentatif de cette double évolution⁴⁵. Sans doute, le courant de pensée inspiré par Jacques Delors est-il plus tourné vers le monde extérieur, en général, et le Nord de l'Europe,⁴⁶ que vers la seule Allemagne. Néanmoins, il est difficile de ne pas relier quelques étapes de l'évolution :

- l'ANI de 1974 sur la sécurité de l'emploi, signé par la CFDT, et non par la CGT⁴⁷, et qui porte la marque de la politique de la formation professionnelle qu'a impulsée Jacques Delors alors qu'il était Conseiller du premier Ministre Jacques Chaban-Delmas⁴⁸.
- Presque dix ans plus tard, le moment où le droit de veto du comité d'entreprise sur les licenciements économiques se transforme en consultation sur les projets importants de nouvelles technologies, alors que Martine Aubry – sa fille - est Directrice des Relations du Travail de Jean Auroux en 1981.

Au-delà de leurs liens familiaux, l'un et l'autre ont en effet participé aux activités du centre de recherches " Travail et société " de l'université Paris IX-Dauphine, qui irriguait le Service des Affaires Sociales du Commissariat du Plan, et fourni à la CFDT bon nombre d'idées. Ce " réseau ", selon toute vraisemblance, a été un autre vecteur d'influence du droit allemand sur le droit français que la démocratie chrétienne traditionnelle.

21. *L'utilisation du social par l'État fort.*

⁴² Cf. P. Durand, Traité précité, tome 1, n° 370.

⁴³ Cf. F. Gaudu, " Droit du travail et religion ", Droit social 2008, p. 959, n° 20.

⁴⁴ Confédération Française Démocratique du travail, au lieu de Confédération française des Travailleurs Chrétiens (CFTC). Une minorité, refusant la déconsecration, a scissionné et recréé l'actuelle CFTC.

⁴⁵ Cf. E. de Bodman, B. Richard, " Changer les relations sociales. La politique de Jacques Delors ", préface F. Bloch-Laîné, Les Éditions d'organisations 1976 ; J. Delors, " Mémoires ", Plon 2004.

⁴⁶ La Suède en particulier. Cf. de Bodman, Richard, *op. cit.*, p. 57 s.

⁴⁷ Alors que la CFDT, n'ayant pas encore effectué son " recentrage ", était encore dans une phase d'unité d'action avec la CGT.

⁴⁸ Après avoir été Chef du Service des Affaires Sociales du Commissariat Général du plan de 1962 à 1969, Jacques Delors a été de 1969 à 1972 Conseiller de Jacques Chaban-Delmas, et de 1969 à 1974 Secrétaire général auprès du Premier ministre à la formation professionnelle et la promotion sociale.

Une autre parenté de pensée a pu exister entre les milieux dirigeants traditionnels des deux États. L'État-Nation allemand, avec Bismarck, s'est servi du droit social pour tenter de rallier à soi les ouvriers en passant par-dessus la tête des bourgeois libéraux. Mais cette attitude, Bismarck ne l'a-t-il pas lui-même apprise de Napoléon III, singulièrement de la période de l'« Empire libéral » où ce dernier a, non sans quelque succès, renoué avec son passé de socialiste utopique ? Il y a un courant favorable à un État fort qui, en France, n'est pas antisocial. Dans une logique de rassemblement des classes, ce courant a soutenu le développement du droit du travail : la tradition gaulliste rejoint ici la tradition bonapartiste. Plus largement, la IIIe République, dans le contexte de la rivalité franco-allemande, a mis en place une politique volontariste d'intégration de la classe ouvrière. En France comme en Allemagne, la politique sociale s'est ainsi intégrée au projet national⁴⁹, et l'on pourrait sans doute avancer sans paradoxe que les influences mutuelles sont pour partie une conséquence de la rivalité franco-allemande : la IIIe République prend en compte du droit social bismarckien en raison même de cette rivalité...

La France aurait certes pu basculer du côté des régimes autoritaires et sociaux latins, dont l'Espagne et l'Amérique latine, entre autres, ont donné des exemples. Et peut-être l'aurait-elle fait si elle avait suivi le courant incarné par le comte de Mun, la Tour du Pin ou Maurras. Elle a suivi une autre voie, peut-être, parce que l'« intellectuel juridique » du patronat avait appris le droit sous la souveraineté allemande.

3) Le « groupe lorrain ».

20. Le patronat français, pendant très longtemps, a subi une influence déterminante des Maîtres de Forges. En effet, le service juridique de ce qui s'est longtemps appelé l'« Union des Industries Métallurgiques et Minières » (maintenant « Union des Industries et des Métiers de la Métallurgie »), pour ce qui est du droit du travail, est et a été, de loin, le plus étoffé en quantité et en qualité du patronat français. Que ce soit dans le travail parlementaire ou dans la négociation collective nationale interprofessionnelle, les représentants de l'UIMM ont joué jusqu'à la période récente un rôle déterminant⁵⁰.

Or, au sein de la branche, le patronat lorrain a pendant longtemps pesé très lourd. Il avait ses représentants au Parlement – notamment les cousins François et Guy de Wendel⁵¹. Parmi les projets et propositions de loi qui ont conduit à l'adoption de la loi de 1928, celui qui prévoit le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, le plus social du reste⁵², portait la signature de Wendel, si bien que la conclusion s'impose : ayant fait l'expérience du droit allemand, le patronat des entreprises les plus modernes d'Alsace-Lorraine a soutenu son introduction en droit français.

Les entreprises sidérurgiques et minières allemandes et françaises ont partagé l'expérience de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier après la guerre, si bien qu'elles ont noué ou renouvelé des contacts étroits. Si l'on voulait, il y a quelques années, consulter des présentations en français du droit allemand du travail, c'était tout naturellement, entre autres,

⁴⁹ Cf. Aubin et Bouveresse, « Introduction historique au droit du travail » PUF, coll. Droit fondamental, 1995.

⁵⁰ C'est ainsi la Directrice-adjointe du service Emploi de l'UIMM qui commente à Droit social, pour le patronat, l'ANI de 1974 (G. Battu, « Analyse de l'accord national interprofessionnel de 1969 modifié par l'accord national interprofessionnel de 1974 », Droit social, n° spécial précité, juin 1975, p. 27).

⁵¹ V. la biographie classique de Jean-Noël Jeanneney, « François et Guy de Wendel en République », Seuil 1976.

⁵² Projet Brom, Journal Officiel, Assemblée Nationale, Rapports et propositions de loi, 1926, annexe n° 2133, p. 237. Ce projet porte la signature de nombreux députés conservateurs, dont plusieurs alsaciens et lorrains ; par ailleurs de Flandin (qui fut Premier ministre de Pétain entre Laval et Laval) et d'Ybernegaray (qui en fut Secrétaire d'État). Joseph Brom était député du Haut-Rhin.

vers une publication de l'UIMM qu'il fallait se tourner⁵³. Si bien que, lorsque l'on trouve, en 1974, l'expression de "plan social" dans un accord collectif, on ne peut s'empêcher de penser : les négociateurs patronaux, sans le dire, ont emprunté le vocabulaire du droit allemand, que la plupart d'entre eux connaissent.

On peut ajouter que Paul Durand a commencé sa carrière à la Faculté de droit de Nancy, et que son traité est un ouvrage lorrain, puisque les deux collègues qui y ont collaboré avec lui, R. Jaussaud et A. Vitu, sont également nancéens.

B. Explication par les différences.

21. Si les juristes français ont pu ainsi trouver en droit allemand des inspirations, c'est parce que le droit allemand présente avec le droit français des différences fécondes.

1) L'Allemagne avancée et la France retardée.

22. Modernité relative du *BGB* et du *HGB*.

Il n'est pas difficile d'expliquer pourquoi le droit allemand a pu sembler plus moderne que le droit français au début du XXe siècle : le *BGB*, quoique couramment présenté comme conservateur, et le *HGB*, ont été écrits un siècle après le Code civil français. Ils sont tout simplement plus récents : place plus grande faite au droit des sociétés – la notion de "fusion" n'existait même pas au moment du Code civil français ; prise en considération de l'entreprise comme une universalité susceptible de transfert (*Gesamtrechtsnachfolge*), auquel il est donc concevable de lier des contrats successifs, comme les contrats de travail.

Un autre élément de modernité a pu jouer, qui est que l'économie allemande a été concentrée bien avant l'économie française. Au moment où l'économie française était encore essentiellement patriarcale, faite d'entreprises petites ou moyennes, les *Konzern* allemands occupaient déjà le devant de la scène. Or les groupes de sociétés, les *Konzern*, sont amenés à pratiquer couramment les cessions et les acquisitions d'entreprises. À partir du moment où les entreprises (ou les établissements) sont traitées, dans une économie concentrée, comme des biens que l'on vend et que l'on achète sur un marché, les employeurs ont besoin d'une règle simple qui détermine le sort des contrats de travail. N'est-ce pas pour cela que l'Allemagne a adopté les règles qui ont inspiré le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise du Code du travail français ? Et qu'ensuite, les grands groupes lorrains ont voulu conserver ce principe ?

23. *Soziale Rechtsstaat*.

Aux yeux d'un juriste français, la République de Weimar semble un moment très novateur du développement du droit du travail allemand.

Il faut garder à l'esprit que la politique française est restée, jusqu'au début des années 1980, marquée par une vision très traditionnelle de la lutte des classes. S'il est presque impossible de dire que l'on s'inspire du droit allemand – même lorsqu'on le fait – dans les années 1970⁵⁴, ce n'est pas vraiment une conséquence de la guerre ; c'est surtout que l'Allemagne est regardée par la France comme le pays de la "collaboration de classe", ce qui ne convient pas à la Gauche de l'époque.

Le virage que les socialistes (et beaucoup d'intellectuels) français ont pris dans les années 1980 a eu lieu jusqu'à un certain point, en Allemagne, dès la fondation de la République de Weimar. Il tient à ce que la "Gauche de gouvernement" abandonne la croyance

⁵³ V. par exemple la brochure publiée par l'UIMM, "La représentation du personnel en Europe occidentale", 1989.

⁵⁴ Alors que c'était en revanche courant dans les années 50 et 60.

“ millénariste ” à un “ autre monde ”, qui pourrait être radicalement différent de l’économie de marché, mais tente en revanche d’apporter des limites juridiques au développement spontané du capitalisme.

Sans doute, pour un étudiant d’aujourd’hui, la notion de “ État de droit ” semble-t-elle irréductiblement liée à celle de démocratie. Cependant, historiquement, il peut sembler que le *Rechtsstaat* est apparu, dans l’Allemagne du XIXe siècle, après l’échec du Parlement de Francfort, comme une *alternative* à la démocratie, et non point comme un complément de la démocratie. À un moment où la démocratie ne paraît pas accessible, le *bürgerlicher Rechtsstaat* signifie du moins que l’État n’est plus une monarchie absolue, comme celles du XVIIIe siècle⁵⁵.

Transposons ce raisonnement au *soziale Rechtsstaat* : comment ne pas faire un parallèle entre les libéraux du XIXe siècle – qui ont dû renoncer à la démocratie après l’échec de 1848 – et les socialistes modérés allemands de 1919 – qui ne peuvent évidemment plus croire à une révolution ouvrière qui entraînerait le capitalisme vers sa fin, puisqu’ils viennent de prendre part à la répression de la révolution spartakiste. La notion de *soziale Rechtsstaat* peut sembler lourde de résignation, mais cette résignation n’est sans doute qu’un réalisme précurseur. Les Allemands ont pensé, avant les autres, que le droit social, et surtout le droit du travail, avait pour fonction de penser des “ conflits durables entre intérêts également légitimes ”, à un moment où une partie de la doctrine latine ne voulait encore y voir qu’un traité provisoire entre classes sociales irréductiblement hostiles.

C’est l’une des clés de l’influence du droit allemand sur le droit français : chaque fois qu’il est question de penser les intérêts intermédiaires – intérêt de l’entreprise, intérêt du groupe limité des salariés de l’établissement, de l’entreprise – et les conflits, mêlés de solidarité, qui naissent entre ces intérêts intermédiaires, le droit allemand fournit un modèle conceptuel et technique opératoire.

2) L’expression des intérêts intermédiaires.

24. Dans la tradition républicaine française, la notion de *Gemeinschaft* n’a pas sa place. C’est l’une des explications de la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, qui interdit les “ coalitions ” (les syndicats de salariés et d’employeurs et les grèves), sans soulever alors d’opposition : ayant aboli les corporations, la République est hostile aux corps intermédiaires. Il faudra le progrès du socialisme au XIXe siècle pour qu’elle admette sans arrière-pensées cette représentation des intérêts intermédiaires qu’est le syndicat.

Mais il y a d’autres intérêts intermédiaires que celui de la profession dans son ensemble ou du salariat en général : intérêt des salariés d’un établissement donné, d’une entreprise donnée, d’un groupe donné. En laissant de côté la question des assurances sociales (pour laquelle les spécificités de la relation franco-allemande ne jouent aucun rôle : en réalité, le droit bismarckien a influencé toute l’Europe, en raison de sa modernité objective), à peu près toutes les occurrences d’emprunt du droit français au droit allemand se rattachent à l’entreprise ou à la représentation des intérêts dans l’entreprise (étant entendu qu’un Français écrit “ entreprise ” là où un Allemand dirait le plus souvent *Betrieb*) : loi de 1928 ; théorie institutionnelle de l’entreprise ; participation des salariés ; concertation des restructurations... Lorsque Gérard Lyon-Caen lui-même évoque le droit allemand comme un modèle possible, c’est à propos du règlement intérieur d’entreprise, codécidé par un *Betriebsvereinbarung*, alors qu’en droit français il fait l’objet d’une décision unilatérale du chef d’entreprise⁵⁶.

⁵⁵ Il est tentant de rapprocher, à cet égard, la situation en demi-teinte de la Chine actuelle (qui proclame le “ règne de la loi ”, sans naturellement aller jusqu’à la démocratie politique) de la situation allemande de la fin du XIXe siècle.

⁵⁶ Gérard Lyon-Caen, “ Une anomalie juridique, le règlement intérieur, ”, Dalloz 1969, chronique XXXV.

L'organisation de l'entreprise comme centre d'intérêts, à la fois conflictuels et solidaires, a été conçue de façon beaucoup plus large et systématique en droit allemand qu'en droit français (n'est-ce pas le premier qui a fourni à l'Europe l'idée même de représentation élue du personnel ?), et chaque fois que les Français s'attachent à cette question, ils sont donc naturellement portés à se tourner vers le droit allemand, d'autant plus que celui-ci est, à bien des égards, un droit parent du droit français.

25. Puisque nombre de contributions qui figurent dans cet ouvrage sont consacrées à la question des droits fondamentaux, je ne peux conclure sans me demander si le droit allemand, dans ce domaine, influence le droit français. La réponse, *a priori*, est négative – quoique, dans la période récente, certaines solutions qui ont en droit allemand une base constitutionnelle aient trouvé un écho en droit français : je pense en particulier à la question du droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail à un nouvel employeur⁵⁷.

Il faudrait aussi sans doute évoquer le thème de la “ citoyenneté dans l'entreprise ”, thème central du “ rapport Auroux ” dont sont issues les lois de 1981-1982. Seul Paul Durand, citant la notion de *Betriebsbürger* utilisée par Friedrich Naumann, avait jusqu'alors abordé la question sous cet angle⁵⁸. On sait que Martine Aubry a joué un rôle essentiel dans la rédaction du rapport Auroux. Il est donc possible qu'il y ait là une influence, directe ou indirecte, de la doctrine allemande – mais il s'agit encore de l'entreprise, si bien que, quoique le thème de la citoyenneté dans l'entreprise ait évidemment beaucoup à voir avec celle des droits fondamentaux⁵⁹, l'hypothèse présentée auparavant peut encore être proposée comme explication.

François Gaudu

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne

Centre de Recherches en Droit Social – Institut de recherche juridique de la Sorbonne *André Tunc*

Mai 2009

⁵⁷ Cf. P. Rémy, “ Quelle signification donner au droit d'opposition du salarié au transfert de son contrat de travail. Réflexion sur le droit français à partir du droit allemand ”, *Droit social* 2004, p. 155.

⁵⁸ *Traité précité*, t. 1, n° 347, note 2.

⁵⁹ L'une de ses significations est en effet d'appeler à la protection de la personne du salarié contre l'arbitraire de l'employeur, comme la personne du citoyen est protégée contre l'État. C'est pourquoi la date du 4 août 1982 (la “ nuit de 4 août ” 1789 est celle où l'abolition des privilèges a été votée par l'Assemblée Constituante) a été choisie pour la promulgation de la loi sur qui traite du règlement intérieur et du droit disciplinaire.