

## ALLEMAGNE

Au cours de cette année 2009-2010, le droit du travail allemand a subi plusieurs modifications importantes qui méritent une analyse plus détaillée. En premier lieu, le législateur fédéral a établi, pour la première fois, des règles spécifiques pour la protection des données à caractère personnel des travailleurs (I). En deuxième lieu, des dispositions protectrices ont été mises en place pour mieux protéger les travailleurs en matière d'exams et d'analyses génétiques (II). En troisième lieu, la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*) a fait un revirement de jurisprudence à l'égard du principe d'unicité de la convention collective (*Grundsatz der Tarifeinheit*) ; principe dégagé par la Cour elle-même dans les années 1950 dont la fonction était d'assurer qu'il ne s'applique qu'une seule convention collective au sein d'une entreprise (III).

### I – Protection des données à caractère personnel des salariés

La mise en œuvre de règles spécifiques en droit du travail pour la protection des données à caractère personnel des travailleurs est revendiquée depuis des décennies déjà. Or, le législateur n'est arrivé à établir un cadre légal pour la protection des données à caractère personnel des salariés que par l'adoption de la loi du 14 août 2009 portant modification de dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel, mise en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2009<sup>1</sup>. Après plusieurs scandales relatifs à l'abus de données à caractère personnel des travailleurs provenant de certaines grandes entreprises dont notamment Lidl, Telekom et Deutsche Bahn<sup>2</sup>, le législateur ne pouvait plus s'abstenir d'intervenir en la matière et se voyait contraint d'établir un cadre minimum de protection pour les travailleurs. Avant cette réforme, la licéité de la collecte et de l'utilisation des données à caractère

<sup>1</sup> *Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften*, in Journal Officiel de la RFA (*Bundesgesetzblatt*), Partie I, p. 2814 et s. Pour une analyse plus approfondie de la nouvelle loi cf. René Erfurth, « Der « neue » Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG », in *Neue Juristische Online Zeitschrift* (NJOZ) 2009, pp. 2914-2926 ; Gregor Thüsing, « Datenschutz im Arbeitsverhältnis – Kritische Gedanken zum neuen § 32 BDSG », in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2009, p. 865-870.

<sup>2</sup> Pour un résumé de ces scandales, cf. Wolfgang Däubler, *Gläserne Belegschaften ? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz*, 5<sup>e</sup> édition, 2010, p. 32 et s.

personnel des travailleurs était déterminée par la disposition générale de l'article 28 de la loi fédérale relative à la protection des données à caractère personnel (*Bundesdatenschutzgesetz* – abr. : *BDSG*) et dépendait essentiellement du principe de proportionnalité ou de l'exercice d'intérêts légitimes de l'employeur prévalant sur les intérêts des travailleurs.

### **A – Le contenu de la réforme**

L'apport principal de la loi du 14 août 2009 est la création d'un nouvel article 32 au sein de la *BDSG*, dont l'application ne se limite pas à des travailleurs au sens du droit du travail mais s'étend également, entre autres, aux fonctionnaires de l'État dont le statut relève du droit public, aux apprentis, aux personnes handicapées employées dans un atelier pour travailleurs handicapés (*Behindertenwerkstätte*) ainsi qu'aux quasi-salariés (*Arbeitnehmerähnliche Personen*) ; en sus, la notion légale de travailleur couvre également les candidats à de tels postes de travail<sup>3</sup>.

Le nouvel article 32 al. 1<sup>er</sup> limite la collecte ainsi que l'utilisation et la transmission de données à caractère personnel des travailleurs par le principe de proportionnalité. Il faut que leur collecte, utilisation ou transmission à une personne tierce soit nécessaire pour la conclusion d'un contrat de travail, son exécution ou pour sa résiliation. En principe, la protection du travailleur ne va donc pas au-delà du niveau garanti par l'article 28 de la *BDSG* tel qu'il s'appliquait à la relation de travail avant la réforme de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 2009. Le seul renforcement de protection est prévu à l'al. 2 de l'article 32 de la *BDSG* disposant que l'application de l'article 32 n'est pas limitée aux traitements automatisés de données mais s'applique également aux dossiers individuels de travailleurs manuellement établis.

S'agissant de la découverte de crimes par l'employeur, celui-ci peut collecter ou utiliser des données à caractère personnel de ses travailleurs lorsqu'il y a des indices factuels justifiant la suspicion que le travailleur concerné a commis un délit dans le cadre de sa relation de travail ; la collecte ou l'utilisation des données à caractère personnel apparaît dès lors comme nécessaire et proportionnée<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. Article 3 al. 11 n° 1-8 de la *BDSG*.

<sup>4</sup> Cf. Article 32 al. 1<sup>er</sup>, phrase 2 de la *BDSG*.

L'al. 3 de l'article 32 de la *BDSG* prévoit que les droits de participation des représentants des travailleurs ne seront pas affectés par la réforme. En effet, le conseil d'établissement (*Betriebsrat*) – obligatoire dans les établissements occupant au moins cinq travailleurs en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi portant constitution de l'établissement (*Betriebsverfassungsgesetz*) – ainsi que la délégation du personnel dans le secteur public (*Personalvertretung*) – en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi fédérale relative à la délégation du personnel (*Bundespersönalvertretungsgesetz*) – disposent d'une série de droits de participation en matière de protection des données à caractère personnel des travailleurs. Ainsi, les représentants des travailleurs ont par exemple un droit à la codécision lors de l'élaboration de questionnaires pour le personnel par l'employeur<sup>5</sup>, et lors de la mise en place d'installations techniques ayant pour vocation le contrôle de la performance des travailleurs ou étant appropriées à cette fin<sup>6</sup>. Ces droits de participation des représentants des travailleurs n'ont donc pas été modifiés par la nouvelle loi.

## B – Perspectives

Etant donné l'apport limité de la loi du 14 août 2009, il n'est guère étonnant que le débat sur une amélioration de la protection légale des données à caractère personnel des travailleurs n'a pu être clos par la réforme. Celle-ci est plutôt conçue comme une étape vers la création d'une vraie loi relative à la protection des données à caractère personnel des travailleurs. Déjà en septembre 2009, c'est-à-dire à peine un mois après la mise en vigueur de la nouvelle loi et à quelques semaines des élections fédérales, le ministre fédéral du Travail, *Olaf Scholz* (SPD), publiait un projet de loi relatif à la protection des données à caractère personnel des travailleurs. En raison du changement de majorité gouvernementale à la suite des élections fédérales de 2009, le projet de loi n'a pas été repris par la nouvelle majorité chrétien-démocrate/libéral de la Chancelière *Angela Merkel* (CDU). En revanche, le Ministère Fédéral de l'Intérieur a présenté un projet de loi qui a été adopté par le Gouvernement fédéral en août 2010<sup>7</sup>. C'est maintenant au

<sup>5</sup> Article 94 al.1<sup>er</sup> de la loi portant constitution de l'établissement ; article 75 al. 3 n° 8 de la loi fédérale relative à la délégation du personnel.

<sup>6</sup> Article 87 al. 1<sup>er</sup> n° 6 de la loi portant constitution de l'établissement ; article 75 al. 3 n° 17 de la loi fédérale relative à la délégation du personnel.

<sup>7</sup> *Bundsrats-Drucksache* 535/10 du 3 septembre 2010.

législateur de décider. De ce fait, ce projet ainsi que sa réalisation feront probablement l'objet de la veille juridique de l'an prochain.

## II – Interdiction des examens génétiques

Avec la loi du 31 juillet 2009 relative aux examens génétiques (*Gendiagnostikgesetz* – abr. : *GenDG*) qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 2010<sup>8</sup>, le législateur est intervenu pour la première fois en matière d'examens génétiques dans le cadre de relations de travail. L'objectif de cette nouvelle loi est de mieux protéger la dignité humaine ainsi que le droit à l'autodétermination informationnelle des travailleurs en matière d'examens génétiques.

L'article 19 de la *GenDG* pose comme principe que l'employeur ne peut soumettre les candidats à un emploi ni ses travailleurs à des examens génétiques ni leur demander de lui communiquer les résultats d'un tel examen. En revanche, dans le cadre d'examens médicaux relevant de la médecine du travail, on peut exceptionnellement effectuer des examens ou analyses génétiques dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires afin de déterminer des caractéristiques génétiques qui seraient susceptibles de causer des maladies qui pourraient se révéler suite à l'occupation d'un poste de travail (article 20 al. 2 de la *GenDG*). De toute façon, un tel examen ou une telle analyse génétique doit apparaître comme l'ultime moyen.

Par ailleurs, la nouvelle loi interdit toute discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques d'un travailleur ou d'une personne appartenant à la famille du travailleur (article 21). Cette interdiction s'applique également lorsqu'un travailleur refuse de se soumettre à un examen génétique. Le catalogue de critères fixés par la loi générale relative à l'égalité de traitement (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* – abr. : *AGG*) est donc complété par ce nouveau critère. En cas de non respect de cette obligation d'égalité de traitement, l'employeur engage sa responsabilité sans faute et sera obligé de

---

<sup>8</sup> *Bundesgesetzblatt* 2009, partie I, p. 2529. Pour une analyse plus approfondie de la nouvelle loi, cf. Philipp S. Fischinger, « Die arbeitsrechtlichen Regelungen des Gendiagnostikgesetzes », in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2010, p. 65 et s., et Angie Genenger, « Das neue Gendiagnostikgesetz », in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2010, p. 113 et s.

payer au travailleur une indemnisation en vertu de l'article 21 de la *GenDG*, appliqué en combinaison avec l'article 15 *AGG*.

### III – Le principe d'unité des conventions collectives

Un troisième évènement important dans l'actualité du droit allemand du travail en 2010 a été un revirement jurisprudentiel en matière du droit des conventions collectives. Le 4<sup>e</sup> Sénat de la Cour fédérale du travail, compétent pour les litiges en matière de conventions collectives, voulait abandonner le principe d'unicité de la convention collective dans l'entreprise (*Grundsatz der Tarifeinheit*). Pour ce faire, et afin d'éviter une divergence avec la jurisprudence du 10<sup>e</sup> Sénat, qui reconnaît également ce principe, le 4<sup>e</sup> Sénat de la Cour devait – en vertu de l'article 45 de la loi relative aux Tribunaux du travail (*Arbeitsgerichtsgesetz*) – consulter ce dernier afin d'établir s'il avait l'intention de maintenir sa jurisprudence relative à ce principe<sup>9</sup>. Le 10<sup>e</sup> Sénat de la Cour, dans une décision du 23 juin 2010<sup>10</sup>, a déclaré de ne pas vouloir maintenir ce principe et s'est joint à l'avis du 4<sup>e</sup> Sénat. Par voie de conséquence, le 4<sup>e</sup> Sénat peut maintenant abandonner le principe d'unicité de la convention collective.

Selon la règle explicite de l'article 4 al. 1<sup>er</sup>, appliqué conjointement avec l'article 3 al. 1<sup>er</sup> de la loi relative aux conventions collectives (*Tarifvertragsgesetz*), les normes juridiques d'une convention collective s'appliquent aux relations de travail dès lors que le salarié est syndiqué et l'employeur affilié à une organisation d'employeurs, dans l'hypothèse d'une convention de branche ; ou dès lors que l'employeur est lui-même une partie signataire de la convention collective. Il n'y a donc pas d'effet *erga omnes* d'une convention collective en droit allemand. En règle générale, il faut donc une légitimation du pouvoir normatif des partenaires sociaux par les salariés et les employeurs. Il s'ensuit que théoriquement plusieurs conventions collectives peuvent s'appliquer dans un même établissement ou une même entreprise : dans l'hypothèse où l'employeur est lié par plusieurs conventions collectives conclues avec des organisations syndicales différentes, il doit les appliquer aux relations de travail en fonction de la

<sup>9</sup> Décision du 27 janvier 2010, 4 AZR 537/08, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2010, p. 645 et s.

<sup>10</sup> 10 AS 03/10.

syndicalisation de ses salariés. Il est évident qu'une telle pluralité de conventions collectives (*Tarifpluralität*) peut produire des effets bureaucratiques pour l'employeur quant à la gestion du personnel. C'est la raison pour laquelle la Cour fédérale du travail avait dégagé, dans un arrêt important des années 1950, le principe d'unicité de convention collective au sein d'une même entreprise<sup>11</sup>. Ce principe prétorien ne posait pas de problème autant que la négociation collective était monopolisée par les organisations syndicales regroupées au sein de la Confédération Allemande des Syndicats (*Deutscher Gewerkschaftsbund – DGB*). En effet, un de leurs principes d'organisation est que pour chaque entreprise, il ne doit y avoir qu'une organisation syndicale ayant la compétence de représenter les salariés de cette entreprise (« *Ein Betrieb – eine Gewerkschaft* »). Il n'y avait donc pratiquement pas de concurrence entre des organisations syndicales au niveau de l'entreprise. Or, la situation a changé considérablement au cours des dernières années : dès lors, d'autres organisations syndicales apparaissent de plus en plus, dont notamment le syndicat des médecins, le *Marburger Bund*, celui des pilotes d'avion (*Vereinigung Cockpit*), le syndicat des conducteurs de train (*Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer – GDL*) et les syndicats chrétiens regroupés au sein de la Confédération Allemande des Syndicats Chrétiens (*Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands – CGB*). On est donc en présence d'une pluralisation croissante du syndicalisme en Allemagne.

Ce n'est donc pas une surprise que le principe d'unicité de la convention collective soit progressivement devenu la cible d'une forte critique politique et doctrinale. À l'instar de la majorité des auteurs en doctrine, la décision bien motivée du 4<sup>e</sup> Sénat de la Cour fédérale du Travail du 27 janvier 2010 rejette ce principe en faisant essentiellement référence à la garantie constitutionnelle de la liberté syndicale de l'article 9 § 3 de la Loi Fondamentale (*Grundgesetz*). En effet, la Cour considère que le principe d'unicité de la convention collective viole la liberté syndicale dans sa dimension individuelle ainsi que dans sa dimension collective. Il porterait atteinte à la liberté individuelle de se syndiquer puisqu'il prive les salariés affiliés au syndicat ayant conclu la convention collective qui ne s'applique pas des avantages de leur syndicalisation, sans que cette restriction de la

---

<sup>11</sup> Cf. BAG, arrêt du 29 mars 1957 – 1 AZR 208/55, BAGE 4, p. 37, 40 ; voir également BAG, arrêt du 19 décembre 1958 – 1 AZR 55/58, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz n° 6.

liberté syndicale individuelle soit justifiée. Quant à la dimension collective, la Cour souligne que le principe d'unicité porte atteinte à l'autonomie normative (*Tarifautonomie*) du syndicat dont la convention collective ne sera pas appliquée : une telle limitation du droit à conclure des conventions collectives avec effet impératif et immédiat pour les contrats de travail de ses adhérents ne serait pas justifiable.

Le revirement jurisprudentiel a suscité un vif débat politique. Quelques semaines après l'annonce du 4<sup>e</sup> Sénat de la Cour fédérale du travail du projet de suppression du principe d'unicité de la convention collective, les principaux partenaires sociaux allemands, la Confédération allemande des organisations d'employeur (*Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände – BDA*) et les syndicats regroupés dans la *DGB* présentaient les pierres angulaires d'une proposition de loi ayant pour objectif d'ancrer le principe d'unicité de la convention collective par voie législative<sup>12</sup>. À l'heure actuelle, l'on ne sait pas encore si le Ministre fédéral du travail reprendra l'initiative et préparera un projet de loi relatif au maintien du principe d'unicité de la convention collective. Toutefois, le climat politique est plutôt favorable étant donné que les grandes confédérations des employeurs et les syndicats regroupés dans le *DGB* sont *unisono* en faveur d'une intervention du législateur.

**Achim Seifert**

*Université du Luxembourg*

---

<sup>12</sup> *BDA et DGB, Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln*, téléchargeable sur : [http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/files/A611433DE9C8C0ADC12577380024A699/\\$file/Eckpunkte\\_Tarifeinheit.pdf](http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/files/A611433DE9C8C0ADC12577380024A699/$file/Eckpunkte_Tarifeinheit.pdf). Pour une analyse critique de la proposition voir notamment Stefan Greiner, « Der Regelungsvorschlag von DGB und BDA zur Tarifeinheit », in *NZA* 2010, p. 743 et s.