

ALLEMAGNE

En 2008, deux réformes en matière de droit du travail sont entrées en vigueur en Allemagne : la loi portant évolution de l'assurance dépendance (*Pflege-Weiterentwicklungsgesetz*)¹ par laquelle a été instauré un droit de congé du salarié pour soigner un proche dépendant et la loi relative à la limitation des risques liés aux investissements de finances (*Risikobegrenzungsgesetz*) du 12 août 2008² qui renforce la position des institutions représentatives du personnel à l'occasion des offres publiques d'achats (O.P.A.).

I - Le congé pour prendre soin d'un proche dépendant

Avec la loi portant évolution de l'assurance dépendance (*Pflege-Weiterentwicklungsgesetz*), le législateur fédéral veut améliorer les conditions légales pour prendre soin des dépendants à domicile. Les mesures concernent surtout le régime de l'assurance dépendance et relèvent donc pour la plupart du domaine du droit de la Sécurité sociale. En vertu de son article 3, cependant, la nouvelle loi instaure également des règles en matière de droit du travail : la loi relative au congé pour prendre soin d'un proche dépendant (*Pflegezeitgesetz* – abr. : *PflegeZG*) du 1^{er} juillet 2008³ aménage pour la première fois un droit du salarié à un congé pour prendre soin d'un proche dépendant à domicile. L'objectif de la loi est d'améliorer la compatibilité de la vie professionnelle et le soin des dépendants à domicile (section 1 *PflegeZG*).

Les membres proches de la famille du travailleurs, au sens de la loi, sont les grands-parents, les parents et les beaux parents au même titre que l'époux, le partenaire lié par PACS, les enfants et les enfants adoptifs ; il en

¹ JO de la République Fédérale d'Allemagne (*Bundesgesetzblatt – abr. BGBl.*) 2008 Partie I, p. 874 (896 et s.).

² JO de la RFA 2008 Partie I, pp. 1666-1671.

³ Pour une analyse plus approfondie du *PflegeZG* v. U. Preis et L. Nehring, *Das Pflegezeitgesetz*, « Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht », *NZA* 2008, pp. 729-736. Sur le projet de loi relatif au congé-dépendance v. U. Preis et A. Weber, « Der Regierungsentwurf eines Pflegezeitgesetzes », *NZA* 2008, pp. 82-85.

va de même concernant les enfants et enfants adoptifs de l'époux ou du partenaire du travailleur (section 7 al. 3 *PflegeZG*). Ces proches ne sont considérés comme dépendants que lorsqu'ils remplissent les conditions de la dépendance, au sens de l'assurance dépendance, définies par la section 14 et 15 du Code de la Sécurité sociale partie XI (*Sozialgesetzbuch XI – SGB XI*) (section 7 al. 4 *PflegeZG*).

La nouvelle loi promeut le soin à domicile des proches dépendants par deux moyens. D'un côté, la loi donne aux travailleurs le droit de prendre un congé d'une durée pouvant aller jusqu'à dix jours ouvrables lorsque leur absence est nécessaire pour organiser le soin d'un proche dépendant (section 2 al. 1 *PflegeZG*). Cette nouvelle disposition légale concrétise la règle générale de la section 275 al. 3 du Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – abr. : BGB*) selon laquelle le débiteur peut refuser l'exécution du contrat de travail lorsque celle-ci, après une pondération des intérêts du débiteur et du créancier, serait déraisonnable. Le travailleur est obligé d'annoncer immédiatement à l'employeur l'obstacle à l'exécution du contrat de travail et sa durée probable ; d'ailleurs, il doit présenter, sur demande de l'employeur, une attestation médicale certifiant du caractère indispensable des soins pour le proche et la nécessité de l'absence du travailleur pour organiser ces soins (section 2 al. 2 *PflegeZG*). La nouvelle loi ne prévoit pas, cependant, le droit à la rémunération du salarié pendant ce congé : d'après section 2 al. 3 *PflegeZG*, l'employeur n'est obligé de payer la rémunération pour la durée du congé que lorsque cette obligation résulte d'une autre disposition légale ou d'une convention. Comme peu de conventions collectives garantissent au salarié une rémunération pour les cas visés par la loi⁴, la question est surtout de savoir, si d'autres dispositions légales garantissent la rémunération. En effet, selon la section 616 *BGB*, le salarié a droit à la rémunération lorsqu'il n'exécute pas le contrat de travail pendant une durée relativement courte et que l'inexécution du contrat est due à une cause inhérente à la personne du salarié. Il est reconnu dans la doctrine aussi bien que dans la jurisprudence qu'une telle cause inhérente à la personne du salarié qui entraîne l'inexécution du contrat de travail peut être la nécessité de soigner un proche du salarié comme un enfant, l'époux ou un parent⁵. La Cour Fédérale du

⁴ Section 29 al. 1 de la Convention Collective pour le Service Public (*Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst – TVöD*), par exemple, ne prévoit, pour le cas de la maladie d'un proche du salarié, une rémunération que pour un congé de 4 jours ouvrables.

⁵ V. Dörner, in Dieterich et al. (éd.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Munich, 2008, BGB § 616, par. 8.

Travail considère que le salarié ne peut demander la rémunération que pour une période jusqu'à 5 jours ouvrables dans ces cas⁶. D'ailleurs, la section 616 *BGB* ne fait pas partie de l'ordre public : elle peut donc être dérogée par voie contractuelle. Pour l'instant, l'impact de la nouvelle loi sur cette jurisprudence n'est pas encore clair⁷. Jusque là, la nouvelle loi crée donc une grande insécurité juridique pour les employeurs aussi bien que pour les salariés.

D'un autre côté, la nouvelle loi donne droit à un congé maximal de 6 mois lorsqu'ils soignent à domicile un proche dépendant (section 3 et 4 *PflegeZG*). Pourtant, ce droit n'existe pas dans les petites entreprises : il y a un seuil d'effectif de 16 travailleurs minimum (section 3 al. 1 *PflegeZG*). Les travailleurs doivent prouver l'état de santé qui rend nécessaire le soin du proche à domicile par la présentation d'une attestation de l'assurance dépendance ou du service médical de la Caisse maladie. D'ailleurs, le congé doit être annoncé par écrit au moins 10 jours ouvrables avant son début. Le travailleur doit dès lors, dans ce courrier, se prononcer sur la durée et sur l'extension du congé. Lorsqu'il désire une réduction partielle de son temps de travail, les parties doivent négocier sur la durée aussi bien que sur l'horaire du travail ; en cas de consentement des parties, l'accord doit être fixé par écrit. Lorsque les parties ne parviennent pas à un accord, le travailleur peut saisir le juge du travail et demander le consentement de l'employeur au congé, à moins que celui-ci n'affecte le bon fonctionnement de l'entreprise (*dringende betriebliche Gründe*). Quant à la réduction partielle du temps de travail, la construction juridique s'apparente fortement au droit du salarié à réduire son temps de travail selon la section 8 de la loi relative au travail à temps partiel et aux contrats à durée déterminée (*Teilzeit- und Befristungsgesetz*). Mis à part la date préalablement convenue par les parties, le congé pour prendre soin d'un proche dépendant peut s'achever lorsque le proche n'a plus besoin de soins à domicile ou lorsque ceux-ci ne sont plus possibles. Dans ce cas précis, le congé se termine 4 semaines après un tel changement de circonstances ; cette situation spécifique exceptée, le travailleur ne peut demander sa réintégration anticipée qu'avec le consentement de l'employeur (section 4 al. 2 *PflegeZG*). Pendant le congé, le travailleur n'a pas droit à une rémunération.

⁶ Décision du 19 avril 1978 – 5 AZR 834/76, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW 1978), p. 2316.

⁷ V. Preis et Nehring, *NZA* 2008, p. 733.

La loi protège les travailleurs exerçant leur droit de soigner un membre de leur famille en prévoyant un régime particulier de protection contre le licenciement qui ressemble beaucoup au statut des personnes handicapées et à celui des jeunes mères. D'après la section 5 *PflegeZG*, l'employeur ne peut pas licencier les travailleurs pendant l'inexécution du contrat de travail due aux soins du membre de la famille. Il ne peut le faire que de façon exceptionnelle, lorsqu'il y a un motif grave, et avec l'autorisation de l'organisme public chargé de la santé et de la sécurité du travail (section 5 al. 2 *PflegeZG*). Quant au champ d'application, la nouvelle loi s'applique à tous les salariés, aux apprentis et aux quasi-salariés (section 7 al. 1 *PflegeZG*). Par conséquent, son champ d'application ne se limite pas au droit du travail *stricto sensu* mais s'étend aussi aux relations contractuelles de toutes les personnes économiquement dépendantes comme les travailleurs à domicile et les « collaborateurs libres » dans les médias (journaux, stations radio, etc.). Ce champ d'application vaste a été fortement critiqué par la doctrine⁸ dans la mesure où, pour la première fois, le législateur garantit également une protection contre le licenciement aux quasi-salariés.

II - Renforcement des institutions représentatives du personnel lors des OPA.

La loi relative à la limitation des risques liés aux investissements de finances du 12 août 2008⁹, par laquelle ont été établis notamment les règles en matière du droit des crédits à la consommation et du droit des marchés de capitaux, renforce dans son article 4 la position des institutions représentatives du personnel lors d'offres publiques d'achat. Cette disposition modifie la loi portant constitution à l'établissement (*Betriebsverfassungsgesetz* – abr. : *BetrVG*)¹⁰.

La nouvelle section 106 al. 3 n° 9a *BetrVG* impose à l'employeur une obligation d'information et de consultation du Comité économique (*Wirtschaftsausschuss*). Il s'agit d'un comité devant être mis en place dans les entreprises de plus de 100 salariés (section 106 al. 1 *BetrVG*) et composé

⁸ V. Preis et Weber, *NZA* 2008, pp. 82 et s.

⁹ *JO* de la RFA 2008, partie I, pp. 1666-1671.

¹⁰ Pour une critique des nouvelles dispositions v. notamment G. Thüsing, « Beteiligungsrechte von Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat bei Unternehmensübernahmen », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2008, pp. 108-109.

de membres nommés par le Conseil d'établissement (section 107 *BetrVG*). Surtout, de cette dépendance des membres du Comité économique par rapport au Conseil d'établissement il résulte que le Comité économique est considéré comme un organe auxiliaire du Conseil d'établissement¹¹. La réforme établit explicitement un droit d'information et de consultation du Comité économique lorsqu'il y a une OPA, entraînant le contrôle sur l'entreprise. Dans ce cas, l'employeur doit informer et consulter le Comité économique sur l'identité de l'acquéreur potentiel, sur ses intentions concernant la future stratégie de l'entreprise et sur l'impact sur la situation de l'emploi dans l'entreprise (section 106 al. 2 *BetrVG*). Pour les entreprises qui n'ont pas de Comité économique – notamment les entreprises employant régulièrement moins de 100 salariés – la nouvelle section 109a *BetrVG* impose à l'employeur l'obligation d'informer et de consulter le Conseil d'établissement en cas d'OPA.

Il ne s'agit que d'un droit d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel. Les représentants des salariés ne peuvent donc pas empêcher l'achat de l'entreprise.

Achim Seifert
Université du Luxembourg

¹¹ V. Cour Fédérale du Travail, décision du 7 avril 2004 – 7 ABR 41/03, in : *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)* n° 17 § 106 *BetrVG* 1972.