

Luxembourg, le 2 novembre 2022

Objet : Projet de loi n°8016¹ portant modification :

1° du Code du travail ;

2° de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ;

3° de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux ;

en vue de la transposition de la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil. (6102SBE)

*Saisine : Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire
(30 mai 2022)*

Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers

Le projet de loi sous avis (ci-après le « Projet de loi ») a pour objet de transposer en droit national² la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants³ (ci-après la « Directive 2019/1158 ») qui fixe des exigences minimales en matière de congé de paternité, de congé parental et de congé d'aidant, ainsi qu'en matière de formules souples de travail pour les travailleurs qui sont parents ou aidants⁴.

Selon l'exposé des motifs, ce projet de loi fait partie du plan « équilibre vie privée et vie professionnelle » annoncé par le Premier Ministre lors de son discours sur l'état de la Nation en date du 12 octobre 2021.

Le Projet de loi prévoit principalement d'introduire dans le Code du travail⁵:

- deux nouveaux congés extraordinaires : un congé pour les aidants et un congé pour raisons de force majeure liée à des raisons familiales urgentes ;
- de nouvelles règles en matière de congé parental ;
- des dispositions permettant aux salariés qui sont parents ou aidants de demander des formules souples de travail ;
- des sanctions en cas de violation des dispositions précédentes.

¹ [Lien vers le projet de loi sur le site de la Chambre des Députés](#)

² Suivant l'article 20 de la Directive 2019/1158, le délai de transposition est fixé au 2 août 2022.

³ Cette directive a pour objectif de faciliter la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale pour ces parents et aidants de manière à permettre de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le marché du travail, l'égalité de traitement sur le lieu de travail ainsi que promouvoir un niveau d'emploi élevé dans l'Union européenne. Elle abroge la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE.

⁴ L'article 3, paragraphe 1, lettre d) du Projet de loi définit l'aidant comme « un travailleur qui apporte des soins personnels ou une aide personnelle à un membre de la famille ou à une personne qui vit dans le même ménage que le travailleur et qui nécessite des soins ou une aide considérable pour raison médicale grave telle qu'elle est définie par chaque État membre ».

⁵ Le Projet de loi introduit des modifications similaires dans les lois fixant respectivement le statut général des fonctionnaires de l'Etat et le statut général des fonctionnaires communaux uniquement en ce qui concerne les nouvelles règles en matière de congé parental.

Nonobstant le fait que l'exposé des motifs du Projet de loi⁶ mentionne les modifications législatives opérées concernant le congé de paternité, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soulignent que s'agissant de ce congé, la transposition de la Directive 2019/1158 est assurée par un projet de loi distinct de celui sous avis. Les deux chambres professionnelles renvoient donc au projet de loi n°8017 portant modification 1° du Code du travail ; 2° de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, à propos duquel elles ont déjà rendu un avis commun⁷.

Au regard de l'importance du projet de loi sous avis et de l'importance élevée de ses répercussions sur l'ensemble des entreprises luxembourgeoises, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers jugent utile et nécessaire de prendre position à travers un avis commun.

Résumé

Alors que le Projet de loi porte sur des thématiques « emploi » qui impactent fortement les entreprises dans leur organisation de travail et dans les conditions de travail, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers dénoncent l'absence de consultation préalable des partenaires sociaux.

Elles jugent indispensable de préserver le dialogue social à l'avenir en impliquant les partenaires sociaux dans le cadre du dépôt d'amendements au Projet de loi afin de remédier aux problèmes relevés dans le cadre de la transposition de la Directive 2019/1158. Sur le fond, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent au Projet de loi au motif que certaines mesures sont dommageables pour les entreprises sur le plan organisationnel et contestables sur le plan juridique.

De manière générale, les deux Chambres professionnelles désapprouvent la surenchère opérée par le Gouvernement dans le Projet de loi qui va bien au-delà du texte et de l'esprit de la directive à transposer. En effet, le Gouvernement propose d'instaurer au profit des salariés un «congé d'aidant» de cinq jours et un «congé pour force majeure liée à des raisons familiales urgentes» (ci-après le «congé pour force majeure») d'une journée sur une période de 12 mois sans perte de rémunération à charge des entreprises, sans préjudice des aménagements temporaires prévus dans l'Accord tripartite du 28 septembre 2022.

Or, s'agissant de mesures sociales pour aider un proche pour des raisons médicales graves, la Directive 2019/1158 ne prévoit justement pas d'obligation de rémunération ou d'indemnité⁸. Les Etats membres peuvent donc octroyer aux salariés le droit de s'absenter dans les deux hypothèses prévues par la directive sans être rémunérés.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers estiment que les entreprises n'ont pas à contribuer financièrement de manière directe ou indirecte au coût de mesures relevant de la solidarité familiale alors qu'elles supportent déjà pleinement le poids de la désorganisation des services liés aux absences des salariés concernés. Il revient alors à l'Etat, s'il veut prévoir une compensation financière pour la perte de rémunération pendant les absences autorisées suite à la transposition de la directive, d'en supporter la charge financière.

Sur le fond, elles considèrent que les dispositions visant à introduire le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure devraient être clarifiées (conditions d'ouverture, période de référence notamment) et que l'existence de différences notables entre ces deux types de congés justifie de définir un régime propre à chacun d'eux, respectivement de réorganiser les dispositions projetées au niveau de l'article L. 233-16 du Code du travail.

⁶ Cf. exposé des motifs du Projet de loi, spécialement page 2.

⁷ Cf. avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers du 22 juillet 2022.

⁸ Cf. article 8 de la Directive 2019/1158.

Elles déplorent que les nouvelles règles en matière de congé parental (exigeant que l'employeur fournisse une motivation écrite en cas de refus ou report dudit congé) engendrent une charge administrative supplémentaire, surtout pour les petites et moyennes structures.

Elles relèvent encore que les dispositions permettant aux salariés qui sont parents ou aidants de demander des formules souples de travail sont dérogatoires par rapport à ce que prévoit actuellement le droit du travail luxembourgeois, ce qui n'est pas de nature à en faciliter l'application, et insistent pour qu'une flexibilisation accrue au profit des employeurs soit également introduite en contrepartie.

Enfin, s'agissant des sanctions en cas de violation des dispositions relatives aux nouveaux congés extraordinaires et aux demandes de formules souples de travail, la protection spéciale contre le licenciement est jugée inadéquate (au motif que l'objectif de protection est déjà atteint par les dispositions actuelles du Code du travail) tandis que le champ d'application de l'amende administrative est jugé inapproprié et devrait ainsi être réduit afin de ne pas aller au-delà de la directive à transposer.

Après consultation de leurs ressortissants et compte tenu des remarques qui précèdent, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent au projet de loi sous avis.

* * *

Considérations générales

A titre liminaire, les deux chambres professionnelles déplorent que le Projet de loi⁹ ait été déposé en dehors de toutes discussions et consultations des partenaires sociaux, alors qu'il s'agit de thématiques « emploi » qui impactent directement les entreprises et les relations de travail. Le fait que le Projet de loi vise à transposer la Directive 2019/1158 ne dispense pas d'un tel échange, étant donné que la directive laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats membres qui aurait pu et dû être soumise à l'appréciation des partenaires sociaux.

Quant au fond, les deux chambres professionnelles s'opposent au Projet de loi au motif que certaines mesures envisagées seront dommageables pour les entreprises sur le plan organisationnel et sont contestables sur le plan juridique.

Il est indispensable de compléter le Projet de loi avec les précisions nécessaires en vue d'éviter des problèmes d'insécurité juridique et de le modifier pour ne pas imposer aux entreprises des contraintes dépassant l'esprit de la directive à transposer.

En tout état de cause, elles insistent pour que le principe de transposition « toute la directive, rien que la directive » soit respecté.

I. Concernant l'instauration de deux nouveaux congés extraordinaires : le « congé d'aidant » et le « congé pour raisons de force majeure » (articles 1 et 2 du Projet de loi)

L'article 1^{er} du Projet de loi modifie l'article L. 233-16 du Code du travail (qui liste les « congés extraordinaires ») pour y ajouter les points 9 et 10 suivants :

⁹ Il en va de même du projet de loi n° 8017 sur le congé de paternité à propos duquel les deux chambres professionnelles ont déjà rendu un avis commun en date du 22 juillet 2022 ([lien vers le projet de loi disponible sur le site de la Chambre des Députés](#)).

- « 9. un jour sur une période d'occupation de douze mois pour *raisons de force majeure liées à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident d'un membre de la famille*¹⁰ tel que défini ci-dessous *rendant indispensable la présence immédiate du salarié et qui sont attestées par un médecin* »¹¹;
- « *10. cinq jours sur une période d'occupation de douze mois pour apporter des soins personnels ou une aide personnelle à un membre de la famille tel que défini ci-dessous ou à une personne qui vit dans le même ménage que le salarié et qui nécessite des soins ou une aide considérables pour raison médicale grave attestée par un médecin* »¹² (ce congé est encore appelé « congé d'aidant » dans l'exposé des motifs).

Le Projet de loi tend ainsi à transposer l'article 6 (Congé d'aidant) et l'article 7 (Absence du travail pour raisons de force majeure) de la Directive 2019/1158.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent que les deux nouveaux points 9 et 10 ajoutés à l'article L. 233-16 du Code du travail sont de nature à susciter, en l'état actuel du Projet de loi, de sérieuses difficultés d'ordre pratique pour les entreprises et mettent en évidence les éléments qui devraient être clarifiés.

a) quant aux conditions d'ouverture

Les deux chambres professionnelles déplorent que ni les « *raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident* » dans le cas du congé pour raisons de force majeure, ni les « *raisons médicales graves* », ni la « *nécessité considérable* » dans le cas du congé d'aidant, ne soient définies dans le Projet de loi, ce qui laissera aux médecins chargés de les attester une liberté d'appréciation absolue pouvant mener à des dérives pour complaisance en pratique, respectivement à une mauvaise application involontaire, les deux hypothèses pouvant potentiellement couvrir des cas identiques¹³.

Cette critique est légitime au vu de la pratique actuelle en matière de « congé pour raisons familiales » consistant à accepter tout certificat en dépit du fait que la législation prévoit une gravité à attester par un médecin. Sous l'article 3, paragraphe 1 de la Directive, les lettres c) et d) (définissant le congé d'aidant et l'aidant) renvoient d'ailleurs à une « *raison médicale grave telle qu'elle est définie par chaque Etat membre* », ce qui présuppose une définition adéquate au niveau national.

Par ailleurs, les deux chambres professionnelles rappellent que les employeurs ne sont pas en mesure de :

- contrôler les motifs de ces types d'absence puisque ces derniers sont couverts par le secret médical de sorte qu'il importe que le Projet de loi définisse les cas d'ouverture des nouveaux congés projetés ;
- vérifier si plusieurs personnes recourent à ce congé concomitamment pour aider la même personne.

Il est par conséquent indispensable de confier la gestion et le contrôle efficace de ces absences à des instances publiques.

¹⁰ L'article 3, paragraphe 1, lettre e) du Projet de loi fournit la définition suivante : « *membre de la famille : le fils, la fille, la mère, le père, le conjoint ou le partenaire* ».

¹¹ Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

¹² Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

¹³ Les deux chambres professionnelles reviendront sur ce sujet également quant aux autres modalités.

b) quant à la période de référence

Les deux chambres professionnelles comprennent sur base du Projet de loi que la détermination de la « *période d'occupation de douze mois* » - prévue à l'article 1^{er} du Projet de loi pour effectuer le décompte des jours de congés au titre du congé d'aidant et du congé pour raisons de force majeure - s'effectue sur base d'une année flottante. Elles demandent ainsi à ce que le texte du Projet de loi soit précisé en ce sens pour éviter toute interprétation divergente.

En tout état de cause, elles sont encore d'avis que la période de référence devrait être précisée pour des contrats plus spécifiques comme les contrats à durée déterminée, les contrats intérimaires et les contrats prévoyant une entrée en service en cours d'année, respectivement si l'ancienneté est inférieure à 12 mois.

c) quant à la rémunération

Les deux chambres professionnelles dénoncent vivement le fait que le Projet de loi instaure ces deux nouveaux congés (d'aidant et pour raisons de force majeure) sans perte de rémunération pour les salariés en décidant de les mettre à charge des entreprises.

S'agissant plus spécifiquement du second congé, elles rappellent que suivant le droit commun, les parties sont libérées de leurs obligations respectives en cas de force majeure (cf. article 1148 du Code civil). Ainsi, sous le coup de la force majeure, le salarié est donc déjà aujourd'hui libéré de son obligation de prestation, tandis que l'employeur devrait logiquement être libéré de l'obligation de paiement de la rémunération. Il n'y a pas lieu de s'écarter de ces principes fondamentaux du droit dans le cadre de la transposition de la directive.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soulignent qu'en tant que mesures familiales, ces nouveaux congés ne devraient en aucun cas être à charge des entreprises, mais à celle de l'Etat.

En tout état de cause, le Projet de loi va au-delà de la Directive 2019/1158 qui ne prévoit aucune obligation de rémunérer ou indemniser ces nouveaux congés.

Ce point crucial pour les entreprises a été tranché provisoirement dans l'Accord conclu entre le Gouvernement, l'UEL et les syndicats entre les partenaires sociaux en date du 28 septembre 2022, à l'issue des réunions du Comité de coordination tripartite des 18, 19 et 20 septembre 2022. Ainsi, les deux chambres professionnelles rappellent la teneur du point 5¹⁴ de l'Accord tripartite précité suivant lequel : « *Le Gouvernement va amender le projet de loi n° 8016 (...), dans l'optique que les frais salariaux résultant des deux congés extraordinaires introduits par la transposition de la directive (UE) 2019/1158 prémentionnée, à savoir le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure liée à des raisons familiales urgentes et imprévues, sont remboursés à l'employeur par l'Etat, et ce à raison de 50% du coût total. Un bilan de cette mesure sera tiré fin 2023 avant toute décision sur une reconduction ou non du remboursement prévu par l'Etat à l'employeur.* »

d) quant aux autres modalités

Les deux chambres professionnelles constatent finalement que les modalités de prise du « congé d'aidant » et du « congé pour raisons de force majeure » ne sont pas clairement définies dans l'article L. 233-16 du Code du travail tel que modifié par le Projet de loi.

¹⁴ Le point 5 est intitulé : Amendement du projet de loi n°8016 portant transposition de la directive dite « Work Life Balance ».

Ainsi, elles estiment qu'il serait souhaitable de préciser que ces nouveaux congés sont fractionnables (à l'instar du congé de paternité et du congé d'accueil¹⁵), le cas échéant par demi-journée, et sont à proratiser en cas de travail à temps partiel, pour des raisons de sécurité juridique. A cet égard, elles notent que ces précisions ont été apportées à propos du congé de paternité (prévu dans le projet de loi n°8017¹⁶ déposé concomitamment au Projet de loi) et pas pour le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure.

Les deux chambres professionnelles insistent par ailleurs pour que ces deux nouveaux congés ne puissent pas être cumulés avec des congés similaires (c'est-à-dire des congés répondant à la même finalité mais dont l'appellation pourrait être différente) qui seraient déjà prévus par les conventions collectives de travail, tel que le congé social.

A cet égard, et pour autant que de besoin, elles soulignent que cet objectif de « non-cumul avec des congés similaires » semble être la volonté des auteurs qui indiquent dans le commentaire des articles¹⁷ qu' « *en ce qui concerne les fonctionnaires de l'Etat, les articles 28-6 (congé pour convenance personnelle) et 28-7 (congé social) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat prévoient déjà des congés similaires aux congés/absences prévus aux articles 6 et 7 de la directive, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'adapter ladite loi* ». Les auteurs concluent qu'il en va de même en ce qui concerne les fonctionnaires communaux.

Pour le surplus, concernant le congé d'aidant, les cas d'ouverture recoupent ceux du « congé pour raison familiale » (congé spécial dont le régime est prévu sous les articles L. 234-50 à L. 234-55 du Code du travail, connu sous l'abréviation « CPRF ») octroyé au salarié ayant à charge un enfant, âgé de moins de 18 ans, nécessitant en cas de maladie grave, d'accident ou d'autre raison impérieuse de santé la présence de l'un de ses parents. Un salarié pourra donc cumuler pour un même enfant les jours de « congé pour raison familiale » et ceux du congé d'aidant. Pour les deux chambres professionnelles, il convient de modifier le Projet de loi pour exclure un tel cumul.

Enfin, **les deux chambres professionnelles relèvent des différences notables entre ces deux types de congés de nature à justifier la définition d'un régime propre à chacun d'eux:**

- en premier lieu, la nature de ces deux nouveaux congés (le congé d'aidant pouvant être planifié/anticipé et nécessitant un préavis¹⁸, alors que la force majeure est subie brusquement par le travailleur) justifie de compléter le Projet de loi avec des modalités de préavis distinctes ;
- en second lieu, il apparaît que le Projet de loi étend la protection spéciale du salarié contre le licenciement¹⁹ prévue (seulement) pour le congé d'aidant²⁰ (suivant l'article 12 de la Directive 2019/1158) au congé pour raisons familiales de force majeure.

L'ensemble des observations détaillées sous le point I ci-dessus justifie d'introduire dans le Code du travail des dispositions distinctes pour le « congé d'aidant » et le « congé pour raisons de force majeure » (de manière à les sortir de l'article L. 233-16 du Code du travail relatif aux congés extraordinaires) et en tout état de cause à effectuer une restructuration de l'article L. 233-16 du Code du travail tel que modifié par les articles 1 à 3 du Projet de loi.

¹⁵ Cf. alinéa 7 de l'article L. 233-16 du Code du travail.

¹⁶ Cf. article 1^{er}, point 1^o, lettre c) du projet de loi n°8017.

¹⁷ Cf. *Ad. article 1^{er}* spécialement page 10 du Projet de loi.

¹⁸ Ceci découle de l'article 6 de la directive qui précise que le recours au congé d'aidant « peut être subordonné à la présentation de justifications appropriées conformément à la législation ou à la pratique nationale ». Ainsi, le Projet de loi prévoit une attestation du médecin.

¹⁹ Cette protection consiste dans l'interdiction de licencier le salarié au motif que ce dernier aurait demandé un de ces congés ou en aurait bénéficié.

²⁰ Suivant l'article 12 de la Directive 2019/1158, la même protection vaut en cas de demande ou prise du congé de paternité et du congé parental ainsi qu'en cas de demande ou prise d'une formule souple de travail.

II. Concernant les modifications apportées au congé parental dans le Code du travail²¹ (articles 4 et 5 du Projet de loi)

Afin de se conformer aux dispositions de l'article 5 de la Directive 2019/1158, les articles 4 et 5 du Projet de loi prévoient également de modifier dans le Code du travail les conditions dans lesquelles l'employeur peut reporter et refuser une demande de congé parental.

Les deux chambres professionnelles prennent acte de cette transposition qui renforce l'obligation à charge de l'employeur de motiver sa décision de refus²², en imposant que cette motivation soit faite par écrit (et non plus oralement²³). Elles déplorent toutefois cette exigence qui présentera une charge administrative supplémentaire, surtout pour les petites et moyennes structures.

La même critique vaut à propos de l'obligation à charge de l'employeur de motiver par écrit toute décision de report du congé parental²⁴.

III. Concernant l'accès à des formules plus souples de travail (article 6 du Projet de loi)

En vue de transposer les dispositions de l'article 9 de la Directive 2019/1158, l'article 6 du Projet de loi introduit dans le Livre II, Titre III du Code du travail, un nouveau Chapitre VI intitulé « Formules souples de travail » comportant deux nouveaux articles L. 236-1 et L. 236-2.

Pour mieux situer le contexte, les deux chambres professionnelles jugent utile de reproduire un extrait des dispositions légales projetées :

« Art. L. 236-1. (1) Chaque salarié a droit à un entretien avec son employeur ayant pour objet de demander des formules souples de travail à condition qu'il justifie d'une ancienneté de services continus auprès du même employeur d'au moins six mois et qu'il est parent d'un enfant n'ayant pas encore atteint l'âge de neuf²⁵ ans ou qu'il doit apporter des soins personnels ou une aide personnelle à un membre de famille, tel que défini à l'article L. 233-16, ou à une personne qui vit dans le même ménage et qui nécessitent des soins ou une aide considérables pour raison médicale grave attestée par un médecin.

(2) Par « formules souples de travail » il y a lieu d'entendre la possibilité pour le salarié d'aménager son régime de travail, y compris par le recours au travail à distance, à des horaires de travail flexibles ou à une réduction du temps de travail, pendant une période déterminée ne pouvant pas dépasser la durée d'une année. »

Suivant le libellé reproduit ci-dessus, plusieurs formules souples de travail pourraient théoriquement être demandées simultanément par un salarié (telle une demande de temps partiel couplée à une demande de télétravail par exemple). Face à ces multiples options prévues au bénéfice des salariés, les deux chambres professionnelles demandent, en contrepartie, des mesures de flexibilisation en faveur des employeurs à d'autres égards.

²¹ Le Projet de loi introduit des modifications similaires dans les lois fixant respectivement le statut général des fonctionnaires de l'Etat et le statut général des fonctionnaires communaux.

²² en cas de demande du premier congé parental sous une forme prévue à l'article L. 233-44, paragraphe 2, tel que modifié par l'article 4 du Projet de loi

²³ lors d'un entretien avec le salarié destiné à lui proposer une forme alternative de congé parental suivant l'actuel article L. 234-44, paragraphe 9 du Code du travail

²⁴ en cas de demande de second congé parental sous une forme prévue à l'article L. 233-46, paragraphe 3, tel que modifié par l'article 5 du Projet de loi

²⁵ L'article 9 de la Directive dispose que l'âge de l'enfant ne peut être inférieur à 8 ans.

Les deux chambres professionnelles relèvent encore que les mesures prévues par l'article L. 236-1 du Code du travail projeté (tel qu'introduit par l'article 6 du Projet de loi) sont dérogoires par rapport à ce que prévoit actuellement le droit du travail luxembourgeois en ce que le droit à un entretien en vue de demander des formules souples de travail est ouvert au salarié :

- dont l'enfant n'a pas atteint l'âge de 9 ans (suivant l'article L. 234-43 du Code du travail, le congé parental suppose notamment que l'enfant n'ait pas atteint l'âge de 6 ans) ;
- pouvant justifier d'une ancienneté continue d'au moins 6 mois auprès de son employeur (suivant l'article 234-43 du Code du travail, pour bénéficier du congé parental, il faut être affilié obligatoirement à la sécurité sociale luxembourgeoise sans interruption pendant au moins douze mois continus avant le début dudit congé).

Compte tenu de la multiplication des options possibles pour un salarié, les deux chambres patronales insistent pour que l'ensemble des dispositions permettant des formules souples de travail restent lisibles et dans la mesure du possible uniformes.

IV. Concernant les sanctions (articles 3 et 6 du Projet de loi)

a) Protection contre le licenciement et les représailles

D'une part, l'article 3 du Projet de loi tend à compléter l'article L. 233-16 du Code du travail - relatif aux congés extraordinaires - par les alinéas suivants :

«(al.1) Pendant toute la durée des congés énumérés ci-dessus, le contrat de travail est maintenu.

(al.2) L'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable tel que prévu par l'article L. 124-2 au motif que ce dernier a demandé un de ces congés ou en a bénéficié. La résiliation du contrat de travail effectuée en violation du présent alinéa est nulle et sans effet.

(al.3) Dans les quinze jours qui suivent le licenciement, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner le maintien de son contrat de travail.

(...)

(al.6) Le salarié conserve le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début des congés. Le salarié ne peut pas faire l'objet de représailles ou d'un traitement moins favorable au motif d'avoir formulé une demande d'octroi d'un des congés énumérés ci-dessus ou d'en avoir bénéficié.

(...) »

Selon le commentaire des articles²⁶, l'insertion des nouveaux alinéas à la fin de l'article L. 233-16 du Code du travail (par le biais de l'article 3 du Projet de loi) vise à « assurer que les salariés qui ont pris l'un des congés visés aux points 1 et 10 du même article bénéficient d'une protection contre le licenciement, les représailles ou le traitement moins favorable, que leurs droits en matière d'emploi sont garantis lorsqu'ils bénéficient d'un des congés et que l'employeur soit sanctionné lorsque le salarié se voit refuser un congé extraordinaire qui lui est légalement dû ». Concernant les alinéas 1 à 5 de l'article 3 du Projet de loi, il ressort encore du commentaire des articles qu'il s'agit de procéder « [p]ar analogie à ce qui est déjà prévu pour le congé parental aux paragraphes 8 et 9 de l'article L. 234-47 du Code du travail »²⁷.

²⁶ Cf. *Ad. article 3* spécialement page 12 du Projet de loi.

²⁷ *Idem* note de bas de page 18.

D'autre part, sous l'article 6 du Projet de loi - qui introduit un nouveau « Chapitre VI.- Formules souples de travail » - le paragraphe 5 prévoit la même protection spéciale que celle figurant sous les alinéas 1 à 5 de l'article 3 ci-dessus.

A titre principal, les deux chambres professionnelles considèrent que l'objectif de protection du salarié contre le licenciement (au motif que ce dernier a demandé un de ces congés ou en a bénéficié) et la sanction corrélative de l'employeur - tels qu'exigés à l'article 12 de la Directive 2019/1158²⁸ - sont déjà atteints par les dispositions actuelles du Code du travail, notamment au niveau du licenciement du fait que :

- par principe, tout licenciement doit être fondé sur des motifs réels et sérieux ;
- ces motifs peuvent (i) être demandés par le salarié en cas de licenciement avec préavis (à charge pour l'employeur de les fournir sous peine de voir le licenciement qualifié automatiquement d'abusif) sinon (ii) être fournis d'office en cas de licenciement pour faute grave) ;
- le salarié a la possibilité de demander l'intervention de l'Inspection du travail et des mines ou des délégués du personnel.

Les deux chambres professionnelles considèrent donc qu'il n'y a pas lieu d'introduire une action en nullité spécifique au profit du salarié ayant bénéficié ou souhaitant bénéficier d'un des congés extraordinaires concernés.

En tout état de cause, si cette protection spéciale devait être maintenue dans le Projet de loi, les deux chambres professionnelles font finalement remarquer à titre subsidiaire qu'elle ne devrait alors concerner que le congé d'aidant (visé spécifiquement par l'article 12 de la Directive 2019/1158), et non pas l'ensemble des congés extraordinaires visés aux points 1 à 10 de l'article L. 233-16 du Code du travail tel que modifié par le Projet de loi, qui couvrent :

1. un jour en cas de décès d'un parent au deuxième degré du salarié, du conjoint ou du partenaire
2. dix jours de congé de paternité en cas de naissance d'un enfant
3. un jour en cas de mariage d'un enfant
4. deux jours en cas de déménagement
5. trois jours en cas de décès du conjoint ou partenaire ou d'un parent au premier degré du salarié, du conjoint ou du partenaire
6. trois jours en cas de mariage et 1 jour pour le partenariat du salarié
7. dix jours de congé d'accueil d'un enfant
8. cinq jours en cas de décès d'un enfant mineur
9. un jour pour raisons de force majeure liées à des raisons familiales urgentes
10. cinq jours de congé d'aidant.

Pour autant que besoin, les deux chambres professionnelles ajoutent encore qu'elles ne partagent pas le raisonnement des auteurs consistant à procéder « *par analogie avec le congé parental* » au motif que les congés mis en parallèle ont des natures et des régimes différents. Elles rappellent que sous le Titre III intitulé « Repos, congés et jours fériés légaux », le congé parental figure parmi les congés spéciaux (dont les dispositions se situent sous le « Chapitre IV.- Congés spéciaux ») tandis que les congés extraordinaires détaillés sous l'article L. 233-16 du Code du travail tel que modifié par le Projet de loi²⁹ (et listés ci-dessus) figurent sous le « Chapitre III.- Congé annuel payé des salariés ».

Par conséquent, les deux chambres professionnelles s'opposent à l'insertion des alinéas 1 à 5 de l'article 3 du projet de loi à la fin de l'article L. 233-16 du Code du travail.

²⁸ L'article 12 de la Directive 2019/11587 qui demande aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour « *interdire le licenciement de travailleurs et toutes mesures préparatoires en vue d'un licenciement au motif qu'ils ont demandé ou ont pris un congé prévu aux articles 4, 5 ou 6* » (autrement dit un congé de paternité, un congé parental ou un congé d'aidant).

²⁹ Le Projet de loi ajoute les points 9 et 10.

Elles notent finalement que la protection spéciale contre le licenciement commentée ci-avant a également vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où le salarié aurait demandé à bénéficier ou aurait bénéficié de formules souples de travail. Par analogie, les deux chambres professionnelles demandent, sur base de la même argumentation, la suppression du paragraphe 5 de l'article L. 236-1 (nouveau) introduit par l'article 6 du Projet de loi.

b) Amendes administratives

L'article 3, alinéas 7 et 8, du Projet de loi - qui tend à compléter l'article L. 233-16 (existant) du Code du travail - ainsi que l'article 6 du Projet de loi - qui introduit un nouveau « Chapitre VI.- Formules souples de travail » - prévoient les sanctions suivantes :

« Est puni d'une amende de 251 à 2.500 euros l'employeur qui refuse au salarié un des congés susvisés légalement dus.

En cas de récidive dans un délai de deux ans, ces peines peuvent être portées au double maximum. »

Les deux chambres professionnelles sont interpellées par le fait que le législateur projette d'introduire sous l'article L. 233-16 du Code du travail une amende qui serait applicable en cas de refus par l'employeur de l'un quelconque des congés extraordinaires prévus par ce même article (et légalement dus) alors que cette sanction, qui est issue de l'article 13 de la Directive 2019/1158, ne devrait s'appliquer qu'aux seuls congés extraordinaires prévus par cette même directive, à savoir le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure. Elles insistent sur leur demande que le champ d'application de cette sanction soit réduit en conséquence.

Commentaire des articles

Concernant les articles 1^{er}, 2 et 3 (modifiant l'article L. 233-16 du Code du travail)

Les articles 1^{er} et 2 du Projet de loi tendent à compléter respectivement les alinéas 1^{er} et 2 de l'actuel article L. 233-16 du Code du travail tandis que l'article 3 du Projet de loi tend à insérer 8 nouveaux alinéas à la fin de l'article L. 233-16 du Code du travail.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers déplorent que ces articles aboutissent à rendre illisible l'article L. 233-16 du Code du travail qui comporte ainsi une vingtaine d'alinéas.

Cette critique est par ailleurs amplifiée par le fait que l'article L. 233-16 du Code du travail est visé simultanément par plusieurs projets de loi, à savoir :

- le projet de loi n° 8016 sous avis,
- le projet de loi n°8017 relatif au congé de paternité,
- le projet de loi n°7994 portant aide, soutien et protection aux mineurs, aux jeunes aux familles³⁰, spécialement son article 26.

Ainsi, les deux chambres professionnelles notent en particulier qu'il n'est plus possible de se retrouver dans la numérotation des alinéas de l'article L. 233-16 du fait que :

³⁰ Projet de loi portant aide, soutien et protection aux mineurs, aux jeunes aux familles et portant modification :

1. du Code du travail ;

2. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;

3. de la loi modifiée du 16 juin 2004 portant réorganisation du centre socio-éducatif de l'État ;

4. de la loi modifiée du 4 juillet 2008 sur la jeunesse ;

5. de la loi modifiée du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux ;

6. de la loi du 1^{er} août 2019 concernant l'institut étatique d'aide à l'enfance et à la jeunesse ;

et portant abrogation :

1. de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse ;

2. de la loi modifiée du 16 décembre 2008 relative à l'aide à l'enfance et à la famille

- l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, lettres a) à i) du projet de loi n°8017 relatif au congé de paternité aboutit à modifier, remplacer ou compléter les alinéas existant mais aussi à en insérer de nouveaux ;
- l'article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, lettre i) du projet de loi n°8017 relatif au congé de paternité indique « *A la fin de l'article L. 233-16, sont insérés six nouveaux alinéas suivants (...)* » tandis que dans le même temps, l'article 3 du projet de loi n°8016 sous avis dispose « *L'article L. 233-16 du même code est complété par les alinéas suivants* » (au nombre de huit).

Il s'en suit qu'il n'est plus du tout possible de lire et d'appréhender la teneur du futur article L. 233-16 et finalement de s'assurer de sa cohérence juridique.

Les deux chambres professionnelles dénoncent partant l'illisibilité du texte et la complexification juridique induite qui risquent d'entraver sa mise en œuvre et son respect. Elles sont d'avis qu'une restructuration complète de l'article L. 233-16 du Code du travail devrait être envisagée à la lumière des commentaires détaillés ci-dessus sous le point I et qui conclut à la nécessité de prévoir des régimes distincts des autres congés extraordinaires pour le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure.

Concernant l'article 2 (modifiant l'alinéa 2 de l'article L. 233-16 du Code du travail)

Les deux chambres professionnelles relèvent qu'aucune définition de « l'aidant » n'est prévue dans le Projet de loi. Or à leurs yeux, définir la personne de l'aidant permettrait cependant de « fixer » ce statut et d'éviter une insécurité juridique et des discussions.

Etant donné qu'une telle définition est prévue par la Directive³¹, elle devrait également être reprise sous l'article 2 du Projet de loi comme suit : « **aidant : un travailleur qui apporte des soins personnels ou une aide personnelle à un membre de la famille ou à une personne qui vit dans le même ménage que le travailleur et qui nécessite des soins ou une aide considérables pour raison médicale grave telle qu'elle est définie par le droit national** ».

Concernant l'article 3 (ajoutant 8 nouveaux alinéas à la fin de l'article L. 233-16 du Code du travail)

Pour les raisons développées sous le point IV. a) des Considérations générales, les deux chambres professionnelles s'opposent à l'insertion des alinéas 1 à 5 de l'article 3 du projet de loi à la fin de l'article L. 233-16 du Code du travail (relatif aux congés extraordinaires).

De même, dans le prolongement des commentaires développés sous le point IV des Considérations générales, et afin de ne pas aller au-delà de l'article 13 de la Directive 2019/1158, les deux chambres professionnelles demandent de déplacer sinon de modifier l'alinéa 7 de l'article 3 du Projet de loi qui dispose que : « **Est puni d'une amende de 251 à 2.500 euros l'employeur qui refuse au salarié un des congés susvisés légalement dus.** »

Un déplacement de cet alinéa dans le cadre d'un réagencement de l'article L. 233-16 du Code du travail sinon une modification de cet alinéa 7 s'impose de manière que la sanction y prévue ne vise que le congé d'aidant et le congé pour raisons de force majeure (et non tous les congés extraordinaires prévus par l'article L. 233-16 du Code du travail).

Elles réitèrent la nécessité de restructurer complètement cet article.

³¹ Cf. article 3, paragraphe 1, lettre d) de la Directive 2019/1158.

Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers

Concernant l'article 6 (introduit un nouveau « Chapitre VI.- Formules souples de travail »)

Sous l'article L. 236-1 du Code du travail projeté, les deux chambres s'opposent à l'insertion du paragraphe 5 pour les raisons développées sous le point IV. a) des Considérations générales et souhaitent qu'il soit retiré.

* * *

Après consultation de leurs ressortissants et compte tenu des remarques qui précèdent, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent au projet de loi sous avis.

SBE/DJI