

Projet de loi

portant :

- 1. modification du Code du travail ;**
- 2. abrogation des articles 13 à 18 de la loi modifiée du 12 février 1999 portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales**

Avis complémentaire du Conseil d'État

(5 décembre 2017)

Par dépêche du 26 octobre 2017, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'une série de cinq amendements au projet de loi sous avis, élaborés par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire.

Au texte des amendements étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des amendements, une fiche financière ainsi qu'une version coordonnée du projet de loi tenant compte desdits amendements.

Les amendements gouvernementaux ont été soumis à la Chambre de commerce, à la Chambre des métiers, à la Chambre des salariés, à la Chambre des fonctionnaires et employés publics et à la Chambre d'agriculture.

Au jour de l'adoption du présent avis complémentaire, les prédicts avis des chambres professionnelles n'étaient pas encore parvenus au Conseil d'État.

Par dépêche du 16 novembre 2017, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série de quatre amendements au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité sociale dans sa réunion du 15 novembre 2017.

Au texte des amendements étaient joints un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'un texte coordonné du projet de loi sous avis intégrant les amendements parlementaires et les amendements gouvernementaux précités.

Remarques préliminaires de la commission parlementaire

Disposition transitoire - Article 2

Le Conseil d'État prend acte des explications fournies et n'a pas d'observation à formuler.

Sans observation.

Examen des amendements

Le Conseil d'État avisera les amendements gouvernementaux et parlementaires dans l'ordre des dispositions en projet touchées par les modifications.

Amendement gouvernemental 1 et parlementaire 1

Ces deux amendements visent à modifier le point 2 du point 1^o de l'article 1^{er} du projet sous avis.

L'amendement gouvernemental prévoit de faire passer le nombre de jours de congé de paternité de 5 à 10 jours. Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler sur ce choix de nature politique.

L'amendement parlementaire remplace le terme « père » par celui de « conjoint ». Dans son premier avis, le Conseil d'État s'était prononcé sur l'utilisation du terme « père », pour en arriver à la conclusion que ce terme n'est pas adapté aux couples de même sexe. Mais le Conseil d'État avait cependant également estimé pouvoir s'accommoder du terme « père » dans le projet de loi sous avis « puisqu'actuellement, la filiation d'un enfant au sein d'un couple de même sexe ne peut s'établir que par l'adoption ». L'amendement parlementaire, en recourant à l'utilisation du terme « conjoint », soulève un nouveau problème. En effet, ce concept ne s'applique que pour les couples mariés, ce qui exclut du bénéfice du congé de paternité les pères non mariés. Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à cette disposition qui porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi, consacré par l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'État estime de plus qu'en remplaçant le terme « père » par celui de « conjoint », les auteurs ont procédé à un changement complet du sens du congé de paternité. Comme le Conseil d'État suppose que la volonté des auteurs n'était pas de cet ordre, il recommande de ne pas remplacer le terme « père » par celui de « conjoint ».

Amendement parlementaire 2

Cet amendement modifie le point 4 du point 1^o de l'article 1^{er} du projet de loi sous avis en précisant que le droit aux 2 jours de congé par période de 3 ans pour le salarié qui déménage se crée individuellement auprès de chaque employeur sans tenir compte d'un éventuel usage de ces jours de congé auprès d'un employeur précédent. Par cet amendement, les auteurs entendent répondre à une interrogation du Conseil d'État concernant la comptabilisation des jours de congé pour déménagement si le salarié change d'employeur. Le Conseil d'État marque son accord avec cette disposition tout en faisant remarquer qu'elle est plus favorable pour les salariés qui changent souvent d'employeur.

Amendement gouvernemental 2

Sans observation.

Amendement gouvernemental 4

Cet amendement introduit un nouveau point 3° à l'article 1^{er} de la loi en projet en prévoyant un droit à 5 jours de congé en cas de décès d'un enfant mineur. Le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de reformuler le texte en remplaçant le bout de phrase « pour le décès d'un enfant mineur » par les termes « en cas de décès d'un enfant mineur ».

Amendement gouvernemental 3

Cet amendement ajoute un nouveau point 6 à l'article 1^{er} du projet de loi sous avis qui précise que les 10 jours de congé de paternité ou d'accueil d'un enfant de moins de 16 ans en vue de son adoption peuvent être fractionnés dans une période de deux mois qui suivent respectivement la naissance de l'enfant et l'accueil de l'enfant. L'amendement prévoit les modalités d'attribution du congé de paternité qui exigent en principe un accord entre le salarié et l'employeur. Le salarié doit ainsi notamment respecter un préavis de 2 mois afin de notifier ses souhaits à son employeur. Si ce délai n'est pas respecté, la durée du congé est limitée à 2 jours. Comme l'expliquent les auteurs, ceci est notamment le cas pour les salariés qui souhaitent prendre leur congé de paternité les deux premiers mois après l'entrée en vigueur de la loi sous examen.

L'amendement précise également les modalités de la prise en charge financière des 10 jours de congé de paternité. Seuls les frais salariaux correspondant aux 2 premiers jours de congé sont ainsi à la charge de l'employeur. Les 8 autres jours sont à charge du budget de l'État et remboursés à l'employeur sur demande auprès du ministre ayant le Travail dans ses attributions, dans les 5 mois qui suivent la naissance ou l'accueil de l'enfant. L'amendement sous examen précise que « le remboursement est limité au quintuple du salaire social minimum pour salariés non qualifiés ».

Afin d'éviter toute ambiguïté dans l'interprétation de cette dernière disposition, le Conseil d'État propose de reformuler la phrase de la manière suivante : « Le salaire qui est pris en compte pour le remboursement est limité au quintuple du salaire social minimum pour salariés non qualifiés ».

Amendement parlementaire 3

Cet amendement modifie le point 7° nouveau (point 5° initial) de l'article 1^{er} du projet de loi sous examen en supprimant la proratisation du congé pour raisons familiales liée à la durée d'affiliation du salarié. Le Conseil d'État est en mesure de lever l'opposition formelle qu'il avait émise à l'égard de cette disposition.

L'amendement prévoit également que « les parents ne peuvent prendre le congé pour raisons familiales en même temps » en supprimant la mention « les deux parents ». Les auteurs expliquent que la notion de « parents » est interprétée de façon large et que les beaux-parents, par exemple, qui assurent l'éducation de l'enfant avec les parents, doivent également pouvoir bénéficier de ce congé. En l'absence d'une définition précise du groupe familial concerné, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette disposition pour atteinte au principe de la sécurité juridique et pour incohérence par rapport à la définition du bénéficiaire du congé pour raisons familiales qui est, selon l'art. L.234-51, « le salarié ayant à

charge un enfant... ». Le Conseil d'État considère que la solution la plus simple consiste à retirer l'amendement parlementaire et de s'en tenir au texte initial.

Amendement parlementaire 4

Sans observation.

Amendement gouvernemental 5

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 5 décembre 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes