

Projet de loi

complétant le Code du travail en portant création d'un congé pour soutien familial

Avis du Conseil d'État

(15 juin 2020)

Par dépêche du 20 mai 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par la ministre de la Famille et de l'Intégration.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Les avis de la Chambre d'agriculture, de la Chambre de commerce, de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Chambre des métiers, de la Chambre des salariés, du Conseil supérieur des personnes handicapées et du Conseil supérieur pour personnes âgées, demandés selon la lettre de saisine, ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour objet de créer un congé pour soutien familial afin de venir en aide aux salariés et travailleurs indépendants qui sont amenés à s'occuper d'une personne majeure en situation de handicap ou d'une personne âgée, le temps de la fermeture d'un service agréé, visé à l'article L. 234-80, point 1°, dans sa version proposée.

Le Conseil d'État constate que le législateur prend le relais du pouvoir réglementaire qui avait agi, dans un premier temps, sur la base des dispositions de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution et en vertu des pouvoirs exceptionnels qui lui sont conférés par cette disposition.

Le Conseil d'État note encore que le congé pour soutien familial consacré par le règlement grand-ducal modifié du 3 avril 2020 portant introduction d'un congé pour soutien familial dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, pris sur la base des dispositions de l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution, était réservé aux salariés et travailleurs indépendants, qui sont amenés à s'occuper d'une personne majeure en situation de handicap ou d'une personne âgée, le temps de la fermeture d'un service agréé, en raison de la pandémie de Covid-19.

Il ressort de l'exposé des motifs qu'il y a un besoin réel de maintenir le congé pour soutien familial créé dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19 pour d'« autres événements imprévisibles éventuels ». Le

Conseil d'État note que le champ d'application de la loi en projet est cependant plus restreint que l'exposé des motifs le suggère, dans la mesure où le texte de l'article L. 234-81, point 7°, dans sa teneur proposée, limite l'application du projet de loi sous avis aux seuls événements imprévisibles d'« envergure nationale ou internationale ». Est ainsi exclu tout événement imprévisible ne revêtant pas un caractère national ou international, de sorte que les salariés et travailleurs indépendants sont privés du bénéfice du congé pour soutien familial si un service agréé est obligé d'arrêter totalement ou partiellement ses activités pour un événement imprévisible revêtant un caractère purement interne à ce service et sans qu'il y ait une répercussion nationale ou internationale notable. Peuvent être cités à titre d'exemple, l'ensemble des cas de fermeture ponctuelle sur décision du ministre ayant la Politique pour personnes handicapées et la Politique pour personnes âgées dans ses attributions ou sur décision du directeur de la Santé, lesquels seraient alors exclus du champ d'application de la loi en projet.

Le Conseil d'État tient encore à relever que la matière du texte en projet constitue une matière réservée à la loi en ce qu'elle touche aux droits des travailleurs (article 11, paragraphe 5, de la Constitution). L'article 32, paragraphe 3, de la Constitution prévoit que : « Dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises. » Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dans les matières réservées à la loi, « la Constitution réserve la détermination des éléments essentiels de ces droits à la loi, tandis que les éléments moins essentiels peuvent être relégués à des règlements et arrêtés pris par le Grand-Duc »¹.

En l'espèce, le texte de loi proposé n'encadre pas suffisamment la notion d'« événement imprévisible » en ce qu'il renvoie à un règlement grand-ducal pour la « constatation » de l'impact dommageable que l'événement imprévisible doit avoir engendré sur certaines activités d'un service agréé, condition pour permettre aux salariés et travailleurs indépendants de prétendre au congé pour soutien familial. En effet, la « constatation » par règlement grand-ducal de l'impact dommageable constitue en réalité une détermination de l'événement imprévisible lui-même, ce qui est inconcevable dans une matière réservée à la loi. S'y ajoute que le projet de loi se limite à renvoyer à un règlement grand-ducal pour la fixation de la durée de l'impact dommageable, sans aucun encadrement légal. De ce fait, le dispositif sous avis contrevient à l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, raison pour laquelle, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au dispositif législatif sous avis.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate que les agents du secteur public ne sont pas visés par le champ d'application du projet de loi sous examen. L'exposé des motifs part du postulat suivant lequel « les employés et fonctionnaires [dans les domaines public et communal] peuvent [...] se voir accorder à titre exceptionnel une dispense de service ». À cet égard, le Conseil d'État tient à signaler que la dispense que le chef d'administration devrait accorder en vue de l'obtention du congé pour soutien familial n'est pas visée par les articles 19^{ter} et 19^{quater} de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État, et ce pour de bonnes raisons : le

¹ Cour constitutionnelle, arrêts n^{os} 132/18 et 133/18 du 2 mars 2018 (Mém. A – n^{os} 196 et 197 du 20 mars 2018).

congé pour soutien familial, qui est accordé pour certains jours, voire pour des semaines ou même des mois, va au-delà de la simple dispense à accorder par le chef d'administration, laquelle est en principe accordée pour quelques heures seulement. Il ne s'agit dès lors pas d'une dispense à accorder par le chef d'administration, mais d'un vrai congé. Or, en autorisant le chef d'administration à refuser de manière arbitraire le congé pour soutien familial, celui-ci se voit conférer un très large pouvoir d'appréciation discrétionnaire, ce qui est cependant inconcevable dans une matière réservée à la loi, en l'occurrence les droits des travailleurs (article 11, paragraphe 5, de la Constitution). En effet, la loi doit définir les éléments essentiels de la matière avec une netteté suffisante pour écarter tout pouvoir discrétionnaire absolu de la part de l'autorité administrative.

Vu les problèmes d'ordre constitutionnel et étant donné que les mesures reprises à la loi en projet sont nécessaires pour éviter un vide juridique le lendemain de la fin de l'état de crise, le Conseil d'État suggère de prendre dans un premier temps un projet de loi se limitant à la seule situation résultant de la pandémie de Covid-19.

Le Conseil d'État proposera à cette fin un texte en reprenant, sans procéder à une remise en cause de la situation actuellement en vigueur, le libellé du règlement grand-ducal précité du 3 avril 2020, tenant compte des observations qu'il a formulées ci-avant et qu'il sera amené à formuler lors de l'examen des articles ci-après. Par la même occasion, il y intégrera les dispositions pertinentes de la loi en projet et en élargira le champ d'application aux agents publics. Si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition de texte, l'amendement y relatif ne devra plus lui être soumis pour avis.

Au vu de la multitude d'interrogations et de problèmes qui se posent dans l'optique de la création d'un congé pour soutien familial destiné à couvrir des hypothèses autres que celles de la pandémie de Covid-19, comme voulu par les auteurs du projet de loi sous avis, le Conseil d'État n'entend pas procéder à un examen complet des articles dans le présent avis, mais devra y revenir, compte tenu du délai imparti, dans un avis complémentaire.

Examen des articles

Article 1^{er}

Ad article L. 234-80 (1^{er} selon le Conseil d'État)

L'article L. 234-80, dans sa teneur proposée, a pour objet de définir les notions employées par le projet de loi sous examen.

En ce qui concerne la définition de la notion de « service agréé », reprise au point 1^o, il convient de faire abstraction de la forme abrégée « loi ASFT » étant donné que celle-ci n'est ultérieurement plus employée dans le projet de loi sous examen.

Le point 6^o donne une définition du terme « congé pour soutien familial » en prévoyant que celui-ci peut « être attribué à un salarié ou à un travailleur indépendant qui s'occupe "d'une personne handicapée" ou âgée suite à la fermeture temporaire d'un service agréé dans le cadre d'un

événement imprévisible ». Or, dans la mesure où la notion de « personne handicapée » n'est pas consacrée par la loi en projet, il y a lieu de remplacer cette notion par celle de « personne majeure en situation de handicap », définition reprise au point 3°.

Ad article L. 234-81(2 selon le Conseil d'État)

L'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, du Code du travail, dans sa teneur proposée, détermine les conditions cumulatives à remplir par les salariés et travailleurs indépendants qui souhaitent bénéficier du congé pour soutien familial.

L'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, point 3°, prévoit que pour pouvoir bénéficier du congé pour soutien familial, ni le salarié, ni le travailleur indépendant, ni un autre membre du ménage en question ne doit tomber sous le régime du chômage partiel prévu aux articles L. 511-1 et suivants du Code du travail pendant la période pour laquelle le congé est sollicité. Le point 4° prévoit que le droit au congé pour soutien familial ne peut être pris que lorsqu'aucun autre moyen de garde n'est disponible.

À cet égard, le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées dans son avis du 9 juin 2020² relatif au projet de loi portant 1. dérogation temporaire à certaines dispositions en matière de droit du travail en relation avec l'état de crise lié au Covid-19 ; 2. modification du Code du travail, où il s'est opposé formellement, pour des raisons de sécurité juridique, aux dispositions y prévues au vu notamment des imprécisions et des interrogations que les notions de « ménage » et d'« aucun autre moyen de garde » soulèvent, pour s'opposer formellement à l'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, points 3° et 4° que la loi en projet entend insérer dans le Code du travail.

Par ailleurs, le Conseil d'État tient à signaler que les travailleurs indépendants sont exclus du régime du chômage partiel prévu aux articles L. 511-1 et suivants du Code du travail.

Finalement, le Conseil d'État note à la lecture de l'article L. 234-81, paragraphe 2, point 3°, que le demandeur doit fournir une attestation de la non-disponibilité de place pour la personne encadrée. À cet égard, le Conseil d'État signale qu'il ne peut être exigé du demandeur de rapporter une preuve négative, de sorte qu'il convient de préciser que ladite attestation doit être fournie par le service agréé concerné.

Ad article L. 234-82 (3 selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Ad article L. 234-83 (4 selon le Conseil d'État)

L'article L. 234-83, dans sa teneur proposée, entend régler la protection du salarié bénéficiant du congé pour soutien familial contre le licenciement.

Le système, tel que proposé, est inconcevable aux yeux du Conseil d'État. Il y reviendra dans son avis complémentaire de façon plus détaillée.

² Doc. parl. n° 7603².

En attendant, le Conseil d'État propose un texte qui s'alignera sur celui applicable au congé pour raisons familiales.

Ad article L. 234-84 (5 selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Article 2 (6 selon le Conseil d'État)

Dans sa proposition de texte, le Conseil d'État reprend, en ce qui concerne la fin de la période pendant laquelle la future loi est censée produire ses effets, la durée de trois mois prévue au projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, point 1^o, du Code du travail relatif à la constatation de l'impact dommageable dans le cadre de la lutte contre la propagation du Covid-19.

Le Conseil d'État signale qu'il marque d'ores et déjà son accord avec toute autre fin de la période pendant laquelle le texte proposé est censé produire ses effets.

Observations d'ordre légistique

Article 1^{er}

Le Conseil d'État signale que l'article est indiqué en introduction du texte sous la forme abrégée « **Art.** ». Partant, il y a lieu d'écrire « **Art. 1^{er}.** ».

À la phrase liminaire, il convient d'ajouter une virgule après les termes « chapitre IV ».

À l'article L. 234-80, point 1^o, lettre b), à insérer dans le Code du travail, il convient de remplacer le point final par un point-virgule.

À l'article L. 234-80, point 3^o, à insérer, il convient de supprimer le terme « la », dans la mesure où celui-ci ne fait pas partie de la définition de la notion de « personne majeure en situation de handicap ».

En ce qui concerne l'article L. 234-80, point 5^o, à insérer, le Conseil d'État signale que les institutions, administrations, services, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif. Partant, il y a lieu d'écrire « Chambre des métiers », « Chambre de commerce » et « Chambre d'agriculture ».

À l'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, point 3^o, à insérer, le Conseil d'État recommande, dans un souci de clarté, d'insérer après le terme « congé » les termes « pour soutien familial ».

À l'article L. 234-81, paragraphe 1^{er}, point 4^o, à insérer, il est recommandé de remplacer le terme « moyen » par celui de « mode », pour écrire « mode de garde ».

À l'article L. 234-82, paragraphe 2, à insérer, il convient de supprimer les termes « du ou » précédant les termes « des mêmes personnes majeures » pour être superfétatoires.

À l'article L. 234-83, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, à insérer, il convient de remplacer les termes « du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} » par les termes « de l'alinéa 1^{er} ».

À l'article L. 234-83, paragraphe 3, à insérer, il y a lieu de laisser une espace insécable entre « L. » est le numéro d'article « 121-6 ».

À l'article L. 234-84, à insérer, il convient de supprimer le point final après les guillemets fermants.

Article 2

Il y a lieu de supprimer les termes « Les dispositions de », pour être superfétatoires. Par conséquent, l'article sous examen est à reformuler comme suit :

« **Art. 2.** La présente loi entre en vigueur [...]. »

Suit le texte proposé par le Conseil d'État :

Les modifications apportées par le Conseil d'État sont marquées en caractère gras.
Les éléments supprimés du règlement grand-ducal précité du 3 avril 2020 sont barrés.
Les dispositions reprises du projet de loi sous examen sont marquées en caractères gras et soulignés.

« Projet de loi portant introduction d'un congé pour soutien familial dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 la pandémie Covid-19 »

Art. 1^{er}. Définitions

Aux fins de la présente loi, on entend par :

1° « service agréé » :

a) tout service de formation, d'emploi ou d'activité de jour pour personnes en situation de handicap ainsi que tout centre psycho-gériatrique pour personnes âgées, agréés conformément à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi modifiée du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'État et les organismes œuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique, ~~et~~ ~~après~~ ~~appelée~~ « loi ASFT » ;

b) tout service comparable à ceux énumérés à la lettre a), agréé par une autorité compétente d'un État membre de l'Union européenne ;

2° « ministre » : le ministre ayant la Politique pour personnes handicapées et la ~~Famille~~ **Politique pour personnes âgées** dans ses attributions ;

3° « ~~la~~ personne majeure en situation de handicap » : toute personne en situation de handicap, âgée d'au moins dix-huit ans, ~~cliente~~ **usager** d'un service agréé ;

4° « personne âgée » : toute personne âgée faisant l'objet d'une perte d'autonomie d'une particulière gravité, ~~cliente~~ **usager** d'un service agréé ;

5° « salarié » : toute personne engagée par un employeur du secteur privé dont les relations de travail sont régies par le statut de salarié tel qu'il résulte du livre premier, titre II, du Code du travail ;

6° « travailleur indépendant » : toute personne qui exerce au Grand-Duché de Luxembourg pour son propre compte une activité professionnelle ressortissant de la Chambre des métiers, de la Chambre de commerce ou de la Chambre d'agriculture ou une activité professionnelle ayant un caractère principalement intellectuel et non commercial ;

7° « agent public » : les agents de l'État, les agents de la Couronne, de la Chambre des députés, des établissements publics, les agents des communes, syndicats de communes et établissements publics placés sous la surveillance des communes ainsi que les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois ;

8° « congé pour soutien familial » : un congé rémunéré pouvant être attribué à un salarié, ~~ou~~ à un travailleur indépendant **ou à un agent public** qui s'occupe d'une personne **majeure en situation de handicap** ~~handicapée~~ ou **d'une personne** âgée dans le cadre de la lutte contre la pandémie ~~le~~ Covid-19 suite à la fermeture temporaire d'un service agréé.

Art. 2. Conditions d'obtention du congé pour soutien familial

(1) Peut prétendre au congé pour soutien familial, le salarié, ~~ou~~ le travailleur indépendant **ou l'agent public** lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1° le service agréé a procédé à l'arrêt de ses activités ou d'une partie de ses activités dans le contexte ~~de l'état de crise de la pandémie Covid-19~~ ;

2° le salarié ~~ou~~, le travailleur indépendant **ou l'agent public** s'occupe à domicile de la personne majeure en situation de handicap ou de la personne âgée avec laquelle il réside. ~~;~~

~~3° ni le salarié, ni le travailleur indépendant, ni un autre membre du ménage en question ne tombe sous le régime du chômage partiel prévu aux articles L. 511-1 et suivants du Code du travail pendant la période pour laquelle le congé est sollicité et aucun autre moyen de garde n'est disponible.~~

(2) Le salarié, ~~ou~~ le travailleur indépendant **ou l'agent public** demande au ministre d'attester la nécessité du congé pour soutien familial. La demande est accompagnée des pièces justificatives ~~nécessaires au traitement de la demande~~ **suivantes :**

1° un certificat de résidence du demandeur et de la personne à encadrer ;

2° une attestation d'inscription de la personne encadrée au service agréé ou une copie du contrat de travail du salarié handicapé travaillant dans un atelier protégé ou autre service d'emploi ;

3° une attestation de la part du service agréé concerné confirmant que la personne âgée ou la personne majeure en situation de handicap ne dispose plus de place pour cause de fermeture totale ou partielle du service agréé ;

4° une description des missions du service agréé situé en dehors du Luxembourg.

Si les conditions prévues au paragraphe 1^{er} sont remplies, le ministre renvoie un certificat signé, en deux exemplaires, au demandeur, qui vaut certificat médical au sens de l'article L. 121-6, paragraphe 2, du Code du travail à l'égard de l'employeur ou des employeurs et de la Caisse nationale de santé, ci-après ~~appelée~~ « CNS ».

(3) Le salarié **et l'agent public** ~~est~~ **sont** obligés, le jour même de ~~son~~ **leur** absence, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée **respectivement** l'employeur ou les employeurs, ~~ou~~ le représentant de celui-ci ou de ceux-ci **ou le chef d'administration**. Cet avertissement est effectué oralement ou par écrit.

(4) Le certificat est à transmettre sans délai à l'employeur ou aux employeurs et à la CNS. **L'agent public transmet le certificat sans délai au chef d'administration.**

Art. 3. Modalités du congé pour soutien familial

(1) ~~La durée du congé pour soutien familial ne peut excéder la durée de l'état de crise défini dans la loi du 24 mars 2020 portant prorogation de l'état de crise déclaré par le règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19.~~ Le congé prend fin ~~avant la fin de l'état de crise~~ si le service agréé notifie au ministre la reprise de ses activités ou d'une partie de ses activités **et la disponibilité pour l'utilisateur d'une place dans le service agréé.**

(2) Le congé pour soutien familial peut être fractionné. Plusieurs salariés, ~~ou~~ travailleurs indépendants **ou agents publics** ne peuvent pas demander, en même temps, le congé pour s'occuper ~~du ou~~ des mêmes personnes majeures en situation de handicap ou personnes âgées.

(3) La période du congé pour soutien familial est assimilée à une période d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident. Pendant cette durée, les dispositions légales en matière de sécurité sociale et de protection au travail relatives à une période d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident sont applicables aux bénéficiaires du congé pour soutien familial.

(4) Le montant des indemnités pécuniaires payées à titre de congé pour soutien familial est entièrement à la charge de l'État.

Par dérogation à l'article 9 du Code de la sécurité sociale, l'indemnité pécuniaire de maladie est également due pendant les périodes de congé pour soutien familial.

Par dérogation à l'article 54, alinéas 1^{er} et 2, et à l'article 12, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale, la Mutualité des employeurs assure également :

1° le remboursement intégral du salaire et autres avantages, les charges patronales incluses, avancés par l'employeur pour les incapacités de travail concernant le congé pour soutien familial ;

2° le paiement aux travailleurs indépendants du montant intégral des indemnités pécuniaires dues à titre du congé pour soutien familial pendant la période de suspension prévue à l'article 12, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale.

Art. 4. Protection contre le licenciement abusif du salarié

(1) L'employeur, averti ~~par le salarié de son absence~~ conformément à l'article 2, paragraphe 3, ~~ne peut pas procéder à la résiliation du contrat de travail du salarié ni le convoquer~~ **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 visé à l'article L. 124-2 du Code du travail.**

Toutefois, les dispositions de l'alinéa 1^{er} ne s'appliquent pas cessent d'être applicables à l'égard de l'employeur ~~qui n'a pas reçu du salarié~~ si le certificat visé à l'article 2, paragraphe 2, **alinéa 2, n'est pas présenté.** ~~Elles ne s'appliquent pas non plus à l'employeur qui s'est vu remettre ce certificat~~ **Les dispositions de l'alinéa 1^{er} ne sont pas non plus applicables si l'avertissement, sinon la présentation du certificat visé à l'article 2, paragraphe 2, alinéa 2, sont effectués après réception de la lettre de résiliation du contrat ou, le cas échéant, après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable.**

(2) Les dispositions du paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, ne font pas obstacle à l'échéance du contrat de travail à durée déterminée ou à la résiliation du contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée pour motifs graves procédant du fait ou de la faute du salarié. Restent également applicables les dispositions de l'article L. 125-1 et de l'article L. 121-5, paragraphe 2, alinéa 4, du Code du travail.

(3) La résiliation du contrat **de travail** effectuée en violation des dispositions des paragraphes 1^{er} et 2 est ~~considérée comme abusive, conformément à l'article L. 124-11, paragraphe 1^{er}, du Code du travail.~~

(4) L'article L. 121-6, paragraphe 3, alinéa 2, du Code du travail n'est pas applicable au congé pour soutien familial pour autant qu'il prévoit, au profit du salarié, le maintien intégral de son traitement pour la fraction du mois de la survenance de l'incapacité de travail et les trois mois subséquents.

Art. 5. Voies de recours

Tout litige relatif au congé pour soutien familial relevant d'un contrat de travail entre un employeur et son salarié relève de la compétence des tribunaux du travail.

Art. 6. Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg **et cesse ses effets trois mois après son entrée en vigueur.** »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 15 juin 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu