

Projet de loi

portant modification :

- 1° du Code du travail ;**
- 2° de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État ;**
- 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**

Avis du Conseil d'État

(25 octobre 2022)

Par dépêche du 7 juin 2022, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière, du texte coordonné par extraits du Code du travail, des deux lois que le projet de loi sous avis tend à modifier, du texte 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 ainsi que d'un tableau de correspondance entre la directive et le projet de loi sous avis.

Les avis de la Chambre des salariés et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics ont été communiqués au Conseil d'État en date des 11 et 25 juillet 2022.

Les avis des autres chambres professionnelles, 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 avis a pour objet de transposer en droit national 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, ci-après « directive », 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 salariés qui sont parents ou aidants.

Le projet de loi sous examen vise plus précisément à conférer à chaque salarié le droit de prendre un congé d'aidant de cinq jours par an, de s'absenter du travail pour des raisons de force majeure liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident qui rendent indispensable la présence immédiate du salarié et de demander des formes souples de travail.

Il a par ailleurs pour objet d'insérer au Code du travail des dispositions relatives à la protection des droits des salariés qui prennent un des congés extraordinaires prévus à l'article L. 233-16 du Code du travail et de prévoir des sanctions en cas de refus de l'employeur d'accorder un de ces congés. La loi en projet vise encore à prévoir que lors de la demande d'un congé parental fractionné ou lors du report du deuxième congé parental, l'employeur doit motiver sa décision de refus par écrit et qu'avant toute décision de report du deuxième congé parental à une date ultérieure une forme alternative de congé parental doit être proposée au salarié.

Le Conseil d'État note que les dispositions de la directive relatives au congé de paternité ne figurent pas dans le projet de loi sous examen, mais font l'objet du projet de loi n° 8017¹.

Au vu des modifications à apporter de façon concomitante par le projet de loi sous avis et le projet de loi n° 8017 à l'article L. 233-16 du Code du travail, le Conseil d'État tient à signaler qu'il y a lieu de veiller à ce que la publication desdits projets ne se fasse pas le même jour.

Examen des articles

Article 1^{er}

Le point 1° n'appelle pas d'observation.

Le point 2° vise à transposer les articles 6 et 7 de la directive relatifs au congé d'aidant et à l'absence de travail pour raisons de force majeure.

En ce qui concerne le droit pour le salarié de s'absenter du travail pour raisons de force majeure, lequel sera désormais prévu par l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, point 9°, du Code du travail, le Conseil d'État constate que celui-ci est limité au cas de maladie ou d'accident d'un membre de famille et que les raisons de force majeure doivent être attestées par un médecin. Or, la directive ne limite pas l'application du droit de s'absenter du travail aux seuls membres de famille. L'article 7 de la directive, tout en employant les termes « raisons familiales urgentes », ne prévoit pas *expressis verbis* que le droit de s'absenter du travail est limité au cas de maladie ou d'accident d'un membre de la famille tel que défini par l'article 3, paragraphe 1^{er}, lettre e) de la directive, définition qui est identique à celle de la loi en projet. Le texte de l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, point 9°, du Code du travail, dans sa teneur proposée, exige encore que les raisons de force majeure soient attestées par un médecin. La directive ne prévoit toutefois pas que le recours au droit de

¹ Projet de loi portant modification du Code du travail et de l'article 28-5 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État.

s'absenter du travail peut être subordonné à la présentation de justifications appropriées, et ce contrairement à ce qu'elle exige pour le congé d'aidant.

En ce qui concerne le congé d'aidant, le texte de l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, point 10^o, du Code du travail, dans sa teneur proposée, reprend le texte de la directive, sans pour autant définir ce qu'il faut entendre par « raison médicale grave ». Ladite directive définit l'aidant comme suit : « 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 chaque État membre² ».

Au vu des développements qui précèdent, le Conseil d'État doit donc s'opposer formellement à l'article 1^{er}, point 2^o, du projet de loi sous examen, pour cause de transposition incorrecte et incomplète de la directive.

Le Conseil d'État constate que le projet de loi sous avis ne contient pas de dispositions insérant le congé d'aidant et le droit de s'absenter du travail pour raisons de force majeure dans la législation portant sur les fonctionnaires de l'État et les fonctionnaires communaux alors que la directive à transposer s'applique bien, selon son article 2, à « tous les travailleurs, hommes et femmes, qui ont un contrat de travail ou une relation de travail au sens de la législation, des conventions collectives ou de la pratique en vigueur dans chaque État membre, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice. » Selon les auteurs, « [i]l est à noter qu'en ce qui concerne les fonctionnaires de l'État, les articles 28-6³ (congé pour convenance personnelle) et 28-7⁴ (congé social) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État 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 de nécessité d'adapter ladite loi. » Le règlement grand-ducal modifié du 21 octobre 1987 concernant le temps de travail et les congés des fonctionnaires communaux prévoit d'ailleurs, dans son article 28, paragraphes 3 et 4, des dispositions identiques pour les fonctionnaires communaux.

Le Conseil d'État se doit de constater que le congé pour convenance personnelle ne constitue pas un congé légal auquel le fonctionnaire a droit

² Article 3, paragraphe 1^{er}, lettre d), de la directive (UE) 2019/1158.

³ L'article 28-6 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État prévoit que : « [l]e congé pour convenance personnelle est un congé exceptionnel que le chef d'administration peut accorder au fonctionnaire sur demande motivée et si l'intérêt du service le permet. Si le congé est supérieur à quatre heures de service par mois, il est imputé sur le congé annuel de récréation du fonctionnaire. Le congé pour convenance personnelle est considéré comme temps de travail. »

⁴ L'article 28-7 de la loi précitée du 16 avril 1979 dispose que « [l]e fonctionnaire travaillant à temps plein respectivement occupant une tâche partielle supérieure ou égale à cinquante pour cent d'une tâche complète bénéficie, sur sa demande, d'un congé social pour raisons familiales et de santé de vingt-quatre heures au maximum par période de trois mois.

Ce congé est de douze heures au maximum par période de trois mois si le fonctionnaire occupe une tâche partielle correspondant à moins de cinquante pour cent d'une tâche complète.

Les périodes de trois mois visées aux alinéas 1^{er} et 2 sont fixées de janvier à mars, d'avril à juin, de juillet à septembre et d'octobre à décembre.

Pour pouvoir bénéficier de ce congé, il faut, d'une part, que la personne malade ou nécessitant une visite médicale soit un parent ou allié jusqu'au deuxième degré du fonctionnaire ou vive dans le même ménage et, d'autre part, que la présence du fonctionnaire soit nécessaire. Le fonctionnaire doit présenter un certificat médical renseignant son lien avec la personne concernée et la justification de sa présence.

Au sens du présent article, la notion d'allié se rapporte également aux partenaires.

Le congé social n'est pas dû pendant le congé pour raisons de santé ou de récréation du fonctionnaire.

Le congé social est considéré comme temps de travail. »

dans la mesure où le chef d'administration « peut » accorder ce congé pour convenance personnelle et que l'octroi de ce congé est de plus soumis à la condition que l'intérêt du service le permet. Le congé pour convenance personnelle ne répond ainsi pas aux exigences de la directive pour ce qui est du droit de s'absenter du travail pour raisons de force majeure.

En ce qui concerne le congé social des fonctionnaires, le Conseil d'État constate que le fonctionnaire travaillant à temps plein ou occupant une tâche partielle supérieure ou égale à cinquante pour cent d'une tâche complète bénéficie, sur sa demande, d'un congé social pour raisons familiales et de santé de vingt-quatre heures au maximum par période de trois mois. Ledit fonctionnaire dispose ainsi d'un congé social de douze jours au maximum par an. Le fonctionnaire qui occupe une tâche partielle correspondant à moins de cinquante pour cent d'une tâche complète dispose de douze heures au maximum par période de trois mois, ce qui fait six jours par an. Dans les deux cas, le congé social remplit les exigences minimales fixées par la directive à transposer pour ce qui est du congé d'aidant. Le congé social ne remplit par contre pas les exigences posées par la directive en ce qui concerne le droit de s'absenter du travail pour raisons de force majeure puisque que l'obtention du congé social est conditionné par la production d'un certificat médical.

Au vu des développements qui précèdent, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour cause de transposition incomplète de la directive, à ce que des dispositions assurant le droit des fonctionnaires de l'État et des fonctionnaires communaux à s'absenter du travail pour raisons de force majeure conformes à la directive soient prévues par le projet de loi sous examen.

Article 2

Sans observation.

Article 3

L'article sous examen vise à transposer les articles 10 à 13 de la directive qui prévoient des mesures de protection des droits en matière d'emploi des personnes qui prennent un des types de congé prévus par la directive, des mesures visant à interdire toute discrimination vis-à-vis de ces personnes, une protection contre le licenciement ainsi que des sanctions pour les employeurs qui refuseraient d'accorder un des types de congé prévus par la directive. Le Conseil d'État note que le législateur a décidé d'appliquer les dispositions prévues à l'article sous examen à l'ensemble des congés extraordinaires allant au-delà des exigences prévues par la directive qui limite l'application des articles précités au congé de paternité, au congé parental, au congé d'aidant et au droit de s'absenter du travail pour raisons de force majeure.

Le Conseil d'État constate que le projet de loi sous avis ne contient pas de dispositions prévoyant que le travailleur 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 deux types de congé prévus par la directive dans la législation portant sur les fonctionnaires de l'État et les fonctionnaires communaux. Il demande par voie de conséquence aux auteurs, sous peine d'opposition formelle pour cause de transposition incomplète de la directive,

de compléter le projet de loi sous examen par des dispositions assurant aux fonctionnaires la protection exigée par la directive.

En ce qui concerne les sanctions prévues à l'encontre des employeurs qui refuseraient au salarié un des congés prévus par l'article L. 233-16 du Code du travail, le Conseil d'État constate que l'article L. 233-20 prévoit des sanctions en cas d'infraction à l'ensemble des dispositions du chapitre III du Titre III du Livre II du Code du travail, donc y inclus l'article L. 233-16.

Ainsi, tant l'article L. 233-16, paragraphe 1^{er}, alinéa 20, du Code du travail, dans sa teneur proposée, que l'article L. 233-20 du Code du travail prévoient d'assortir de deux sanctions pénales différentes un même fait, à savoir le refus d'un des congés extraordinaires prévus à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 233-16 par l'employeur, ce qui est inconcevable au vu du principe de la légalité des peines, consacré par l'article 14 de la Constitution, qui, d'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, exige que les peines soient suffisamment déterminées, à l'effet de permettre à tout justiciable commettant un fait pénalement répréhensible de mesurer la nature et la portée des sanctions, le cas échéant, encourues⁵. Partant, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'alinéa 20 dans sa teneur proposée.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate que le délai de récidive prévu à l'article L. 233-16, alinéa 20, dans sa teneur proposée, diffère de celui applicable dans le cadre L. 233-20 du Code du travail. En effet, l'article L. 233-20 ne fixant pas de délai dérogatoire, le délai de droit commun en matière de récidive s'applique en cas d'infractions commises aux dispositions prévues à l'article L. 233-20.

En ce qui concerne les fonctionnaires de l'État et les fonctionnaires communaux, le Conseil d'État estime que le régime disciplinaire applicable à la Fonction publique répond aux exigences de la directive en termes de sanctions et qu'il n'est donc pas nécessaire d'insérer des dispositions nouvelles dans la législation afférente.

Articles 4 et 5

Sans observation.

Article 6

L'article sous examen vise à transposer l'article 9 de la directive qui détermine les modalités des formules souples de travail en insérant un chapitre VI au livre II, titre III, du Code du travail, comprenant les articles L. 236-1 et L. 236-2.

En ce qui concerne l'article L. 236-1 du Code du travail, dans sa teneur proposée, le paragraphe 1^{er}, qui soumet le droit de l'aidant de demander une formule souple de travail à l'exigence d'attester la raison médicale par un médecin et à une « raison médicale grave », le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées à l'article 1^{er} relatives à l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, point 9°, du Code du travail, dans sa teneur proposée.

⁵ Cour const., arrêt du 27 mai 2016, n° 122/16 (Mém. A n° 97 du 2 juin 2016, p. 1826).

En ce qui concerne le paragraphe 3, alinéa 2, la première phrase est à omettre en ce qu'elle fait double emploi avec la deuxième phrase du même alinéa.

Le paragraphe 4 transpose le paragraphe 3 de l'article 9 de la directive qui dispose ce qui suit : « Lorsque les formules souples de travail visées au paragraphe 1 sont d'une durée limitée, le travailleur a le droit de revenir au régime de travail de départ à la fin de la période convenue. Le travailleur a aussi le droit de demander à revenir au régime de travail de départ avant la fin de la période convenue, dès lors qu'un changement de circonstances le justifie. L'employeur examine une demande visant à revenir plus tôt au régime de travail de départ et y répond, en tenant compte à la fois de ses propres besoins et de ceux du travailleur ». Bien que la directive ne prévoit pas de délai endéans lequel l'employeur doit examiner la demande visant à revenir plus tôt au régime de travail de départ, le Conseil d'État estime qu'il serait utile de prévoir un tel délai dans la loi en projet. Le Conseil d'État propose de s'en tenir au délai visé au paragraphe 3.

Finalement, il convient de relever que le texte sous examen n'envisage pas d'insérer des dispositions similaires dans les lois relatives au statut des fonctionnaires de l'État et des fonctionnaires communaux. Les auteurs ne donnent pas d'explications à ce sujet. Le Conseil d'État estime que les dispositions relatives au « service à temps partiel » (cf. les articles 31 et 31-1 de loi précitée du 16 avril 1979 et les articles 33 et 34 de la loi précitée du 24 décembre 1985) répondent aux exigences de la directive en ce qu'elles permettent aux fonctionnaires de demander des formes souples de travail. La législation relative à la procédure administrative non contentieuse permet également de s'assurer que les décisions de refus de telles formes souples de travail soient dûment motivées.

Font cependant défaut des dispositions protégeant les fonctionnaires contre des représailles ou des traitements moins favorables lorsque ceux-ci ont formulé une demande en vue d'un service à temps partiel ou bénéficient d'un tel service. Le Conseil d'État demande par voie de conséquence et sous peine d'opposition formelle, pour cause de transposition incomplète de la directive, de compléter le projet de loi sous examen par des dispositions assurant une telle protection aux fonctionnaires.

Articles 7 à 10

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Il est indiqué de regrouper les modifications qu'il s'agit d'apporter à plusieurs alinéas ou paragraphes d'un même article sous un seul article, en reprenant chaque modification sous un numéro « 1° », « 2° », « 3° », ... Les subdivisions complémentaires en points sont subdivisées en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante a), b), c), ... Il est renvoyé à la proposition de restructuration figurant *in fine* du présent avis.

Le Conseil d'État signale que lors des renvois, les différents éléments auxquels il est renvoyé sont à séparer par des virgules, en écrivant, à titre d'exemple à l'article 1^{er}, phrase liminaire « L'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, du Code du travail, [...] ».

Dans le cadre de renvois à des paragraphes ou alinéas, l'emploi des termes « ci-dessous », « ci-dessus » ou « susvisés » est à écarter. Mieux vaut viser le numéro du paragraphe ou alinéa en question, étant donné que l'insertion d'une nouvelle disposition à l'occasion d'une modification ultérieure peut avoir pour conséquence de rendre le renvoi inexact.

Il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé, en commençant par l'article et ensuite, dans l'ordre, le paragraphe, l'alinéa, le point, la lettre et la phrase visés. Ainsi, à titre d'exemple, il faut écrire à l'article 5, point 2^o, « conformément à l'article L. 234-44, paragraphes 2 et 3 ».

Articles 1^{er} à 3

Conformément à l'observation générale ci-avant, les articles 1^{er} à 3 sont à restructurer de la manière suivante :

« **Art. 1^{er}.** L'article L. 233-16 du Code du travail est modifié comme suit :

1^o L'alinéa 1^{er} est modifié comme suit :

a) Aux points [...] ;

b) L'alinéa [...].

2^o L'alinéa 2 [...].

3^o L'article est complété [...]. »

À l'article 1^{er}, au point 9 qu'il s'agit d'insérer à l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, du Code du travail, il y a lieu de faire abstraction des guillemets fermants.

Au point 10 qu'il s'agit d'insérer à l'article L. 233-16, alinéa 1^{er}, du Code du travail, il y a lieu de faire abstraction des guillemets ouvrants.

L'article 2 est à reformuler comme suit :

« 2^o L'alinéa 2 est complété par les termes « « membre de la famille » : le fils, la fille, la mère, le père, le conjoint ou le partenaire. » »

À l'article 3, à l'article L. 233-16, alinéa 15, du Code du travail, dans sa teneur proposée, il y a lieu de remplacer le terme « par » par le terme « à » pour écrire « tel que prévu à l'article L. 124-2 ».

À l'article 3, à l'article L. 233-16, alinéa 21, du Code du travail, dans sa teneur proposée, il convient d'insérer le terme « du » avant le terme « maximum ». Cette observation vaut également pour l'article 6, pour ce qui concerne l'article L. 236-2, alinéa 2, du Code du travail, dans sa teneur proposée.

Article 4

Au point 2^o, il convient de remplacer le point-virgule par un point final. Cette observation vaut également pour les articles 7, point 2^o, et 9, point 2^o.

Article 5

Au point 2°, phrase liminaire, il est recommandé de supprimer les termes « suivante : ». Cette observation vaut également pour les articles 8, point 2° et 10, point 2°.

Article 6

La phrase liminaire est à reformuler comme suit :

« Au livre II, titre III, du même code, il est inséré un chapitre VI nouveau libellé comme suit : »

Le Conseil d'État tient à relever que les termes « Livre » et « Chapitre » s'écrivent avec une lettre initiale minuscule.

À l'occasion d'insertion d'articles, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné, au lieu d'être mis en gras, pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

À l'article L. 236-1, du Code du travail, dans sa teneur proposée, les formules « la ou les » et « une ou plusieurs » sont à écarter et il y a lieu de recourir au pluriel pour viser indistinctement un ou plusieurs éléments.

Article 7

En ce qui concerne la phrase liminaire, il convient de signaler que lorsqu'il est fait référence à des qualificatifs tels que « *bis*, *ter*, ... », ceux-ci sont à écrire en caractères italiques. Cette observation vaut également pour les articles 8, phrase liminaire et point 2°, et 9, phrase liminaire.

Suit la proposition de restructuration de la loi en projet sous avis :

« **Projet de loi portant modification :**

1° du Code du travail ;

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

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

Art. 1^{er}. L'article L. 233-16 du Code du travail est modifié comme suit :

1° L'alinéa 1^{er} est modifié comme suit :

c) Aux points [...]

d) L'alinéa [...].

2° L'alinéa 2 [...].

3° L'article est complété [...]. »

Art. 2. L'article L. 234-44, paragraphe 9, du même code, est modifié comme suit : [...].

[...]

Art. 8. L'article 30*quinquies*, paragraphe 3, alinéa 2, de la même loi, est modifié comme suit :

- 1° [...];
- 2° [...]. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 25 octobre 2022.

Le Secrétaire général,
s. Marc Besch

Le Président,
s. Christophe Schiltz