

Projet de loi

**portant modification du Code du travail concernant le
dispositif du congé pour raisons familiales**

Avis du Conseil d'État

(19 mai 2020)

Par dépêche du 11 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 le ministre de la Sécurité sociale.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière ainsi que le texte coordonné du livre II, titre III, chapitre IV, section 7, du Code du travail.

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 et de la Chambre des salariés, demandés selon la lettre de saisine, n'ont pas encore été communiqués au Conseil d'État au moment de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen entend insérer un nouvel article L. 234- 54*bis* dans le Code du travail afin de faire bénéficier les parents, dont les enfants ne peuvent pas être pris en charge « dans une école ou dans un service d'éducation et d'accueil pour enfants agréé ou dans une structure d'accueil mise en place pour assurer la prise en charge en alternance des élèves dans le cadre des mesures prises pour lutter contre la propagation du coronavirus SARS-CoV-2 », d'un droit au congé pour raisons familiales.

D'après l'exposé des motifs, l'article L. 234-54*bis*, que le projet de loi sous examen vise à insérer dans le Code du travail, trouve son origine aussi bien dans les situations de fermeture intégrale que dans les situations de fermeture partielle des structures pour enfants, ainsi que dans l'ouverture alternée des classes qui nécessite la mise en place de services de garde pour les semaines où l'enfant ne fréquente pas les cours.

Le Conseil d'État estime que l'objectif des auteurs du projet de loi sous examen est de permettre aux parents, qui n'ont pas d'autre moyen pour faire garder leur enfant, d'avoir recours au congé pour raisons familiales. Or, de façon objective, il est difficilement appréciable ce que signifie « n'ont pas d'autre moyen ». S'agissant d'un projet de loi relevant d'une matière réservée à la loi en ce qu'il touche aux droits des travailleurs et à la sécurité sociale (article 11, paragraphe 5, de la Constitution), le Conseil d'État rappelle que

la relégation à un règlement grand-ducal pour « préciser les modalités d'application » n'est possible que dans les conditions prédéfinies de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, c'est-à-dire à condition que les éléments essentiels soient fixés dans la loi. Or, les éléments prévus par le projet de loi sous avis soulèvent un certain nombre d'interrogations quant à la détermination de l'ouverture du droit au congé pour raisons familiales, de sorte que les éléments essentiels ne sont pas fixés dans la loi en projet. Pour le détail, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1^{er}.

Les auteurs prévoient que la loi en projet produira ses effets du 25 mai 2020 au 15 juillet 2020 inclus. Le Conseil d'État tient à relever que le choix de la date du 15 juillet 2020 n'est pas autrement expliqué. S'il est vrai que cette date marque en principe le début des vacances scolaires d'été au Grand-Duché de Luxembourg, il n'en est pas de même dans les pays limitrophes. En outre, le début des vacances scolaires ne résout pas le problème de la garde des enfants pour beaucoup de parents ne travaillant pas auprès de l'éducation nationale. En fonction de l'évolution de la situation pandémique, les services d'éducation et d'accueil pour enfants agréés ainsi que les maisons relais, voire les activités de vacances ne pourront pas fonctionner normalement, de sorte que les parents seront toujours dans l'impossibilité « d'obtenir une place ».

Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilité d'insérer un article L. 234-54*bis* dans le Code du travail, article qui selon le projet ne s'appliquera que du 25 mai 2020 au 15 juillet 2020 inclus. Partant, il recommande aux auteurs du projet de loi sous examen de procéder par dérogation de sorte à déroger au dispositif du congé pour raisons familiales dans un projet de loi autonome sans procéder par l'insertion d'un article dans le Code du travail.

Finalement, pour le Conseil d'État, la loi en projet, qui est inséparablement liée à la crise pandémique du Covid-19, aura un caractère à la fois exceptionnel et transitoire. Les mesures qu'elle contient ne sont pas pérennes, mais disparaîtront avec la sortie de vigueur de la loi en projet pour alors faire place au retour du droit commun applicable avant l'entrée dans la crise pandémique.

Examen des articles

Article 1^{er}

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, dispose ce qui suit : « Peut encore prétendre au congé pour raisons familiales, le salarié ou travailleur indépendant ayant à charge un enfant âgé de moins de 13 ans accomplis, nécessitant la présence de l'un de ses parents lorsque l'enfant visé n'obtient pas de place dans une école ou dans un service d'éducation et d'accueil pour enfants agréé ou dans une structure d'accueil mise en place pour assurer la prise en charge en alternance des élèves. »

Les auteurs visent donc d'abord l'école, qui aux yeux du Conseil d'État peut se situer soit au Grand-Duché de Luxembourg, soit dans le pays de résidence du frontalier venant travailler au Grand-Duché de Luxembourg. Ensuite, sont visés les services d'éducation et d'accueil pour enfants agréés, agrément qui se rapporte uniquement aux services mis en place sur le

territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Se pose dès lors la question de savoir si les auteurs ne comptent pas accorder le congé pour raisons familiales instauré par la loi en projet sous examen aux frontaliers qui n'obtiennent pas de place dans un service de garde dans leur pays de résidence. Le Conseil d'État tient à relever que sont encore visées les structures d'accueil spécialement mises en place pour la prise en charge en alternance des élèves, lesquelles visent les cas où des problèmes de garde apparaissent dus à l'ouverture des écoles en alternance. Ces structures visent donc principalement des travailleurs résidents luxembourgeois.

Par ailleurs, le Conseil d'État se demande ce qu'il en est des autres modes de garde. À titre d'exemple peut être citée la garde d'un enfant par un assistant parental. Ainsi, est-ce que les parents qui font garder leur enfant par un assistant parental se voient refuser le congé pour raisons familiales dans le cas où l'assistant parental se trouve dans l'impossibilité de garder l'enfant en raison de la fermeture intégrale ou partielle de son infrastructure d'accueil ? La même question se pose pour des modes de garde informels.

Le Conseil d'État constate ensuite que le paragraphe 1^{er} diffère du paragraphe 3 en ce qu'il ne précise pas que l'indisponibilité de place ne joue que pour le service d'éducation et d'accueil pour enfants agréé et pour l'école dans lesquels l'enfant visé « est inscrit ». Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le fait que « ne pas obtenir de place » dans une structure a une autre signification que « ne pas être inscrit » dans une structure.

Si les auteurs visent les parents qui, jusqu'au 25 mai 2020, n'obtiennent pas de place auprès d'une des structures visées sans avoir au préalable procédé à une inscription, il y aura lieu de modifier en conséquence le paragraphe 3. Dans un tel cas, se pose alors la question de savoir comment apprécier si un enfant n'obtient pas de place et par quel moyen les parents peuvent démontrer qu'ils ont fait le nécessaire pour trouver une place ?

Si par contre les auteurs entendent viser les parents dont l'enfant concerné a « été inscrit » dans une des structures visées par le projet de loi sous examen, le Conseil d'État tient alors à relever que cette notion ne détermine pas avec la rigueur requise le moment où l'enfant doit avoir été ou doit être inscrit à la structure visée. Dans ce contexte, il y a lieu de distinguer entre les enfants qui ont fréquenté une structure avant la fermeture de celle-ci en date du 16 mars 2020, et ceux qui jusqu'au 16 mars 2020 ne fréquentaient pas encore une telle structure. Les premiers peuvent être considérés comme « inscrit » alors que les derniers sont tout au plus à être considérés comme « prétendant à une inscription ».

Les paragraphes 1^{er} et 3 soulèvent encore des interrogations concernant les certificats émis par les structures visées et la portée de l'attestation de l'« indisponibilité de place » à fournir par les parents. Comment apprécier les certificats à émettre par les structures d'accueil ? Suffit-il que les parents s'adressent à la structure où l'enfant était inscrit avant la fermeture de celle-ci ? En ce qui concerne les parents dont les enfants n'étaient pas inscrits dans une structure avant la fermeture des écoles, mais qui maintenant auraient besoin d'une place pour faire garder leur enfant en raison de la fréquentation alternée des cours, leur suffit-il de s'adresser à leur commune pour avoir une attestation d'indisponibilité dans la structure d'accueil mise en place par la

commune ou doivent-ils également prouver que toute autre structure éventuellement située dans le voisinage n'a aucune place de disponible ?

Se pose encore la question de savoir comment apprécier lequel des parents peut prétendre au congé pour raisons familiales. Dans ce contexte, le Conseil d'État s'interroge sur la procédure à passer par les parents pour savoir lequel des deux aura droit au congé pour raisons familiales en priorité.

S'ajoute à cela que le paragraphe 2 prévoit que la durée du congé pour raisons familiales est limitée à la période pendant laquelle les conditions du paragraphe 1^{er} sont remplies. Le Conseil d'État s'interroge ainsi sur la fréquence à laquelle les parents doivent redemander la disponibilité d'une place et réintroduire une « attestation de l'indisponibilité de place ».

Au vu de l'incohérence manifeste entre les dispositions du paragraphe 1^{er} et celles du paragraphe 3 en ce qui concerne la disponibilité d'une place visée au paragraphe 1^{er} et l'inscription à une place visée au paragraphe 3, ainsi qu'au vu des imprécisions que présentent le texte sous avis et des interrogations qui en découlent, sources d'insécurité juridique, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au dispositif proposé des paragraphes 1^{er} à 3.

Finalement, le paragraphe 4 prévoit qu'« [u]n règlement grand-ducal peut préciser les modalités d'application du présent article ». Dans la mesure où le texte en projet relève d'une matière réservée à la loi en ce qu'il touche aux droits des travailleurs et à la sécurité sociale (article 11, paragraphe 5, de la Constitution), les règlements grand-ducaux pris en ces matières ne se conçoivent que dans le cadre légal prédéfini de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution, qui exige que les éléments essentiels restent du domaine de la loi formelle. En l'espèce, le Conseil d'État en vient à la conclusion qu'en raison des incohérences et imprécisions que présentent les paragraphes 1^{er} à 3 et des interrogations qui en découlent, les éléments essentiels ne sont aucunement prévus par la loi en projet, de sorte que le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la disposition du paragraphe 4 pour non-conformité aux dispositions de l'article 32, paragraphe 3, de la Constitution.

Article 2

Quant à l'article sous examen, qui détermine les effets à produire par le projet de loi sous examen, le Conseil d'État renvoie aux observations formulées à l'endroit de ses considérations générales. Si le Conseil d'État n'était pas suivi dans sa proposition de procéder par dérogation, il conviendrait d'insérer le libellé de l'article sous examen dans le dispositif de l'article L. 234-54*bis* du Code du travail afin de garantir une meilleure lisibilité du texte.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Il convient de laisser une espace insécable entre « L. » et le numéro d'article visé.

Lorsqu'il est renvoyé à un paragraphe dans le corps du dispositif d'un article, il convient de systématiquement renvoyer au « paragraphe 1^{er} » et non pas au « premier paragraphe ».

Article 1^{er}

À la phrase liminaire, lorsqu'il est fait référence à des qualificatifs tels que « *bis*, *ter*,... », ceux-ci sont à écrire en caractères italiques. Partant, il y a lieu d'écrire « L. 234-54*bis* ».

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il convient de noter que les nombres s'écrivent en toutes lettres. Ils s'expriment uniquement en chiffres s'il s'agit de pour cent, de sommes d'argent, d'unités de mesure, d'indices de prix ou de dates. Partant, il y a lieu d'écrire « treize ans ».

Quant au paragraphe 2, le Conseil d'État signale que dans le cadre de renvois à des paragraphes ou alinéas, l'emploi d'une tournure telle que « qui précède » 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.

Au paragraphe 3, alinéa 2, il convient d'insérer une virgule après les termes « l'article L. 234-53 », pour écrire « [...] à l'article L. 234-53, alinéa 1^{er} ».

Au paragraphe 4, il est recommandé de supprimer le terme « peut », pour écrire :

« Un règlement grand-ducal précise les modalités d'application du présent article. »

En ce qui concerne le même paragraphe 4 prévoyant que les modalités d'application de l'article sous examen sont précisées par règlement grand-ducal, le Conseil d'État signale que celui-ci trouve mieux sa place à la fin de l'article sous examen. Partant, il convient d'inverser les paragraphes 4 et 5.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 19 mai 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu