

RECOMMANDATION N°54

DISCRIMINATION EN MATIÈRE DE CONGÉ EXTRAORDINAIRE

Le Médiateur,

Rendu attentif à une discrimination en matière de congé extraordinaire.

Considérant que le Médiateur a été saisi en mai 2020 d'un refus implicite d'un congé au parent d'un nouveau-né suite à la naissance au motif que le cas de figure spécifique n'était couvert par aucune disposition légale du Code du Travail dont l'article L.233-16 prévoit ce qui suit :

« Art. L. 233-16.

Le salarié obligé de s'absenter de son travail pour des raisons d'ordre personnel a droit à un congé extraordinaire dans les cas suivants, fixé à:

- 1. un jour pour le décès d'un parent au deuxième degré du salarié ou de son conjoint ou partenaire ;*
 - 2. dix jours pour le père en cas de naissance d'un enfant ;*
 - 3. un jour pour chaque parent en cas de mariage d'un enfant ;*
 - 4. deux jours en cas de déménagement sur une période de trois ans d'occupation auprès du même employeur, sauf si le salarié doit déménager pour des raisons professionnelles ;*
 - 5. trois jours pour le décès du conjoint ou du partenaire ou d'un parent au premier degré du salarié ou de son conjoint ou partenaire ;*
 - 6. trois jours pour le mariage et un jour pour la déclaration de partenariat du salarié ;*
 - 7. dix jours en cas d'accueil d'un enfant de moins de seize ans en vue de son adoption, sauf en cas de bénéfice du congé d'accueil prévu au chapitre IV, section 8, du présent titre.*
 - 8. cinq jours en cas de décès d'un enfant mineur, le tout avec pleine conservation de son salaire.*
- (...) »*

Considérant qu'il s'agit d'un mariage entre deux femmes, dont l'une est la mère biologique de l'enfant et que l'épouse est également considérée mère de par la loi ;

Considérant notamment que par un jugement civil, l'acte de naissance luxembourgeois de l'enfant a été rectifié en ajoutant également l'épouse de la mère biologique en tant que mère de l'enfant, alors que la loi du Portugal, pays dont l'enfant a la nationalité, est applicable et que cette loi prévoit le régime de comaternité ;

Considérant que le droit luxembourgeois ne connaît pas le concept de comaternité de même que celui de copaternité, mais prévoit une adoption pour la reconnaissance d'un lien de filiation par rapport au partenaire/époux(se) d'un parent biologique ;

Considérant qu'en raison de la reconnaissance de la comaternité en droit portugais, une adoption visée à l'article L. 233-16, point 7, telle qu'elle serait requise par la loi luxembourgeoise, n'était donc ni nécessaire ni possible dans le cas soumis au Médiateur alors que l'acte de naissance de l'enfant indique déjà le nom des deux épouses en tant que mères ;

Considérant que le cas de figure d'une comaternité ou copaternité n'est pas prévu dans le Code du Travail qui prévoit sous l'article L. 233-16 précité uniquement un congé en faveur du père de l'enfant

à partir de la naissance, ainsi qu'un congé en cas d'accueil d'un enfant de moins de seize ans en vue de son adoption ;

Considérant que ce dernier élément joue en défaveur des couples de même sexe en matière de congés extraordinaires suite à la naissance d'un enfant et prive en l'occurrence le parent non-biologique du congé suite à la naissance de celui-ci ;

Considérant qu'il ressort toutefois des travaux parlementaires relatifs à la loi du 15 décembre 2017 portant modification du Code du Travail que le législateur n'a pas eu l'intention de créer une discrimination entre une mère adoptive et une mère reconnue par une loi d'un autre Etat membre permettant le système de comaternité ;

Considérant que, bien au contraire, il ressort de l'exposé des motifs (p.2), que le but du législateur était de créer une égalité de traitement des partenaires/époux(ses) par rapport aux couples hétérosexuels :

« Dans le même ordre d'idées le congé d'accueil d'un enfant de moins de 16 ans en vue de son adoption sera augmenté de deux à cinq jours ouvrables consécutifs.

Pour ce qui est des jours de congés accordés en cas de mariage ou de déclaration de partenariat, le projet propose un certain nombre de réductions pour les personnes directement concernées et les parents de celles-ci.

Ces adaptations sont motivées par les réalités auxquelles fait face notre société et par l'adoption en 2014 des nouvelles dispositions portant réforme du mariage et introduisant notamment le „mariage pour tous“ »

Considérant que le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 mai 2017 retient ce qui suit concernant le projet de loi précité :

« En ce qui concerne le terme de „père“, le Conseil d'État relève qu'il n'est pas adapté aux couples de même sexe. Puisqu'actuellement la filiation d'un enfant au sein d'un couple de même sexe ne peut cependant s'établir que par l'adoption, le Conseil d'État peut s'accommoder de ce terme dans le projet de loi sous avis. »

Considérant que le Conseil d'Etat a donc certes critiqué le choix du terme « père », mais a quand-même favorablement avisé ce choix du vocabulaire en partant du principe que le partenaire de même sexe d'un parent biologique puisse bénéficier d'un congé d'accueil étant donné que pour établir le lien de filiation, il devra de toute façon adopter l'enfant ;

Considérant qu'il ressort dès lors de ce qui précède que le législateur et le Conseil d'Etat ont omis l'hypothèse d'une comaternité (ou copaternité) par l'application d'une loi étrangère sur le territoire national et que ce cas de figure a simplement été oublié sans vouloir créer de discrimination ;

Considérant que dans la mesure où le but du législateur était de répondre aux exigences d'égalité de traitement dans le nouveau contexte du « mariage pour tous », il est évident qu'il n'a pas été de l'intention du législateur d'exclure une mère reconnue du bénéfice d'un congé extraordinaire pour la naissance de son enfant ;

Considérant que dans le cas de figure d'un couple hétérosexuel marié au moment de la naissance de l'enfant, l'époux qui n'est pas père biologique du nouveau-né aurait pu se faire reconnaître comme père de l'enfant et bénéficier du congé pour le père suite à la naissance ;

Considérant qu'en l'occurrence le couple était aussi marié au moment de la naissance de l'enfant, d'où une différence de traitement intervient pour la seule raison du sexe du partenaire qui n'est pas le parent biologique ;

Considérant que la terminologie utilisée porte ainsi préjudice au deuxième parent de même sexe ;

Considérant que par courrier du 27 mai 2020 le Médiateur a fait une recommandation en équité au Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire pour éviter que l'application stricte de dispositions lacunaires par rapport au but poursuivi par la loi du 15 décembre 2017 portant modification du Code du travail n'aboutisse à une iniquité non voulue par le législateur ;

Considérant que le Médiateur a aussi recommandé, pour éviter des situations iniques à l'avenir, une inclusion du congé extraordinaire en cas de comaternité/copaternité suite à la naissance d'un enfant dans le Code du Travail ;

Considérant que le Ministre compétent a réagi en octobre 2020 en reconnaissant que l'intention du législateur, en adoptant les dispositions légales en matière de congé de paternité, était bien d'éviter toute discrimination ;

Considérant que le Ministre n'a malgré ce fait ni suivi la recommandation en équité pour le cas spécifique, ni la recommandation d'adapter les dispositions légales ;

Considérant que selon le Ministre une simple modification des dispositions légales en matière de congé de paternité ne résoudrait pas à suffisance les problèmes inhérents aux mariages entre personnes du même sexe et la relation avec leur enfant, mais qu'il faudrait revoir les dispositions légales en amont, dont la question de filiation (qui se fait au Luxembourg par rapport au père) et qui relève du domaine de compétence du Ministère de la Justice ;

Considérant que l'existence d'autres problématiques en matière de filiation ne devrait pas servir d'argument pour ne pas commencer par éliminer la discrimination constatée et reconnue en matière de congé extraordinaire ;

Le Médiateur recommande ainsi une adaptation des dispositions légales relatives au congé en cas de naissance pour inclure le régime de comaternité / copaternité qui devient parfois applicable sur le territoire national par la présence de résidents dont la nationalité impose un tel système.