

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. ANTONIO TIZZANO

présentées le 18 janvier 2005¹

1. Par un recours du 12 décembre 2003, la Commission des Communautés européennes a demandé à la Cour d'établir, en application de l'article 226 CE, si le Grand-Duché de Grand-Duché de Luxembourg a correctement transposé dans son droit interne la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES² (ci-après la «directive 96/34», ou simplement la «directive»).

2. La Commission reproche en particulier à la législation Grand-Duché de Luxembourgeoise qui a transposé la directive d'avoir prévu la substitution du congé parental par le congé de maternité en cas de chevauchement entre les deux, ainsi que l'octroi du premier seulement aux parents d'enfants nés sept mois après l'expiration du délai fixé pour la transposition de la directive.

I — Cadre juridique

A — Droit communautaire

3. Par le biais de la directive 96/34, le législateur communautaire a mis en œuvre l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 entre les organisations interprofessionnelles à caractère général (UNICE, CEEP et CES)³ (ci-après l'«accord-cadre»). En vertu de l'article 2 de la directive, il incombait aux États membres de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive elle-même et, de ce fait, à l'accord qu'elle a homologué, au plus tard le 3 juin 1998.

4. Aux fins de la présente procédure, il est particulièrement important de rappeler le point 9 des considérations générales de l'accord-cadre, selon lequel le congé parental est «distinct du congé de maternité» ainsi que la clause 2, point 1, aux termes de

1 — Langue originale: l'italien.

2 — JO L 145, p. 4.

3 — Le texte de cet accord est annexé à la directive.

laquelle «en vertu du présent accord [...] un droit individuel à un congé parental est accordé aux travailleurs, hommes et femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, pour pouvoir s'occuper de cet enfant pendant au moins 3 mois jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à 8 ans, à définir⁴ par les États membres et/ou les partenaires sociaux».

B — *Droit national*

5. Le Grand-Duché de Luxembourg a entendu mettre en œuvre la directive 96/34 par le biais de la loi du 12 février 1999, portant création d'un congé parental et d'un congé pour raisons familiales⁵ (ci-après la «loi du 12 février 1999»).

6. Il résulte des articles 2 et 8 de ladite loi que chaque parent peut bénéficier d'un congé parental d'une durée de six mois (susceptible de prorogation jusqu'à douze mois en cas de congé à temps partiel) au cours desquels il perçoit une indemnité mensuelle égale à 272,68 euros (réduite à la moitié en cas de congé à temps partiel).

7. L'article 7, paragraphe 2, de la même loi prévoit que, en cas de grossesse (ou d'accueil d'un enfant) pendant le congé parental donnant droit au congé de maternité (ou d'accueil), celui-ci se substitue au congé parental qui prend fin.

8. À son tour, l'article 19, cinquième alinéa, de cette loi établit que seuls les parents d'enfants nés après le 31 décembre 1998 ou dont la procédure d'adoption a été introduite auprès du tribunal compétent après cette date peuvent se prévaloir des dispositions relatives au congé parental.

9. Bien que cela ne fasse pas directement l'objet d'une contestation de la part de la Commission, pour les raisons que nous verrons, il convient de rappeler en outre l'article 3, paragraphe 4, de la loi en question, qui prévoit que l'un des parents doit prendre son congé parental, sous peine de la perte du droit au congé dans son chef, consécutive-ment au congé de maternité (ou au congé d'accueil). Aux termes de l'article 3, cinquième alinéa, le second congé parental peut être pris par l'autre parent aussi longtemps que l'enfant n'a pas atteint l'âge de cinq ans.

10. Il faut enfin rappeler que la loi du 12 février 1999 a été modifiée par la loi du

⁴ — Note sans objet pour la version française des conclusions.

⁵ — *Mémorial A* 1999, p. 209.

21 novembre 2002⁶, qui, pour ce qui nous intéresse, y a introduit l'article 10, sixième alinéa, lequel énonce:

graphe 2, et 19, cinquième alinéa, de la loi du 12 février 1999 n'étaient pas conformes à la directive 96/34.

«Le rejet définitif, par [l'administration compétente], de la demande en obtention d'indemnité prévue [pour le congé parental] ne préjuge pas de l'octroi éventuel d'un congé parental par l'employeur dans les conditions prévues par la [directive 96/34]»⁷.

13. Par une lettre du 26 juillet 2001, le Grand-Duché de Luxembourg a contesté les affirmations de la Commission.

11. Dans ses écrits en défense, le Grand-Duché de Grand-Duché de Luxembourg a fait référence également à un projet de loi de 2003 destiné à introduire dans la législation pertinente d'autres changements, auxquels toutefois nous n'estimons pas devoir faire allusion, étant donné qu'ils ne sont manifestement pas pertinents *ratione temporis* aux fins de la présente procédure.

14. Le 23 octobre 2001, par une lettre de mise en demeure complémentaire, la Commission a informé le Grand-Duché de Luxembourg qu'elle considérait comme contraire au droit communautaire également l'article 3, paragraphe 6, de la loi du 12 février 1999, selon lequel, si les deux parents demandent le congé parental, la priorité doit être accordée à la mère.

II — Faits et procédure

12. Par une lettre de mise en demeure du 16 mai 2001, la Commission a fait savoir au gouvernement Grand-Duché de Luxembourg que, à son avis, les articles 7, para-

15. Le Grand-Duché de Luxembourg a répliqué, en date du 8 janvier 2002, que la disposition précitée allait être modifiée dans le sens d'établir la priorité entre les deux parents sur la base de l'ordre alphabétique de leurs noms patronymiques respectifs. Cette modification a été effectivement introduite par la loi du 21 novembre 2002.

16. Le 15 novembre suivant, la Commission a notifié au Grand-Duché de Luxembourg un avis motivé, au titre de l'article 226, premier alinéa, CE, par lequel elle lui reprochait qu'en adoptant les articles 3, paragraphe 6, 7,

⁶ — *Mémorial A* 2002, p. 3098.

⁷ — Note non valable pour la version française des conclusions.

paragraphe 2, et 19, de la loi du 12 février 1999 il avait manqué aux obligations de droit communautaire qui lui incombent en ce qui concerne les aspects suivants: i) le critère d'attribution prioritaire du congé parental à un des parents en cas de demandes simultanées de la part des deux; ii) la substitution du congé parental par le congé de maternité en cas de chevauchement entre les deux; iii) l'octroi du congé parental seulement aux parents d'enfants nés sept mois après la date limite fixée pour la transposition de la directive.

17. L'avis invitait le Grand-Duché de Luxembourg à mettre sa législation en conformité avec le droit communautaire dans un délai de deux mois à partir de la notification, c'est-à-dire au plus tard le 15 janvier 2003.

18. En réponse à l'avis motivé, le Grand-Duché de Luxembourg a adressé à la Commission une lettre en date du 19 mai 2003, par laquelle il l'informait des modifications apportées à la loi litigieuse de 1999 par la loi du 21 novembre 2002. Cette réponse, quoique envoyée avant la date de l'introduction du recours qui a donné lieu à la présente procédure (12 décembre 2003), en raison d'une série d'erreurs dans l'acheminement interne à la Commission n'était pas encore parvenue à son service juridique à cette date.

19. Ayant eu quand même connaissance, quoique partiellement, de la modification intervenue de l'article 3, paragraphe 6, de la loi du 12 février 1999, la Commission a renoncé dans son recours au grief portant sur l'attribution prioritaire du congé parental à la mère en cas de demandes simultanées, maintenant en revanche inchangés les deux autres griefs.

20. Pour illustrer ces arguments au soutien desdits griefs, la Commission a par ailleurs affirmé que la loi du 12 février 1999 enfreindrait la directive également à cause de la disposition selon laquelle un des parents est obligé de prendre le congé parental à l'expiration du congé de maternité (ou d'accueil) (article 3, paragraphe 4). Elle a toutefois expressément exclu cette question de l'objet du recours, dans la mesure où elle n'avait pas été traitée dans le cadre de la procédure précontentieuse.

21. Une fois accompli le double échange de mémoires écrits habituels, les parties ont été entendues à l'audience du 24 novembre 2004.

III — Analyse juridique

A — *Sur la recevabilité*

22. Le Grand-Duché de Luxembourg sou-
lève tout d'abord l'irrecevabilité du recours

en faisant valoir qu'il serait privé d'objet parce qu'il aurait été remédié à l'éventuel manquement par les modifications dans la réglementation nationale critiquée apportées par la loi du 21 novembre 2002. Lesdites modifications en effet, bien que notifiées à la Commission tardivement, auraient été en toute hypothèse introduites dans le délai (15 janvier 2003) imparti par l'avis motivé au Grand-Duché de Luxembourg pour se conformer à la directive.

23. En tout cas, poursuit le gouvernement Grand-Duché de Luxembourgeois, lors de sa requête la Commission n'aurait plus aucune raison de saisir la Cour parce que les modifications législatives Grand-Duché de Luxembourgeoises intervenues, bien que non notifiées dans le délai, auraient en toute hypothèse mis fin au manquement en temps utile. Ayant égaré la réponse à l'avis motivé, la Commission aurait au contraire quand même saisi la Cour, bien qu'à ce stade son intérêt à agir ait objectivement disparu. Le recours serait donc irrecevable également pour cette raison.

24. Dans sa duplique enfin, le Grand-Duché de Luxembourg a ajouté, au soutien de l'exception d'irrecevabilité, que les deux mois qui lui ont été accordés par l'avis motivé ne constitueraient pas un délai raisonnable, puisqu'il est impossible de procéder aux modifications législatives demandées par la Commission en si peu de temps.

25. Il nous paraît toutefois que ces objections sont à juste titre contestées par la Commission sur la base d'une jurisprudence constante de la Cour.

26. Tout d'abord, la Cour a en effet constamment affirmé que «l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé et que les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour»⁸. En l'espèce, puisqu'il est certain que la nouvelle législation Grand-Duché de Luxembourgeoise, quoique adoptée, n'avait pas été notifiée en temps utile à la Commission, il faut retenir que pour cette dernière à juste titre, au terme du délai fixé, la «situation de l'État membre [...] se présentait comme non conforme à l'avis motivé».

27. Par ailleurs, il est également de jurisprudence constante que l'intérêt de la Commission à introduire un recours au titre de l'article 226 CE existe même lorsque l'infraction reprochée a été éliminée postérieurement au délai fixé dans l'avis motivé⁹ (a fortiori manifestement lorsque, comme en l'espèce, elle estime que l'infraction n'a nullement été supprimée).

⁸ — Voir, ex multis, arrêt du 12 septembre 2002, *Commission/France* (C-152/00, Rec. p. I-6973, point 15).

⁹ — Voir, notamment, arrêt du 13 juin 2002, *Commission/Espagne* (C-474/99, Rec. p. I-5293, point 25).

28. Il est vrai qu'en l'espèce, entre les retards et les erreurs dans la transmission de la réponse du Grand-Duché de Luxembourg à l'avis motivé, la situation apparaît plus compliquée. Comme le rappelle la Commission, toutefois, la Cour a eu l'occasion de préciser que, aux fins de la recevabilité d'un recours en manquement, peu importe l'absence de prise en considération de la réponse à un avis motivé¹⁰. Dans l'arrêt Commission/Pays-Bas, précité, on lit en effet que, «à supposer même que la procédure contentieuse ait été ouverte par un recours de la Commission ne tenant pas compte d'éventuels nouveaux éléments, de fait ou de droit, avancés par l'État membre concerné dans sa réponse à l'avis motivé, les droits de la défense de cet État ne s'en sont pas trouvés lésés. En effet, celui-ci peut, dans le cadre de la procédure contentieuse, faire valoir pleinement lesdits éléments dès son premier acte de défense. Il appartiendra à la Cour d'en examiner la pertinence aux fins de la suite à donner au recours en manquement»¹¹.

29. Il nous semble donc que les exceptions soulevées par le Grand-Duché de Luxembourg à propos de la recevabilité du recours ne sauraient être accueillies.

30. Enfin, quant aux remarques du Grand-Duché de Luxembourg sur la prétendue inadéquation du délai qui lui a été imparti

dans l'avis motivé, nous pourrions nous borner à observer que le moyen a été soulevé seulement au stade de la duplique et, de ce fait, il ne devrait pas être pris en considération car tardif.

31. Sur le fond, en toute hypothèse, nous devons relever que, dans le silence du traité sur ce point, le délai de deux mois est celui que la Commission a l'habitude d'impartir le plus souvent aux États membres dans l'avis motivé¹². Bien qu'il puisse apparaître insuffisant à lui seul, il faut rappeler que «permettre à l'État membre [...] de se mettre en règle avant que la Cour ne soit saisie» est le but de la procédure précontentieuse dans son ensemble, et pas seulement de l'avis motivé¹³. Cela, en effet, ne représente que l'acte final d'une procédure qui, comme on le sait, dure habituellement assez longtemps pour permettre à l'État membre de se conformer aux prétentions de la Commission.

32. Eu égard au cas d'espèce, on peut ensuite ajouter que, si le Grand-Duché de Luxembourg a pu modifier la législation litigieuse dans le délai fixé dans l'avis motivé, il est évident que ce délai était moins inadéquat que ne le prétend son gouvernement. Que les modifications introduites soient en réalité

10 — Arrêt du 19 mai 1998, Commission/Pays-Bas (C-3/96, Rec. p. I-3031, point 21).

11 — Ibidem, point 20.

12 — Arrêt du 2 juillet 1996, Commission/Grand-Duché de Luxembourg (C-473/93, Rec. p. I-3207, point 21).

13 — Arrêt du 31 janvier 1984, Commission/Irlande (74/82, Rec. p. 317, point 13).

aptes à priver d'objet le présent recours est justement la question à laquelle la Cour devra répondre en se prononçant sur le fond de celui-ci.

33. Sur la base de ce qui précède, nous proposons donc de déclarer le recours recevable.

B — *Sur le premier moyen de recours*

34. Avec le premier grief, la Commission fait valoir la non-conformité à la directive de l'article 7, paragraphe 2, de la loi du 12 février 1999, selon lequel, si une grossesse (ou l'adoption d'un enfant) qui confère le droit à un congé de maternité (ou d'accueil) a lieu pendant la période de congé parental, ce dernier prend fin et est substitué par l'autre.

35. En particulier, de l'avis de la Commission, cette disposition serait contraire avec le principe, consacré au point 9 des considérations générales de l'accord-cadre homologué par la directive (voir, ci-dessus les points 3 et 4), selon lequel le congé parental est distinct du congé de maternité.

36. En effet, aux termes du point 1 de la clause 2 de l'accord, le premier est un droit qui revient aux deux parents travailleurs et qui permet à l'un des deux de s'absenter de son travail pendant au moins trois mois, tant que l'enfant n'a pas atteint un âge déterminé par chaque État membre, mais qui ne peut dépasser huit ans.

37. Le congé de maternité protège en revanche «la condition biologique de la femme et les rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle»¹⁴.

38. Puisque les deux congés obéissent à des exigences qui ne coïncident pas, poursuit la Commission, c'est à tort que la législation Grand-Duché de Luxembourgeoise prévoit que l'octroi du congé de maternité met fin au congé parental, et ce parce que la femme dont le congé parental est interrompu par le début du congé de maternité (prénatal), dû à une nouvelle grossesse, devrait pouvoir récupérer par la suite la fraction du congé parental dont elle n'a pas bénéficié.

¹⁴ — Arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar (C-366/99, Rec. p. I-9383, point 43 et jurisprudence citée).

39. Le Grand-Duché de Luxembourg réplique que la violation redoutée du droit à un congé parental pourrait se produire seulement dans des hypothèses extrêmement rares. À son avis, en effet, l'article 3, paragraphe 4, de la loi du 12 février 1999 impose qu'un des parents prenne le congé parental juste après le congé de maternité. Puisque dans l'immense majorité des cas c'est la mère qui agit dans ce sens, il ne serait pas possible biologiquement que son congé parental soit interrompu par un congé de maternité résultant d'une grossesse suivante. Même si l'on admettait en effet qu'une nouvelle grossesse ait lieu juste après l'accouchement, le congé de maternité prénatal dû au titre de cette nouvelle grossesse débiterait après la période résultant de l'addition du congé de maternité postnatal lié à la première grossesse et du congé parental pris à l'expiration de celui-ci.

40. Le Grand-Duché de Luxembourg admet que, si par contre c'était le père qui demandait le congé parental à l'expiration du congé de maternité, alors on ne pourrait exclure que durant le congé parental pris à son tour par la mère à une date postérieure puisse intervenir une grossesse, et de ce fait un congé de maternité, qui mettrait prématurément fin au congé parental.

41. Le Grand-Duché de Luxembourg aurait toutefois remédié à cette éventualité, quoique peu probable, justement en adop-

tant, avant l'expiration du délai qui lui a été imparti dans l'avis motivé, la loi du 21 novembre 2002.

42. Cette dernière, comme on l'a vu, introduit dans la législation précédente l'article 10, sixième alinéa, aux termes duquel «[l]e rejet définitif, par [l'administration compétente], de la demande en obtention de l'indemnité prévue [pour le congé parental] ne préjuge pas de l'octroi éventuel d'un congé parental par l'employeur dans les conditions prévues par la [directive 96/34]».

43. De cette façon, la mère dont le congé parental se serait achevé prématurément, à cause du chevauchement avec un congé de maternité, serait en toute hypothèse autorisée à récupérer ultérieurement la période manquante pour atteindre la durée minimale de trois mois que la directive prévoit pour le congé parental.

44. Le Grand-Duché de Luxembourg ajoute qu'il a en outre donné, avant même la modification législative rappelée, des instructions précises aux autorités compétentes afin qu'une mère qui se trouve dans la situation envisagée par la Commission se voit reconnaître un complément du congé parental dont elle n'a pas bénéficié de sorte à atteindre une durée totale correspondant

non pas au minimum de trois mois fixé par la directive, mais bien aux six mois fixés par l'article 2 de la loi du 12 février 1999 (douze mois en cas de congé à temps partiel). En outre, le Grand-Duché de Luxembourg verserait dans de tels cas l'indemnité prévue à l'article 8 de la loi précitée, bien que la directive ne l'impose pas.

45. Pour notre part, tout en admettant que dans l'ensemble la législation Grand-Duché de Luxembourgeoise dans la matière litigieuse est très généreuse, nous n'estimons pas pouvoir nous rallier aux arguments de cet État.

46. Ils ne nous convainquent pas, en premier lieu, pour ce qui a trait aux griefs soulevés par la Commission à propos de la conformité à la directive 96/34 de la législation préexistante aux modifications de 2002, et notamment de l'article 7, paragraphe 2, de la loi du 12 février 1999.

47. Comme on l'a vu, en effet, cette disposition prévoit que, au cas où un congé de maternité résultant d'une nouvelle grossesse coïncide avec la période de congé parental du chef d'un enfant déjà né, ce dernier congé s'achève et il est substitué par l'autre.

48. Cela signifie que, comme le Grand-Duché de Luxembourg le reconnaît lui-même, ne serait-ce que dans le nombre limité de cas dans lesquels l'article en question entre en jeu, son application implique qu'une mère jouit d'un congé parental d'une durée inférieure aux six mois normalement prévus par la législation Grand-Duché de Luxembourgeoise qui a transposé la directive.

49. Or, comme la Commission l'a souligné à l'audience, un État est certes libre, au moment de la transposition de la directive, d'octroyer un congé parental d'une durée supérieure au minimum de trois mois imposé par la directive. Toutefois, une fois qu'il a décidé d'accorder un congé plus long, il doit l'accorder dans les mêmes termes à toutes les personnes qui relèvent *ratione personae* du champ d'application de la directive et n'est donc pas libre, en l'absence de justifications objectives, de différencier le traitement entre ceux-ci à cet égard.

50. Cette conclusion nous semble s'imposer par le fait que le principe de non-discrimination fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour garantit le respect¹⁵ et que ces principes «lient [...] les

15 — Arrêt du 12 décembre 2002, Rodríguez Caballero (C-422/00, Rec. p. I-11915, point 32). Voir, également, arrêts du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil (C-149/96, Rec. p. I-8395, point 91), et du 12 juillet 2001, Jippes e.a. (C-189/01, Rec. p. I-5689, point 129).

États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires»¹⁶. En conséquence, la directive peut être considérée comme correctement transposée seulement si le législateur a utilisé la marge d'appréciation qui lui est laissée par celle-ci dans le respect également du principe précité.

51. Il s'ensuit que, en l'absence de justifications objectives, qui en toute hypothèse n'ont pas été apportées, le Grand-Duché de Luxembourg ne pouvait pas accorder à certaines mères un congé parental qui, bien que supérieur aux trois mois, était en toute hypothèse plus court que les six mois qu'il accorde habituellement dans ces cas.

52. Concernant ensuite les instructions administratives dont on vient de parler (point 44), elles sont certainement utiles aux fins qui nous intéressent, mais elles ne sauraient à elles seules constituer un élément décisif pour exclure la discrimination signalée, et ce parce que, comme l'a confirmé la Cour à plusieurs reprises, «de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate ne sauraient

être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du traité»¹⁷.

53. Cela dit, il faut à présent déterminer si le Grand-Duché de Luxembourg a postérieurement apporté à la législation critiquée des modifications aptes à mettre fin au manquement dans le délai imparti par l'avis motivé (15 janvier 2003), et ce pour rester dans la logique de l'arrêt Commission/Pays-Bas, précité, et accepter par là de prendre en considération les mesures adoptées dans le délai fixé par l'avis motivé mais communiquées tardivement.

54. Or, il est vrai que la loi du 21 novembre 2002 a inséré dans la loi du 12 février 1999 une disposition (article 10, sixième alinéa) qui permet à une mère dont le congé parental prend fin prématurément à cause de la coïncidence avec un congé de maternité de bénéficier ensuite d'une nouvelle période de congé parental, de sorte à atteindre la durée minimale imposée par la directive.

55. Cependant la réglementation Grand-Duché de Luxembourgeoise continue à ne pas être parfaitement conforme à la directive et aux principes du droit communautaire

16 — Arrêt Rodríguez Caballero, précité, point 30. Voir, en outre, arrêts du 24 mars 1994, Bostock (C-2/92, Rec. p. I-955, point 16), et du 13 avril 2000, Karlsson e.a. (C-292/97, Rec. p. I-2737, point 37).

17 — Voir, notamment, arrêts du 11 novembre 1999, Commission/Italie (C-315/98, Rec. p. I-8001, point 10), et du 17 janvier 2002, Commission/Irlande (C-394/00, Rec. p. I-581, point 11).

même dans ces termes, étant donné qu'elle peut également donner lieu à des situations discriminatoires entre les intéressés.

probabilité que la concomitance d'un congé de maternité et d'un congé parental mette fin prématurément à ce dernier.

56. Selon la nouvelle législation, en effet, bénéficieraient de six mois de congé parental et de l'indemnité correspondante la totalité des pères et les mères dont le congé parental n'aurait pas pris fin prématurément en raison d'un congé de maternité dû à une nouvelle grossesse. Par contre, les mères dont le congé parental serait interrompu prématurément par un congé de maternité en raison d'une nouvelle grossesse ne pourraient bénéficier que d'une période plus courte et non entièrement couverte par l'indemnité. Elles n'auraient en effet droit qu'à récupérer la partie du congé parental qui manque pour atteindre la durée minimale de trois mois prévue par la directive, sans percevoir aucune indemnité au cours de cette récupération.

59. Il est tout à fait vrai que les cas envisageables ne sont pas fréquents, et le sont d'autant moins si l'on considère que, en vertu de l'article 3, paragraphe 4, de la loi du 12 février 1999, un des parents est obligé de prendre le congé parental à l'expiration du congé de maternité. Si en effet, comme cela se produit le plus souvent, c'est la mère qui agit dans ce sens, la cessation prématurée de son congé parental à cause de la survenance d'un congé de maternité prénatal au titre d'une nouvelle grossesse se vérifierait seulement dans la peu probable éventualité que cette grossesse ait commencé très vite après le précédent accouchement.

57. Même si l'on voulait tenir compte de la législation la plus récente, force est de constater que, à la lumière des considérations sur le principe de non-discrimination formulées ci-dessus (points 49 et suivants), la réglementation Grand-Duché de Luxembourg ne transpose pas correctement la directive.

60. Mais, en dehors du fait qu'il est douteux que ladite disposition soit compatible avec la directive et qu'elle n'est pas en cause dans la présente procédure seulement parce qu'elle n'a pas été critiquée au cours de la phase précontentieuse (voir ci-dessus point 20), nous devons observer que tout cela n'aurait pas une incidence sur l'existence de l'infraction invoquée par la Commission, mais seulement sur sa portée.

58. On ne peut pas échapper à la conclusion indiquée en évoquant, comme le fait le Grand-Duché de Luxembourg, la faible

61. Or, comme la Cour a eu l'occasion de l'expliquer, l'intensité des effets d'un manquement importe peu en vue de sa constatation: «à supposer même que l'absence de

préjudice soit établie, il importe de rappeler que le non-respect d'une obligation imposée par une règle de droit communautaire est en lui-même constitutif de manquement et que la considération que ce non-respect n'a pas engendré de conséquences négatives est dépourvue de pertinence»¹⁸.

62. Il nous semble donc pouvoir conclure sur ce point que l'article 7, paragraphe 2, de la loi du 12 février 1999 ne transpose pas correctement la directive et que la loi du 21 novembre 2002 n'y a pas remédié. Nous proposons donc à la Cour d'accueillir le premier moyen du recours.

C — Sur le second moyen du recours

63. Avec le second grief, la Commission soutient que l'article 19, cinquième alinéa, de la loi du 12 février 1999, selon lequel le congé parental n'est accordé qu'aux parents d'enfants nés après le 31 décembre 1998 (ou pour lesquels la procédure d'adoption a été

introduite auprès du tribunal compétent après cette date), enfreint l'article 2, paragraphe 1, de la directive, qui fixe au 3 juin 1998 le délai pour sa transposition.

64. Nous devons tout de suite préciser que le grief de la Commission ne porte pas tant sur le fait que le Grand-Duché de Luxembourg aurait choisi une date de départ du droit au congé parental autre que celle prévue par la directive (le 31 décembre 1998 plutôt que le 3 juin 1998). Il porte en revanche, à titre principal, sur le critère choisi aux fins de l'acquisition de ce droit, à savoir le fait que le Grand-Duché de Luxembourg accorde le congé parental seulement aux parents d'enfants nés après cette date.

65. La Commission fait valoir en effet que la directive impose de reconnaître le droit précité aux parents de tous les mineurs d'un certain âge (que les États membres étaient libres de fixer jusqu'à un maximum de huit ans et que le Grand-Duché de Luxembourg a fixé à cinq ans) *indépendamment du fait qu'ils soient nés avant ou après la date prévue pour sa transposition*. Le Grand-Duché de Luxembourg devrait donc octroyer le congé parental également à tous les parents d'enfants nés avant le 3 juin 1998, mais qui n'auraient pas atteint l'âge de cinq ans à la date de la demande de congé.

¹⁸ — Arrêt du 27 novembre 1990, Commission/Italie (C-209/88, Rec. p. I-4313, point 14). Et ce parce que «la constatation du manquement d'un État membre n'est pas liée à celle d'un dommage qui en résulterait» (arrêt du 18 décembre 1997, Commission/Belgique, C-263/96, Rec. p. I-7453, point 30). En conclusion, «un État membre ne saurait exciper du fait que l'absence de mesures de transposition d'une directive n'a eu aucune conséquence néfaste sur le fonctionnement [...] de [celle-ci]» (ibidem).

66. Le Grand-Duché de Luxembourg réplique, en premier lieu, que le fondement

du droit au congé parental ne réside pas dans l'âge de l'enfant, mais justement dans le fait de sa naissance, ce qui, à ses dires, découlerait clairement des versions anglaise et allemande de la clause 2, point 1, de l'accord-cadre¹⁹.

67. D'autre part, poursuit le Grand-Duché de Luxembourg, la thèse de la Commission impliquerait l'application de la directive aux parents d'enfants nés avant la date prévue pour la transposition de la directive, en attribuant ainsi à celle-ci un effet rétroactif. Cela serait illégal parce que la jurisprudence aurait établi que les dispositions communautaires n'ont pas cet effet, sauf dans les cas, exceptionnels, où il apparaît clairement à partir des termes de la disposition que telle était l'intention du législateur²⁰.

68. En l'espèce, l'intention du législateur aurait été différente, comme le démontreraient divers éléments textuels de l'accord-cadre et de la directive, et en particulier le dixième considérant de cette dernière, selon lequel l'«accord-cadre [prévoit] des prescriptions minimales sur le congé parental et [renvoie] aux États membres et aux partenaires sociaux la définition des conditions d'application du congé parental, afin de

prendre en compte la situation, y compris celle de la politique familiale existant dans chaque État membre, notamment en ce qui concerne les conditions d'octroi du congé parental et de l'exercice du droit au congé parental».

69. Cela justifierait aussi l'introduction «progressive» du congé parental opérée par le Grand-Duché de Luxembourg. En effet, si le congé parental avait été octroyé également aux parents d'enfants nés avant le 31 décembre 1998 (en réalité, comme on l'a vu aux points 63 et 64, avant le 3 juin 1998), une série de difficultés d'ordre pratique serait apparue pour la mise en œuvre de la directive parce qu'il aurait été nécessaire d'établir pour chaque cas si ces parents avaient déjà bénéficié pour le même enfant d'autres types de congés antérieurement prévus.

70. Pour notre part, nous ne pouvons pas partager sur ce point l'argument du Grand-Duché de Luxembourg. Comme on le sait, en effet, les «difficultés d'application apparues au stade de l'exécution d'un acte communautaire ne sauraient permettre à un État membre de se dispenser unilatéralement de l'observation de ses obligations»²¹. En

19 — Respectivement «on the grounds of the birth» et «im Fall der Geburt».

20 — Le Grand-Duché de Luxembourg invoque, ex multis, l'arrêt du 11 juillet 1991, Crispoltoni (C-368/89, Rec. p. I-3695, points 17 et 20).

21 — Arrêt du 9 mars 2004, Commission/Grand-Duché de Luxembourg (C-314/03, Rec. p. I-2257, point 5). Voir, également, arrêts du 7 février 1979, Commission/Royaume-Uni (128/78, Rec. p. 419, point 10); du 19 février 1991, Commission/Belgique (C-374/89, Rec. p. I-367, point 10), et du 23 mars 2000, Commission/France (C-327/98, Rec. p. I-1851, point 21).

conséquence, même à la supposer réelle, la prétendue complexité des vérifications nécessaires pour mettre en œuvre la directive (voir le point précédent) ne saurait exonérer le Grand-Duché de Luxembourg de ses propres responsabilités.

71. Cela étant précisé, nous abordons le point central du désaccord entre les parties, à savoir si le fondement du droit au congé parental se rattache au fait de la naissance ou alors au bas âge de l'enfant et au besoin d'assistance qui en découle.

72. Il est constant, comme le souligne le Grand-Duché de Luxembourg, que le libellé de l'accord-cadre homologué par la directive affirme que le droit au congé parental est attribué «en raison de la naissance» d'un enfant. Il serait du reste difficile d'imaginer le contraire, vu que ce droit existe à condition qu'un enfant soit venu au monde. Cela ne signifie cependant pas, à notre avis, que le fondement du droit réside dans le fait même de la naissance, considérée comme un événement ponctuel. Il nous semble par contre évident, et cela ressort du reste clairement de la clause 2, point 1, elle-même de l'accord-cadre homologué par la directive, que ce fondement réside dans la nécessité d'assurer une assistance aux enfants en bas âge et de ce fait dans l'intention de permettre aux parents de se consacrer à leur enfant, évidemment une fois qu'il est né et pour la période considérée comme nécessaire à cette fin.

73. S'il en est ainsi, cependant, il s'ensuit également que la thèse de la Commission ne confère nullement à la directive une portée rétroactive, mais l'applique d'une façon tout à fait conforme au principe, consacré par la jurisprudence bien connue de la Cour, selon lequel «une règle nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne»²², c'est-à-dire s'applique «aux situations en cours»²³, qui en l'espèce sont celles déterminées par le bas âge de l'enfant et, par conséquent, de la nécessité persistante de l'assister.

74. Il nous semble donc qu'entre les deux thèses en présence ce soit celle de la Commission qui respecte le mieux les finalités de la directive. Et tel semble également être l'avis des autres États membres, s'il est vrai, comme le signale justement la Commission, qu'ils se sont ralliés à cette thèse.

75. Le Grand-Duché de Luxembourg soulève cependant également d'autres objections contre le recours. Avant tout, il cherche à tirer parti de l'article 3, paragraphe 4, de la loi du 12 février 1999 (qui, rappelons-le, ne fait pas l'objet d'une contestation dans la présente procédure: voir ci-dessus, les points 20 et 60), lequel prévoit qu'un des

22 — Arrêt du 29 janvier 2002, Pokrzepowicz-Meyer (C-162/00, Rec. p. I-1049, point 50).

23 — Ibidem, point 51.

parents est obligé — sous peine de déchéance du droit — de demander le congé parental juste après la fin du congé de maternité.

76. Or, selon les dires du gouvernement Grand-Duché de Luxembourgeois, cette disposition impliquerait l'impossibilité d'accorder le congé parental à des parents d'enfants nés avant le 31 décembre 1998 (c'est-à-dire avant la date fixée par l'article 19, cinquième alinéa, de la loi du 12 février 1999). En effet, en application de cette disposition un des parents d'un enfant né, par exemple, le 1^{er} janvier 1998, aurait dû demander le congé parental au printemps de cette année, c'est-à-dire à l'expiration du congé de maternité. Ne l'ayant pas fait, il aurait irrémédiablement perdu ce droit.

77. Nous devons toutefois observer que, en conséquence du choix opéré par le législateur Grand-Duché de Luxembourgeois, le congé parental devrait être refusé également au parent qui le demande en second, et qui pourrait donc le demander à une date quelconque, pourvu que son enfant n'ait pas atteint l'âge de cinq ans. Il en résulte que, même indépendamment de la conformité de l'article 3, paragraphe 4, de la loi du 12 février 1999 avec la directive — conformité qui suscite certains doutes —, le Grand-Duché de Luxembourg commet au moins sous cet aspect un manquement, dans la mesure où, si l'enfant est né avant le 31 décembre 1998 (plus exactement le 3 juin 1998), il refuse le congé parental aussi au parent non lié par cette disposition.

78. Enfin, le Grand-Duché de Luxembourg fait valoir que, avec l'introduction de l'article 10, sixième alinéa, dans la loi du 12 février 1999 (qui a eu lieu avec la loi du 21 novembre 2002, donc dans le délai imparti par l'avis motivé), il aurait été mis fin au manquement grâce au fait que cette disposition étend aux parents des enfants nés avant le terme fixé pour la transposition de la directive le droit au congé parental minimal qu'elle prévoit.

79. Nous observons toutefois que la disposition en question se borne à prévoir que «[l]e rejet définitif, par [l'administration compétente], de la demande en obtention de l'indemnité prévue [pour le congé parental] ne préjuge pas de l'octroi éventuel d'un congé parental par l'employeur dans les conditions prévues par la [directive 96/34]».

80. Il s'ensuit que les parents d'enfants âgés de moins de cinq ans mais nés avant le 31 décembre 1998 se verraient reconnaître un congé parental sans indemnité et d'une durée de seulement trois mois, correspondant au minimum prévu par la directive, alors que les parents d'enfants eux aussi âgés de moins de cinq ans, mais nés plus tard, bénéficient d'un congé parental de six mois avec une indemnité.

81. Les mêmes considérations sur le principe de non-discrimination qui viennent d'être formulées à propos du premier moyen (voir ci-dessus, points 49 et suivants) et qui, comme chacun se rappelle, nous ont amené à conclure que la disposition Grand-Duché

de Luxembourgeoise précitée n'est pas apte à compléter correctement la transposition de la directive (voir ci-dessus, point 57), valent donc aussi dans ce contexte.

IV — Sur les dépens

82. Il nous apparaît donc que même le second moyen du recours est fondé.

83. Cela étant, nous proposons donc de faire droit au présent recours.

84. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation du Grand-Duché de Luxembourg et celui-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de le condamner aux dépens.

V — Conclusions

85. Cela étant, nous proposons à votre Cour de déclarer que:

«1) En prévoyant qu'un congé de maternité met fin à un congé parental en cas de chevauchement entre les deux, et en limitant l'octroi du droit au congé parental seulement aux parents d'enfants nés après le 31 décembre 1998, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en application de la directive 96/34/CE du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

2) Le Grand-Duché de Luxembourg est condamné aux dépens.»