

N° 6442²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

portant modification:

1. du Code du travail;
2. des articles 1 et 2 du 3 août 2010 1) portant introduction de diverses mesures temporaires visant à promouvoir l'emploi et à adapter les modalités d'indemnisation de chômage et complétant ou dérogeant à certaines dispositions du Code du travail; 2) modifiant les articles L.513-3, L.521-7 et L.523-1 du Code du travail; 3) modifiant la loi modifiée du 17 février 2009 portant: 1. modification de l'article L.511-12 du Code du travail; 2. dérogation, pour l'année 2009, aux dispositions des articles L.511-5, L.511-7 et L.511-12 du Code du travail;
3. des articles 2 et 3 de la loi modifiée du 17 février 2009 portant 1. modification de l'article L.511-12 du Code du travail; 2. dérogation pour l'année 2009, aux dispositions des articles L.511-5, L.511-7 et L.511-12 du Code du travail

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(3.7.2012)

Par dépêche du 30 mai 2012 du Premier Ministre, Ministre d'Etat, le Conseil d'Etat fut saisi du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Le projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière ainsi que d'une fiche d'évaluation d'impact.

En date du 21 juin 2012, le Conseil d'Etat s'est vu transmettre l'avis de la Chambre des salariés. Au moment de l'adoption du présent avis, les avis des autres chambres professionnelles consultées ne lui étaient pas encore parvenus.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis vise d'abord à proroger, jusqu'au 31 décembre 2013, différentes dispositions légales dont la validité est actuellement limitée jusqu'au mois d'août 2012, respectivement jusqu'au mois de décembre 2012.

Par ailleurs, le projet entend apporter quelques modifications ponctuelles aux dispositions régissant le chômage partiel de source structurelle.

Le projet propose également d'abroger le point 1 de l'article L. 131-3(1) du Code du travail aux termes duquel l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail intérimaire ne peut être autorisé par le ministre qu'à la condition qu'il le soit à titre exclusif.

Finalement, le projet vise à modifier l'article L. 523-1(2) afin de créer la possibilité de prolonger les périodes d'occupation temporaire indemnisées des chômeurs de plus de 50 ans.

EXAMEN DES ARTICLES

Intitulé

Au point 2, il y a lieu d'écrire „des articles 1er et 2“ et au point 3, il convient d'ajouter, conformément au libellé original de la loi du 17 février 2009, une virgule après le mot „dérogation“.

Article 1er

Point 1°

Aux termes de cette disposition, le point 1 de l'article L. 131-3(1) du Code du travail est supprimé. Désormais, l'autorisation du ministre du Travail, visée à l'article L. 131-2 et permettant l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail intérimaire, ne sera plus subordonnée à la condition que cette activité le soit à titre exclusif.

Selon l'exposé des motifs, cette ouverture tiendrait compte de la réalité actuelle. Il ne serait plus possible de dissocier l'activité d'entreprise de travail intérimaire de celle d'un cabinet de recrutement. La mesure proposée est loin d'être anodine.

Dans son avis du 7 juin 2012, relatif au projet de loi sous rubrique, la Chambre des salariés a procédé à une analyse détaillée de la question, basée sur un article publié dans la revue „Travail et emploi“ n° 84 d'octobre 2000. Elle souligne notamment qu'à ses yeux la suppression de la condition de l'exercice de l'activité de travail intérimaire à titre exclusif permettrait aux entrepreneurs de travail intérimaire de jouer le rôle de l'ADEM en matière de placement. Dans la mesure où toute entreprise privée a par sa nature un but lucratif, la notion de service public de l'emploi serait ainsi remise en cause. La chambre professionnelle cite les grands principes qui doivent gouverner un service public en matière de placement, à savoir le principe de solidarité, d'accès universel, d'égalité de traitement, de disponibilité, de continuité et de durabilité, ainsi que le principe des droits des utilisateurs. Ces principes ne s'imposent pas aux entreprises de recrutement privées.

Le cadre légal actuel est en conformité avec la Convention OIT n° 96 sur les bureaux de placement payants (révisée) approuvée par la loi du 2 février 1958 dans le cadre de laquelle l'Etat s'était engagé à supprimer progressivement „les bureaux de placement payants“.

Or, selon une enquête menée par le CEPS/INSTEAD, „seulement 40% des offres d'emploi sont déclarées à l'ADEM. Pour 52% des recrutements signalés à l'ADEM, l'entreprise déclare utiliser l'agence publique comme un véritable canal permettant de lui fournir des candidats. Enfin, parmi les recrutements où l'on observe une activation de l'ADEM pour prospecter des candidats, 31% ont été concrétisés via l'ADEM. L'ADEM ne constitue donc finalement le canal effectif de recrutement que dans 7% de l'ensemble des recrutements.¹“

Il est dès lors un fait que les techniques de prospection des candidats à l'embauche évoluent largement en marge du cadre légal.

Le Conseil d'Etat constate que le régime légal luxembourgeois tel qu'il résulte de la loi du 18 janvier 2012 portant création de l'Agence pour le développement de l'emploi est plus restrictif que le système en vigueur dans nos pays voisins et notamment en France et en Allemagne.

Ainsi, en France, la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 n° 2005-32 („loi Borloo“) a élargi le champ d'action des agences privées d'emploi en leur donnant la possibilité d'exercer, conjointement à l'intérim, une activité de „placement“. Depuis lors, ces agences proposent du recrutement pour le compte d'entreprises et du „placement“ en partenariat avec les organismes du service public.

Cette approche se sent confortée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne depuis les arrêts *Höfner* (CJCE 23.4.1991, n° 41/90), *Job center II* (CJCE 11.12.1997, C-55/96) et *Giovanni Carra* (C-258/98).

Dans cette dernière décision, la Cour, anticipant l'approche purement économique de la directive „Services“, a dit pour droit que „des bureaux publics de placement sont soumis à l'interdiction de l'article 86 du Traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui leur a été impartie. L'Etat membre qui interdit toute activité de médiation et d'interposition entre demande et offre d'emploi, lorsqu'elle n'est pas exercée par ses bureaux, enfreint l'article 90(1)

¹ Place de l'ADEM dans les recrutements des entreprises implantées au Grand-Duché; GENEVOIS Anne-Sophie, 2009, CEPS Population et Emploi n° 45

du Traité lorsqu'il crée une situation dans laquelle les bureaux publics de placement sont nécessairement amenés à contrevenir aux dispositions de l'article 86 du Traité. Il en est ainsi, notamment, lorsque se trouvent réunies les conditions suivantes:

- les bureaux publics de placement ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire, pour tout genre d'activités, la demande que présente le marché du travail;
- l'exercice effectif des activités de placement par les sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur de dispositions légales interdisant ces activités sous peine de sanctions pénales et administratives;
- les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou au territoire d'autres Etats membres ...“.

La CJUE avait toutefois également jugé qu'un organisme de sécurité sociale agissant dans le cadre d'un régime de monopole ne constitue pas une entreprise dès lors que son activité, fondée sur le principe de solidarité, et dépourvue de tout but lucratif, n'est pas économique (CJCE 17.2.1993, *Poucet et Pistre*, C-159-91 et C-160/91). Dès lors, la finalité sociale du placement public et sa mission de service de base universel justifient certaines règles privilégiant les services publics par rapport aux placeurs privés.

Force est toutefois de constater que les agences privées d'emploi remplissent une fonction désormais incontournable sur le „marché du placement“, d'où un écart grandissant entre les dispositions légales et la réalité. Cette évidence a également été reconnue par l'Organisation internationale du travail (OIT) qui a adopté le 19 juin 1997 la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées (convention entrée en vigueur mais non ratifiée par le Luxembourg).

Dans cette nouvelle convention, l'OIT reconnaît „le rôle que les agences privées peuvent jouer dans le bon fonctionnement du marché du travail“.

Cette convention coexiste actuellement avec la Convention n° 96 de 1949 relative aux bureaux de placement payants. En contrepartie de l'abandon de l'interdiction de principe, la Convention OIT n° 181 prescrit des mesures destinées à assurer la protection des travailleurs, spécialement dans la gestion des données. Elle exige également que les partenaires sociaux soient consultés sur la détermination du statut juridique de ces agences.

La question se pose par ailleurs si le cadre légal luxembourgeois interdisant à des entreprises de travail intérimaire d'exercer parallèlement une autre activité est compatible avec la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur. Si les services des agences de travail intérimaire sont formellement exclus du champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (article 2(2) e) de la directive et article 1er de la loi du 24 mai 2011), il en va autrement des services de placement ou de recrutement qui, selon le vœu de la Commission, et selon l'interprétation donnée par elle à la directive, doivent être couverts par les mesures de mise en œuvre².

L'abrogation de la condition d'exclusivité figurant à l'article L. 131-3 est dès lors conforme aux exigences de la directive suscitée et est approuvée par le Conseil d'Etat.

Point 2°

Aux termes de ce point, le paragraphe 2 de l'article L. 523-1 du Code du travail sera „complété“ par un nouvel alinéa 4 de la teneur suivante:

„Pour les chômeurs de plus de 50 ans l'occupation temporaire indemnisée peut être prolongée au-delà des douze mois visés ci-dessus dans les limites du paragraphe (3) de l'article L. 521-11.“

La disposition du projet de loi vise, selon ses auteurs, à réparer une lacune dans le texte actuel qui est apparue lors de l'application pratique des dispositions spéciales pour les chômeurs âgés, introduites par la loi du 3 août 2010.

En effet, le libellé actuel ne permet la prorogation de l'occupation temporaire indemnisée (OTI) que si le chômeur arrive „en fin de période d'indemnisation“.

Or, le chômeur âgé de plus de 50 ans peut bénéficier d'une période de chômage indemnisé jusqu'à vingt-quatre mois en vertu des dispositions de l'article L. 521-11(3) réglant la durée de l'indemnité de chômage complet. Dès lors, au moment où la période fixée à l'alinéa 3 de l'article L. 521-11(3) est

² Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive „services“ publié par la Commission européenne ISBN 978-92-79-05984-1, page 12

écoulée (deux fois six mois), une des conditions légales permettant de saisir la Commission consultative instituée par la loi en vue de prolonger l'OTI n'est pas encore remplie: le chômeur n'est pas en fin de droit³.

Le nouvel alinéa 4, selon le libellé proposé, permettra de maintenir l'OTI durant toute la période de chômage indemnisé. A l'issue de cette période et en application de l'actuel alinéa 4, devenu l'alinéa 5, l'OTI peut être prolongée sur décision du directeur de l'ADEM pour les chômeurs âgés de plus de 50 ans ne bénéficiant pas d'une autre mesure sociale, d'année en année, jusqu'à l'âge de la retraite légale.

Tout en regrettant le libellé quelque peu alambiqué de l'article L. 523-1(2) suite à l'insertion du nouvel alinéa 4 entre l'actuel alinéa 3 et l'actuel alinéa 4, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la modification proposée.

Article 2

L'article 2 sous avis vise à modifier les articles 2 et 3 de la loi modifiée du 17 février 2009 portant 1. modification de l'article L. 511-12 du Code du Travail; 2. dérogation, pour l'année 2009, aux dispositions des articles L. 511-5, L. 511-7 et L. 511-12 du Code du Travail en vue de proroger leurs effets de douze mois supplémentaires.

Le Conseil d'Etat rappelle sa réticence à l'égard de toutes les dispositions législatives contenant une „*sunset clause*“. Depuis 2009, il est dérogé aux dispositions des articles L. 511-12, L. 511-5 et L. 511-7. Le législateur est obligé d'adopter régulièrement, dans l'urgence, des lois réitérant cette dérogation „temporaire“ par rapport aux dispositions du Code du travail censées toujours constituer la loi permanente. Une telle situation ne contribue guère à la sécurité juridique. Elle engendre également tous les ans un travail législatif et administratif fastidieux.

Dans la mesure où une amélioration à court terme de la situation de l'emploi n'est malheureusement pas en vue, le Conseil d'Etat invite les auteurs à reconsidérer leur approche à l'avenir et à modifier les dispositions du Code du travail, quitte à revenir aux dispositions antérieurement en vigueur par la mise en place des conditions plus restrictives en cas de reprise de l'économie permettant l'embauche des chômeurs âgés, bénéficiaires des mesures actuellement dérogatoires au Code du travail.

En attendant cette nouvelle approche, vu l'urgence et en ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat suggère de remplacer l'énumération des années d'application figurant à l'alinéa 1er de l'article 2 de la loi modifiée du 17 février 2009 précitée comme suit:

„Par dérogation à l'article 1er, l'indemnité de compensation, versée par l'employeur dans le cadre de l'article L. 511-12 du Code du travail au cours des années 2009 à 2013 inclusivement, est entièrement remboursée par l'Etat.“

La même observation vaut pour l'alinéa 2 du même article:

„Au cours des années 2009 à 2013 inclusivement, l'indemnité de compensation sera remboursée par l'Etat à l'employeur ...“

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation concernant la modification proposée à l'article 3 de la loi modifiée du 17 février 2009, sauf à remplacer également dans ce contexte l'énumération des années par la mention „... des années 2009 à 2013 sont valables ...“.

Articles 3 et 4

Pour ce qui est de la forme de ces articles, le Conseil d'Etat renvoie à ses développements à l'endroit de l'article 2. Les mesures envisagées constituant des choix politiques dans le cadre de la lutte contre le chômage, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler sur le fond.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 3 juillet 2012.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente ff.,
Viviane ECKER

³ Le règlement grand-ducal portant application des dispositions relatives à la Commission consultative prévues à l'article L. 523-1 du Code du travail, avisé par le Conseil d'Etat le 31 janvier 2012, n'est pas publié à la date de l'adoption du présent avis. De par l'effet direct de la loi, le directeur de l'ADEM peut néanmoins prendre sa décision.