

N° 6545³**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2012-2013

PROJET DE LOI**portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(2.7.2013)

Par dépêche du 7 février 2013, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Le texte du projet de loi 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.

L'avis de la Chambre des salariés ainsi que l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers sont parvenus au Conseil d'Etat respectivement en date des 15 avril et 14 mai 2013.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi soumis à l'avis du Conseil d'Etat se propose de réformer le dialogue social à l'intérieur des entreprises pour le rendre plus efficace par une simplification des modalités et la suppression des dispositions qui font double emploi. Par l'abrogation du comité mixte et le transfert de ses missions en matière d'information, de consultation et de codécision aux délégations du personnel, le projet de loi vise à placer la délégation du personnel au centre du dialogue social en l'élevant au rang de véritable représentant des salariés et d'interlocuteur de l'employeur dans l'entreprise. Il propose d'améliorer la qualité du dialogue social par l'adaptation des moyens et attributions des délégués à la réalité économique et par le renforcement de leur protection. L'amélioration qualitative du fonctionnement des délégations du personnel devrait être étayée par le concours de conseillers et d'experts externes.

Outre la suppression du comité mixte et le transfert de ses missions, le projet entend simplifier la représentation du personnel par la mise en place d'une seule délégation par entreprise. Si le texte proposé supprime les trois types de délégation actuellement prévus, la délégation principale, la délégation divisionnaire et la délégation centrale, il maintient cependant trois niveaux de représentation en introduisant les dispositions relatives aux représentants d'établissement et à la délégation au niveau de l'entité économique et sociale.

En cas de différend quant à la mise en œuvre de certaines dispositions légales, le projet propose d'introduire la médiation en tant que moyen de résolution des conflits collectifs.

Le Conseil d'Etat reviendra sur le contenu de ces nouvelles dispositions lors de l'examen des articles.

Il peut marquer son accord à la démarche du Gouvernement visant à réviser complètement le Titre Ier du Livre IV du Code du travail actuellement en vigueur. Cependant, le projet de loi lui soumis pour avis n'est pas un texte autonome qui se substituerait au texte en vigueur qu'il abrogerait. Les modifications prévues affectent le texte soit de manière ponctuelle, soit dans son intégralité, mais elles ne sont pas énoncées de manière expresse. Au contraire, le projet de loi reprend également les articles dont le contenu reste inchangé. Cette approche contraire aux principes légistiques enlève toute lisibilité

aux modifications envisagées. Le Conseil d'Etat entend toutefois limiter d'une façon générale l'examen des articles aux seules dispositions modifiées dans le projet sous avis.

Le Conseil d'Etat rejoint la critique formulée notamment par la doctrine¹ au sujet de l'omission des auteurs de remplacer avec précision les notions abolies dans la loi en projet à travers les différentes dispositions du code. Il est renvoyé dans ce contexte aux observations à l'endroit de l'article 6 du projet sous examen en rapport avec la notion de „comité mixte“. La même observation vaut pour d'autres notions telles que celle de „délégation d'établissement“, abolie par la loi en projet mais qui continuera à figurer notamment à l'article L. 211-23, alinéa 3 du Code du travail. Les notions de „délégation principale“ ou „délégation principale de l'établissement“ continueront à figurer aux articles L. 124-2, L. 142-2, paragraphe 1er, alinéa 1er, L. 231-6, paragraphe 2, alinéa 2, L. 231-9, paragraphe 1er, L. 432-10, paragraphe 3, L. 432-46, paragraphe 3, L. 442-2, paragraphe 3, L. 443-3, paragraphe 5, L. 452-2, paragraphe 3, L. 453-3, paragraphe 5, L. 581-3, paragraphe 2, L. 583-3, paragraphe 2 et L. 483-4, paragraphe 1er.

La notion de „délégation centrale“ subsiste aux articles L. 432-10, paragraphes 2 et 3, L. 432-46, paragraphes 2 et 3, L. 442-2, paragraphes 2 et 3, L. 443-3, paragraphes 4 et 5, L. 452-2, paragraphes 2 et 3 et L. 453-3, paragraphes 4 et 5.

Le Conseil d'Etat renvoie dans ce contexte également à ses observations à l'endroit de l'article L. 415-11 concernant le remplacement de l'expression „mise à pied“ par „dispense immédiate“. En outre, il y a lieu de remplacer systématiquement les termes „délégué à la sécurité“ par ceux de „délégué à la sécurité et à la santé“ à travers toutes les dispositions légales où ils figurent.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Intitulé

Comme le projet de loi vise à modifier certaines dispositions du Code du travail, ces modifications doivent être évoquées dans l'intitulé. L'intitulé pourra prendre la teneur suivante:

„Projet de loi portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le Code du travail“

Si des modifications sont à apporter à d'autres textes légaux, le projet de loi devra être complété en conséquence et ces textes devront également figurer à l'intitulé.

Article 1er

L'article 1er du projet de loi regroupe toutes les modifications apportées aux dispositions du code relatives aux délégations du personnel figurant au Titre Premier du Livre IV.

Selon les auteurs, ce titre s'intitulera désormais „Délégations“ au lieu de „Délégations du personnel“ et regroupera sept chapitres, à savoir:

- Chapitre I.– Mise en place des délégations
- Chapitre II.– Composition de la délégation du personnel
- Chapitre III.– Désignation des délégués du personnel
- Chapitre IV.– Attribution de la délégation du personnel
- Chapitre V.– Statuts des délégués du personnel
- Chapitre VI.– Organisation et fonctionnement
- Chapitre VII.– Dispositions finales.

¹ „Commentaire critique du projet de réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises“, Jean-Luc Putz, Les cahiers du droit luxembourgeois, n° 18, avril 2013.

Chapitre I.– Mise en place des délégations

Section 1.– Délégations du personnel

Article L. 411-1

Selon le libellé de cet article, l'obligation de faire désigner des délégués du personnel sera désormais imposée à „toute entreprise“ et non plus à „tout employeur“.

Le Conseil d'Etat approuve cette nouvelle approche. Le dialogue social doit être organisé au niveau auquel les décisions tombant dans la compétence des délégations sont effectivement prises et mises en œuvre. L'établissement ne joue plus qu'un rôle secondaire. Par ailleurs, cette solution permettra de faire l'économie des délégations par établissement dans les secteurs où existent, au sein d'une même entreprise, plusieurs établissements. La réforme renforcera le poids de la délégation et sa capacité à assurer des missions plus complexes tout en facilitant le contrôle du respect de la loi.

Les cas de figure où des établissements de petite envergure comportent un effectif qui se trouve en deçà ou au-delà du seuil de quinze salariés, ce qui peut prêter à discussion, se trouveront réduits. La réduction très probable du nombre de délégués et de délégations, notamment aussi par suite de l'introduction du statut unique, constituera aussi une mesure de simplification administrative pour les entreprises.

Le seuil minimal de quinze salariés au-delà duquel la constitution d'une délégation est imposée est maintenu. Les auteurs entendent toutefois fixer sans équivoque le moment de la constatation de ce seuil. La Chambre des salariés souligne à juste titre que la date de computation est très rapprochée de celle des élections, ce qui risque de créer des difficultés d'organisation et d'interprétation. Le Conseil d'Etat estime néanmoins que toute solution alternative présenterait à son tour des inconvénients. Il est renvoyé dans ce contexte aux observations à l'endroit de l'article L. 414-4 ci-après.

Article L. 411-2

Sans observation.

Section 2.– Représentants d'établissement

Article L. 411-3

Selon le projet de loi, il est prévu d'abandonner les délégations divisionnaires au sein d'une même entreprise et de remplacer cette structure, sous certaines conditions, par des représentants d'établissement.

L'exposé des motifs ne précise pas les raisons qui ont conduit les auteurs à instituer cette forme de représentants. Le Conseil d'Etat estime que le souci de maintenir sous certaines conditions des représentants d'établissement tranche par rapport à l'absence de toute disposition visant à éviter d'autres disparités toutes aussi fâcheuses. Ainsi le projet de loi ne contient aucune mesure favorisant une représentation équilibrée des sexes au sein de la délégation.

Selon le libellé de l'article, quatre conditions doivent être remplies pour permettre l'élection de représentants d'établissement:

- un tiers des membres de la délégation du personnel de l'entreprise doit présenter pareille demande;
- l'„établissement distinct“ au sens de l'article L. 411-3, alinéa 3 doit occuper au moins cent salariés;
- aucun ou un seul délégué du personnel issu de l'établissement distinct fait partie de la délégation du personnel de l'entreprise au jour de la demande;
- la demande doit être présentée dans les trois mois après l'élection de la délégation de l'entreprise.

La définition de l'„établissement distinct“ telle que proposée n'est pas sans poser problème. En France, en l'absence de définition légale, la notion est à l'origine d'un contentieux assez fourni. Par un arrêt du 18 mai 2011 (n° 10-60.383), la Cour de cassation française a décidé que l'établissement distinct se caractérise par l'existence d'un représentant de l'employeur et par une certaine autonomie de l'établissement. Le recours au représentant d'établissement répond à la préoccupation d'offrir un interlocuteur au négociateur du côté des salariés, en retenant le critère de l'autonomie du pouvoir de direction. Contrairement à un pays plus vaste où l'intérêt de la question réside souvent dans l'éloigné-

ment géographique important entre les différents établissements – le terme „établissement“ incluant par ailleurs en droit commun une certaine séparation territoriale –, l'intérêt de voir élire des représentants d'établissement devrait être tout relatif. Une telle structure complique nécessairement les discussions internes à la délégation.

Le Conseil d'Etat estime qu'il est utile de définir la notion d'établissement dans le présent contexte dans la mesure où elle n'a pas la même signification que dans d'autres dispositions du code. L'établissement n'est, dans le contexte de l'article L. 411-3, qu'une subdivision de l'entreprise. Il estime néanmoins que le recours au terme „notamment“, introduisant des exemples („notamment de production ou d'exploitation“) n'est pas utile. La question se pose si le recours à la notion d'„autonomie“ ne serait pas mieux à propos.

A l'article L. 411-3, mais également dans les dispositions des articles L. 411-4 et L. 412-2, paragraphe 2, n'est mentionnée que la Commission de médiation et non pas le médiateur qui peut être désigné dans les entreprises non couvertes par une convention collective ayant instauré une commission de médiation.

L'alinéa 4 de l'article L. 411-3 pourrait se lire comme suit:

„A cet effet, il y a lieu d'entendre par établissement distinct, un établissement réunissant de façon durable des moyens matériels et un personnel dirigé par un chef d'établissement jouissant d'un certain pouvoir de gestion autonome.“

A noter que le projet de loi ne règle pas l'hypothèse où, par suite d'une cessation d'un mandat d'un délégué du personnel en place, un délégué de l'entreprise issu de l'établissement distinct vient en son remplacement. En l'absence de dispositions particulières dans la loi et à supposer qu'il ne s'agisse pas de la même personne, le mandat du représentant d'établissement sera maintenu jusqu'à son terme. Si, par contre, au cours du mandat, le représentant d'établissement rejoint, de son accord, un autre établissement au sein de l'entreprise, son mandat prendra fin, ceci par analogie avec le point 2 de l'article L. 415-3 du projet de loi.

Selon l'alinéa 1er, l'élection d'un ou de deux représentants d'établissement peut être demandée par un tiers des délégués du personnel de l'entreprise. En cas de désaccord entre le chef d'entreprise et la délégation du personnel sur l'existence et les contours d'un établissement, la Commission de médiation ne pourra toutefois être saisie que sur base d'une décision majoritaire au sein de la délégation, sinon par le chef d'entreprise. Le chef d'entreprise aurait-il intérêt à introduire un tel recours? Les questions en rapport avec la situation qui se présente en cas d'échec de la médiation seront examinées à l'endroit de l'article L. 417-3.

Le projet dispose que les représentants d'établissement seraient élus „selon le système de la majorité relative“, système en vigueur pour les délégués du personnel dans les entreprises réunissant un effectif supérieur à cent salariés. Le Conseil d'Etat a pris acte des nombreuses questions soulevées, notamment dans l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 25 avril 2013 au sujet du rôle et des pouvoirs des „représentants d'établissement“ et qui ne trouvent pas de réponse dans le projet. Force est de constater qu'il sera probablement impossible de résoudre toutes ces éventuelles difficultés dans le cadre de la loi en projet. Les représentants d'établissement ne forment pas une sorte de délégation „bis“ au niveau de l'établissement. Ils ne peuvent pas agir de manière autonome dans la mesure où aucune mission spécifique ne leur est dévolue dans la loi. Leur intervention dans les attributions de la délégation figure aux alinéas 9 et 10 de l'article. Selon l'alinéa 9, ils participent aux réunions de la délégation „en tant que membres ayant le statut d'observateurs“, donc sans droit de parole et sans droit de vote.

L'alinéa *in fine* crée la confusion. Il semble résulter de l'économie du texte que les représentants d'établissement n'accomplissent la mission des délégués du personnel que pour autant que des questions spécifiques touchant exclusivement sinon principalement aux intérêts des salariés de leur établissement sont en jeu. Or, selon le libellé actuel, les „représentants d'établissement“ auraient voix au chapitre sur toutes les questions tombant dans la compétence de la délégation dès lors que la question à l'ordre du jour concerne „directement“ l'établissement auquel ils appartiennent, c'est-à-dire en fin de compte la quasi-totalité des points. Si les représentants d'établissement participent aux votes, le résultat des élections des délégués serait ainsi, dans certains cas de figure, faussé. Une telle situation générerait des conflits récurrents, notamment entre des délégués et représentants d'établissement élus sur des listes concurrentes. Si, comme cela résulte de l'économie générale du texte, la fonction des représentants d'établissement consiste essentiellement à faire le lien entre les salariés des établisse-

ments non représentés dans la délégation et les délégués élus représentant les intérêts de tous les salariés de l'entreprise, il ne paraît pas utile d'accorder un droit de vote illimité aux représentants d'établissement. Le Conseil d'Etat propose de les cantonner dans le rôle d'observateur. Cette solution aurait l'avantage de réduire le nombre de situations conflictuelles au sein des délégations. Le simple fait que la personne élue en qualité de „représentant d'établissement“ ne disposait manifestement pas d'une assise très solide parmi les salariés de l'établissement ou au-delà – autrement elle aurait été élue déléguée – ne plaide d'ailleurs pas en faveur d'un renforcement des compétences à ce niveau.

En ordre très subsidiaire et si les auteurs estimaient néanmoins nécessaire de maintenir, dans certaines conditions, un droit de vote au profit des représentants d'établissement, le Conseil d'Etat propose le libellé suivant pour l'alinéa 10 de cet article:

„Pour toutes les questions concernant spécifiquement un établissement distinct, les représentants de l'établissement ont un droit de vote.“

Il va de soi que ces décisions sont prises au sein de la délégation conformément à l'article L. 416-5 qui constitue le régime de droit commun.

Le Conseil d'Etat ne saisit pas l'utilité, la nécessité et la finalité d'instaurer, au profit des représentants d'établissement, le droit de demander „une deuxième délibération“. Les auteurs n'expliquent pas ce choix. Est-ce à dire que les représentants d'établissement ne participent pas au premier vote? Est-ce que, en présence de deux représentants d'établissement, chacun d'eux pourrait solliciter une deuxième délibération avec vote, même en cas d'opposition de l'autre? Qu'en est-il si le deuxième vote, incluant les voix des représentants d'établissement, diffère du premier? Quelle décision l'emporterait? Au vu de l'incohérence de cette disposition et de l'insécurité juridique en résultant, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

A souligner que, selon le libellé de l'article, le mandat de représentant d'établissement ne confère à son titulaire aucun des avantages accordés aux délégués, mis à part ceux visés aux articles L. 415-11 et L. 415-12. Ils ne bénéficient notamment pas d'un crédit d'heures. Cette circonstance souligne le rôle effacé concédé à cette fonction.

Section 3.– Délégations au niveau de l'entité économique et sociale

Article L. 411-4

La notion d'„entité économique et sociale“, ci-après „EES“, fut introduite dans le cadre de la loi du 30 juin 2004 concernant les relations collectives du travail et figure à l'article L. 161-2, alinéa 1er du Code du travail.

L'expression se retrouve également à l'article L. 212-5 traitant de la durée de travail et dans la jurisprudence (voir notamment un arrêt de la Cour d'appel du 3 mai 2012, n° 37556). Selon cette jurisprudence, „Les critères distinctifs d'une entité économique et sociale qui ne sont pas forcément identiques pour les diverses institutions et varient selon la finalité et l'intérêt du bon fonctionnement de l'institution en cause, sont: au plan économique, une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires; au plan social, une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts avec par exemple un statut social semblable; les deux types d'unité (social et économique) sont indispensables pour qu'il y ait une unité économique et sociale“.

Dans un autre arrêt du 10 février 2011 (n° 35088), la Cour a décidé que „L'identité du siège social, l'appartenance du capital social, la similitude de l'objet social, la complémentarité des activités ainsi que la direction commune“ des sociétés pour conclure à une EES. La notion existe aussi en droit français („unité économique et sociale“; cf. L. 2322-4 du Code du travail français).

Dans un arrêt du 9 février 1999 (n° 11081), la Cour administrative a retenu que „Le fait qu'une entreprise soit composée de plusieurs entités juridiques différentes n'exclut pas la possibilité qu'il puisse s'agir d'une seule entité économique devant être considérée comme entreprise unique au sens de la loi du 18 mai 1979 ... et qu'il échète d'éviter que la division d'une entreprise en sociétés juridiquement distinctes ne puisse la faire échapper à l'application de la loi sur les délégations du personnel“. Selon la Cour administrative, „Il y a unité économique lorsque, malgré l'existence de sociétés juridiquement distinctes, il y a direction commune et travail ou conditions de travail similaires“. Une décision du Tribunal administratif du 25 janvier 2011 (n° 26924) a refusé de considérer deux sociétés comme EES en estimant que le fait que deux entreprises travaillant dans le même secteur et dirigées en partie par les mêmes personnes tout en entretenant une collaboration privilégiée est insuffisant si d'autres

facteurs ne viennent pas corroborer ces critères. Elle a en conséquence réformé une décision du directeur de l'Inspection du travail et des mines.

Les critères retenus par la jurisprudence ne semblent pas tout à fait identiques selon que la notion d'„EES“ est définie par les juridictions du travail – notamment pour la détermination de l'ancienneté et le préavis en découlant – et les juridictions administratives – appelées à se prononcer sur la question de savoir si des entreprises constituent une unité dans le contexte des élections sociales. Dans ce dernier contexte, l'EES paraît définie plus restrictivement, ce qui se comprend au vu des implications collectives incisives.

La notion d'„EES“ est également difficile à cerner dans la mesure où elle vise tantôt une seule entreprise tantôt un regroupement d'entreprises. Dire que plusieurs entreprises peuvent constituer „une entreprise“ confine à un oxymore. Fallait-il dès lors avoir recours à une notion différente? La notion de „groupe d'entreprises“ est tout aussi nébuleuse. En droit des activités économiques, elle est dépourvue de définition cohérente. L'existence de groupes est généralement établie à travers les notions de participation, de contrôle, d'influence déterminante, voire notable. La situation n'est pas meilleure en droit européen. Il y aurait notamment lieu de distinguer les groupes d'entreprises des groupes de sociétés, ce qui n'est pas le cas dans de nombreuses directives où les deux concepts sont mêlés. Selon l'article L. 161-2, alinéa 1er, un „groupe d'entreprises“ peut constituer „une entité économique et sociale“. Le recours à la notion de groupe en lieu et place d'EES ne serait dès lors pas de nature à clarifier la situation juridique. L'introduction d'une nouvelle notion dans le contexte du présent projet ne paraît pas non plus opportune dans la mesure où elle ajouterait de nouvelles sources de confusion dans un domaine déjà passablement complexe.

La notion d'„entreprise“ est d'ailleurs également très élastique dans la mesure où elle n'est pas définie dans le Code du travail, encore qu'elle y figure dans de nombreuses dispositions légales. Le Conseil d'Etat propose de s'inspirer de la définition de l'entreprise telle qu'elle figure dans un arrêt de la Cour d'appel du 15 mai 2007 (n° 22445)².

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'en l'absence d'alternative plus avantageuse, la notion d'„EES“ est dès lors à maintenir à l'endroit de la section 3.

Selon l'alinéa 2 de l'article, la demande à voir instituer une délégation au niveau de l'EES doit être formulée endéans trois mois après les élections de la délégation. Dans la mesure où les structures économiques sont évolutives, l'instauration d'un tel délai de forclusion ne se justifie guère. Le Conseil d'Etat propose de l'omettre. A titre subsidiaire, il propose, à l'instar d'autres commentateurs, de faire débiter le délai de trois mois à partir de la dernière des réunions constitutives des délégations du personnel. Cette solution présenterait l'avantage de tenir notamment compte de la situation où l'entrée en fonction de la délégation du personnel d'un des employeurs formant l'EES était retardée en raison d'un recours. Le délai de trois mois ne commencerait à courir que lorsque ce recours aura été vidé.

Selon le libellé de l'alinéa 4, la délégation EES représente „les intérêts de l'ensemble des salariés occupés dans les diverses entreprises d'une entité économique et sociale“.

Aux termes de l'alinéa 5, elle exerce ses compétences pour les questions „relevant exclusivement de l'entité économique et sociale et coopère à cet effet avec les délégations du personnel“. Le terme „exclusivement“ est mal à propos. Il paraît évident que toute question susceptible d'être traitée au niveau de l'EES intéresse nécessairement aussi les entreprises composant cette entité.

Le libellé proposé au projet est probablement censé souligner le rôle prépondérant des délégations du personnel au niveau des entreprises, dont la délégation au niveau de l'EES n'est que l'émanation. Le Conseil d'Etat redoute, ici comme ailleurs, un enchevêtrement des compétences, ce qui crée le risque que beaucoup d'énergie soit gaspillée par des combats procéduriers et ce au détriment des questions de fond. Il estime que la décision sur la répartition des compétences en présence d'une question concrète devra être prise de concert entre les délégations du personnel et la délégation au niveau de l'EES. Il paraît inconcevable d'aborder un même sujet tant au niveau de l'entreprise que de l'EES si le sujet relève de la codécision.

² „La notion d'„entreprise“ ne connaît pas de définition légale au Luxembourg et on s'accorde généralement à considérer celle-ci comme une „entité économique de production“. Une entreprise est essentiellement constituée par un ensemble de biens affectés de façon stable à un certain but d'ordre économique sous l'action d'un certain nombre de personnes groupées en équipe. Bien que l'entreprise n'est pas une véritable personnalité morale, cette entité et cette permanence lui confèrent pourtant une certaine autonomie qui a des effets juridiques, notamment dans le droit successoral et le droit du travail. Une même entreprise peut comprendre plusieurs établissements. (dictionnaire de droit, Dalloz, sous „entreprise“).“

La précision que la délégation EES „coopère à cet effet avec les délégations du personnel“ relève plutôt d’une déclaration de bonnes intentions que d’une disposition normative. Aux yeux du Conseil d’Etat, et à partir du moment où il est admis que le sujet abordé relève de l’EES dans son ensemble, la compétence de la délégation EES doit être exclusive. Les modalités de la coopération entre la délégation EES et les délégations du personnel ne relèvent pas du domaine de la loi. Il y a dès lors lieu d’omettre le bout de phrase „et coopère à cet effet avec les délégations du personnel“.

Au vu de toutes ces considérations et de l’insécurité juridique créée par l’instauration d’une compétence conjointe, le Conseil d’Etat doit s’opposer formellement au libellé de l’alinéa 5.

Le Conseil d’Etat suggère de remplacer cet alinéa par le texte suivant:

„Elle exerce les compétences de la délégation pour les questions relevant de l’intérêt commun des salariés de l’entité économique et sociale.“

Le Conseil d’Etat approuve le mode d’élection des délégués EES. Au vu de la complexité des matières, il paraît judicieux de limiter le corps électoral passif aux seuls délégués effectifs des délégations du personnel dans la mesure où ces personnes sont censées être familiarisées avec les sujets qui seront abordés. Les délégués EES disposeront ainsi également tous, dès le départ, de la protection spéciale contre le licenciement. Selon le libellé, les délégués EES sont élus par „les délégations“ et non pas par „les délégués“. Chaque délégation disposera dès lors d’une seule voix. Si tel n’était pas l’intention des auteurs, il y aurait lieu de reformuler le texte.

Selon l’alinéa 8, les salariés des entreprises occupant moins de quinze salariés – sans limitation vers le bas – disposeraient à leur tour du droit de „désigner“ un représentant qui assisterait aux réunions avec voix consultative.

Le Conseil d’Etat ne peut toutefois s’accommoder de cette disposition qui crée plus de problèmes qu’elle n’en résout et pêche par illogisme. Pourquoi les salariés d’une entreprise dépourvue de délégation se verraient-ils ainsi pourvus par la petite porte d’un représentant dans l’EES? Selon quelles modalités précises ce représentant serait-il désigné? Le texte se limite d’indiquer qu’il le serait par „l’ensemble des salariés“. Dans quel délai cette désignation aurait-elle lieu? Quel sera le statut de ce représentant? A noter que la loi ne prévoit pas de lui accorder la protection instituée au profit des représentants d’établissement à l’endroit de l’article L. 411-3, alinéa 6.

En raison du caractère obscur de cette disposition qui perturberait le fonctionnement de la délégation, le Conseil d’Etat insiste sur sa suppression.

Chapitre II.– Composition de la délégation du personnel

Section 1.– Modalités de la désignation

Article L. 412-1

Cet article, qui détermine le nombre des délégués effectifs et des délégués suppléants, est resté inchangé.

Article L. 412-2

Cet article connaît une modification substantielle par rapport à la version actuelle. Le Conseil d’Etat estime qu’il y aurait lieu de préciser dans la loi que les dispositions nouvelles s’appliquent tant dans le contexte de la délégation du personnel que dans celui de la délégation EES.

Désormais, la possibilité d’avoir recours à des conseillers internes et externes est ouverte aux délégations composées de trois délégués au minimum (les entreprises occupant plus de cinquante salariés). Cette décision est prise à la majorité simple des membres conformément à l’article L. 416-5 du projet. Le Conseil d’Etat ne méconnaît pas, au vu de la complexité croissante des problèmes, l’utilité voire la nécessité d’avoir recours à des conseillers externes ou internes, et ce même dans des entreprises de taille plus modeste.

Le libellé du paragraphe 1er de l’article est assez alambiqué. Selon la lecture du Conseil d’Etat, le système mis en place est le suivant: Aux termes de l’alinéa 1er dudit paragraphe, la délégation a le droit de recourir au conseil d’un ou de plusieurs conseillers dans les limites y fixées (nombre maximum égal à un tiers des délégués). Ces conseillers peuvent participer aux réunions des délégations du personnel avec voix consultative. Il en découle:

- que la délégation décide souverainement d’une éventuelle assistance ou non d’un conseiller voire de plusieurs conseillers avec voix consultative;
- que la délégation détermine les questions sur lesquelles le ou les conseillers sont consultés;
- que, à défaut d’autres précisions, ces décisions sont prises par la délégation à la majorité des membres présents (article L. 416-5 du projet).

Le Conseil d’Etat note que, selon le libellé de l’alinéa 2, la décision est prise par la délégation „à la majorité de ses membres“. S’agit-il d’instituer dès lors un autre quorum que la majorité visée à l’article L. 416-5, paragraphe 1er qui évoque „la majorité des membres présents“ ou s’agit-il d’une imprécision, auquel cas le Conseil d’Etat propose d’omettre l’ajout „de ses membres“?

Les dispositions des alinéas 2 à 7 du paragraphe 1er doivent être comprises dans ces limites. Le Conseil d’Etat s’interroge dès lors sur l’intérêt à voir introduire dans la loi des détails et des nuances quant au droit de „proposition“ des syndicats voire de „nomination“ d’un conseiller si le pouvoir de décision souverain de la délégation, quant à savoir qui elle entend consulter ou non sur les questions qu’elle détermine également librement, n’est pas mis en cause.

L’intention des auteurs du projet paraît toutefois avoir été d’imposer à la délégation la présence de conseillers „nommés“ dans les entreprises qui sont couvertes par une convention collective. Cette solution permet aux délégués élus sur des listes minoritaires, mais remplissant les seuils légaux proposés, d’inviter des conseillers à assister aux réunions de la délégation dans le but de tempérer une éventuelle „dictature“ de la majorité au sein de la délégation. A cette fin, le Conseil d’Etat propose de modifier la phrase introductive de l’alinéa 4 du paragraphe 1er et de la libeller comme suit: „Dans les entreprises couvertes par une convention collective de travail, chaque syndicat signataire qui jouit de la représentativité nationale générale ou sectorielle visée ci-dessus, et qui a obtenu au moins 20% des suffrages lors des dernières élections, a, le cas échéant par exception à la limite posée à l’alinéa 1er, le droit de nommer un conseiller à moins que sa proposition faite dans le cadre des alinéas précédents ait été retenue par la délégation“. Ce conseiller a le droit d’assister aux réunions de la délégation. A l’alinéa 5 du même paragraphe 1er, il y a lieu d’ajouter *in fine*: „... de nommer chacun un de ses conseillers qui aura le droit d’assister aux réunions de la délégation“.

Le Conseil d’Etat se demande toutefois s’il ne serait pas plus logique de réserver la possibilité de nommer des conseillers aux délégués ayant figuré sur une liste des syndicats visés à l’alinéa 4 et non pas aux syndicats eux-mêmes.

En l’absence de précision particulière, il s’entend que les conseillers pourront assister, sur demande de la délégation, à toutes les réunions, y compris celles avec le chef d’entreprise. Cette lecture se dégage d’ailleurs implicitement de l’article L. 415-2, paragraphe 1er, alinéa 1er. Le Conseil d’Etat propose de modifier le seuil figurant à l’alinéa 5 pour tenir compte de la limite figurant à l’alinéa 2. En effet, l’alinéa 2 s’applique aux entreprises „occupant entre 51 et 150 salariés“.

Aux termes de l’article L. 412-2, paragraphe 2 du projet, la délégation peut demander „à la majorité de ses membres“ (cf. l’observation du Conseil d’Etat quant à cette nuance à l’endroit de l’alinéa 1er du paragraphe 1er ci-avant) le concours d’un „expert externe“. Il faut déduire du libellé très spécieux de cet alinéa qui entoure cette possibilité d’un nombre de précautions inhabituelles („en cas de besoin et avec l’objectif d’aider la délégation à faire usage de manière optimale de ses compétences dans une matière intéressant l’entreprise“ ... „pour toute question déterminante pour l’entreprise ou les salariés“) que les auteurs sont eux-mêmes conscients des difficultés de la mise en œuvre de la disposition proposée.

Qui décidera en fin de compte de l’engagement d’un expert externe? Il est évident qu’il ne peut s’agir que de la délégation. Il n’est dès lors pas besoin d’introduire cette décision par des fioritures dépourvues de tout caractère normatif et qui ne pourraient, vu leur formule imprécise, justifier aucun refus tant il est évident que personne n’envisagera de recourir à un expert (toujours onéreux) pour des questions relevant des affaires courantes d’une délégation.

La question ne prend son importance (comme souvent) que lorsqu’il s’agit de déterminer l’agent payeur. Aux termes de l’alinéa 2, le chef d’entreprise „doit donner son accord pour prendre en charge les dépenses qui en découlent“. Dès lors, la prise en charge dépend du seul accord préalable de l’employeur, ce qui est source de conflits, ce d’autant plus que les critères permettant d’engager un expert ne sont pas (et ne peuvent pas être) clairs. Le Conseil d’Etat renvoie dans ce contexte aux dispositions afférentes, très prudentes, respectivement de l’article L. 432-15 (relatif au groupe spécial de négociations dans le cadre de l’institution d’un comité européen) et de l’article L. 432-44 (relatif à

l'institution obligatoire d'un comité d'entreprise européen). Il est vrai que le cadre européen, transposé en droit national, n'a pas non plus trouvé la pierre philosophale permettant d'accorder un droit concret nouveau, raisonnable et justifié à la délégation sans ouvrir la porte à d'éventuels abus, le tout par une formule concise et claire.

Le Conseil d'Etat suggère le libellé suivant:

„La délégation peut décider de désigner un expert externe lorsqu'elle estime que la matière est déterminante pour l'entreprise ou les salariés. Sauf accord contraire préalable, la prise en charge financière par l'entreprise est limitée à un expert et ne peut dépasser par année sociale et par expert un pourcentage de la masse salariale totale annuelle des salariés, déclarée par l'employeur au Centre commun de la sécurité sociale au cours de l'année précédant la décision sur le mandat, à déterminer par règlement grand-ducal. Le chef d'entreprise doit être informé préalablement sur la nature du mandat ainsi conféré.“

Cette solution – le pourcentage à retenir, le cas échéant, en définitive relevant exclusivement d'un choix politique – aurait l'avantage de rencontrer le souci des employeurs tel qu'il résulte de l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers de ne pas dépasser un plafond annuel maximum tout en accordant à la délégation une plus grande autonomie dans le choix des expertises dont elle souhaite disposer dans l'exécution des missions qu'elle juge déterminantes pour la défense des intérêts des salariés.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que le renvoi quasi généralisé de tous points litigieux à la Commission de médiation assure l'efficacité du système. A noter que l'article 412, paragraphe 2 ne mentionne que la Commission de médiation et non pas le médiateur qui peut être désigné dans les entreprises non couvertes par une convention collective ayant instauré une commission de médiation.

Plutôt que de prévoir une disposition spéciale relative au secret professionnel des experts, le Conseil d'Etat propose d'inclure ces experts dans le cadre de l'article L. 415-2 traitant des obligations des délégués.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'intérêt à maintenir le paragraphe 3 dans la mesure où, même en l'absence d'une telle disposition, la délégation du personnel peut toujours confier l'examen des questions qu'elle détermine à un ou plusieurs organismes de son choix. Il s'entend que la délégation et le chef d'entreprise peuvent aussi confier une telle mission en commun à l'examen conjoint d'une chambre patronale et/ou salariale.

De nombreuses dispositions du projet traitant des décisions à prendre par la délégation précisent qu'elles sont prises „à la majorité de ses membres“. Or, aux termes de l'article L. 416-5 du projet, les décisions et résolutions de la délégation du personnel sont prises à la majorité des membres „présents“. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'omettre à travers toutes les dispositions du texte l'ajout en question. Au lieu d'écrire ainsi „la majorité des membres composant cette délégation peut décider ...“ (cf. L. 412-2, paragraphe 3), il y a lieu de disposer: „la délégation peut décider ...“. La prise de décision sera ainsi régie par le droit commun figurant à l'article L. 416-5. Ce libellé a aussi l'avantage d'éviter une éventuelle obstruction du système par l'absence systématique d'une partie des délégués.

Chapitre III.– Désignation des délégués du personnel

Section 1.– Modalités de la désignation

Article L. 413-1

Selon le projet de loi, les syndicats représentatifs pour un secteur important de l'économie peuvent présenter une liste sans devoir justifier d'un soutien de 5 pour cent des salariés de l'entreprise. Cette réforme devrait satisfaire les syndicats sectoriels. Toutefois, les auteurs omettent de préciser que cette possibilité devrait être restreinte aux seuls secteurs dans lesquels la représentativité des syndicats sectoriels est admise.

Il y a dès lors lieu d'enlever à l'alinéa 1er du paragraphe 1er la référence à la représentativité sectorielle et d'insérer un nouvel alinéa 3 entre les alinéas 2 et 3 dudit paragraphe 1er du projet, libellé comme suit:

„Les syndicats jouissant de la représentativité sectorielle sont autorisés à présenter des listes dans les secteurs où leur représentativité est reconnue en application de l'article L. 161-6.“

Le Conseil d'Etat estime que la composition des listes devrait refléter la proportion d'hommes et de femmes dans l'entreprise, et il propose de compléter l'article L. 413-1, paragraphe 2 par les deux alinéas suivants:

„Chaque liste devra, sous peine d'irrecevabilité, comprendre un pourcentage de candidats de chaque sexe égal à au moins deux tiers du pourcentage que représente ce sexe dans l'effectif global de l'entreprise.

Pour l'application de l'alinéa qui précède, les fractions égales ou supérieures sont arrondies à l'unité immédiatement supérieure. Les fractions inférieures à la demie sont arrondies à l'unité immédiatement inférieure.“

A titre d'illustration, dans une entreprise comprenant un pourcentage égal d'hommes et de femmes, chaque sexe devra être représenté sur les listes déposées par au moins un tiers de candidats.

Dans une entreprise comprenant un personnel composé de 80% d'un même sexe, celui-ci devra être représenté par deux tiers de 80% des candidats.

Le Conseil d'Etat approuve la règle de bon sens selon laquelle le nouveau paragraphe 6 (7 selon le Conseil d'Etat) permet de faire l'économie des élections dès lors que le nombre de candidats est inférieur ou égal au nombre de délégués effectifs et suppléants à élire. Il y aurait toutefois lieu de préciser que les délégués effectifs déterminent l'ordre des délégués suppléants appelés à les remplacer.

Peut-on envisager une situation où les salariés se désintéressent du dialogue social au point qu'il ne se trouverait parmi eux aucun candidat, mais où, au vu de ce constat, „les salariés“ prendraient l'initiative d'écrire collectivement ou pour le moins majoritairement au ministre afin que ce dernier désigne par arrêté les membres délégués effectifs et suppléants? Pareille hypothèse paraît irréaliste. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'omettre cet ajout, non autrement expliqué au projet, alors qu'il rendrait la désignation d'office d'une délégation quasiment impossible, et de maintenir le texte actuel.

Article L. 413-2

Quant au paragraphe 2 de l'article sous revue, disposition restée inchangée dans le présent projet de loi, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations exprimées dans son avis de ce jour relatif au projet de loi portant modification de l'article L. 413-2, alors qu'il est saisi actuellement de deux projets de loi distincts contenant, pour le même article du Code, deux versions différentes. Dans la mesure où ce dernier projet de loi serait voté avant le présent projet de loi, il y aurait lieu de tenir compte de la modification apportée au paragraphe 2 de l'article L. 413-2 du Code du travail lors du vote subséquent du présent texte. Dans l'hypothèse contraire, où le projet de loi n° 6545 serait voté avant le projet de loi précité, il y aurait lieu d'insérer les modifications envisagées au paragraphe 2 de l'article L. 413-2 au présent projet de loi, ce qui rendrait ainsi l'autre projet sans objet.

Le paragraphe 3 de cet article est reformulé.

Actuellement, il est permis au ministre de faire procéder au renouvellement intégral d'une délégation dès que sur une liste les membres effectifs ne sont plus en nombre et qu'il n'y a plus de membres suppléants pour occuper le ou les sièges vacants. Désormais, les élections en vue du remplacement intégral ne seront possibles qu'avec „l'accord de tous les syndicats qui jouissent de la représentativité nationale générale ou sectorielle ...“ et qui sont représentés „au sein de la délégation élue“.

Le commentaire des articles n'explicite pas ce choix.

Pourquoi ce droit est-il attribué aux syndicats? Le Conseil d'Etat estime qu'il ne devrait pouvoir être mis fin au mandat confié par les salariés que suite à un vote majoritaire de la délégation en place.

Il y a par ailleurs lieu de remplacer le terme „établissement“ à l'alinéa 2 de ce paragraphe 3 par l'expression „entreprise“.

A l'alinéa 2 du paragraphe 5, il y aurait lieu de préciser que le mandat du délégué à la sécurité est également maintenu.

Article L. 413-4

Les conditions de l'électorat passif seront modifiées sur deux points: selon le point 2 du paragraphe 1er, les candidats doivent être occupés dans l'entreprise d'une façon ininterrompue „pendant les douze mois précédant la date obligatoire de l'établissement des listes électorales“ et non plus depuis une année au moins précédant les élections. La nouvelle disposition a l'avantage de la clarté dans la mesure où la régularité peut être contrôlée au jour de l'établissement de la liste. Par ailleurs, il est prévu

d'abandonner une condition critiquée à juste titre par le Comité européen des droits sociaux dans ses Conclusions XVIII-1.³

Le Conseil d'Etat estime toutefois que la lecture de la condition 3 serait facilitée par le libellé suivant:

„3. être autorisé à travailler sur le territoire“.

Articles L. 413-5 et L. 413-6

Sans observation.

Chapitre IV.– Attributions de la délégation du personnel

Article L. 414-1

Cet article reprend les dispositions de l'actuel article L. 414-5 et les auteurs soulignent qu'ils entendent de ce fait procéder à un nettoyage de texte et à la rectification des renvois dus au réaménagement des dispositions qui suivent, sans les modifier quant au fond. L'article L. 414-5 figure actuellement sous la section 4.– *Information et consultation sur la vie de l'entreprise*, introduite par la loi du 9 mai 2008 transposant la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. La directive 2002/14/CE porte sur l'information et la consultation des travailleurs en ce qui concerne notamment les domaines suivants touchant à l'entreprise: – les évolutions de nature économique, financière et stratégique; – la structure et l'évolution prévisible de l'emploi ainsi que les mesures qui en découlent; – les décisions pouvant entraîner des modifications substantielles dans l'organisation du travail et dans les relations contractuelles.

Si l'actuel article L. 414-5 ne vise que les dispositions plus précises ou contraignantes prévues à l'article L. 414-4, l'article L. 414-1 en projet inclut les dispositions des articles L. 414-5 à L. 414-7 ayant trait à l'information et la consultation en matière technique, économique et financière et reprenant ainsi les attributions du comité mixte en la matière.

Se pose la question sur l'incidence quant au fond du déplacement et des modifications apportées à l'article L. 415-5, devenu l'article L. 414-1. La réponse motivée de la part de l'employeur sera-t-elle obligatoire à tout avis quelconque de la délégation?⁴

La réponse à cette question devra se lire à la lumière de l'article L. 415-2, paragraphe 2, qui consacre le droit de l'employeur de ne pas informer et consulter lorsque ceci porterait gravement préjudice à l'entreprise.

Aux vœux de la directive 2002/14/CE, le rôle des partenaires sociaux est prépondérant alors qu'ils peuvent définir librement, par voie d'accord, les modalités d'information et de consultation des travailleurs qu'ils jugent les plus conformes à leurs besoins et à leurs souhaits (considérant 23 de la directive). Ils doivent assurer l'effet utile de la démarche et respecter les droits et obligations réciproques prévues à l'article 1er de la directive. Le renvoi prévu au paragraphe 2 „aux principes fixés au paragraphe (1) du présent article“ est erroné alors que, dans l'esprit d'une transposition correcte de la directive, c'est plutôt le paragraphe 3 qui doit être visé.

Section 1.– Attributions générales et droit à l'information

Article L. 414-2

Une grande partie des dispositions de l'actuel article L. 414-1, voire de l'article L. 414-4, sont reprises par le texte proposé. Désormais, la mission générale de la délégation du personnel de sauve-

³ European Social Charter – European Committee of Social Rights – Conclusions XVIII-1 (Luxembourg), Articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 and 19 of the Charter, Conclusions XVIII-1 (Luxembourg), Article 6:

„The Committee finds that the new Act limits the eligibility of nationals of non-parties to the European Economic Area Agreement who are employed under a work permit other than types B or C, since they can only constitute up to one-third of the members elected to works councils. Foreign nationals are therefore not fully eligible to sit on works councils.

The Committee concludes that the situation in Luxembourg is not in conformity with Article 5 of the Charter since national law does not permit trade unions to freely choose their candidates in joint works council elections, regardless of their nationality.“

⁴ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

garder et de défendre les intérêts du personnel salarié s'exercera au niveau de l'entreprise et non plus au niveau de l'établissement.

Parmi les attributions de la délégation du personnel, il y a lieu de relever certains ajouts. Ainsi le point 3 du paragraphe 2 élargit-il les attributions en ajoutant la possibilité de la délégation de saisir l'Inspection du travail et des mines de toute plainte ou réclamation concernant les droits des salariés. Le Conseil d'Etat ne saisit pas la portée de cet ajout. Les dispositions relatives à la protection des salariés dans l'exercice de leur profession ne renferment-elles pas forcément des droits?

Dans l'exercice de ses attributions, la délégation du personnel doit veiller au respect de l'égalité de traitement au sens du Titre V du Livre II du Code du travail en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles ainsi que la rémunération et les conditions de travail. Le Conseil d'Etat s'interroge pour quelle raison le respect de l'égalité de traitement auquel la délégation doit veiller n'inclut pas l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes prévue au Titre IV du Livre II, alors que l'actuel article L. 423-6 relatif au comité mixte prévoit expressément cette obligation. Il est vrai que dans le cadre des missions énumérées à l'article L. 414-15, le délégué à l'égalité a pour mission de défendre l'égalité de traitement au sens du Titre IV du Livre II agissant seul ou de concert avec la délégation du personnel. Néanmoins, le Conseil d'Etat recommande d'insérer le respect des dispositions du Titre IV du Livre II au paragraphe 3.

Le paragraphe 5 introduit l'obligation d'information du délégué à la sécurité et à la santé, ainsi que l'obligation d'informer la délégation du personnel et le délégué à la sécurité et à la santé sur l'évolution du taux d'absence. Selon les auteurs, ce nouveau point 3 du paragraphe 5 vise un droit d'accès pour la délégation aux données de l'observatoire mis en place pour suivre les taux d'absence dans les entreprises. Or, le texte proposé ne reflète pas cette intention de sorte que le Conseil d'Etat, à l'instar des différents commentateurs qui critiquent l'imprécision de cette disposition, recommande aux auteurs de reformuler ce point.

Le paragraphe 6 vise plus particulièrement le droit à l'information des représentants d'établissement. Pour mieux souligner que la délégation du personnel dispose elle aussi d'un droit à l'information sur les points spécifiques qui concernent les établissements, le Conseil d'Etat propose d'insérer le mot „également“ après les termes „est tenu d'informer“.

En ce qui concerne le paragraphe 7, le Conseil d'Etat s'interroge à l'instar de la Chambre des salariés sur la pertinence de cette disposition eu égard à l'article L. 414-7 qui reprend les dispositions de l'article L. 423-3 selon lesquelles le chef d'entreprise est tenu d'informer et de consulter le comité mixte par écrit, deux fois par an au moins, sur l'évolution économique et financière de l'entreprise. Il propose par conséquent d'omettre ce paragraphe. Cependant, pour le cas où l'intention des auteurs aurait été d'étendre cette obligation du chef d'entreprise aux entreprises occupant moins de 150 salariés, la référence au nombre des salariés devrait être remplacée par celle de „moins de 150 salariés“.

Le paragraphe 8, qui donne le droit à la délégation du personnel de demander des informations supplémentaires si elle estime que les informations dont elle dispose ne suffisent pas pour remplir sa mission, a soulevé de vives critiques de la part de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers qui considèrent ce moyen comme excessif. Cependant, le Conseil d'Etat renvoie à son observation formulée ci-dessus par rapport à l'article L. 415-2, paragraphe 2.

Section 2.– Information et consultation sur la vie de l'entreprise

Article L. 414-3

Une grande partie des attributions générales figurant sous l'actuel article L. 414-1 sont reprises à l'article L. 414-3, paragraphe 1er.

Au point 3, le comité mixte d'entreprise est remplacé par „la réunion prévue à l'article L. 414-10“. Le Conseil d'Etat suggère de remplacer le bout de phrase „la réunion prévue à l'article L. 414-10 doit prendre“ par les termes „les participants de la réunion prévue à l'article L. 414-10 doivent prendre“.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime qu'il est opportun d'uniformiser les références effectuées indistinctement aux notions de „règlement de service“, „règlement d'atelier“ et de „règlement intérieur“. ⁵ En considération de la jurisprudence, il est proposé de retenir comme seule notion celle de „règlement intérieur“ qui recouvre les notions de „règlement de service“ et celle de „règlement d'atelier“. Une critique similaire est reprise par la doctrine qui souligne également que le projet de loi ne profite pas de l'occasion pour définir ce qu'il faut entendre par règlement interne. ⁶ Le Conseil d'Etat se rallie à ces observations et se prononce également en faveur d'une définition uniforme.

La reprise des autres points légèrement modifiés ne donne pas lieu à observation, sauf à remplacer le terme „établissement“ par „entreprise“ au point 4.

Une nouvelle mission de la délégation consistera dans la participation à la mise en œuvre de la politique de prévention du harcèlement et de la violence au travail. Si des accords nationaux ou inter-professionnels conclus en vertu de l'article L. 165-1 portent sur les mesures à prendre contre le harcèlement moral et sexuel au travail, ils peuvent déjà prévoir l'implication de la délégation du personnel. On peut donc s'interroger sur la portée de cette nouvelle mission. En ce qui concerne le harcèlement sexuel, cette mission viendra donc s'ajouter à celle confiée par l'article L. 245-6 du Code du travail au délégué à l'égalité ou, à défaut, à la délégation du personnel, et qui consiste à veiller à la protection du personnel salarié contre le harcèlement sexuel à l'occasion des relations de travail. Toutefois, cet article prévoit déjà que le délégué ou la délégation peut proposer à l'employeur toute action de prévention qu'il juge nécessaire. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value du nouveau point 8.

Pour ce qui est des questions relatives au temps de travail visées au point 10, le Conseil d'Etat se rallie à l'auteur de la doctrine ⁷ qui fait observer que le temps de travail fait partie inhérente des conditions de travail figurant au point 1. Le point 10 est donc superfétatoire et pourra être omis. En cas de maintien de ce point, il y aurait lieu d'écrire „*les questions relatives au temps de travail*“.

Le point 11 donne compétence à la délégation du personnel de rendre son avis sur les plans de formation professionnelle continue. Le Conseil d'Etat note que l'article L. 542-9, paragraphe 4 prévoit d'ores et déjà que les plans de formation sont soumis pour avis à la délégation du personnel avant leur mise en œuvre. S'y ajoute que, dans les entreprises occupant au moins 150 salariés, l'établissement et la mise en œuvre de tout programme ou action de formation professionnelle continue sont soumis à la codécision. Le Conseil d'Etat se demande si la terminologie divergente (plans de formation professionnelle continue et programme ou action de formation professionnelle continue) vise à distinguer entre deux hypothèses différentes. Il conçoit en effet difficilement qu'un programme ou une action de formation professionnelle, dont l'établissement et la mise en œuvre ont été décidés d'un commun accord entre l'employeur et la délégation du personnel, soient soumis une nouvelle fois à l'avis de la délégation du personnel.

Le Conseil d'Etat invite les auteurs du projet de loi à revoir le dispositif relatif aux droits de la délégation du personnel dans le domaine de la formation professionnelle continue et à veiller à éviter toute incohérence.

Le plan de gestion des âges prévu au point 12, à l'établissement duquel la délégation du personnel pourra collaborer, n'est nullement défini dans le présent projet de loi. Il est vrai que, suite à la réforme

5 Ces différentes notions ne connaissent pas de définition légale et rien ne les distingue en droit les unes des autres. Selon la jurisprudence luxembourgeoise, on note que le Tribunal du travail de Luxembourg, dans un jugement rendu en date du 16 novembre 1995, *Meespierson Luxembourg S.A. c/ Zuiderent Peter*, a précisé qu'„En droit luxembourgeois, aucun texte ne définit le règlement intérieur et son contenu. Selon la doctrine française ancienne, il contient en principe les dispositions destinées à faire régner l'ordre dans les ateliers et à assurer la marche normale de l'entreprise et renferme des clauses concernant l'organisation intérieure du travail (entrée, sortie, heures de travail et de repos, discipline, sécurité, hygiène), des clauses prévoyant des sanctions pour le cas où les salariés viendraient à méconnaître le règlement de travail, des clauses relatives à certaines obligations de l'employeur (dates de paiement, calcul du salaire, modalités d'embauchage et de licenciement) (Brun et Galland, droit du travail, éd. Sirey 1958, n° III-82). Il a vocation à s'appliquer d'une façon générale et permanente à tous les salariés de l'entreprise (Enc. Dalloz, droit du travail, éd. 1960, *verbo* règlement intérieur, n° 1). Il établit pour tous les salariés de l'entreprise un régime similaire d'organisation du travail. Le règlement intérieur n'est donc, en réalité, rien d'autre qu'un ordre écrit et collectif adressé par l'employeur au personnel.“ Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu en date du 18 décembre 1991, avait souligné que, „quelle que soit la signification qu'on attribue au règlement intérieur, lequel n'est pas défini par la loi du 6 mai 1974 sur les comités mixtes dans les entreprises privées, on s'accorde généralement à affirmer que celui-ci sert à déterminer le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations respectives, découlant du contrat d'emploi“.

6 „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*, p. 50, p. 38.

7 „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

de l'assurance vieillesse, il est devenu urgent d'établir un cadre légal à la gestion active des âges au sein des entreprises, comprenant une définition appropriée. Cependant, à défaut d'initiative législative au stade actuel, il y a lieu d'omettre ce point du projet de loi sous revue.

Le point 13 attribue à la délégation du personnel des compétences en ce qui concerne les questions relatives aux jeunes travailleurs. Cette nouvelle mission s'impose au vu de la suppression de l'article L. 411-5 relatif au délégué des jeunes salariés.

Les points 14 et 15 ne donnent pas lieu à observation.

Les paragraphes 2 à 4 reprennent les dispositions figurant actuellement aux paragraphes 3 à 5 de l'article L. 414-4. Au paragraphe 3 figure un ajout selon lequel les délégations du personnel doivent également être informées et consultées sur le recours à des salariés intérimaires. Le Conseil d'Etat se demande si cet ajout ne fait pas double emploi avec l'article L. 134-1.

Les dispositions actuelles de l'article L. 414-1, paragraphe 2, point 10 prévoyant une participation de la délégation du personnel à la gestion des œuvres sociales dans l'établissement et de l'article L. 423-5 confiant la surveillance de la gestion au comité mixte sont remplacées par un nouveau paragraphe 5 à l'article L. 414-3 qui instaure un droit à l'information et à la consultation à la délégation du personnel pour la gestion des œuvres sociales établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles. Le Conseil d'Etat doute qu'en pratique le droit à l'information et à la consultation aboutisse au même résultat que la participation et la surveillance. Il recommande aux auteurs de renforcer la mission de surveillance de la délégation du personnel.

Section 3.– Information et consultation en matière technique, économique et financière

Article L. 414-4

Cet article fixe le seuil à partir duquel les compétences figurant sous cette section sont reconnues aux délégués du personnel à 150 salariés et reprend ainsi le seuil prévu actuellement à l'article L. 421-1 pour l'institution d'un comité mixte. Désormais sont visées toutes les entreprises et non seulement les entreprises industrielles, artisanales et commerciales du secteur privé établies sur le territoire luxembourgeois. L'auteur de la doctrine⁸ citée ci-avant soulève à juste titre la question de l'incidence de cette disposition sur les entreprises étrangères qui n'exploitent à Luxembourg qu'un établissement.

Contrairement à ce qui est prévu actuellement pour la mise en place d'un comité mixte d'entreprise, le projet de loi prévoit que les compétences figurant dans la section 3 ne s'appliquent qu'aux entreprises occupant au moins 150 salariés pendant les douze mois précédant la date obligatoire de l'établissement des listes électorales. Le Conseil d'Etat peut se rallier à la proposition de la Chambre des salariés de reprendre les règles actuelles pour la mise en place d'un comité mixte d'entreprise entre deux périodes électorales.

Articles L. 414-5 à L. 414-8

Ces articles reprennent en grande partie les attributions dont jouit à l'heure actuelle le comité mixte. Ainsi les articles L. 414-5 et L. 414-6 reproduisent fidèlement le contenu des articles L. 423-2 et L. 423-3 actuels du Code du travail. L'article L. 414-7 reprend les dispositions de l'article L. 423-4 en étendant l'obligation de communiquer les documents soumis à l'assemblée générale des actionnaires ou de l'organe de décision aux associations sans but lucratif, aux coopératives et aux fondations. L'article L. 414-8 reprend le paragraphe 3 de l'article L. 424-5. Il est prévu que si dans le cadre d'une consultation en matière technique, économique ou financière l'employeur et la délégation émettent des avis divergents, ces avis sont obligatoirement portés à la connaissance du conseil d'administration ou des gérants. Le Conseil d'Etat suppose qu'il s'agit de l'avis de la délégation du personnel et de la réponse motivée à cet avis par l'employeur, tels que prévus par l'article L. 414-1. En effet, il n'est pas prévu que l'employeur émette un avis. D'ailleurs, on peut se demander qui est visé par le mot „employeur“ dans ce contexte puisque le compte rendu motivé qui se greffera sur l'avis de la délégation du personnel et la réponse motivée de l'employeur sera émis par le chef d'entreprise, le conseil d'administration, l'organe de décision ou le gérant. Le Conseil d'Etat estime que le libellé de cette disposition prête à confusion et devrait être revu.

⁸ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

Section 4.– Participation à certaines décisions de l'entreprise

Sous cette section sont reprises les dispositions actuelles concernant les matières soumises à la codécision de l'employeur et du comité mixte d'entreprise.

Article L. 414-9

L'alinéa 1er de cet article précise que les dispositions figurant sous la section 4 ne s'appliqueront que pour les entreprises occupant au moins 150 salariés. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à ses observations à l'endroit de l'article L. 414-4.

Cet article énumère les cas de codécision tels que prévus à l'actuel article L. 423-1 en ajoutant une nouvelle compétence en matière de formation professionnelle continue. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers s'opposent à cette nouvelle compétence en arguant qu'il s'agit d'une entrave au pouvoir de direction de l'employeur. Elles insistent pour que les décisions ayant trait à la formation professionnelle continue soient sorties du champ d'application de la codécision afin que l'employeur conserve en la matière l'entière responsabilité du pouvoir de direction qui lui revient. En confiant les compétences du comité mixte à la délégation du personnel, qui sera désormais l'unique organe représentant les intérêts des salariés, le projet de loi entend renforcer l'approche participative dans l'entreprise. Les auteurs du projet de loi soulignent que l'établissement et la mise en œuvre de tout programme ou action de formation professionnelle continue relèvent d'un domaine qui concerne au premier chef les salariés et leurs compétences qu'il faut régulièrement adapter. En outre, l'entreprise bénéficie en règle générale de subventions publiques allouées dans l'intérêt de l'entreprise, de l'emploi et des salariés. Aux yeux du Conseil d'Etat, ces arguments justifient suffisamment l'ajout de cette nouvelle compétence.

Articles L. 414-10 à L. 414-13

Les nouvelles règles pour l'organisation de la prise de décision entre l'employeur et la délégation du personnel sont fixées par l'article L. 414-10. Le Conseil d'Etat déplore que les règles précises du fonctionnement du comité mixte n'aient pas été reprises par le projet de loi. Il craint que l'absence de règles plus explicites concernant le fonctionnement de la réunion entre l'employeur et la délégation du personnel ne risque de créer des situations litigieuses. Il invite les auteurs à remédier à cette lacune. La réunion entre l'employeur et la délégation du personnel devra avoir lieu au moins une fois par trimestre dans le but de parvenir à un accord. A l'alinéa 3 dudit article, il est précisé par quelles personnes l'entreprise peut être représentée. Pour ce qui est de la représentation du personnel, il ressort du commentaire de l'article que seuls les délégués sont visés sans que le texte le précise expressément. Aussi le Conseil d'Etat recommande-t-il de remplacer les termes „représentants“ par „délégués“. En cas de désaccord, le bureau de la délégation du personnel est saisi pour négocier et prendre une décision avec l'employeur, décision qui est communiquée dans les 48 heures à la délégation du personnel qui peut, en cas de désaccord, demander la renégociation. Dans une deuxième phase, le désaccord peut être soumis à la procédure de médiation. Si la médiation n'aboutit pas, aucun recours ne sera possible. Le Conseil d'Etat reviendra sur ce point lors de l'examen de l'article L. 417-4.

Comme souligné par certains commentateurs, le désaccord sur une matière soumise à la codécision ne pourra à l'avenir plus donner lieu à un constat de non-conciliation de sorte que le recours à la grève comme moyen de pression risque d'être exclu.

Le Conseil d'Etat ne reviendra pas sur les dispositions empruntées des articles L. 424-4 à L. 424-6 relatifs au comité mixte. Il y aura cependant lieu d'omettre toute référence aux articles relatifs au comité mixte qui seront abrogés. Ainsi, à l'alinéa 3 de l'article L. 414-3, la référence à l'article L. 425-2 est à remplacer par celle à l'article L. 415-2, paragraphe 1er.

Dans l'ensemble, le Conseil d'Etat constate que la nouvelle procédure de codécision est compliquée et risque de retarder la prise de décision. Il partage à ce sujet les critiques émises par la Chambre de commerce et la Chambre des métiers. En effet, la volonté des auteurs du projet de loi de rendre le dialogue social plus efficace et rationnel ne se reflète pas dans la nouvelle procédure de codécision.

Section 5.– Délégué à la sécurité et à la santé

Article L. 414-14

Ce nouvel article reprend en grande partie les dispositions de l'actuel article L. 414-2 en changeant toutefois la désignation du délégué à la sécurité qui s'appellera désormais délégué à la sécurité et à la

santé. Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations générales par rapport au changement de la terminologie dans le texte du projet de loi. Chaque délégation du personnel désigne parmi ses membres ou parmi les salariés de l'entreprise un délégué à la sécurité et à la santé. Tout comme le texte actuel, le paragraphe 1er du projet de loi ne prévoit pas que l'employeur soit mis au courant de cette désignation. Le Conseil d'Etat renvoie dans ce contexte à une jurisprudence récente qui souligne que la loi n'organise pas la procédure de désignation du salarié comme délégué à la sécurité et conclut qu'il n'est donc pas nécessaire que la désignation soit portée à la connaissance de l'employeur.⁹ Aussi le Conseil d'Etat recommande-t-il d'apporter une telle précision au présent projet de loi. Il renvoie à cet égard à ses observations à l'endroit de l'article L. 416-1.

Certaines modifications apportées aux règles existantes découlent de l'intention des auteurs du projet de loi de valoriser le statut du délégué à la sécurité. A cet effet, le nouveau texte lui accorde la possibilité d'assister avec voix consultative aux réunions de la délégation s'il n'est pas élu. Cependant, cette innovation constitue en fait une régression par rapport à la jurisprudence actuelle qui considère que le délégué à la sécurité, „malgré le fait qu'il peut être choisi parmi les autres travailleurs de l'établissement“, a le statut de délégué avec toutes les prérogatives que la loi y attache.¹⁰ Par conséquent, le délégué à la sécurité dispose actuellement du droit de vote et du droit à la formation. Il faut donc constater que, malgré les affirmations des auteurs à vouloir renforcer le statut du délégué à la sécurité, le projet de loi reste en deçà de ce qui existe à l'heure actuelle.

Les auteurs du projet de loi affirment vouloir attribuer au délégué à la sécurité des attributions en matière de santé au travail. Deux obligations d'information et de consultation supplémentaires sont ajoutées au paragraphe 7 sous les points 10 et 11: l'évaluation des risques que les activités de l'entreprise peuvent avoir pour l'environnement, pour autant que la santé ou les conditions de travail soient concernées, ainsi que des mesures prises en faveur de la protection de l'environnement, pour autant que la santé ou les conditions de travail des salariés soient concernées.

Le Conseil d'Etat donne à considérer que le domaine de la santé au travail fait d'ores et déjà partie des attributions du délégué à la sécurité. Conformément à l'article L. 312-7, les employeurs sont tenus de consulter les salariés ou leurs représentants, et de leur permettre leur participation dans le cadre de toutes les questions touchant à la sécurité et à la santé au travail. Ainsi, les salariés ou les délégués à la sécurité participent de façon équilibrée ou sont consultés au préalable et en temps utile par l'employeur sur toute action qui peut avoir des effets substantiels sur la sécurité et la santé. Le paragraphe 3 de l'article L. 312-7 prévoit, à l'instar du dernier alinéa du paragraphe 7 de l'article L. 414-14, que „les délégués à la sécurité ont le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens, de façon à pallier tout risque pour les salariés ou à éliminer les sources de danger“. Le Conseil d'Etat est à se demander si les nouvelles compétences prévues par le projet de loi ne sont pas déjà incluses implicitement dans les dispositions plus générales de l'article L. 312-7.

Le paragraphe 9 nouveau fixe le congé de formation du délégué à la sécurité et à la santé et reprend les dispositions de l'article L. 414-15, paragraphe 5 relatif au congé-formation du délégué à l'égalité. Le Conseil d'Etat constate que le paragraphe 3 de l'article L. 312-8, qui dispose qu'„en dehors du congé-formation prévu pour les délégués du personnel conformément au livre IV, titre Ier relatif aux délégations du personnel, les délégués à la sécurité ont droit à une formation appropriée et à une remise à niveau périodique de leurs connaissances“, est maintenu. Aux yeux du Conseil d'Etat, il n'est pas certain que ces deux dispositions soient complémentaires. Au-delà des deux demi-journées de travail de congé-formation par année, les délégués à la sécurité et à la santé disposeront-ils d'un congé supplémentaire, à durée non définie pour une formation appropriée et à une remise à niveau périodique de leurs connaissances? Ce texte risque de créer une insécurité juridique de sorte que le Conseil d'Etat devrait, à défaut de précision, refuser la dispense du second vote constitutionnel.

En conclusion, le Conseil d'Etat déplore que la volonté affichée des auteurs de valoriser le statut de délégué à la sécurité et à la santé ne se reflète pas dans le texte de l'article. Il recommande aux auteurs de revoir cet article à la lumière des diverses critiques formulées à son égard.

⁹ Ordonnance du président de la Cour d'appel du 16 mai 2013, n° 39587.

¹⁰ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

Section 6.– Délégué à l'égalité

Article L. 414-15

Dans la mesure où cet article reproduit, à part quelques adaptations de terminologie, les dispositions de l'actuel article L. 414-3, il ne donne pas lieu à observation.

Un nouveau paragraphe 6 prévoit que le délégué à l'égalité qui est un membre suppléant de la délégation peut participer à toutes les décisions en relation avec son mandat spécial, c'est-à-dire qu'il aura une voix délibérative. En outre, il pourra assister à toutes les réunions de la délégation, mais seulement avec voix consultative.

Section 7.– Affichage des communications de la délégation

Articles L. 414-16 et L. 414-17

Ces articles reprennent les dispositions figurant actuellement aux articles L. 414-6 et L. 414-7 avec quelques modifications concernant la communication par moyens électroniques (la question se pose s'il s'agit de tous les moyens de communication ou ceux disponibles dans l'entreprise), le libre déplacement dans l'entreprise et les contacts avec les salariés.

Chapitre V.– Statut des délégués du personnel

Section 1.– Obligations du délégué

Article L. 415-1

L'alinéa 1er précise que les membres de la délégation doivent respecter le règlement intérieur de l'entreprise. Le Conseil d'Etat se demande pour quelle raison les experts et les conseillers visés à l'article L. 412-2 ne sont pas inclus dans cette obligation. Les conseillers sont d'ailleurs inclus à l'article L. 415-2 qui suit. Pour ce qui est de la notion de „règlement intérieur“, il renvoie à ses observations à l'endroit de l'article L. 414-3.

L'alinéa 2 prévoit que les délégués peuvent quitter leur poste de travail afin d'accomplir leur mission sans avoir, comme actuellement, besoin d'obtenir l'accord de l'employeur. Deux conditions doivent cependant être remplies: le chef d'entreprise doit être informé et la bonne marche du service ne doit pas être entravée. Le Conseil d'Etat estime que cette nouvelle disposition n'apporte pas de grand changement alors que le chef d'entreprise peut empêcher le délégué de quitter son poste sous prétexte que la bonne marche du service est entravée.

Article L. 415-2

Cet article maintient les dispositions de l'actuel article L. 415-2 en supprimant la référence à l'établissement. Le Conseil d'Etat estime qu'il serait utile de procéder à quelques redressements du texte actuel.

Ainsi, au paragraphe 1er, le secret professionnel devrait être étendu aux experts prévus à l'article L. 412-2. Une adaptation de la loi serait également souhaitable afin de préciser les conditions et limites permettant à l'employeur de ne pas divulguer l'information aux représentants du personnel. En outre, il y a lieu d'omettre les termes „huitaine franche“ alors que la Convention de Bâle du 16 mai 1972 introduite par la loi du 30 mai 1984 s'applique.

Section 2.– Durée du mandat

Articles L. 415-3 et L. 415-4

Ces articles reprennent les dispositions des articles L. 415-3 et L. 415-4 existants. Un point 6 ajouté à l'article L. 415-3 concernant l'autorisation conférant le droit au travail ne donne pas lieu à observation. Cependant, il y a lieu de rectifier la référence prévue à l'article L. 415-4 de sorte à inclure le nouveau point 6. Le Conseil d'Etat aurait pu concevoir qu'en cas de désaccord le litige soit soumis à la médiation.

Section 3.– Exercice du mandat

Article L. 415-5

Les trois premiers paragraphes concernent le crédit d'heures et le délégué libéré. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers relèvent que le paragraphe 1er introduit le principe concernant les obligations de l'employeur par rapport à l'exercice des fonctions des membres de la délégation et que le paragraphe 2 ne fait que préciser les modalités d'application de ce principe de sorte que les termes „en outre“ introduisant le paragraphe 2 seraient à supprimer. Cependant, d'après l'interprétation donnée par Jean-Luc Putz¹¹, le paragraphe 2 accorderait aux délégués un certain crédit d'heures au-delà du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions prévu au paragraphe 1er. Le Conseil d'Etat constate que cette disposition figure déjà actuellement à l'article L. 415-5 du Code du travail pour un effectif n'excédant pas 500 salariés. Si, dans le passé, elle a donné lieu à des difficultés d'interprétation, il y aura lieu de clarifier le texte.

L'article doctrinal précité¹² soulève également la question des délégués travaillant à temps partiel. Alors que le calcul se fait sur la base d'un crédit de quarante heures par semaine, il conclut à l'exclusion des salariés à temps partiel de la délégation du personnel. Aussi se prononce-t-il en faveur d'un calcul s'écartant de la base de quarante heures. Cependant, la base de quarante heures par semaine pour les délégués libérés existe déjà dans le texte actuel. Comme l'article L. 123-6 reconnaît aux salariés occupés à temps partiel les mêmes droits qu'aux salariés à temps complet et que toute discrimination envers les salariés à temps partiel est interdite, la question se pose si le salarié à temps partiel devra en tant que délégué également bénéficier d'un crédit de 40 heures par semaine. A titre indicatif, le Conseil d'Etat renvoie à la législation française qui prévoit que les salariés à temps partiel ont droit au même crédit d'heures que les salariés à temps complet. Toutefois, le Code du travail français précise que leur temps de travail ne peut pas être réduit de plus d'un tiers par l'utilisation du crédit d'heures. Le solde éventuel de ce crédit d'heures payées peut être utilisé en dehors des heures de travail de l'intéressé.¹³

Une innovation du projet de loi consiste dans le fait de faire bénéficier de façon proportionnelle toute liste syndicale ayant obtenu au moins 20% des suffrages d'un crédit d'heures. En cas de conversion d'un ou de plusieurs délégués libérés en crédit d'heures, le crédit d'heures est réparti proportionnellement aux suffrages obtenus. Afin de permettre à toutes les listes ayant obtenu au moins 20% des suffrages de défendre au mieux leurs intérêts, il leur est possible de demander cette conversion dans les entreprises ayant un seul délégué libéré, sous réserve d'un crédit supplémentaire de 8 heures par semaine pour la liste majoritaire. Ce n'est qu'une minorité de la Chambre des salariés qui se prononce en faveur d'un crédit d'heures alloué proportionnellement au résultat obtenu au moment du scrutin. La majorité de la chambre professionnelle critique les règles de répartition et d'attribution du crédit d'heures et des délégués libérés prévues par le projet de loi. Elle se prononce en faveur d'un système permettant à la délégation du personnel de décider majoritairement de l'attribution et de la répartition du crédit d'heures et des délégués libérés au motif que le système proposé risquerait de handicaper le bon fonctionnement de la délégation. Telle fut également la position du Conseil d'Etat dans un avis du 11 octobre 1979 relatif au projet de loi portant modification des articles 3 et 21 de la loi du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel. Cependant, déjà à l'époque, certains membres du Conseil d'Etat estimaient qu'„il était parfaitement justifiable de faire désigner désormais les délégués libérés au scrutin secret de liste par les membres de la délégation selon les règles de la représentation proportionnelle“. Ils argumentaient qu'il ne pouvait y avoir que des avantages à permettre également à un de ces délégués l'accès à la fonction du délégué libéré en vue de pouvoir se consacrer avec une plus grande intensité aux devoirs qu'il a à remplir non pas seulement en faveur de ses électeurs, mais dans l'intérêt de tous les membres du personnel salarié et de l'établissement.¹⁴ Si les auteurs du projet de loi ne commentent pas autrement leur choix en faveur des listes minoritaires, le Conseil d'Etat n'entend cependant pas s'opposer à cette disposition qui relève d'un choix éminemment politique.

¹¹ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

¹² „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

¹³ Cf. Code du travail français, art. L. 212-4-10: „Le temps de travail mensuel d'un salarié à temps partiel ne peut être réduit de plus d'un tiers [*pourcentage*] par l'utilisation du crédit d'heures auquel il peut prétendre pour l'exercice de mandats détenus par lui au sein d'une entreprise. Le solde éventuel de ce crédit d'heures payées peut être utilisé en dehors des heures de travail de l'intéressé.“

¹⁴ Avis du Conseil d'Etat du 11 octobre 1979 (doc. parl. n° 2333').

Le paragraphe 5 prévoit qu'un accord entre le chef d'entreprise et la délégation du personnel réglera les questions relatives à la carrière des délégués libérés et leur réinsertion professionnelle. Cet accord réglera également la participation des délégués à des formations professionnelles continues. Ces nouvelles dispositions ne donnent pas lieu à observation.

Article L. 415-6

Le paragraphe 2 de cet article prévoit que les délégations du personnel peuvent se réunir chaque fois que l'accomplissement efficace des missions leur conférées par la loi l'impose. Les auteurs du projet de loi précisent que le changement de terminologie proposé vise à éviter les proliférations de réunions qui ne s'imposent pas. Le Conseil d'Etat note que, par la modification opérée au paragraphe 4, les réunions qui se tiennent en dehors des heures de service ne seront pas rémunérées comme temps de travail. Aussi s'interroge-t-il sur la nécessité de maintenir ce paragraphe qui paraît superflu dans la mesure où il est évident que les délégations du personnel peuvent se réunir autant de fois qu'elles le jugent nécessaires si ce n'est pas pendant la durée des heures de travail. Ce paragraphe peut donc être omis. En cas de son maintien, le Conseil d'Etat se rallierait à la Chambre de commerce et à la Chambre des métiers qui demandent la suppression du mot „efficace“ lequel ajoute un critère purement subjectif qu'il y a lieu d'éviter.

Finalement, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article L. 415-5 concernant les délégués travaillant à temps partiel.

Articles L. 415-7 à L. 415-9

Sans observation.

Article L. 415-10

En ce qui concerne le congé-formation, les chambres professionnelles sont citées comme institutions spécialisées pour la formation des délégués.

Selon un nouvel alinéa 4 au paragraphe 2, les délégués élus pour la première fois ont droit à un supplément de 16 heures pendant la première année de leur mandat. Les membres suppléants de la délégation bénéficient de la moitié des heures de formation attribuées aux délégués titulaires. Le Conseil d'Etat constate que, malgré l'affirmation contraire dans le commentaire de l'article sous examen, les représentants d'établissement ne sont pas visés par cette disposition. Il se demande par ailleurs si le premier mandat visé ne concerne que le mandat du délégué titulaire ou également celui du délégué suppléant. Une précision s'impose¹⁵.

Section 4.– Protection spéciale

Article L. 415-11

Un volet essentiel de la réforme envisagée porte sur la réforme du régime de protection des délégués.

Le Conseil d'Etat est conscient de la nécessité de renforcer la protection des délégués contre toute velléité de sanctionner les salariés disposés à assumer des fonctions de représentant du personnel. Le souci des employeurs qui souhaitent éviter que les protections légales ne soient détournées à des fins personnelles et ne pas voir empêcher par des mesures de protection excessives des décisions économiques nécessaires à la survie de l'entreprise est tout aussi légitime.

Le projet de loi essaie de concilier ces deux aspirations partiellement contradictoires. Au vu des avis des chambres professionnelles, les appréciations par rapport au projet divergent fondamentalement.

Aux termes du paragraphe 1er, les délégués ne peuvent pas faire l'objet d'une modification d'une clause essentielle de leur contrat de travail sauf si cette modification concerne la totalité d'une catégorie déterminée de salariés à laquelle ils appartiennent. L'interdiction de modifier une clause essentielle ne fait que consacrer la jurisprudence en appliquant expressément au délégué le régime de protection légale figurant à l'article L. 121-7. Le Conseil d'Etat estime toutefois que la réserve, autorisant la modification d'une clause essentielle, si cette décision s'applique à „la totalité d'une catégorie déterminée de salariés à laquelle appartient le délégué“, pose problème. Il s'interroge sur le contenu précis

¹⁵ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

de la notion de „catégorie“ qui est à géométrie variable à travers les dispositions du Code du travail. Qu’advient-il au délégué qui refuse d’accepter la modification qui lui est notifiée avec d’autres salariés considérés comme faisant partie de la même „catégorie“? Selon l’article L. 121-7, ce refus équivaut à une résiliation du contrat de travail du salarié à la fin du préavis. En vertu des paragraphes 2 et 3 de l’article sous avis, cette solution n’est pas applicable au délégué bénéficiant de la protection spéciale. Au vu de cette incohérence juridique, le Conseil d’Etat propose d’abandonner le bout de phrase „sauf si cette modification concerne la totalité d’une catégorie déterminée de salariés à laquelle appartient le délégué“. Le Conseil d’Etat suggère d’introduire un recours permettant au délégué de demander la cessation de la modification illégale. En l’absence d’un tel recours, le délégué ne pourrait en effet se défendre efficacement contre cette mesure. Le Conseil d’Etat rappelle que le maintien du contrat du délégué a été jugé conforme à la Constitution par l’arrêt n° 56/10 de la Cour constitutionnelle du 26 mars 2010¹⁶. L’interdiction absolue de licencier un délégué, même en cas de fermeture d’un établissement ou d’une partie d’une entreprise, devrait dès lors être maintenue.

Le paragraphe 2 de l’article sous revue est libellé de manière à générer des confusions. Selon le libellé proposé, le licenciement pour faute grave d’un délégué serait désormais admis dans les situations visées au paragraphe 3 (fermeture partielle d’une entreprise ou d’un établissement) et au paragraphe 4 (faute grave). Or, le commentaire des articles et l’économie générale du texte excluent cette interprétation littérale. Le paragraphe 4 maintient, en cas de faute grave alléguée, la sanction de la mise à pied désignée au projet par „dispense immédiate“, et n’introduit pas la possibilité d’un licenciement, c’est-à-dire d’un acte unilatéral de l’employeur mettant fin au contrat. Pour éviter toute confusion, le Conseil d’Etat propose de remplacer les alinéas 1er et 2 du paragraphe 2 par le libellé suivant:

„Les délégués visés ci-dessus ne peuvent, sous peine de nullité, faire l’objet d’un licenciement ou d’une convocation à un entretien préalable, même pour faute grave, pendant toute la durée de la protection légale.“

L’alinéa 3 du paragraphe 2 (alinéa 2 selon le Conseil d’Etat) reprend le paragraphe 1er actuellement en vigueur et ne comporte pas d’observation.

Selon l’alinéa 4 du même paragraphe 2: „Le délégué qui ne souhaite pas être maintenu ou, le cas échéant, réintégré, peut demander la condamnation de l’employeur à verser des dommages et intérêts tenant compte du dommage subi par lui du fait de son licenciement“. Le Conseil d’Etat conçoit l’utilité d’une disposition permettant au délégué de renoncer à se voir réintégrer au poste antérieurement occupé et d’opter pour une indemnisation. De nombreux délégués, essentiellement dans les petites et moyennes entreprises, redoutent en effet les inconvénients et le stress résultant d’une telle décision imposée à l’employeur contre sa volonté. Selon le libellé proposé, la demande à voir condamner l’entreprise à verser des dommages et intérêts en lieu et place de la réintégration tomberait dans la compétence du président du tribunal de travail statuant „d’urgence et comme en matière sommaire“. Les dommages et intérêts seraient fixés „tenant compte du dommage subi par lui du fait de son licenciement“.

Un délégué dont le contrat fut résilié unilatéralement par l’employeur en violation de l’interdiction figurant à l’alinéa 1er n’a *a priori* aucun avantage à obtenir une condamnation à des dommages et intérêts dans le cadre d’une procédure sommaire. Sauf à admettre que les dommages et intérêts ne seraient pas tributaires du dommage réellement subi du fait du licenciement mais seraient fixés automatiquement au moins au montant des salaires réduits pendant la durée de protection – proposition figurant dans le texte proposé par une minorité des membres de la Chambre des salariés à l’endroit de l’article L. 415-11(3), mais qui paraît toutefois irréaliste notamment dans l’hypothèse où un licenciement interviendrait en début de mandat – la détermination du dommage dépend des circonstances de l’espèce. Le recours devant le juge du fond selon la procédure instituée aux articles L. 473-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile est dès lors la seule solution raisonnable. S’agissant de la procédure de droit commun, il n’est pas nécessaire de le mentionner spécialement dans la loi en projet. Seul le délai de trois mois doit y figurer.

Le salarié s’étant vu confier un mandat de la part de ses collègues doit bénéficier d’une protection particulière. Cette exigence découle déjà de l’article 1er de la Convention n° 135 adoptée par la Conférence générale de l’Organisation Internationale du Travail à Genève le 23 juin 1971, approuvée par la loi du 15 février 1979. Elle peut inclure le droit à des dommages et intérêts spécifiques. Dès l’instant où la nullité de la mesure prise par l’employeur est constatée – dans le contexte d’un licen-

¹⁶ Mémorial A n° 58 du 16 avril 2010.

ciement déclaré nul ou d'une demande de résolution du contrat de travail refusée –, le dommage ne pourra être évalué en tenant compte exclusivement, à l'instar du système en vigueur pour les salariés ordinaires, d'une période de référence nécessaire pour retrouver un nouvel emploi. Le délégué aurait en effet pu bénéficier d'une sécurité de l'emploi absolue à durée déterminée s'il n'avait fait l'objet d'une mesure jugée abusive ou nulle. Le Conseil d'Etat propose dès lors de préciser dans la loi que les dommages et intérêts alloués au délégué licencié tiendront compte du préjudice spécifique résultant de la perte du mandat par le délégué et qui relève plutôt du dommage moral.

Selon le commentaire des articles, les auteurs entendent s'assurer que dorénavant les juridictions sociales luxembourgeoises seront compétentes pour toiser les litiges entre parties. Or, le système ne permettra pas de contourner les dispositions de l'article 20 du Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. S'il est vrai que, dans certains cas d'espèce, l'application incorrecte du droit luxembourgeois par des juridictions étrangères a pu poser problème, le Conseil d'Etat estime qu'il n'appartient pas au législateur d'éviter l'application des règles de compétence européenne par des artifices qui seraient de toute manière sans effet.

Le contrat de travail du délégué ne devrait pouvoir être résilié par un licenciement mais – en dehors d'une démission, d'une résiliation d'un commun accord et de la fermeture totale de l'entreprise – exclusivement par une décision de justice. De même, il semble utile de s'écarter le moins possible du texte en vigueur qui, malgré les critiques dont il fait l'objet, a le mérite de fonctionner dans les grandes lignes.

Selon le projet de loi, le contrat du délégué peut prendre fin

- en cas de faute grave;
- „en cas de fermeture de toute l'entreprise motivée par des raisons d'ordre économique ou technique reconnues sur avis de l'Inspection du travail et des mines“;
- en cas de fermeture partielle d'une entreprise ou d'un établissement.

Le libellé de l'alinéa 1er du paragraphe 3 de l'article, autorisant le licenciement en cas de fermeture de l'entreprise, est critiqué à juste titre dans la mesure où il ne permet la cessation du mandat que pour „des raisons d'ordre économique et technique“. Cette formule exclut-elle certains motifs à l'origine de la fermeture et, dans l'affirmative, lesquels? Une décision de fermeture ne repose-t-elle pas nécessairement toujours sur des motifs „économiques“ au sens large? L'arrêt d'une activité jugée trop peu profitable ou déficitaire, une décision de délocalisation, une fermeture par suite d'une décision administrative voire une condamnation pénale, ne constituent-ils pas une décision de nature économique?

Selon le libellé de l'article sous examen, les raisons d'ordre économique et technique devraient, pour justifier le licenciement du délégué, être „reconnues sur avis de l'Inspection du travail et des mines“. Celle-ci, dont les missions sont énumérées à l'article L. 612-1, dispose-t-elle des compétences économiques nécessaires lui permettant d'apprécier le bien-fondé des raisons de cet ordre à la base des décisions de l'employeur? Son avis devrait-il être positif et constituerait-il dès lors une sorte d'autorisation administrative préalable à tout licenciement d'un délégué? Le Conseil d'Etat insiste lourdement à voir abandonner cette condition qui créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait, qui comporterait une intrusion incisive dans les pouvoirs du dirigeant de l'entreprise et qui n'apporterait aucun bénéfice au délégué.

La possibilité d'un licenciement en cas de fermeture partielle d'une entreprise ou d'un établissement pose également problème. Selon le libellé du texte, les délégués „y occupés depuis plus de vingt-quatre mois“ pourraient être licenciés dans ce cas de figure. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'idée à la base de ce traitement inégalitaire des délégués qui, de surcroît, pénaliserait les salariés ayant le plus d'ancienneté. Il se réserve de refuser la dispense du second vote constitutionnel en l'absence d'indication de motifs précis correspondant aux critères dégagés par la Cour constitutionnelle en rapport avec l'article 10bis de la Constitution¹⁷. Le Conseil d'Etat se demande par ailleurs si, dans cette disposition, le projet ne contient pas une erreur matérielle et si l'idée n'était pas de préserver le maintien de la relation contractuelle pour les délégués occupés depuis „plus“ de deux ans, en l'absence de poste au sein de

¹⁷ Cour constitutionnelle, Arrêt n° 9/00 du 5 mai 2000 (Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000, page 948):

„Le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.“

l'entreprise ou de l'établissement où le délégué pourrait être réaffecté. Toutefois, même à supposer qu'il s'agisse d'une erreur matérielle, la distinction demeurerait néanmoins *a priori* tout aussi arbitraire.

La disposition du projet n'est pas sans poser une multitude d'autres questions non résolues qui risquent de générer un important contentieux. Est-il justifié qu'un délégué, censé défendre les intérêts de tout le personnel de l'entreprise et non pas seulement celui de l'établissement, voire d'une partie de l'établissement où il est affecté, puisse être privé de son emploi et de sa protection par suite d'une réduction du personnel? Aux termes de l'alinéa 3 du paragraphe 3 de l'article: „Dans ce dernier cas le licenciement n'est autorisé que si le délégué en question ne peut être réaffecté à un autre emploi disponible au sein de l'entreprise ou de l'établissement“. Comment le président du tribunal, saisi en urgence, pourrait-il apprécier la réalité ou non de l'impossibilité de réaffecter le délégué au sein de l'entreprise ou de l'établissement? S'il peut paraître logique, par analogie avec l'hypothèse régie par le paragraphe 3, de faire cesser le mandat du représentant d'établissement en cas de fermeture de l'établissement, cette mesure ne devrait pouvoir être étendue au délégué. A signaler que la Cour constitutionnelle a déjà estimé dans son arrêt précité n° 56/10 du 26 mars 2010 que, dans l'hypothèse où seule une branche d'activité de l'entreprise, fût-elle la branche principale, est supprimée par l'employeur pour des raisons économiques et où il y a dès lors, corrélativement, maintien d'autres activités de l'entreprise avec maintien de salariés autres que les délégués du personnel, justifiant la représentation par les délégués, l'équilibre existant entre le principe constitutionnel garantissant la liberté du commerce et de l'industrie et la protection des salariés n'est pas rompu. La Cour en a déduit que la décision d'un employeur de supprimer une branche de ses activités ne fait pas tomber la protection contre le licenciement des délégués du personnel occupés dans la branche concernée.

Au vu de ces difficultés non résolues, le Conseil d'Etat propose de maintenir sur ce point le cadre légal en vigueur.

Au paragraphe 4, l'expression „mise à pied“ est remplacée par „décision de dispense immédiate“. Le Conseil d'Etat estime qu'il y aurait lieu de procéder au même toilettage de la terminologie, notamment à l'endroit des articles L. 124-10 et L. 337-1; l'article L. 426-9, incluant également un renvoi à la notion de „mise à pied“, étant modifié dans le présent projet à l'endroit de l'article 4. L'introduction d'une deuxième notion ayant strictement la même signification est source de confusion. Dès lors, en l'absence d'harmonisation, le Conseil d'Etat insiste sur le maintien de l'expression „mise à pied“. Cette solution aurait aussi l'avantage d'éviter toute discussion sur l'effet de la dispense par rapport à l'exercice du mandat de délégué, la notion „dispense de service“ pouvant être interprétée comme étant limitée au travail tout en laissant subsister le droit d'exercer le mandat, interprétation qui serait à son tour toutefois en contradiction avec le libellé de l'article L. 415-13¹⁸.

Aux termes de l'alinéa 2 du paragraphe 4 de l'article sous examen, le délégué faisant l'objet d'une dispense immédiate conservera son salaire antérieur pendant trois mois. Cet avantage est, selon la lecture du Conseil d'Etat, irréversible, c'est-à-dire qu'il restera acquis au délégué quelle que soit par ailleurs l'attitude du délégué dans la suite et la décision du président intervenant en urgence ou du tribunal du travail amené à décider en définitive sur le bien-fondé ou non de l'invocation de la faute grave. Dans le silence de l'exposé des motifs, cette solution semble se dégager de la lecture de l'article L. 415-11(4), alinéa 3. Elle est par ailleurs la seule à garantir au délégué une sortie de l'entreprise sans se retrouver dans la suite confronté au risque de devoir rembourser à l'employeur des salaires qu'il n'aurait pas réclamés. La disposition de l'article L. 415-11(5), alinéa 3, selon laquelle la résiliation du contrat prend effet „à la date de la notification de la dispense“, s'il est fait droit à la demande en résolution judiciaire, n'exclut pas cette interprétation. Il se pose toutefois la question si un tel avantage n'est pas exorbitant.

Plusieurs cas de figure sont possibles:

1. Le délégué éventuellement conscient d'avoir commis une faute susceptible d'être qualifiée de grave par les juridictions du travail ne fera pas fruit de la possibilité de demander en urgence le maintien du salaire au-delà des trois mois concédés (selon le projet de loi) sans demande préalable. L'employeur saisira le tribunal de sa demande en résolution et obtiendra gain de cause. Le contrat sera résilié, selon le libellé proposé, avec „effet à la date de la notification de la dispense“. Le délégué ne sera pas tenu de rembourser les trois mois de salaires touchés par l'effet de la loi. Le Conseil d'Etat peut

¹⁸ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

comprendre cette disposition qui évite au délégué, même fautif, de se retrouver dans une situation bien moins favorable que celle réservée au salarié non spécialement protégé, licencié pour faute grave. Ce dernier peut en effet demander l'indemnité de chômage et, même s'il échoue dans la procédure en contestation de la faute grave, il ne se verra pas condamné à rembourser automatiquement la totalité des indemnités de chômage touchées par provision. Il est renvoyé dans ce contexte à l'article L. 521-4(6), alinéas 1er et 2. Aux yeux du Conseil d'Etat, la disposition selon laquelle le délégué touche trois mois de salaire au-delà de la date de la mise à pied n'est utile que si, à l'issue de cette période, une décision concernant le maintien ou la suspension du salaire est intervenue. Il faudra dès lors prévoir un recours devant le président du tribunal du travail dans le cadre du paragraphe 4 endéans un bref délai. Le Conseil d'Etat propose de maintenir le délai actuel de quinzaine qui figure également dans l'alinéa 3 du paragraphe 2 du même article.

2. Le délégué fait fruit de la possibilité de réclamer le maintien du salaire au-delà de la période de trois mois (selon le projet). Dans ce cas de figure, le délégué doit assumer le risque de se voir réclamer, à l'issue d'une procédure souvent très fastidieuse pouvant s'étendre sur plusieurs années, de devoir dans la suite rembourser tous les salaires touchés par suite de la décision du président ordonnant en référé le maintien de la rémunération. Cette situation d'incertitude et de précarité constitue une épreuve difficile. Sauf à accepter de prendre tous les risques et de jouer son va-tout, le délégué sera toujours enclin à éviter cette situation dès qu'il aura le sentiment d'avoir éventuellement gravement fauté. Dès lors, la possibilité offerte au délégué de ne pas courir ce risque mais d'opter pour une action en dommages et intérêts prendrait tout son sens. Le Conseil d'Etat note toutefois que, selon le projet de loi, cette possibilité n'est pas prévue dans ce cas de figure. Selon le libellé du projet, elle est réservée à la situation visée au paragraphe 2, c'est-à-dire celle d'un „licenciement“ nul et de nul effet. Le Conseil d'Etat estime que cette option devrait être introduite.

Selon le Conseil d'Etat, l'appréciation de la faute doit être analysée et jugée par le tribunal du travail.

Pour permettre au délégué de juger en connaissance de cause de ses chances de prospérer dans une action judiciaire dans laquelle il contesterait la faute, le Conseil d'Etat propose de prévoir, à l'instar du régime de droit commun en matière de licenciement pour faute grave régi par l'article L. 124-10, paragraphe 3 du Code du travail, une obligation d'énoncer dans la lettre recommandée informant de la décision de dispense immédiate (ou mise à pied) avec précision le ou les fait(s) reproché(s) au délégué et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.

Le fait d'opter pour la non-continuation du contrat ne constitue évidemment pas une démission faisant perdre au salarié la condition de chômeur involontaire dans le contexte de l'article L. 521-3 du Code du travail. Pour éviter toute équivoque à ce sujet, il y aurait lieu de le préciser dans le texte à l'endroit des paragraphes 2 et 4. Le maintien de l'accès à la sécurité sociale pendant la procédure constitue une préoccupation majeure des délégués.

Le Conseil d'Etat approuve également le libellé du projet de loi qui vise à faire bénéficier dorénavant le délégué du même régime que le salarié ordinaire en rapport avec le paragraphe 3 de l'article L. 121-6 du Code du travail (disposition qui interdit à l'employeur averti d'une maladie ou en possession d'un certificat médical de notifier, même pour motif grave, un licenciement).

Le Conseil d'Etat n'a pas saisi la pertinence du maintien de l'alinéa *in fine* du paragraphe 5. Il propose dès lors de l'omettre.

Le paragraphe 6 n'exige pas d'observation particulière.

Au vu de ces considérations auxquelles on peut ajouter une longue liste d'interrogations formulées par les chambres professionnelles mais aussi la doctrine¹⁹ dans leurs avis, le Conseil d'Etat soumet la proposition de texte ci-après:

Proposition de texte du Conseil d'Etat pour l'article L. 415-11:

„(1) Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des délégations du personnel et le délégué à la sécurité et à la santé ne peuvent faire l'objet d'une modification d'une clause essentielle de leur contrat de travail rendant applicable l'article L. 121-7.

¹⁹ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*

Le cas échéant, ces délégués peuvent demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, d'une demande en cessation d'une modification unilatérale d'une telle clause.

(2) Les délégués visés ci-dessus ne peuvent, sous peine de nullité, faire l'objet d'un licenciement ou d'une convocation à un entretien préalable, même pour faute grave, pendant toute la durée de la protection légale.

Dans les quinze jours qui suivent un licenciement, le délégué peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien ou, le cas échéant, sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L. 124-12.

L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat présidant la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées.

Le délégué qui n'a pas exercé le recours prévu à l'alinéa 2 peut demander au tribunal de constater la cessation du contrat au jour de la notification du licenciement ainsi que la condamnation de l'employeur à verser des dommages et intérêts tenant également compte du dommage spécifique subi par le licenciement nul en rapport avec son statut de délégué jouissant d'une protection spéciale. Le délégué exerçant cette option est à considérer comme chômeur involontaire au sens de l'article L. 521-3 à partir de la date du licenciement.

L'action judiciaire en réparation d'une éventuelle résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement.

L'option entre les deux demandes figurant aux alinéas 2 et 4 est irréversible.

(3) En cas de fermeture de l'entreprise, le mandat des délégués cesse de plein droit avec l'arrêt des activités. Il en est de même des représentants d'établissement en cas de fermeture de l'établissement.

(4) En cas d'invocation d'une faute grave, le chef d'entreprise a la faculté, dans le respect des dispositions prévues au paragraphe 3 de l'article L. 121-6, de notifier une mise à pied au délégué. Cette décision doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au délégué et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.

Pendant les trois mois suivant la date de la notification, le délégué conserve son salaire ainsi que les indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre si le contrat était maintenu. Ces salaires, indemnités et autres avantages restent définitivement acquis au délégué.

Dans les quinze jours qui suivent la mise à pied, le délégué peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de se prononcer sur le maintien ou la suspension du salaire au-delà de la durée de trois mois, en attendant la solution définitive du litige.

Le délégué qui ne souhaite pas être maintenu ou, le cas échéant, être réintégré, peut saisir, dans les trois mois de la notification de la mise à pied, le tribunal du travail d'une demande en constatation de la résiliation du contrat et d'une demande tendant à la condamnation de l'employeur à verser des dommages et intérêts tenant compte du dommage spécifique subi par la cessation du contrat en rapport avec son statut de délégué jouissant d'une protection spéciale. Le délégué exerçant cette option est à considérer comme chômeur involontaire au sens de l'article L. 521-3 à l'issue de la période fixée à l'alinéa 2.

L'option entre les deux demandes figurant aux alinéas 3 et 4 est irréversible.

(5) L'employeur peut présenter sa demande en résolution judiciaire du contrat de travail auprès de la juridiction du travail, le cas échéant par demande reconventionnelle, dans les trois mois à partir de la saisine du président de la juridiction du travail par le salarié ou, au plus tard, dans les trois mois qui suivent l'écoulement du délai prévu à l'alinéa 2 du paragraphe 4.

Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, les effets de la dispense cessent de plein droit.

Lorsque la juridiction du travail fait droit à cette demande, la résiliation prend effet à la date de la notification de la mise à pied.

Cette disposition est susceptible d'appel dans les conditions des jugements rendus par la juridiction du travail; elle est exécutoire par provision, au besoin sur minute et avant l'enregistrement.

Si l'employeur n'engage pas cette procédure endéans les délais, le salarié peut demander, dans les quinze jours après écoulement du délai, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, d'ordonner la continuation de l'exécution du contrat par toutes les parties en cause.

(6) Lorsque le délégué qui a fait l'objet d'une mise à pied occupe un nouvel emploi rémunéré, salarié ou non salarié, l'employeur peut requérir devant le président de la juridiction du travail la suspension du salaire.“

Articles L. 415-12 et L. 415-13

Sans observation.

Chapitre VI.– Organisation et fonctionnement

Article L. 416-1

Aux termes de l'alinéa 1er du paragraphe 1er, la réunion constituante est convoquée par le salarié qui a obtenu le plus grand nombre de voix lors du suffrage. Parmi ses membres sont désignés, au scrutin secret et selon les règles de la majorité relative, un président, un vice-président et un secrétaire.

Il va sans dire que ces fonctions ne peuvent être attribuées qu'à des membres effectifs et non pas à des membres suppléants.

Le Conseil d'Etat s'interroge, à l'instar de la Chambre des salariés, s'il ne serait pas utile de renvoyer, dans le texte de loi, à un règlement grand-ducal énonçant les points devant obligatoirement figurer à l'ordre du jour de la réunion constituante ainsi que le déroulement de celle-ci. Il semblerait que les difficultés pouvant naître dans la phase de démarrage plombent souvent le fonctionnement de la délégation dans la suite.

Au paragraphe 2, il semble illogique de prévoir un bureau composé de sept membres dès lors que la délégation se compose de plus de douze membres (c'est-à-dire à partir de treize). Par analogie avec les autres seuils énoncés au même paragraphe, il y a lieu de prévoir sept membres dès lorsqu'il se compose de quatorze membres au moins.

A l'alinéa 2, il y a lieu de rectifier le renvoi en remplaçant l'article L. 419-9 par l'article L. 414-9. Selon la lecture du Conseil d'Etat, l'application conjointe des paragraphes 1er à 3 aura pour effet de composer le bureau d'une délégation de cinq membres, du président, du vice-président et du secrétaire de la délégation.

Selon le paragraphe 4, la délégation du personnel sera informée par le chef d'entreprise „lors de la réunion constituante sur la structure de l'entreprise, ses liens éventuels avec d'autres entreprises, l'évolution économique prévisible, la structure de l'emploi, les politiques de formation professionnelle continue, de sécurité et santé au travail ainsi qu'en matière d'égalité de traitement“.

Le Conseil d'Etat estime toutefois que la présence du chef d'entreprise lors de la réunion constituante comporte le risque d'une ingérence malsaine dans les opérations de composition de la délégation. Il propose dès lors de prévoir cette obligation du chef d'entreprise „lors de la première réunion suivant la réunion constituante“.

Le paragraphe 4 devrait être précédé d'un nouveau paragraphe prévoyant l'obligation, pour la délégation, de communiquer les noms des membres du bureau, du délégué à la sécurité et à la santé et du délégué à l'égalité immédiatement après leur désignation au chef d'entreprise et à l'Inspection du travail et des mines.

Article L. 416-2

Cet article reste inchangé.

Le Conseil d'Etat propose néanmoins de remplacer le délai de trois jours avant la réunion endéans lequel des questions peuvent être présentées par un tiers des membres de la délégation à „au plus tard trois jours avant la réunion“.

Les articles L. 416-3 à L. 416-5 restent inchangés.

Article L. 416-6

Aux termes de l'alinéa 2 nouveau de cet article, l'employeur est tenu de faciliter des déplacements entre les unités de l'entreprise. S'il est vrai que la notion d'„unité“ au sein d'une entreprise n'est définie nulle part – ce qui est critiqué dans l'avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers –, il semble évident que les auteurs visent des sites géographiquement éloignés au point d'imposer le recours à des moyens de locomotion. L'application pratique de cette disposition ne devrait pas poser problème.

Article L. 416-7

Cet article est complété en ce sens que l'employeur est tenu de mettre à disposition le matériel informatique et l'accès aux moyens de communication „externes et internes disponibles“. Tout comme pour l'article L. 416-6, cette disposition doit être interprétée selon le bon sens qui devrait prévaloir dans les relations entre partenaires responsables.

Chapitre VII.– Dispositions finales

Articles L. 417-1 et L. 417-2

Sans observation.

Article L. 417-3

Selon les auteurs, la mise en place de la médiation en cas de différends est une des grandes innovations du projet de loi. Le Conseil d'Etat reconnaît l'utilité de la médiation en tant que mécanisme permettant de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable de conflits. La médiation en tant que mode alternatif de résolution des conflits collectifs peut en effet constituer une nouvelle voie possible pour renforcer le dialogue social. Il est évident qu'elle n'exclut pas le recours judiciaire dans les cas où un tel recours est possible. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que les dispositions relatives à la médiation en matière civile et commerciale introduites dans le Nouveau Code de procédure civile par la loi du 24 février 2012 sont applicables aux litiges individuels ou collectifs en droit du travail, à moins qu'ils se rapportent à des dispositions d'ordre public.

Le nouveau dispositif fait l'objet de nombreuses critiques formulées dans les différents avis au projet de loi.²⁰ Le Conseil d'Etat peut comprendre le scepticisme y exprimé alors que le projet de loi omet de préciser le concept de la médiation dans le contexte visé et de clarifier la spécificité de son application. Si les auteurs du projet de loi entendent introduire une nouvelle forme de médiation, différente de la médiation civile et commerciale, il est regrettable que cette médiation „*sui generis*“ ne soit pas plus amplement encadrée par un dispositif légal. D'aucuns proposent de se référer au médiateur au sens de la loi du 24 février 2012 précitée afin de faire appliquer ledit dispositif à tous les litiges visés au présent article. S'il est vrai que les dispositions prévues au Nouveau Code de procédure civile ont l'avantage de réglementer la procédure que doit suivre le médiateur, précision qui fait défaut dans le dispositif prévu par le projet de loi, le Conseil d'Etat hésite à voir étendre des règles de procédure civile à des litiges qui se situent en dehors du champ d'application de cette loi.

Le texte prévoit que les litiges nés dans le cadre de l'application des articles énumérés et non résolus après une éventuelle mise en intervention de l'Inspection du travail et des mines sur base de l'article L. 612-1 du Code du travail peuvent être soumis à la médiation. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers s'interrogent sur l'articulation du rôle du médiateur avec celui de l'Inspection du travail et des mines, alors qu'à la lecture du nouvel article L. 417-3, paragraphe 1er on pourrait com-

²⁰ „Commentaire critique (...)“, Jean-Luc Putz, *op. cit.*; Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers; Avis de la Chambre des salariés.

prendre que l'intervention de cette dernière deviendrait facultative. Afin d'éviter toute contradiction avec l'article L. 417-2 et l'article L. 612-1 du Code du travail, le Conseil d'Etat propose la radiation du mot „éventuelle“.

Le Conseil d'Etat constate en outre que les articles L. 411-3, L. 411-4 et L. 412-2 se réfèrent à la Commission de médiation et non pas au médiateur prévu au paragraphe 2. Comme relevé ci-avant, il s'agit vraisemblablement d'un oubli. D'ailleurs, on peut se demander s'il est vraiment utile de prévoir une Commission de médiation dont la composition sera fixée dans le cadre d'une convention collective ou dans le cadre d'un accord en matière de dialogue interprofessionnel. Le Conseil d'Etat peut rejoindre l'avis des commentateurs qui suggèrent d'insérer dans la convention collective une disposition prévoyant la désignation d'un médiateur d'un commun accord. Ce médiateur pourra être choisi sur une liste établie telle que visée au paragraphe 2. La participation des parties au choix du médiateur fait d'ailleurs partie du libre accord de recourir à la médiation. Si le médiateur est censé exercer un véritable contrôle externe, il est impérieux que soient remplis certains préalables concernant la formation, l'impartialité, l'indépendance et la confidentialité.

Il est intéressant de noter que l'article L. 414-12 renvoie à une procédure de médiation prévue à l'article L. 417-3. Or, une telle procédure n'est pas définie dans l'article sous examen, mais ce sera à la convention collective ou à l'accord en matière de dialogue professionnel de fixer la procédure à suivre par la Commission de médiation. Pour le médiateur, il est prévu qu'un règlement grand-ducal détermine les modalités d'application, ce qui devrait inclure la procédure à suivre. Le projet de loi se limite à prévoir un procès-verbal en cas de désaccord. La médiation en matière de conflits collectifs de travail prévue dans certains cas est réglementée dans le Code du travail français. La procédure de la médiation, les pouvoirs d'investigation du médiateur et surtout les précisions quant au résultat de la médiation y sont détaillés²¹. Le Conseil d'Etat peut comprendre que les auteurs ne désirent pas imposer des règles à caractère trop formel au processus de la médiation, mais il estime que l'adoption d'un cadre légal comprenant certaines règles minimales relatives à la procédure de la médiation serait dans l'intérêt de ce mode alternatif de résolution des conflits collectifs et aiderait à enlever les incertitudes mises en exergue par certaines critiques.

Les cas de compétence de la Commission de médiation ou du médiateur relèvent d'un choix politique sur lequel le Conseil d'Etat n'entend pas se prononcer.

Article L. 417-4

L'actuel article L. 417-3 prévoit que les contestations relatives à l'électorat et à la régularité des opérations électorales sont de la compétence du directeur de l'Inspection du travail et des mines et que sa décision peut faire l'objet d'un recours devant la Cour administrative statuant en dernière instance et comme juge du fond. Le projet de loi reprend ce libellé au nouvel article L. 417-4, mais institue un double degré de juridiction devant les juridictions administratives. Le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes „tribunal administratif“ par ceux de „juridictions administratives“.

Article L. 417-5

Cet article reprend le libellé de l'actuel article L. 417-4 en y ajoutant aux entraves passibles d'une amende celle contre la constitution et la libre désignation d'une délégation au niveau de l'entité économique et sociale, d'une représentation d'établissement et celle quant à la désignation d'un délégué à la sécurité et à la santé.

A l'alinéa 2, la référence à l'„article L. 414-7“ est devenue erronée et est à remplacer par celle à l'„article L. 414-17“.

Articles 2 et 3

Sans observation.

Article 4

Selon les auteurs du projet, cet article, traitant de la protection des représentants du personnel au sein du conseil d'administration et du conseil de surveillance des sociétés anonymes, vise à adapter l'article L. 426-9 du Code du travail au libellé proposé à l'endroit de l'article L. 415-11, paragraphe 4

²¹ Code du travail français, articles L. 2523-4 et s. et R. 2523-1 et s.

relatif à la protection des délégués du personnel. Mis à part une modification d'ordre formel, le contenu du paragraphe 1er de l'article L. 426-9 reste inchangé. Il énonce le principe comme quoi les représentants des salariés dans les sociétés anonymes ne peuvent être licenciés sans l'autorisation de la juridiction compétente en matière de contrat de travail.

Or, selon le paragraphe 2, „en cas de faute grave commise par un membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance représentant le personnel dans l'exercice de ses activités professionnelles dans l'entreprise, les dispositions des paragraphes 3 à 5 de l'article L. 415-11 s'appliquent“.

Il en découle que les représentants des salariés dans les organes de direction des sociétés anonymes pourraient se voir appliquer les paragraphes 3 et 5 de l'article L. 415-11. Or, le paragraphe 3 de l'article L. 415-11 ne vise pas l'hypothèse d'une faute grave, mais le cas de figure où une partie ou la totalité d'une entreprise ou d'un établissement est fermée. Le renvoi à ce paragraphe est dès lors à omettre. Le Conseil d'Etat renvoie par ailleurs à ses observations à l'endroit des paragraphes 4 et 5 de l'article L. 415-11.

Le libellé nouveau maintient la possibilité de licencier un représentant salarié avec préavis pour motif réel et sérieux avec l'autorisation du tribunal. A signaler qu'en vertu de l'article L. 426-7, paragraphe 2, la cessation du contrat de travail implique la fin du mandat de représentant.

Aux yeux du Conseil d'Etat, il n'existe aucune raison qui justifierait la suppression du paragraphe 3 de l'article L. 426-9 actuellement en vigueur, qui protège les anciens membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance représentant le personnel pendant les six mois qui suivent l'expiration de leur mandat et des candidats au siège de ces organes à partir de la présentation des candidatures et pendant une durée de trois mois. Ce paragraphe est dès lors à maintenir.

Le renvoi à l'article L. 415-11 devrait également inclure le paragraphe 6 de ce dernier article autorisant l'employeur d'un délégué, ayant fait l'objet d'une dispense mais qui occupe un nouvel emploi rémunéré salarié ou non, à requérir devant le président de la juridiction du travail la suspension du salaire.

Article 5

Le Conseil d'Etat ne saisit pas la pertinence du renvoi à l'article L. 414-13. Si la codécision était visée, le renvoi devrait être fait à l'article L. 414-9. Le Conseil d'Etat recommande de remplacer le mot „respectivement“ par „ou“.

Article 6

Les auteurs du projet de loi prévoient par cette disposition de remplacer les termes „comité mixte“ par ceux de „la délégation du personnel d'une entreprise occupant au moins 150 salariés“, à travers le Code du travail et dans toutes les autres dispositions légales et réglementaires. L'application de cette nouvelle disposition donne lieu à des incohérences qui risquent de créer une insécurité juridique. Par ailleurs, la hiérarchie des normes et le parallélisme des formes interdisent le renvoi dans un texte de loi à une norme hiérarchiquement inférieure. Pour les raisons développées ci-avant, le Conseil d'Etat se doit d'insister, sous peine d'opposition formelle, à ce que les auteurs procèdent à un toilettage minutieux du Code du travail et des autres textes légaux et les adaptent aux modifications résultant de l'abolition du comité mixte, le renvoi aux dispositions réglementaires étant à omettre.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 juillet 2013.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN