Projet de loi

- 1. portant création de l'Agence pour le Développement de l'Emploi;**
- 2. modifiant**
 - **le Code du Travail;**
 - **la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat;**
 - **la loi modifiée du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi; 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet;**
 - **la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration;**
- 3. abrogeant la loi modifiée du 21 février 1976 concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Administration de l'emploi et portant création d'une Commission nationale de l'Emploi.**

Avis du Conseil d'Etat

(8 avril 2011)

Par dépêche du 15 décembre 2010, 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 et d'un commentaire des articles.

Les avis de la Chambre des salariés ainsi que de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'Etat par dépêches respectivement des 25 février et 6 avril 2011.

Considérations générales

Le projet sous avis se propose de réformer le dispositif organique de l'Administration de l'emploi (ADEM) en transformant celle-ci en Agence pour le développement de l'emploi. Au terme d'un certain nombre d'audits, le projet prévoit une adéquation des moyens et des structures de l'administration aux défis auxquels elle doit faire face et un réajustement de ses procédures. Le Conseil d'Etat se rallie à ces adaptations.

Toutefois, le Conseil d'Etat voudrait mettre en garde contre un certain nombre d'illusions qui s'attachent à ce projet. Même repositionnée, l'administration ne restera qu'un intermédiaire entre les demandeurs d'emploi et les employeurs. Or, elle sera toujours mesurée à l'aune des taux de chômage, qui échappent largement à son emprise.

En matière d'illusions, la nouvelle appellation « Agence pour le développement de l'emploi » est significative. Aux yeux du Conseil d'Etat, c'est toujours l'économie qui crée et développe l'emploi.

Au cours des vingt dernières années, l'emploi au Luxembourg a augmenté en moyenne de 3,7 pour cent par année. Or, malgré la multiplication des opportunités d'emploi, le chômage est en augmentation constante, passant de 2,5 pour cent en 2001 à quelque 5,9 pour cent en 2010. Les auteurs expliquent cette situation entre autre par

- l'inadéquation grandissante entre l'offre et la demande de travail: « Cette inadéquation peut s'expliquer par plusieurs éléments: l'évolution des qualifications due aux évolutions techniques, qui conduit à rendre inemployable une partie de la population active qui ne trouve plus d'emplois correspondant à ses qualifications; l'augmentation du chômage de longue durée, qui provoque une désemployabilité progressive des chômeurs; l'existence de coûts liés à la mobilité professionnelle et géographique. »¹
- l'intensification de la présence de frontaliers sur le marché du travail luxembourgeois. Sur la période 1988-2010, l'emploi de résidents a augmenté en moyenne de 1,8 pour cent, tandis que l'emploi des frontaliers de 8,5 pour cent.²

D'après une enquête menée par le CEPS/ Instead, « seulement 40% des offres d'emploi sont déclarées à l'ADEM. Pour 52% des recrutements signalés à l'ADEM, l'entreprise déclare utiliser l'agence publique comme un véritable canal lui permettant de lui fournir des candidats. Enfin, parmi les recrutements où l'on observe une activation de l'ADEM pour prospecter des candidats, seuls 31% ont été concrétisés via l'ADEM. L'ADEM ne constitue donc finalement le canal effectif de recrutement que dans 7% de l'ensemble des recrutements ».³

Il en résulte que « certaines offres d'emploi échappent aux personnes à la recherche d'un emploi, non pas du fait de l'inadéquation entre leurs compétences et les exigences de l'emploi offert, mais par le simple fait qu'elles n'en ont pas connaissance. Ces offres d'emploi qui peuvent être qualifiées d'invisibles résultent de l'utilisation exclusive, par les entreprises, de techniques de prospection des candidats à l'embauche qui limitent la diffusion de l'offre à un public restreint. La promotion interne et l'activation des réseaux relationnels qu'ils soient professionnels ou personnels, propres aux recruteurs ou aux salariés, sont les archétypes de ces techniques de prospection, qui sont qualifiées d'informelles. Ces dernières s'opposent aux méthodes de prospection formelles, telles que le recours à l'Administration de l'emploi (ADEM), aux agences de travail intérimaire ou à la diffusion dans la presse ou sur Internet, qui assurent à tous l'accès à l'offre d'emploi. »⁴

¹ Le chômage au Luxembourg: les pratiques de recrutement des entreprises comme facteur d'explication. ZANARDELLI Mireille, BROSIUS Jacques, 2009, CEPS Population & Emploi n° 40.

² Source IGSS, Rapport général sur la sécurité sociale 2009, p. 54.

³ Place de l'ADEM dans les recrutements des entreprises implantées au Grand-Duché. GENEVOIS Anne-Sophie, 2009, CEPS Population & Emploi n° 45.

⁴ La visibilité des offres d'emploi au Luxembourg. HAURET Laetitia 2009, CEPS Population & Emploi n° 46.

Dans la mesure où le projet met la priorité sur l'insertion et la réinsertion des demandeurs d'emploi plutôt que sur l'indemnisation du chômage en assignant à l'Agence un rôle plus actif et en lui donnant les moyens à cet effet, il recueille l'assentiment du Conseil d'Etat. On doit espérer que le saut qualitatif envisagé en matière d'accompagnement des demandeurs d'emploi apportera une nette amélioration du taux de performance assez décevant actuel d'après lequel, on l'a vu, seulement sept pour cent des recrutements réalisés par les entreprises le sont grâce à l'ADEM.

Examen des articles

Observations préliminaires

Les auteurs ont une propension à subdiviser les articles en paragraphes, malgré la règle de la légistique formelle d'après laquelle les articles se subdivisent en alinéas. L'usage de paragraphes est réservé aux articles comportant un nombre important d'alinéas.

Comme indiqué dans les considérations générales, la désignation de l'administration est mal choisie. Si le Gouvernement entend la maintenir, il y a lieu d'écrire dans l'intitulé et le dispositif « Agence pour le développement de l'emploi ».

Intitulé

D'après la légistique formelle, le remplacement d'un acte dans son intégralité n'est pas mentionné dans l'intitulé de l'acte qui le génère. Il y a partant lieu de supprimer le point 3 de l'intitulé du projet.

Article 1^{er}

Alors qu'il est envisagé de donner un nouveau libellé au titre II du Livre VI du Code du travail, il est surabondant d'abroger les articles L. 621-1 à L. 624-1 du même Code. Le dispositif introductif de l'article 1^{er} se lira comme suit:

« **Art. 1^{er}.** Le Titre II du Livre VI du Code du travail prend la teneur suivante: ».

Articles L. 621-1 et L. 621-2 (L. 621-1 selon le Conseil d'Etat)

D'après le Conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire de préciser que l'Agence pour le développement constitue une administration publique, alors qu'en l'absence d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat elle n'a pas le caractère d'un établissement public.

Le Conseil d'Etat admet que les auteurs entendent refléter le rôle plus proactif en matière d'emploi qu'ils entendent assigner à l'agence au niveau du dispositif régissant celle-ci. Aussi, le Conseil d'Etat, malgré la réticence qu'il éprouve face à des dispositifs qui dépassent le cadre strictement normatif, n'entend-il pas s'opposer aux velléités politiques. Il se bornera donc à proposer les redressements formels qui s'indiquent.

Les dispositions relatives à la collaboration avec le Centre commun de la sécurité sociale, l'Inspection générale de la sécurité sociale, le Service central de la statistique et des études économiques, le Service national d'action sociale et le Fonds national de solidarité figurant aux paragraphes 3 et 4 ne devraient pas figurer au dispositif traitant des missions de l'agence, mais seront à reprendre, d'après le Conseil d'Etat, à l'endroit de l'article L. 621-3, qui regroupera les collaborations administratives dont bénéficie l'agence.

Il y a lieu, par ailleurs, de faire abstraction de l'alinéa 2 du paragraphe 3 d'après lequel les modalités d'application peuvent être précisées par un règlement grand-ducal, qui détermine également les données à fournir par les employeurs au Centre commun de la sécurité sociale, ces matières étant amplement réglées par les articles L. 425 à L. 432 du Code de la sécurité sociale.

Les articles L. 621-1 et L. 621-2 pourraient être regroupés et prendre, compte tenu des observations faites ci-avant, le libellé suivant:

« Art. L. 621-1. Il est créé une Agence pour le développement de l'emploi, placée sous l'autorité du ministre ayant l'Emploi dans ses attributions, qui a pour mission de promouvoir l'emploi en renforçant la capacité de pilotage de la politique de l'emploi en coordination avec la politique économique et sociale.

Pour l'accomplissement de cette mission, l'Agence a pour attributions:

- 1) d'accompagner, de conseiller, d'orienter et d'aider les personnes à la recherche d'un emploi;
- 2) de contribuer à la sécurisation des parcours professionnels des salariés;
- 3) de coordonner et d'organiser la formation des demandeurs d'emploi en vue d'augmenter leurs compétences professionnelles en collaboration avec les instances qui ont la formation professionnelle dans leurs attributions;
- 4) de prospecter le marché de l'emploi, de collecter les offres d'emploi, d'aider et de conseiller les employeurs dans leur recrutement;
- 5) d'assurer la mise en relation des offres et des demandes d'emploi;
- 6) d'assurer l'application de la législation concernant la prévention du chômage, la résorption du chômage, l'octroi des prestations de chômage et les aides en faveur de l'emploi;
- 7) d'intervenir en matière de reconversion et de réemploi de la main-d'œuvre;
- 8) de contribuer à la mise en œuvre de la législation sur le rétablissement du plein emploi;
- 9) d'organiser le placement en apprentissage des jeunes et des adultes;
- 10) d'assurer l'orientation professionnelle en vue de l'intégration ou de la réintégration des jeunes et des adultes dans la vie professionnelle;
- 11) de contribuer au développement et à la gestion des mesures en faveur de l'emploi des jeunes;
- 12) de promouvoir l'emploi féminin, notamment en ce qui concerne l'accès à l'emploi;

- 13) d'assurer l'orientation, la formation, la rééducation, l'intégration et la réintégration professionnelles ainsi que le suivi des salariés handicapés et des salariés à capacité de travail réduite;
- 14) de surveiller et d'analyser la situation et l'évolution du marché de l'emploi;
- 15) d'assurer les relations techniques avec les services similaires étrangers et internationaux. »

Article L. 621-3 (L. 621-2 selon le Conseil d'Etat)

Le libellé du paragraphe 1^{er} de cet article, qui traite de la direction de l'Agence pour le développement de l'emploi, n'est pas en phase avec les dispositions de l'article 2 du projet.

A la fin du paragraphe 2, il y a lieu de supprimer le dispositif que « Les services travaillent ensemble pour contribuer à la mise en œuvre des missions et tâches de l'Agence pour le Développement de l'Emploi ». Le Conseil d'Etat conçoit qu'il est évident que tous les services s'impliquent à réaliser conjointement sous la coordination et d'après les orientations de la direction les missions assignées à l'administration.

La commission de suivi prévue au paragraphe 5 n'a pas sa place dans le cadre de l'article traitant de l'organisation de l'Agence, d'autant plus qu'elle ne relève pas de l'autorité de la direction, mais de celle du ministre compétent.

Quant au fond, le Conseil d'Etat se demande si la pléthore des organismes consultatifs dans le domaine de l'emploi ne mène à pas un chevauchement de compétences et à une déresponsabilisation des intervenants. Un effort de restructuration s'indiquerait. En tout état de cause, le Conseil d'Etat ne saurait admettre qu'un organe consultatif soit doté de compétences de surveillance à l'égard d'une administration de l'Etat, dont la direction répond d'après les principes du droit administratif directement au ministre compétent⁵. Le Conseil d'Etat devrait dès lors s'opposer formellement au dispositif envisagé.

Par ailleurs, si une indemnisation est envisagée, elle doit être prévue dans le texte de loi.

Compte tenu encore de différentes adaptations d'ordre rédactionnel, le Conseil d'Etat propose le dispositif suivant:

« Art. L. 621-2. (1) La direction de l'Agence pour le développement de l'emploi est assurée par un directeur, assisté de deux directeurs adjoints qui assument la gestion des domaines qui leur sont délégués, sans préjudice des compétences dévolues au directeur en vertu de dispositions légales particulières.

En cas d'empêchement, le directeur est remplacé par l'un des directeurs adjoints dans l'ordre de leur ancienneté.

(2) L'Agence pour le développement de l'emploi est organisée en services couvrant les domaines d'activités de l'Agence.

⁵ Voir « L'Etat luxembourgeois », par Pierre Majerus, édition 1990, page 287, titre « Les services spéciaux ».

(3) L'organisation et le mode de fonctionnement de la direction et des services sont déterminés par règlement grand-ducal.

(4) Des agences régionales peuvent être créées ou supprimées par règlement grand-ducal qui en fixe le nombre et l'implantation géographique.

Chacune des agences régionales est dirigée par un chef d'agence désigné par le directeur.

Art. L. 621-3. (1) L'Agence pour le développement de l'emploi bénéficie à sa demande de la part du Centre commun de la sécurité sociale de la transmission par voie informatique à l'Agence des données nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

Les modalités d'application du présent paragraphe peuvent être précisées par un règlement grand-ducal, qui détermine également les données à fournir par les employeurs au Centre commun de la sécurité sociale en vue de l'exécution du présent paragraphe.

(2) L'Agence pour le développement de l'emploi, l'Inspection générale de la sécurité sociale, le Service central de la statistique et des études économiques, le Service national d'action sociale, le Service de formation professionnelle et le Fonds national de solidarité échangent, en vue de développer les connaissances sur le marché de l'emploi et de promouvoir l'insertion professionnelle, à l'aide de procédés automatisés des informations rendues anonymes à des fins statistiques. Les procédés automatisés se font moyennant interconnexion de données et sous garantie d'un accès sécurisé, limité et contrôlé.

(3) L'Agence pour le développement de l'emploi peut faire appel pour la réalisation de la politique de l'emploi à toutes les administrations publiques et aux communes, pour autant que la matière les concerne, et elle peut développer des coopérations en matière de réinsertion et de formation avec des associations ou des entités de droit privé.

Dans le même but, l'Agence pour le développement de l'emploi collabore avec les chambres professionnelles, les organisations professionnelles des employeurs et les organisations syndicales.

Art. L. 621-4. (1) Il est créé auprès du ministre ayant l'Emploi dans ses attributions une commission de suivi chargée d'accompagner et d'évaluer les mesures mises en œuvre en matière de politique de promotion d'emploi.

La commission peut entendre des experts et des représentants de personnes, entreprises, administrations ou secteurs directement concernés par les questions relevant de sa compétence.

Elle peut demander à la direction de l'Agence pour le développement de l'emploi toute information nécessaire à l'accomplissement des tâches prévues au présent paragraphe.

Elle fait un rapport annuel à l'intention du ministre ayant l'Emploi dans ses attributions qui peut lui demander des avis spécifiques.

Elle peut formuler des propositions et des recommandations sur les actions nécessaires à entreprendre pour assurer la mise en œuvre des missions et tâches par l'Agence pour le développement de l'emploi.

(2) La commission de suivi se compose comme suit:

- 1) deux représentants du ministre ayant l'Emploi dans ses attributions;
- 2) un représentant du ministre ayant l'Economie dans ses attributions;
- 3) un représentant du ministre ayant la Formation professionnelle dans ses attributions;
- 4) un représentant du ministre ayant la Lutte contre la pauvreté dans ses attributions;
- 5) trois représentants des organisations professionnelles des employeurs;
- 6) trois représentants des organisations syndicales.

La commission de suivi est nommée pour cinq ans.

Le président est nommé par le Gouvernement en conseil sur proposition du ministre ayant l'Emploi dans ses attributions.

Les autres membres sont nommés par le ministre ayant l'Emploi dans ses attributions.

Les membres sous 5) et 6) sont nommés sur proposition des organisations professionnelles des employeurs et des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national dans les secteurs privé et public.

(3) La commission de suivi se réunit, sur convocation du président ou à la demande d'au moins un tiers de ses membres, et au moins deux fois par année.

Le secrétariat de la commission de suivi est assuré par un fonctionnaire du ministère du Travail et de l'Emploi. »

Article L. 621-4

Suivant les propositions du Conseil d'Etat, cette disposition, qui traite de la collaboration de l'administration avec les autres administrations publiques, les communes, les associations ou autres entités de droit privé, les chambres professionnelles, les organisations professionnelles des employeurs et les organisations syndicales, serait à reprendre à l'endroit d'un paragraphe 3 de l'article L. 621-3.

Articles L. 622-1 et L. 622-3

Ces articles qui expriment les idées innovantes en matière de conciliation de l'offre et des demandes d'emploi n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat à l'exception des dispositions prévues à l'endroit du paragraphe 2 de l'article L. 622-3.

Ce paragraphe prévoit que le déroulement des procédures d'inscription et de suivi des demandeurs d'emploi ainsi que le traitement des offres d'emploi est précisé par règlement interne. Comme on est en présence d'une administration de l'Etat et non d'un établissement public, la forme d'un règlement interne est inadmissible et le Conseil d'Etat devrait s'y opposer formellement, alors qu'il est incompatible avec l'article 36 de la

Constitution. S'il s'agit de normes opposables à des tiers, seule la forme d'un règlement grand-ducal est concevable; s'il s'agit de régler des procédures internes à l'administration, il appartient à la direction de les porter à la connaissance de son personnel par voie de circulaire ou d'instruction de service et il y aurait dès lors lieu de faire abstraction du paragraphe 2 et d'une subdivision de l'article sous revue en paragraphes.

Article L. 622-4

Le dispositif envisagé s'appuie sur les dispositions actuelles de l'article L. 622-5 suivant lequel toute offre d'emploi doit être déclarée à l'Administration de l'emploi.

D'après le paragraphe 7 de l'article sous revue, l'employeur qui n'exécute pas ces obligations est passible, en cas d'une première inobservation des exigences légales, d'une amende d'ordre de 251 à 2.500 euros. Les décisions d'infliger l'amende d'ordre sont prises par le directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi. Elles sont susceptibles d'un recours devant le Tribunal administratif qui statue comme juge du fond.

Le dispositif prévoit qu'en cas de récidive, l'article L. 623-3 est applicable. Cet article, qui porte sur les sanctions pénales, prévoit que l'employeur, qui après avoir fait l'objet d'une amende d'ordre continue de s'abstenir de la déclaration obligatoire des places vacantes, est puni d'une amende de 251 à 6.250 euros. En outre, le tribunal peut exclure l'employeur de la participation aux marchés publics passés par l'Etat, les communes, les syndicats de communes et les établissements publics pour une durée de trois mois à trois ans.

Même si le Conseil d'Etat est réticent à l'égard du partage du contentieux entre la sphère administrative et la sphère judiciaire, il n'entend pas s'opposer à l'agencement proposé. Toutefois, il exige qu'en tout état de cause, les termes « en cas de récidive » à l'article L. 622-4, paragraphe 7, soient remplacés par les termes « en cas de nouvelle inobservation des paragraphes (1) à (3) », alors que l'article L. 623-3 n'envisage, à juste titre, pas la récidive, mais la persévérance de l'employeur dans son comportement illégal.

Articles L. 622-5 et L. 622-6

Sans observation.

Articles L. 622-7 et L. 622-8

Ces articles qui reprennent les dispositions des articles L. 622-8 et L. 622-9 ne donnent pas lieu à observation.

Article L. 622-9

Cet article reprend les dispositions de l'article L. 622-10 actuel. Toutefois, il est envisagé de renforcer les sanctions prévues si le demandeur d'emploi ne respecte pas les obligations légales lui imposées.

Le dispositif proposé ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles L. 622-10 et L. 622-11

Ces dispositions qui prévoient d'instituer auprès de l'Agence un délégué à la formation et une commission consultative, composée des principales institutions de formation impliquées dans la formation des demandeurs d'emploi, ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Articles L. 622-12 à L. 622-24

Ces articles, qui traitent des attributions des services en charge de populations spécifiques, de l'orientation professionnelle, du chômage et du réemploi, ainsi que du service d'études et de recherche, reprennent dans une large mesure les dispositions actuellement en vigueur et ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article L. 623-1

A l'instar de l'article L. 623-2 actuel, l'article sous revue prévoit le recours à des médecins appelés à collaborer avec l'administration. Le paragraphe 2 reprend les dispositions actuelles suivant lesquelles le mode de collaboration avec les médecins et l'indemnisation de ceux-ci sont déterminés par le Gouvernement en conseil. Le libellé proposé paraît contraire aux articles 36 et 103 de la Constitution. Aussi, le Conseil d'Etat préférerait-il donner à l'article sous revue le libellé suivant:

«L. 623-1. Les médecins appelés à collaborer avec l'Agence pour le développement de l'emploi sont désignés par le ministre ayant l'Emploi dans ses attributions.

Le mode de collaboration des médecins avec les services de l'Agence pour le développement de l'emploi ainsi que la rémunération leur revenant pour les prestations fournies sont déterminés conventionnellement. »

Article L. 623-2

L'article sous revue reprend les dispositions actuelles de l'article L. 623-3 d'après lesquelles le directeur peut charger des fonctionnaires de surveiller l'application des dispositions légales. En application du paragraphe 2 les agents dûment mandatés peuvent accéder librement aux établissements, locaux ou autres lieux de travail.

Si le paragraphe 2 est destiné à permettre l'accès à des établissements, même en l'absence de l'accord du propriétaire, il est contraire au principe qui se dégage de l'article 12 de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (voir à ce sujet le document parlementaire n° 5239 - Loi portant réforme de l'Inspection du travail et des mines).

Si tel n'est pas le cas, ce paragraphe est superfétatoire. Si, par contre, l'accès auxdits locaux devait se faire même sans le consentement de

l'employeur, le paragraphe sous revue serait, sous peine d'opposition formelle, à libeller comme suit:

« S'il existe des indices suffisants ou des motifs légitimes de considérer qu'un contrôle du respect des dispositions légales soumises à la compétence de l'Agence pour le développement de l'emploi s'imposent dans les établissements, locaux ou autres lieux de travail, les agents dûment mandatés par l'Agence pour le développement de l'emploi ont accès librement et sans avertissement préalable, ceci à toute heure du jour et de la nuit. Les actions de contrôle ou de perquisition entreprises sur place respecteront le principe de proportionnalité par rapport aux motifs invoqués.

Les dispositions du présent paragraphe ne sont pas applicables aux locaux qui servent à l'habitation. »

Article L. 623-3

Il est renvoyé aux observations faites à l'endroit de l'article L. 622-4.

Article 2

Compte tenu du libellé proposé à l'endroit de l'article L. 621-2 du Code du travail cet article, qui traite des attributions de la direction, est superfétatoire et peut être supprimé.

Article 3 (2 selon le Conseil d'Etat)

Afin d'harmoniser l'agencement des différents textes, la phrase introductive du paragraphe 1^{er} se lirait comme suit:

« (1) Le cadre du personnel de l'Agence pour le développement de l'emploi comprend, en dehors du directeur sous les ordres duquel il est placé et des directeurs adjoints, les carrières et fonctions suivantes: ».

En ce qui concerne l'énumération des différentes carrières et fonctions, le Conseil d'Etat donne sa préférence à une distinction plus nette des différentes carrières supérieures, moyennes et inférieures. Cette différenciation aurait l'avantage d'être en phase avec le droit général de la fonction publique. Il recommande de suivre en l'occurrence le modèle prévu par la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, et plus particulièrement son annexe A.

Article 4 (3 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

Il y a lieu de se demander si les dispositions envisagées en matière de formation du personnel ne sont pas redondantes au regard des compétences et missions de l'Institut national d'administration publique.

Article 6 (5 selon le Conseil d'Etat)

Le projet de loi prévoit l'engagement de deux attachés de gouvernement par dépassement des effectifs autorisés dans la loi budgétaire. Suivant le commentaire des articles, ces deux juristes doivent permettre la création au sein de l'Agence d'un service du contentieux, revendiqué à plusieurs reprises par le médiateur. Or, l'article 3 (2 selon le Conseil d'Etat) ne prévoit pas la carrière de l'attaché de gouvernement. Il y a dès lors lieu de remplacer les termes « l'attaché de gouvernement » par ceux de « l'attaché de direction ».

Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)

Le dispositif envisagé prévoit différentes modifications additionnelles du Code du travail.

Les points 1 et 2 ne donnent pas lieu à observation.

Le point 3 complète l'article L. 521-9 par un paragraphe 6 prévoyant que le refus de signer, sans motifs valables, la convention de collaboration entraîne respectivement la suspension de la gestion du dossier du demandeur d'emploi pendant deux mois et, le cas échéant, le retrait des indemnités de chômage complet du demandeur d'emploi indemnisé. Il y a lieu d'examiner si cette disposition ne devrait pas être mise en phase avec l'article L. 622-9 d'après lequel la période de suspension est portée à 6 mois en cas de reproduction des faits.

Les points 4 et 5 ne donnent pas lieu à observation.

Dans le contexte de l'examen de cet article, le Conseil d'Etat aimerait rendre attentif à un problème qui vient de naître suite à une adaptation jurisprudentielle de l'article L. 521-4(5) du Code du travail. Le texte en question prévoit que le « jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié ou justifiée la démission motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne l'employeur ... ». La démission à la suite d'une autre faute de l'employeur n'est pas prévue, notamment le cas relativement fréquent d'une démission du salarié pour non-paiement du salaire. Dès lors, le Conseil d'Etat propose que le critère prévu à l'article L. 521-4(1), alinéa 1 « ... ou si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants » soit repris au paragraphe 5 du même article. Ce critère devrait pareillement être ajouté au paragraphe 6 dudit article, qui prévoit le remboursement des indemnités de chômage par le salarié.

Compte tenu de ces considérations, l'article sous revue serait à compléter par un numéro 2 ayant la teneur suivante:

« 2° L'article L. 521-4 est modifié comme suit:

- a) Au paragraphe 5, l'alinéa 1 est complété à la suite des termes « acte de harcèlement sexuel » par les termes « ou si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants ».
- b) Au paragraphe 6, l'alinéa 1 est complété à la suite des termes « acte de harcèlement sexuel » par les termes « ou si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants ». »

Les numéros 2 à 5 actuels deviennent les numéros 3 à 6.

Article 8 (7 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous revue qui opère les adaptations nécessaires à la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat ne donne pas lieu à observation.

Article 9 (8 selon le Conseil d'Etat)

Les modifications apportées à l'endroit de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ne donnent pareillement pas lieu à observation.

Articles 10 à 13 (9 à 12 selon le Conseil d'Etat)

Les dispositions additionnelles et abrogatoires ne donnent pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat donne dès à présent son accord avec une adaptation éventuelle des renvois prévus à l'article 11 (10 selon le Conseil d'Etat), qui pourraient s'avérer nécessaires lors de la finalisation du projet.

Article 14 (13 selon le Conseil d'Etat)

L'article sous revue prévoit la fonctionnarisation d'une douzaine d'employés de l'Etat sous forme de dispositions individuelles. Le Conseil d'Etat est conscient que le projet sous revue ne fait en l'occurrence que reprendre les pratiques utilisées par d'autres lois organiques d'administrations publiques.

Toujours est-il que, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2010, la Cour constitutionnelle a statué qu'une disposition législative qui, en arrêtant des mesures individuelles, prive une personne du bénéfice des règles de procédure normalement applicables pour prendre une décision administrative ou lui enlève le droit de faire contrôler le caractère justifié d'une mesure administrative moyennant un recours juridictionnel effectif est contraire au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi⁶.

Comme il s'avère fastidieux d'entourer chaque disposition législative à portée individuelle de toutes les garanties de droit commun, tel que l'exige à bon escient le juge constitutionnel, pour satisfaire au principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, il y a lieu de bannir des mesures individuelles des textes de loi.

Au regard de l'arrêt de la Cour constitutionnelle et des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat s'oppose formellement au dispositif de l'article 14. Il invite dès lors le Gouvernement à lui présenter par voie d'amendement une nouvelle mouture de l'article 14 tenant compte des préceptes énoncés.

⁶ Cour constitutionnelle, arrêt du 1^{er} octobre 2010, n° 57/10 (Mém. A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004).

Article 15 (14 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 avril 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder