

**Projet de loi**

**portant modification des articles L. 243-1 à L. 243-5 du Code du travail.**

-----  
**Avis du Conseil d'Etat**

(15 juillet 2011)

Par dépêche du 22 janvier 2010, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi portant modification des articles L. 243-1 à L. 243-5 du Code du travail. Le texte du projet de loi, élaboré par la ministre de l'Egalité des chances, était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'une fiche financière.

Les avis ont été communiqués au Conseil d'Etat comme suit:

- l'avis de la Chambre des salariés, par dépêche du 27 mai 2010;
- l'avis de la Chambre des métiers, par dépêche du 9 juin 2010;
- l'avis de la Chambre de commerce, par dépêche du 27 août 2010;
- l'avis du Comité du travail féminin, par dépêche du 27 janvier 2011.

\*

Le projet de loi sous avis vise à modifier ponctuellement les dispositions du Code du travail figurant au Livre II, Titre IV, Chapitre III relatif aux actions positives. Selon les auteurs, les modifications envisagées sont d'ordre purement formel et n'opèrent aucun changement de philosophie. Elles devraient permettre une meilleure compréhension de l'organisation des actions positives et promouvoir une simplification des projets d'actions positives. En outre, le projet de loi entend « maintenir à l'ordre du jour le thème de l'égalité de traitement dans une situation économique critique ».

**Examen des articles**

*Observation liminaire*

Le Conseil d'Etat constate que les modifications proposées n'affectent le texte existant que de manière ponctuelle. Il estime que la démarche des auteurs consistant à remplacer les articles dans leur intégralité est inappropriée et enlève toute lisibilité aux modifications envisagées. Il y aura lieu d'énoncer de manière expresse les modifications aux différents articles du Code du travail, quitte à en remplacer certains dans leur ensemble.

Articles 1<sup>er</sup> et 2

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs inversent l'ordre actuel des articles L. 243-1 et L. 243-2 du Code du travail, en faisant figurer la délimitation du champ d'application à l'article L. 243-1 et en reléguant la définition figurant actuellement sous l'article L. 243-1 à l'article L. 243-2

du Code du travail. La délimitation du champ d'application au secteur privé de l'économie a été introduite par la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998. Ce n'est que par la définition donnée dans le contexte du Chapitre III relatif aux actions positives que cette délimitation peut se comprendre. En effet, les actions positives au sens de la législation européenne sont des mesures spécifiques pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.<sup>1</sup> L'article L. 241-4, paragraphe 2 du Code du travail figurant également sous le Titre IV, relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, dispose d'ailleurs que « le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés au motif visé à l'article L. 241-1 paragraphe 1 pour assurer la pleine égalité dans la pratique ». L'article L. 242-3, paragraphe 2 prévoit que « afin d'assurer une pleine égalité entre salariés masculins et féminins, l'employeur peut prévoir des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le ou les salariés du sexe sous-représenté qu'il a engagé(s) ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle de ce(s) salarié(s) ».

Les actions positives auxquelles s'applique le chapitre III sont en fait des projets comprenant un ensemble de mesures concrètes destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle qu'un employeur introduit auprès du ministre ayant l'Égalité des chances dans ses attributions en vue d'obtenir une participation financière de l'État. Même si la délimitation du champ d'application aux entreprises du secteur privé de l'économie a déjà été introduite par la loi du 12 février 1999 précitée, on peut se demander si cette exclusion des organismes du secteur public se justifie encore actuellement au vu de l'évolution jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle depuis 1999. Le Gouvernement devrait veiller à étendre au plus vite le programme des actions positives au secteur public et élaborer un concept d'actions positives pour le secteur public, comme prévu par le Plan d'action national de l'égalité des Femmes et des Hommes 2009-2014.

Afin d'éviter tout malentendu, le Conseil d'État plaide pour le maintien de l'ordre actuel des articles L. 243-1 et L. 243-2 du Code du travail qui fait précéder la définition au champ d'application.

En ce qui concerne la précision que le personnel engagé doit être principalement salarié, le Conseil d'État donne à considérer que le champ d'application *ratione personae* du Code du travail se limite de toute façon aux salariés. Les personnes indépendantes que les auteurs désirent exclure ne relèvent expressément pas du champ d'application du code. La précision que le personnel engagé devrait être principalement salarié est partant à omettre.

---

<sup>1</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte): **Art. 3. Mesures positives.** *Les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.*

L'actuel article L. 243-1, paragraphe 3 du Code du travail exige que les entreprises pouvant bénéficier d'une contribution de l'Etat pour leur projet d'actions positives doivent exercer la plus grande partie de leur activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Les auteurs du projet abandonnent cette exigence et remplacent le paragraphe 3 de l'actuel article L. 243-1 par une définition d'une entreprise. Or, il est généralement admis que, d'un point de vue juridique, l'entreprise n'a pas de définition alors qu'en tant que telle elle n'a pas la personnalité juridique. Le Conseil d'Etat propose donc la suppression pure et simple du paragraphe 2 proposé à l'endroit du nouvel article L. 243-1.

L'article L. 243-2 proposé reprend presque littéralement la définition figurant à l'actuel article L. 243-1. Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il est précisé que les actions visées donnent droit à une participation financière de l'Etat. Or, la participation financière de l'Etat dépend non seulement du contenu des mesures envisagées, mais de l'approbation du projet par le ministre. Les mesures énumérées rendent le projet d'actions positives dans lequel elles s'inscrivent éligible pour l'attribution d'une participation financière de l'Etat. Aussi, le Conseil d'Etat se doit-il d'insister sur la suppression de l'ajout proposé à l'endroit du paragraphe 1<sup>er</sup>. L'ajout des termes pour « réaliser une égalité de traitement entre les hommes et les femmes » *in fine* de l'alinéa 1 n'est qu'un rappel de la définition générale de l'article L. 241-4, paragraphe 2 du Code du travail et est superfétatoire dans le contexte du présent article.

La liste des mesures tombant sous l'application du Chapitre III n'est pas exhaustive mais elle doit se lire à la lumière de l'article L. 241-2 figurant également au Titre IV relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes sous le Chapitre I, section 1 décrivant le champ d'application du Titre IV. Cet article énumère tous les domaines du droit du travail auxquels l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et *a fortiori* les mesures spécifiques s'applique. Tant la promotion professionnelle que l'égalité de rémunération sont déjà couvertes par l'article L. 241-2, de sorte que leur inclusion dans la liste de l'article L. 243-2 n'est pas nécessaire. En outre, les « mesures favorisant le développement d'une culture d'entreprise égalitaire », prévues au point 8, sont des notions vagues et absentes de normativité qu'il y a lieu d'omettre.

Conformément au paragraphe 2 de l'actuel article L. 243-1, les actions positives doivent s'inscrire dans le cadre d'un projet d'actions positives afin d'être éligibles pour obtenir une participation financière de l'Etat. Tandis que la disposition actuelle renvoie à la section 2 qui établit les modalités et critères d'éligibilité, le nouveau paragraphe 2 de l'article L. 243-2 prévoit de fixer les critères d'éligibilité dans un règlement grand-ducal. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition qui est contraire à l'article 32, paragraphe 3 de la Constitution en ce qu'elle relègue dans une matière réservée à la loi les conditions et modalités à un règlement grand-ducal. En effet, les conditions d'octroi d'une aide financière à charge du Trésor sont des matières relevant du domaine de la loi formelle en vertu de l'article-103 de la Constitution.

### Article 3

Au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article L. 243-3, le terme « branche » est supprimé sans autre explication. Il est cependant évident que les projets d'actions positives devraient aussi pouvoir concerner une seule branche d'activité d'un secteur économique de sorte que ce terme devrait être maintenu.

Le paragraphe 2 est à supprimer suite aux observations du Conseil d'Etat sous les articles 1<sup>er</sup> et 2.

La suppression des termes « dans un cas déterminé » figurant au libellé de l'actuel paragraphe 2 et repris par le paragraphe 3 du projet ne donne pas lieu à observation.

Le texte actuel prévoit que les projets d'actions positives sont soumis à l'avis des délégués à l'égalité et au comité mixte des entreprises concernées et qu'à défaut de délégation du personnel, les projets sont soumis à l'avis du Comité des actions positives. Suite à la modification proposée au paragraphe 3 de l'article L. 243-3, tous projets d'actions positives sont soumis pour avis au/à la délégué(e) à l'égalité, à la délégation du personnel et au comité mixte de l'entreprise concernée, ainsi qu'à l'avis du Comité des actions positives. La Chambre des métiers critique cette démultiplication de l'information et de la consultation des représentants du personnel et demande de limiter la demande d'avis au (à la) seul(e) délégué(é) à l'égalité. Le Conseil d'Etat peut partager cette optique, d'autant plus que désormais tous les projets d'actions positives devront être soumis à l'avis du Comité des actions positives, même s'ils sont soumis à l'avis des représentants du personnel.

#### Article 4

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 2 et insiste sur le maintien des critères d'éligibilité dans la loi, sous peine d'opposition formelle. Par ailleurs, il y a lieu de maintenir après les termes « Les projets d'actions positives » le bout de phrase « visés au présent chapitre » tel qu'il figure dans le texte actuel. A défaut de cette précision, on pourrait croire que tous les projets d'actions positives, même ceux pour lesquels aucune participation financière de l'Etat n'est sollicitée, seraient soumis à l'approbation du ministre.

#### Article 5

Cet article vise à redéfinir la participation financière de l'Etat dans le cadre des actions positives. Selon les auteurs, le projet de loi « allège l'article L. 243-5 du Code du Travail en laissant à un règlement grand-ducal le soin de déterminer les conditions d'octroi et les causes de cessation de la participation financière de l'Etat ainsi que sa durée ».

Le Conseil d'Etat rappelle que les conditions d'octroi et de restitution d'une aide financière à charge du Trésor sont des matières relevant du domaine de la loi formelle en vertu de l'article 103 de la Constitution et ne peuvent donc pas être reléguées à un règlement grand-ducal. Par ailleurs, le texte est contraire aux exigences de l'article 99 de la Constitution qui prévoit qu'aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un

exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. Il ne suffit donc pas que la loi dispose que la contribution de l'Etat se fait sous forme d'une participation. Comme il l'a déjà relevé dans son avis du 24 novembre 1998 relatif au projet de loi concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998 (doc parl. n° 4459<sup>10</sup>), le Conseil d'Etat insiste à ce qu'un texte légal trace le cadre général de la contribution de l'Etat et qu'il fixe le montant maximum de la participation financière de l'Etat. Aussi, insiste-t-il, sous peine d'opposition formelle, sur la suppression de l'article 5 du projet. Il plaide pour le maintien de l'actuel article 243-5 dont le libellé correspond aux propositions du Conseil d'Etat dans son avis du 24 novembre 1998 susmentionné.

En conclusion, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité du maintien du projet de loi sous avis qui relève plus d'une déclaration d'intention générale que de normes juridiques. Comme les modifications proposées sont marginales et que le texte existant offre des outils suffisants pour permettre au Gouvernement d'agir, le Conseil d'Etat ne constate aucune nécessité de légiférer.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 15 juillet 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder