

Luxembourg, le 17 janvier 2006

Objet: Projet de loi complétant le statut de la Société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs. (2911 BJO/DAN)

Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers

Par sa lettre du 10 janvier 2005, Monsieur le Ministre du Travail et de l'Emploi a bien voulu saisir la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers pour avis du projet de loi élargi.

Compte tenu de l'importance de ce projet de loi pour les entreprises et de l'intérêt commun qu'ont les deux chambres professionnelles en cette matière, elles ont décidé de commenter le projet de loi dans un avis commun.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont conscientes du fait que la marge du législateur luxembourgeois concernant le travail de transposition de la Directive est nécessairement limitée eu égard aux exigences de protection des droits relatifs à l'implication des travailleurs posées par le texte communautaire.

Toutefois, dans la perspective de l'élaboration de la nouvelle loi, elles invitent ses auteurs à ne pas trop alourdir le cadre normatif actuellement en place, en prenant en compte le fait que la législation luxembourgeoise existante, en particulier le modèle de cogestion institué par la loi du 6 mai 1974, en ce qui concerne le volet participatif de l'implication des travailleurs, constitue déjà un dispositif assez précurseur en termes de représentation des salariés, par comparaison avec les dispositions en matière de droit du travail en vigueur dans d'autres Etats membres.

A ce titre, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers demandent à ce que le champ d'application de la loi du 6 mai 1974 ne soit pas élargi, afin de ne pas dissuader les entreprises étrangères tentées de choisir le site luxembourgeois comme futur siège d'une société et/ou, choix plus pénalisant encore, de s'associer, pour la constitution de cette société européenne à des entreprises de droit luxembourgeois disposant déjà d'une participation des travailleurs dans leur conseil d'administration.

Dès lors, afin de favoriser le choix de l'immatriculation sur le territoire luxembourgeois de sociétés européennes résultant notamment de mouvements de fusions de sociétés transfrontalières, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers encouragent le législateur à préserver un cadre sociétair alliant souplesse et efficacité tout en veillant à ne pas alourdir le cadre social par un renforcement des règles de la cogestion.

Il devra en aller de même pour les procédures à mettre en place en ce qui concerne le mode de désignation des membres du Groupe Spécial de Négociation (ci-après le « GSN ») et celui des membres représentant les travailleurs occupés dans l'organe d'administration ou de surveillance d'une SE. A cet égard, les deux chambres professionnelles déplorent que les rédacteurs du projet de loi sous avis aient calqué le premier mode sur celui de la loi du 28 juillet 2000 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen et qu'ils aient en ce qui concerne le second mode fait un renvoi au règlement grand-ducal du 24 septembre 1974 concernant les opérations électorales pour la désignation des représentants du personnel dans les comités mixtes d'entreprises et les conseil d'administration. En effet, la première procédure s'avère en pratique particulièrement lourde, voire impossible à mettre en œuvre. En ce qui concerne la seconde procédure, les deux chambres professionnelles s'interrogent si un tel renvoi à une législation nationale préexistante est licite au regard de la Directive. D'autre part, elles estiment ces deux procédures totalement inadaptées aux constitutions de SE, en particulier si elles se font entre plusieurs entreprises, filiales ou établissements luxembourgeois. Elles poseront des problèmes d'interprétation et d'application inextricables aux praticiens du droit. En outre les deux chambres déplorent que les rédacteurs du projet de loi continuent à s'attacher à la distinction entre ouvriers et employés, qui ne figure pas dans la Directive et qu'ils semblent privilégier le mode de l'élection, pourtant plus difficile à mettre en œuvre que le mode de la désignation. Les deux chambres professionnelles soulignent que faute de mettre en place un cadre législatif facilement compréhensible et rapide à mettre en œuvre, il est à craindre que le Luxembourg et les entreprises luxembourgeoises ne soient pas considérées en tant que lieu d'immatriculation de SE et/ou d'entreprises participant à une constitution de SE. Un tel cadre législatif devrait notamment privilégier le mode de la désignation des représentants et supprimer la distinction entre ouvriers et employés. A supposer que le mode de l'élection soit néanmoins retenu, il conviendrait de prévoir, dans un souci de simplicité, le vote par correspondance, voire par voie électronique.

En outre, les deux chambres professionnelles souhaitent apporter des nuances à l'attribution trop générale de compétence aux tribunaux du travail en cas de litige résultant de l'application du projet de loi sous avis, afin d'éviter un contentieux judiciaire trop important dans son application.

Enfin, les deux chambres professionnelles déplorent que l'entrave au fonctionnement de l'organe de représentation soit érigée en infraction pénale, avec de surcroît une définition des faits constitutifs de ladite infraction peu claire.

Après consultation de leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent approuver le projet de loi sous rubrique que sous réserve expresse de la prise en compte de leurs observations.

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer en droit luxembourgeois la Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 (ci-après, la « Directive ») complétant le statut de la Société européenne en ce qui concerne l'implication des travailleurs. La Directive vise en effet à déterminer un mode de représentation des travailleurs au sein d'une personne morale nouvelle, la société européenne (ci-après dénommée « SE »), répondant à un statut juridique original.

L'article 8 du règlement communautaire no 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au Statut de la Société européenne (le « Règlement »), entré en vigueur le 8 octobre 2004, institue la SE et prévoit explicitement que le transfert du siège statutaire de la SE dans un autre Etat membre ne donne lieu ni à la dissolution ni à la création d'une personne morale nouvelle.

Dans la mesure où l'information et la consultation des travailleurs, formes primaires d'implication des travailleurs sont largement couvertes par la législation luxembourgeoise, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers considèrent que la question centrale posée par le dispositif du projet de loi sous avis, concerne les modalités de l'exercice de l'influence des travailleurs sur le processus décisionnel au sein de l'entreprise.

Il convient de rappeler que la loi du 6 mai 1974 instituant des comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes (« la loi du 6 mai 1974 ») envisage la représentation des salariés au sein de sociétés commerciales ayant la forme de sociétés anonymes.

Dans cette hypothèse, un tiers des membres du conseil d'administration doit être désigné par les représentants des travailleurs tandis que le nombre des administrateurs est porté de trois à neuf à condition que ces entreprises soient établies sur le territoire du Grand Duché de Luxembourg, occupent habituellement mille salariés au moins au cours des trois dernières années¹ ou bénéficient d'une participation financière d'au moins vingt-cinq pour cent ou d'une concession de l'Etat portant sur l'activité principale²

Le processus historique engagé afin de mettre en place le projet de SE, ayant retenu d'une part le Règlement, d'autre part la Directive qui a pour but de reconnaître et d'organiser le rôle et la place des salariés dans le cadre du régime juridique spécifique de la SE ainsi constituée, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers reconnaissent que le choix de deux textes distincts pour traiter de questions de nature différente, a pour but de faciliter l'intégration de la SE dans les différents Etats membres, tout en respectant la spécificité des questions sociales de chaque Etat.

Elles rappellent la logique du Règlement qui pose un nombre non négligeable de règles contraignantes en matière de droit des sociétés, ne ménageant à la législation des différents Etats membres et à la liberté statutaire des promoteurs qu'une place résiduelle. La Chambre de Commerce renvoie pour le surplus à son avis sur le projet de loi n° 5352 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales.

¹ Article 22 alinéa 1

² Article 22 alinéa 2.

En ce qui concerne les dispositions d'implication des travailleurs au sein de la SE, il convient de rappeler que la constitution d'une SE oblige ses promoteurs à entamer en parallèle une négociation sur la participation des salariés avec le GSN en vue de mettre en place ce régime social, de telle sorte que les modèles d'implication des travailleurs existant au sein des sociétés participant à la création de la SE ne soient pas affaiblis. De la sorte est assuré le respect de la diversité des législations et des pratiques juridiques en vigueur au sein des Etats membres.

Concrètement, la Directive, (considérant no 8) et le projet de loi sous avis (article 7 paragraphe 1) prévoient qu'un accord devrait être passé entre l'organe de représentation de la SE et l'organe de représentation des salariés « en vue de parvenir à un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs ». Ces textes se limitent à fournir un cadre devant permettre la mise en place, par le jeu d'un mécanisme de négociation collective autonome, de dispositions sociales visant la protection des droits des travailleurs en cas de constitution d'une SE. Faute d'accord, la Directive et le projet de loi sous avis tracent dans des dispositions de référence un cadre strict à l'exercice du droit à l'information et la consultation des travailleurs et, le cas échéant, à leur participation dans l'organe d'administration ou de surveillance de la SE.

D'une manière générale, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne s'opposent pas à la procédure fixée par la Directive qui privilégie, dans l'hypothèse de création d'une SE l'adoption d'un système d'implication des travailleurs par le recours à une procédure de négociation dont les modalités sont fixées d'un commun accord entre sociétés participantes et partenaires sociaux existants des salariés.

Elles conviennent que la grande nouveauté introduite par le volet social de la constitution d'une SE par rapport à la législation nationale réside dans le fait que quelles que soient les structures d'implication existantes au sein des sociétés participantes, la création d'une SE supposera nécessairement la mise en place d'un régime d'implication supplémentaire, soit que ce régime soit défini par les parties en présence à la négociation pour répondre à la culture et aux besoins spécifiques d'un groupe concerné, soit qu'il résulte de l'application des dispositions de référence.

Par ailleurs, elles approuvent entièrement le fait que la Directive ait expressément réservé le cas de sociétés où aucun régime de participation des travailleurs aux prises de décision au sein du conseil d'administration n'était en vigueur avant la constitution de la SE, traduisant ainsi la volonté des rédacteurs européens de ne pas imposer le système participatif des travailleurs à des Etats membres ne reconnaissant pas ce régime particulier, et de ce fait, de dissuader la constitution de SE.

Il résulte donc de ce qui précède que l'immatriculation d'une SE ne pourra se réaliser si les mesures prescrites par la Directive en matière d'implication des salariés ne sont pas intégrées dans les documents constitutifs de la SE, par voie d'accord intervenu avant l'immatriculation de la SE. Par conséquent, le régime d'implication des travailleurs devient du même coup indissociable de la constitution d'une SE.

En ce qui concerne son champ d'application, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers rappellent que le projet de loi sous avis vise les cas de SE immatriculées au Luxembourg, résultant soit de

- la fusion de sociétés établies dans au moins deux Etats membres,
- de la création d'une société holding regroupant les sociétés implantées dans au moins deux Etats membres,

- de la constitution d'une filiale commune regroupant des sociétés établies de façon stable ayant leur siège dans au moins deux Etats membres ou ayant une filiale ou une succursale depuis au moins deux ans dans un autre Etat membre, et
- la transformation d'une société ayant son siège social dans un Etat membre.

Dans ce contexte, elles estiment opportun de souligner la spécificité de la loi du 6 mai 1974 et la singularité de la législation luxembourgeoise en termes de représentation des travailleurs, par rapport au cadre normatif prévu par la très grande majorité des pays de l'Union européenne. En effet, le Grand-Duché de Luxembourg figure parmi les rares systèmes de droit nationaux (à côté de l'Allemagne) à avoir prévu et organisé en droit du travail, au profit des travailleurs, un système de cogestion par le biais de la participation aux délibérations du conseil d'administration³.

A ce titre, elles considèrent primordial concernant l'application des dispositions de référence relatives à la participation des travailleurs prévues sous la Partie 3 de l'Annexe de la Directive, de ne pas chercher à étendre le nombre des sociétés susceptibles de bénéficier du système de participation des travailleurs en préconisant une réduction du seuil actuellement en vigueur de mille travailleurs⁴ employés par au moins une des sociétés participant à la création d'une société, ce critère devant être retenu comme critère d'application de la participation des travailleurs.

En effet, une généralisation du mécanisme de participation des travailleurs pourrait avoir pour conséquence pratique d'exclure les entreprises luxembourgeoises du champ des réorganisations en SE. En effet, qu'il s'agisse d'une société étrangère ou luxembourgeoise, en cours de transformation bénéficiant avant la transformation de ce volet participatif et désireuse de fixer le futur siège social de la SE dans un autre Etat membre dont la législation ne connaît pas ce volet social, ou de la fusion de deux ou plusieurs sociétés étrangères tentées d'immatriculer la nouvelle SE à Luxembourg, il est à craindre que l'exportation de ce mécanisme propre aux sociétés anonymes luxembourgeoises soit de nature à constituer une contrainte majeure pour les promoteurs s'interrogeant sur le mécanisme de prise de décisions, avant la constitution de la SE.

Considérant que le système actuel luxembourgeois de la cogestion est un des plus favorables aux travailleurs en Europe et constitue déjà dans sa forme actuelle un désavantage de taille pour les entreprises immatriculées au Grand-Duché, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers considèrent qu'il est partant vital eu égard au choix par les promoteurs du pays d'implantation d'une SE de ne pas réduire le seuil.

En outre, une telle réduction du seuil aurait un effet dissuasif certain sur les sociétés de taille moyenne qui pourraient ainsi se détourner de la société anonyme en général et de la SE comme véhicule de restructuration transnationale de sociétés, compte tenu du niveau de protection des travailleurs que procure déjà le système de cogestion luxembourgeois.

D'autre part, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers considèrent que le mécanisme de désignation des représentants des travailleurs au sein du GSN

³ Article 16 alinéas 1 et 2 de la loi du 6 mai 1974

⁴ Article 22 de la loi du 6 mai 1974

devrait rester le plus simple possible. A ce titre, elles voudraient mettre en garde contre les risques qui résulteraient de l'adoption d'une procédure de désignation pouvant s'avérer trop lourde et trop coûteuse tant concernant la mise en place que la gestion subséquente de ce mécanisme, notamment pour les sociétés de moindre envergure. Par conséquent, elles recommandent ne pas alourdir le dispositif existant en le rendant plus contraignant pour les entreprises afin de favoriser l'immatriculation au Luxembourg d'entreprises étrangères, sous forme de SE.

Dans l'hypothèse d'une SE créée par voie de transformation, le principe « avant-après » commande le maintien des droits acquis introduit par le régime d'implication des travailleurs existant dans la société participante avant la création d'une SE, dans la SE, pour autant seulement qu'un régime d'implication équivalent des salariés ait existé auparavant ; il s'ensuit qu'une SE immatriculée au Luxembourg ne sera pas tenue de mettre en place un régime de participation des salariés si un tel régime n'existait pas dans la société luxembourgeoise préexistante.

Commentaire des articles

Titre I Dispositions Générales

Concernant l'article 2 - Compétence juridictionnelle.

L'article 12 paragraphe 2 de la Directive confie à chaque Etat membre la responsabilité de mettre en place les procédures de recours administratives ou judiciaires afin d'assurer le respect des dispositions de la Directive par les organes dirigeants des sociétés participantes ou filiales de SE situées sur son territoire. Conformément aux dispositions européennes, l'article 2 du projet de loi sous avis attribue globalement, à deux exceptions près (article 16 et article 20) la compétence juridictionnelle matérielle aux tribunaux du travail pour connaître des litiges résultant de l'application de la présente loi.

Néanmoins, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers tiennent à nuancer cette attribution générale de compétence en faveur des tribunaux du travail pour ce qui concerne les matières suivantes :

- les différends relatifs à la désignation et à l'élection des représentants des travailleurs occupés au Luxembourg, les conditions d'application et le contenu des dispositions de référence ainsi que la relation entre le projet de loi sous avis et d'autres dispositions visées sous l'article 21 devraient de préférence relever de la compétence de l'Inspection du Travail et des mines afin de dégager avec cette administration des solutions rapides et pragmatiques,
- le fonctionnement des organes de représentation et les procédures d'information et de consultation des travailleurs devraient être laissés à l'appréciation des organes sociétaires.

Concernant l'article 3 point e) – Définitions.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers proposent de mettre le mot « nationale » au pluriel, comme c'est d'ailleurs le cas sous l'article 2 e) de la Directive. A défaut, un problème d'interprétation est susceptible de se produire.

Titre II Négociation d'un accord entre les partenaires sociaux.

Il est rappelé que les modalités de l'implication des travailleurs au sein de la SE sont soit déterminées par accord à conclure entre le GSN et les organes compétents des sociétés participantes, soit à défaut d'accord, par application des dispositions de référence. La création d'un GSN appelle les commentaires suivants.

Concernant l'article 4 paragraphe 3 alinéa 2 - Composition de l'organe spécial de négociation.

En ce qui concerne la composition du GSN, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers approuvent le fait qu'il ne peut être procédé à une modification de celle-ci à n'importe quel moment et sous n'importe quelle condition durant toute la période des négociations. Dès lors, elles envisagent favorablement la proposition contenue à l'article 4 paragraphe 3 alinéa 2 du projet de loi sous avis qui fixe à 25% le seuil de modification du nombre total de sièges au bénéfice des travailleurs, à partir duquel il est possible d'envisager une modification de la désignation ou de la répartition de ces sièges au sein du GSN. La fixation de ce seuil présente en effet l'avantage d'éviter de devoir recomposer trop souvent le GSN.

Concernant l'article 5 paragraphe 2 - Conditions de l'exercice du droit de désignation ou d'élection des membres du GSN.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent que la voie choisie par les rédacteurs du projet de loi sous avis est similaire à la procédure de désignation du GSN du comité d'entreprise européen prévue par la loi du 28 juillet 2000 qui est en pratique particulièrement lourde, voire impossible à mettre en œuvre. Comme cette lourdeur de procédure risque d'être une cause d'échec de la SE luxembourgeoise, elles invitent les rédacteurs du projet de loi à prévoir une procédure nettement moins compliquée, qui privilégie en particulier la voie de la désignation (par opposition à celle d'une élection).

En ce qui concerne l'exercice de ce droit pour les délégations du personnel, elles privilégient la technique de la désignation à celle de l'élection au suffrage universel direct pour des raisons d'ordre pratique visant à simplifier et accélérer la procédure de l'institution du GSN.

S'agissant de l'élection directe au suffrage universel, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers anticipent le fait que ce mode de désignation serait susceptible de susciter de nombreuses complications administratives surtout dans le cadre d'élections englobant plusieurs entreprises d'un même pays.

En ce qui concerne la notion d'électorat passif - c'est-à-dire la désignation proprement dite des représentants des travailleurs - la Directive enjoint aux Etats membres d'organiser la désignation des membres du GSN de manière à y inclure au moins un représentant de chaque société participante sans pour autant augmenter le nombre total des représentants au sein du GSN.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont d'avis que pour parvenir à cet objectif, la qualité de « représentant des travailleurs » devrait être reconnue en priorité aux travailleurs d'une entreprise concernée par la constitution d'une SE.

De la même façon, lorsque la Directive recommande aux termes de son article 3 paragraphe 2 point b) que les Etats membres peuvent prévoir que le GSN comprenne des représentants des syndicats, employés ou non par une société participante ou une filiale ou un établissement concerné, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers entendent réserver cette qualité à un représentant syndical seulement dans l'hypothèse où le représentant des travailleurs ainsi désigné, ne se trouvant pas dans une relation de travail avec une société participante visée par la constitution d'une SE, serait appelé à représenter plusieurs entreprises d'un même Etat membre ou dans l'hypothèse où une ou plusieurs sociétés participantes (filiales ou établissements) ne disposeraient pas de représentant du personnel. Le terme de « soit » employé par ce paragraphe est ambigu puisqu'on ignore si une société participante est autorisée à limiter le droit de vote passif.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers avisent favorablement le fait que le projet de loi sous avis précise la notion de représentants des organisations syndicales en retenant non seulement les organisations syndicales justifiant de la représentativité générale au niveau national mais également celles justifiant de la représentativité dans un secteur particulièrement important de l'économie. L'ajout de cette dernière notion permet ainsi d'équilibrer la notion d'éligibilité par une approche qualitative garantissant une représentativité des enjeux économiques et stratégiques particuliers à un secteur de l'économie, plutôt que par une approche exclusivement quantitative.

Concernant l'article 5 paragraphe 5 – Entreprises disposant de délégations des ouvriers et de délégations des employés privés.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers recommandent de ne pas mentionner la délégation des ouvriers et la délégation des employés dans l'article 5 paragraphe 5 du projet de loi sous avis. En effet, l'article 3.2) a) de la Directive dispose que « *ces membres soient élus ou désignés en proportion du **nombre de travailleurs employés** dans chaque Etat membre par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés, en allouant pour chaque Etat membre un siège par tranche de travailleurs employés dans cet Etat membre qui représente 10 % du nombre de travailleurs employés par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés dans l'ensemble des Etats membres, ou une fraction de ladite tranche. » La Directive emploie donc les termes de « *travailleurs employés* » ; il aurait été préférable d'inventer de nouvelles règles pour l'élection des membres, au lieu de revenir sur les spécificités luxembourgeoises d'ouvriers et employés qui ne correspondent pas à la Directive et qu'on ne saura interpréter face à cette notion de « *travailleurs employés* dans un Etat membre ».*

On aurait pu imaginer une procédure de vote par une délégation "mixte", qu'elle soit principale ou centrale. Elle aurait été composée par les deux délégations qui désigneraient ou éliraient ensemble un représentant. Une autre possibilité aurait été celle d'une assemblée générale.

Dans un souci de simplicité, les deux chambres professionnelles conseillent de prévoir pour toutes les élections la possibilité de recourir au vote par correspondance, voire le vote par voie électronique.

Concernant l'article 5 paragraphe 6 – Travailleurs relevant de plusieurs entreprises ou établissements.

L'article 5 paragraphe 6 est en contradiction avec l'article 5 paragraphe 8. En effet, alors que le présent paragraphe parle d'« élection ou de désignation (..) conformément à la procédure fixée au paragraphe (8) », ledit paragraphe 8 ne prévoit qu'une procédure d'élection. Pour des raisons de simplicité, il est important de préserver la possibilité de la désignation.

Concernant l'article 6 paragraphe 2 - Création d'un groupe spécial de négociation.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers notent avec satisfaction la brièveté des délais impartis pour cette négociation dont la durée au terme de l'article 6 paragraphe 2 du projet de loi sous avis est en principe fixée à six mois à partir de la date de constitution du GSN, pouvant être exceptionnellement étendue à douze mois.

Elles estiment que cet élément constitue une force pour la négociation adaptée au cadre de l'entreprise multinationale ainsi qu'à ses enjeux régionaux.

Concernant l'article 6 paragraphe 3, 3^{ème} alinéa - Négociation d'un accord - Appréciation de la notion de réduction de participation des travailleurs.

En ce qui concerne le résultat des négociations menées et de l'accord intervenu entre le GSN et les sociétés participantes, cet alinéa envisage l'hypothèse où cet accord se solderait par une réduction des droits de participation des travailleurs au sens de l'article 3 point k) du projet de loi sous avis, tout en précisant cette notion.

Ainsi, l'article 6 paragraphe 3, 3^{ème} alinéa dispose:

« On entend par réduction des droits de participation, une proportion de membres des organes de la SEqualitativement inférieure à la proportion la plus haute existant au sein des sociétés participantes. Une telle réduction suppose que le nouveau mode de participation aboutisse à une réelle diminution d'influence des travailleurs. »

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers se félicitent du fait que les auteurs du projet de loi sous avis aient pris en compte dans leur approche de cette définition la nature de l'organe dans lequel une participation des travailleurs est organisée, et non pas seulement le critère numérique, qui résulterait de la simple transposition d'un pourcentage de participation. Cette démarche conduit ensuite à s'interroger sur la manière dont s'exerce l'influence de l'organe de représentation des travailleurs au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la SE.

Elles soulignent le fait que dans l'hypothèse de la fusion de deux ou plusieurs sociétés participantes en une SE, la disparition d'une ou plusieurs structures sociétaires fait du même coup disparaître les organes de celles-ci dans lesquels les travailleurs pouvaient éventuellement se trouver représentés.

A ce titre, il convient de rappeler que la loi du 6 mai 1974 prévoit que les travailleurs sont représentés par au moins trois administrateurs sans que le nombre total des administrateurs ainsi désignés puisse excéder le tiers des administrateurs de la société.

Cette désignation doit en outre s'effectuer suivant les règles de la représentation proportionnelle, parmi les travailleurs occupés dans l'entreprise.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers considèrent que l'objectif de préserver une représentation des travailleurs adéquate au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la nouvelle SE est atteint à partir du moment où elle s'apprécie non pas seulement au regard du nombre minimum de sièges réservés au sein des organes dirigeants aux administrateurs représentant le personnel, mais également en tenant compte de la portée réelle de ce droit.

Concernant l'article 6 paragraphe 4 – Négociation d'un accord et désignation d'experts pour assister le GSN.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers préconisent en ce domaine le maintien d'une certaine souplesse en vue de s'adapter à la complexité des situations en présence, pouvant nécessiter le recours à ce type d'assistance. Elles s'accordent en effet pour observer que la détermination d'un nombre d'experts minimum par voie légale exigée par la Chambre des Employés Privés dans son avis présenterait un certain nombre d'inconvénients. Pour le cas où plus d'un expert serait désigné cette précaution n'exclurait pas pour autant l'éventualité de divergences entre experts. En revanche, en ce qui concerne l'éventualité où les parties tomberaient d'accord pour ne désigner qu'un seul expert, elles conviennent de laisser ouverte cette possibilité qui pourra de toutes façons être aménagée ultérieurement au terme d'un accord entre les parties.

Concernant l'article 7 paragraphe 4 - Contenu de l'accord.

En ce qui concerne l'hypothèse d'une SE constituée par voie de transformation, la Directive en son article 4 paragraphe 4 prévoit que le contenu de l'accord intervenu entre le GSN et la société participante doit prévoir pour tous les éléments de l'implication des travailleurs, à savoir l'information, la consultation et la participation, un niveau au moins équivalent à celui qui existe dans la société participante avant sa transformation en SE.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'accordent à reconnaître que le critère qualitatif est adapté au mode de constitution des SE : les travailleurs de la société qui sera transformée en SE continuent de bénéficier dans cette dernière d'un niveau d'implication sensiblement équivalent à celui dont ils ont bénéficié dans la structure initiale.

Elles se félicitent de l'application littérale sous cet article de l'énoncé du principe « avant-après », quelque soit la nature de l'organe et ses compétences. Cet article

impose d'appliquer un niveau de « participation sensiblement équivalent » à celui existant dans la société avant la transformation, traduit le souci majeur de respecter tout autant l'existence d'une forme de participation que son mode d'organisation, indépendamment du changement opéré du fait de la constitution de la SE.

Concernant l'article 8 - Force obligatoire de l'accord.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers notent avec satisfaction le fait que le texte du projet de loi sous avis marque une évolution intéressante au niveau de l'opposabilité des dispositions d'un accord intéressant la représentation des travailleurs. L'accord ainsi obtenu qui retient le principe d'une application obligatoire tant à l'endroit des organisations syndicales impliquées aux négociations que des organisations syndicales concernées par l'accord, intègre les organisations syndicales de taille plus modeste. De ce fait, l'accord qui s'impose à une plus large proportion d'organisations syndicales, assure de ce fait une représentativité plus équilibrée.

Titre III Application des dispositions de référence.

Il est rappelé que les promoteurs peuvent décider de constituer la SE même en l'absence d'accord intervenu au sein du GSN dans l'intervalle du délai de six mois (ou d'un an au maximum), à condition toutefois de respecter les dispositions de référence inscrites en annexe de la Directive et transposées sous le Titre III du projet de loi sous avis.

Concernant l'article 9 paragraphe 1 a) - Enumération des cas de figure dans lesquels les dispositions de référence trouvent à s'appliquer.

Afin de souligner que ce paragraphe énonce trois cas de figure distincts, il est recommandé d'ajouter le mot « ou » au point a) in fine.

Concernant l'article 9 paragraphe 1 c) - La nullité de l'accord.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'interrogent sur le bien-fondé de cette disposition qui à leur avis fait double emploi avec l'existence de l'article 8 qui traite de la force obligatoire et oblige toutes les parties à cet accord. Considérant cette disposition superfétatoire, elles proposent donc la suppression pure et simple de cet article du dispositif du projet de loi. Par ailleurs, la Directive ne prévoit pas la nullité de l'accord, mais l'application des dispositions de référence.

Concernant l'article 9 paragraphe 3 - Application des règles de proportionnalité - Appréciation de la notion de « travailleurs présents».

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers notent que le projet de loi sous avis retient la notion de « travailleurs présents », pour ce qui est de l'application des pourcentages devant s'appliquer aux formes de participation des travailleurs existant dans les sociétés participantes et qu'il s'agit de transposer dans la SE.

Elles estiment cependant que cette notion ne reflète qu'imparfaitement la diversité de statut des différents types de travailleurs dans l'entreprise et par conséquent, ne peut en aucun cas constituer un critère d'appréciation réaliste puisqu'elle omet de prendre en compte les statuts spécifiques des travailleurs intérimaires, des travailleurs à temps partiel, des ouvriers et des employés et des salariés détachés. En outre, les lois nationales fixent des conditions de nationalité et d'âge des travailleurs, ainsi que d'ancienneté dans l'entreprise. Au Luxembourg, les salariés en préretraite-ajustement et ceux en préretraite-solidarité font encore partie des effectifs. Dès lors, convient-il de les prendre en compte en tant que « travailleurs présents » ?

A défaut de précisions sur la computation de ces différents statuts, les deux chambres professionnelles estiment qu'il existe un risque réel à autoriser un pourcentage global de représentants des salariés à accéder à la participation au sein des organes dirigeants de l'entreprise.

En outre, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers déplorent le fait que le projet de loi sous avis reste silencieux quant aux modalités retenues en vue de prendre en considération la notion de « travailleurs présents ». Le projet de loi se limite uniquement à définir des pourcentages sans développer le mode de calcul retenu pour permettre aux Etats membres d'y aboutir. Dans un souci de sécurité juridique, elles exigent sur ce point des précisions supplémentaires.

Concernant l'article 10 - La composition de l'organe de représentation des travailleurs.

Il est rappelé que sous les dispositions de référence de la Directive, Partie 1 b) 2^{ème} alinéa, il est prévu que lors de l'élection ou de la désignation des membres de l'organe de représentation des travailleurs, le nombre de membres et la répartition des sièges « *sont adaptés de manière à tenir compte des changements qui interviennent dans la SE* ».

Il s'ensuit que l'organe de représentation des travailleurs est fixé selon les mêmes règles de proportionnalité que le GSN et conformément aux règles propres fixées dans chaque Etat membre pour désigner ou élire ces représentants.

Par analogie, et dans un souci de parallélisme juridique, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers réitèrent donc la proposition formulée concernant l'article 4 paragraphe 3 à l'endroit du GSN, de ne pas procéder à une révision de la composition de l'organe de représentation des travailleurs pendant la durée de son mandat.

Concernant l'article 11 paragraphe 6. – Travailleurs occupés au Luxembourg et relevant de plusieurs entreprises ou établissements.

L'article 11 paragraphe 6 s'avère être en contradiction avec l'article 11 paragraphe 7. En effet, alors que l'article 11 paragraphe 6 parle d'élection ou de désignation conformément à l'article 11 paragraphe 7, ce dernier paragraphe traite uniquement d'une procédure d'élection. Pour des raisons de simplicité il est important de préserver la possibilité de la désignation. Là encore, les deux chambres professionnelles

conseillent de prévoir la possibilité du vote par correspondance, voire par voie électronique.

Concernant l'article 12 – Dispositions de référence pour l'information et la consultation.

Afin de veiller à la cohérence dans la présentation formelle du texte de loi à adopter, il y a lieu d'éviter de terminer les énumérations tantôt par un point, tantôt par un point virgule.

Concernant l'article 13 - Dispositions de référence en ce qui concerne la participation.

Ces dispositions qui concernent la participation des travailleurs aux organes de décision n'ont vocation à s'appliquer que dans les cas où les travailleurs bénéficieraient au sein de la ou des société(s) participante(s) d'une forme quelconque de participation, de manière à respecter le principe « avant-après ».

Si l'article 13 paragraphe 1 alinéa 1 n'est pas de nature à susciter de problèmes en ce sens qu'il vise les cas de transformation d'une société mère unique en SE dont le mécanisme de participation existant survit automatiquement à cette transformation, tel n'est pas le cas de deux ou plusieurs sociétés participantes qui envisagent la fusion ou la création d'une société holding ou d'une filiale sous forme de SE, en raison même du choix à opérer en faveur d'un des régimes sociaux en vigueur dans un Etat membre.

En revanche, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers insistent pour mettre en évidence le fait que les dispositions contenues sous l'article 13 paragraphe b) contiennent en germe des risques évidents pour les sociétés anonymes luxembourgeoises disposant avant la fusion ou la création d'une société holding ou d'une filiale sous forme de SE, d'un système de participation des travailleurs par le biais de la présence d'un ou plusieurs administrateurs représentant les travailleurs au sein de l'organe d'administration ou de surveillance. En effet, l'existence d'un système de cogestion déjà en vigueur dans la société luxembourgeoise participante, susceptible de s'exporter et de contaminer le régime social de la SE dont la constitution est envisagée, alors même que le Luxembourg ne serait pas retenu en tant futur siège social, constitue un handicap majeur qui risque d'évincer les sociétés luxembourgeoises des processus de réorganisation de sociétés à venir.

Dans ce contexte, les deux chambres professionnelles estiment impérieux, afin de ne pas décourager les investisseurs étrangers, de ne pas rendre le système luxembourgeois actuel de la cogestion encore plus contraignant, par le biais d'une réduction des seuils de participation applicables dans le cadre de la fusion et de la constitution d'une holding ou d'une filiale en SE, respectivement prévus sous l'article 9 paragraphe 2 a) et b).

Les deux chambres professionnelles invitent les auteurs du projet de loi sous avis de se garder d'interpréter de manière trop rigide les notions de « participation équivalente », de « réduction des droits de participation des travailleurs » ou de « représentants des organisations syndicales ». En effet sous couvert d'atteindre l'objectif d'harmoniser au niveau européen les conditions de participation des travailleurs au sein des futures SE, une interprétation mathématique des dispositions

communautaires aurait pour effet de généraliser de manière quasi-automatique dans le cas de SE créés par fusion ou de sociétés filiales ou holding, certaines formes de participation préexistant dans les sociétés participantes avant la réorganisation. Cette façon de procéder risquerait d'une part de compromettre le fonctionnement efficace des organes de décision des futures SE, d'autre part de conduire des sociétés étrangères en cours de réorganisation à écarter le choix de s'associer à des sociétés luxembourgeoises disposant d'une participation des travailleurs au conseil d'administration ou conseil de surveillance, afin d'éviter l'application à la SE d'un mécanisme de participation coûteux et contraignant.

La notion de participation équivalente

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers approuvent la clarification de la notion de « participation équivalente » contenue à l'article 13 paragraphe 1 b) qui vise le cas de la constitution d'une SE à l'exception de l'hypothèse de transformation.

Elles estiment en effet que la désignation ou l'élection de représentants des travailleurs au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SE, sur la base d'une comparaison portant sur la nature des organes dans lesquels s'exerce ce droit, appelle les mêmes commentaires que ceux exprimés plus haut en ce qui concerne la notion de réduction de la participation des travailleurs au niveau de la négociation d'un accord dans le cadre du GSN.

Elle sont également d'avis que le texte de cet article qui recommande d'appréhender la notion de réduction des droits de participation « de manière globale » laisse une certaine flexibilité, de nature à favoriser le choix, par les entreprises étrangères, du site luxembourgeois comme siège statutaire d'une SE, en raison de la flexibilité qu'elle laisse dans l'évaluation du niveau de participation existant avant et après l'immatriculation de la SE.

La notion de travailleurs occupés par une entreprise

Dans le cadre de l'article 13 paragraphe 4 du projet de loi sous avis, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers exigent que la participation des travailleurs aux organes de décision vise uniquement des travailleurs salariés des entreprises participantes.

Il convient en effet d'éviter de généraliser l'application de la notion de droits de participation à des travailleurs qui n'étaient pas concernés par ce droit, avant la constitution de la SE, du fait de l'absence d'une relation de travail avec les sociétés participant à la constitution de la SE.

De plus, les deux chambres professionnelles entendent souligner le fait que la revendication qu'elles expriment s'inscrit dans la logique retenue par la loi 6 mai 1974, à l'exception de la sidérurgie où ces représentants ne sont pas nécessairement des salariés de l'entreprise.

Concernant l'article 14.- Désignation des membres représentant les travailleurs occupés au Luxembourg dans l'organe d'administration ou de surveillance de la SE.

L'article 14 paragraphe 1 soulève de nombreuses interrogations: il précise que les membres sont « désignés...par vote secret à l'urne ». Or, une procédure de désignation ne peut pas être celle d'un vote. Les deux chambres professionnelles estiment qu'il faut garder la possibilité de désignation des membres sans recours à un vote. Les termes de « la ou les délégations d'entreprise » visent-ils la délégation d'entreprise principale ou centrale ? Comment procéder s'il y a plus d'entreprises concernées que le tiers de représentants salariés à élire ? Comment sera représentée une société qui n'a pas de délégués ?

L'article 14 renvoie en son paragraphe 3 aux règles du scrutin et de contentieux électoral régies par le règlement grand-ducal visé par l'article 25 (3) de la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes dans les entreprises⁵ . Les deux chambres professionnelles s'interrogent si un tel renvoi est compatible avec l'article 13.2 de la Directive, en vertu duquel les dispositions nationales en matière de participation des travailleurs ne s'appliquent pas aux SE. A supposer même que cette compatibilité soit donnée, elles estiment que la procédure énoncée par ledit règlement du 24 septembre 1974 est en pratique totalement inadaptée aux SE, en particulier si plusieurs sociétés, filiales ou établissements luxembourgeois sont impliqués dans la constitution de la SE. En outre ledit règlement privilégie la voie des élections qui est une procédure assez facile à mettre en œuvre lorsqu'on se trouve en présence d'une seule entreprise. L'organisation de telles élections s'avérera cependant quasiment impossible à organiser dans l'hypothèse où plusieurs sociétés ou filiales et établissements luxembourgeois sont impliquées dans la constitution d'une SE.

Ces règles de scrutin obscures et lourdes dans la mise en œuvre poseront de nombreux problèmes d'interprétation aux praticiens du droit et pourraient même contribuer à ce qu'il y ait peu de SE immatriculées au Luxembourg, ou que les salariés occupés au Luxembourg ne fassent pas partie du projet d'une SE.

Pour toutes ces raisons les deux chambres professionnelles regrettent que les rédacteurs du projet de loi n'aient pas établi de nouvelles règles de scrutin spécifiques à la SE qui privilégieraient la voie de la désignation des représentants, qui poserait moins de problèmes pratiques.

Concernant l'article 15 paragraphe 2 – Fonctionnement de l'organe de représentation et de la procédure d'information et de consultation des travailleurs.

Cette disposition érige en délit le fait d'empêcher le fonctionnement de l'organe de représentation. La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers déplorent le caractère imprécis et trop général des faits constitutifs de l'infraction. Il est inadmissible qu'un délit susceptible d'être sanctionné notamment par des peines d'emprisonnement soit défini à la seconde phrase par une liste purement exemplative, comme le démontre l'emploi du terme « notamment ».

⁵ soit le règlement grand-ducal du 24 septembre 1974 concernant les opérations électorales pour la désignation des représentants du personnel dans les comités mixtes d'entreprises et les conseils d'administration

Concernant l'article 17 paragraphe 6 - Statut social des membres du groupe spécial de négociation et de l'organe de représentation et des représentants des travailleurs siégeant dans l'organe de surveillance ou d'administration d'une SE.

Il convient de supprimer les parenthèses carrées au deuxième paragraphe.

Concernant l'article 18 paragraphe 2 - Fin du mandat de représentants des travailleurs au sein du conseil de surveillance ou du conseil d'administration d'une SE.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers accueillent favorablement le fait que le projet de loi sous avis intègre parmi les cas de cessation du mandat des représentants des travailleurs au sein de l'organe de représentation, celui de la cessation ou d'abandon d'activité d'une filiale de la SE.

Concernant l'article 20 paragraphe 4 – Mesures destinées à assurer le respect de la présente loi.

Les deux chambres professionnelles s'interrogent sur le sens du renvoi à l'article 130-1 du Code d'instruction criminelle qui traite de faits qualifiés initialement de crimes ; les infractions prévues par le projet de loi sous avis ne constituant que des délits.

Concernant l'article 21 – Relation entre la présente loi et d'autres dispositions.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'interrogent sur l'interaction du projet de loi sous avis avec la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel et de la loi du 19 décembre 2003 sur le transfert d'entreprise. Que deviennent les délégations, les comités mixtes et les représentants du personnel au sein des conseils d'administration en cas de fusion des différentes sociétés?

Après consultation de leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent approuver le projet de loi sous rubrique que sous réserve expresse de la prise en compte de leurs observations.

BJO/DAN/PPA