

ELSA asbl est une association sans but lucratif ayant pour objet de favoriser les contacts, échanges d'idées et d'expérience entre spécialistes du droit social (incluant principalement le droit du travail et le droit de la sécurité sociale), ainsi que de contribuer au développement du droit social. A ce titre, ELSA asbl a souhaité commenter le Projet de loi n°7945 (le « **Projet de loi** ») portant transposition de la Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (la « **Directive** »). Conformément à ses statuts, ELSA asbl est neutre d'un point de vue politique ; elle ne présentera donc dans ses commentaires que des prises de position d'ordre juridique.

COMMENTAIRES ARTICLE PAR ARTICLE

CHAPITRE 1^{ER} – Dispositions générales

Article 1^{er}. Objet et champ d'application matériel

Paragraphe 1^{er}

Compte tenu du fait que le Projet de loi ne s'applique qu'aux signalements dans un contexte professionnel, il est proposé de spécifier ceci dès l'article 1^{er} de cette loi pour plus de clarté.

Aucun renvoi n'est fait à l'article 3, point 7° pour la notion d'« *auteur de signalement* » alors qu'il est explicitement renvoyé aux définitions de l'article 3, points 1° et 11°, pour les notions de « *violation* » et « *représailles* ». Afin d'avoir une approche uniforme, il est proposé de supprimer tous les renvois dans ce paragraphe et spécifier : « *Les termes de la présente loi sont définis à l'article 3.* »

Enfin, pour des raisons syntaxiques, il pourrait être opportun de modifier les termes « *auteurs de signalement qui signalent une violation* » par les « *auteurs de signalement ~~qui signalent~~ d'une violation* ».

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 1er, paragraphe 1er comme suit :

« (1) La présente loi a pour objet de protéger les auteurs de signalement ~~qui signalent~~ d'une violation dans le contexte professionnel au sens de l'article 3, point 1°, contre toutes formes de représailles ~~au sens de l'article 3, point 11°~~. Les termes de la présente loi sont définis à l'article 3.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 de l'article 1^{er} exclut du régime de protection de la loi « *les faits, informations ou documents classifiés ainsi que ceux ayant trait à la sécurité nationale* ». Ces termes ne sont pas autrement définis et peuvent donner lieu à interprétation. Pour la sécurité juridique des auteurs de signalement, il serait judicieux de définir plus précisément ce qui est exclu de la protection de la loi.

Paragraphe 3

Pas de commentaires.

Paragraphe 4

Alors que le paragraphe 3 exclut du régime de protection de la loi les faits, informations ou documents couverts par le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client, par l'article 11 du statut général des fonctionnaires, ainsi que les règles en matière de procédures pénales, le paragraphe met à mal cette exception en prévoyant une irresponsabilité pénale en cas de violation du secret professionnel, avec pour seules conditions que le signalement soit « *proportionné et s'avère nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général* » et qu'il intervienne « *dans les conditions de la présente loi* ».

Ces atteintes aux secrets professionnels vont à l'encontre de l'article 3 de la Directive selon lequel

« La présente directive n'affecte pas l'application du droit de l'Union ou du droit national concernant l'un ou l'autre des éléments suivants: a) la protection des informations classifiées; b) la protection du secret professionnel des avocats et du secret médical; c) le secret des délibérations judiciaires; d) les règles en matière de procédure pénale ».

ELSA asbl propose dès lors de supprimer le paragraphe 4 de l'article 1^{er}.

Paragraphe 5

Le Projet de loi se réfère à la notion de « travailleur ». Or, bien qu'il s'agisse d'une transposition fidèle de la Directive, cette notion de « travailleur » n'a pas de résonance en droit luxembourgeois où l'on se réfère aux salariés ou aux fonctionnaires. Dans ce contexte, il est recommandé d'introduire une définition de la notion de « travailleur ».

En outre, ce paragraphe prévoit que le Projet de loi n'affecte pas le droit de consulter les représentants du personnel ou syndicats. Il y a lieu de rappeler qu'une telle consultation ne pourrait être considérée comme un 'signalement' bénéficiant de la protection contre les représailles au sens du Projet de loi.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 de l'article 1^{er} prévoit que lorsque les conditions d'un dispositif spécifique de signalement de violations et de protection de leurs auteurs prévu par la loi sont réunies, ces dispositions s'appliquent si elles ne sont pas moins favorables. Le Projet de loi reste toutefois muet sur le fait de savoir s'il convient de cumuler le dispositif spécifique avec le dispositif général, et dans ce cas, il serait nécessaire que le législateur précise comment doivent s'articuler les deux dispositifs. La détermination du caractère plus ou moins favorable d'un dispositif peut s'avérer difficile : faut-il procéder à une comparaison globale entre le dispositif spécifique et le dispositif général afin de déterminer lequel est le plus favorable, ou faut-il procéder à une comparaison disposition par disposition ? Dans les deux cas le travail sera complexe. De manière générale, la diversité et le cumul des régimes en matière de dispositifs de signalement est de nature à créer un problème de sécurité juridique

Article 2. Champ d'application personnel

Paragraphe 1

Il est proposé :

- de déplacer les termes « *dans un contexte professionnel* » pour lire : « *La présente loi s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu, dans un contexte professionnel, des informations sur des violations ~~dans un contexte professionnel~~, y compris [...]* ». Ce changement serait en ligne avec la définition de l'article 3, point 7° du Projet de loi et conduirait à révéler toute violation dont l'auteur de signalement a eu connaissance dans le cadre de ses activités professionnelles. Laisser les termes « *dans un contexte professionnel* » en fin de phrase conduit à limiter les violations au contexte professionnel et réduire ainsi le champ d'application du Projet de loi.
- d'élargir le champ d'application personnel du Projet de loi et d'ajouter au point 3° du paragraphe 1 les « *associés* », et
- de mettre en point 4° la deuxième partie de la phrase du point 3°, c'est-à-dire « *les bénévoles et les stagiaires rémunérés ou non rémunérés* » pour les dissocier de la catégorie des « *actionnaires, associés et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs* » et donc de créer un point 5° pour le point actuel 4° concernant la « *personne travaillant sous la supervision de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs* ».

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 2, paragraphe 1er comme suit :

(1) *La présente loi s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu, dans un contexte professionnel, des informations sur des violations ~~dans un contexte professionnel~~, y compris :*

1° les personnes ayant le statut de travailleur, au sens de l'article 45, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris les fonctionnaires ;

2° les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, au sens de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

3° les associés, les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs,

4° ainsi que les bénévoles et les stagiaires rémunérés ou non rémunérés ;

5-4° toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 de l'article 2 intègre dans le champ d'application personnel du Projet de loi, les auteurs de signalement qui signalent ou divulguent des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une « *relation de travail* » qui a pris fin. Or, il conviendrait de préciser si les termes « *relation de travail* » renvoient aux « *relations de travail* » au sens du Code du travail, auquel cas ils ne viseraient pas par exemple le contractant ou l'administrateur dont le contrat, respectivement le mandat a pris fin, ou s'il faut les entendre au sens large, à savoir au titre de « *relations professionnelles* » ?

Par ailleurs, la formulation « *relation de travail qui a pris fin depuis* » prête à confusion sur la temporalité du signalement. La formulation actuelle laisse croire que le signalement doit être intervenu avant la fin de la relation, c'est à dire que la relation professionnelle a pris fin « depuis » le signalement, ce qui aurait pour conséquence de restreindre la protection qui devrait également jouer pour des signalements intervenus après la fin de la relation professionnelle (mais relatifs à des faits portés à la connaissance de l'auteur de signalement au cours de la relation professionnelle).

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 2, paragraphe 2 comme suit :

« (2) La présente loi s'applique également aux auteurs de signalement lorsqu'ils signalent ou divulguent publiquement des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une relation professionnelle passée de travail qui a pris fin depuis. »

Paragraphe 3

Pas de commentaires.

Paragraphe 4

Le point 3° du paragraphe 4 prévoit que les mesures de protection s'appliquent également aux « *entités juridiques appartenant aux auteurs de signalement* ». Ainsi, les associations de fait non titulaires de la personnalité juridique sont donc exclues. Il est proposé de changer la notion d'« *entité juridique* » pour se référer à la notion d'« *organisation* » qui est plus large et générale et est par ailleurs utilisée dans la définition d'« *informations sur des violations* » (article 3, 2° du Projet de loi).

ELSA asbl propose dès lors de modifier le point 2° du paragraphe 4 de l'article 2 comme suit :

« 3° : organisations entités juridiques appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ils travaillent, ou encore avec lesquelles ils sont en lien dans un contexte professionnel. »

Article 3. Définitions

○ **Définition des « violations » au point 1° :**

Par la définition très large du terme « *violations* », le Projet de loi entend opérer une extension du champ d'application matériel de la Directive afin de couvrir toute violation du droit national. ELSA craint en effet que l'absence de délimitation plus précise des violations du droit national mène à des dérives et notamment à la dénonciation en masse de faits de gravité mineure. Selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ayant défini un cadre pour le statut et la protection des lanceurs d'alerte (arrêt Guja notamment), un des critères importants de la protection est que le signalement ou la divulgation serve l'intérêt général.

Il serait à tout le moins judicieux de rattacher les termes « *pour autant que la conséquence en est un trouble causé à l'intérêt public* » tant aux actes et omissions qui sont illicites qu'à ceux qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions du droit national ou européen d'application directe.

ELSA propose donc de modifier le point 1° de l'article 3 comme suit :

« 1° « violations » : les actes ou omissions qui, pour autant que la conséquence en est un trouble causé à l'intérêt public:

a) sont illicites ; ou

b) vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions du droit national ou européen d'application directe, ~~pour autant que la conséquence en est un trouble causé à l'intérêt public~~

○ **Définition des termes « informations sur des violations » au point 2° :**

Cette définition fait référence notamment aux violations effectives ou potentielles qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'« organisation » dans laquelle l'auteur de signalement travaille ou a travaillé ou dans une autre « organisation » avec laquelle l'auteur de signalement est ou a été en contact dans le cadre de son travail. Or, au sein de la définition des termes de « signalement interne », le législateur fait référence à la notion d'« entité juridique » et non à celle d'« organisation ». Il serait cohérent de faire le choix entre « entité juridique » ou « organisation ». Il est également proposé à la fin de de la définition de remplacer la conjonction de coordination « et » par « ou ».

Proposition de modification pour le point 2° de l'article 3 :

2° « informations sur des violations » : des informations, y compris des soupçons raisonnables, concernant des violations effectives ou potentielles, qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'organisation dans laquelle l'auteur de signalement travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle l'auteur de signalement est ou a été en contact dans le cadre de son travail, ~~et~~ ou concernant des tentatives de dissimulation de telles violations ;

○ **Définition des termes « signalement interne » au point 4° :**

Il conviendrait de définir la notion d'« entité juridique » car cette dernière ne vise pas ni l'entrepreneur personne physique, ni l'association, ou de le remplacer par le terme « organisation » en conformité avec la définition des termes « informations sur des violations ».

Proposition de modification pour le point 4° de l'article 3 :

4° « signalement interne » : la communication orale ou écrite d'informations sur des violations au sein d'une organisation entité juridique du secteur privé ou public ;

○ **La définition de « personne concernée » au point 10° se limite à une personne physique ou morale. Afin d'avoir une définition plus large ainsi qu'une approche uniforme avec les autres définitions, il serait judicieux d'insérer « ou tout organe de personne morale qui est mentionné dans le signalement [...] ».**

Proposition de modification pour le point 10° de l'article 3 :

10° « personne concernée » : une personne physique ou morale, ou tout organe de personne morale, qui est mentionnée dans le signalement ou la divulgation publique en tant que personne ou organe à laquelle ou auquel la violation est attribuée ou à laquelle cette personne ou organe est associée;

○ **Dans la définition de « représailles » au point 11°. Pour des raisons de syntaxe, il est proposé de rajouter « qui » devant « est suscité ».**

Proposition de modification pour le point 11° de l'article 3 :

11° « représailles » : tout acte ou omission direct ou indirect qui intervient dans un contexte professionnel, qui est suscité par un signalement interne ou externe ou une divulgation publique, et qui cause ou peut causer un préjudice injustifié à l'auteur de signalement ;

Article 4. Conditions de protection des auteurs de signalement et choix du signalement

Paragraphe 1er

Le point 2° du paragraphe 1 liste les différents types de signalements, que ce soit le signalement interne, externe ou la divulgation publique. Il est fait usage des conjonctions « *soit ... , soit ... , ou ...* » ce qui laisse à penser qu'il existe une alternative, une liberté au choix de l'auteur de signalement, quant au type de signalement (interne ou externe) à faire. Or, comme développé plus en détail dans les commentaires qui suivent, une hiérarchie devrait être respectée dans le cadre du signalement, qui doit se faire, dans un premier temps, en interne, avant de recourir au signalement externe, puis à la divulgation publique. Ce n'est que dans des circonstances spéciales qu'il devrait être possible de procéder directement au signalement externe voire, dans des cas exceptionnels, à la divulgation publique. Ceci ne ressort pas clairement de ce point 2° du paragraphe 1 de l'article 4 qui doit dès lors être modifié en conséquence. Il est proposé de supprimer les conjonctions « soit ».

ELSA asbl propose dès lors de modifier le point 2° de l'article 4, paragraphe 1er comme suit :

« 2° qu'ils aient effectué un signalement ~~soit~~ interne conformément à l'article 7, ~~soit~~ externe conformément à l'article 19, ou aient fait une divulgation publique conformément à l'article 24. »

Par ailleurs, selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant le statut du lanceur d'alerte, un des critères conférant la protection de l'auteur du signalement est celui de la bonne foi, ce qui implique qu'il doit avoir été motivé par l'intérêt général, et non dans le but d'obtenir un avantage personnel, que ce soit financier ou autre. ELSA s'interroge sur la raison pour laquelle ce critère important, qui est destiné à empêcher des signalements abusifs, n'est pas repris dans les conditions de protection des auteurs de signalement.

Paragraphe 2

Pas de commentaires.

Paragraphe 3

Pour des raisons de syntaxe, il est proposé de déplacer l'objet de la phrase « *des violations* » juste après le verbe « *signalent* ».

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 4, paragraphe 3 comme suit :

*« (3) Les personnes qui signalent **des violations** auprès des institutions, organes ou organismes de l'Union européenne compétents ~~des violations~~ bénéficient de la protection prévue par la présente loi dans les mêmes conditions que les personnes qui effectuent un signalement externe. »*

CHAPITRE 2 – Des signalements internes

Article 5. Signalements effectués par le biais de canaux de signalement interne

Paragraphe 1^{er}

Pas de commentaires.

Paragraphe 2

La formulation du paragraphe 2 de l'article 5, qui a trait à l'ordre de priorité dans lequel les canaux de signalement, respectivement la divulgation publique, doivent intervenir, n'est pas cohérente avec les commentaires des articles du Projet de loi (qui semblent eux-mêmes en contradiction les uns avec les autres) et est, selon ELSA, source d'insécurité juridique. Il convient ainsi de clarifier la hiérarchie des canaux de signalement.

En effet, les auteurs du Projet de loi indiquent quant à l'article 5 que « *les lanceurs d'alerte devraient privilégier les signalements en interne, sauf au cas où il existerait des éléments de contrariété, comme par exemple un risque de représailles ou l'absence de chances que soit remédié aux violations signalées.* » Il est précisé que le signalement en interne est à encourager dès lors que les entreprises sont la plupart du temps les mieux à même de remédier efficacement aux violations signalées. Or, le texte de l'article 5 prévoit que les personnes « *ont en premier lieu recours au signalement interne, lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et qu'elles estiment qu'il n'y a pas de risque de représailles.* » Cette formulation laisse entendre que la possibilité de remédier efficacement à la violation en interne constituerait une condition pour le recours au signalement en interne, et non une cause d'empêchement, l'autorisant alors à s'adresser directement aux autorités.

Le manque de clarté quant à la hiérarchie entre les canaux de signalement est encore accentué par les commentaires relatifs à l'article 4 du Projet de loi, selon lesquels « *l'article établit une hiérarchie entre les différents modes de signalement. Ainsi, il est laissé au choix du lanceur d'alerte de s'adresser directement à un canal interne ou à un canal externe. Cependant, le lanceur d'alerte devra avoir épuisé le recours à un des deux canaux interne et/ou externe avant de pouvoir divulguer publiquement une violation.* » Selon ces commentaires, il n'y aurait donc pas de hiérarchie entre canal interne et canal externe (uniquement par rapport à la divulgation publique) ; or, ceci vient en contradiction avec les termes de l'article 5 paragraphe 2 selon lequel il devrait y avoir « *en premier lieu* » recours au canal interne.

Par ailleurs, la formulation laisse trop de part à la subjectivité dans la mesure où il appartient à l'auteur de signalement d'apprécier s'il est possible ou non que soit remédié efficacement à la violation en interne. En outre, chaque individu envisageant d'effectuer un signalement pourra toujours invoquer le fait qu'il craint des représailles, de sorte que la voie à privilégier du canal interne risque d'être très fréquemment contournée. La protection contre le risque de représailles est justement l'un des principaux objectifs du Projet de loi, de sorte qu'il est en tout état de cause curieux de conditionner le recours à la procédure de signalement interne au fait qu'il n'y ait pas de risque de représailles. Il conviendrait donc *a minima* que l'auteur de signalement ait des raisons sérieuses, fondées sur des éléments objectifs, de croire qu'il ne pourra être remédié à la violation en interne ou qu'il y a un risque de représailles.

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 5, paragraphe 2 comme suit :

« Les personnes désirant effectuer un signalement de violations au sens de la présente loi ont en premier lieu recours au signalement interne, ~~lorsqu'il à moins qu'elles n'aient des raisons sérieuses de croire qu'il n'est pas possible de remédier efficacement à la violation en interne et qu'elles estiment~~ ou qu'il ~~n'y a pas de~~ risque de représailles. »

Article 6. Obligation d'établir des canaux de signalement interne

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 de l'article 6 reproduit le texte de la Directive en indiquant que les canaux et procédures de signalement sont établis **« après consultation des partenaires sociaux et en accord avec ceux-ci lorsque le droit national le prévoit »**. Le texte devrait être adapté aux spécificités du droit luxembourgeois et se référer aux compétences d'information et de consultation, respectivement de co-décision de la délégation du personnel, selon la taille de l'entreprise.

Le second alinéa du paragraphe 1 prévoit la possibilité pour les canaux et procédures internes de permettre à d'autres personnes que les travailleurs de l'entité, qui sont en contact avec celle-ci dans le cadre de leurs activités professionnelles, d'effectuer un signalement par ce biais. Si les canaux et procédures de signalement sont ouverts aux personnes externes à l'entité, il nous semble logique que ces personnes respectent la hiérarchie des canaux de signalement en effectuant leur signalement d'abord en interne conformément à l'article 5 paragraphe 2.

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 6, paragraphe 1 comme suit :

*« Les entités juridiques des secteurs privé et public établissent des canaux et des procédures pour le signalement interne et leur suivi, après **information et consultation des partenaires sociaux** de la **délégation du personnel**, ~~et ou en accord avec ceux-ci~~ **celle-ci lorsque le droit national le prévoit dans les entités soumises au régime de participation à certaines décisions conformément à l'article L. 414-9 du Code du travail.** »*

*Les canaux et procédures visés à l'alinéa 1er, permettent aux travailleurs de l'entité de signaler des informations sur des violations au sens de l'article 3, point 1°. Ils peuvent permettre à d'autres personnes, visées à l'article 2, paragraphe 1er, points 2° à 4°, et à l'article 2, paragraphes 2 à 4, qui sont en contact avec l'entité juridique dans le cadre de leurs activités professionnelles, de signaler des informations sur des violations. **Dans ce cas, ces personnes ont recours en premier lieu au signalement interne conformément à l'article 5 paragraphe 2.** »*

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 de l'article 6 précise le seuil numérique (50 travailleurs ou plus) pour l'obligation de mise en place de canaux et procédures de signalement interne et le mode de computation des effectifs, en se référant aux dispositions légales relatives à la mise en place des délégations du personnel.

Cette référence pose un certain nombre de questions.

Tout d'abord, la notion de « travailleurs » au sens du projet de loi est plus large que celle de « salariés » utilisée dans le Code du travail, et notamment dans les dispositions relatives aux seuils de computation des effectifs en matière de mise en place des délégations du personnel.

De plus, la référence faite aux articles L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail pose la question du moment auquel il y a lieu de se placer pour déterminer la composition numérique de l'entité et de la période de référence éventuelle. En effet, y a-t-il lieu de mettre en place des canaux et procédures de signalement interne dès que l'entreprise compte 50 « travailleurs », ou faut-il effectuer un calcul sur une période de référence de 12 mois, comme le prévoit le 1^{er} paragraphe de l'article L. 411-1 du Code du travail ? Dans ce dernier cas, l'obligation de mettre en place des canaux et procédures de signalement interne n'existerait que si l'entité occupe au moins 50 salariés depuis 12 mois. D'autre part, faut-il se placer à la date d'affichage des dernières élections sociales, ou le calcul doit-il être effectué de manière régulière afin de vérifier si le seuil est atteint ? Dans ce cas, certaines entreprises ayant des fluctuations d'effectifs seraient astreintes à un suivi fastidieux compte tenu, entre autres, des calculs au prorata de la durée du travail sur une période de référence de 12 mois pour les travailleurs intérimaires et salariés sous contrat à durée déterminée.

Les commentaires du Projet de loi soulignent que les dispositions proposées quant au calcul des effectifs sont en ligne avec l'article 5 de la recommandation 2003/361/CE. Cette recommandation concerne la définition des micros, petites et moyennes entreprises dans la réglementation communautaire. Or, force est de constater que le mode de calcul des effectifs aux termes de l'article L. 411-1 du Code du travail diffère de celui prévu par la recommandation 2003/361/CE. A titre d'exemple, dans celle-ci, les salariés à temps partiel sont pris en compte au prorata, quelle que soit la durée du travail (et non sur base du critère de plus ou moins 16 heures de travail par semaine). De même, la durée des congés de maternité ou congés parentaux n'est pas comptabilisée selon la recommandation, or cette exclusion ne figure pas dans le mode de computation des effectifs pour la mise en place de la délégation du personnel. Par ailleurs, la période de référence n'est pas non plus alignée dans les deux textes. Selon l'article 4 de la recommandation 2003/361/CE, le calcul de l'effectif s'effectue sur base des données afférentes au dernier exercice comptable clôturé et sur une base annuelle. Par conséquent, il est recommandé de modifier le paragraphe 2 de l'article 6 du Projet de loi, soit en faisant expressément référence au mode de calcul figurant dans la recommandation 2003/361/CE, soit en clarifiant le mode de calcul par référence à l'article L. 411-1 du Code du travail par rapport aux interrogations soulevées ci-avant.

A noter que jusqu'au 17 décembre 2023, les mêmes questions se poseront pour la computation du seuil de 250 travailleurs, en-deçà duquel les entreprises disposent d'une période transitoire pour mettre en place les canaux et procédures de signalement interne.

Une autre question importante a trait à la notion d'unité économique et sociale, c'est-à-dire la situation dans laquelle plusieurs entités juridiques distinctes sont considérées comme une entité unique du point de vue du droit du travail, en raison de l'existence de liens économiques et d'une communauté de travailleurs ayant un statut social comparable. Cette notion s'applique notamment pour déterminer si le seuil de 150 salariés pour l'obligation de tenir un entretien préalable au licenciement est atteint (selon la jurisprudence), pour la conclusion des conventions collectives de travail ou pour l'établissement d'une délégation du personnel au niveau de l'entité économique et sociale. Pour des questions de sécurité juridique, il serait dès lors judicieux de clarifier si le seuil des 50 travailleurs s'apprécie au niveau de la seule entité juridique ou s'il y a lieu de prendre en compte tous les travailleurs occupés au sein des entreprises formant entre elles une unité économique et sociale.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 de l'article 6 prévoit la possibilité pour les entités juridiques qui comptent entre 50 et 249 travailleurs de partager des ressources pour la réception des signalements et le suivi à effectuer,

tandis que le paragraphe 4 de l'article 6 permet la gestion des canaux de signalement en externe par un tiers. La distinction entre ces deux formes d'organisation (partage de ressources et externalisation) manque de clarté. Bon nombre d'entreprises faisant partie d'un groupe de sociétés souhaiteront utiliser les canaux de signalement mis en place au sein d'une autre entité du groupe, que ce soit au Luxembourg ou à l'étranger, afin notamment de limiter la charge liée à la réception et au suivi des signalements. Cette organisation doit-elle être vue comme une gestion en externe au sens du paragraphe 4, ou comme un partage de ressources au sens du paragraphe 3 ? Dans ce dernier cas, les entreprises de 250 travailleurs et plus ne pourront avoir recours aux canaux mis en place au sein du groupe.

Par ailleurs, pour les entreprises de moins de 50 travailleurs qui souhaiteraient mettre en place un canal de signalement interne de manière volontaire, la possibilité de recourir au partage de ressources devrait également leur être accessible.

Paragraphe 4

Pas de commentaires.

Paragraphe 5

Pas de commentaires.

Paragraphe 6

Pas de commentaires.

Paragraphe 7

Pas de commentaires.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 de l'article 6 permet aux autorités compétentes de vérifier auprès des entités juridiques du secteur privé relevant de leur champ de compétence respectif, l'établissement des canaux de signalement interne et leur conformité avec les dispositions de la loi. Compte tenu du nombre important d'autorités compétentes visées à l'article 18 du Projet de loi, les entités juridiques du secteur privé pourraient dans ce contexte être sollicitées par de multiples autorités, alourdissant ainsi considérablement la charge administrative qui pèsent sur elles. A titre d'exemple, une banque pourra être tenue de communiquer des informations sur les canaux de signalement qu'elle a mis en place en interne par au moins 8 autorités : la Commission de Surveillance du Secteur Financier, l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA, l'Inspection du Travail et des Mines, la Commission nationale pour la protection des données, le Centre d'Egalité de traitement, l'Ombudsman, le Service national du Médiateur de la consommation et l'Administration des Contributions Directes. Il est par ailleurs renvoyé aux commentaires relatifs au paragraphe 3 de l'article 7 concernant le pouvoir de sanction de ces autorités.

Article 7. Procédures de signalement interne et suivi

Paragraphe 1

Pas de commentaires.

Paragraphe 2

Pas de commentaires.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 de l'article 7 prévoit la possibilité pour les autorités compétentes d'infliger une amende administrative de 1.500 euros à 250.000 euros en cas de non-respect des dispositions relatives à la mise en place de canaux et procédures de signalement en conformité avec les dispositions des articles 6 et 7. S'agissant d'une amende administrative, elle n'est pas soumise aux règles de concours des infractions applicables en droit pénal. Par conséquent, et compte tenu du nombre d'autorités compétentes pour une même entreprise, celle-ci pourra se voir infliger cette amende administrative plusieurs fois à raison des mêmes manquements.

ELSA asbl recommande par conséquent soit de désigner une seule autorité (l'Office des Signalements) chargée de contrôler l'application de la loi et d'infliger le cas échéant une amende administrative, soit de prévoir des règles de non-cumul des amendes : dès lors qu'une autorité compétente aurait infligé une amende administrative à raison d'un manquement aux dispositions de la loi, aucune autre autorité ne pourrait infliger d'amende dans une période donnée au titre du même manquement, sauf en cas de récidive.

CHAPITRE 3 – Office des signalements

Pas de commentaires

CHAPITRE 4 – Signalements externes et suivi

Article 16. Signalements effectués par le biais de canaux de signalement externe

Le texte n'énonce pas clairement dans quelles conditions, à la suite d'un signalement interne, il est possible de passer par un signalement externe. Le libellé de cet article pourrait donner lieu à interprétation alors qu'il semble contredire le paragraphe 2 de l'article 5. Il est renvoyé à cet égard aux commentaires précédents sur la hiérarchie des canaux de signalement.

ELSA asbl propose dès lors de modifier l'article 16 comme suit :

« Sans préjudice de l'article 24, paragraphe 1er, point 2°, les personnes désirant effectuer un signalement de violations au sens de la présente loi, signalent des informations sur des violations en utilisant les canaux et procédures visées aux articles 17 et 19 après avoir effectué un signalement par le biais de canaux de signalement interne ou, le cas échéant, dans les cas prévus à l'article 5, paragraphe 2, en effectuant un signalement directement par le biais de canaux de signalement externe.

Article 17. Conception des canaux de signalement

Pas de commentaires.

Article 18. Signalements effectués auprès des autorités compétentes

Paragraphe 1^{er}

Ce paragraphe énumère les autorités auprès desquelles un signalement externe peut être effectué. Cette disposition pose un certain nombre de questions :

- Un certain nombre d'autorités ne sont pas mentionnées, alors qu'elles disposent de compétences spécifiques, p.ex. le Centre Commun de la Sécurité Sociale, les différentes caisses de prestations sociales (Caisse pour l'Avenir des Enfants, Caisse Nationale de Santé, ...). En l'absence de compétence de ces autorités pour recevoir des signalements, à quelle autorité devraient s'adresser les personnes pour signaler des violations aux obligations relatives à l'affiliation des salariés, aux déclarations des salaires, à la perception des cotisations sociales, à l'obtention frauduleuse de certaines prestations ?
- ELSA se demande également si les signalements externes effectués auprès d'autorités non listées (y compris les autorités étrangères, etc.) tomberaient dans le champ d'application de la loi, et en particulier si les personnes ayant effectué des signalements à ces autorités non listées bénéficieraient de la protection conférée par la loi. En l'état, sur base des dispositions de l'article 4 du Projet de loi, il semble que ce ne soit pas le cas.
- Certaines autorités listées sont dépourvues actuellement du pouvoir d'infliger des amendes (ex. Ombudsman, Service national du Médiateur de la consommation,...), ce qui pose la question de la pertinence de leur inclusion dans la liste des autorités compétentes.

Paragraphe 2

Il est pour le surplus renvoyé au questionnement antérieur sur le possible cumul de demandes de communication d'informations aux entités du secteur privé.

Paragraphe 3

Il est pour le surplus renvoyé au questionnement antérieur sur le possible cumul d'amendes émanant de plusieurs autorités compétentes.

Paragraphe 4

Pas de commentaires.

Article 19. Coopération, suivi et traitement des signalements par les autorités compétentes

Paragraphe 1er

Pas de commentaires.

Paragraphe 2

Ce paragraphe prévoit que si l'autorité saisie ne s'estime pas compétente, elle transmet dans un délai raisonnable le signalement à l'autorité compétente.

ELSA se demande qui trancherait la question de compétence en cas de désaccord entre autorités qui se considéreraient toutes non compétentes.

A l'inverse, qui déterminera l'autorité chargée de traiter un signalement s'il s'agit d'un signalement de nature transversale et s'il y a saisine de deux ou plusieurs autorités simultanément sur la même violation. Il conviendrait de spécifier les modalités de coopération et d'instruction entre les autorités similairement compétentes pour traiter le signalement.

Paragraphe 3

Pas de commentaires.

Paragraphe 4

ELSA constate que le paragraphe 4 n'a pas d'équivalent en matière de signalement interne, alors qu'une entité juridique devrait également être en mesure de décider que la violation signalée est manifestement mineure et que la procédure peut être immédiatement clôturée. ELSA propose donc d'ajouter le texte *mutatis mutandis* de ce paragraphe à l'article 7.

Paragraphe 5

De la même manière, le paragraphe 5 n'a pas d'équivalent en matière de signalement interne, alors qu'une entité juridique devrait également être en mesure de décider de ne pas donner suite à un signalement répétitif. ELSA propose donc d'ajouter le texte *mutatis mutandis* de ce paragraphe à l'article 7.

Paragraphe 6

Pas de commentaires.

Paragraphe 7

Pas de commentaires.

Paragraphe 8

Ce paragraphe ne contient pas de définition de ce qu'il y a lieu d'entendre par « *violations de dispositions essentielles* », autorisant l'autorité compétente à traiter d'un signalement en priorité.

ELSA se demande comment l'autorité appréciera l'urgence du traitement et la gravité des violations. ELSA propose de compléter le paragraphe (8) en ce sens. ELSA propose également une extension des délais de traitement ainsi qu'un accusé de réception au lanceur d'alerte afin d'éviter une divulgation publique si le signalement pour violation "non grave" n'est pas traité en temps utile.

Paragraphe 9

Pas de commentaires.

Article 20. Informations concernant la réception des signalements et leur suivi

Pas de commentaires.

Article 21. Réexamen des procédures par les autorités compétentes

Pas de commentaires.

CHAPITRE 5 – Dispositions applicables aux signalements internes et externes

Article 22. Devoir de confidentialité

Pas de commentaires.

Article 23. Traitement des données à caractère personnel

Pas de commentaires.

CHAPITRE 6 – Divulgations publiques

Article 24. Divulgations publiques

Pas de commentaires.

CHAPITRE 7 – Mesures de protection

Article 25. Interdiction de représailles

Point 1°

Le Projet de loi utilise la terminologie « *contrat de travail à durée déterminée* » alors que l'article 19 j) de la Directive se réfère à la notion de « *contrat de travail temporaire* ». Il en est de même de l'article 25, 6° du Projet de loi et des commentaires du Projet de loi (Ad article 26).

Afin de couvrir également le travailleur intérimaire, il conviendrait de modifier l'article 25,1° en remplaçant les termes « *à durée déterminée* » par « *temporaire* ».

Par ailleurs, en droit luxembourgeois, le renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée, respectivement d'un contrat de travail temporaire n'est pas un droit pour le salarié, de sorte que le non-renouvellement de ce contrat ne peut être considéré comme une sanction / une mesure de représailles.

Bien qu'il s'agisse d'une transposition fidèle de la Directive, ELSA propose de supprimer la référence au « *non-renouvellement* » au 1° de l'article 25.

Il est dès lors proposé de modifier le point 1° de l'article 25 comme suit :

1° la suspension d'un contrat de travail, la mise à pied, le licenciement, ~~le non-renouvellement ou la résiliation anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée~~ temporaire ou des mesures équivalentes ; [...] ».

Point 6°

La référence à « *la non-conversion d'un contrat de travail temporaire en un contrat permanent* » au point 6° est inappropriée alors que le Code du travail luxembourgeois ne connaît pas un tel mécanisme de conversion s'agissant du travail intérimaire. En effet, lorsqu'après la fin d'une mission l'utilisateur continue à faire travailler le salarié intérimaire il doit conclure avec lui un [nouveau] contrat de travail (article L.131-10 (1) du Code du Travail).

Bien qu'il s'agisse d'une transposition fidèle de la Directive, nous recommandons de modifier cet article comme suit :

« 6° ~~la non-conversion d'un contrat de travail temporaire en le refus de conclure~~ un contrat de travail permanent à la fin d'une mission, lorsque le salarié intérimaire pouvait légitimement espérer se voir offrir un emploi permanent par l'entreprise utilisatrice ».

Article 26. Recours légal contre les mesures de représailles subis par l'auteur de signalement

Paragraphe 1er

Le Projet de loi prévoit que la sanction des représailles injustifiées notamment visées à l'article 25 point 1° est la nullité de la décision précise et/ou l'octroi de dommages et intérêts. Sans préjudice des commentaires relatifs à l'article 25 point 1°, la sanction de la nullité ne semble pas appropriée pour un « *non-renouvellement* » de contrat. Cela impliquerait-il la conclusion d'un contrat d'office ? Il en est de même pour la « *non-conversation d'un contrat de travail temporaire en contrat permanent* » du point 6° de l'article 25 (ou le refus de conclure un contrat de travail permanent à la fin d'une mission selon la proposition de modification faite au commentaire précédent).

La problématique est encore similaire pour la nullité d'un refus de promotion (visée par le point 2° de l'article 25). Impliquerait-elle l'octroi d'office de la promotion ? Si oui, à quelles conditions de salaire ? Il est difficile de concevoir en pratique l'effet d'une telle nullité.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 prévoit la possibilité pour la personne concernée de demander dans les quinze jours qui suivent la notification de la mesure, par simple requête à la juridiction compétente de constater la nullité de la mesure et d'en ordonner la cessation.

Cette procédure est calquée sur celle applicable devant le Tribunal du travail pour d'autres régimes de protection en droit du travail (femmes enceintes, salarié en congé parental). Toutefois, la nullité peut concerner des personnes n'ayant pas le statut de salarié (ex : fournisseur, administrateur, actionnaire,...). Dans ce cas, la juridiction compétente serait le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg. Or, selon le droit commun, le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg est saisi par voie d'assignation et non par voie de requête. La volonté du législateur est-elle ici de déroger aux règles de procédures classiques ? Y a-t-il lieu d'intenter une action en référé ? Il conviendrait donc soit de modifier les articles du Nouveau Code de Procédure Civile, soit de préciser dans l'article 26 (2) du Projet de loi la procédure à suivre devant le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg pour les non-salariés. Il en est de même pour la procédure à suivre devant le Tribunal administratif pour les fonctionnaires.

Paragraphe 3

Ce paragraphe prévoit le droit pour la personne qui n'a pas invoqué la nullité de la mesure d'agir en réparation du dommage subi.

La possibilité d'intenter l'action judiciaire en réparation du dommage subi n'est pas soumise à un délai de prescription spécifique. Ainsi, la personne qui s'estime victime d'une mesure de représailles pourrait exercer l'action judiciaire pendant 30 ans (délai de prescription de droit commun) après la notification de la mesure. Si l'action intervient très longtemps après la mesure (par exemple 5 ou 10 ans après), il sera compliqué pour l'organisation ayant pris cette mesure d'en établir son bien-fondé, d'autant plus en considération des dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données qui limitent la durée de conservation des données à caractère personnel.

ELSA asbl estime que cela contrevient à la sécurité juridique pour les entreprises, d'autant que le Projet de loi opère un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, l'article 26 (4) crée une présomption selon laquelle la mesure a été prise en représailles au signalement ou à la divulgation publique. Ainsi, il appartient à la personne qui a pris la mesure préjudiciable d'établir que la mesure prise repose sur une autre justification, sans lien avec le signalement. Cette charge de la preuve risque d'être d'autant plus difficile qu'il s'est écoulé un laps de temps important depuis la mesure.

Il conviendrait, pour plus de sécurité juridique vis-à-vis de la personne qui a pris la mesure préjudiciable d'enfermer l'action judiciaire en réparation du dommage subi dans un délai précis. ELSA préconise un délai d'un an, à l'instar de celui prévu en matière de licenciement abusif.

Paragraphe 4

Cet article prévoit une présomption selon laquelle la mesure préjudiciable a été prise en représailles suite au signalement ou à la divulgation publique.

Le Projet de loi ne fixe aucun délai pour l'application de cette présomption. Ainsi, il n'est pas précisé combien de temps, après le signalement ou la divulgation, il pourra être présumé que la mesure prise est liée au signalement ou à la divulgation publique. Cette absence de limitation de durée est source d'insécurité juridique. Ainsi, si une entreprise résilie un contrat de services avec un consultant 2 ans après que celui-ci ait effectué un signalement, il serait, en l'état du texte du Projet de loi, présumé que la résiliation constitue une mesure de représailles. Pour limiter le risque d'abus, il serait judicieux d'indiquer une durée de validité maximale de cette présomption. A défaut, c'est la jurisprudence qui devra préciser à l'expiration de quel délai la présomption ne pourra plus être appliquée, avec le risque que des règles différentes puissent être retenues selon les juridictions saisies, voire selon les cas d'espèce.

Article 27. Mesures de protection contre les représailles

Paragraphe 1^{er}

Pas de commentaires.

Paragraphe 2

Pas de commentaires.

Paragraphe 3

Pas de commentaires.

Paragraphe 4

Pas de commentaires.

Paragraphe 5

D'un point de vue purement syntaxique, les termes « de prison » après « peine d'emprisonnement » ne sont pas nécessaires et peuvent être supprimés.

Paragraphe 6

Il conviendrait de rajouter un « e » à « engagée ».

Article 28. Période transitoire

Pas de commentaires.

Luxembourg, le 27 octobre 2022