

Le contrat de travail

Tome I – Formation du contrat

2018

ISBN 978-2-9199516-0-4

Imprimé en Allemagne 02-2018.

La reproduction de cet ouvrage, en tout ou en partie, est interdite.

Des autorisations et licences peuvent être obtenues auprès de l'organisme de gestion collective de droits d'auteur luxorr asbl (www.luxorr.lu) et sur la plateforme lord (www.lord.lu).

Commercialisé et distribué notamment par la librairie Promoculture (www.promoculture.lu) et sur la plateforme lord (www.lord.lu)

Contact de l'auteur : putz@jeanluc.lu

Le contrat de travail

Tome I – Formation du contrat

Jean-Luc PUTZ

2018

Tableau des Abréviations

CCiv	Code Civil
CCT	Convention collective de travail
CDD	Contrat à durée déterminée
CDFUE	Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne
CDI	Contrat à durée indéterminée
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEPS	Centre d'Etudes de Populations, de Pauvreté et de Politiques Socio-Economique
CES	Conseil Economique et Social
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNPD	Commission Nationale pour la Protection des Données
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale (ancien CIC – Code d'Instruction Criminelle)
CR	Comptes Rendus des Séances des Etats (1840 – 1847), resp. de la Chambre des Députés (à.p.d. 1848) du Grand-Duché de Luxembourg
CSAS	ancien Conseil Supérieur des Assurances Sociales
CSJ	Cour Supérieure de Justice (instance d'appel des Tribunaux du Travail)
CSS	Code de la Sécurité Sociale
CSSS	Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale
EES	Entité économique et sociale.
INSTEAD	International networks for studies in technology, environment, alternatives, development
ITM	Inspection du Travail et des Mines
IJUS	Base de données du Parquet CREDOC
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
ONC	Office National de Conciliation
ONT	Office National du Travail
PAN	Plan national d'action pour l'emploi
Pas.	Pasicrisie luxembourgeoise
SELL	Panel Socio-Economique <i>Liewen zu Lëtzebuerg</i>
Répertoire	Répertoire de jurisprudence de droit du travail, PUTZ-WIRTZ, www.repertoire.lu
RGD	Règlement grand-ducal
SSM	Salaire Social Minimum
STATEC	Institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché du Luxembourg
TA	Tribunal d'Arrondissement
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TT	Tribunal du Travail

Sauf indication contraire, les références légales se rapportent au Code du travail.

AVANT-PROPOS

Le droit du travail est une matière qui concerne une partie importante de la population active; il fait aussi l'objet d'un contentieux fourni devant les tribunaux du travail. Il mérite dès lors une attention particulière de la part de la doctrine juridique qui, malheureusement, est peu fournie au Luxembourg.

Pour les questions auxquelles l'employeur et le salarié sont confrontés au quotidien, il existe un certain nombre d'ouvrages de vulgarisation, de guides pratiques, de sites internet et de points d'information, qui répondront à la plupart des interrogations. L'objectif de cet ouvrage par contre est de jeter un regard plus théorique et approfondi sur cette matière, ce d'autant plus que le droit du travail luxembourgeois présente de nombreuses spécificités nationales, de sorte que le recours à la doctrine étrangère n'est pas toujours pertinent. Il s'adresse donc en premier lieu à un public averti, soucieux d'approfondir le sujet ou d'effectuer une recherche ciblée.

Dans cet objectif, l'ouvrage est destiné à être mis à jour régulièrement, le droit du travail étant une matière en permanente évolution. Rares sont en effet les branches juridiques qui connaissent un rythme comparable d'innovations législatives et jurisprudentielles. Nous espérons dès lors pouvoir offrir au fil des éditions à venir non seulement une présentation actualisée, mais également étoffée, sur des sujets choisis.

Ce que cet ouvrage contient

Notre objectif était de fournir une analyse détaillée des principes fondamentaux régissant la relation entre employeur et salarié. Pour comprendre la situation actuelle, le regard historique est important puisque le droit social est le fruit d'un long développement au fil des conflits sociaux qui se sont présentés et des compromis politiques qui ont été trouvés. De nombreux titres sont dès lors introduits par une présentation de l'évolution au fil du temps. Le regard dans le temps a aussi pour mérite de rappeler à chacun qui est pris dans une application quotidienne du droit du travail, que par le passé les approches et solutions ont pu être diamétralement opposées. Néanmoins nous ne prétendons pas faire une véritable analyse historique, mais nous présentons des éléments historiques qui ont retenu notre attention.

Au-delà des textes légaux, une présentation du droit du travail ne saurait se passer d'une analyse de la jurisprudence récente en la matière. Contrairement à ce qui est le cas dans nos pays voisins, la jurisprudence de cassation est trop sporadique, de sorte que la référence principale sont les arrêts rendus par la Cour d'appel (Cour Supérieur de Justice, CSJ).

L'ouvrage se base essentiellement, mais non pas exclusivement, sur notre effort d'analyse de cette jurisprudence, concentrée dans le Répertoire de jurisprudence de droit du travail (www.repertoire.lu). Un grand nombre de jurisprudences de ce Répertoire sont citées dans les notes de bas de page qui suivront, mais pour des

questions spécifiques, des réponses complémentaires peuvent être trouvées dans cet ouvrage.

Le Code du travail contient des dispositions de quelques lignes qui ont donné lieu à une application pratique et contentieuse importante, tandis que des sections entières sont tombées en désuétude ou sont d'une importance minime dans la réalité du monde du travail. Pour illustrer l'impact pratique, nous citons occasionnellement des données statistiques ou des études sociologiques, qui n'ont pas pour objectif d'être précises à la virgule près, mais qui devraient donner au lecteur une idée de l'impact qu'une règle de droit peut avoir.

Ce que cet ouvrage ne contient pas

Dans la lignée de nos précédents ouvrages, notre objectif était de contribuer à la connaissance du droit luxembourgeois. Pour cette raison, nous n'avons abordé qu'en filigrane les aspects internationaux, notamment de droit européen ou de Droits de l'Homme, intéressant le droit du travail, de nombreux autres auteurs ayant fourni un effort d'analyse détaillé.

Sans surprise, notre analyse ne dépasse pas son intitulé et se limite donc à la présentation de la conclusion du contrat de travail en droit luxembourgeois. Les aspects de droit du travail collectif, de droit de la sécurité sociale ou de droit de l'emploi ne seront qu'évoqués. La thématique de l'exécution et de la fin de la relation de travail, tout particulièrement du licenciement, fera l'objet d'autres tomes qui compléteront la série de publications.

Nous avons aussi fait le choix, sauf pour certains paragraphes, de ne pas reprendre voire recopier les développements des divers autres ouvrages que nous avons publiés en droit du travail luxembourgeois. Pour cette raison, il sera renvoyé régulièrement aux chapitres afférents de ces publications.

Enfin, l'approche n'étant pas celle d'un guide pratique, nous n'avons pas repris de modèles et démarches administratives pratiques qui n'appellent aucun commentaire doctrinal. Le lecteur est renvoyé aux ouvrages et guides introductifs, notamment aux publications de la chambre des salariés (www.csl.lu) et à la plateforme officielle très complète et détaillée en ce qui concerne les démarches pratiques (www.guichet.lu).

Tout juriste aura par ailleurs fait l'expérience que, même en recherchant dans les ouvrages les plus détaillés et les traités les plus volumineux, le problème concret qui l'occupe n'a pas été abordé. Nous nous réjouissons dès lors d'avance de tout commentaire et proposition qui nous parviendront.

Jean-Luc PUTZ

PLAN SOMMAIRE

TITRE PREMIER. – LE CONTRAT DE TRAVAIL.....	11
CHAPITRE 1 ^{ER} . – NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL.....	13
CHAPITRE 2. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES ET CONTRATS ATYPIQUES	40
CHAPITRE 3. – ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL	60
TITRE II. – LES PARTIES AU CONTRAT DE TRAVAIL : SALARIÉ ET EMPLOYEUR.....	95
CHAPITRE 1 ^{ER} . – LE SALARIÉ	97
CHAPITRE 2. – L’EMPLOYEUR	139
TITRE III. – CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	179
CHAPITRE 1 ^{ER} . – RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE	181
CHAPITRE 2. – RECHERCHE DE CANDIDATS	195
CHAPITRE 3. – DÉMARCHES ET VÉRIFICATIONS PRÉCONTRACTUELLES	199
CHAPITRE 4. – FORMATION DU CONTRAT	205
CHAPITRE 5. – FORME ET PREUVE DU CONTRAT.....	209
CHAPITRE 6. – FORMALITÉS ET OBLIGATIONS POSTCONTRACTUELLES	220
TITRE IV. – CONTENU DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	223
CHAPITRE 1 ^{ER} . – MENTIONS OBLIGATOIRES.....	225
CHAPITRE 2. – CLAUSES DE FLEXIBILITÉ	232
CHAPITRE 3. – CLAUSE DE NON-CONCURRENCE	235
CHAPITRE 4. – PÉRIODE D’ESSAI	240
CHAPITRE 5. – AUTRES CLAUSES FACULTATIVES	249
TITRE V. – CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE	255
CHAPITRE 1 ^{ER} . – HISTORIQUE	259
CHAPITRE 2. – CAS D’OUVERTURE	262
CHAPITRE 3. – FORME DU CDD.....	270
CHAPITRE 4. – DURÉE ET RENOUVELLEMENT	273
CHAPITRE 5. – CONDITIONS DE TRAVAIL.....	278
CHAPITRE 6. – SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DES RÈGLES SUR LE CDD.....	280

TITRE VI. – MODIFICATION ET TRANSFERT DU CONTRAT	285
CHAPITRE 1 ^{ER} . – MODIFICATION D’UN COMMUN ACCORD	287
CHAPITRE 2. – MODIFICATION UNILATÉRALE.....	291
CHAPITRE 3. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES.....	304
CHAPITRE 4. – TRANSFERT D’ENTREPRISE	307
BIBLIOGRAPHIE.....	317
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	321
TABLE DES MATIÈRES.....	339

**TITRE PREMIER. – LE
CONTRAT DE
TRAVAIL**

1. L'enjeu. Définir le contrat de travail revient à définir le champ d'application du droit du travail. C'est aussi répondre à la question de savoir qui mérite d'être pris sous les ailes protectrices du droit du travail et de bénéficier des avantages sociaux qui vont de pair. D'une approche dualiste, le droit luxembourgeois distingue entre ceux qui sont salariés et ceux qui ne le sont pas ; le droit du travail s'appliquant en principe en entier ou pas du tout, sans catégories intermédiaires (→ I.22). L'existence d'un contrat de travail conditionne aussi la compétence des juridictions du travail ; il s'agit donc d'une question qui doit être tranchée en amont. L'absence de contrat de travail fera en sorte que les juges du travail – au pire en appel et après des mois de procédure – se déclareront incompétents. Inversement, un juge 'de droit commun' devra se déclarer incompétent (ou renvoyer¹) au profit des juridictions du travail, s'il s'avère que le litige porte en réalité sur une relation de travail, sauf s'il s'agit d'une qualification purement incidente à une procédure pénale ou administrative.

Il s'agit en effet de distinguer la relation de travail d'autres types de contrat, notamment : **(a)** De la relation d'indépendant (prestataire de services, freelance, sous-traitant, etc.). **(b)** Du contrat sociétaire ; dans le contrat de société, il se peut également qu'un des associés apporte son travail (apport en industrie) ; toutefois, ce contrat postule l'égalité entre associés et la participation aux pertes². Il n'y a donc pas de contrat de travail dès lors que le 'salarié' participe aux pertes éventuelles³. **(c)** Du contrat de mandat ; dans le cadre du contrat de travail, une prestation matérielle ou intellectuelle est effectuée, tandis que le contrat de mandat porte sur l'exécution d'actes juridiques⁴.

CHAPITRE 1^{ER}. – NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

2. Plan. La relation de travail est à la base une relation contractuelle (section 1). En l'absence de définition légale du contrat de travail, la définition (section 2) est d'origine jurisprudentielle, les juges se basant sur une multiplicité de critères formant un 'faisceau d'indices' pour qualifier le contrat de travail, en particulier sa caractéristique principale, qu'est le « lien de subordination » (section 3).

SECTION 1. – FONDEMENT CONTRACTUEL

3. Un contrat. Une obligation de travailler n'a pas nécessairement un fondement contractuel. Elle peut découler d'une obligation légale, notamment des devoirs de

¹ Situation fréquente auprès des chambres commerciales du Tribunal d'arrondissement appelées à décider de l'admission d'une créance salariale au passif d'une faillite.

² KAYSER Armand, *Le contrat de travail en droit luxembourgeois*, p. 534.

³ CSJ, 27 avril 1927, Pas. 11, 348 ; CSJ, 19 décembre 1933, Pas. 13, 192.

⁴ Voir p.ex. CSJ, 19 novembre 1970, Pas. 21, 426 : « Contrairement au mandataire, le locator operis s'engage non pas à exécuter un acte juridique au lieu et place du maître, mais se charge, moyennant rémunération, d'une mission comportant l'exécution d'un ou plusieurs actes matériels ou intellectuels, mais non juridiques » ; CSJ, 5 février 1915, Pas. 10, 474 : « Le contrat qui a pour objet, soit des travaux ou services d'ordre matériel, soit des œuvres à produire au moyen d'un travail mécanique, artistique ou scientifique, constitue un louage de service ; celui-ci ne comporte pas la présomption de gratuité rattachée au mandat, lequel diffère du contrat de service en ce qu'il a pour objet propre des actes juridiques à accomplir ».

secours et d'assistance envers l'époux et les enfants ou d'une condamnation à des travaux d'intérêt général⁵. Elle peut aussi découler de considérations déontologiques, telles les obligations professionnelles de certaines professions qui ne peuvent refuser certains actes (notaires, médecins, avocats). Pour les fonctionnaires, elle a un caractère statutaire. La relation de travail gouvernée par le Code du travail par contre est fondée sur un accord de volontés (→ I.360) entre l'employeur et le salarié. En l'absence de contrat, il n'existe pas de relation de travail soumise aux règles décrites dans cet ouvrage. Mais, inversement, toute prestation de travail contractuelle n'est pas une relation de travail, alors qu'elle peut également être indépendante ou bénévole.

4. Rattachement au Code civil. Le contrat de travail est, comme son nom l'indique, un contrat, donc une « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose » (Art. 1101 CCiv), en l'espèce un engagement patronal de donner quelque chose (paiement du salaire) et un engagement salarial de faire quelque chose (d'être à disposition pour travailler durant un certain nombre d'heures).

Le projet de loi initial, qui aboutira à la loi de 1989, avait supprimé la référence au Code civil. Sur demande notamment du Conseil d'Etat⁶ et de la Justice de Paix de Diekirch⁷, la référence à l'article 1779 du code civil a été maintenue.

Art. L. 121-1 al.1. *Sans préjudice des dispositions légales existantes, le contrat de louage de services et d'ouvrage visé par l'article 1779 1° du Code civil est régi, en ce qui concerne les salariés, par les dispositions du présent titre.*

Art. 1779 CCiv. *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:*

1° le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;

2° celui des voitures, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.

La section afférente au louage de domestiques et ouvriers du Code civil ne contenait que deux articles, dont un a été abrogé, de sorte que la seule disposition que le Code civil consacre à cette forme de contrat est l'article 1780 :

Art. 1780 CCiv. *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.*

Le contrat de travail peut ainsi être considéré comme étant un « contrat spécial ». Parmi tous les contrats spéciaux par contre, il est celui qui est encadré par le plus grand nombre de dispositions. Même si d'autres contrats ont un impact substantiel sur la vie de chacun (le contrat de mariage, par exemple), aucun de ces contrats n'est par contre encadré par des centaines, voire des milliers d'articles et aucun autre ne dispose de son Code à lui seul. Le droit du travail peut ainsi être vu comme un « droit d'exception » par rapport au droit civil général, et il a gagné au fil du temps une certaine autonomie.

Le rattachement du contrat de travail au droit civil général n'est pourtant pas une considération purement théorique. Il implique tout d'abord que le principe de la liberté

⁵ Art. 22 du Code pénal et 633-7 du Code de procédure pénale.

⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 5 : « Afin de ne pas dissocier le contrat de travail de tout le système juridique des obligations contractuelles du code civil et de l'application des principes généraux y relatifs, le Conseil d'Etat estime nécessaire de maintenir la référence à l'article 1779 1° du Code civil ».

⁷ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis de la Justice de Paix de Diekirch du 3 juin 1988, p. 2.

contractuelle reste à la base de la relation de travail; pour tout ce qui n'est pas explicitement réglementé, le principe de l'autonomie de la volonté est maintenu. S'il est vrai qu'au vu du maillon législatif très étroit encadrant le contrat de travail, la place pour l'autonomie contractuelle est limitée, elle n'en reste pas moins importante dans certains domaines. En second lieu, le droit civil peut toujours servir de référence pour les questions non explicitement réglementées par le Code du travail. En l'absence de réponse du droit du travail, le juriste pourra donc toujours se rabattre sur le droit général des obligations, tel qu'il résulte du code civil.

5. Liberté contractuelle. Un contrat de travail est à la base un contrat. Le principe de la liberté contractuelle est ainsi sous-jacent; il s'agit d'un côté de la liberté de contracter ou de ne pas contracter, et d'un autre côté de la liberté de fixer le contenu du contrat. Employeur et salarié peuvent donc, en principe, librement négocier le contenu de leur contrat de travail. Cette liberté subsiste encore à de nombreux égards, notamment au niveau du choix des candidats, de la rémunération (vers le haut), de l'horaire de travail, de la nature du travail à effectuer, etc. Elle est cependant souvent fictive pour le salarié, qui voit le contrat de travail comme un contrat d'adhésion que l'employeur lui présente et qu'il peut accepter ou refuser, sans possibilité de négocier le contenu. En outre, le droit du travail a progressivement restreint cette liberté, essentiellement dans un souci de protection du salarié, mais également pour des motifs d'intérêt général (notamment de politique de l'emploi). Certaines tendances à la dérégulation apparaissent toutefois, notamment au niveau des formes atypiques de travail ou de la flexibilisation de la durée de travail, dans un souci de dynamisation économique.

SECTION 2. – DÉFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL

6. Contrat de travail, employeur, salarié. Les notions de contrat de travail, employeur et salarié sont intimement liées en ce sens que chacune de ces qualifications suppose la présence des deux autres. Il n'y a pas de salarié sans employeur, pas de contrat de travail sans salarié. Le droit du travail luxembourgeois fait de la notion de « contrat de travail » la notion centrale dont se déduisent celles de l'employeur ou du salarié.

7. Définitions variables. Le droit de l'Union européenne gravite autour de la notion de « travailleur », un travailleur pouvant être une personne liée par un contrat de travail au sens du droit national d'un Etat membre, mais aussi d'autres personnes s'adonnant à un travail (→ I.151). Dans ce cadre, le lien juridique entre ces personnes importe peu. C'est ainsi qu'une proposition de directive envisage de définir la « relation de travail » comme étant le « rapport de travail entre les travailleurs et les employeurs »⁸, rapport qui n'est pas nécessairement de nature contractuelle.

Par ailleurs, que ce soit en droit luxembourgeois ou européen, respectivement les différentes directives et les différents livres et chapitres du Code du travail ont chacun un champ d'application différent. Si par exemple les règles sur le licenciement ne bénéficient qu'aux salariés au sens strict, celles sur la sécurité au travail s'appliquent aussi aux apprentis et stagiaires. Les règles sur l'égalité entre sexes et la non-discrimination s'appliquent à toutes « personnes » et non seulement aux « salariés » ou

⁸ Art. 2 (1) pt. c) de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

« travailleurs » (L. 241-1, L. 251-1). La protection contre le harcèlement sexuel par contre bénéficie aux apprentis et élèves (L. 245-1), mais pas aux bénévoles et personnes sous contrat d'insertion. Il s'agit donc de concepts à géométrie variable.

8. Notion de contrat de travail. Si la relation de travail exige l'échange d'une prestation de travail contre une rémunération, l'élément caractéristique est la subordination sous laquelle cette prestation de travail est effectuée. La question de savoir s'il y a subordination ou non est appréciée par les tribunaux au cas par cas en se basant sur un faisceau d'indices (→ I.14). La qualification de la relation de travail peut avoir des conséquences non seulement pour le droit du travail, mais également dans d'autres branches, comme le droit de la sécurité sociale ou le droit fiscal. Si en principe, chacune de ces branches est autonome et propose sa propre définition, en pratique, la qualification se recoupera cependant dans la grande majorité des cas (§ 1^{er}). Dans toutes les branches, il s'agit cependant d'un statut d'ordre public, qui n'est pas à la libre disposition des parties contractantes (§ 2).

§ 1^{er}. – Définitions des différentes branches juridiques

9. Notion en droit du travail. Les lois encadrant le contrat de travail des employés contenaient une définition du contrat qu'elles réglementaient⁹; la loi de 1970 sur le contrat des ouvriers¹⁰ n'en contenait pas. Le législateur de 1989 a préféré se référer à la jurisprudence, plutôt que de légiférer sur la question; il a ainsi implicitement validé le critère de la « subordination juridique » comme principal critère caractérisant la relation d'emploi¹¹. La loi de 1989¹² contenait par contre encore une définition de l'employé¹³, supprimée par le Statut unique de 2009. Actuellement, le Code du Travail ne contient donc pas de définition du contrat de travail, tâche qui a été reléguée à la jurisprudence.

La jurisprudence offre notamment les énonciations suivantes :

⁹ Art. 3 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés et Art. 3 de la loi du 7 juin 1937, ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés : « Sont à considérer comme employés privés, pour l'application de la présente loi, toutes les personnes qui, sans distinction de sexe ou d'âge, exécutent sur la base d'un engagement durable ou d'une façon continue pour le compte d'autrui, (...), et contre rémunération soit en numéraire, soit en d'autres prestations ou valeurs, en tout ou en partie, un travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement intellectuelle ».

¹⁰ Loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers.

¹¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 11 : « Pour la notion même du contrat de travail, il y a lieu de renvoyer au critère de la subordination juridique du salarié tel qu'il se dégage de la jurisprudence constante de nos juridictions du travail »; Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 5 : « Quant à la notion même de contrat de travail, il n'y a pas de définition dans le code civil ni dans le code du travail, à l'instar de textes légaux d'autres pays, notamment en droit français. Au commentaire des articles, il est renvoyé au 'critère de la subordination juridique du salarié' à l'employeur qui détient l'autorité et en revanche tire les profits et court les risques, ce critère de subordination juridique du salarié se dégageant de la jurisprudence constante de nos juridictions du travail ».

¹² Loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

¹³ L'article L. 121-1 (2) C.T. contenait une définition de la notion d'« employé », provenant de la législation de 1919, mais qui était peu utilisée en pratique. L'employé est ainsi défini comme personne « qui ... exécute sur la base d'un engagement durable ou d'une façon continue pour le compte d'autrui et contre rémunération soit en numéraire, soit en d'autres prestations ou valeurs en tout ou en Partie, un travail ».

« Trois éléments constitutifs caractérisent le contrat de travail : la prestation d'un travail, l'accomplissement de ce travail moyennant une rémunération ou salaire, et surtout la subordination juridique, le salarié étant placé sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement, en vérifie les résultats. »

La notion classique de subordination, qui place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats, concerne a priori la prestation de travail et son exécution. Plus que dans une simple exécution obligatoire de la part du salarié, la subordination trouve sa véritable expression juridique dans les prérogatives de l'employeur, dans le véritable pouvoir de direction que l'employeur tire de la situation instaurée. Elle s'exprime non seulement par le pouvoir de modeler unilatéralement et au jour le jour les sujétions pesant sur le salarié, mais s'applique à plus long terme sur le plan professionnel (carrière) et sur le plan disciplinaire. »¹⁴

« Le contrat de travail s'analyse en substance suivant la doctrine et en l'absence de définition légale, comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération. Le contrat de travail se détermine partant par trois éléments caractéristiques et présente de plus un caractère synallagmatique, les obligations réciproques des deux parties étant interdépendantes. Ainsi l'inobservation de ses obligations par l'une des parties justifie le recours par l'autre à l'exception d'inexécution ou à la résiliation. Contrepartie du travail, le salaire n'est pas dû lorsque le salarié n'accomplit pas la prestation convenue »¹⁵

La législation sur le travail des ressortissants étrangers définit l'activité salariée comme étant « toute activité économique rémunérée exercée pour le compte d'une autre personne et sous la direction de celle-ci »¹⁶, étant précisé que cette législation englobe également les apprentis et stagiaires rémunérés.

10. Notion en sécurité sociale. Le Code de la sécurité sociale parle des « personnes qui exercent ... contre rémunération une activité professionnelle pour le compte d'autrui » (Art. 1 pt. 1 CSS). La jurisprudence des juridictions sociales montre que les critères appliqués sont sensiblement les mêmes qu'en droit du travail. Un arrêt de 1994, qui a dénié la qualité d'assuré à un joueur de football, retient par exemple que « le contrat de travail est généralement défini comme étant une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. Il suit de cette définition qu'une personne doit travailler effectivement et personnellement à quelque titre que ce soit pour un ou plusieurs employeurs. Le salarié doit également toucher une rémunération véritable; la perception de sommes modiques écarte la qualité de salarié. Il faut enfin que l'employeur ait le droit de donner des ordres au salarié lequel doit les exécuter »¹⁷.

11. Notion en droit fiscal. Le droit fiscal vise le « revenu provenant d'une occupation salariée » défini comme étant « les émoluments et avantages obtenus en vertu d'une occupation dépendante »¹⁸. La notion fiscale du salarié est proche de celle du droit du travail. Ainsi, en matière fiscale, le législateur de 1955 a fait un exposé théorique

¹⁴ Jurisprudence fréquente, par exemple CSJ, 3e, 24 mars 2005, 29163, Répertoire I.1.1.

¹⁵ P.ex. CSJ, 3e, 29 janvier 2015, 39785, Répertoire I.1.1.; CSJ, 8e, 12 février 2015, 41182, Répertoire I.1.1.

¹⁶ Art. 3 point e) de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

¹⁷ CSSS, 11 mai 1994, no. Reg. 87/94.

¹⁸ Art. 95 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

intéressant qui reste d'actualité et nous semble entièrement transposable en droit du travail :¹⁹

« L'occupation salariée ne s'entend pas dans le sens restrictif d'une occupation rémunérée pas un salaire ou traitement proprement dits. L'article 112 qualifie d'occupation salariée toute occupation dépendante. L'occupation dépendante est celle d'une personne, le salarié, qui met à la disposition d'une autre personne, l'employeur, sa capacité de travail, tout en s'engageant à se soumettre, dans l'exercice de son activité, à l'autorité et aux directives de l'employeur.

Point n'est besoin d'un contrat formel ou écrit; l'existence des susdits rapports peut se dégager des circonstances de fait. Il ne suffit cependant pas que cette dépendance soit de nature économique. L'artisan qui exécute pour un tiers un ouvrage déterminé se trouve évidemment, quant au délai de livraison et à la qualité du travail à fournir, dans une certaine dépendance économique vis-à-vis du tiers, mais il reste indépendant sous tous les autres rapports.

La dépendance du salarié est d'une autre nature. Elle n'existe pas seulement quant à la qualité et quant au volume d'un travail à fournir, mais elle est relative surtout au mode d'exécution du travail et se manifeste dans la subordination entière du salarié à l'endroit de tout ce qui touche à l'exercice de son activité professionnelle.

Entre, d'une part, les cas des salariés tenus à observer des heures de travail précises et se trouvant par ailleurs, pendant ces heures dans une dépendance indiscutable, et, d'autre part, la grande majorité des commerçants, artisans et industriels jouissant d'une indépendance évidente dans l'exercice de leur activité, il y a des cas-limites parfois difficiles à ranger dans l'une ou l'autre des deux catégories. Dans les cas de l'espèce, il y a lieu de rechercher, dans une appréciation d'ensemble des circonstances, si les critères de l'indépendance ou ceux de la dépendance prévalent.

Les critères de la dépendance sont notamment l'obligation d'observer certaines heures de travail, l'obligation d'exécuter le travail d'après les directives de l'employeur, l'absence de risques et de responsabilité dans le chef du salarié, le fait que le salarié n'occupe pas lui-même d'autres salariés, qu'il est obligé d'exécuter personnellement le travail convenu, qu'il ne peut pas librement déterminer le prix de sa rémunération. Le fait de travailler pour un seul commettant ne constitue pas un critère de dépendance, mais le fait, par contre, de travailler pour plusieurs commettants, peut constituer une présomption d'indépendance. La forme de la rémunération est généralement d'importance secondaire.

L'absence de l'un ou de l'autre ou de plusieurs des susdits critères ne suffit pas encore pour conclure à l'indépendance, mais il faut (...) que dans l'ensemble les critères de l'indépendance l'emporte. D'autre part il ne suffit pas que l'un ou l'autre des susdits signes de dépendance soit donné pour qu'il y ait occupation dépendante. Ainsi un titulaire de profession libérale peut s'engager à travailler pour son commettant pendant des heures déterminées de la journée, sans qu'il perde pour autant son indépendance, de même qu'un artisan reste exploitant indépendant, lorsqu'il se décharge sur son commettant de tous les risques et responsabilités qu'il peut encourir du fait du travail qu'il exécute pour ce dernier.

Si les conditions dans lesquelles l'activité est exercée sont décisives pour déterminer si un contribuable est salarié ou non, la nature de cette activité est, par contre, entièrement indifférente. Un conducteur de taxi peut être indépendant ou salarié suivant le cas.

Les pouvoirs étendus qui sont l'apanage d'une position hiérarchique très élevée n'excluent pas la dépendance (...). Ainsi, le ministre occupe une position dépendante dans l'organisation de l'Etat; le directeur général est dépendant vis-à-vis du conseil d'administration de la société.

L'activité dépendante ne sert, abstraction faite de la rémunération du salarié, que les intérêts de l'employeur. Ainsi, lorsqu'en cas de cessation de son activité par un agent de commerce, les valeurs immatérielles créées par l'activité de l'agent (existence d'une clientèle, etc.) doivent revenir à la personne pour compte de qui l'agent a opéré, il y a une présomption sérieuse que l'agent soit salarié de cette personne.

¹⁹ Projet de loi n° 571 portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, p. 276.

Par contre, la participation aux bénéfices courants et même aux pertes, (...) n'exclut nullement la qualité de salarié, si les conditions de dépendance sont remplies par ailleurs. La participation au bénéfice ne constitue dans ce cas qu'une forme spéciale de rémunération. (...)

La durée de l'activité est, d'une façon générale, d'importance secondaire. Toutefois, en ce qui concerne des activités hautement qualifiées, une certaine durée est nécessaire pour qu'on puisse conclure à la dépendance. Ainsi, un soliste de renom engagé pour quelques représentations musicales n'est évidemment pas à considérer de ce fait comme salarié ».

§ 2. – Un statut d'ordre public

12. Un statut d'ordre public. Le statut du salarié est d'ordre public, il n'est pas disponible. Les parties ne peuvent donc pas convenir qu'ils considèrent leurs relations comme étant une relation de travail ou une relation indépendante. Les juges qualifient librement le contrat au regard de la situation réelle, sans être liés par la qualification choisie par les contractants. Il en est de même pour l'administration fiscale ou les organismes de sécurité sociale qui peuvent remettre en cause la déclaration de l'administré. Par dérogation aux principes généraux de la procédure civile, la théorie du 'fait constant' ne s'applique donc pas : même si aucune des parties ne remet en cause devant le tribunal du travail la qualité de salarié, le juge peut et doit la vérifier d'office. Il va sans dire que, dans la majorité des cas, en l'absence de contestation, le juge n'y consacrera pas toute son attention. Néanmoins, la pratique judiciaire montre que cette problématique est parfois soulevée d'office pour être débattue au prétoire.

13. Primauté des faits. Le statut de salarié est un statut protecteur d'ordre public. Il n'appartient pas aux parties de décider que leur contrat n'est pas un contrat de travail. La volonté du salarié de ne pas être lié par un contrat de travail est sans incidence²⁰. Le principe de la primauté des faits implique que ni le titre ni le contenu du contrat signé entre parties ne sont décisifs pour déterminer s'il s'agit d'un contrat de travail ou non. La législation sociale étant d'ordre public, il paraît en effet évident que les parties ne sauraient contourner son application par un simple intitulé ou une simple clause contractuelle. Le juge (civil ou pénal²¹) a dès lors toujours la possibilité de requalifier le contrat qui lui est soumis.

Ainsi, selon une jurisprudence constante, l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur. La volonté des parties peut cependant être le

²⁰ CSJ, 8c, 19 mars 2009, 33544, Répertoire I.1.1.

²¹ CSJ, correctionnel, 10 octobre 2006, 461/06 V pour une requalification d'une « artiste » indépendante travaillant dans un cabaret comme étant en réalité une salariée : « Quant à la question de la qualification de la relation entre les « artistes » et l'exploitant du cabaret, la Cour se rallie, en les adoptant, aux considérants des premiers juges, qui ont retenu la qualité de salariées dans le chef des personnes employées par le prévenu en relevant à juste titre que le critère déterminant dans une relation d'employeur à salarié est le lien de subordination qui existe entre ces deux personnes qui se caractérise par un contrat qui place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant la prestation du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats. L'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Ainsi, dans la mesure où l'employeur avait, dans le cadre des contrats intitulés « contrat d'entreprise pour danseuse indépendante » et « contrat d'engagement », l'autorité pour imposer ses conditions quant aux horaires, lieu et rémunération de travail et que les conditions de résiliation étaient limitées, il était lié aux personnes en cause par des contrats de louages de services ».

point de départ du raisonnement du juge ou un indice parmi d'autres pour procéder à la qualification. Dans des cas particuliers, la volonté des parties peut même être déterminante. Tel a été le cas pour une personne ayant commencé à travailler pour autrui, ce travail ayant cependant eu pour but de lui apprendre le métier en vue d'une future reprise d'un fonds de commerce; la Cour y a vu un contrat 'sui generis'²².

Signalons cependant un arrêt de 2017²³ qui, à propos d'un figurant qui avait subi un lourd accident lors du tournage d'un film, a posé pour principe que si les parties ont consciemment stipulé dans leur contrat qu'il ne s'agit pas d'une relation de travail, cette qualification s'imposerait au juge. Par conséquent, la Cour ne s'est pas intéressée aux modalités concrètes d'exécution du contrat et à l'existence ou non d'un lien de subordination. Cette solution est surprenante et va à l'encontre non seulement de la jurisprudence constante prémentionnée, mais aussi de la volonté politique d'inclure plus largement les intermittents du spectacle dans le champ d'application du Code du travail. Il s'agit probablement d'un arrêt isolé.

14. Faisceau d'indices. La définition de la subordination reste vague et elle doit être appliquée à des situations très variables, depuis le manœuvre de chantier jusqu'au chercheur scientifique. Il existe de nombreux jugements et arrêts se penchant sur la qualification du statut de salarié, desquels on peut déduire divers critères. Aux fins de qualifier la relation contractuelle entre parties, il convient d'examiner l'ensemble de ses dispositions et de voir à quelles fins tendent les plus importantes ou la majeure partie d'entre elles²⁴. Il y a dès lors lieu de pondérer les différents indices, aucun critère n'étant seul déterminant. En l'absence de critère décisif, le juge se base sur un "faisceau d'indices"²⁵ ou des "présomptions précises et concordantes"²⁶ pour former son opinion.

²² CSJ, 8e, 11 novembre 2010, 34700, Répertoire I.1.2.7.; Les circonstances ayant mené à l'entrée en relation d'affaires entre les parties peuvent constituer des indices graves, précis et concordants qu'il y a respectivement qu'il n'y a jamais eu volonté des parties de faire naître une relation de travail.

²³ CSJ, 3e, 12 octobre 2017, 44074, Répertoire Edition 2018 : Selon cet arrêt, si une personne signe, en pleine connaissance de cause et sans se prévaloir d'un vice du consentement, un contrat de collaboration qui exclut explicitement la qualification de contrat de travail, cette force obligatoire s'impose aux parties et au juge, lesquels ne peuvent modifier ce qui a été convenu. Les juges se sont référés en particulier à l'article 1135 du Code civil, donc à la force obligatoire du contrat entre parties, qui s'imposerait au juge. Il faut cependant également relever la spécificité du fond de l'affaire, à savoir qu'une collaboratrice avait amené une copine sur le lieu du tournage. Puisque le réalisateur avait besoin d'une foule de gens pour tourner la scène, il a accepté de signer un « contrat de collaboration artistique » précisant explicitement qu'« il ne constitue [pas] un contrat de travail ». La personne en question est tombée et s'est blessée ; selon la thèse de la société de production, elle aurait été en état d'ivresse. L'action en justice avait pour but de recouvrer le salaire de deux heures de travail, soit 21,20 euros. Dans un tel contexte, la Cour aurait également eu la possibilité de considérer non seulement que le demandeur n'a pas à suffisance prouvé un état de subordination, mais encore que le contrat d'indépendant apparent créait une présomption qu'il fallait renverser.

²⁴ CSJ, 3e, 14 juillet 2005, 28908, Répertoire II.1.2.3.

²⁵ CSJ, 10 février 1994, 14537; CSJ, 3e, 27 février 2003, 26541; CSJ, 8e, 15 mai 2003, 26894; CSJ, 8e, 28 avril 2005, 29348; CSJ, 8e, 14 juin 2007, 31341.

²⁶ CSJ, 9 janvier 1997, 18786; CSJ, 3e, 14 décembre 2000, 23104; CSJ, 4 janvier 2001, 24644; CSJ, 3e, 22 janvier 2004, 27451; CSJ, 3e, 28 avril 2005, 29348.

Il s'agit toujours d'une appréciation au cas par cas, laissant nécessairement subsister une certaine insécurité juridique. Tel que précisé ci-avant, le titre du contrat et les clauses y contenues peuvent servir de point de départ au raisonnement du juge puisqu'ils créent une première apparence.

15. Apparence créée par le contrat. Si l'existence d'un document intitulé « contrat de travail » en soi n'est pas déterminante, de nombreuses décisions de justice considèrent toutefois qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il y a une présomption en faveur de l'existence d'une relation de travail. Autrement dit, si les parties ont signé un contrat de travail, il faut supposer que ce dernier a été exécuté tel que fixé par écrit, donc dans un lien de subordination. La qualification donnée par les parties à leur convention ou l'affiliation à la Sécurité Sociale peuvent aussi constituer non pas de simples indices, mais de véritables présomptions en faveur de l'existence d'un contrat de travail²⁷.

De nombreux arrêts en déduisent par conséquent un renversement de la charge de la preuve : « Il est de principe que l'apparence de régularité d'un contrat de travail écrit n'établit pas en elle-même la compétence des juridictions du travail, mais ne fait que renverser la charge de la preuve. Il s'ensuit que les parties étant en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à la société appelante d'en établir le caractère fictif et l'absence de lien de subordination entre les parties »²⁸. Le principe inverse devrait également valoir, en ce qu'un contrat d'indépendant fait présumer l'absence de lien de subordination. On peut présumer que le contrat a été exécuté tel que fixé par écrit. Il a même été retenu que « Si la qualification contractuelle peut être renversée dès qu'une partie démontre que l'exercice effectif du contrat est contraire à son intitulé, il n'en reste pas moins que le juge ne peut s'écarter de la qualification du contrat que si les éléments soumis à son appréciation le permettent »²⁹.

Un renversement de l'apparence créée par le contrat a été retenue dans divers cas, notamment • à propos d'un imam, qui disposait d'un contrat de travail écrit et bénéficiait dès lors d'une relation de travail apparente. Après avoir analysé son travail, les juges ont conclu qu'il avait une large autonomie dans l'exercice des fonctions spirituelles et de son travail d'enseignant de religion, sans horaires précis, de sorte que son contrat de travail a été considéré comme fictif³⁰. • Il en été de même pour une personne mettant un local à disposition, contractait avec les fournisseurs et payait leurs factures³¹. • Le caractère fictif a aussi été reconnu à propos d'une personne qui en réalité se trouvait sur un pied d'égalité avec son 'employeur' et n'avait pas réclamé de salaire durant 11 mois, le contrat ayant été signé dans le seul but de faciliter l'établissement au Luxembourg³².

16. Changement en cours de contrat. Dans la très grande majorité des cas, le statut de salarié ou d'indépendant ne change pas en cours de contrat. Il a cependant été retenu qu'il est possible que des prestations accomplies initialement par un travailleur dans un lien de subordination pour un employeur soient exécutées pour le même employeur, en

²⁷ CSJ, 8e, 20 mars 2014, 39377, Répertoire II.1.3.2.

²⁸ CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39339, Répertoire II.1.2.5.

²⁹ CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire II.1.2.1.

³⁰ CSJ, 3e, 23 mars 2017, 43535, Répertoire II.1.2.5.

³¹ CSJ, 3e, 6 avril 2017, 43152, Répertoire III.3.2.

³² CSJ, 3e, 30 mars, 42365, Répertoire III.3.2.

qualité de travailleur indépendant et sans lien de subordination³³. Il se peut aussi que le lien de subordination disparaisse pour une autre cause, tel le cas d'un fils qui était salarié mais qui hérite de l'entreprise de son père, ou d'un salarié appelé aux fonctions d'administrateur.

SECTION 3. – CRITERES DU CONTRAT DE TRAVAIL

17. Plan. Les éléments définissant le contrat de travail sont la rémunération (§ 1^{er}), la prestation de travail (§ 2) et surtout le lien de subordination (§ 3).

§ 1^{er}. – Critère de la rémunération

18. Le critère de la rémunération est indispensable à la notion de contrat de travail³⁴, qui est un contrat synallagmatique : la prestation de travail est fournie en échange de la rémunération. Les deux éléments sont interdépendants en ce qu'en l'absence de travail (absence injustifiée), l'employeur n'est pas obligé de payer le salarié, tout comme le salarié n'est plus obligé de prêter son travail si l'employeur faillit à son obligation de le payer en fin de mois (exception d'inexécution; → Tome II). Sont dès lors exclues de la notion de contrat de travail les prestations bénévoles. S'il est convenu que le travail n'est pas rémunéré, il s'agit en principe de bénévolat. La situation n'est cependant pas toujours d'une clarté exemplaire; la notion de bénévolat n'exclut pas automatiquement toute rétribution, comme en témoigne la règle introduite en 2012 suivant laquelle les revenus touchés dans le cadre d'une activité bénévole ne sont pas imposables s'ils restent inférieurs à 5.000 euros par an³⁵. Il faut toutefois observer que la notion fiscale de bénévolat n'influe pas en droit du travail; dès lors qu'il s'agit d'une activité rémunérée et subordonnée, le droit du travail s'applique, même si l'objet du travail est philanthropique ou d'utilité sociale.

Le fait qu'aucune rémunération n'ait été convenue ou payée n'implique pas nécessairement l'absence de rémunération. Sur base des autres éléments d'appréciation, le Tribunal peut arriver à la conclusion que l'activité était censée être rémunérée. Pour le cas où rien n'a été explicitement convenu, la jurisprudence a établi une présomption de non-bénévolat, donc que le travail était censé être rémunéré³⁶. Cette conclusion s'impose avant tout pour les activités qui ne sont normalement pas exercées à titre bénévole.

La rémunération ne doit ni nécessairement ni exclusivement se faire en numéraire (→ Tome II). Un simple remboursement des frais ne constitue pas une rémunération. D'autres formes d'avantages en nature peuvent cependant constituer une rémunération, telle la prise en charge des frais de logement et d'alimentation ou encore des « cadeaux » ou primes de remerciement. Il peut s'agir d'une rémunération cachée, qui oblige à

³³ CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire II.1.2.1. : « On peut conclure à l'existence d'une novation en présence des présomptions graves, précises et concordantes, établissant la volonté des intéressés de modifier le contrat initial. ».

³⁴ Voir notamment la définition à l'article 1710 Code Civil : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. ».

³⁵ Circulaire L.I.R. n° 91/2 du directeur des contributions du 11 juin 2012, Imposition des revenus touchés dans le cadre des activités rentrant dans le domaine du bénévolat.

³⁶ CSJ, 5 février 1915, Pas. 10, 474 : « Le salaire est, même en l'absence d'une convention expresse, une suite nécessaire que l'équité et l'usage donnent au louage de service en raison de sa nature ».

requalifier le « bénévole » ou le « stagiaire » en salarié. Mais il a par exemple été décidé que le fait d'héberger quelqu'un en échange de quelques travaux ne donne pas naissance à une relation de travail³⁷.

§ 2 – Critère de la prestation de travail

19. Le contrat doit porter sur une prestation de travail. Dans les contrats indépendants, l'obligation consiste en général dans la fourniture d'un bien ou service; le contrat ne porte pas sur le travail en soi, mais sur le résultat. Le contrat de travail se caractérise par la mise à disposition à l'employeur de sa force de travail et non pas la promesse d'un résultat déterminé. Le salarié n'a ainsi en principe qu'une obligation de moyens et non une obligation de résultat. Il s'agit d'un contrat ayant pour objet « une chose qu'une partie s'oblige à faire » au sens de l'article 1126 du Code civil. La prestation peut être de nature intellectuelle, physique ou mixte. Ce critère différenciait avant 2009 les statuts de l'ouvrier et de l'employé privé. Il n'a actuellement plus aucune incidence juridique. Si un tiers des salariés estiment être régulièrement épuisés physiquement par le travail, plus de 60 % des salariés estiment que leur activité est exigeante sur le plan intellectuel³⁸.

Une obligation de s'abstenir de faire quelque chose (p.ex. une obligation de non-concurrence) ne saurait donner lieu à une relation de travail, même s'il peut y avoir rémunération et une certaine subordination. Une obligation de fournir un certain bien ou service n'est pas non plus de nature à qualifier une relation de travail; même si ce bien reste à être fabriqué ou le service reste à être fourni ; si l'objet du contrat se limite à cette fourniture et accorde par ailleurs une entière liberté d'action au partenaire contractuel, il s'agit d'une relation d'indépendant. Le contrat doit porter sur la mise à disposition d'une force de travail.

L'aspect de la prestation de travail doit aussi être prédominant dans l'échange contractuel. En cas de location d'une chambre par exemple, le prix payé rétribue essentiellement la mise à disposition de ce bien et même si des prestations annexes sont offertes (nettoyage, préparation des lits, etc.), la qualification de contrat de travail est exclue. Si le travail a effectivement une finalité essentiellement éducative (stages, apprentissage, formation altérée) ou de réinsertion (mesures de mise au travail, travail pénitentiaire), la qualification de contrat de travail peut encore être écartée. L'objet principal du contrat n'est dans ce cas pas la fourniture d'un travail, mais l'obtention d'une expérience pratique complétant la formation théorique ou facilitant la (ré)intégration dans la vie active.

Le contrat de travail doit en outre porter sur une prestation réelle, sinon il n'a pas d'objet. Pour diverses raisons, des contrats de travail fictifs sont signés en pratique, par exemple pour obtenir une autorisation d'établissement ou pour favoriser un membre de la famille. Le contrat de travail étant un écrit protégé³⁹, un tel contrat constitue un faux au sens pénal. De même, l'affiliation d'un salarié fictif constitue un abus de biens sociaux dans le chef du dirigeant⁴⁰; il peut s'agir d'une escroquerie à subventions, par

³⁷ CSJ, 8e, 19 octobre 2006, 31164, Répertoire II.1.1.

³⁸ Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 26 et 30.

³⁹ CSJ, correctionnel, 8 novembre 2011, n° 524/11 V.

⁴⁰ CSJ, correctionnel, 1er juin 2010, n° 245/10 V; voir aussi CSJ, correctionnel, 12 novembre 2014, 475/14 X retenant l'abus de biens sociaux pour le fait d'avoir rémunéré des salariés n'effectuant aucune prestation réelle.

exemple s'il est destiné à percevoir des indemnités de chômage⁴¹. Sur le plan civil, l'absence de prestation de travail réelle implique dans la plupart des cas la nullité du contrat pour défaut d'objet ; en tout cas, la qualification de contrat de travail est à écarter.

20. Consistance minimale; travail clandestin. Quelques textes excluent les prestations de moindre importance, mais leur champ d'application est spécifique : **(a)** L'article L. 571-3 exclut du domaine du travail clandestin tant les « activités occasionnelles et de moindre importance exercées pour compte d'autrui »⁴² qu'une « activité 'isolée'⁴³ exercée pour compte d'autrui n'excédant pas le cadre de l'entraide usuelle entre proches parents, amis ou voisins ». Le critère déterminant pour conclure s'il s'agit d'une activité de moindre importance n'est « ni la durée d'exécution, ni le montant de la rémunération », mais plutôt le degré de complexité de la tâche⁴⁴. Ce texte n'a toutefois pas pour finalité première de réglementer le contrat de travail. Il s'inscrit dans le domaine très particulier du droit d'établissement, c'est-à-dire les professions réglementées pour lesquelles les autorités délivrent une autorisation afin de garantir la compétence et l'honorabilité professionnelles des acteurs économiques. Des règles sur le travail 'clandestin' (i.e. non couvert par une autorisation d'établissement) ont été introduites dans les années 70. Dans une situation de plein-emploi et de manque de main-d'œuvre, un secteur informel avait vu le jour pour faire face aux prix et délais exorbitants des entreprises dûment établies (on estimait au tiers le pourcentage de maisons construites par des acteurs 'clandestins', non autorisés) ; cette situation ne pouvait perdurer dans un contexte de crise économique voyant surgir un chômage de masse⁴⁵. Les effets néfastes du travail clandestin ont été vus au niveau du plan fiscal, de la sécurité des entreprises, des consommateurs et de la formation professionnelle⁴⁶. Même si ces règles ont finalement été intégrées dans le Code du travail, il s'agit avant

⁴¹ CSJ, correctionnel, 28 juin 2016, 387/16 V (à propos de fiches de salaires et de certificats renseignant un salaire trop élevé).

⁴² Projet de loi n° 2081, Commentaire des articles, p. 1559 : « L'activité en question doit être à la fois occasionnelle et de moindre importance; par conséquent, elle ne doit pas être exercée continuellement, ni à plusieurs reprises; en outre, l'acte posé occasionnellement ne doit pas présenter une certaine importance ».

⁴³ Le Conseil d'Etat s'était opposé à l'ajoute du terme 'isolée', mais la commission parlementaire l'a néanmoins maintenu, au regard notamment de la catégorie assez large et floue des « amis », requérant une restriction supplémentaire, Projet de loi n° 2081, Rapport de la commission spéciale du 5 juin 1977, p. 1594.

⁴⁴ Projet de loi n° 2081, Commentaire des articles, p. 2 (dans la logique de la lutte contre les activités non autorisées) : « C'est ainsi qu'un travail, pour l'exécution convenable duquel il faut posséder des connaissances professionnelles plus ou moins approfondies, ne pourra normalement pas être considéré comme étant de moindre importance. Dans cet ordre d'idées, il convient de tenir compte des caractéristiques des différentes professions et du degré de qualification requis pour l'exécution de l'acte en cause. Ainsi, la simple réparation d'un mur ne demande pas le même degré de qualification que des travaux de construction. Dès lors la réparation du mur peut être considérée comme travail de moindre importance, alors que tel ne peut être le cas pour les travaux de construction proprement dits. D'un autre côté, la réparation d'une voiture, même si le temps nécessaire pour exécuter celle-ci est très limité, demande et du point de vue sécurité et de celui de la responsabilité une qualification telle qu'elle ne peut pas être considérée comme travail de moindre importance ».

⁴⁵ Projet de loi n° 2081, Exposé des motifs, p. 1562 et suivantes.

⁴⁶ Projet de loi n° 2081, Exposé des motifs, p. 1563; Projet de loi n° 2081, Rapport de la commission spéciale du 5 juin 1977, p. 1594s..

tout de règles économiques visant à faire respecter la loi sur les autorisations d'établissement. La protection du salarié n'est ainsi pas la seule finalité de l'interdiction du travail clandestin. **(b)** La législation sur la main-d'œuvre étrangère exclut les activités tellement réduites qu'elles « se présentent comme purement marginales et accessoires »⁴⁷. **(c)** Le Code de la sécurité sociale dispense de l'assurance obligatoire les personnes qui exercent leur activité professionnelle uniquement d'une façon occasionnelle et non habituelle et ce pour une durée déterminée à l'avance qui ne doit pas dépasser trois mois par année de calendrier (Art. 4 CSS).

Ces exceptions nous paraissent partiellement transposables en droit du travail à proprement parler. L'entraide familiale et amicale n'entre pas dans le champ du droit du travail si elle reste isolée et occasionnelle. L'existence d'un lien de subordination paraît dans de telles situations par ailleurs douteuse. La jurisprudence ancienne retenait qu'il n'y avait de contrat de travail que s'il portait sur un engagement durable; celui qui ne travaille que pendant quelques heures pour autrui ne devient pas salarié⁴⁸. Un arrêt récent, peut-être isolé, avait estimé que le fait de travailler 30 minutes à 2 heures pendant quelques semaines pour une crèche, en attendant la formalisation d'une embauche, ne constitue qu'un « simple service rendu » et non une relation de travail⁴⁹. Il a aussi été jugé que le simple fait, et fût-ce même souvent, de donner des coups de main à quelqu'un ne suffit pas pour en déduire l'existence d'une véritable relation de travail au sens juridique du terme⁵⁰.

En principe toutefois, le volume de travail n'a pas d'incidence sur la qualification. Des prestations très courtes⁵¹ (par exemple faire le service dans un restaurant le temps d'une soirée) obligent à la signature d'un contrat de travail.

§ 3. – Critère de la subordination

21. Le critère décisif. Si dans de nombreux types de contrat, un travail est fourni contre une rémunération, c'est bien le troisième critère – celui de la subordination – qui est le plus caractérisant pour le travail salarié. Mais cette notion n'a rien de concret, de visible. ALAIN SUPIOT⁵² nous invite à observer un jardinier au travail. Il nous rend attentif au fait que rien ne nous permet de savoir quelle est sa condition juridique, puisqu'il peut être un employé municipal, un fonctionnaire, un entrepreneur, un salarié, un chômeur, et même une personne exécutant un travail d'intérêt général. Le critère est donc plutôt juridique que factuel, raison pour laquelle la jurisprudence se réfère souvent à la « subordination juridique ».

Le lien de subordination est celui qui place le salarié sous l'autorité de l'employeur, qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats. Cette définition ne fait en fait que refléter les trois pouvoirs patronaux (→ I.221), à savoir le pouvoir disciplinaire, le pouvoir de direction et le pouvoir de contrôle.

⁴⁷ Art. 3 point d) de la loi du 29 août 2009 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

⁴⁸ PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928 et 1952), n° 4.

⁴⁹ CSJ, 8e, 14 juillet 2016, 41353, Répertoire II.1.1.

⁵⁰ CSJ, 8e, 14 juillet 2011, 36396, Répertoire II.1.2.7.

⁵¹ Voir cependant la définition du 'travailleur' envisagée dans une proposition de directive européenne (Art. 2 (1) pt. a) ; COM (2017) 797), qui précise qu'il doit s'agir d'une personne qui accomplit des prestations « pendant un certain temps ».

⁵² SUPIOT Alain, Le droit du travail, 5e édition, PUF 2011, p. 67.

22. Distinction du contrat d'entreprise/d'indépendant. C'est le critère de la subordination qui permet de distinguer entre contrat de travail et contrat d'entreprise. « Le contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise se caractérise par la prestation d'un travail ou d'une mission déterminé(e), d'ordre intellectuel ou manuel, à titre onéreux, qui implique une exécution sans aliénation de l'indépendance de celui qui est appelé à l'exécuter. Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération »⁵³.

Les qualités d'indépendant ou de salarié subordonné s'excluent en principe mutuellement, et il n'existe pas non plus de stade intermédiaire. Pourtant, cette situation juridique est-elle encore en phase avec la réalité économique ? N'existe-t-il pas, en fait, des travailleurs qui, sans être indépendants, ne peuvent pas non plus être qualifiés de véritables salariés (para-subordonnés, quasi-subordonnés) ?

La Commission européenne a considéré que « la distinction binaire traditionnelle entre 'salarié' et 'travailleur indépendant' n'est plus le reflet fidèle de la réalité économique et sociale du travail »⁵⁴. Il existe des personnes qui ne disposent pas de la liberté nécessaire qui permettrait de les exclure de toute protection par le droit social (notamment la sécurité et la santé), mais leur relative indépendance ne justifie pas non plus l'application de l'ensemble des dispositions rigides et exigeantes du droit du travail.

Reconnaître une catégorie intermédiaire permettrait d'un côté d'endiguer les cas d'abus et de fraude portant sur le statut social. D'un autre côté, l'introduction d'une troisième catégorie intermédiaire risque d'augmenter l'insécurité juridique puisqu'elle appelle à l'instauration de critères de distinction supplémentaires. La législation gagnerait en complexité. En outre, un statut intermédiaire risquerait de drainer bon nombre de personnes qui bénéficient actuellement du statut de salarié et de conduire ainsi à une érosion des acquis sociaux.

Sur le travail indépendant, la volonté politique d'encourager l'indépendance et les abus pour contourner la législation sociale (faux indépendants), voir :

- Le travail flexible et atypique, n° 206 et suivants
- Aux origines du droit du travail, n° 411 et suivants.

Sur l'absence de catégorie intermédiaire et l'approche en partie différente des législations étrangères, voir :

- Le travail flexible et atypique, n° 325 et suivants.

23. Notion de subordination. Au vu de la diversité du monde du travail, la notion de subordination est difficile à définir de manière satisfaisante. La jurisprudence s'y aventure et a notamment retenu la définition suivante :

« Le lien de subordination, caractéristique du louage de services, et qui le distingue du contrat d'entreprise, consiste en ce que la personne qui loue ses services est dans l'exécution même de son travail, sous l'autorité, la direction et la surveillance de l'employeur, lesquelles doivent pouvoir s'exercer à tout moment d'une manière effective, mais sans qu'elles doivent être strictes et ininterrompues et ne laisser aucune initiative au locateur de travail, la reconnaissance d'une certaine liberté dans l'exécution du

⁵³ CSJ, 8e, 5 mars 2009, 32539, Répertoire II.1.1.

⁵⁴ Livre Vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », COM (2006) 708 final, page 11.

travail ne suffisant pas à exclure l'autorité de l'entreprise et la dépendance juridique du salarié à l'égard de l'employeur dans le cadre d'une entreprise organisée »⁵⁵.

Plus que dans une simple exécution obligatoire de la part du salarié, la subordination trouve sa véritable expression juridique dans les prérogatives de l'autre partie, dans le véritable pouvoir de direction que l'employeur tire de la situation instaurée (jurisprudence fréquente). Cette subordination n'exige pas des critères rigides et immuables et les degrés de contrôle et de direction de l'employeur s'examinent notamment par rapport à la nature du travail exécuté (jurisprudence fréquente).

24. Bien-fondé du critère de la subordination. Le concept de la subordination, comme tout le droit du travail, provient de l'organisation très hiérarchisée des grandes industries, pour lesquelles le droit du travail avait été initialement développé (protection de l'ouvrier industriel). La subordination est le fruit de l'organisation quasi-militaire de ces entités de production, avec des tâches clairement réparties et une hiérarchie précise. Cette approche a été remise en cause par la montée du travail intellectuel, qui exige une plus grande liberté. Souvent, l'employeur ne veut, voire ne peut donner d'ordres à son travailleur, qui a précisément été embauché à cause de ses connaissances propres, et il lui est demandé d'être autonome et créatif dans son approche du travail (chercheurs, créatifs). Pour d'autres, la déontologie exige une liberté intellectuelle (médecins, avocats). La subordination est également remise en cause par les nouvelles technologies de l'information : pour les uns, elle se traduit par un renforcement de la subordination (surveillance électronique omniprésente, connexion et joignabilité permanente), tandis que pour d'autres, elle se traduit par un assouplissement de la subordination (possibilité de travailler depuis chez soi, organisation flexible et dynamique des équipes de travail). La « plateformisation » du travail via des interfaces internet dilue le contact entre le salarié et son supérieur; le travailleur est généralement libre ou non d'accepter la tâche, mais s'il le fait, il sera subordonné à un algorithme automatisé, plutôt qu'à une personne. « L'externalisation du travail à un public indéfini (*crowdsourcing*) provoque la concurrence entre les travailleurs au niveau mondial. Dans ce cas, il est important d'éviter le contournement des normes sociales »⁵⁶.

Enfin, la montée – encore timide au Luxembourg – de l'« économie collaborative » (*sharing economy*) favorise le travail collaboratif (*peer production*) dont la principale caractéristique est l'absence de subordination. Si d'antan, de grands projets ne pouvaient être réalisés que grâce à une hiérarchie stricte, les nouvelles technologies permettant la réalisation d'ambitieux projets (p.ex. développement de logiciels ou constitution de bases de données, mais de plus en plus aussi la conception de produits) sur une base de traitement égalitaire de tous les collaborateurs, le « chef de service » n'étant plus qu'un « modérateur » de ce groupe.

Le rapport dit « Rifkin »⁵⁷ résume la situation comme suit :

« La numérisation et la Troisième Révolution Industrielle influent sur le milieu de travail. La diffusion massive d'outils numériques modifie la manière dont le travail est organisé, structuré et réalisé.

⁵⁵ CSJ, cass., 9 mai 1974, n° 206; Répertoire II.1.2.1.; il s'agissait en l'espèce d'une personne chargée par un éditeur de distribuer des livrets. La Cour de cassation a considéré que les instructions étaient précises et que l'employeur exerçait un certain contrôle, de sorte qu'il y a subordination. La décision a toutefois été rendue en matière de sécurité sociale.

⁵⁶ Etude stratégique de la troisième révolution industrielle pour le Grand-Duché de Luxembourg, version résumée en langue française, p. 133.

⁵⁷ Etude stratégique de la troisième révolution industrielle pour le Grand-Duché de Luxembourg, version résumée en langue française, p. 131.

La numérisation crée de nouvelles opportunités telles que le travail à distance, la flexibilisation des heures de travail et les équipes virtuelles. Le revers de la médaille est une accélération du travail, de nouvelles procédures de commande et de contrôle et le risque de surcharge d'information et de communication. En outre apparaissent de nouveaux défis en matière de gestion et de formation. Afin de faire bénéficier à la fois les employeurs et les employés, les enjeux relatifs à l'équilibre entre le travail et la vie privée et les questions juridiques correspondantes devront être abordés ».

Néanmoins, la jurisprudence reste fortement attachée au critère de la subordination, même si elle doit reconnaître de multiples 'atténuations', conduisant à un champ d'application large du droit du travail, y compris pour des personnes hautement qualifiées jouissant d'une large autonomie dans leur travail ou pour des directeurs et administrateurs très proches du pouvoir patronal. Le pas n'est pas encore franchi vers un changement de critère, par exemple au profit du critère de la dépendance économique. La véritable question pour définir le champ d'application du travail du travail, ne devrait-elle pas être : qui a besoin de protection ? Pour l'instant, on observe que les travailleurs les plus précaires risquent de ne pas en profiter parce qu'ils sont soumis à des statuts atypiques destinés à éluder le droit du travail (fausse indépendance, contrats précaires, stages fictifs, etc.), tandis que des administrateurs profitent du statut et peuvent réclamer devant les juridictions du travail des bonis, indemnités de départ et stock-options de plusieurs centaines de milliers d'euros. Une autre solution consisterait dans une approche fonctionnelle de l'employeur et de l'entreprise; l'employeur n'est pas celui qui donne des ordres, mais celui qui fournit le cadre de travail et organise la collaboration des travailleurs, qui pour le surplus agissent de façon autonome. Le critère serait dès lors celui de l'intégration du travailleur dans une structure/organisation de travail.

L'unicité du lien de subordination peut aussi être remise en cause, un travailleur pouvant être soumis dans son travail à des contraintes provenant de plusieurs entités, respectivement plusieurs entités se trouvant à son égard dans une position les obligeant à veiller sur sa sécurité et ses conditions de travail (intérimaires, *gig economy*, *jobs sharing*, *job-pairing*). C'est dans ce contexte que l'idée d'une multiplicité d'employeurs ou d'une situation de co-emploi (→ I.202, I.208) commence à émerger.

1. CRITÈRES D'APPRÉCIATION

25. Nature de l'emploi. Il n'existe pas de présomption générale de salariat, en ce sens que tout travail effectué pour autrui serait réputé, sauf preuve contraire, être effectué sous statut salarié. Il n'existe pas non plus de telle présomption dans certains secteurs ou pour certaines activités. Au contraire, cette preuve appartient au salarié-demandeur. La nature du travail exercé n'est que rarement déterminante pour la qualification, la plupart des tâches pouvant s'exercer de manière subordonnée ou indépendante. La Cour a pu retenir que pour une femme de ménage, la nature du travail impliquerait nécessairement une subordination⁵⁸. Des travaux d'ordre essentiellement manuel se prêtent en effet mal à un exercice indépendant lorsqu'ils sont effectués par une seule et même personne pour compte d'un seul bénéficiaire. Ainsi par exemple, on ne peut accepter « qu'il y ait des maçons indépendants sur un chantier. C'est un détournement du droit auquel il faut remédier »⁵⁹. Il a par contre été considéré qu'« un médecin pouvant, en principe, exercer son métier en milieu hospitalier tant dans le cadre d'une relation de travail qu'à titre indépendant, aucune conclusion déterminante quant à la

⁵⁸ CSJ, 6 mai 1999, 22672, Répertoire II.1.2.5.

⁵⁹ Contribution du Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg au Livre Vert du 30 mars 2007, p. 10.

nature des relations contractuelles ne peut d'abord être déduite de l'activité médicale en soi »⁶⁰. La nature du travail est ainsi peu pertinente pour qualifier la relation contractuelle, la plupart des travaux pouvant être exercés tant comme salarié qu'à titre indépendant. Une fonction de gérant d'une société ou d'un point de vente se conçoit tant comme indépendant que comme salarié⁶¹; la même solution a été retenue pour l'activité de pilote⁶². Citons encore à titre d'anecdote l'arrêt français retenant que les participants à l'émission télévisée « île de la tentation »⁶³ étaient, malgré les termes contraires de leurs contrats, des salariés.

La nature de l'emploi peut cependant influencer sur l'intensité de subordination qui est exigée (voir ci-après). Les activités traditionnellement indépendantes, telles que les professions libérales (médecin, avocat, etc.) s'exercent de plus en plus dans une relation de travail.

26. Nature du travail – Commerciaux. Avant l'introduction du statut unique, étaient considérés comme employés subordonnés ceux qui se livraient à une « activité de voyageur, représentant et agent, qu'ils travaillent pour le compte d'une ou de plusieurs firmes et quel que soit le mode de leur rémunération, pourvu qu'ils ne mettent en œuvre un agencement industriel ou commercial personnel complet » (ancien article L. 121-1 (2) pt. 6). La situation pour les commerciaux est compliquée du fait de l'existence concomitante d'une législation sur les « agents commerciaux indépendants », qui prévoit un certain nombre de règles protectrices présentant des parallèles avec le droit du travail (→ I.56). En outre, l'absence de sujétion horaire ne peut être un argument valable pour les voyageurs et représentants de commerce, puisque ceux-ci sont exclus de la réglementation sur la durée de travail (L. 211-3). Dans une affaire dans laquelle un commercial avait un horaire flexible, une rémunération variable et conséquente et avait la possibilité d'embaucher du personnel, il a été décidé qu'il s'agit d'un contrat d'agent commercial indépendant⁶⁴. La solution contraire a été retenue à propos de toute une

⁶⁰ CSJ, 3e, 18 novembre 2004, 26317, Répertoire II.1.2.2.

⁶¹ Voir par exemple CSJ, 3e, 11 juillet 2002, 25653, Répertoire II.1.2.6.

⁶² CSJ, 8e, 21 mars 2013, 37891, Répertoire II.1.2.6.

⁶³ Cassation française, soc., 3 juin 2009, 1159 : « Qu'ayant constaté que les participants avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, qu'ils devaient suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi, la cour d'appel, qui, répondant aux conclusions, a caractérisé l'existence d'une prestation de travail exécutée sous la subordination de la société X., et ayant pour objet la production d'une "série télévisée", prestation consistant pour les participants, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement habituel de leur vie personnelle, à prendre part à des activités imposées et à exprimer des réactions attendues, ce qui la distingue du seul enregistrement de leur vie quotidienne, et qui a souverainement retenu que le versement de la somme de 1 525 euros avait pour cause le travail exécuté, a pu en déduire, sans dénaturation et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les huitième et neuvième branches, que les participants étaient liés par un contrat de travail à la société de production; que le moyen n'est pas fondé ».

⁶⁴ CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire II.1.2.1.

série de personnes qui étaient en charge de l'exploitation de points de presse⁶⁵. Dans une autre affaire, ni le fait que le commercial était rémunéré sur base de commission ni la circonstance qu'il n'avait pas d'horaire fixe, mais jouissait d'une certaine autonomie dans l'exécution de son contrat de travail, n'ont été considérés comme suffisants pour dénier à la personne le statut de salarié, en dépit d'un contrat ayant fixé le statut d'indépendant⁶⁶.

27. Professions supposant une certaine liberté. Le critère de la subordination est plus difficile à apprécier pour les professions dont l'exercice suppose une certaine indépendance intellectuelle (enseignants, professeurs, artistes, etc.) ou autonomie dans la gestion du travail (représentants commerciaux, gérants-salariés). Les salariés qualifiés ne sont pas embauchés pour exécuter des ordres, mais l'employeur espère tirer profit de leur créativité et de leur initiative et peut leur laisser une large marge de manœuvre. Des scientifiques et chercheurs peuvent être autorisés à définir eux-mêmes leurs projets et méthodes de travail. Malgré cette relative indépendance au quotidien, ces activités ne sont pas incompatibles avec le statut de salarié. Leur subordination se caractérisera essentiellement par l'intégration dans une structure patronale organisée. La régularité de la rémunération et l'absence d'exploitation personnelle du fruit du travail intellectuel seront aussi des critères importants.

Parfois l'employeur est même techniquement incapable de contrôler la qualité du travail presté par des salariés hautement qualifiés. Sur le terrain, une grande partie des salariés, surtout les cadres et professions intellectuelles, mais aussi une majorité de techniciens et d'employés du tertiaire, confirment qu'ils disposent d'une certaine liberté d'action et de marges de manœuvre dans la réalisation de leur travail⁶⁷. La Cour vient de souligner que le fait qu'en raison de ses connaissances techniques spécifiques, personne d'autre dans la société ne comprend ce que fait le salarié, n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination⁶⁸.

A propos d'un chargé de cours enseignant la religion, le lien de subordination envers l'école a été confirmé même si c'était l'Eglise qui avait proposé le candidat et que sa fonction supposait une certaine liberté⁶⁹. Un lien de subordination a également été retenu pour un chef de cuisine, en dépit de la grande autonomie dont il disposait dans son travail⁷⁰. Pour un gérant salarié, il a été jugé normal qu'il ne fasse pas l'objet d'un contrôle régulier et n'ait pas d'horaire fixe⁷¹.

Pour les professions libérales, soumises à une surveillance prudentielle (médecin, avocat, etc.), il est admis que la profession peut s'exercer sous le statut de salarié, mais la subordination doit se limiter au cadre du travail et ne doit pas empiéter sur son contenu. Le règlement intérieur des avocats le précise en ces termes : « L'avocat salarié n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail. (...) Ils bénéficient dans l'exercice des

⁶⁵ Pour une sélection de jurisprudences d'appel, les affaires de première instance étant également nombreuses, voir CSJ, 3e, 14 juillet 2005, 28908, Répertoire II.1.2.3.; CSJ, 3e, 24 mai 2007, 31536, Répertoire II.1.2.3. et les jurisprudences subséquentes.

⁶⁶ CSJ, 3e, 24 octobre 1996, 18511, Répertoire II.1.2.3.

⁶⁷ Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 35.

⁶⁸ CSJ, 8e, 16 novembre 2017, 43739, Répertoire Edition 2018.

⁶⁹ CSJ, 3e, 4 décembre 1997, 18843, Répertoire II.1.2.5.

⁷⁰ CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39339, Répertoire II.1.2.5.

⁷¹ CSJ, 3e, 17 avril 2008, 32969, Répertoire II.1.2.6.

missions qui leur sont confiées de l'indépendance que comporte leur serment et conservent leur liberté d'agir selon leur conscience professionnelle »⁷².

28. Autonomie. Le critère de l'autonomie paraît être le critère par excellence pour distinguer le travail indépendant du travail subordonné. Il a ainsi été retenu que le contrat par lequel une personne met, moyennant rémunération, son activité au service d'autrui est à qualifier de contrat de travail si la personne appelée à bénéficier de cette activité conserve la direction des travaux⁷³.

Pourtant, ce critère n'a rien d'absolu. En effet, un prestataire indépendant reste tributaire de son client, et la nature même de la tâche à exécuter lui impose certaines sujétions. De multiples contraintes sont imposées dans des réseaux commerciaux, notamment des franchises, où les engagements contractuels limitent très fortement les libertés des exploitants. Le salarié de son côté peut, en fonction de la nature du travail, jouir d'une large indépendance dans l'exécution de sa tâche. Un médecin salarié a nettement plus d'autonomie dans son travail qu'un transporteur indépendant.

L'indépendance ou la dépendance est donc moins à rechercher au niveau de l'exécution du travail à proprement parler qu'au niveau des conditions qui l'entourent, notamment l'indépendance organisationnelle et l'autonomie financière.

29. Autonomie organisationnelle; intégration dans un cadre de travail.

L'indépendant gère sa propre entreprise. Il peut donc prendre des initiatives, tandis que le salarié est tenu de respecter les choix stratégiques et organisationnels de son employeur. La jurisprudence française tend à analyser si le salarié est intégré « dans le cadre d'un *service organisé* ». La jurisprudence luxembourgeoise ne paraît pas (encore) recourir à ce concept de subordination fonctionnelle⁷⁴, même si au fond, les critères auxquels elle recourt en reviennent au même. L'absence d'indépendance organisationnelle du salarié se manifeste notamment au niveau de l'horaire et du lieu de travail; c'est en étant obligé de travailler à un moment donné à un lieu donné qu'il est intégré dans l'organisation de l'entreprise patronale. L'intégration dans un cadre de travail est ainsi un élément d'appréciation souvent invoqué. Le fait de devoir exercer sa tâche dans un lieu précis, à des heures et dans des conditions spécifiées est un indice en faveur de la subordination⁷⁵.

La pertinence de ce critère de l'intégration au service patronal est cependant remise en cause d'un côté par le télétravail et d'un autre côté par l'apparition du « coworking », donc des espaces de travail partagés, qui ne s'adressent plus seulement aux indépendants mais également aux salariés, grâce notamment aux nouvelles technologies de la communication. On peut citer comme exemple les « espaces de co-travail » situés dans les zones frontalières périphériques, discutés au Luxembourg notamment pour faire face à l'engorgement des routes et transports publics. Le critère de l'intégration dans un environnement de travail devrait dès lors suivre cette évolution; le cadre physique et le lieu géographique du travail deviennent moins importants, mais le salarié est intégré dans un système informatique, qui structure son travail. Ainsi, le phénomène de la « plateforme » du travail pourrait aussi être vu sous un autre angle, tous les travailleurs partageant un même espace de travail virtuel.

⁷² Art. 11.5. du Règlement intérieur des Avocats du Barreau de Luxembourg.

⁷³ TA Lux., 21 mars 1956, Pas. 16, 539.

⁷⁴ Voir par contre CSJ, IIIe, 28.1.1999, n° 22192; contra : CSJ, 11.1.1996, n° 16689.

⁷⁵ CSJ, 8e, 28 avril 2005, 29348, Répertoire II.1.2.1.

Dans l'appréciation de la subordination juridique, il y a lieu de s'attacher surtout aux conditions d'exécution du travail, englobant plus spécialement le lieu de travail, les horaires de travail, ainsi que sa direction et son contrôle⁷⁶. Des critères tels qu'un lieu de travail et un horaire fixe ou imposé plaident en faveur d'un travail subordonné.

Ainsi, de nombreuses décisions judiciaires considèrent que le fait de devoir observer un *horaire fixe* est un élément essentiel pour caractériser le lien de subordination⁷⁷, même si ce critère n'est pas à lui seul suffisant⁷⁸. Un horaire flexible, géré de manière autonome peut plaider en faveur du statut d'indépendant⁷⁹, mais cette conclusion ne s'impose pas de façon absolue⁸⁰. De même, l'obligation de travailler en un *lieu fixe* ou déterminé par autrui peut caractériser le contrat de travail⁸¹, même si ce critère ne sera pas toujours à lui seul décisif⁸², la nature du travail pouvant faire en sorte qu'une prestation, qu'elle soit indépendante ou subordonnée, doive être exécutée à un certain endroit.

Des indépendants exerçant dans une structure, tels des médecins dans des hôpitaux ou des sportifs dans un club, sont également obligés de respecter un certain nombre de contraintes quant à leur lieu et leur horaire de travail, sans qu'ils ne soient pour autant subordonnés. Une activité indépendante peut en effet aussi être soumise à un certain nombre de contraintes organisationnelles indispensables au bon fonctionnement de la structure dans laquelle elle s'exerce. La simple soumission à un plan de travail ne caractérise pas la subordination (jugé ainsi à propos de la collaboration entre deux infirmières indépendantes)⁸³. Plusieurs décisions ont retenu que des médecins exerçant dans des hôpitaux ne sont pas des salariés du fait d'être soumis aux règlements intérieurs, d'avoir des contraintes quant aux horaires d'ouverture, de devoir rédiger des rapports ou de devoir annoncer leurs congés⁸⁴.

Pour un consultant, il a également été décidé qu'il est normal qu'il exerce son travail dans les locaux du client, qu'un bureau et un équipement soient mis à sa disposition⁸⁵. En l'absence de sujétion à des instructions précises, un contrat de travail a également été infirmé pour un « consultant indépendant » de l'ADEM, bien qu'un bureau ait été mis à sa disposition, que ses frais aient été remboursés et qu'il ait eu accès à la cantine⁸⁶.

30. Travail personnel pour autrui et exclusivité. Le salarié doit exécuter le travail personnellement et ne peut ni se faire assister, ni substituer des tiers, ni recourir à des sous-traitants. Le fait de pouvoir embaucher du personnel peut faire conclure à une

⁷⁶ CSJ, 8e, 15 juillet 2010, 33835, Répertoire II.1.2.5.

⁷⁷ CSJ, 3e, 4 décembre 1997, 18843; CSJ, 3, 14 janvier 1999, 21267; CSJ, 3e, 30 octobre 2003, 26602 et 26862; CAAS, 18 octobre 2004; CSJ, 3e, 27 novembre 2008, 32887; CSJ, 3e, 19 mars 2009, 33544.

⁷⁸ CSJ, 3e, 24 octobre 1996, 18511; CSJ, 3e, 29 janvier 1998, 21033; CSJ, 3e, 28 janvier 1999, 22192; CSJ, 29 janvier 2004, 22342; CSJ, 3e, 25 mars 2004, 28212; CSJ, 3e, 6 janvier 2005, 28778.

⁷⁹ TT Lux., 17.10.1986, 2979/86; CSJ, 11 janvier 1996, 16689.

⁸⁰ CSJ, 21 juin 1990; CSJ, 22 mars 2007, 31721; CSJ, 3e, 17 avril 2008, 32969.

⁸¹ CSJ, 3e, 30 octobre 2003, 26602 et 26862; CAAS, 18 octobre 2004.

⁸² CSJ, 3e, 28 janvier 1999, 22192; CSJ, 3e, 25 mars 2004, 28212.

⁸³ CSJ, 3e, 30 janvier 2014, 38757, Répertoire II.1.2.2.

⁸⁴ CSJ, 3e, 18 novembre 2004, 26317, Répertoire II.1.2.2.; CSJ, 8e, 2 décembre 2010, 35694; Répertoire II.1.2.2.

⁸⁵ CSJ, 8e, 20 janvier 2011, 34684, Répertoire II.1.2.5.

⁸⁶ CSJ, 8e, 8 juin 2017, 43969, Répertoire II.1.2.5.

relation d'indépendant⁸⁷; si les indices contraires sont par contre prédominants, le juge peut aussi considérer que la clause autorisant le recrutement est nulle.

Le salarié travaille exclusivement pour compte de son employeur, et non pour compte des clients de ce dernier. C'est en ce sens que l'article 1799 du Code civil rappelle que « les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section: ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent ».

Le salarié travaille le plus souvent pour un seul et même employeur, tandis que l'indépendant a en général plusieurs clients, ou du moins tente d'en avoir plusieurs. Néanmoins, à propos d'un contrat conclu avec un expert, la Cour a estimé qu'une clause d'exclusivité peut se concevoir aussi bien dans un contrat de prestation de services que dans un contrat de travail, de sorte qu'elle n'est pas déterminante pour apprécier la nature du contrat⁸⁸. A propos des clauses d'exclusivité, voir → I.473.

31. Obligation de travailler. Le salarié a l'obligation de venir travailler et d'exécuter les tâches qui lui sont confiées. L'indépendant peut refuser des marchés qui lui sont proposés. A propos d'un ancien stagiaire qui avait le droit de venir occasionnellement et à sa guise au travail, l'existence d'un contrat de travail avait été infirmée⁸⁹. Le salarié doit être présent à l'entreprise et doit demander une autorisation pour partir, notamment pour prendre congé; l'indépendant décide librement à quel moment il exécute ses obligations et à quel client il accorde la priorité.

32. Obligation de résultat. La relation de travail se caractérise par le fait que le salarié n'a qu'une obligation de moyens. Il est tenu de mettre sa force de travail à disposition de l'employeur et d'exécuter les instructions qu'il reçoit du mieux qu'il peut. S'il n'y parvient pas, il a en principe néanmoins droit à rémunération. Dans la plupart des contrats d'entreprise par contre, l'indépendant contracte une obligation de résultat. Il s'engage à fournir la prestation ou le bien commandé. S'il échoue, il ne peut prétendre à être rémunéré.

Le salarié loue sa force de travail; l'indépendant vend des produits ou des services. Le salarié travaille pour le compte d'autrui; l'indépendant gère de manière autonome une activité économique. Dès lors il convient de déterminer si le prestataire est censé effectuer un travail bien déterminé ou si en réalité, il est à disposition pour effectuer tout travail qu'il lui est ordonné de faire.

Ainsi, il y a lieu d'analyser le degré d'ingérence du client-employeur dans le travail accompli par le prestataire. Un client a certes le droit de donner des consignes et d'exprimer son souhait, mais il n'a pas à s'ingérer dans le déroulement des travaux. Si le prestataire reçoit de nombreux ordres, instructions et directives précis quant à la manière d'exécuter le travail, il s'agira probablement d'un salarié. De même, le client n'exerce pas de pouvoir disciplinaire envers son contractant; en cas de mécontentement, il ne payera pas la facture ou saisira la justice. L'employeur doit payer

⁸⁷ CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire II.1.2.1.: « Le fait qu'un travailleur recrute et rémunère une personne exécutant une prestation sous sa direction et sa responsabilité exclusives, permet de mettre en doute la réalité d'un contrat de travail. En effet, la relation subordonnée est annihilée si le travailleur a la possibilité comme en l'espèce d'engager et de rétribuer lui-même du personnel ou de se faire remplacer. ».

⁸⁸ CSJ, 8e, 15 juillet 2010, 33835, Répertoire II.1.2.5.

⁸⁹ CSJ, 8e, 10 novembre 2011, 35843, Répertoire II.1.2.7.

le salaire même en cas de prestation de travail insatisfaisante, mais dispose en échange d'un pouvoir de sanction disciplinaire.

33. Propriété des outils de travail. La propriété du matériel, c'est-à-dire tant des instruments de travail que des matières premières utilisées peut être un élément pertinent. Longtemps, les salariés devaient amener leurs propres outils ou la fourniture des outils était déduite de leur salaire, ce qui diminuait souvent ce dernier de 10 %, voire plus⁹⁰. Dans de nombreuses usines, les ouvriers devaient acheter leurs propres outils et vêtements de travail. Dans les mines, les boisages pour stabiliser la roche, tout comme les explosifs étaient à charge des salariés, qui y travaillaient en équipes autonomes. Aujourd'hui, la situation a changé dans la plupart des secteurs d'activité, mais le Code du travail autorise néanmoins à ce jour la déduction du salaire du salarié des dépenses du chef de fournitures d'outils ou d'instruments nécessaires au travail, et ce même au-delà de 10 % du salaire (L. 244-3 pt. 3). Il faut cependant relever qu'avec les nouvelles technologies, une certaine tendance fait en sorte que les salariés redeviennent à nouveau les propriétaires de leurs outils de travail, notamment à travers les politiques de « BYOD – *bring your own device* », permettant aux salariés d'utiliser leur propre téléphone mobile, ordinateur portable, etc.. Mais il ne s'agit que de coquilles vides, remplaçables et sans valeur propre, le véritable outil de travail étant les bases de données et logiciels auxquels les salariés accèdent et sur lesquels l'employeur gardera sa mainmise. D'ailleurs, la jurisprudence pénale a récemment évolué en ce sens qu'elle considère que les données informatiques constituent une véritable « propriété » de l'employeur et que le salarié se rend coupable de vol s'il les copie.

Lorsque ces outils, matériels ou virtuels, sont fournis ou mis à disposition par le patron, il s'agit d'un indice en faveur d'une relation salariale, étant donné qu'un indépendant travaille en principe avec son propre matériel, s'approvisionne lui-même en marchandises et garde la mainmise sur ses données informatiques. Le travailleur qui recourt à ses propres outils et fournit les marchandises nécessaires pour exécuter le travail, gagne de ce fait une certaine indépendance. Même si le fait qu'une personne soit propriétaire de ses outils de travail et achète la matière première n'est pas nécessairement décisif⁹¹ et n'exclut pas nécessairement la qualité de salarié (notamment si leur valeur est modeste⁹²), il s'agit néanmoins d'un fort indice pour infirmer le lien de subordination.

La Cour rappelle que « dans le cadre d'une relation de travail, l'employeur fournit normalement au salarié les éléments nécessaires à l'accomplissement de la prestation et son autorité s'estompe si le matériel est la propriété du travailleur qui en dispose à son gré »⁹³; dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un chauffeur de taxi conduisant sa propre voiture, la Cour estimant qu'« on ne peut que difficilement s'imaginer que le chauffeur de taxi qui exerce son métier à bord de sa propre voiture, accepte l'autorité de

⁹⁰ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 40.

⁹¹ CSJ, 3e, 28 janvier 1999, 22192.

⁹² CAAS, 6 novembre 1965, n° 206 A II 8/59 (« matériel modeste »).

⁹³ CSJ, 8e, 24 juin 2010, 33520, Répertoire II.1.2.5. ; voir aussi TT Lux., 17 octobre 1986, n° 2979/86. : « dans le contrat de travail, l'employeur fournit normalement au salarié les éléments nécessaires à l'accomplissement de la prestation et son autorité s'estompe si le matériel est la propriété du travailleur dont il dispose à son gré »

quelqu'un dans l'exercice de son métier ». Il a aussi été relevé qu'un salarié ne fournit en principe pas le local dans lequel il est censé prester son travail⁹⁴.

L'indépendant est « propriétaire » de sa clientèle ; le salarié travaille pour compte des clients de son employeur (voir cependant → I.434). Le fait d'obtenir des commissions pour l'apport de nouveaux clients est un élément en faveur de l'indépendance⁹⁵.

34. Salaire. La rémunération en soi n'est pas caractéristique du salariat⁹⁶, vu qu'elle existe dans tout contrat à titre onéreux. Le montant de la rémunération n'est pas non plus à lui seul déterminant, puisqu'un salaire ou un prix de vente peuvent être librement négociés. Il mérite cependant un regard critique, étant donné que le salaire d'un salarié n'a pour objet que de rémunérer la prestation de travail qu'il fournit. Le prix facturé par un indépendant par contre est censé englober, au-delà de la valeur de la prestation à proprement parler, d'autres éléments, tels le matériel et les frais, l'amortissement des équipements, les frais d'administration de l'entreprise, des réserves pour compenser les impayés, etc. Le salarié n'ayant en principe pas de frais à couvrir, sa rémunération (horaire ou à la pièce) devrait être inférieure à celle de l'indépendant, dont la rémunération doit tenir compte du risque entrepreneurial, de la responsabilité éventuellement engendrée par son activité, les impayés d'une partie de la clientèle, les charges administratives et frais relatifs à son propre matériel, locaux et équipements.

Même si une rémunération à la pièce ou au rendement se conçoit en droit du travail⁹⁷ (→ Tome II), le salariat se caractérise cependant en général par une certaine constance de la rémunération, tant au niveau du montant qu'au niveau de la régularité – en principe mensuelle – du paiement. Le salarié n'est en principe pas intéressé par le résultat économique de son travail, si ce n'est un intéressement partiel à travers des primes de rendement ou de participation au chiffre d'affaires. L'indépendant par contre est entièrement tributaire quant à sa rémunération du résultat de son travail; elle ne dépend pas ou pas entièrement du nombre d'heures prestées. Sa rémunération est le plus souvent irrégulière. L'indépendant n'est pas rémunéré en l'absence de prestation de travail, notamment durant ses congés ou maladies.

Selon un arrêt, la rémunération à la tâche, c'est-à-dire à la commission ou au pourcentage, est peu pertinente à la reconnaissance de la qualité de salarié, mais bien plutôt à celle d'un indépendant, ce d'autant plus si l'importance de la rémunération est conséquente⁹⁸. Inversement il a aussi été jugé que le fait que le salarié ait été rémunéré sur base de commissions est sans incidence sur la question de l'existence d'un contrat de travail⁹⁹.

35. Modalités de paiement. Le fait d'émettre des factures plaide en faveur d'un travail indépendant¹⁰⁰. Le salarié quant à lui reçoit en général une fiche de salaire. Ainsi,

⁹⁴ CSJ, 3e, 6 avril 2017, 43152, Répertoire III.3.2.

⁹⁵ CSJ, 3e, 17 février 2005, 27313, Répertoire II.1.2.6.

⁹⁶ CSJ, 4 janvier 2001, 24644; CSJ, 29 janvier 2004, 22342; CSJ, 8e, 20 novembre 2008, 33406.

⁹⁷ CSJ, 26 mars 1998, 2131: « Au regard de l'existence d'un contrat de travail, le mode de rémunération, y compris sa dénomination, ne constituent pas des critères exclusifs et décisifs, un salarié pouvant suivant les cas être rémunéré au temps, à la tâche, à la commission ou au pourcentage ».

⁹⁸ CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire II.1.2.1.

⁹⁹ CSJ, 3e, 24 octobre 1996, 18511, Répertoire II.1.2.3.

¹⁰⁰ CSJ, 8e, 17 décembre 2009, 33736, Répertoire II.1.2.6.

l'émission régulière de fiches de salaire plaide en faveur du statut de salarié¹⁰¹, l'absence de fiche de salaires plaide en défaveur de ce statut¹⁰². Inversement, si le prestataire est payé sur base d'une facture, il sera probablement qualifié d'indépendant¹⁰³.

L'indépendant paye ses propres cotisations sociales et avances fiscales. Le salarié fait l'objet de retenues pour charges sociales et fiscales; l'employeur doit payer sa part des cotisations sociales. Contrairement au travailleur subordonné, l'indépendant facture la TVA. Le salarié est payé spontanément par l'employeur; le client ne paye l'indépendant qu'après y avoir été invité par une facture.

36. Indépendance financière. Ce qui caractérise la relation de travail c'est que « l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise » (L. 121-9), ce qui inclut en particulier les risques financiers. Le contrat de travail se distingue ainsi d'autres contrats par le fait que le salarié n'assume pas les risques de l'activité économique. La Cour d'Appel a retenu en 1927 que « la participation aux pertes, qui est de l'essence de la société, est incompatible avec le contrat de louage de services où l'employé ne peut s'engager au-delà de son travail. Si l'employé s'oblige à combler les déficits d'entreprise, il s'agit en réalité d'un contrat d'association »¹⁰⁴.

Le salarié perçoit une rémunération qui, en principe, est indépendante de la plus-value générée par sa prestation de travail. Il n'est pas appelé à bénéficier du chiffre d'affaires; il n'assume pas non plus de risques et n'est pas tenu de participer aux pertes éventuellement générées par son activité. Même si des salaires variables peuvent être stipulés, la garantie du salaire minimum, légal ou conventionnel, lui est acquise.

L'autonomie financière de l'indépendant se caractérise inversement par le fait qu'il affecte librement la rémunération qu'il perçoit. Si les affaires tournent bien, il en bénéficie directement. Par contre, il supporte également les pertes économiques de son entreprise. L'indépendance financière peut également porter sur la prise en charge des frais générés par la prestation de travail. En effet, même s'il ne s'agit pas d'un critère décisif¹⁰⁵, le remboursement de frais est un élément en faveur d'une relation subordonnée¹⁰⁶. L'indépendant est censé avoir intégré tous les frais dans le prix global qu'il facture à son client.

Il s'agit au final d'analyser à qui profite le travail et de savoir si le prestataire travaille pour son entreprise ou pour celle de son client-employeur. Par contre, le fait qu'il existe une dépendance économique entre deux partenaires contractuels ne permet pas de conclure à l'existence d'une relation de travail¹⁰⁷. Un indépendant peut souhaiter avoir plusieurs clients, mais de fait travailler pour un seul client dont il dépend par conséquent économiquement. Inversement, la survie économique d'un employeur peut

¹⁰¹ CSJ, 3e, 8 juin 2000, 22283; CSJ, 3e, 27 février 2003, 26541; CSJ, 3e, 30 octobre 2003, 26602 et 26862; CSJ, 3e, 24 mai 2007, 30644; CSJ, 3e, 1 mars 2007, 31354; CSJ, 3e, 17 avril 2008, 32969; CSJ, 3e, 2 avril 2009, 33010; CSJ, 28 octobre 2004, 28908.

¹⁰² CSJ, 14 mai 1993, n° 1856/93.

¹⁰³ CSAS, 5 février 2001, n° 2001/0011.

¹⁰⁴ CSJ, 27 avril 1927, Pas. 11, 348.

¹⁰⁵ CSJ, 29.1.2004, n° 22342; CSJ, VIIIe, 14.6.2007, n° 31341.

¹⁰⁶ CSJ, 20.10.1994; CSJ, IIIe, 27.2.2003, n° 26541; CAAS, 18.10.2004.

¹⁰⁷ CSJ, 20 octobre 1994, RIPPINGER c/ D.A.S. Luxembourg S.A. : « Il est vrai que les dispositions ... du contrat du 1er juillet 1987 ont pour conséquence la dépendance économique de l'agent. A défaut d'être liée à une subordination juridique, cette dépendance économique ne confère cependant pas la qualité de salarié à l'agent ».

très largement reposer sur un salarié, telle la société qui a embauché un directeur qui est le seul à connaître les ficelles du métier et à avoir le contact avec la clientèle.

37. Affiliation à la sécurité sociale. Tout comme le contenu du contrat de travail, la qualité dans laquelle une personne est affiliée auprès de la sécurité sociale n'est pas déterminante, mais peut¹⁰⁸ tout au plus servir à titre de présomption¹⁰⁹; il s'agit d'une preuve admissible, mais non suffisante¹¹⁰. Une affiliation comme indépendant ou le fait que la personne paye elle-même ses cotisations sociales sont un indice en faveur d'un travail indépendant¹¹¹.

2. SPORTIFS ET ENTRAÎNEURS

38. Législation dérogatoire. La question du statut juridique des sportifs et entraîneurs exerçant dans des clubs sportifs avait donné lieu à une jurisprudence nombreuse et variée¹¹². Par une intervention législative de 2005¹¹³, une règle dérogatoire a été fixée qui soustrait un grand nombre de ces personnes au champ d'application du droit du travail.

Par cette disposition, le législateur a expressément limité le champ d'application du droit du travail en en excluant certains contrats qui, d'après le droit commun, seraient à qualifier de contrat de travail¹¹⁴. Cette règle n'est pas d'ordre public; les parties peuvent décider d'un commun accord de soumettre leur contrat au régime du droit du travail même s'il tombe sous l'exception légale¹¹⁵.

Art. L. 121-1 al. 2. Par dérogation à l'alinéa qui précède, ne sont pas à considérer comme salariés ceux qui exercent une activité d'entraîneur ou de sportif en exécution d'un contrat qu'ils concluent avec une fédération agréée ou un club affilié, lorsque cette activité se déroule dans les deux circonstances cumulatives suivantes:

– l'activité en question n'est pas exercée à titre principal et régulier, et

¹⁰⁸ CSJ, 8e, 9 décembre 2004, 28637, Répertoire II.1.2.6. : L'affiliation auprès des organismes de sécurité sociale et la perception d'un salaire ne sont pas pertinents, dès lors que ces éléments ne caractérisent pas l'assujettissement résultant du lien de subordination juridique. CSJ, 3e, 25 juin 2015, 40805, Répertoire II.1.3.3. : L'affiliation au Centre Commun de la Sécurité Sociale n'est pas déterminante, dès lors que cette affiliation n'est rien d'autre qu'une déclaration de la société et ne constitue pas une preuve de l'exercice réel d'une activité salariée, surtout si le demandeur a payé lui-même ses cotisations.

¹⁰⁹ CSJ, 8e, 14 juillet 2011, 36396, Répertoire II.1.2.7. : Si l'affiliation à la Sécurité Sociale peut constituer une présomption en faveur de l'existence d'un contrat de travail, il faut néanmoins qu'elle soit corroborée par d'autres éléments faisant apparaître un lien de subordination.

¹¹⁰ CSJ, 3e, 14 décembre 2000, 23104, Répertoire II.1.2.6. : L'affiliation à la sécurité sociale peut être prise en considération comme étant un indice potentiellement révélateur avec d'autres, qu'il est censé corroborer, de la volonté des parties.

¹¹¹ CSJ, 8e, 17 décembre 2009, 33736, Répertoire II.1.2.6.

¹¹² Voir les jurisprudences antérieures à 2005 dans le titre II.1.2.4. du Répertoire.

¹¹³ Loi du 3 août 2005 concernant le sport.

¹¹⁴ CSJ, 3e, 17 mars 2016, 37888, Répertoire II. 1.2.4.

¹¹⁵ Cour constitutionnelle, 25 mars 2011, n° 62, Répertoire II. 1.2.4. : « Considérant qu'à partir des négations contenues dans l'alinéa 2 de l'article L.121-1 du Code du travail et du principe d'interprétation stricte ci-avant dégagé, sont à considérer comme faisant partie de la catégorie des sportifs salariés, outre ceux expressément soumis par les parties au statut de salarié, non seulement ceux dont l'activité d'entraîneur ou de sportif ne se déroule dans aucune des deux circonstances cumulatives précitées, mais encore ceux qui exercent leur activité suivant une des deux circonstances énoncées sans que l'autre ne soit remplie; »

— l'indemnité versée en exécution du contrat ne dépasse pas par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel.»

39. Justification de la dérogation. En introduisant cette exception, le législateur a voulu tenir compte « de la pratique et des particularités du domaine sportif », et il a souhaité « exclure du champ d'application de la loi des personnes qui n'étaient pas initialement visées par cette législation. La majorité des entraîneurs et autres signataires d'un contrat avec une fédération ou un club, exercent à titre principal une autre activité rémunérée »¹¹⁶.

La Cour Constitutionnelle a été saisie pour statuer sur la conformité de cette distinction au principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Elle a validé la dérogation en considérant que la différenciation entre les sportifs et entraîneurs qui font de leur activité le support principal des revenus pour vivre et les autres est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée¹¹⁷. Il reste néanmoins qu'il s'agit d'une mesure à forte coloration politique destinée à favoriser le domaine sportif, alors que d'autres secteurs pourraient faire valoir des arguments tout aussi valables pour bénéficier d'une dérogation. La justification qui a été avancée pour cette intervention législative paraît en effet plus que douteuse. Ainsi il paraît que « les clubs et les fédérations ne doivent pas être prisonniers d'un contrat avec un entraîneur lorsque celui-ci ne donne pas ou plus satisfaction »¹¹⁸. Or, jusqu'ici, la situation économique ou le secteur d'activité de l'employeur n'a jamais été une excuse valable pour se soustraire aux obligations du droit du travail – les associations sans but lucratif à vocation culturelle ou les organismes de bienfaisance pourraient invoquer le même argument pour ceux qui travaillent chez eux en parallèle avec un emploi principal.

40. Conditions. Il faut tout d'abord vérifier si l'entraîneur ou le sportif reçoit une contrepartie, en nature ou en argent, pour sa prestation. Si tel n'est pas le cas, la question d'une qualification en contrat de travail ne se pose pas, le pur bénévolat étant exclu du champ d'application du droit du travail (→ I.18).

Pour que la dérogation joue, la loi impose d'abord des conditions quant à la qualité des parties : **(a)** L'un des contractants doit être soit un entraîneur, soit un sportif. N'est pas concerné par exemple le contrat d'un masseur, médecin, infirmier ou gestionnaire administratif exerçant dans le club. **(b)** L'autre contractant doit être une « fédération agréée » ou un « club affilié ». L'exception ne vise donc par exemple pas des salles de fitness exploitées dans un but commercial. La loi sur le sport souligne que « le mouvement sportif est constitué des fédérations agréées avec leurs clubs affiliés, ainsi que de leur organe central qui est le Comité olympique et sportif luxembourgeois, en abrégé C.O.S.L. »¹¹⁹. Pour être agréée, une fédération doit être représentative au niveau national des activités sportives ou à vocation sportive qu'elle couvre et qui sont reconnues sur le plan international. Elle doit rapporter la preuve de sa viabilité. Une seule fédération par sport ou groupe d'activités similaires ou apparentées est agréée.

La loi impose ensuite deux autres critères, qui doivent être remplis de manière cumulative¹²⁰. Il incombe à celui qui dénie la qualité de salarié d'établir ces deux

¹¹⁶ Projet de loi n° 4766, Rapport de la Commission de l'économie, de l'énergie, des postes et des sports du 5 juillet 2005, p. 18.

¹¹⁷ Cour constitutionnelle, 25 mars 2011, n° 62, Répertoire II. 1.2.4.

¹¹⁸ Projet de loi n° 4766, Commentaire des articles, ad article 22.

¹¹⁹ Art. 2 (1) de la loi du 3 août 2005 concernant le sport.

¹²⁰ Cour constitutionnelle, 25 mars 2011, n° 62, Répertoire II. 1.2.4.

conditions cumulatives¹²¹. **(a) Activité non exercée à titre principal et régulier.** En exigeant que l'activité en question ne soit pas exercée à titre principal et régulier, le législateur a entendu que cette activité ne doit pas être destinée à procurer à l'entraîneur ou au sportif les revenus nécessaires pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille; il ne suffit pas que le sportif ou l'entraîneur en retire simplement des revenus¹²². **(b) Plafond de rémunération.** L'indemnité versée en exécution du contrat ne doit pas dépasser par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel. En l'absence de précision, il y a lieu de se référer au SSM non-qualifié. Il a été jugé qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'une prime unique versée en échange de l'engagement de se lier au club pendant plusieurs saisons¹²³. A propos d'un entraîneur de golf, il a été décidé que l'argent qui n'est pas payé par le club, mais directement par les membres (prix des leçons) n'est pas à prendre en considération¹²⁴.

41. Conséquences si les critères sont remplis. Si les critères sont remplis, la personne n'est pas à qualifier de « salarié » et, selon l'article L. 121-1, le contrat n'est pas régi par le titre II du Livre 1^{er} du Code du travail. De manière générale, toutes les dispositions applicables aux « salariés » ne bénéficieront pas au sportif ou à l'entraîneur concerné. Le contrat sera par conséquent un contrat de nature civile relevant de la compétence des juridictions civiles. Il faut toutefois rappeler que le droit européen contient sa propre définition du salarié et que certains volets de la législation sociale pourraient ainsi s'appliquer s'il y a un lien de subordination (par exemple concernant la durée de travail, le droit au congé annuel de 4 semaines, la sécurité et la santé au travail).

42. Conséquences si les critères ne sont pas remplis. Si les critères de la dérogation ne sont pas remplis, cela ne signifie pas automatiquement qu'il y a contrat de travail¹²⁵; c'est le droit commun qui s'appliquera. Il y a donc lieu de recourir aux indices généraux pour déterminer s'il y a subordination ou non. Une simple sujétion horaire¹²⁶, ainsi que le fait de devoir respecter les consignes du club¹²⁷ ou des règles de discipline¹²⁸ ne sont en général pas considérés comme éléments suffisants pour caractériser la subordination. Des instructions quant aux rapports avec les autres joueurs et les dirigeants et entraîneurs, d'une part, et concernant la présence et l'état physique du joueur d'autre part, relèvent des règles de discipline régissant toute activité associative et dans une plus

¹²¹ CSJ, 8e, 10 janvier 2013, 37888, Répertoire II. 1.2.4.; CSJ, 3e, 17 mars 2016, 37888, Répertoire II.1.2.4.; CSJ, 3e, 10 novembre 2016, 43043, Répertoire II.1.2.4. : La preuve que les deux conditions cumulatives prévues par l'article L.121-1 infine sont remplies incombe à la partie qui s'en prévaut.

¹²² CSJ, cassation, 8 mai 2014, n° 51/14, n° 3343 du registre, Répertoire II.1.2.4.

¹²³ CSJ, 8e, 28 février 2013, 38342, Répertoire II.1.2.4.

¹²⁴ CSJ, 3e, 10 novembre 2016, 43043, Répertoire II.1.2.4.

¹²⁵ CSJ, 8e, 9 février 2017, 42693, Répertoire II.1.2.4. : Le fait que les conditions dérogatoires prévues par l'article L. 121-1 ne soient pas remplis ne permet pas d'en déduire automatiquement l'existence d'un lien de subordination entre les parties au litige. L'existence d'un contrat de travail reste à établir, face aux contestations de la partie adverse, par celui qui s'en prévaut.

¹²⁶ CSJ, 8e, 6 janvier 2005, 28778, Répertoire II.1.2.4.; cette décision a retenu que même une affiliation comme ouvrier et une référence au 'contrat de travail' dans la lettre de licenciement ne sont pas des éléments suffisants.

¹²⁷ CSJ, 3e, 26 mars 1998, 21131, Répertoire II.1.2.4.; CSJ, 8e, 25 mars 2004, 28212, Répertoire II.1.2.4.

¹²⁸ CSJ, 3e, 28 janvier 1999, 22192, Répertoire II.1.2.4.; CSJ, 3e, 8 mars 2007, 31067, Répertoire II.1.2.4.; CSJ, 3e, 22 avril 2004, 27606, Répertoire II.1.2.4.

forte mesure, une activité dans une association sportive en quête de bons résultats sportifs¹²⁹. Pour un cycliste professionnel, il a été décidé que l'obligation de justifier des entraînements, l'obligation de participer aux événements et un engagement d'exclusivité ne sont pas des indices suffisants pour une relation de travail¹³⁰.

43. Autres contrats dans le domaine sportif. Pour un entraîneur exerçant dans une salle de sport, rémunéré directement par les clients mais devant respecter certains tarifs, prévenir en cas d'absence et rétrocéder une indemnité forfaitaire, il a été décidé qu'il n'y a pas de relation de travail¹³¹. Pour un contrat destiné à la promotion de la carrière d'une joueuse professionnelle de tennis, il a été décidé qu'il ne s'agit pas d'un contrat de travail, essentiellement parce que ce contrat prévoyait que les décisions sont prises d'un commun accord entre la joueuse et son manager¹³². Pour un masseur embauché par un club sportif, tout lien de subordination a été infirmé, bien que le club ait pris en charge le matériel de travail et que le masseur ait été soumis à des contraintes horaires¹³³.

44. Autres dérogations pour sportifs et entraîneurs. Relevons que les sportifs et entraîneurs font encore partie de ceux pour lesquels le recours au CDD est facilité (→ I.517), et que les CDD peuvent être renouvelés un nombre indéterminé de fois sans limitation de durée (L. 122-5 (3) point 7.). Les sportifs s'adonnant à une autre activité salariée peuvent le cas échéant bénéficier d'un congé sportif (L. 234-9).

44. à 49. – Réservés.

CHAPITRE 2. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES ET CONTRATS ATYPIQUES

SECTION 1. – RELATIONS CONTRACTUELLES SPÉCIFIQUES

50. Contexte. Si le « contrat de travail » se définit par l'exercice d'une activité rémunérée et subordonnée, et que le contrat à durée indéterminée est le contrat-type, il existe cependant toute une série d'autres formes de contrats « d'emploi » prévoyant une prestation de travail rémunérée et subordonnée. Certains de ces contrats sont des « contrats de travail » au sens du Code du travail, même si quelques règles complémentaires s'appliquent. D'autres par contre ne sont pas considérés comme tels, de sorte que les règles exposées dans cet ouvrage ne s'appliquent pas ou que très partiellement. Une description détaillée des différentes relations d'emploi dépasserait le cadre de cet ouvrage. De toute manière, une telle description se limiterait en général à une reprise du texte de loi, puisque ces contrats ne donnent que très rarement lieu à des affaires judiciaires et donc à des jurisprudences intéressantes. Selon le texte du « pilier social européen », les formes de travail innovantes qui assurent des conditions de travail de qualité sont encouragées.

¹²⁹ CSJ, 3e, 24 mars 2005, 29163, Répertoire II.1.2.4.; CSJ, 3e, 16 juin 2005, 29794, Répertoire II.1.2.4.

¹³⁰ CSJ, 8e, 9 février 2017, op.cit.

¹³¹ CSJ, 8e, 26 avril 2012, 36286, Répertoire II.1.2.4.

¹³² CSJ, 8e, 14 juin 2007, 31341, Répertoire II.1.2.4.

¹³³ CSJ, 3e, 28 janvier 1999, 22192, Répertoire II.1.2.4.

Le droit européen cherche à ainsi à encadrer les nouvelles formes de travail, en soutenant leur développement, mais aussi en limitant les abus si l'atypicité se résume à priver les salariés de leurs droits et à les précariser. Ainsi, des directives anciennes encadrent le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel et le travail intérimaire. Une récente proposition de directive « relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne »¹³⁴ cherche également à cadrer ces nouvelles formes de travail, d'un côté en assurant au travailleur la transparence quant à ses conditions de travail par un droit à l'information, et d'un autre côté en posant des restrictions à certaines clauses contractuelles pour « garantir un niveau élémentaire de protection universelle », les travaux préparatoires estimant toutefois que la perte de flexibilité pour les employeurs ne serait que marginale.

51. Contrat de travail à proprement parler. Constituent des contrats de travail au sens classique : **(a)** Le contrat à durée indéterminée (CDI) est le contrat de travail par défaut (→ I.502), entièrement régi par le Code du Travail. **(b)** Le contrat à durée déterminée (CDD) est un contrat de travail au même titre que le CDI. Soumis aux règles du Code du travail, son usage est cependant restreint par la loi (→ I.512). **(c)** Le « contrat à l'essai » n'est pas une forme particulière de contrat, mais uniquement une phase initiale d'un contrat de travail ordinaire. **(d)** Contrairement au droit du travail belge¹³⁵, un « contrat de travail domestique » n'existe pas en tant que tel; le personnel domestique fait cependant l'objet de quelques règles dérogatoires en droit du travail (→ I.156) et en droit de la sécurité sociale.

52. Contrats qui ne sont pas des contrats de travail. Ne qualifient pas de contrat de travail : **(a)** Evidemment tous les cas de véritable travail indépendant, notamment le contrat d'agent commercial indépendant dont question ci-après. **(b)** Le contrat d'apprentissage n'est pas un contrat de travail¹³⁶. Il est soumis à un régime propre défini aux articles L.111-1 et suivants. **(c)** Le contrat de stage. La jurisprudence reconnaît la validité de contrats de stage¹³⁷. Par référence à l'article L. 151-1 al. 2 il pourrait être défini comme étant l'occupation « à caractère essentiellement éducatif ». Les contrats de stage devraient être d'une durée raisonnable¹³⁸. Les stagiaires sont le cas échéant à considérer comme 'travailleurs' au sens du droit européen, notamment s'ils sont rémunérés. Il existe par ailleurs une recommandation européenne sur les stages¹³⁹. Elle conseille notamment qu'un écrit soit dressé reprenant les principales conditions de travail, qu'un maître de stage soit désigné et que le stage soit d'une durée raisonnable ne dépassant en principe pas 6 mois. Il s'agit de proposer des stages de qualité pour qu'ils remplissent leur fonction de porte d'accès au travail, et d'éviter que les stagiaires ne servent de main-d'œuvre bon-marché, voire non rémunérée. **(d)** Les contrats

¹³⁴ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final. Cette directive est censée prendre la relève de la directive 91/533/CEE qui poursuivait un objectif similaire. Elle ne se limite cependant pas seulement à obliger l'employeur à fournir certaines informations aux salariés, mais comporte des règles de fond concernant les relations contractuelles entre employeur et salarié.

¹³⁵ Art. 5 de la loi belge sur les contrats de travail.

¹³⁶ Voir la jurisprudence sur le contrat d'apprentissage dans le Répertoire II.6.; sur l'histoire du droit du travail, n° 473.

¹³⁷ CSJ, 8e, 17 septembre 2009, 34024, Répertoire II.8.

¹³⁸ Point 5 du pilier social européen (en projet).

¹³⁹ Recommandation du Conseil sur relative à un cadre de qualité pour les stages, 10 mars 2014.

spécifiques en matière de politique de l'emploi dont peuvent bénéficier des demandeurs d'emploi, notamment le contrat d'appui-emploi (L. 543-1) et le contrat d'initiation à l'emploi (L. 543-14) ne sont pas des contrats de travail; l'application des règles générales sur le contrat de travail est explicitement exclue (L. 543-6; L. 543-22 (1))¹⁴⁰. Néanmoins, ces travailleurs ont droit à un minimum de rémunération et certaines garanties fondamentales. Si d'antan on distinguait entre les demandeurs d'emploi et les salariés, ces nouveaux contrats créent des situations transitoires entre emploi et recherche d'emploi. **(e)** Le travail agricole à salaire différé (descendants d'un exploitant agricole ou viticole participant à l'exploitation à titre d'occupation principale) donne droit à rémunération, tout en étant explicitement exclu de la législation sur le contrat de travail¹⁴¹. **(f)** Le service volontaire des jeunes est explicitement exclu du champ d'application du Code de travail; il s'agit de projets de service volontaire relevant du travail social et éducatif, de la culture, du tourisme, du sport, de la protection de l'environnement ou de l'engagement pour la paix, permettant aux jeunes de développer la solidarité et de promouvoir leur citoyenneté active¹⁴². Il est précisé qu'il n'existe pas de lien de subordination entre le volontaire et l'organisation dans laquelle il travaille. **(g)** Depuis 2013, le droit luxembourgeois régit l'accueil de jeunes au-pair¹⁴³. On entend par accueil au pair le séjour temporaire au sein d'une famille, en contrepartie de légères tâches courantes d'ordre familial, de jeunes venus de l'étranger en vue de perfectionner leurs connaissances linguistiques et d'accroître leur culture générale par une meilleure connaissance du pays de séjour, en les encourageant à participer aux activités culturelles du pays. La prestation de travail ne doit pas être la finalité principale du contrat. La durée de travail est limitée à une moyenne de 5 heures par jour et de 30 heures par semaine. Une famille ne peut accueillir qu'un seul jeune au pair à la fois. Un agrément ministériel préalable est exigé. Si ces conditions sont réunies, la loi précise que les dispositions du Code du Travail ne s'appliquent pas.

53. Travail intérimaire. Le travail intérimaire s'est développé au Luxembourg, comme dans la plupart des pays d'Europe, notamment en raison de la pénurie de main-d'œuvre dans la période de forte croissance des années 60¹⁴⁴. La première entreprise de travail intérimaire s'est établie au Luxembourg en 1968¹⁴⁵. Il faudra cependant attendre jusqu'en 1994 pour que cette forme de travail soit dotée d'un cadre juridique visant à protéger les intérimaires en leur accordant, autant que possible, les droits reconnus aux travailleurs permanents¹⁴⁶. Le travail intérimaire concerne majoritairement les hommes (80%) et les frontaliers (70%); il affiche d'importantes fluctuations saisonnières¹⁴⁷. Il est particulièrement présent dans les secteurs de l'industrie et de la construction; il est plus

¹⁴⁰ Voir aussi les jurisprudences dans Répertoire XXII.1.3.3.1.

¹⁴¹ Art. 7 de la loi du 9 juin 1964 concernant le travail agricole à salaire différé.

¹⁴² Art. 1 et 2 de la loi du 31 octobre 2007 sur le service volontaire des jeunes.

¹⁴³ Loi du 18 février 2013 sur l'accueil de jeunes au pair.

¹⁴⁴ Projet de loi n° 3346 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre, Exposé des motifs, p. 1.

¹⁴⁵ Projet de loi n° 3346 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi, 12 avril 1994, p. 1; Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 1.

¹⁴⁶ Loi du 19 mai 1994 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre.

¹⁴⁷ Panorama social 2017, p. 93.

présent dans les grandes entreprises, et plus fréquent dans les entreprises qui pratiquent des salaires qui sont en-dessous de la moyenne du secteur¹⁴⁸. La durée moyenne des missions est de 17 jours¹⁴⁹.

La mise à disposition de salariés à des tiers est en principe interdite (→ Tome II); seules les entreprises de travail intérimaire sont autorisées à y procéder de manière systématique. Le travail intérimaire est réglementé par une directive européenne¹⁵⁰; les dispositions nationales figurant aux articles L. 131-1 et suivants du code du travail étant cependant plus restrictives. L'objectif de la loi encadrant le travail intérimaire a été triple : protéger les travailleurs intérimaires en leur accordant, autant que possible, les droits reconnus aux travailleurs permanents; privilégier l'emploi permanent et diminuer les abus du recours au travail intérimaire; garantir le sérieux et la qualité des entreprises de travail intérimaire¹⁵¹.

Toute entreprise de travail intérimaire doit obtenir diverses autorisations administratives (L. 131-2s.), dont l'objectif est de garantir non seulement que les responsables présentent les garanties nécessaires d'honorabilité et de qualification professionnelle, mais également d'assurer que l'entreprise dispose d'une garantie financière suffisante (donnée par un établissement bancaire, financier ou d'assurance) pour pouvoir payer tous salaires, accessoires et indemnités.

Contrairement au CDD, pour lequel le droit européen impose des restrictions du champ d'application (notamment que le recours au CDD doit être objectivement justifié), l'approche européenne en matière de travail intérimaire est inverse en ce que les restrictions que les législateurs nationaux imposent à cette forme de travail doivent être justifiées par un intérêt général¹⁵²; les nombreux aspects positifs de cette forme de travail tant pour les salariés que pour les entreprises ont en effet été mis en avant¹⁵³ – vision qui est loin d'être partagée par tous. En dépit de cette approche différente, le Luxembourg a choisi de calquer l'encadrement du recours au travail intérimaire sur le régime du CDD. Les cas d'ouverture, les règles relatives au renouvellement et à la période d'attente sont les mêmes. La seule différence majeure consiste dans la durée maximale admissible, qui n'est que de 12 mois et non de 24 mois (L. 131-8 (2)).

Etant donné que le but du législateur est d'éviter que les travailleurs ne s'enlisent dans la précarité, l'intérimaire ne peut être empêché d'être embauché auprès de l'entreprise utilisatrice et doit même être explicitement informé de ce droit par une mention au contrat; ainsi, sont nulles les clauses par lesquelles l'intérimaire s'engagerait à ne pas être débauché (L. 131-6 (1) al. 4), ainsi que celles par lesquelles l'entreprise utilisatrice se verrait interdire une telle embauche (L. 131-4 (3)). Les intérimaires sont aussi censés être informés des postes permanents disponibles au sein de l'entreprise utilisatrice, pour

¹⁴⁸ GENEVOIS Anne-Sophie, *Le travail intérimaire dans les entreprises implantées*, CEPS/Instead, Population & Emploi, Cahier n° 6/2013.

¹⁴⁹ GENEVOIS Anne-Sophie, *op. cit.*

¹⁵⁰ Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

¹⁵¹ Projet de loi n° 3346, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi du 12 avril 1994, p. 2.

¹⁵² Art. 4 (1) de la Directive 2008/104/CE.

¹⁵³ Considérant n° 11 de la Directive 2008/104/CE : « Le travail intérimaire répond non seulement aux besoins de flexibilité des entreprises mais aussi à la nécessité de concilier la vie privée et la vie professionnelle des salariés. Il contribue ainsi à la création d'emplois ainsi qu'à la participation et à l'insertion sur le marché du travail ».

leur donner l'occasion de poser leur candidature (→ I.307). Un accord selon lequel l'intérimaire redevrait une rémunération à l'agence pour le placement permanent dans l'entreprise utilisatrice n'est pas valable; une compensation raisonnable peut être convenue entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail intérimaire¹⁵⁴.

Un contrat de mise à disposition est à signer pour chaque salarié individuellement entre l'entreprise de travail intérimaire et le salarié (L. 131-4); il s'agit d'un contrat de nature commerciale dont les litiges relèvent du tribunal de commerce¹⁵⁵. Un contrat de mission doit être signé entre l'entreprise de travail intérimaire et le salarié intérimaire; selon le Code, ce contrat « est réputé contrat de travail; nulle preuve n'est admise contre cette présomption » (L. 131-6). Cette présomption semble toutefois donner peu de sens, puisqu'il est tout à fait légal de conclure des contrats portant sur des experts ou conseillers indépendants. En pratique, un problème de qualification peut toujours se poser.

Le contrat de mission peut comporter une période d'essai (L. 131-7), qui est cependant nettement inférieure à celle admissible pour les contrats de travail ordinaires puisqu'elle se limite à quelques jours.

Pendant la durée de la mission, les responsabilités patronales sont scindées. L'entreprise utilisatrice est seule responsable du respect des conditions de sécurité, d'hygiène et de santé au travail, du respect des règles relatives aux conditions de travail et à la protection des salariés dans l'exercice de leur profession (L. 131-2). L'entreprise de travail intérimaire reste seule responsable du salaire et des charges sociales et fiscales.

Les travailleurs intérimaires bénéficient d'un principe d'égalité de traitement. Aux termes de la directive européenne, « pendant la durée de leur mission auprès d'une entreprise utilisatrice, les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires sont au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise pour y occuper le même poste »¹⁵⁶. Si la directive prévoit de multiples possibilités pour déroger à cette égalité de traitement, le Luxembourg n'en a pas fait usage. Ainsi, le salaire du salarié intérimaire ne peut être inférieur à celui auquel pourrait prétendre, après période d'essai, un salarié de même qualification ou de qualification équivalente embauché dans les mêmes conditions comme salarié permanent par l'utilisateur (L. 131-13 (1)). En l'absence de salarié de référence, il y a lieu de se référer à la convention collective de la branche, voire même aux salariés équivalents d'autres entreprises. Cette règle de l'égalité des salaires pour les travailleurs intérimaires a été instaurée malgré une forte opposition, notamment du patronat¹⁵⁷. Il a été soulevé notamment que « le salaire d'une personne occupée par un

¹⁵⁴ Art. (2) et (3) de la Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

¹⁵⁵ Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

¹⁵⁶ Art. 5 (1) de la Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

¹⁵⁷ Projet de loi n° 3346, Avis de la Chambre de Commerce du 29 septembre 1992 : « L'article 13, en introduisant la parité de rémunération entre le travailleur intérimaire et le travailleur permanent après période d'essai, crée une barrière injustifiée au travail intérimaire qui risque de signifier la fin économique de cette forme de travail. ... Les garanties de rémunération sont à exprimer par rapport au salaire social minimum, ou par rapport à des conventions collectives éventuellement applicables dans la branche de l'intérimaire »; Projet de loi n° 3346, Avis de la Chambre des métiers, p. 7 : « la règle de l'égalité des salaires et traitements entre les travailleurs intérimaires et

contrat à durée indéterminée par une entreprise ne peut pas être automatiquement identique avec un salaire qu'un travailleur intérimaire touche de la part de l'établissement à travail intérimaire, même si le titre de qualification professionnelle (diplôme ou expérience professionnelle) serait le même. En effet, un salaire ou traitement n'est pas exclusivement déterminé en fonction d'une qualification professionnelle d'un salarié mais également en fonction de l'efficacité, de la flexibilité et donc de la productivité d'un collaborateur¹⁵⁸. La lecture des travaux parlementaires montre que les travailleurs intérimaires étaient considérés à l'époque comme catégories de salariés à part, ayant choisi eux-mêmes de ne travailler que temporairement et ne méritant pas tous les bénéfices des salariés permanents¹⁵⁹. Cela prouve que l'intervention du législateur pour imposer une égalité de salaire était d'autant plus nécessaire. On peut même estimer que le but de la loi n'a pas été d'accorder aux salariés intérimaires un salaire juste, mais plutôt d'éviter des abus de la part des entreprises de travail intérimaire, qui réalisaient un profit démesuré puisque c'était sur base des salaires des salariés réguliers que les factures étaient établies, mais les travailleurs intérimaires ne touchaient qu'un salaire minimum¹⁶⁰.

les salariés de l'entreprise utilisatrice est inapplicable et socialement et économiquement injustifiable ».

¹⁵⁸ Projet de loi n° 3346, Avis de la Chambre des métiers, p. 7.

¹⁵⁹ voir p.ex. Projet de loi n° 3346, Avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés Publics du 17 octobre 1989, p. 3 et 5 : « la loi risque d'avoir pour effet que les employeurs renonceront à recourir aux agences, les travailleurs intérimaires leur coûtant plus cher que des travailleurs engagés directement par l'entreprise sous contrat à durée déterminée. En effet, au salaire qui sera le même, l'agence doit ajouter ses frais et son bénéfice sur la facture qu'elle adresse à l'employeur », « Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les personnes qui se font inscrire auprès d'une agence de travail intérimaire peuvent également chercher un emploi stable par le biais de l'administration de l'emploi. Nul n'est forcé de rester remplaçant. Mais ceux qui le restent de leur propre gré, et pour les raisons qui sont les leurs, sont conscients qu'ils ne peuvent prétendre aux mêmes salaires que les travailleurs permanents ayant acquis une bonne expérience professionnelle » ; Avis du Conseil d'Etat du 22 décembre 1992 : « Pour sa part, le Conseil d'Etat estime qu'on ne saurait mettre sur un pied d'égalité absolu les salaires des travailleurs intérimaires et ceux des salariés d'une même entreprise, les conditions d'embauche étant forcément différentes, l'employeur tenant compte de qualités spécifiques (disponibilité, efficacité, personnalité, formation générale, ancienneté, expérience) lors de l'embauche à titre définitif d'un salarié, conditions qui n'entrent pas en ligne de compte lors de la conclusion d'un contrat avec une entreprise de travail intérimaire encore qu'il serait évident que la rémunération du salarié intérimaire doit correspondre dans la mesure du possible à celui d'un salarié permanent occupant un emploi équivalent. Le texte proposé risque encore d'être une source de grandes difficultés pour autant qu'il prévoit que la rémunération doit être fixée par rapport à celle perçue par un salarié permanent de même qualification ou de qualification équivalente occupant le même poste de travail dans une autre entreprise ».

¹⁶⁰ Projet de loi n° 3346, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi du 12 avril 1994, p. 12 : « Par ce mécanisme, le projet tend à éliminer les abus graves et fréquents consistant actuellement dans le décalage souvent constaté entre la rémunération effective que le salarié intérimaire touche auprès de l'entreprise intérimaire – rémunération souvent minimale et insuffisante par rapport à la qualification du salarié en question – et le coût qui résulte pour l'entreprise utilisatrice du contrat de mise à disposition dont le salarié fait l'objet. Cette dernière se voit en effet bien souvent facturer par l'entrepreneur de travail intérimaire un salaire correspondant à la qualification et au travail fourni du salarié intérimaire. Comme ce dernier n'en touche toutefois bien souvent que la partie correspondant au minimum légal, il en résulte un enrichissement démesuré et injustifié pour l'entreprise de travail intérimaire. La finalité

Les intérimaires ont également accès aux installations collectives, notamment de restauration, et aux moyens de transport (L. 131-15). Il faut aussi qu'ils bénéficient du même régime concernant la durée du travail, les heures supplémentaires, les temps de pause, les périodes de repos, le travail de nuit, les congés et les jours fériés¹⁶¹.

Contrairement à certains droits étrangers, le droit luxembourgeois ne prévoit pas de 'prime de précarité' : le recours au CDD n'entraîne dès lors pas de surcoût pour l'employeur. Il en est autrement pour le travail intérimaire, les services d'une entreprise de travail intérimaire étant souvent très onéreux et pouvant doubler le prix horaire de la main-d'œuvre : l'important succès qu'a connue cette forme de travail témoigne ainsi du prix que le patronat est disposé à payer en échange de flexibilité.

Sur le travail intérimaire, voir aussi :

- Le travail flexible et atypique, n° 196 et suivants
- Les jurisprudences reprises dans le Répertoire II.3.

54. Contrat de travail maritime. Le contrat de travail maritime est un contrat spécifique défini comme étant tout contrat d'engagement conclu entre un armateur ou son représentant et un marin et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire battant pavillon maritime luxembourgeois en vue ou en cours d'une expédition maritime¹⁶². Pour la qualification du contrat, aucune distinction n'est à faire selon que la prestation de travail se fait en cours d'une expédition maritime ou en vue de celle-ci¹⁶³. La jurisprudence en la matière est peu fournie¹⁶⁴. Les règles générales du Code du travail ne sont pas applicables à ce contrat¹⁶⁵ qui est soumis à des dispositions spécifiques notamment en ce qui concerne sa conclusion et sa résiliation. L'équipage engagé par les propriétaires d'un bateau de plaisance est par contre soumis au droit du travail ordinaire¹⁶⁶.

55. Occupation d'élèves et d'étudiants pendant les vacances scolaires. Les articles L. 151-1 et suivants organisent un régime spécifique permettant l'embauche sous « contrat d'engagement » d'élèves et d'étudiants. Les conditions à respecter sont multiples : le travailleur doit être inscrit dans un établissement d'enseignement, il ne doit pas être âgé de plus de 27 ans, le travail doit avoir lieu pendant les vacances scolaires et ne doit pas dépasser deux mois par année civile. Cette forme de contrat a été introduite en 1982¹⁶⁷ pour favoriser l'embauche des jeunes et leur permettre de financer leurs

primordiale de cet ancrage de la rémunération du travailleur intérimaire dans la grille des salaires applicable dans l'entreprise utilisatrice est donc d'éliminer les possibilités d'abus prédécrites ».

¹⁶¹ Exigence découlant de la définition des « conditions essentielles » selon l'article 2 point f) de la Directive 2008/104/CE.

¹⁶² Art. 72 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

¹⁶³ Décidé à propos d'un salarié engagé pour travailler sur un navire immobilisé dans un port français pour travaux de réfection de la coque; CSJ, 8e, 30 septembre 2009, 32653, Répertoire II.7.

¹⁶⁴ Voir Répertoire II.7

¹⁶⁵ Art. 104 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

¹⁶⁶ Art. 20 de la loi du 23 septembre 1997 portant réglementation de la navigation de plaisance.

¹⁶⁷ Loi du 22 juillet 1982 concernant l'occupation d'élèves et d'étudiants pendant les vacances scolaires.

études, mais aussi pour accorder une certaine flexibilité aux employeurs¹⁶⁸. Il s'agit d'une sorte de « contrat de travail allégé » : le salaire peut être de 80 % seulement du SSM normalement applicable au vu de l'âge du travailleur (L. 151-5), le droit au congé annuel est exclu et l'étudiant ne cotise ni à la caisse de maladie ni à la caisse de pension. L'employeur doit recourir à un modèle de contrat officiel.

56. Agents commerciaux indépendants. Parmi les indépendants, il faut distinguer les « agents commerciaux indépendants », parce qu'ils font l'objet d'une réglementation spécifique introduite en 1994¹⁶⁹, destinée à protéger ces derniers, et qui présente certains parallèles avec la réglementation du contrat de travail : le contrat doit être établi par écrit en deux exemplaires, la rémunération est réglementée à certains égards et les commissions sont payables à une certaine date, la résiliation ne peut s'effectuer qu'avec un préavis qui dépend de l'« ancienneté », une indemnité d'éviction¹⁷⁰ peut être due en cas de rupture du contrat et la clause de non-concurrence est légalement encadrée. Il s'agit d'acteurs indépendants, pouvant exercer leur activité sous forme de société et autorisés, sauf clause contraire, à recourir à des sous-agents. Le Luxembourg avait longtemps abandonné cette forme de contrat à la liberté contractuelle du Code civil, mais a été contraint à légiférer suite à une Directive européenne de 1986¹⁷¹. L'agent est un indépendant non soumis au droit du travail; il a la qualité de commerçant au sens de la législation sur les autorisations d'établissement¹⁷². Il a été décidé que s'il a droit à une indemnité d'éviction et à un préavis, la rupture du contrat en soi ne peut cependant être abusive et donner lieu à des dommages-intérêts; il n'y a notamment pas d'obligation de motiver une résiliation avec préavis¹⁷³.

Le statut d'agent commercial indépendant a été vu comme une alternative économique au statut de salarié, les travaux parlementaires le définissant comme un professionnel

¹⁶⁸ Projet de loi n° 2589, Exposé des motifs, p. 1 : « Le recours à l'occupation d'étudiants pendant la période des vacances scolaires ou académiques est devenu pratique courante. La formule de l'occupation d'étudiants, en raison même de la précarité de l'occupation offerte par l'employeur ou souhaitée par l'étudiant constitue pour les entreprises un facteur de flexibilité permettant de mobiliser une main-d'oeuvre au cours précisément des périodes de l'année où la main-d'oeuvre permanente se trouve en congé annuel. Par ailleurs, elle rencontre très largement les impératifs d'une sensibilisation progressive de l'étudiant avec le monde du travail, facilitant le passage ultérieur de l'appareil éducatif vers l'appareil productif ».

¹⁶⁹ Loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants.

¹⁷⁰ CSJ, commercial IVe, 26 février 2014, 37026 : « L'indemnité d'éviction vise (...) à indemniser l'agent pour la perte de clientèle qu'il a apportée et dont les commandes continuent à arriver automatiquement auprès du commettant et constitue également la contrepartie des avantages procurés au commettant à la fin du contrat grâce aux efforts fournis par l'agent »

¹⁷¹ Directive du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants; un projet similaire au niveau BENELUX n'avait antérieurement pas connu de succès.

¹⁷² Projet de loi n° 3671, Commentaire des articles, p. 8.

¹⁷³ CSJ, commercial IVe, 14 mars 2001, 23156 : « Il découle des dispositions qui précèdent qu'en cas de cessation du contrat, pour quelle que cause que ce soit, l'agent commercial a droit – excepté les hypothèses énumérées à l'article 20 – à l'indemnité d'éviction prévue à l'article 19 paragraphe 1er de la loi du 3 juin 1994 ainsi qu'à l'obtention de dommages et intérêts au cas où la durée du contrat ou les délais de préavis légaux ou conventionnels n'ont pas été respectés (article 23). Aucune disposition de la loi ne prévoit, en sus des hypothèses ci-avant indiquées, l'allocation de dommages et intérêts en cas de résiliation du contrat d'agence commerciale pour absence de motif légitime ».

qui représente « par une activité autonome les intérêts d'un ou de plusieurs commettants dans une ou plusieurs branches déterminées, afin de nouer de nouvelles relations commerciales là où la mise en place de structures stables à l'instar de succursales ou de représentations par le biais d'employés salariés s'avérerait trop onéreuse ou trop hasardeuse »¹⁷⁴.

« Les principales caractéristiques de l'agent commercial sont son indépendance et le caractère permanent et rémunéré de son activité. Peu importe en revanche qu'il agisse à titre principal ou accessoire, étant précisé que l'activité accessoire doit également s'inscrire dans une certaine durée. Sont donc exclues les activités à titre occasionnel. L'agent commercial négocie et conclut des affaires au nom et pour le compte du commettant sans en prendre d'engagement personnel. Il se distingue ainsi du commissionnaire qui agit en son propre nom mais pour le compte d'autrui »¹⁷⁵.

Il reste cependant constant qu'un contrat, même visant expressément cette législation de 1994, peut être requalifié en contrat de travail, lorsque l'agent se trouve dans un lien de subordination.

57. Autres formes atypiques de travail. Le législateur se retrouve dans le dilemme qu'un renforcement de la protection du salarié, notamment de la protection contre le licenciement, provoque de la part des entreprises une réaction de fuite du CDI vers des formes atypiques et moins stables d'emploi, ce qui favorise la segmentation du marché du travail entre un marché primaire (emplois stables et bien rémunérés) et un marché secondaire (emplois atypiques généralement peu rémunérateurs et avec peu de perspectives), marchés aux frontières parfois étanches pour ceux qui s'enlisent dans la précarité. Considérant qu'une forte protection contre le licenciement freinerait les embauches, le législateur tend – non sans contradictions – à élargir les contrats précaires (recours facilité au CDD) ou à créer de nouvelles formes de contrats (contrats d'insertion) pour permettre une entrée ou réinsertion au marché du travail de ceux qui ne trouvent pas d'emploi fixe. Pour sortir de cet engrenage, certains voient la solution dans un assouplissement du CDI et des conditions de licenciement, assouplissement qui pourrait être compensé soit par des droits sociaux renforcés au niveau des indemnités de chômage et de la formation continue (concept de la 'flexicurité'), soit par un renforcement progressif de la protection du salarié avec son ancienneté d'entreprise ou de métier (contrat évolutif). L'espoir est de voir ainsi naître un « contrat de travail unique », qui conviendrait à tous les besoins, ferait ainsi disparaître les contrats atypiques et résoudrait le problème de la segmentation du marché de l'emploi. Le Luxembourg ne semble pas prêt à s'engager dans cette voie.

Il ne faut toutefois pas sous-estimer les risques inhérents aux formes atypiques de travail, que ce soit au niveau de la segmentation du marché du travail, du contournement des règles de protection, des problèmes de sécurité au travail affectant les salariés temporaires (mal formés et exposés à des risques toujours variables), etc.. Pour le salarié précaire en outre, l'absence de stabilité financière et de perspectives de carrière a des répercussions immédiates sur sa vie privée (accès au crédit, exigence de mobilité géographique, etc.). Les nouvelles formes d'organisation du travail sont aussi préjudiciables à la paix sociale et source d'inégalités entre salariés qui, souvent, font le même travail. Dans une entreprise, on trouve : **(a)** en premier lieu le personnel permanent sous contrat stable et bénéficiant de conditions avantageuses; **(b)** le personnel temporaire qui bénéficie en théorie d'un droit à l'égalité de traitement, difficile à faire respecter en pratique et **(c)** le personnel extériorisé, sous forme de sous-

¹⁷⁴ Projet de loi n° 3671, Exposé des motifs, p. 7.

¹⁷⁵ CSJ, commercial IVE, 15 novembre 2006, 30367.

traitants ou consultants indépendants, devant faire preuve d'une grande flexibilité et ne bénéficiant pas des conditions avantageuses. La création de nouvelles formes de contrats, soit issues de la pratique, soit sommairement encadrées par la loi, est aussi source d'insécurité juridique, le statut de ces travailleurs comportant de nombreuses zones d'ombre, surtout au Luxembourg, où la jurisprudence à leur propos reste clairesmée.

Une des finalités de la loi de 1989 sur le contrat de travail était de mettre un frein au développement de formes atypiques de travail qui commençaient à faire leur apparition¹⁷⁶. Depuis, le Luxembourg a conservé son approche restrictive face à des formes nouvelles ou innovantes de relations de travail. Les formes atypiques de travail 'classiques' (relations temporaires, horaires atypiques, etc.) sont comparativement peu fréquentes au Luxembourg, mais gagnent néanmoins du terrain¹⁷⁷. Les formes plus nouvelles (travail à la demande, *crowdworking*, groupements d'employeurs, portage salarial, *jobsharing/jobpairing*) restent encore marginales et ne sont pas encore dans le viseur du législateur, la législation en place, fort protectrice, étant généralement hostile à ces constructions nouvelles. La plateformeisation du travail est la manifestation la plus récente et la plus radicale du travail numérisé. Elle se caractérise par des organisations virtuelles en réseau, qui cherchent à optimiser l'accès sur demande au travail rémunéré et non rémunéré. Elle aboutit à une atomisation des tâches et rémunérations, mais aussi à une mise en concurrence mondiale de la main-d'œuvre.

58. Travail à la demande et contrat intermittent. Un contrat par intermittence alternant des périodes d'activité et des périodes d'inactivité durant lesquelles le contrat de travail serait « suspendu » ne se conçoit que dans le cadre du contrat saisonnier (→ I.516), cantonné aux domaines du tourisme et de l'agriculture. Pour le surplus, une telle construction contractuelle n'est pas valide, ce qui a été décidé notamment à propos de salariés embauchés pour effectuer des prestations au sein d'établissements scolaires (nettoyage, cantine) et auxquels l'employeur voulait imposer une suspension ou un congé sans solde pendant les vacances scolaires¹⁷⁸. N'est pas admissible non plus un engagement intermittent pour « un minimum de 100 heures par an », une telle clause étant nulle¹⁷⁹. Des formes de travail tel que le « travail à la demande » sans engagement patronal précis (*zero hour contract*) ne sont pas admissibles au Luxembourg; la législation sur le temps de travail autorise cependant des variations limitées (→ Tome II). Des relations qui dérogeraient au lien unitaire liant un employeur à un salarié ne sont pas non plus prévues par notre législation, notamment les groupements d'employeurs (plusieurs employeurs embauchant un salarié ; → I.202), le partage de poste (plusieurs

¹⁷⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 2 : « Dans le même contexte, la déclaration gouvernementale avait évoqué les pratiques de gestion de la main-d'œuvre adoptées par de nombreuses entreprises sous l'impact de la crise économique et se traduisant par le recours accentué aux formes dites atypiques de travail, à savoir le contrat de travail intérimaire, le contrat de travail à durée déterminée et la sous-traitance temporaire de main-d'œuvre ».

¹⁷⁷ voir not. Panorama Social 2017, p. 89.

¹⁷⁸ CSJ, 3e, 27 janvier 2011, 34516, Répertoire II.6.; CSJ, 3e, 24 avril 2014, 39509, Répertoire II.6.; CSJ, 3e, 17 novembre 2011, 37004, Répertoire VII.2.3.; contra : CSJ, 21 novembre 1996, 18533 : « La salariée engagée par contrat oral n'a pas rapporté la preuve qu'il avait été convenu qu'elle aurait droit au paiement des vacances scolaires pendant lesquelles elle n'a pas travaillé. Pendant les périodes de vacances scolaires la continuation du contrat de travail fut suspendue. Comme le paiement d'un salaire constitue la contrepartie d'un travail presté l'employeur n'est pas obligé de payer un salaire pendant la suspension des relations de travail ».

¹⁷⁹ CSJ, 3e, 10 juin 2010, 34261, Répertoire VII.2.3.

salariés partageant un même contrat de travail) et les sous-employeurs (salarié embauchant à son tour des salariés).

59. Les inclassables « contrats sui generis ». Parfois, les juges ne veulent pas qualifier une relation de relation de travail, mais ne proposent pas de réelle alternative: • citons l'affaire dans laquelle les juges ont retenu un contrat 'sui generis' pour une personne qui a commencé à travailler, mais cela dans le but d'apprendre le métier en vue d'une future reprise du fonds de commerce¹⁸⁰. • Dans une autre affaire, il avait été envisagé qu'une personne soit engagée comme salariée dans une crèche; le contrat n'a jamais été formalisé, mais dans un premier temps, cette personne avait fourni des services sporadiques pour la crèche, allant de 30 minutes à 2 heures par jour. Pour les juges, il n'y avait pas de contrat de travail, mais un « simple service rendu ... en attendant la conclusion du contrat promis »¹⁸¹. • A propos de la situation dans laquelle se trouve un travailleur lorsque son contrat est résilié automatiquement (p.ex. en cas de décès de l'employeur), qu'il continue à travailler et que, le cas échéant, le contrat de travail continue en cas de reprise dans les 3 mois, la Cour a estimé qu'« en aucun cas », cette période transitoire n'aurait la nature juridique de relation de travail; il s'agirait d'une « période de transition »¹⁸².

Pour davantage de détails concernant les formes atypiques de travail en droit luxembourgeois, tant en ce qui concerne les anciennes formes (CDD, intérim) qu'en ce qui concerne des formes plus récentes (fausse indépendance, travail intermittent, portage salarial, relations de travail simplifiées, travail à la demande, travail par Internet – crowdfunder), les données statistiques, l'incidence sur la segmentation du marché du travail, l'application au Luxembourg du concept européen de flexicurité, etc. voir :

- Le travail flexible et atypique

SECTION 2. – CUMUL D'ACTIVITÉS

60. Plan. Pour une même prestation de travail, la jurisprudence tend à considérer que l'ensemble des relations sont soit à qualifier de contrat de travail soit non, et il n'y a pas lieu à qualification partielle ou à admettre la coexistence d'autres contrats. A propos du gérant d'un kiosque, les juges ont ainsi rejeté l'argumentation de l'employeur, qui considérerait qu'en parallèle du contrat de travail, il aurait existé un contrat de dépôt, le salarié étant ainsi responsable des marchandises qui lui étaient confiées¹⁸³. Néanmoins, il

¹⁸⁰ CSJ, 8e, 11 novembre 2010, 34700, Répertoire I.1.2.7. : Les circonstances ayant mené à l'entrée en relation d'affaires entre les parties peuvent constituer des indices graves, précis et concordants qu'il y a respectivement qu'il n'y a jamais eu volonté des parties de faire naître une relation de travail.

¹⁸¹ CSJ, 8e, 14 juillet 2016, 41353, Répertoire II.1.1.

¹⁸² CSJ, 3e, 7 juillet 2016, 41203, Répertoire IV.3.2., XVIII.2.99.

¹⁸³ CSJ, 14 janvier 1999, 21267 : « Le contrat conclu entre parties est à requalifier de contrat de travail qui exclut la coexistence tant d'un contrat de dépôt, impliquant pour le dépositaire l'obligation de garder les choses d'autrui dans ses propres locaux et de les restituer en nature, que d'un mandat, la continuité des rapports entre parties et le lien de subordination tel qu'existant en l'espèce s'opposant à la relative indépendance dont jouit un mandataire dans l'organisation de son travail qui d'ailleurs n'a trait qu'à un ou plusieurs actes déterminés »; CSJ, 26 octobre 1995, 16906 : « Le raisonnement subsidiaire sur la validité des clauses de responsabilité en raison du contrat de dépôt ayant existé entre parties n'est pas correct. Le gérant du kiosque n'avait d'autres obligations vis-à-vis de l'employeur que celles d'un vendeur salarié appelé dans un lien de subordination à

est possible que pour des activités différentes, plusieurs statuts ou contrats puissent se cumuler (§ 1^{er}), une problématique particulièrement fréquente étant celle du cumul entre le statut de salarié et celui d'administrateur ou gérant de la même société (§ 2).

§ 1^{er}. – Cumul de statuts

61. Employeur et salarié. De manière générale, une même personne peut revêtir les qualités d'employeur et de salarié; un employé de banque peut embaucher une femme de ménage. La question devient plus délicate lorsqu'il s'agit de la même prestation de travail.

Une même personne physique ne saurait à l'évidence conclure de contrat de travail avec elle-même, non seulement parce qu'il n'y aurait pas de subordination, mais surtout parce qu'il n'y aurait pas deux personnes distinctes, condition inhérente à la notion même de « contrat ». Un commerçant individuel ne saurait donc bénéficier du statut protecteur de salarié. La situation change cependant en présence d'une société; même si elle est détenue entièrement par une même personne, elle n'en est pas moins considérée comme une personne distincte. Il arrive en pratique de voir des contrats de travail signés par la même personne, une fois en tant que personne individuelle, et une fois comme dirigeant de la société. Ces situations soulèvent la problématique du cumul entre la qualité de dirigeant/associé d'une société et de salarié de cette même société, qui sera abordée ci-après.

62. Deux contrats de travail. La jurisprudence ne fournit pas de réponse quant à savoir si entre les deux mêmes personnes, il peut exister deux relations de travail. Si par exemple une personne travaillant à mi-temps comme comptable est embauchée suite à une offre d'emploi pour un autre poste à mi-temps pour un poste de secrétaire dans la même entreprise, s'agira-t-il de deux contrats différents? Les implications sont multiples : l'ancienneté est-elle à regarder séparément? Le salarié peut-il démissionner d'un des deux postes seulement? Une faute grave commise en qualité de comptable, permet-elle à l'employeur de se séparer intégralement du salarié? Ces complications pourraient plaider en faveur d'une approche unitaire et de considérer qu'il s'agit d'un seul contrat à temps plein, portant à la fois sur un travail de secrétariat et un travail de comptable. Mais cette approche ne fonctionne que si les deux contrats sont soumis au même régime juridique; il se pourrait cependant par exemple que le salarié soit embauché en CDI à mi-temps et ait accepté de dépanner l'employeur sur base d'un autre CDD à temps partiel; il se pourrait aussi que le salarié travaille pour le même employeur pendant 3 jours par semaine au Luxembourg et le restant en France, auquel cas les deux législations s'appliqueront. Il y a dans de tels cas nécessairement deux contrats de travail distincts entre les mêmes personnes.

63. Salarié et indépendant. Pour un même travail et une même relation contractuelle, les statuts de salarié et d'indépendant s'excluent mutuellement, et le droit luxembourgeois ne reconnaît pas non plus de statut intermédiaire. Entre les mêmes personnes, il a cependant été admis qu'il peut exceptionnellement exister tant une relation indépendante qu'une relation salariée; tel est notamment le cas pour les mandataires sociaux (voir ci-après). Relevons aussi le cas très particulier d'une personne qui était à la fois gérant d'une fiduciaire travaillant pour un client et en partie salarié de ce même client; la Cour a admis qu'entre les deux mêmes personnes, il peut exister une

vendre de la marchandise que l'employeur lui livrait journallement. Cette fonction n'entraîne pas pour le salarié les obligations d'un dépositaire ».

relation relevant du droit civil général et une relation subordonnée, les deux fonctions devant toutefois être séparées¹⁸⁴.

Pour le surplus, il n'existe pas d'obstacle juridique à ce qu'un salarié exerce en parallèle une activité indépendante. Longtemps, le cumul d'un emploi salarié et d'une activité artisanale était restreint du fait que la qualité de salarié empêchait l'obtention d'une autorisation d'établissement¹⁸⁵. Cette disposition est assouplie par le PAN 1998, qui prévoit la possibilité d'obtenir une autorisation ministérielle pour l'exercice d'un métier secondaire, et ce dans le souci de développer l'esprit d'entrepreneuriat dans une optique de relance économique¹⁸⁶.

64. Contrat de travail auprès de différentes entreprises. Le principe de bonne foi interdit au salarié d'exercer une activité professionnelle qui concurrence celle de son employeur ou nuit à ce dernier. Pour le surplus, le principe de la liberté du travail devrait cependant prévaloir en ce sens que tout salarié est libre de cumuler les emplois, tant qu'il continue à fournir à son employeur une prestation de travail conforme à ses engagements¹⁸⁷. Un salarié peut ainsi être au service de plusieurs employeurs. Seules des considérations relatives à la confidentialité peuvent s'opposer à un tel cumul, mais elles justifieraient tout au plus un licenciement et n'affecteraient pas la validité du contrat en soi. Le cumul de contrats de travail est fréquent pour les salariés à temps partiel, mais il n'est pas exclu de cumuler un contrat de travail à temps plein avec une autre relation de travail. A propos des clauses d'exclusivité, voir → I.473.

La question de savoir si un salarié peut cumuler des emplois salariés en dépassant ainsi la durée maximale de travail de 8 heures par jour et de 40 heures par semaine n'est pas évidente. Un projet de loi de 1934, qui n'a pas abouti, visait à interdire le cumul d'emplois, par souci de répartir le travail équitablement entre tous¹⁸⁸. Depuis 1970 et à

¹⁸⁴ CSJ, 3e, 4 mars 2010, 34422, Répertoire I.1.2.7.

¹⁸⁵ Art. 14 de la loi du 2 juin 1962 déterminant les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions ainsi que celles de la constitution et de la gestion d'entreprise : « L'autorisation est refusée respectivement aux porteurs du brevet de maîtrise, aux porteurs d'un certificat équivalent ou d'un certificat de qualification professionnelle, ... s'ils sont salariés à titre principal. Des exceptions pourront être consenties, pour des raisons impérieuses, la Chambre des Métiers entendue en son avis »; Art. 15 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales : « L'autorisation est refusée à un artisan s'il reste salarié à titre principal dans une autre entreprise. ... L'autorisation ministérielle perd sa validité trois mois à partir du moment où l'artisan indépendant accepte un emploi salarié dans une autre entreprise ».

¹⁸⁶ Projet de loi n° 4459 (PAN 1998), Rapport de la Commission spéciale du 28 janvier 1999, p. 32.

¹⁸⁷ DIDERICH Gaston, ENNESCH Alfons, Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz, p. 106 et 107 : « Wenngleich der Angestellte pflichtgemäß dem Dienstgeber gegenüber die Arbeitszusage erfüllen muss, die einen wesentlichen Bestandteil seines Dienstvertrages bildet, kann ihm noch immer Zeit und Möglichkeit für die Ausübung einer Nebentätigkeit offen bleiben. (...) Der Dienstnehmer (anders als dem Handelsangestellten) kann durch Übereinkommen verboten werden, Handelsgeschäfte oder Nebengeschäfte mit Gewinnabsicht überhaupt zu machen, ein Unternehmen irgendwelcher Art nebenbei zu betreiben. (...) Unter diesen Gesichtspunkten betrachten, dürfte also die Nebentätigkeit der Angestellten im Allgemeinen nur im Sinne des Art. 12 beschränkt werden, und somit könnte den Angestellten nicht grundsätzlich jegliche Nebentätigkeit verboten werden ».

¹⁸⁸ Gesetzesprojekt betreffend Organisation des Arbeitsmarktes, C.R. 1933/1934, Annexes, p. 248 : « Durch das Kumulgesetz soll ja den Arbeitslosen Hilfe gebracht werden. (...) Das

ce jour (L. 211-4 al. 1), le Code du travail définit la durée de travail réglementée comme étant celle pendant laquelle le salarié est « à la disposition de son ou de ses employeurs, s'il en a plusieurs ». L'intention du législateur, en proposant cette définition, était claire : « en cas de cumul d'emplois l'ouvrier restera soumis pour ce qui concerne la durée journalière et hebdomadaire du travail aux normes légales et contractuelles régissant la durée de travail, ce qui indirectement pose évidemment le grave problème du 'travail noir' »¹⁸⁹.

65. Cumul avec une activité non-professionnelle. Il a été décidé qu'il ne peut être interdit à un salarié de s'adonner en parallèle à une activité bénévole ou à un passe-temps (hobby), le salarié ne devenant fautif que si cette activité empiète de façon préjudicielle sur son travail effectif¹⁹⁰. Il faut à notre avis également ajouter le cas dans lequel le travail bénévole et le travail de salarié seraient inconciliables.

66. Salarié et (pré)retraité. Le cumul entre le statut de salarié et celui de retraité est actuellement possible¹⁹¹. Lors de la remise en cause du plein emploi à partir des années 70, l'interdiction du travail des retraités a été une revendication itérativement formulée par les syndicats et chambres professionnelles représentant le salariat. Il convient toutefois de rappeler que le contrat de travail cesse en principe au moment de la retraite du salarié (L. 125-3), ce qui n'interdit cependant pas aux parties de décider d'un commun accord à poursuivre leur relation de travail. Une personne en préretraite (L. 585-6 pt. 5) ou en retraite anticipée (Art. 184 CSS) risque toutefois de perdre ses indemnités s'il reprend une activité lui rapportant un revenu dépassant un certain seuil.

67. Salarié et mariage. Le contrat de mariage fait en sorte que les conjoints se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance (Art. 212 CCiv). Le régime actuel du mariage se caractérise par l'égalité des époux en droits et en devoirs. Il se pose dès lors la question si entre conjoints un lien de subordination peut se concevoir. Longtemps, il paraissait évident en doctrine et en jurisprudence que le mari ne pouvait pas être salarié de sa femme, pareille situation étant incompatible avec le principe de l'autorité maritale¹⁹². Depuis que l'égalité entre époux a été instaurée, cette possibilité existe, à condition qu'il existe un véritable lien de subordination. Ainsi, la jurisprudence n'y paraît pas hostile et admet en principe qu'un lien de subordination peut exister entre époux¹⁹³. Plus généralement, la Cour a retenu que l'existence d'une relation d'amitié ou d'une relation amoureuse avec le chef d'entreprise n'exclut pas tout lien de subordination¹⁹⁴.

68. Incompatibilités. Certains métiers ou statuts sont incompatibles avec l'exercice d'un emploi salarié. Il en est ainsi notamment : **(a)** pour les avocats, qui ne peuvent

Gesetz soll bestimmen, dass Doppelverdienerei vorliegt, wenn ein einzelner Volksgenosse mehrere Einkommen in seiner Hand vereinigt, von denen das Einkommen einer Tätigkeit bereits die wirtschaftliche Existenz sichert ».

¹⁸⁹ Projet de loi n° 1450, Rapport de la Commission des affaires sociales, p. 648.

¹⁹⁰ CSJ, 3e, 30 mars 2017, 43156, Répertoire III.2.3.4. : Le salarié qui a accepté une clause d'exclusivité s'interdit d'exercer une activité parallèle indépendante à l'insu de son employeur, et s'oblige à solliciter l'autorisation de son employeur pour exercer une deuxième activité pour son propre compte.

¹⁹¹ CSJ, 8e, 14 janvier 2010, 34065, Répertoire I.1.1.

¹⁹² PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928), n° 79.

¹⁹³ Voir, à propos d'époux en instance de divorce : CSJ, 8e, 13 novembre 2014, 39503, Répertoire I.1.2.8.

¹⁹⁴ CSJ, 8e, 27 avril 2017, 41479, Répertoire II.1.2.8.

accepter des emplois salariés, sauf auprès d'un avocat¹⁹⁵. Il en est de même pour les architectes, ingénieurs-conseils¹⁹⁶ et experts-comptables¹⁹⁷. **(b)** Pour les fonctionnaires d'Etat¹⁹⁸ (en particulier les magistrats de l'ordre judiciaire¹⁹⁹ et administratif²⁰⁰) et les fonctionnaires communaux²⁰¹, sauf autorisation du ministre ou du collège des bourgmestre et échevins. **(c)** Pour les notaires²⁰². **(c)** L'agent diplomatique ne doit pas exercer d'activité professionnelle rémunérée²⁰³.

§ 2. – Cumul entre contrat de travail et mandat social

69. Contexte. Les sociétés sont gérées par des organes divers, tels les gérants pour une s.à.r.l. et le conseil d'administration, composé d'administrateurs (dont certains sont le cas échéant administrateurs-délégués), pour la société anonyme. Les administrateurs ont la qualité de « mandataires »²⁰⁴ et sont aussi responsables envers la société de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu²⁰⁵. Il en est de même pour les gérants d'une société à responsabilité limitée²⁰⁶. Il se pose dès lors la question si une personne qui participe au pouvoir décisionnel d'une société peut en même temps être dans un lien de subordination envers cette société, donc si mandat social et contrat de travail peuvent se cumuler ou s'excluent. La jurisprudence en la matière est très fournie et pour les détails, le lecteur est invité à se référer au Répertoire²⁰⁷.

Un cas spécifique de cumul est celui des salariés élus dans les conseils d'administration ou conseils de surveillance des sociétés anonymes relevant du régime de la co-décision, c'est-à-dire essentiellement celles qui occupent 1.000 salariés ou plus et celles dans lesquels l'Etat détient une participation d'au moins 25 %. Le cumul ne pose ici pas de problème, puisqu'il est explicitement prévu par la loi.

Sur le statut des administrateurs élus par les salariés dans les sociétés anonymes, voir :

- Le droit du travail collectif, Tome 2 : les représentants du personnel, p. 346 et suivantes
- CASTEGNARO, Relations collectives de travail, p. 127 et suivantes.

¹⁹⁵ Art. 1^{er} de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat.

¹⁹⁶ Art. 2 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil.

¹⁹⁷ Art. 4 de la loi du 10 juin 1999 portant organisation de la profession d'expert-comptable.

¹⁹⁸ Art. 14 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires d'Etat.

¹⁹⁹ Art. 100 de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

²⁰⁰ Art. 20 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

²⁰¹ Art. 16 de la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux.

²⁰² Art. 6 de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat.

²⁰³ Art. 42 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques : « L'agent diplomatique n'exercera pas dans l'Etat accréditaire une activité professionnelle ou commerciale en vue d'un gain personnel ».

²⁰⁴ Art. 50 de la loi sur les sociétés commerciales.

²⁰⁵ Art. 59 de la loi sur les sociétés commerciales.

²⁰⁶ Art. 191 et 192 de la loi sur les sociétés commerciales.

²⁰⁷ Voir le Répertoire, titres I.1.3. et subséquents.

70. Principes généraux. La jurisprudence luxembourgeoise tend à reconnaître en principe la possibilité du cumul entre contrat de travail et mandat social. Elle reste attachée au principe du contrat de travail apparent : si un contrat de travail a été signé avec le mandataire social, celui-ci est présumé non-fictif et il appartient à la partie adverse d'en rapporter la preuve contraire²⁰⁸. Le caractère fictif peut par exemple découler du fait que le 'salarié' n'ait pas réclamé de salaire depuis 19 mois²⁰⁹. Le contrat de travail sera encore jugé fictif s'il a été conclu avec un objectif autre que l'exercice d'un travail subordonné, comme par exemple l'obtention d'avantages fiscaux ou le contournement de la révocabilité *ad nutum* du mandat d'administrateur²¹⁰, ou encore l'obtention d'une autorisation d'établissement. Etant donné que la coexistence d'un mandat social avec un contrat de travail est possible en principe, l'antériorité de l'un par rapport à l'autre ne prouve pas, par elle-même, le caractère fictif du second en date²¹¹. Le caractère non-fictif s'impose d'autant plus si une personne était embauchée comme salariée et que ce n'est que par la suite qu'un mandat social lui a été confié; il appartient dans ce cas à l'employeur de démontrer le non-maintien du contrat de travail²¹².

71. Administrateur-délégué et salarié. Malgré les pouvoirs très étendus d'un administrateur-délégué au sein de la société, la jurisprudence admet qu'il peut disposer en parallèle d'un contrat de travail²¹³. La jurisprudence exige cependant deux autres critères, à savoir l'existence d'une fonction technique et réelle distincte et (b) l'existence d'un lien de subordination. **(a)** Le contrat de travail devra porter sur une **fonction technique distincte réelle**, distincte des fonctions d'administrateur-délégué²¹⁴. Pour de

²⁰⁸ CSJ, 3e, 27 octobre 2011, 36744; Répertoire II.1.3.1. : En présence d'un contrat de travail écrit signé d'une part par une société comme employeur et d'autre part par une personne en tant que salarié et prévoyant les obligations respectives des parties, il appartient à la société employeuse qui invoque le caractère fictif de ce contrat de travail d'en rapporter la preuve. CSJ, 8e, 11 janvier 2007, 30875, Répertoire II.1.3.1. : En présence d'un contrat de travail écrit, il incombe au défendeur qui dénie au demandeur la qualité de salarié de rapporter la preuve du caractère fictif dudit contrat. CSJ, 3e, 9 février 2006, 28060, Répertoire II.1.3.2. : En principe, celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit en établir la preuve. Cependant, lorsque les parties sont en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat. L'apparence de régularité d'un contrat de travail écrit n'établit pas en elle-même la compétence des juridictions du travail, mais ne fait que renverser la charge de la preuve en faveur de la salariée. CSJ, 8e, 9 octobre 2003, 27505, Répertoire II.1.3.2.

²⁰⁹ CSJ, 8e, 11 janvier 2007, 30875, Répertoire II.1.3.1.

²¹⁰ CSJ, 3e, 6 juin 2013, 37024, Répertoire II.1.3.2.

²¹¹ CSJ, 3e, 9 février 2006, 28060, Répertoire II.1.3.2.

²¹² CSJ, 3e, 8 avril 2002, 24868, Répertoire II.1.3.1.

²¹³ Voir p.ex. CSJ, 3e, 9 février 2006, 28060, Répertoire II.1.3.2.; CSJ, 3e, 1er février 2007, 29638; Répertoire II.1.3.2.; CSJ, 3e, 14 juillet 2015, 40526, Répertoire I.1.3.2.; on trouve aussi des jurisprudences ayant adopté une attitude hostile à un tel cumul, voir p.ex. CSJ, 8e, 20 mars 2014, 39377, Répertoire II.1.3.2. : Un rapport de subordination n'existe pas pour l'administrateur délégué d'une société anonyme qui agit pour la société et en son nom, qui la représente et qui, dans l'exercice de ses fonctions, dispose de pouvoirs étendus et qui doit seulement se conformer aux décisions du conseil d'administration dont il fait partie.

²¹⁴ CSJ, 3e, 8 octobre 2015, 37855, Répertoire II.1.3.2. : Compte tenu de l'absence d'éléments probants déterminant les activités techniques réelles du salarié, différentes de celles d'administrateur-délégué, à défaut partant de preuve quant à un lien de subordination, d'un contrôle exercé sur lui par l'employeur, respectivement d'une obligation dans le chef du salarié de rendre régulièrement compte de son activité, il laisse d'être établi que les parties au litige ont été

nombreuses tâches, les juges considèrent que celles-ci peuvent très bien être exercées dans la seule qualité de mandataire social. Il faudra prouver de manière précise les tâches qui lui ont été confiées à ce titre. La gestion du personnel et de la clientèle sont des tâches pouvant relever du mandat social²¹⁵. **(b)** En présence d'une fonction technique et réelle dissociable du mandat social, il faut encore vérifier l'existence d'un **lien de subordination**. A propos d'un consultant qui était en même temps administrateur, la Cour a confirmé l'existence de fonctions distinctes, mais conclu qu'elles étaient exercées à titre indépendant²¹⁶. Le conseil d'administration dans son ensemble, et dont l'administrateur-délégué fait partie, peut être l'organe envers lequel l'administrateur-délégué est subordonné²¹⁷, mais le simple fait de devoir respecter les décisions du conseil d'administration de la société ou de recevoir des instructions d'une société-mère n'est pas suffisant pour établir un lien de subordination²¹⁸. Il est de même normal qu'un administrateur-délégué doive rendre des comptes de sa gestion au conseil d'administration et à l'assemblée générale des actionnaires²¹⁹. Les tribunaux vérifient au cas par cas si une telle subordination est donnée. Des éléments tels que le paiement mensuel d'un salaire, la délivrance de fiches de salaire, les avantages en nature concédés au salarié ne sont pas suffisants, en l'absence des caractéristiques essentielles du contrat de travail²²⁰. Citons l'exemple d'une société dans laquelle père et fils étaient administrateurs-délégués, la Cour ayant cru ce dernier qui affirmait avoir agi sous l'autorité de son père²²¹.

72. Administrateur et salarié. Les pouvoirs d'un administrateur sont moindres que ceux d'un administrateur-délégué puisqu'il n'est pas investi d'un mandat de gestion

liées par une relation de travail « salariée ». CSJ, 8e, 20 janvier 2011, 35004, Répertoire II.1.3.2. : Le contrat de travail n'a de réelle existence que s'il correspond à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat. CSJ, 8e, jeudi 15 mai 2003, 26894, Répertoire II.1.3.2. (à propos d'un président du conseil d'administration) : Si un mandataire responsable envers la société en cette qualité et révocable pour des causes légitimes, peut cumuler les fonctions de mandataire social et de salarié de la société; il faut cependant que le contrat de travail soit une convention distincte correspondant à une fonction réellement exercée et qu'il soit caractérisé par un rapport de subordination d'employé à employeur, élément essentiel d'un contrat de travail.

²¹⁵ CSJ, 3e, 6 juin 2013, 37024, Répertoire II.1.3.2.

²¹⁶ CSJ, 8e, 20 janvier 2011, 34684, Répertoire II.1.2.5.

²¹⁷ CSJ, 3e, 1er février 2007, 29638; Répertoire II.1.3.2. : L'administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de la société peut être considéré comme engagé dans les liens de subordination s'il exerce une fonction technique, telle la fonction de directeur général, en plus de son mandat social. Il remplit dès lors cette fonction de directeur général sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration, qui a une existence propre en mesure d'exercer sur l'employé, qui en même temps est membre du conseil d'administration en qualité d'administrateur-délégué, les pouvoirs qui caractérisent le lien de subordination.

²¹⁸ CSJ, 3e, 14 juillet 2015, 40526, Répertoire II.1.3.2.; CSJ, 3e, 15 octobre 2015, 40525, Répertoire II.1.3.2. : Des demandes de se voir communiquer les pièces relatives aux recrutements planifiés, leur timing et le budget y associés, tout comme de faire des ordres du jour pour des réunions du conseil d'administration, n'établissent pas de lien de subordination, mais relèvent de la logique relationnelle entre un groupe et les administrateurs des différentes entités du groupe; CSJ, 8e, 9 février 2017, 43446, Répertoire II.1.3.2.

²¹⁹ CSJ, 8e, 22 janvier 2004, 27451, Répertoire II.1.3.2.

²²⁰ CSJ, 3e, 8 octobre 2015, 37855, Répertoire II.1.3.2.; CSJ, 3e, 14 juillet 2015, 40526, Répertoire II.1.3.2.; CSJ, 3e, 15 octobre 2015, 40525, Répertoire II.1.3.2.

²²¹ CSJ, 3e, 19 janvier 2011, 36806, Répertoire II.1.3.2.

journalière, mais peut uniquement exercer son droit de vote au sein du conseil d'administration composé, en principe, d'au moins 3 membres²²². Il ne peut donc prendre de décision seul. La jurisprudence admet ainsi plus largement le cumul de cette fonction avec un contrat de travail²²³, même si les critères généraux développés à propos des administrateurs-délégués restent d'application : il doit avoir une fonction distincte de sa fonction d'administrateur exercée dans un réel lien de subordination. Voici quelques exemples : • la Cour a validé le contrat de travail d'un administrateur qui était également manager d'un hôtel et qui, en dépit d'une certaine autonomie dans l'exécution de cette tâche, n'en devait pas moins au quotidien rendre compte de son activité²²⁴. • A par contre été jugé fictif le contrat conclu avec le président du conseil d'administration qui lui confiait la gestion entière de la société et qui avait été conclu dans le seul but d'obtenir l'autorisation d'établissement²²⁵. • Dans une petite structure, le contrat ayant par ailleurs été signé entre époux, il a été décidé qu'il est normal qu'un dirigeant donne des coups de main pour le travail journalier, de sorte que ceux-ci ne peuvent être considérés comme une fonction technique distincte²²⁶.

73. Gérant et salarié. A moins que les statuts n'en disposant autrement, chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social, et chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice²²⁷. Les pouvoirs d'un gérant au sein de la société sont donc en général très étendus. L'approche reste cependant la même que pour les administrateurs : un cumul est en principe possible²²⁸, sous condition d'une fonction technique distincte et d'un réel lien de subordination. **(a) Fonction technique distincte.** Des tâches telles que l'apport de clients, la surveillance des chantiers et la gestion administrative de la société peuvent aussi être exercées dans le cadre des fonctions de gérant technique et ne relèvent pas nécessairement de l'exécution d'une tâche de salarié²²⁹. En particulier dans les petites structures, les fonctions de direction et les fonctions commerciales se confondent²³⁰. Pour une petite structure, il a notamment été retenu qu'il relevait des fonctions du gérant de démarcher des clients, de les conseiller, de surveiller les travaux et de s'occuper des achats²³¹. Mais même dans une petite structure, les fonctions peuvent être distinctes, telle la qualité de gérante technique et celle de serveuse dans un café²³². Une fonction technique a aussi

²²² Art. 51 de la loi sur les sociétés commerciales.

²²³ Voir par exemple CSJ, 8e, 9 octobre 2003, 27505, Répertoire II.1.3.2. : Le cumul de la fonction d'administrateur d'une société anonyme, mandataire social, et à ce titre révocable ad nutum, et de celle de directeur salarié est admis par la jurisprudence luxembourgeoise.

²²⁴ CSJ, 3e, 5 juillet 2012, 37687, Répertoire II.1.3.2.

²²⁵ CSJ, 3e, 10 juillet 2014, 39227, Répertoire II.1.3.2.

²²⁶ CSJ, 8e, 10 février 2011, 35696, Répertoire II.1.3.2.

²²⁷ Art. 191bis de la loi sur les sociétés commerciales.

²²⁸ CSJ, 8e, 23 avril 2015, 40109, Répertoire II.1.3.3. : La qualité de gérant d'une société à responsabilité limitée n'est en principe pas incompatible avec celle de salarié de la société. Il incombe à la juridiction du travail de rechercher si le salarié exerçait dans un lien de dépendance juridique des fonctions distinctes de celles de mandataire social au sein de l'entreprise.

²²⁹ CSJ, 3e, 25 juin 2015, 40805, Répertoire II.1.3.3.; voir cependant CSJ, 8e, 22 mars 2007, 31721, Répertoire II.1.3.3. selon lequel la réalisation d'offres et de devis ne relève pas nécessairement de la fonction de gérant.

²³⁰ CSJ, 8e, 3 mars 2011, 35701, Répertoire II.1.3.3., à propos d'un co-gérant et associé à 25 %.

²³¹ CSJ, 8e, 13 juillet 2017, 43962, Répertoire II.1.3.3.

²³² CSJ, 8e, 19 juin 2014, 39626, Répertoire II.1.3.3.

été retenue pour le gérant unique qui exerçait l'activité de boulanger, son père détenant par ailleurs l'intégralité des parts sociales²³³. **(b) Réelle subordination.** Même un gérant unique peut être subordonné à l'associé principal²³⁴. D'un autre côté, il a été décidé qu'entre deux gérants, il n'existe en principe pas de rang de hiérarchie²³⁵. Selon un arrêt, le fait de pouvoir décider de l'embauche et du licenciement du personnel exclut en principe la qualité de salarié²³⁶; selon un autre, les fonctions de gérant et de responsable des ressources humaines n'excluent pas l'existence d'un lien de subordination²³⁷. Un arrêt de 2016 a même retenu, à propos d'un co-gérant n'ayant pas de parts sociales, que le fait qu'il ait signé son contrat de travail en sa double qualité de co-gérant et de salarié ne porterait pas à conséquence²³⁸.

La question de savoir si une personne était titulaire de l'autorisation d'établissement peut être déterminante; vu l'emprise que cette autorisation lui confère sur l'entreprise, elle ne peut être considérée comme étant un salarié ordinaire²³⁹. D'un autre côté, un lien de subordination a été reconnu pour une personne qui avait un contrat de travail et n'a que par la suite été nommé gérant et mis à disposition son autorisation d'établissement²⁴⁰. Plus récemment, la Cour a relevé qu'au regard de la loi d'établissement, le gérant de la société peut avoir le statut de salarié²⁴¹, de sorte que cet argument paraît avoir perdu sa pertinence.

74. Principe d'indépendance des deux statuts. En cas de cumul, les statuts de mandataire social et de salarié demeurent des relations juridiques distinctes, qui doivent être abordées séparément. Le mandat social est en principe révocable 'ad nutum', c'est-à-dire librement et à tout moment, sans devoir donner de motif et sans risque de se faire reprocher une révocation abusive. Le contrat de travail par contre ne peut être résilié que dans le strict respect de la procédure de licenciement. Lorsqu'il s'agit d'apprécier les fautes commises par une personne, il faudra situer la faute dans son contexte exact : une faute commise dans l'exercice du mandat social ne peut être invoquée comme motif pour justifier un licenciement ou une autre sanction au niveau de la relation de travail. Au niveau de la rémunération, il faut également distinguer entre ce qui relève du salaire et ce qui relève des jetons de présence et autres rétributions liées au mandat social. Le même principe vaut au niveau de la durée de travail : le temps

²³³ CSJ, 3e, 1 mars 2007, 31354, Répertoire II.1.3.3.

²³⁴ CSJ, 3e, 24 mai 2007, 30644, Répertoire II.1.3.3.; il devait demander congé et faire valider les décisions stratégiques.

²³⁵ CSJ, 8e, 24 octobre 2013, 39110, Répertoire II.1.3.3.

²³⁶ CSJ, 3e, 2 décembre 2010, 35487, Répertoire II.1.3.3.; voir cependant contra : CSJ, 3e, 9 juillet 2015, 40912, Répertoire II.1.3.3. à propos d'activités telles que la gestion du bar, l'encadrement des serveurs, le suivi des commandes et l'accueil des clients.

²³⁷ CSJ, 8e, 21 mars 2016, 42557, Répertoire II.1.3.3.

²³⁸ CSJ, 8e, 13 octobre 2016, 42466, Répertoire II.1.3.3.

²³⁹ CSJ, 8e, 24 octobre 2013, 39110, Répertoire II.1.3.3.: « Il ressort en outre de la décision du Ministère des Classes Moyennes, du Tourisme et du Logement du 19 février 2009 que R. est le titulaire de l'autorisation d'établissement de la société D. et qu'aux termes de cette décision l'autorisation n'est valable que si la gérance de la société est assurée par ce dernier, de sorte que celui-ci ne peut pas être considéré comme un salarié ordinaire, étant donné que son licenciement ou sa démission entraînerait pour la société la perte de la validité de l'autorisation d'établissement jusqu'à ce qu'elle ait obtenu une nouvelle autorisation ».

²⁴⁰ CSJ, 8e, 22 mars 2007, 31721, Répertoire II.1.3.3.

²⁴¹ CSJ, 8e, 21 mars 2016, 42557, Répertoire II.1.3.3.

passé dans l'exercice du mandat social ne compte en principe pas au niveau de la relation de travail. En pratique, la frontière ne sera cependant pas toujours facile à tracer.

75. Salarié et associé. La qualité d'associé (société à responsabilité limitée) ou d'actionnaire (société anonyme) est avant tout capitalistique (investissement et participation aux bénéfices), mais confère également une influence décisionnelle sur la société à travers l'assemblée générale. Une participation mineure ne pose certainement pas d'obstacle à un lien de subordination, ce d'autant plus que l'actionnariat-salarié est prévu par les textes (→ Tome II). Un problème peut se poser cependant lorsque le taux de participation dans le capital atteint des proportions permettant une réelle influence sur les décisions de la société. Si l'assemblée générale est l'organe « suprême » de la société, celle-ci est gérée en pratique et au quotidien par les gérants et administrateurs. Néanmoins, l'assemblée générale peut imposer des décisions et, surtout, décide de la nomination des gérants et administrateurs. Si la participation dépasse les 50 %, une relation de subordination devrait ainsi être infirmée; il est difficile d'imaginer qu'une personne soit subordonnée à une autre lorsqu'elle a la possibilité de la révoquer de ses fonctions. La jurisprudence luxembourgeoise est peu fournie pour de « simples » associés. Dans la plupart des cas litigieux, ceux-ci cumulent les qualités d'associé et de mandataire social (voir ci-avant); dans ce cas, le taux de participation au capital est généralement pris en considération comme indice supplémentaire plaidant en défaveur d'une réelle subordination.

Dans des petites structures, les associés (majoritaires) tendent aussi à s'impliquer dans la gestion quotidienne. Un associé peut ainsi être considéré comme étant un gérant de fait; malgré un contrat de travail écrit, le statut de salarié a par exemple été refusé à un actionnaire à 50 % qui s'impliquait dans la gestion²⁴². Entre deux associés prenant des décisions d'un commun accord, le lien de subordination a été infirmé, même si l'associé majoritaire peut exercer un certain contrôle sur la société²⁴³.

76 à 79. Réservés.

²⁴² CSJ, 8e, 22 janvier 2015, 41209, Répertoire II.1.3.3.

²⁴³ CSJ, 3e, 13 février 2014, 39079, Répertoire II.1.3.3.

CHAPITRE 3. – ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL

80. Contexte. Longtemps, le contrat de travail n'était régi que par le Code civil et les usages. A ce jour, le contrat de travail reste le fondement même de toute relation de travail (→ I.3.). De nombreuses lois sont intervenues pour améliorer le sort des classes laborieuses, mais il s'agissait de lois d'ordre public formulant des interdictions (tel le travail des enfants) ou imposant des limitations. Le régime contractuel en tant que tel, en particulier la formation et la résiliation du contrat de travail, restaient soumises au droit commun des contrats. Par la suite, ces aspects ont également été encadrés pour donner lieu progressivement à une législation spécifique, d'abord pour des secteurs déterminés (industrie, commerce, artisanat) et des catégories de travailleurs (employés privés, ouvriers), pour former aujourd'hui une branche juridique à part, dont les règles principales sont regroupées dans le Code du travail, qui fournit ainsi l'encadrement légal du contrat de travail (section 1). Si chaque pays dispose d'une législation spécifique, qui reflète son histoire sociale, un fondement commun peut cependant être trouvé dans le droit international et européen, de sorte qu'il faut s'intéresser aux différentes sources du droit du travail (section 2).

SECTION 1. – LE DROIT DU TRAVAIL

§ 1^{er}. – Notion

81. Notion. Contrairement à sa dénomination très large, le « droit du travail » n'encadre pas le « travail sous toutes ses formes », mais uniquement une forme particulière de travail (rémunérée, subordonnée et sous statut privé), qui est numériquement prépondérante. Ainsi, le droit du travail ne s'applique qu'aux salariés et d'autres relations professionnelles subordonnées peuvent être soumis à des régimes différents. Le droit du travail ne couvre notamment pas les personnes dans une relation statutaire, tels les fonctionnaires. Même si certaines règles sont identiques ou proches (p.ex. règles de non-discrimination), le législateur luxembourgeois tend cependant à promulguer deux textes séparés, l'un pour les salariés et l'autre pour les fonctionnaires. Le droit du travail est le droit qui régit les relations entre employeurs et salariés, donc qui encadre les prestations de travail subordonnées et rémunérées sous statut de droit privé. Le droit du travail est une législation très politisée, concernant une partie importante de la population, ce qui a pour conséquence non seulement qu'il est en permanente évolution, mais encore que sa qualité laisse parfois à désirer : le droit social est un patchwork de compromis trouvés avec les partenaires sociaux au fil des années. C'est, pour ainsi dire, un droit qui se veut pragmatique, mais dont la complexité et le changement permanent forment parfois un obstacle à sa mise en œuvre et créent une certaine insécurité juridique.

Dans sa majeure partie, le droit du travail est une législation protectrice des travailleurs, réputés se trouver dans une situation d'infériorité; elle instaure des conditions de travail a minima pour éviter les abus que ce déséquilibre peut engendrer si on laissant libre cours à la liberté contractuelle (droit du travail individuel) et pour encadrer l'expression sociale collective (droit du travail collectif). En 1990, PIERRE MAJERUS estime que « Le Grand-Duché de Luxembourg peut se glorifier d'être un des pays qui marchent à la tête du progrès en matière de protection du travail et d'organisation de la Sécurité

sociale »²⁴⁴. Le Luxembourg dispose effectivement d'une législation très protectrice, mais nos pays voisins ont souvent une législation plus précise et étoffée.

Le droit du travail est un droit unitaire en ce sens qu'il s'applique en entier ou pas du tout²⁴⁵ (tout comme une personne est qualifiée en entier de salarié ou non → I.22), et qu'il n'existe en principe qu'un seul droit du travail applicable à tous les salariés. S'il existe des règles dérogatoires selon les professions (p.ex. pour l'agriculture ou l'hôtellerie), le tronc commun du droit du travail est le même²⁴⁶. Il n'existe pas non plus de secteur qui serait entièrement exclu du droit du travail.

82. Les branches du droit du travail. Le droit du travail peut être subdivisé en droit du travail collectif et en droit du travail individuel. Si le droit du travail individuel est un droit de nature contractuelle destiné à protéger une partie réputée faible et subordonnée, le droit du travail collectif est avant tout un droit procédural destiné à favoriser la paix sociale en canalisant les conflits sociaux afin que ceux-ci s'expriment avant tout par des accords entre partenaires sociaux, plutôt que par des mouvements de grève et autres actions collectives. Le droit du travail individuel gravite autour de la relation contractuelle qui se noue entre un employeur et un salarié, donc autour du contrat de travail. Le droit du travail collectif s'intéresse par contre à la défense collective des intérêts des employeurs et salariés, que ce soit au sein de l'entreprise (délégations du personnel et cogestion dans les sociétés anonymes), au-delà de l'entreprise à travers les syndicats (négociation de conventions collectives et autres accords, conflits collectifs, conciliation et droit de grève) ou encore sur le plan institutionnel (chambres professionnelles et organes tripartites).

Parmi les autres branches du droit avec lesquelles le droit du travail interagit, on peut citer²⁴⁷ : **(a)** Le droit de l'emploi a pour objectif de favoriser et d'orienter l'emploi en général, et l'emploi salarié en particulier. Tout le livre V du Code du travail (« Emploi et chômage ») est consacré à ce sujet. Certaines mesures de droit du travail individuel ont également une finalité de politique de l'emploi, telle la limitation du cumul d'emplois ou des heures supplémentaires. Parfois, une certaine opposition entre droit du travail et droit de l'emploi se manifeste : le premier cherche à assurer un cadre protecteur au salarié, le second y bat des brèches en vue d'un « emploi à tout prix ». **(b)** Comme branche voisine du droit du travail, on peut mentionner le droit de la sécurité sociale, qui s'intéresse également au statut du salarié, mais dans une relation d'assuré envers divers organismes financés essentiellement par des cotisations sociales. **(c)** Le droit civil est très présent également dans la mesure où le contrat de travail reste un contrat (→ I.3), de sorte qu'en l'absence de règles spécifiques dans le Code du travail, le régime général des obligations du Code civil reste d'application. **(d)** Le droit pénal intervient pour imposer le respect de la législation sociale en définissant –essentiellement à charge de l'employeur – des infractions. Le rôle pratique du contentieux pénal reste cependant modeste en droit du travail, les conflits étant essentiellement résolus soit par les institutions telles que l'ITM, soit par le contentieux civil porté devant les tribunaux du travail. On notera la décision pénale qui a considéré que l'exercice des droits de la

²⁴⁴ MAJERUS Pierre, L'État luxembourgeois, 6e édition, 1990, p. 355.

²⁴⁵ Abstraction faite du constat que les différents chapitres du Code peuvent s'appliquer à des catégories de travailleurs autres que les salariés, comme les stagiaires ou apprentis.

²⁴⁶ Sauf en matière maritime.

²⁴⁷ Sur l'interaction du droit du travail avec d'autres branches du droit, notamment le droit de l'emploi, le droit des obligations, le droit pénal et le droit administratif, voir : Aux origines du droit du travail, n° 50 et suivants.

défense peut justifier un vol commis par un salarié au préjudice de son employeur, si les documents volés servent de preuve dans le cadre d'un procès²⁴⁸. **(e)** Le droit administratif enfin joue occasionnellement un rôle lorsque des décisions administratives sont à prendre; son rôle est plus important en droit du travail collectif qu'en droit du travail individuel, en raison notamment des compétences attribuées au directeur de l'ITM. Cet ouvrage n'aborde que le droit du travail individuel, dans la phase de la conclusion du contrat de travail.

83. Contrôle de l'application du droit du travail. Sur le plan des moyens d'action pour faire respecter le droit du travail, les mesures seront tout d'abord de nature civile et peuvent être prononcées par les juridictions du travail : des dommages-intérêts sont alloués pour licenciement abusif, un acte discriminatoire est annulé, un CDD non conforme est requalifié en CDI. Certaines règles de droit du travail sont assorties de sanctions pénales, qui peuvent être prononcées par les juridictions répressives. Enfin, diverses autorités peuvent prendre des mesures et sanctions de nature administrative (injonctions, fermetures de chantier, amendes administratives, taxe compensatoire pour refus de reclassement interne, etc.). A côté des sanctions, le droit du travail comporte également de multiples mesures incitatives pour provoquer un certain comportement souhaitable, mais non obligatoire, de la part des employeurs (subvention de la formation professionnelle, aides à l'embauche de chômeurs âgés, actions positives en faveur du sexe sous-représenté, etc.).

Les acteurs pour faire respecter le droit du travail sont les suivants : **(a)** le premier responsable pour veiller au respect du droit du travail est le salarié concerné lui-même (respectivement, mais plus rarement, l'employeur), qui devra réclamer son dû et intenter le cas échéant une action en justice, dénoncer les faits à l'autorité ou porter plainte. En raison de son état subordonné, souvent précaire, et du manque de connaissance du droit du travail, on ne saurait cependant se fier à la seule initiative des salariés. **(b)** Les syndicats ont pour mission d'informer leurs adhérents sur leurs droits et de les défendre, soit individuellement, soit collectivement. A ces fins, ils disposent de prérogatives particulières pour agir devant les tribunaux du travail. **(c)** Les délégués du personnel, élus par les salariés, ont également pour mission de les conseiller et de les défendre au sein des entreprises. **(d)** La Chambre des Salariés a pour mission de « veiller à l'observation de la législation et des règlements applicables » aux salariés et doit exercer « la surveillance et le contrôle de l'exécution des contrats de travail individuels et collectifs »²⁴⁹. **(e)** Parmi les autorités publiques chargées de la surveillance du droit du travail, un rôle central revient à l'Inspection du travail et des mines. Au-delà de sa mission de conseil et de médiation, elle peut procéder à tout moment à des contrôles, entrer dans les établissements et se faire présenter des documents et registres (L. 614-3). En 2017, la possibilité de prendre des mesures d'urgence a été étendue, au-delà des problèmes de sécurité et de santé au travail, à toutes les infractions en matière de droit du travail. Les inspecteurs peuvent dans certains cas décider des mesures d'urgence et ordonner la cessation du travail. Ils peuvent aussi prononcer des injonctions, dont l'inobservation est sanctionnée par une amende administrative. Enfin, ils peuvent dresser procès-verbal des infractions qu'ils constatent et les adresser au Parquet afin que des poursuites pénales soient initiées. **(f)** Les organismes de sécurité sociale peuvent demander des informations auprès de l'employeur, demander

²⁴⁸ CSJ, cass., 3 avril 2013, 3304, Répertoire XXII.3.3.1.

²⁴⁹ Art. 38 de la loi modifiée du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base élective.

communication de tous documents utiles et visiter pendant les heures de travail les locaux de l'entreprise (Art. 442 CSS). (g) D'autres organes peuvent encore intervenir avec des prérogatives propres, notamment la CNPD, les médecins du travail, la police, les douanes, etc.

Pour plus de détails sur la surveillance et le contrôle du droit du travail, et notamment les origines et compétences de l'ITM, voir :

- Aux origines du droit du travail, n° 152 et suivants.

Sur les missions et compétences des délégués, voir :

- Le nouveau statut de la délégation du personnel.

§ 2. – Origines du droit du travail

84. Historique et élaboration de la loi – renvoi. Le droit du travail luxembourgeois est né tardivement en raison d'une industrialisation tardive du pays, d'une faible densité des centres urbains, de la forte proportion de main-d'œuvre étrangère et d'une sous-représentation politique des ouvriers en raison notamment de l'abolition tardive du vote censitaire. Ces facteurs ont fait en sorte d'un côté que la « question sociale » s'est posée plus tard que dans les grands centres industriels des pays voisins et a également tardé à entrer dans le débat politique, et d'un autre côté que la conscience et la solidarité de la « classe ouvrière » et le mouvement syndical qui va de pair peinaient à émerger. A ses débuts, le « droit du travail » se limitait à quelques initiatives législatives destinées à contrecarrer les pires excès de l'industrialisation, notamment en matière de travail des enfants et d'hygiène et de salubrité des lieux de travail. Cet embryon de droit du travail était perçu d'abord comme faisant partie de la législation sur les industries et manufactures, puis comme un droit de classe n'intéressant que les ouvriers industriels. En parallèle, d'autres problèmes sociaux furent pris en main, notamment le développement de l'habitat ouvrier et la mise en place de la sécurité sociale. Ce n'est que progressivement que cette législation a été étendue aux petites industries, à l'artisanat, au commerce, puis à toutes les personnes qui s'adonnent à un travail subordonné et rémunéré, et que le « droit du travail » a été vu comme une branche juridique autonome. Par rapport à la plupart des autres branches juridiques, le droit du travail est ainsi un droit relativement jeune. Il s'agit par ailleurs d'un droit en permanente mutation.

Sur l'histoire du travail subordonné au Luxembourg, depuis l'esclavage, le servage, les gens de servile condition, le régime corporatiste, puis la liberté contractuelle apportée par la Révolution française et l'introduction au Luxembourg du Code civil, l'industrialisation (tardive au Luxembourg) rendant inopérante le postulat de la liberté citoyenne de contracter et rendant nécessaire une intervention (également tardive au Luxembourg) du législateur en matière sociale, les premières lois réglementant essentiellement l'industrie, puis l'artisanat et le commerce, le développement progressif de cette législation dérogatoire qui a fini par former une branche à part du droit – le « droit ouvrier » puis le « droit du travail » –, ainsi que l'adaptation permanente de ce droit aux nouvelles réalités économiques et techniques, voir :

- Aux origines du droit du travail, n° 16 et suivants

Sur l'élaboration de la législation du travail, le rôle de l'Etat et du pouvoir législatif, l'implication des partenaires sociaux par les syndicats, les organisations patronales, les chambres professionnelles et la Tripartite, ainsi que sur l'inspiration tirée du droit étranger et l'influence du droit international, voir :

- Aux origines du droit du travail, n° 101 et suivants

85. Réglementation du contrat employé dès 1919. La notion d'employé fait son apparition en droit luxembourgeois en 1895²⁵⁰ lorsque la loi encadre la saisie de la rémunération des « employés ou commis des sociétés civiles ou commerciales ». Les employés privés bénéficient d'un encadrement légal de leur contrat de travail dès 1919²⁵¹. Cette loi constitue un « texte pionnier » fixant la structure de la législation applicable aux employés pour l'avenir, les réformes de 1937, 1962 et 1972 ne faisant qu'étoffer et élargir ce cadre préexistant²⁵². Les idées initiales pour réglementer le contrat d'employé ont été très innovantes pour l'époque (convention collective de travail, participation aux bénéfices, etc.), mais n'ont souvent pas été reprises dans la loi²⁵³. L'objectif était de garantir les employés « contre l'arbitraire et l'exploitation du patron ou de l'entrepreneur, et pour donner en même temps plus de stabilité à leur situation »²⁵⁴.

86. Réglementation du contrat ouvrier en 1970. En 1962, ARMAND KAYSER²⁵⁵ observe que pour la grande majorité des travailleurs, seul le droit commun, constitué par le code civil et le code de commerce, est applicable dans leurs relations contractuelles avec leurs employeurs; il s'agit des ouvriers de l'industrie, des métiers et du commerce, de la plupart des ouvriers de l'agriculture, des gens de maison et des ouvriers de l'Etat et des communes. Les conventions collectives et les usages suppléent au défaut d'une réglementation légale plus poussée.

Au moment d'encadrer le contrat des employés, le législateur avait estimé qu'il valait mieux s'attaquer à une seule « face du problème » et de ne pas aborder la question ouvrière, afin de ne pas faire échouer l'initiative législative par des ambitions trop grandes. Ainsi, les ouvriers devront attendre jusqu'en 1970 pour voir leur contrat encadré par la loi²⁵⁶. Lorsque le législateur s'est enfin résolu à fixer le statut des ouvriers, il a dû constater que de nombreuses questions restaient ouvertes. En particulier, on a constaté que le licenciement individuel était abandonné « à des usages désuets dont ce délai dérisoire de 8 jours de préavis »²⁵⁷.

87. Genèse de la loi de 1989. Cette loi a été précédée d'un long travail préparatoire remontant à 1979, lorsque le Conseil Economique et Social avait été saisi par le gouvernement d'un avant-projet de loi portant réglementation uniforme du contrat de travail des salariés. Son avis de 1983 a largement inspiré la loi de 1989.

Un des objectifs de la loi était de regrouper les règles centrales régissant le contrat de travail et d'accroître ainsi « notablement la transparence du droit du travail »²⁵⁸. A

²⁵⁰ Loi du 19 juillet 1895 concernant la cessibilité et la saisissabilité des salaires et petits traitements des ouvriers et employés.

²⁵¹ Loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés.

²⁵² Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 1.

²⁵³ Proposition de loi ayant pour but le règlement légal du louage de service des employés privés, Rapport de la section centrale, C.R. 1917/1918, p. 474.

²⁵⁴ Proposition de loi ayant pour but le règlement légal du louage de service des employés privés, Exposé des motifs, C.R. 1917/1918, p. 351.

²⁵⁵ KAYSER Armand, Le contrat de travail en droit luxembourgeois, p. 536.

²⁵⁶ Loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers.

²⁵⁷ Projet de loi n° 76, Commentaire des textes proposés pour la seconde lecture, p. 21.

²⁵⁸ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 4.

compter de 1989, ouvriers et employés seront soumis à un régime contractuel identique en ce qui concerne les points centraux de la formation et de la résiliation du contrat de travail, mais cette loi laissera subsister certaines différences de traitement. « Des raisons d'opportunité ne permettent pas à l'heure actuelle d'aller plus loin dans l'harmonisation des conditions de travail respectives »²⁵⁹. En 2006, la loi de 1989 et de nombreux autres textes légaux ont été codifiés dans le Code du travail (→ I.96). En 2009, le Statut Unique balayera les dernières différences.

Le lecteur intéressé trouvera des développements plus détaillés quant au rôle joué par le Code civil et la liberté contractuelle, ainsi que la genèse, les racines et le développement progressif d'une législation sociale luxembourgeoise dans :
- Aux origines du droit du travail luxembourgeois, n° 36 et suivant

SECTION 2. – SOURCES DE DROIT

88. Inventaire des sources normatives. Le métier du juriste est de fournir une réponse à un problème qui se pose en pratique en se basant sur les règles existantes. En ce qui concerne le droit du travail, comme pour toute branche juridique, il n'existe cependant pas une seule source de normes dans lesquelles il peut puiser. En droit du travail, cette situation est amplifiée par l'intercalation de plusieurs niveaux de normes négociées par les partenaires sociaux, notamment les conventions collectives. Le droit du travail forme ainsi un mille-feuille de règles de source, de rang et d'origine historique différents. Les principales sources sont les suivantes : **(a)** Les normes que nous qualifierons de supralégales (§ 1^{er}) sont au sommet de la hiérarchie des normes. On y trouve le droit international, le droit de l'Union européenne, les traités internationaux et la Constitution. Si l'on fait abstraction des directives européennes, ces textes contiennent des éléments fondateurs et grands principes (not. droits et libertés fondamentaux) dont l'importance théorique est grande, mais dont l'importance pratique est moindre, puisqu'il faut rarement remonter à ce niveau pour résoudre les litiges et conflits du quotidien. **(b)** Parmi les normes légales, un rôle central revient évidemment au Code du travail (§ 2), même si des questions intéressant la relation de travail peuvent également se trouver dans d'autres lois. **(c)** Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc (donc du gouvernement) a joué un rôle historiquement important, notamment pour la mise en place des premiers délégués du personnel, conventions collectives et autres innovations par voie d'arrêté. Aujourd'hui, les règlements grand-ducaux sont confinés dans un rôle accessoire, notamment en raison de la « réserve de la loi » contenue dans notre Constitution (voir ci-après). Les règlements d'exécution ont pour vocation de régler des questions de détail par délégation de la loi. **(d)** Les normes négociées sont une particularité du droit du travail et traduisent le retrait partiel du pouvoir public en faveur de l'autonomie des partenaires sociaux (§ 3). **(e)** L'usage²⁶⁰ peut aussi être source

²⁵⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 2; Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 3 : « A l'instar du C.E.S., il se rend toutefois à l'évidence qu'une harmonisation complète des statuts s'avère difficilement défendable pour l'instant en raison des charges exorbitantes qu'elle comporterait pour les entreprises. Encore tient-il compte du fait que les perspectives d'élargissement du marché intérieur communautaire à l'horizon 1992 commandent à cet égard une vigilance accrue ».

²⁶⁰ Voir plus en détail : Aux origines du droit du travail n° 91 et suivants.

d'obligations à charge des contractants²⁶¹ et source d'inspiration pour l'interprétation du contrat²⁶². L'usage ne peut cependant pas primer l'écrit²⁶³. Les droits acquis (→ Tome II) sont une forme d'usage dont le caractère contraignant se déduit de la régularité avec laquelle un avantage est accordé aux salariés. **(f)** Les normes unilatérales, notamment les ordres que l'employeur prend en application de son pouvoir de direction (→ I.221), et tout particulièrement le règlement intérieur (§ 4) jouent un rôle important en droit du travail. Un grand nombre de décisions qui s'imposent au salarié découlent en effet de l'exercice de ce pouvoir unilatéral de l'employeur qu'il doit occasionnellement partager avec la délégation du personnel. Dans une vision institutionnelle de l'entreprise, l'employeur (ensemble avec la délégation le cas échéant) peut ainsi être vu comme un petit législateur local. **(g)** Les normes non-contraignantes (*soft-law*) existent à tous les niveaux, à commencer par les Recommandations de l'OIT ou de l'Union européenne (et notamment le récent 'pilier social européen') en passant par de flous « engagements » pris par les partenaires sociaux envers le gouvernement. Au niveau de l'entreprise, ce type de normes 'volontaristes' ou 'para-légales' prend également de l'ampleur, que ce soit à travers des Chartes de valeurs, des engagements relevant de la RSE (responsabilité sociétale des entreprises) ou les divers labels et certifications qu'une entreprise peut obtenir, y compris en ce qui concerne sa gestion des ressources humaines. Bien que ces textes ne soient pas contraignants au même titre qu'une loi, ils peuvent néanmoins avoir un impact pratique important par l'engagement moral qu'ils comportent et par le souci des employeurs d'être « *compliant* » et de dorer l'image de l'entreprise. **(h)** La jurisprudence, c'est-à-dire les principes se dégageant des décisions de justice qui sont rendues par les tribunaux, n'est pas une source normative à proprement parler, mais constitue néanmoins dans beaucoup de domaines un élément d'information indispensable, comme en témoignent les notes de bas de page. En droit du travail, elle est essentiellement rendue par les tribunaux du travail, et en appel par la Cour d'Appel (Cour Supérieure de Justice, CSJ). Des décisions pénales ou administratives peuvent également présenter un intérêt. **(i)** La doctrine est malheureusement assez limitée en droit du travail luxembourgeois²⁶⁴.

89. Hiérarchie des normes. Face à cette multitude de textes, il faut définir une hiérarchie car il n'est pas rare d'être confronté à des incohérences ou contradictions entre textes. Les grands principes de la hiérarchie des normes, que nous ne détaillerons pas ici, sont les suivants : **(a)** Pour les normes d'ordre international, la première question à se poser consiste à savoir si la norme peut être invoquée directement par les justiciables, ou s'il s'agit d'un texte qui s'adresse uniquement à l'Etat signataire et ne peut être invoqué devant un Tribunal. Tel est notamment le cas des textes trop vagues devant encore faire l'objet d'une concrétisation sur le plan national et des déclarations de principes. Pour certains droits fondamentaux sociaux, il s'agit de droits programmatiques devant guider l'action de l'Etat, mais ne créant pas de droits subjectifs dont ne pouvant fonder une condamnation de l'Etat au profit du salarié (p.ex. droit à une protection contre le licenciement, droit d'accès à un travail, droit à la formation professionnelle, droit à un salaire juste). La question de l'« effet direct » est

²⁶¹ Art. 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

²⁶² Art. 1159 du Code civil; Art. 1160 du Code civil : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

²⁶³ CSJ, 8e, 11 novembre 2010, 34061 et 34180, Répertoire III.2.1.

²⁶⁴ Voir la bibliographie en fin d'ouvrage.

particulièrement importante en droit de l'Union européenne et fait l'objet d'une jurisprudence fournie. Elle se pose en particulier à propos des directives européennes qui n'ont pas été transposées dans le délai. Pour le surplus, toutes les normes internationales sont supérieures aux lois et peuvent ainsi servir non seulement à interpréter les lois, mais aussi à les écarter. Ce pouvoir appartient à chaque juridiction. La Constitution est également hiérarchiquement supérieure aux lois; le juge du fond ne peut cependant en principe statuer sur une telle contrariété, mais devra saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle. **(c)** Les normes légales sont de même niveau entre elles, le Code du travail étant sur le plan formel une loi comme les autres, sans prépondérance. Les deux principes de base régissant les conflits veulent que la loi la plus récente déroge à la loi plus ancienne et que la loi spéciale (p.ex. le Code du travail) déroge à la loi générale (p.ex. le Code civil). Bien que le droit du travail soit fortement marqué par un souci de protection du salarié, il n'existe pas, comme en droit pénal, de principe de rétroactivité de la loi la plus favorable. Il n'existe en principe pas non plus de droit acquis à une certaine situation légale, les lois sociales pouvant être changées à tout moment en défaveur des salariés. **(d)** Les règlements grand-ducaux se situent hiérarchiquement en-dessous des lois, chaque juge pouvant en écarter l'application (Art. 95 de la Constitution). **(e)** Les normes négociées n'ont pas de hiérarchie claire entre elles, sauf que les accords subordonnés sont soumis à la convention collective cadre qui leur sert de base²⁶⁵. Les normes négociées se situent en-dessous des normes légales et réglementaires, sauf si celles-ci sont explicitement dispositives. Même déclarées d'obligation générales, et donc publiées en annexe d'un règlement grand-ducal, elles conservent leur caractère contractuel infra-réglementaire²⁶⁶. **(f)** Le contrat de travail doit respecter toutes les normes supérieures prémentionnées. **(g)** Les ordres unilatéraux, notamment le règlement interne, doivent respecter le cadre fixé par le contrat de travail et les autres normes supérieures. Le règlement interne ainsi que les ordres patronaux, expression d'un pouvoir unilatéral, ne peuvent aller à l'encontre ni de la loi ni du cadre contractuel individuel et collectif. **(h)** La jurisprudence et la doctrine n'ont aucune valeur normative, mais – en principe²⁶⁷ – une simple valeur interprétative. Elles serviront aux plaideurs et juges à interpréter la loi.

90. Ordre public. On ne peut déroger contractuellement aux lois qui intéressent l'ordre public (Art. 6 CCiv). La hiérarchie des normes, telle que précisée ci-dessus doit ainsi être respectée, quasiment tout le droit du travail étant d'ordre public. L'interdiction d'y déroger repose sur le postulat que lors de la négociation du contrat et des conditions de travail, employeur et salarié ne négocient pas à armes égales, mais le salarié se trouve dans une situation d'infériorité économique, et parfois intellectuelle, qui l'empêche d'imposer des conditions de travail dignes et équitables. L'employeur doit être empêché d'abuser de sa position de force pour ne privilégier que ses intérêts, essentiellement pécuniaires, et de piétiner ceux du salarié.

²⁶⁵ Voir en détail : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 248.

²⁶⁶ Voir en détail : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 175.

²⁶⁷ Une exception importante existe en droit du travail, à savoir les actions en interprétation des conventions collectives, donnant lieu à des jugements qui en principe s'imposent par la suite aux tribunaux, par dérogation au principe que les juges ne statuent pas par voie de disposition générale et réglementaire (Art. 5CCiv) et au principe de la relativité de l'autorité de chose jugée qui ne s'applique qu'entre parties. Voir à propos de l'action en interprétation : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 302.

Il convient de distinguer trois sortes de règles : **(a) Les règles d'ordre public absolu**, auxquelles il ne peut être dérogé, même dans un sens favorable au salarié. Les parties n'en ont pas la disposition et leur volonté ne compte pas. Le salarié ne peut renoncer à ses congés, même en échange d'une compensation financière dépassant l'indemnité de congé qu'il aurait perçue, puisque dans un souci de sécurité, la loi veut obliger le salarié à prendre ses congés. Une personne qui n'est pas salariée ne peut stipuler le contraire, même si cela lui serait favorable, puisque le champ d'application du droit du travail est d'ordre public. L'employeur ne peut accorder une prime de ponctualité aux chauffeurs routiers, puisque des considérations de sécurité routière priment. Les règles de non-discrimination relèvent aussi de l'ordre public absolu. Une période d'essai d'une semaine n'est pas valable, même si elle est plus favorable qu'une période plus longue. Les parties ne sauraient pas non plus déroger aux droits de tiers : l'employeur peut accorder un congé parental à un salarié qui ne remplit pas les conditions, mais l'Etat ne payera pas d'indemnités; l'employeur peut renoncer à des certificats médicaux pour des maladies de cinq jours, mais le salarié devra toujours les envoyer à la CNS. **(b) Des règles dispositives**, c'est-à-dire supplétives de la volonté des parties pour le cas où rien n'aurait été convenu. Les cas dans lesquels le contrat de travail individuel peut déroger, y compris dans un sens défavorable à la loi, sont rarissimes; l'article L. 123-1 (3) en matière de flexibilité du temps partiel est un des rares exemples²⁶⁸. La possibilité pour l'employeur de porter la journée de travail à neuf heures en est un autre²⁶⁹. Pour les conventions collectives, il a été argumenté par le passé que tout devrait être à disposition des partenaires sociaux puisque ceux-ci se rencontrent et négocient sur un pied d'égalité. Cette solution ne s'est cependant pas imposée de manière générale. Si les pays voisins ouvrent de plus en plus largement le droit du travail à l'autonomie des partenaires sociaux, le Luxembourg ne s'y engage que de manière timide. Le seul domaine réellement représentatif est celui de la durée de travail, où une large liberté est reconnue aux syndicats et organisations patronales (→ Tome II). **(c) Les normes relevant de l'ordre public social** (ordre public de protection) sont destinées à protéger une partie réputée faible, à savoir le salarié. Elles sont les plus nombreuses, quasiment tout le Code du travail relevant de cette catégorie. En vertu du principe de faveur décrit ci-après, il peut y être dérogé, mais uniquement dans un sens favorable au salarié. Une clause défavorable serait nulle; s'agissant d'une nullité de protection, seul le salarié peut en principe l'invoquer.

91. Principe de faveur. Le principe de faveur part du postulat que la plupart des règles du droit du travail ont pour objectif de protéger le salarié et fixent un seuil minimal de protection. Les normes conventionnelles et unilatérales peuvent ainsi déroger aux normes supérieures dans un sens favorable au salarié : **(a) Les décisions unilatérales de l'employeur** peuvent ainsi être plus favorables que le cadre contractuel, par exemple en libérant le salarié avant l'horaire normal, en n'exigeant pas de certificat médical en cas de maladie de courte durée ou en payant une gratification non obligatoire. **(b) Le contrat de travail** peut être plus favorable que la convention collective ou la loi, par exemple en stipulant plus de 25 jours de congé ou en prévoyant un salaire supérieur aux grilles de la convention du secteur. Dans la relation entre contrat et loi, l'article L. 121-3 énonce le principe de faveur en ces termes : « Les parties au contrat de travail sont

²⁶⁸ La loi prévoit une marge de flexibilité de la durée hebdomadaire de travail de 20 %, mais les parties peuvent augmenter ce seuil vers plus de flexibilité pour l'employeur (donc en défaveur du salarié).

²⁶⁹ Articles L. 211-17 et L. 211-18 : la convention collective ne peut priver l'employeur de cette faculté. Reste à savoir si le contrat individuel peut le faire.

autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié. Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations »; d'autres dispositions du Code du travail reprennent le même principe pour des sujets plus spécifiques. La jurisprudence considère que, même si chacune de ces dispositions ne vise qu'un titre spécifique du Code, le principe de faveur est d'application générale dans tout le droit du travail²⁷⁰. Dans les relations envers la convention collective, l'article L. 162-12 (7) précise que « Toute stipulation d'un contrat de travail individuel, tout règlement interne et toute disposition généralement quelconque, contraires aux clauses d'une convention collective ou d'un accord subordonné, sont nuls, à moins qu'ils ne soient plus favorables pour les salariés ». **(c)** La convention collective peut être plus favorable que la loi, ce qui est d'ailleurs le but premier de sa négociation. « Toute stipulation [d'une convention collective] contraire aux lois et règlements est nulle, à moins qu'elle ne soit plus favorable pour les salariés » (L. 162-12 (6))²⁷¹.

Certains textes se réfèrent à un « principe général du droit du travail selon lequel il est possible de stipuler par convention dans un sens plus favorable au salarié » (L. 164-8 (4)). D'après les stricts termes de l'article L. 121-3, toute clause qui « aggrave » les obligations du salarié est nulle (L. 121-3 al. 2). Or cela signifierait-il par exemple que l'employeur ne peut imposer une clause de secret des affaires au salarié, puisque la loi ne prévoit rien à ce sujet ? La jurisprudence fait une lecture souple de la loi et choisit un chemin intermédiaire : elle autorise les clauses non explicitement prévues, mais tend à les encadrer de limites jurisprudentielles.

Le principe de faveur joue ainsi sous deux conditions : **(a)** Il faut que la clause soit contraire à une norme supérieure. Comme il vient d'être dit, une clause abordant un domaine dans lequel loi et convention collective sont muets, est en principe valable en vertu du principe de la liberté contractuelle qui continue à régir le contrat de travail en toile de fond. En se basant sur des principes généraux, la jurisprudence impose cependant des limites ; elle l'a fait par exemple à propos des clauses de secret des affaires, des clauses de remboursement des frais de formation, des clauses relatives ou, plus récemment, à propos des clauses d'exclusivité (→ I.473) et de non-concurrence (→ I.434). **(b)** Il faut qu'elle soit moins favorable au salarié. Il n'est pas toujours évident de décider si une dérogation est plus favorable ou non. Il faut s'intéresser à la finalité de la règle, mais aussi au ressenti subjectif du salarié. La jurisprudence prononce en effet en faveur d'une approche individuelle, analysant au cas par cas si la mesure est favorable au salarié concerné ; ainsi par exemple un salarié peut-il préférer pour des raisons individuelles un horaire de nuit à un horaire de jour²⁷². Par ailleurs, l'approche

²⁷⁰ Voir p.ex. CSJ, 3e, 28 avril 2016, 42518, Répertoire III.2.1. : « Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties au contrat de travail de convenir des règles applicables entre elles, sauf à respecter les dispositions de la loi sur le contrat de travail, des conventions collectives et des règlements internes. S'il est interdit à ces mêmes parties d'insérer des clauses contraires au code du travail ou à la convention collective applicable, le principe de la liberté contractuelle autorise toutefois les parties au contrat de travail à y déroger dans un sens plus favorable au salarié. ».

²⁷¹ Voir à ce sujet : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 241 et suivantes.

²⁷² CSJ, 20 octobre 1994, 15372 : « C'est à tort que les appelants soutiennent que la modification de l'horaire de travail notifiée le 12 juin 1992 : 'Dorénavant votre journée de travail débutera à huit heures et se terminera à seize heures' à la salariée qui travaillait auparavant de 17.00 à 1.00 heures, ne constituait pas une modification en défaveur de la salariée, modification portant sur

n'est pas globale : il ne s'agit pas d'apprécier si, globalement la situation du salarié est plus favorable que la loi. L'employeur ne pourrait par exemple réduire la durée de travail journalière d'un poste à temps plein à 7 heures (mesure favorable) et le nombre de jours de congé à 20 (mesure défavorable par rapport à la loi), en argumentant que le nombre d'heures travaillé serait globalement inférieur, donc que cette combinaison serait globalement en faveur du salarié. Il faut comparer au contraire les clauses point par point, sinon du moins entre des « avantages de même nature ». Par exemple, la convention collective des banques prévoit pour les salariés âgés de moins de 50 ans un congé annuel de 25 jours (soit le minimum légal), mais aussi 8,5 « jours de repos » ; si la loi venait à imposer la 6^e semaine de congé, la question se poserait si les salariés bancaires ont droit à 30 jours de congé et 8,5 jours de repos, ou s'il s'agit d'avantages de même nature (des jours libres rémunérés), de sorte que les salariés bancaires ne tireraient aucun avantage du changement légal.

Sur les différentes sources du droit, voir « Aux origines du droit du travail » pour :

- la législation (lois, Code et règlements), n° 57 et suivants,
- les normes négociées, n° 60 et suivants.

§ 1^{er}. – Normes supralégales

92. Droit international du travail²⁷³. Sur le plan de l'Europe dite « des 47 » (Conseil de l'Europe), l'on pourrait mentionner l'incontournable Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) adoptée en 1950²⁷⁴. Si les droits et libertés qu'elle proclame sont susceptibles d'être invoqués dans le cadre d'une relation de travail, elle ne contient cependant pas de disposition spécifiques au droit du travail. Il s'agit d'une convention proclamant classiquement des libertés civiles et politiques restreignant l'Etat-gendarme et non pas des droits sociaux et économiques obligeant l'Etat-providence. Ce vide social était comblé par la Charte sociale européenne adoptée à Turin en 1961 et ratifiée par le Luxembourg en 1991²⁷⁵. Elle proclame une série de droits aux travailleurs et personnes, collectifs et individuels, et oblige les Etats signataires à prendre les mesures nécessaires pour garantir la jouissance effective de ces droits.

Sur le plan international, le rôle central est joué par l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T., I.L.O - International Labour Organization), qui fut constituée en 1919 et constitue depuis 1946 une institution spécialisée des Nations Unies. Elle fonctionne

une clause essentielle du contrat de travail. En effet, même si la plupart des gens préfèrent comme le soutiennent les appelants, travailler pendant la journée plutôt que pendant la nuit, l'horaire de travail – 17.00 à 1.00 heure – peut, pour des raisons personnelles, constituer un élément dont la modification entraîne des conséquences défavorables pour le salarié ».

²⁷³ Voir plus en détail : Aux origines du droit du travail, n° 118 et suivants.

²⁷⁴ Correctement intitulée « Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales » ; Loi du 29 août 1953 portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et du Protocole additionnel signé à Paris le 20 mars 1952, Mémorial A n°53, 29 août 1953, page 1099.

²⁷⁵ Loi du 17 septembre 1991 portant approbation de la Charte sociale européenne, signée à Turin, le 18 octobre 1961, Mémorial A n° 68 du 24 septembre 1991, page 1328. La révision de 1996 n'a pas encore été ratifiée par le Luxembourg, cf. question parlementaire au Gouvernement n° 1571 du 14 février 2007 de M. Claude Adam et Mme Viviane Loschetter (DÉI GRÉNG) concernant la ratification de la Charte sociale européenne.

selon un modèle tripartite rassemblant les gouvernements, employeurs et travailleurs et regroupe 187 pays, dont le Luxembourg. L'O.I.T. élabore des Recommandations et des Conventions. Parmi les presque 200 conventions adoptées, 8 sont qualifiées de « Conventions fondamentales ». Ces conventions OIT sont rarement invoquées en pratique, le droit luxembourgeois satisfaisant dans la grande majorité des cas aux minima fixés par l'O.I.T..

93. Encadrement par le droit de l'Union européenne²⁷⁶. Les compétences de l'Union en matière de politique sociale sont inscrites à l'article 153 (1) TFUE et incluent notamment l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, les conditions d'emploi des ressortissants de pays tiers, l'égalité entre hommes et femmes, ainsi que certaines compétences en matière de sécurité sociale et de droit du travail collectif. L'article 153 (5) exclut explicitement les rémunérations (ainsi que le droit syndical et le droit de grève) des compétences de l'Union. Une compétence de coordination est reconnue à l'Union par l'article 156 TFUE notamment en matière d'emploi, de droit du travail, de conditions de travail.

Les rôles des partenaires sociaux est reconnu par l'Union (Art. 152 TFUE). Ceux-ci doivent être consultés par la Commission européenne sur l'orientation possible d'une action de l'Union dans le domaine de la politique sociale; ils peuvent signaler leur intention de mener des consultations en vue d'aboutir à un accord qui à son tour peut être rendu obligatoire (Art. 154 et 155 TFUE).

Tout Etat membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives en matière de politique sociale (Art. 153 (3) TFUE). L'Etat reste cependant responsable de surveiller que les dispositions nécessaires ont été mises en place dans les délais. Pour éviter ce risque, la tradition luxembourgeoise consiste à transposer les directives par la voie législative²⁷⁷, mais après avoir consulté les partenaires sociaux tant dans le cadre de la tripartite qu'à travers les avis des chambres professionnelles.

Le droit de l'Union européenne regroupe des sources de droit variables : **(a) le droit primaire** regroupe les traités, qui comportent certains principes fondamentaux (notamment l'égalité de traitement). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est une source particulièrement riche de droits sociaux fondamentaux. **(b) Les Règlements** européens sont des textes d'application directe qui s'imposent au Luxembourg à l'instar d'une loi. Ils jouent un rôle marginal en droit du travail, sauf en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs. **(c) Les Directives** sont des actes

²⁷⁶ Voir plus en détail : Aux origines du droit du travail, n° 120.

²⁷⁷ Voir p.ex. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 5 : « La tradition législative luxembourgeoise exige la transposition de la directive par voie législative. Certes, l'article 9 de la directive ouvre l'option d'une transposition par accords entre partenaires sociaux. L'Etat reste cependant destinataire de l'obligation de mettre le droit national en conformité avec le droit communautaire, de manière que les instances étatiques devraient vérifier si toutes les conventions collectives sont conformes à la directive à transposer. Comme d'autre part tous les salariés ne sont pas couverts par de tels contrats collectifs, le droit national ne serait d'office pas conforme au droit communautaire. La transposition par la loi est donc plus aisée pour tous les concernés et garantit la conformité du droit du travail luxembourgeois ». Entre-temps, les accords en matière de dialogue social interprofessionnel ont été introduits, et permettraient de résoudre certains des problèmes invoqués. Néanmoins, la tradition d'une transposition par voie législative s'est maintenue.

s'adressant aux Etats membres et fixant des objectifs à atteindre, chaque Etat devant transposer la directive dans son droit national, tout en bénéficiant d'une certaine marge de manœuvre. Ces directives sont nombreuses en droit du travail et concernent des domaines aussi divers que la discrimination au travail, l'égalité de traitement, le licenciement collectif, l'information des salariés sur leurs conditions de travail, la durée de travail, la sécurité au travail, etc.. **(d)** Les partenaires sociaux européens ont aussi la possibilité de négocier des **accords-cadres**. Certains de ces accords ont été rendus obligatoires par une directive (temps partiel, contrats à durée déterminée) et ont par conséquent été transposés dans notre législation nationale. D'autres accords ont inspiré les partenaires sociaux luxembourgeois pour adopter des accords nationaux, s'imposant aux employeurs (harcèlement moral et violence, télétravail). D'autres encore ont connu moins d'écho (stress au travail). **(e)** Les **Recommandations** de l'Union européenne n'ont pas de valeur contraignante mais peuvent néanmoins influencer les législations nationales. Il en existe un certain nombre en droit du travail, notamment à propos de la médecine du travail, de l'emploi des handicapés, de la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise, de l'accès à la formation professionnelle continue, de la lutte contre l'immigration et l'emploi illégaux ou encore sur le harcèlement sexuel. **(f)** Le **socle européen** des droits sociaux définit un certain nombre de principes et de droits fondamentaux en vue de garantir le bon fonctionnement des marchés du travail et des systèmes de protection sociale. Texte actuellement sans valeur contraignante, il a cependant pour objectif de relancer l'Europe sociale et de la rendre plus efficace. Il faut relever que sur cette base, de nouvelles initiatives ont récemment été prises, notamment la réforme du droit du détachement des travailleurs ou encore le projet de directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles, qui comporte certaines exigences minimales concernant les conditions de travail²⁷⁸.

94. Constitution. Si la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868 n'est certainement pas le texte le plus fréquemment invoqué dans la pratique du droit du travail, elle n'en contient pas moins des dispositions fondamentales influant sur le droit du travail. Depuis la création d'une Cour Constitutionnelle en 1997, l'impact concret de la Constitution a été sensiblement augmenté. La Cour peut être saisie par les juridictions nationales saisies d'un litige pour statuer sur une question préjudicielle remettant en cause la constitutionnalité d'une loi. Au-delà de cette procédure prévaut en tout état de cause le principe de l'interprétation des lois à la lumière de la Constitution, principe imposant notamment une approche restrictive en présence de règles entravant des libertés fondamentales.

Deux révisions constitutionnelles récentes témoignent du rôle fondamental que la Constitution continue à jouer en droit du travail. Une révision constitutionnelle de 2006²⁷⁹ a inscrit le principe d'égalité entre hommes et femmes dans la Constitution et enjoint à l'Etat de « promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister » en la matière. Cette réaffirmation du principe d'égalité paraît cependant superfétatoire, alors que l'égalité des sexes est incluse dans le principe général d'égalité²⁸⁰; l'objectif a seulement été de « mentionner expressément dans la Constitution le principe de l'égalité

²⁷⁸ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

²⁷⁹ Loi du 13 juillet 2006 portant révision de l'article 11, paragraphe (2) de la Constitution.

²⁸⁰ Art. 10bis al. 1 de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868.

juridique entre femmes et hommes, vu le caractère fondamental que revêt ce principe dans le cadre de l'émancipation des femmes »²⁸¹.

Une révision constitutionnelle de 2007 a directement modifié certaines dispositions fondamentales en matière de droit du travail²⁸². La Constitution précise désormais que « la loi garantit les libertés syndicales et organise le droit de grève »²⁸³. Il ne s'agit cependant que d'une explicitation d'un acquis antérieur. Le texte antérieur garantissait en effet déjà explicitement les libertés syndicales, et la jurisprudence y incluait le droit de grève²⁸⁴. Outre la sécurité sociale et la protection de la santé, les « droits des travailleurs » de manière générale relèveront désormais du domaine réservé à la loi (→ I.95); le législateur se voit dès lors contraint d'en définir lui-même les principes essentiels. Dépasant le cadre du strict droit du travail, le législateur est chargé de la mission constitutionnelle de lutter contre la pauvreté et de veiller à l'intégration sociale des handicapés.

La réforme de 2007 a par ailleurs élevé au rang de droit constitutionnel le respect de la vie privée, généralisant par là un principe contenu jusqu'ici en germe dans le secret des lettres²⁸⁵. Ce choix constitutionnel ne restera probablement pas neutre, le droit du travail insistant de plus en plus sur le respect de la personne et d'une sphère privée inviolable du salarié (→ I.171). Dans le même ordre d'idées, la liberté d'opinion²⁸⁶ confère au salarié, de manière positive, un droit d'exprimer des critiques et observations, et de manière négative, une protection contre toute discrimination en raison de ses opinions politiques, religieuses ou autres.

La Constitution « garantit le droit au travail »²⁸⁷. Depuis la réforme de 2007, l'Etat n'« assure » cependant plus, mais « veille à assurer » l'exercice de ce droit. Conscients du risque inhérent à l'ancienne formule suite à l'introduction d'une Cour Constitutionnelle et d'une responsabilité de l'Etat du fait de ses lois, les députés ont ainsi préféré déclasser cette obligation en obligation de moyens²⁸⁸. L'Etat reste donc simplement obligé de mener une politique active de plein emploi. Le citoyen ne dispose cependant pas de droit subjectif et individuel à un emploi.

²⁸¹ Projet de révision n° 3923B des paragraphes (1) et (3) à (6) de l'article 11 de la Constitution, Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat, 28 janvier 1999, page 2.

²⁸² Loi du 29 mars 2007 portant 1. révision des paragraphes (1), (3), (4), (5) et (6), alinéa 1er de l'article 11 de la Constitution; 2. création d'un article 11bis nouveau de la Constitution.

²⁸³ Art. 11 alinéa 4 de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868.

²⁸⁴ CSJ, 24 juillet 1952, Pas. 15, 355; CSJ, 15 décembre 1959, Pas. 18,90.

²⁸⁵ Art. 28 alinéa 1er de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868.

²⁸⁶ Art. 24 de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868.

²⁸⁷ Art. 11 alinéa 4 de la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868.

²⁸⁸ Projet de révision n° 3923B/01 des paragraphes (1) et (3) à (6) de l'article 11 de la Constitution, Avis complémentaire du Conseil d'Etat, 27 avril 1999, page 9 : « Compte tenu de l'environnement juridique, profondément modifié depuis 1948 eu égard à l'introduction de la Cour constitutionnelle, de la loi du 1er septembre 1988 sur la responsabilité de l'Etat et de l'évolution de la jurisprudence de la doctrine quant à la responsabilité de l'Etat en cas de non-respect par le législateur de la Loi fondamentale, il convient de libeller la première phrase du paragraphe de manière à octroyer aux pouvoirs publics en la matière une obligation de moyens et non de résultat. Il y a lieu de rappeler qu'une obligation de moyens conserve par définition un caractère contraignant. »

La Constitution garantit également un certain nombre de droits fondamentaux que le salarié peut exercer sur son lieu de travail (→ I.169), mais également des libertés fondamentales qui bénéficient à l'employeur (→ I.217).

Sur la liberté de l'industrie et du commerce et la liberté de travailler, voir aussi :
- Aux origines du droit du travail, n° 201 et suivants, n° 226 et suivants.

95. Réserve de la loi²⁸⁹. L'article 11(5) de la Constitution prévoit que « la loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits du travailleur ». Depuis 2016, il est prévu que « dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'en vertu d'une disposition légale particulière qui fixe l'objectif des mesures d'exécution et le cas échéant les conditions auxquelles elles sont soumises ». Doctrine²⁹⁰ et pouvoirs publics²⁹¹ s'accordent pour dire que cette disposition fait du droit du travail une matière réservée à la loi. Le noyau dur du droit du travail doit dès lors faire l'objet d'une loi et ne peut être abandonné ni au pouvoir réglementaire, ni aux partenaires sociaux.

§ 2. – Le Code du travail de 2006

96. Plan. Un regard plus détaillé mérite d'être jeté sur le Code du travail qui, dans le contexte de la codification en général (titre 1) est un des rares codes d'envergure d'origine réellement luxembourgeoise. Sa finalité était de rendre le droit du travail accessible (titre 2); la structure a été inspirée des codes français (titre 3).

1. LA CODIFICATION DU DROIT DU TRAVAIL

97. La codification au Luxembourg. Le but de toute codification est de rassembler l'ensemble, sinon du moins l'essentiel des règles intéressant un domaine spécifique du droit dans un texte cohérent et structuré. Le Code n'a, au Luxembourg, pas de valeur juridique ou de statut différent d'une loi. La codification renforce aussi l'autonomie d'une législation, qui est présentée comme un ensemble connexe et homogène. En ce sens, il fallait dans un premier temps que le droit du travail émerge et soit perçu comme une branche juridique à part, avant que la question d'une codification ne puisse être posée.

La **codification officielle** n'est pas très prononcée au Luxembourg. Le Grand-Duché a hérité de la France les Codes historiques (Code civil, Code de Commerce, Code pénal, Code de procédure civile). Le Code pénal français a été remplacé en 1879 par un texte reprenant de façon presque littérale le Code pénal belge²⁹². Le Code d'Instruction

²⁸⁹ Voir plus en détail : Aux origines du droit du travail, n° 104.

²⁹⁰ Voir en ce sens KAYSER Armand, Les sources du droit du travail dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 154 : « ... les dispositions nouvelles de l'article 11 de la Constitution rangent l'organisation du repos des travailleurs parmi les matières réservées, qui sont exceptées de la réglementation instituée par une loi d'habilitation ».

²⁹¹ Projet de loi n° 2304, Rapport de la Commission des Affaires Sociales du 10 février 1981, p. 1 : « Cependant, respectueux du principe constitutionnel suivant lequel le droit du travail est une matière réservée à la loi, le Gouvernement, qui au départ avait opté pour la forme du règlement grand-ducal pour transposer en droit interne la présente directive, s'est ravisé en choisissant pour ce faire la voie légale ».

²⁹² Loi du 18 juin 1879 portant révision du Code pénal.

Criminelle vient d'être renommé « Code de procédure pénale ». Des Codes rarement appliqués existent encore en matière militaire et maritime²⁹³.

C'est pour l'essentiel dans le domaine social qu'on trouve de réels et importants efforts de codification ayant un caractère spécifiquement national. En droit du travail, l'effort est tardif et ne date que de 2006 (voir ci-après). En matière de sécurité sociale par contre, le premier code remonte à 1925²⁹⁴. Lors des modifications importantes qui y ont été apportées en 2009 par la réforme du « statut unique » (harmonisation du statut des ouvriers et de l'employé), la structure a été revue et la législation sur les prestations familiales a été incorporée, le Code des assurances sociales se dénommant désormais « Code de la sécurité sociale »²⁹⁵.

Notre exposé serait incomplet sans mentionner le « Code de la consommation » introduit en 2011²⁹⁶. Il a repris la même numérotation et structure que le Code du travail. Tout comme pour ce dernier, l'objectif était, selon le programme gouvernemental de 2004, d'« atteindre une meilleure cohérence ainsi qu'une meilleure transparence et lisibilité » du droit de la consommation. Avec quelque 150 articles, contre plus de 1.000 pour le Code du travail, son volume est cependant nettement inférieur. Par ailleurs, la codification n'a pas été réalisée exclusivement à droit constant, puisque plusieurs directives européennes devaient être transposées.

Si la méthode de codification semble ainsi s'être figée par la reprise du modèle français, il n'existe cependant au Luxembourg pas de mouvement général de codification ni surtout, à l'instar de la France, de processus formalisé avec une commission supérieure de codification et une procédure clairement fixée. Il faut relever notamment que l'amélioration constante du site internet legilux.lu rend l'accès au droit plus facile et rapide, même en l'absence de codification.

La **codification officieuse**, donc des compilations de textes par l'administration, est fréquente au Luxembourg. Le Service Central de Législation publie et maintient à jour des Recueils en partie dénommés « Code »²⁹⁷ : Code communal, Code de l'éducation nationale, Code de l'environnement, Code de la fonction publique, Code de la santé, etc. L'exemple le plus parlant est certainement le « Code de la route », appelé ainsi dans le langage courant, mais qui se compose en réalité et pour l'essentiel d'une loi et d'un arrêté grand-ducal remontant à 1955. En droit du travail pourtant, le Service de législation n'avait jamais entrepris des démarches²⁹⁸.

La **codification privée**, donc les efforts réalisés par des auteurs pour regrouper dans un ouvrage cohérent les règles juridiques intéressant une matière déterminée, avait son

²⁹³ Code pénal militaire (1982), Code de procédure militaire (1982), Code disciplinaire et pénal pour la marine (1992). En raison de leur volume restreint, ces codes s'apparentent davantage à une loi.

²⁹⁴ Loi du 17 décembre 1925 concernant le Code des Assurances Sociales.

²⁹⁵ Projet de loi n° 5750, Exposé des motifs, p. 13.

²⁹⁶ Loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation.

²⁹⁷ Le site www.legilux.lu distingue entre « Codes » et « Recueils », mais certains des textes proposés sous la rubrique « Codes » constituent en fait de simples recueils.

²⁹⁸ Il est remarquable à cet égard que si jusqu'à l'année dernière, le site officiel d'accès à la législation (www.legilux.lu) distinguait clairement entre la rubrique des véritables codes et celle des codes officieux, cette distinction ne se retrouve plus clairement (sauf par l'ajoute 'Recueil' dans le titre) dans la nouvelle présentation du site, estompant encore davantage la distinction dans la perception des non-spécialistes.

importance au Luxembourg, surtout avant que la législation n'ait été facilement accessible par voie électronique. En droit social, certaines initiatives privées ont regroupé les textes intéressants dans des ouvrages de référence, en proposant notamment une version consolidée des lois, qui n'était pas accessible autrement.

Il faut relever tout d'abord l'effort de codification doctrinale de DENIS-ANTOINE GONTIER-GRIGY remontant à 1843²⁹⁹; son objectif était de regrouper la législation luxembourgeoise dans divers « Codes » thématiques. Les quelques textes intéressant la relation entre patron et ouvriers ont été classés dans le « Code de la propriété industrielle »³⁰⁰. PIERRE RUPERT publie en 1899, après un premier recueil modeste en 1893³⁰¹, un recueil de lois intitulé « Code du commerce, de l'industrie et du travail en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg » (Editions L. Buck). Ce recueil sera mis à jour en 1919; son objectif était de réunir tous les textes qui « peuvent intéresser toutes les personnes qui se trouvent aux prises avec les difficultés de la vie économique, sans distinction de la profession ou du métier qu'elles exercent »³⁰². L'objectif n'était guère de présenter de manière systématique le droit applicable aux travailleurs subordonnés. En 1908, le Ministère d'Etat publie un recueil de lois et de règlements intitulé « Das Arbeiterrecht » (Le droit ouvrier)³⁰³. En 1929, le gouvernement publie un recueil intitulé « Das Arbeitsrecht im Grossherzogtum Luxemburg » (Le droit du travail au Grand-Duché de Luxembourg)³⁰⁴. Son auteur, ARMAND KAYSER, note que ce changement de titre marque « l'évolution doctrinale et politique par laquelle le droit du travail avait acquis sa consistance propre »³⁰⁵. Sur une période plus récente, on notera également le travail que MARC FEYEREISEN a entrepris depuis 1994. Actuellement, plusieurs éditeurs proposent des ouvrages reprenant les textes en matière de droit du travail, comportant outre le Code du travail également d'autres textes, les règlements grand-ducaux, des conventions collectives et/ou des jurisprudences³⁰⁶.

98. Premières initiatives en vue d'un Code du travail. Dès la fin des années 1929 – époque à laquelle émergeait le droit du travail et que les syndicats s'imposaient avant d'être légalisés en 1936 – le gouvernement avait annoncé la promulgation d'un Code du Travail^{307,308}. En 1935, la Chambre du Travail fait remarquer que 6 ans après cette

²⁹⁹ GONTIER-DENIS Antoine, Codes de législation du Grand-Duché de Luxembourg.

³⁰⁰ Cette classification est maintenue dans la 3e édition, datant de 1872.

³⁰¹ Ouvrage intitulé « Législation en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg sur le travail des ouvriers », V. BÜCK, 1893.

³⁰² Avant-propos de l'édition de 1915.

³⁰³ Das Arbeiterrecht: Zusammenstellung der Rechtsverhältnisse des gewerblichen Arbeiterstandes und der verwandten Berufe regelnden Gesetze und Beschlüsse / Bearbeitet im Staatsministerium Abteilung für Arbeiterversicherung, Editions Ch. Praum 1908.

³⁰⁴ Das Arbeitsrecht im Großherzogtum Luxemburg: Gesetze, Beschlüsse und Rechtsprechung / zusammengestellt von Armand Kayser; hrsg. von der Großherzoglichen Regierung, Abt. für Arbeit und soziale Fürsorge, Editions M. Huss, 1929.

³⁰⁵ KAYSER Armand, Les sources du droit du travail dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 11.

³⁰⁶ Il s'agit notamment des publications suivantes, disponibles dans diverses éditions annuelles : . CASTEGNARO Guy, Code luxembourgeois du travail et textes complémentaires indispensables, Editions Legitech; FEYEREISEN Marc, Code du travail annoté, Promoculture-Larcier; PUTZ Jean-Luc, Droit du travail, Les Codes Promoculture-Larcier.

³⁰⁷ KAYSER Armand, Das Arbeitsrecht, Vorwort (1.6.1929): « Anwendungsgebiet und Grundlagen, Geist und Methoden unterscheiden die arbeitsrechtlichen Bestimmungen von dem

annonce, rien de concret n'a encore été proposé et, à l'occasion de sa dixième année d'existence, elle élabore son propre projet de Code du Travail (« *Gesetzbuch der Arbeit* »)³⁰⁹. Cette démarche s'inscrit aussi dans la conception de l'époque selon laquelle les « chambres professionnelles », créées dix ans plus tôt³¹⁰, devaient faire office d'un « parlement économique » et être elles-mêmes à l'origine d'initiatives législatives, conception qui s'est cependant estompée par la suite.

La Chambre regrette qu'il n'existe pas de droit du travail à proprement parler au Luxembourg, les diverses lois en la matière ne formant pas un tout uniforme. Elle devra toutefois attendre 70 ans avant de voir son souhait devenir réalité.

En 1949, NICOLAS MAJERUS écrit que « Le Ministre du Travail a annoncé à plusieurs reprises la parution prochaine d'un Code du Travail qui est une véritable nécessité pour ceux qui veulent se retrouver dans la multiplicité des dispositions légales. Malheureusement ce Code n'a pas encore paru »³¹¹.

Il faut encore relever la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. Un des objectifs de cette loi était de regrouper les règles centrales régissant le contrat de travail et d'accroître ainsi « notamment la transparence du droit du travail »³¹². « Des raisons d'opportunité ne permettent pas à l'heure actuelle d'aller plus loin dans l'harmonisation des conditions de travail respectives »³¹³ des ouvriers et employés. Malgré tout, à compter de 1989, ouvriers et employés étaient ainsi soumis à un régime contractuel identique en ce qui concerne les points centraux de la formation et de la résiliation du contrat de travail. En 2009, le Statut unique balayera les dernières différences³¹⁴. S'il est vrai que la loi de 1989 ne constitue pas un « Code », puisqu'elle ne contient qu'une cinquantaine d'articles et n'a nullement pour vocation de regrouper l'ensemble de la législation sociale, il n'en est pas moins que ces quelques dispositions concentrent 90 % des litiges devant les tribunaux.

99. Elaboration du Code du travail. S'il a fallu plus de 80 années pour aboutir à un Code du travail depuis les premières propositions, près de deux ans ont suffi pour passer le Code du Travail à travers les rouages de la procédure législative. Il semble en effet indispensable qu'un tel projet passe endéans un délai restreint. Pendant ces deux

übrigen Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht. Diese Sonderstellung berechtigt und erfordert eine Sonderkodifizierung. ... So kann und soll denn auch dasselbe [Gesetzensammlung] nur eine Aushilfe sein bis zur Fertigstellung des einheitlichen Arbeitsgesetzbuches, welches der derzeitige Generaldirektor der Arbeit und sozialen Fürsorge in Aussicht genommen hat ».

³⁰⁸ KAYSER Armand, Les sources du droit du travail dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 11.

³⁰⁹ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935.

³¹⁰ Loi du 4 avril 1924 portant création de chambres professionnelles à base élective.

³¹¹ MAJERUS Nicolas, Histoire du droit dans le Grand-Duché de Luxembourg, tome II, p. 799.

³¹² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 4.

³¹³ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 2; Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 3 : « A l'instar du C.E.S., il se rend toutefois à l'évidence qu'une harmonisation complète des statuts d'avère difficilement défendable pour l'instant en raison des charges exorbitantes qu'elle comporterait pour les entreprises. Encore tient-il compte du fait que les perspectives d'élargissement du marché intérieur communautaire à l'horizon 1992 commandent à cet égard une vigilance accrue ».

³¹⁴ Loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique pour les salariés du secteur privé.

années, de multiples autres lois intéressant le droit du travail étaient en cours d'élaboration, et il était difficile d'adapter en parallèle le Code du travail afin de garantir qu'il soit à jour au moment de sa promulgation.

Les projets de loi afférents, portant les numéros 5346 et 5420, ont été déposés en date des 4 juin 2004 et 10 décembre 2004 par le Ministre du Travail et de l'Emploi FRANÇOIS BILTGEN. La loi portant introduction d'un Code du Travail date du 31 juillet 2006. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006. Cette loi a abrogé 55 textes antérieurs qui ont été codifiés.

En l'absence de milieu académique fourni en matière de droit du travail luxembourgeois, il n'y avait pas de possibilité d'associer des professeurs à l'élaboration du Code. Les travaux parlementaires ne le mentionnent pas, mais de fait, un cabinet d'avocats spécialisé a – dans ses propres termes – « participé à l'élaboration du Code du travail luxembourgeois ».

Les syndicats et partenaires sociaux ont naturellement été consultés sur ce projet. C'est seulement parce que la codification s'est faite à droit constant (voir ci-après) qu'un consensus a pu être trouvé. Les partenaires sociaux sont par ailleurs associés à la procédure législative officielle par le biais des chambres professionnelles appelées à rendre un avis sur tout projet de loi; si leur approche est généralement critique et souvent diamétralement opposée entre patronat et salariat, elles ont par contre toutes accueilli favorablement le projet de codification du droit du travail, sans formuler de critiques majeures. La Chambre de commerce et la chambre des métiers « se félicitent de ce que le Gouvernement a opté pour la codification du droit du travail, préconisée depuis fort longtemps par les deux chambres professionnelles soussignées. Le présent projet de loi répond dès lors à leurs attentes. »³¹⁵ La chambre de travail (ouvriers) s'est également réjouie de ce que le gouvernement a « enfin procédé à la codification de la législation du travail devenue imminente en raison de la pléthore de textes en la matière »³¹⁶.

Le projet initial a été profondément remanié et restructuré par le Conseil d'Etat à peine un mois et demi avant le vote définitif. L'intitulé « Code du travail » n'a pas fait l'objet de discussions ou d'un débat particulier.

2. FINALITÉS ET PRINCIPES DE LA CODIFICATION

100. L'accessibilité du droit. Le législateur estimait que le droit du travail luxembourgeois était devenu au fil du temps difficilement accessible en raison de l'inflation des textes, notamment d'origine communautaire, et de leurs modifications successives. Le principe de la clarté de la loi exigeait une certaine cohérence des textes entre eux et une présentation organisée du droit du travail serait devenue « incontournable ». Les efforts faits par l'édition juridique, par la publication au journal officiel de textes coordonnées et par la compilation dans des « Codes officiels » ont été jugés insuffisants pour assurer un accès convenable à la loi³¹⁷. La codification du droit du travail devait ainsi « contribuer à la simplification formelle du droit du travail, dans la mesure où elle clarifie et ordonne les règles applicables pour l'ensemble des acteurs du

³¹⁵ Projet de loi n° 5346, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 octobre 2004, p. 1.

³¹⁶ Projet de loi n° 5346, Avis de la Chambre de travail du 19 novembre 2004, p. 1.

³¹⁷ Projet de loi n° 5346, Avis du Conseil d'Etat, p. 2.

monde du travail, supprime les contradictions et les erreurs matérielles, les dispositions 'jamais appliquées et devenues inapplicables' »³¹⁸.

Si la commission juridique a estimé que le Code devait « améliorer substantiellement l'accessibilité au droit du travail luxembourgeois, qui au fil du temps est devenu un ensemble très volumineux de lois »³¹⁹, on peut cependant douter si ce but a été atteint. Si avant 2006, les juristes spécialisés pouvaient, grâce notamment aux efforts de la doctrine, facilement se retrouver en droit du travail, il nous semble discutable si le Code du travail a effectivement rendu cette matière plus accessible au public novice. Le volume en effet n'a pas été diminué par la codification et il est en croissance constante. A notre avis, le problème de l'accessibilité du droit du travail réside plutôt dans sa complexité, ainsi que dans le manque de cohérence et de clarté de certains textes, respectivement de la coexistence de textes difficilement conciliables. Or, ces problématiques n'ont pas été résolues par la codification, qui est une codification à droit constant. Les multiples changements que le Code a subis depuis 2006 n'ont pas non plus œuvré dans le sens d'une simplification ou plus grande cohérence.

Le Code du Travail, même s'il a apporté des améliorations structurelles, n'en reste pas moins une recomposition des lois préexistantes et n'est dès lors guère plus digeste que celles-ci. Finalement, on a fait du tissu législatif existant un *patchwork* codifié, mais on est loin d'un « Code du travail populaire » qui serait accessible à tous les salariés. De manière générale, le droit du travail a le problème de ne pas être parfaitement cohérent et structuré. Le Conseil d'Etat ne manque pas de le dénoncer régulièrement, par exemple en attestant aux auteurs d'un projet de loi une « fébrilité peu propice à l'élaboration d'une législation cohérente »³²⁰.

101. Une codification à droit constant. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'une codification allant dans le sens d'une réformation de l'ensemble de la législation n'est plus possible en droit contemporain, au vu de l'ampleur de la tâche. Cette impossibilité semble d'autant plus manifeste dans un domaine hautement conflictuel et politisé tel que le droit du travail, dans lequel chacun des textes a été le fruit d'un long combat social et d'importantes discussions et tractations. Le but de la codification n'était dès lors pas d'améliorer la loi, mais d'acter l'état existant.

Les travaux parlementaires énoncent clairement que la codification était censée se faire à droit constant; « en aucun cas la règle de droit en vigueur n'a été modifiée »³²¹. Cet énoncé de principe est évidemment important pour l'interprétation du texte, que ce soit au regard de l'ancienne jurisprudence, doctrine ou des travaux parlementaires. Il n'y a donc pas lieu de chercher dans un simple réagencement des textes ou dans une adaptation terminologique une volonté de modifier la loi. Jurisprudence et doctrine anciennes restent pleinement pertinentes.

102. Adaptations terminologiques et suppression des textes désuets. Pour les changements terminologiques, l'approche était restrictive, en vertu du « principe selon lequel le texte de la loi originale doit être le moins possible retouché dans le cadre d'une codification »³²². Des changements terminologiques ont néanmoins été réalisés, notamment dans le but de supprimer certains belgicisms. Il a aussi été veillé à aboutir à

³¹⁸ Projet de loi n° 5346, Exposé des motifs, p. 321.

³¹⁹ Projet de loi n° 5346, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi, p. 2.

³²⁰ Projet de loi n° 7086, Avis du Conseil d'Etat, 4 juillet 2017, p. 2.

³²¹ Projet de loi n° 5346, Commentaire introductif, p. 349.

³²² Projet de loi n° 5346, Commentaire des articles, p. 369.

une certaine uniformité dans la présentation des textes, notamment en harmonisant les dénominations de différentes institutions ou organismes, la présentation des chiffres, etc. Des expressions désuètes ont été adaptées³²³. Ces changements terminologiques n'appellent aucun commentaire. La problématique de la suppression des dispositions qui seraient tombées en désuétude est par contre délicate. En réalité, très peu de règles ont disparu. Ce sont essentiellement des dispositions d'une loi de 1895 concernant le paiement des salaires des ouvriers qui a été abrogée sans être intégrée dans le Code. Cette loi avait à l'époque été votée après de longues et âpres discussions politiques; elle avait pour but premier d'imposer le paiement en monnaie ayant cours légal, dans le but d'éviter que les employeurs ne remplacent le salaire par des prestations en nature difficilement évaluable et de qualité douteuse (problème du 'truck-system' ; → tome III). Le même texte interdisait le paiement des salaires dans les cabarets et débits de boissons. Il est vrai que ces problématiques ne sont plus d'actualité, la jurisprudence n'autorisant les salaires en nature qu'en vertu d'un accord préalable et le paiement se faisant généralement par virement bancaire.

Néanmoins, en posant le principe de la suppression des dispositions 'désuètes' et en éliminant certaines, le législateur déclare implicitement que toutes les autres dispositions lui semblent d'actualité. Au lieu de codifier un droit existant, il lui confère une nouvelle légitimité : l'ensemble du texte est censé correspondante à une « volonté actualisée » de cet être virtuel qu'est le « législateur ». Mais est-ce que tel est réellement le cas ³²⁴?

3. STRUCTURE ET CONTENU DU CODE

103. Numérotation des articles. Estimant qu'un « Code doit vivre »³²⁵, la décision a été prise de reprendre le système de numérotation des Codes français. La lettre « L » doit signaler qu'il s'agit de la partie législative du Code. Les trois prochains numéros correspondent à la structure du plan (Livre, Titre, Chapitre), le dernier numéro étant une numérotation continue. Le but est d'éviter des Chapitres « 3bis » et des articles « 423quater-2 ».

104. Subdivisions. Le Code du Travail se subdivise en 6 Livres, précédés d'un titre préliminaire :

Livre premier	Relations individuelles et collectives du travail
Livre II	Réglementation et conditions de travail
Livre III	Protection, Sécurité et santé des salariés

³²³ Par exemple, le terme « conseil de prud'hommes » a été remplacé par celui de « tribunal du travail »; le terme « avec juridiction directe » est remplacé par « comme juge du fond » ou le « règlement d'administration publique » par « règlement grand-ducal ». L' « Inspection du Travail et des Mines » a cependant maintenu sa dénomination, bien que la dernière mine ait fermé en 1981.

³²⁴ On peut s'interroger par exemple pour : • la disposition qui autorise des amendes internes dans le règlement intérieur (L. 224-3); • celle qui prévoit la nullité du licenciement pour cause de mariage, mais uniquement au bénéfice des femmes (L. 337-5); • le congé supplémentaire pour les ouvriers dans les mines (disparus depuis des décennies) (L. 233-4); • l'interdiction de la « mise en interdit » d'un employeur à titre de représailles dans le cadre des négociations d'une convention collective (L. 164-11); • le maintien du 'lock-out' comme action collective équivalant à une grève : • la possibilité de résilier le contrat d'apprentissage en cas de décès de l'épouse du patron, si l'apprenti est logé et nourri par lui (ancien Art. L. 111-16, entretemps abrogé).

³²⁵ Projet de loi n° 5346, Commentaire introductif, p. 352.

Livre IV	Représentation du personnel
Livre V	Emploi et chômage
Livre VI	Administrations et organes

Les Livres sont subdivisés en Titres, Chapitres et Sections. Sur insistance du Conseil d'Etat, les « sous-titres » et « sous-sections » ont été supprimés, pour garder la cohérence de la structure et parce que ces subdivisions n'ajouteraient rien à la clarté du texte (à noter que le Code de la Consommation fera réapparaître les 'sous-sections').

Au niveau de la microstructure, il a été décidé de maintenir autant que possible l'agencement tel qu'il résultait des lois qui ont été codifiées. « Exceptionnellement, des titres ont été insérés et des articles déplacés, lorsque cela apparaissait indispensable afin de mieux servir l'intention du législateur et de rendre le texte de loi plus structuré, et donc plus compréhensible »³²⁶.

Enfin, en ce qui concerne les articles, le Conseil d'Etat a veillé au respect rigoureux de la subdivision en alinéas, plusieurs alinéas ayant trait à un même objet et pouvant être regroupés dans des paragraphes.

105. Logique de la structure. Dans le projet initial, il était prévu de regrouper dans un titre spécifique toutes les dispositions pénales et de surveillance. On peut y voir le même effort que celui fourni en Belgique par le Code pénal social de 2010. Cette idée a cependant été abandonnée suite aux critiques du Conseil d'Etat qui a estimé que la démarche imposait au lecteur trop de renvois. Ainsi, les dispositions pénales se retrouvent en général à la fin du chapitre afférent.

De manière générale, on retrouve au sein des différents chapitres la structure et la logique des lois qui y ont été intégrées.

Le Conseil d'Etat avait encore pris l'initiative de regrouper les dispositions relatives à la durée du travail des ouvriers et des employés privés, au motif que celles-ci se recoupaient largement.

Aucun autre effort de regroupement n'a été fait. Ainsi, il n'a pas été cherché à dégager des principes généraux ou communs qui auraient été regroupés dans une partie générale (comme par exemple les principes directeurs du procès dans le NCPC). Il n'existe pas non plus de dispositions introductives fournissant des définitions des termes utilisés par le Code. Le « titre préliminaire » énumère les règles considérées comme étant d'ordre public, mais sa mise en évidence en début de Code paraît critiquable, puisque cet article unique intéresse avant tout le détachement entre Etats membres³²⁷.

Un important obstacle à une telle systématisation réside en effet dans le fait que tous les titres et chapitres n'ont pas (exactement) le même champ d'application. Au gré de l'historique de la législation ou des exigences du droit européen, certaines dispositions ont un champ d'application restreint (p.ex. celles relatives à la résiliation du contrat de travail) et d'autres un champ d'application très large (p.ex. la sécurité et la santé au travail). Certaines règles peuvent par ailleurs également intéresser les indépendants.

³²⁶ Projet de loi n° 5346, Commentaire introductif, p. 350.

³²⁷ C'est dans le contexte du détachement que cet article avait été introduit. Il est admis pour le surplus que de nombreuses autres dispositions du Code du travail, si ce n'est sa quasi-intégralité, sont des règles d'ordre public. Cet article préliminaire crée donc plus de confusion qu'il n'apporte de clarification.

Cette problématique de délimitation s'est également reflétée au niveau du choix des textes à intégrer.

106. Choix des textes à intégrer au Code. Le Code du travail était censé regrouper l'ensemble, sinon du moins l'essentiel des règles du droit du travail. Il regroupe tant le droit du travail collectif que le droit du travail individuel. Il inclut également l'essentiel des règles intéressant la politique de l'emploi.

Si certaines dispositions isolées peuvent également intéresser des indépendants ou tiers, l'essentiel des dispositions vise cependant ceux qui fournissent un travail subordonné et rémunéré dans une relation de droit privé. Ne sont en particulier pas inclus les fonctionnaires d'Etat et les quelques règles régissant le bénévolat. On retrouve cependant dans le Code, outre les règles intéressant les « salariés » au sens strict, également celles qui concernant des contrats spécifiques, tels les contrats d'insertion et de réinsertion. On y retrouve également le statut du demandeur d'emploi, indemnisé ou non. Si des règles spéciales intéressant de multiples secteurs figurent au Code (agriculture, restauration, transport, etc.), le secteur maritime n'a cependant pas été incorporé.

Au niveau de la formation, la formation professionnelle continue a été intégrée dans le Code. Concernant la formation initiale, les « stagiaires » ne sont mentionnés qu'à titre occasionnel; de toute manière, leur statut juridique reste imprécis. Le régime de l'apprentissage par contre avait été codifié dans la version initiale du Code par la reprise de la législation vétuste de 1945³²⁸. Une place de choix lui a même été réservée dans le chapitre 1^{er} du livre 1^{er}. Suite à une réforme d'envergure de la formation professionnelle³²⁹, le régime de l'apprentissage est désormais réglé par une loi, qui se reflète cependant partiellement dans le Code du travail par la technique du « code suiveur » (voir ci-après).

N'ont pas été intégrées dans le Code : • Les dispositions transitoires et abrogatoires, faisant l'objet de la loi de base portant introduction du Code du travail. • Les règles sur la libre circulation et l'immigration. • Les lois instituant des organes ou établissements ont pour la plupart été codifiés dans le dernier Livre du Code, mais certains restent gouvernés par des textes autonomes (p.ex. les chambres professionnelles, l'Ecole Supérieure du travail). • Les règles sur l'organisation des juridictions du travail. La Chambre de travail avait proposé d'intégrer dans le Code également les dispositions relatives aux juridictions du travail, proposition qui n'a cependant pas été suivie³³⁰. • Certaines règles restant dans le Code civil (p.ex. la prescription des salaires, la responsabilité civile) et le Code de commerce (notamment en matière de faillite).

Une discussion était née à propos des dispositions temporaires, limitées dans le temps. Le Conseil d'Etat y était hostile et a proposé de les intégrer à titre définitif, quitte à ce que la loi intervienne par la suite pour les abroger ou modifier. La commission parlementaire n'a cependant pas retenu cette proposition, puisqu'il ne s'agirait pas d'une question purement formelle, mais qu'une telle approche toucherait « au fond des

³²⁸ Arrêté grand-ducal du 8 octobre 1945, portant révision de la loi du 5 janvier 1929, sur l'apprentissage.

³²⁹ Loi du 19 décembre 2008 portant réforme de la formation professionnelle.

³³⁰ Projet de loi n° 5346, Avis de la Chambre de travail du 19 novembre 2004, p. 1.

mesures visées et aux accords politiques, souvent difficilement négociés, qui furent à leur base »³³¹.

107. Sort des textes non-législatifs. Le droit du travail comporte naturellement d'autres sources qui n'ont pas été intégrés dans le Code du travail et n'auraient pas pu l'être en raison de leur nature juridique différente. Le Code du travail reste dès lors toujours un outil de référence incomplet.

En ce qui concerne le **volet réglementaire**, il était prévu dès le dépôt du projet de loi en 2004 que la partie réglementaire allait aussi être codifiée, dans des articles précédés de la lettre « R ». Pour le Conseil d'Etat, il était « absolument urgent de codifier parallèlement à la partie législative la partie réglementaire correspondante, alors que les usagers ont besoin d'avoir à leur disposition des Codes complets »³³². Pour la chambre de travail, « la réalisation simultanée de la partie réglementaire du Code du travail est la *conditio sine qua* non pour garantir l'exécution des articles faisant l'objet de la première partie du Code du travail et pour sauvegarder la légalité des règlements »³³³.

Il est cependant un fait que depuis plus de 10 ans, cette partie réglementaire se fait attendre³³⁴. Plusieurs anciens règlements grand-ducaux sont encore en vigueur et se réfèrent aux lois qui ont été abrogées, ce qui n'est certainement pas de nature à faciliter la connaissance de la loi pour les justiciables.

Pour les **accords collectifs**, il faut noter que le milieu patronal s'était exprimé en faveur de l'intégration dans le Code du travail des accords nationaux (accords en matière de dialogue social professionnel déclarés d'obligation générale)³³⁵. Il semble cependant évident qu'en raison de leur nature différente (contractuelle, en dépit de certaines apparences), ces accords ne sauraient être intégrés dans un Code au sens formel. Il en est a fortiori ainsi des conventions collectives, déclarées d'obligation générale ou non, celles-ci n'intéressant de surcroît qu'un secteur spécifique, voire une entreprise isolée.

108. La technique du code suiveur. Les auteurs du projet de Code avaient intégré notamment les dispositions relatives aux cessions et saisies et celles relatives au congé parental et à d'autres congés spéciaux. Le Conseil d'Etat a objecté que ces textes concernaient également des non-salariés et contenaient des dispositions étrangères au droit du travail. Il a proposé de recourir à la technique d'un Code pilote et d'un Code suiveur, consistant à laisser subsister les textes d'origine et de les reprendre partiellement dans le Code du travail, dans la limite de ce qui relève du droit du travail proprement dit³³⁶. La commission parlementaire a suivi cette proposition en estimant qu'ainsi, « une disposition relevant du droit du travail deviendra directement visible par l'effet de la mention impérative du Code du Travail dans l'intitulé du projet de loi afférent. Des modifications implicites du droit du travail, qui dans le passé ont souvent été introduites dans l'une ou l'autre loi traitant d'une toute autre matière (...) et qui sont

³³¹ Projet de loi n° 5346, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi, p. 5.

³³² Projet de loi n° 5346, Avis du Conseil d'Etat, p. 4.

³³³ Projet de loi n° 5346, Avis de la Chambre de travail du 19 novembre 2004, p. 1.

³³⁴ Contrairement à la situation prévalant pour le Code de la consommation de 2011, la partie réglementaire ayant été publiée sans délai.

³³⁵ Projet de loi n° 5346, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 octobre 2004, p. 4 : « Il serait partant judicieux que le futur Code du travail reprenne ces dispositions alors qu'elles constituent une règle de droit au même titre que les normes générées par les autres sources de droit ».

³³⁶ Projet de loi n° 5346, Avis du Conseil d'Etat, p. 6.

parfois passées inaperçues par rapport à leur portée réelle, ne devraient plus être possibles à l'avenir »³³⁷. Nous doutons cependant si le fait de reprendre quelques lois isolées dans le Code atteint cet objectif. En réalité, il existe de nombreuses autres lois contenant des dispositions intéressant ou affectant le droit du travail, et qui ne trouvent pas leur reflet dans le Code.

La technique est formulée comme suit par la loi : « Sont modifiées de plein droit par l'effet de leur modification subséquente, les dispositions du présent Code qui citent en les reproduisant des articles ou parties d'articles des lois suivantes : [énumération de 8 lois] ». Cette formule est très vague et peut poser problème notamment lorsque de nouveaux articles sont ajoutés à ces lois. En France, cette technique a été abandonnée³³⁸.

109. Evolution du Code. Un Code tombe en désuétude si aucun effort n'est fait pour y inclure les nouveaux textes, tout en veillant au maintien de la cohérence. C'est le sort qu'a connu au Luxembourg le Code de commerce, qui ne constitue plus qu'un résidu de règles historiques, entrecoupées de titres et chapitres abrogés, qui n'a plus du tout la prétention de regrouper l'essentiel des règles régissant les relations entre commerçants³³⁹.

Pour le Code du travail, la visibilité est limitée, puisqu'il n'existe que depuis une dizaine d'années. A sa publication, le Code du travail comportait 944 articles, il en comporte actuellement plus de 1100. Il a fait l'objet de pas moins de 67 modifications sur les 10 ans entre 2006 et 2016³⁴⁰, soit plus d'une modification tous les deux mois. A titre de constat positif, il faut noter que le législateur s'en tient au principe que toutes les règles intéressant le droit du travail sont effectivement intégrées au Code du travail.

Par contre, le Conseil d'Etat a estimé que « le Code, une fois adopté, fait mieux ressortir les incohérences et les lourdeurs de la législation en vigueur et incitera éventuellement le législateur à procéder dans un deuxième temps à des adaptations du droit en vigueur »³⁴¹. Une telle démarche n'a cependant pas encore vu le jour. La Haute Corporation rappelait encore que la codification ne peut pas constituer la seule réaction à l'inflation législative³⁴².

§ 3. – Encadrement conventionnel

110. Les conventions collectives. 53 % des salariés du secteur privé étaient couverts en 2014 par une convention collective, avec une tendance à la baisse³⁴³. La convention collective de travail est régie par les articles L. 161-1 et suivants du Code du travail et

³³⁷ Projet de loi n° 5346, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi, p. 5.

³³⁸ Sur le site Internet de Legifrance, à propos de la codification, on peut lire : « Dans la pratique, l'utilisation de ce dispositif s'est toutefois avérée lourde, difficile à maîtriser et à tenir à jour et donc source d'erreurs. Par conséquent, sauf cas exceptionnels, il convient d'éviter le recours à cette technique. ».

³³⁹ Pour le Code civil, il faut également regretter que les règles relatives à la vente de biens de consommation (Directive européenne 1999/44/CE) aient fait l'objet d'une loi à part; l'Allemagne a profité de l'effort de transposition pour élaborer une refonte et modernisation complète du contrat de vente.

³⁴⁰ Jusqu'à la loi du 23 décembre 2016.

³⁴¹ Projet de loi n° 5346, Avis du Conseil d'Etat, p. 3.

³⁴² Projet de loi n° 5346, Avis du Conseil d'Etat, p. 3.

³⁴³ Salaires, emploi et conditions de travail, Bulletin du Statec 1, février 2017.

définie comme étant un contrat relatif aux relations et aux conditions de travail conclues entre un ou plusieurs syndicats de salariés (représentatifs) d'une part, et soit une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs, soit une entreprise particulière, soit un groupe d'entreprises ou un ensemble d'entreprises dont la production, l'activité ou la profession sont de la même nature, ou, encore, qui constituent une entité économique et sociale, d'autre part. La finalité de la convention collective est la réglementation des relations et conditions de travail des salariés (L. 161-1). Ce procédé permet de rééquilibrer les forces de négociation entre patronat et salariat. « Le travailleur seul devant son patron ne peut résister à la pression que celui-ci fera peser sur lui pour l'amener à accepter les conditions de travail qui lui sont proposées. Du moment que les travailleurs et les employés s'unissent au sein d'une organisation syndicale, ils commandent le respect et le traitement d'égal à égal avec les plus puissants combinats. Pour cette même raison, la division des salariés face à leurs employeurs affaiblit leurs chances et finira toujours par les mettre à la merci d'un dictat patronal »³⁴⁴. Avec la loi de 1999, instaurant le plan d'action national en faveur de l'emploi (PAN 1998), les partenaires sociaux ne sont plus censés tenir compte uniquement des intérêts des salariés d'une entreprise ou d'un secteur déterminé, mais ils doivent prendre également en considération les problèmes des demandeurs d'emploi.

La convention collective présente d'un côté des *éléments contractuels*, probablement prédominants, notamment au niveau de sa formation et validité (accord de volontés, résiliation d'un commun accord, dénonciation unilatérale, etc.) et quant à ses effets *inter partes* (obligation de bonne foi, obligation de trêve sociale). Elle présente cependant également des éléments réglementaires, étant donné qu'elle encadre, telle une loi, la situation de parties tierces et déroge ainsi au principe de relativité des contrats. Elle est en outre hiérarchiquement supérieure au contrat, en ce sens que les parties ne peuvent déroger à la convention collective par commun accord. On admet ainsi que la convention collective présente un caractère mixte et dualiste³⁴⁵ et constitue une catégorie juridique originale³⁴⁶. En cas de déclaration d'obligation générale, les caractéristiques réglementaires de la convention collective se trouvent accentuées : elle est publiée par voie d'arrêté au Mémorial³⁴⁷ et s'appliquera à tous les employeurs, qu'ils aient ou non donné mandat à une organisation patronale. Néanmoins, doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire que la déclaration d'obligation générale ne fait pas perdre à la convention collective sa nature essentiellement contractuelle.

³⁴⁴ Projet de loi n° 919, Rapport de la commission spéciale, 12 février 1963, p. 589.

³⁴⁵ P.KRAVARITOU-MANITAKIS, Le droit des conventions collectives au Grand-duché de Luxembourg, p. 137.

³⁴⁶ Projet de loi n° 919, Avis du Conseil d'Etat, p. 787 : « On ne peut assimiler les conventions collectives à des contrats ordinaires et leur appliquer les règles des rapports individuels. Le droit des rapports collectifs est, en effet, un droit d'organisation professionnelle. L'accord des volontés n'intervient plus entre individus, mais entre groupements de travailleurs et d'employeurs, et la convention collective régit impérieusement le contenu des contrats individuels de travail. Le caractère réglementaire de la convention collective se manifeste tant dans son procédé d'élaboration que dans son contenu et ses effets. Aussi l'ancienne conception contractuelle a-t-elle dû être abandonnée, et aujourd'hui on reconnaît généralement que la convention collective de travail présente un caractère mixte et constitue une catégorie juridique originale ».

³⁴⁷ Projet de loi instituant la convention collective de travail, C.R. 1929/1930, Annexes, Avis du Conseil d'Etat, p. 349 : « Lorsque le cadre des intéressés est très étendu, la convention doit être à la portée de tout le monde : il est proposé de l'insérer dans l'annexe du Mémorial ».

La déclaration d'obligation générale est une procédure permettant de rendre une convention collective obligatoire pour tous les employeurs entrant dans son champ d'application matériel, y compris ceux qui ne l'ont pas signée personnellement, ni ne sont membres de l'organisation patronale signataire. La déclaration d'obligation générale présente l'intérêt d'instaurer l'égalité entre les entreprises, équilibrant ainsi le jeu de la concurrence (y compris étrangère³⁴⁸); elle a été introduite à titre de moyen efficace pour prévenir une concurrence déloyale particulièrement défavorable et pour consolider la paix sociale et économique³⁴⁹.

111. Autres formes d'accords. (a) Les accords en matière de dialogue social interprofessionnel (L. 162-1), introduits en 2004, permettent une négociation sur un plan large mais ne portant que sur un sujet spécifique. Ces accords constituent une sorte de « loi négociée » et traduisent l'autonomie des partenaires sociaux, qui sont ainsi invités à réglementer tous les domaines du droit du travail. Leur but est en effet de « suppléer le législateur dans les domaines où ce sont les partenaires sociaux, qui, en vertu du principe de la subsidiarité, sont les mieux placés pour trouver des solutions intelligentes et viables »³⁵⁰. De tels accords ont notamment vu le jour en matière de harcèlement moral, de violence et de télétravail. **(b)** Intervenant non pas pour régler de manière générale les conditions de travail, mais pour résoudre un conflit aigu et actuel de nature économique présentant une menace pour l'emploi, la négociation du « plan de maintien dans l'emploi » et celle du « plan social » devant précéder tout licenciement collectif, appelle autour de la table des négociations tant les syndicats que les délégués du personnel. **(c)** Les accords d'entreprise transnationaux sont un instrument permettant de tenir compte de l'internationalisation de l'organisation des entreprises; leur conclusion est activement soutenue par la Commission européenne. La seule entreprise ayant son siège au Luxembourg et qui a signé de tels accords est ArcelorMittal. **(d)** Quelques autres accords collectifs, d'une nature plus obscure et d'un usage très peu fréquent, sont encore prévus par la législation luxembourgeoise³⁵¹.

112. Négociation interne à l'entreprise³⁵². Au Luxembourg, la négociation d'accords internes à l'entreprise n'a pas de cadre légal précis et unique. Le régime juridique des accords conclus entre l'employeur et la délégation du personnel reste flou, sauf dans les cas explicitement réglementés par la loi : **(a)** aux côtés des syndicats, les délégués du personnel participent à la négociation des plans de maintien dans l'emploi et des plans sociaux en cas de licenciement collectif. **(b)** Des 'accords subordonnés' peuvent être autorisés par les conventions collectives, et pourraient prendre la forme d'accords signés entre l'employeur et la délégation; introduits en 2004, ces accords n'ont pas connu de véritable succès. **(c)** Le concept d'« accord d'entreprise » est réglé avec une certaine précision, mais son champ d'application se limite à des questions très spécifiques de durée de travail (L. 231-6 (2); L. 211-31).

113. Interprétation des conventions. En matière d'interprétation des conventions, il y a lieu de distinguer comme suit : **(a)** En matière de conventions collectives, les règles

³⁴⁸ Certaines dispositions deviennent applicables aux salariés détachés de l'étranger si la convention collective est déclarée d'obligation générale, L. 010-1.

³⁴⁹ Commentaire de l'arrêté grand-ducal du 29 décembre 1938, Mémorial A n° 91 du 31 décembre 1938, p. 1413.

³⁵⁰ Projet de loi n° 5045, Exposé des motifs, p. 24.

³⁵¹ Voir en détail: Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 326 et 330 et suivantes.

³⁵² Voir aussi Répertoire XXI.1.3.3.

d'interprétation sont spécifiques³⁵³, puisqu'il s'agit d'un engagement contractuel appliqué à des personnes qui n'en sont pas signataires; la théorie classique de l'interprétation conforme à la volonté des parties ne peut dès lors être appliquée dans toute sa rigueur, vu que le texte affectera des parties tierces. En outre, il existe une action en interprétation de la convention collective qui aboutira à un jugement dont les effets ne se limitent pas aux parties, mais affectent tous ceux qui sont soumis à la convention collective (L. 162-13 (1)). De même, des commissions paritaires peuvent être instituées pour statuer en cas de difficultés d'interprétation de la convention. **(b)** En matière de contrat de travail individuel, les articles 1156 et suivants du Code civil guident le juge dans sa démarche³⁵⁴, le principe étant celui qu'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (Art. 1156 CCiv), sachant évidemment que cette volonté des parties se heurte souvent aux règles d'ordre public du droit du travail. L'usage est également une source d'interprétation précieuse. Il n'existe pas de principe écrit en droit du travail selon lequel les clauses seraient, en cas de doute, à interpréter en faveur du salarié. Le Code civil prévoit même le contraire³⁵⁵. Néanmoins, on décèle parfois une tendance des tribunaux d'œuvrer en ce sens. Relevons notamment un arrêt qui a retenu qu'en présence de dispositions contractuelles contradictoires (de même niveau hiérarchique), il y a lieu d'appliquer la clause la plus favorable au salarié³⁵⁶.

Pour plus de détails concernant la définition, la négociation, le contenu, la durée et les effets des conventions collectives, ainsi que les autres formes d'accords collectifs voir :

- CASTEGNARO, Relations collectives de travail, p. 197 et suivantes,
- Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 164 et suivantes.

Pour un regard historique et théorique sur la négociation collective, voir :

- Aux origines du droit du travail n° 60 et suivants.

Pour plus de détails concernant la négociation interne à l'entreprise, voir :

- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 251 et suivants.

§ 4. – Le règlement intérieur

114. Notion. Il n'est pas obligatoire pour une entreprise de disposer d'un règlement intérieur. Cet instrument est mentionné à divers endroits du Code, sans pour autant être défini. La dénomination exacte importe d'ailleurs à notre avis peu : code de bonne conduite, charte professionnelle, guideline, etc. sont autant d'expressions du pouvoir réglementaire unilatéral de l'employeur. Le règlement intérieur est avant tout un ordre écrit et collectif de l'employeur, puisque l'employeur y exprime – sauf cas de codécision – unilatéralement son pouvoir de direction (→ I.221). La jurisprudence reconnaît en

³⁵³ Voir en détail : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 298 et suivantes

³⁵⁴ Pour un exemple de référence à ces articles, voir CSJ, 3e, 24 novembre 2016, 41981, Répertoire III.2.1.

³⁵⁵ Art. 1162 CCiv : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

³⁵⁶ CSJ, 3e, 27 octobre 2016, 40954, Répertoire III.2.1.; une contradiction a été relevée entre le préambule et une clause, ce qui implique de même que les juges ont reconnu une valeur contractuelle au préambule.

principe la validité d'un règlement intérieur. Le Code reconnaît également implicitement une force juridique au règlement intérieur, puisqu'il déclare nulles les clauses de règlements qui contreviendraient à une convention collective (L. 162-12 (7)) et qui seraient discriminatoires (L. 225-4, L. 241-9, L. 253-3).

La jurisprudence le définit de manière très large : il sert à « déterminer le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations respectives, découlant du contrat d'emploi »³⁵⁷. « La qualification de règlement intérieur présuppose la mise en place d'obligations positives à charge des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations découlant du contrat d'emploi »³⁵⁸. Une *guideline* interne instaurant une procédure d'alerte pour dénoncer des agissements illégaux dont les salariés prendraient connaissance constitue par exemple un 'règlement intérieur'³⁵⁹. Il y a lieu de s'attacher plus à l'objet de la règle qu'à sa forme. Relèvent essentiellement du règlement intérieur les règles de sécurité et d'hygiène, la discipline d'entreprise (notamment les amendes internes; L. 224-3 pt. 1; → Tome II).

115. Implication des représentants du personnel. Dans les entreprises de moins de 150 salariés, la délégation du personnel est appelée à rendre son avis sur l'élaboration ou la modification du règlement intérieur de l'entreprise (L. 414-3 (1) pt. 2). Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, la décision d'établir ou de modifier le règlement intérieur relève de la codécision.

116. Opposabilité du règlement intérieur au salarié. Pour qu'un règlement intérieur soit opposable au salarié, il faut en principe qu'il ait été affiché de manière régulière pour que le salarié ait pu en prendre connaissance³⁶⁰. La jurisprudence reconnaît la validité d'un règlement intérieur électronique, à condition que le salarié soit informé de son existence; le règlement est opposable au salarié même s'il n'a pas fait les diligences pour le consulter³⁶¹.

117. Signature du règlement intérieur. Un arrêt a retenu que le salarié se met en faute s'il ne signe pas le règlement d'ordre intérieur sans avoir de motifs valables pour refuser sa signature³⁶². Cette approche paraît assez osée, ce d'autant plus qu'une signature ne vaut pas nécessairement simple accusé de réception, mais peut aussi marquer l'accord du salarié avec le contenu du document. Dans ce dernier cas, il se pose la question si le règlement intérieur conserve sa nature unilatérale ou s'il devient partie intégrante du contrat de travail entre parties. Si l'employeur peut avoir un intérêt à faire signer le règlement à titre d'accusé de réception pour pouvoir en démontrer l'opposabilité au salarié, il paraît plus douteux s'il a un intérêt à le faire signer pour accord. On risquera de lui opposer par la suite que son contenu a été intégré au contrat – et qu'il ne peut ainsi plus être modifié sur simple décision unilatérale.

Pour un regard historique et une analyse juridique plus détaillée du règlement intérieur, voir :

- Aux origines du droit du travail n° 87 et suivants.

³⁵⁷ CE, 18 décembre 1991, n° 8376, LJUS n° 99115274; Trib. adm., 22 octobre 1997, n° 9665; Trib. adm., 9 mai 2012, n° 27927 confirmé sur ce point par Cour. adm., 22 janvier 2013, n° 30698C et 30711C, Répertoire XXI.1.3.4.

³⁵⁸ Trib. adm., 9 mai 2012, n° 27927.

³⁵⁹ Cour. adm., 22 janvier 2013, n° 30698C et 30711C.

³⁶⁰ Voir en ce sens CSJ, 3e, 14 juin 2012, 37518, Répertoire I.3.1.4.

³⁶¹ CSJ, 12 novembre 2015, 41245, Répertoire I.3.1.4.

³⁶² CSJ, 3e, 11 juillet 2013, 37573, Répertoire I.3.1.4.

Pour plus de détails concernant la notion de règlement intérieur et les compétences de consultation et de codécision de la délégation du personnel, voir :

- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 236 et suivants.

SECTION 3. – DROIT APPLICABLE ET DÉTACHEMENT

118. Droit applicable par défaut. La question du droit applicable est réglée par un Règlement européen³⁶³. Selon l'article 8 (2) de ce Règlement, à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon « temporaire »³⁶⁴ dans un autre pays. Sur renvoi de la Cour d'appel de Luxembourg³⁶⁵, les juges du Kirchberg ont précisé³⁶⁶ que le lieu de travail habituel était celui où ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur³⁶⁷.

A défaut de lieu de travail habituel, il y a lieu de se référer à la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur (Art. 8(3) du Règlement). Exceptionnellement une autre loi peut être appliquée s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (Art. 8 (3) du Règlement). Même si le salarié a travaillé de façon habituelle et pendant une longue période et sans interruption dans le même pays, le juge national pourrait ainsi écarter la loi de ce pays en retenant qu'il ressort de l'ensemble des circonstances qu'il existe un lien plus étroit entre ledit contrat et un autre pays³⁶⁸. En pratique, le juge luxembourgeois ne s'y aventure cependant pas. Pour éviter ces discussions, on pourrait procéder pour les salariés qui travaillent régulièrement dans plusieurs pays, à un « *salary split* »³⁶⁹, mais on risque dans ce cas de se retrouver avec plusieurs relations de travail entre le même employeur et le même salarié, ce qui crée des complications.

119. Choix d'un droit étranger. La plupart des contrats contiennent une clause de droit applicable, mais se réfèrent – pour les salariés travaillant au Luxembourg – au

³⁶³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

³⁶⁴ Considérant n° 36 du Règlement : « S'agissant des contrats individuels de travail, l'accomplissement du travail dans un autre pays devrait être considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger. La conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'employeur d'origine ou avec un employeur appartenant au même groupe de sociétés que l'employeur d'origine ne devrait pas empêcher de considérer que le travailleur accomplit son travail dans un autre pays de façon temporaire ».

³⁶⁵ Il s'agissait d'un problème de résiliation d'une personne élue déléguée du personnel, affiliée au Luxembourg, conduisant des camions immatriculés au Luxembourg mais stationnés en Allemagne, et ayant effectué des trajets depuis l'Allemagne dans divers autres pays.

³⁶⁶ A propos de la Convention de Bruxelles ayant précédé le Règlement 593/2008.

³⁶⁷ CJUE, 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151.

³⁶⁸ CJUE, C-64/12, 12 septembre 2013, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551.

³⁶⁹ Maréchal Benoît, Les frontaliers aux prises avec le droit du travail, in : Le statut des travailleurs frontaliers au Luxembourg, Anthémis 2016, p. 20.

droit luxembourgeois, donc ils ne dérogent pas au principe applicable par défaut. Il est rarissime que les tribunaux aient à connaître d'affaires dans lesquelles une autre législation a été déclarée applicable. Le choix de la loi applicable peut résulter d'une clause expresse; il peut aussi s'agir d'un choix implicite découlant du fait que le contrat reprend les principes du Code du travail d'un certain pays³⁷⁰.

Le choix du droit applicable est en principe possible³⁷¹. BENOÎT MARÉCHAL souligne qu'« il ne faut pas partir du principe que tout travail presté sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, même pour une partie du temps, est soumis exclusivement au seul droit du travail luxembourgeois. (...) Ainsi, de nombreux contrats portant sur un travail effectué exclusivement au Grand-Duché de Luxembourg prévoient l'application d'un droit étranger : droit du travail américain, allemand, français ... Ces prescriptions contractuelles sont fréquentes notamment dans le cas de groupes étrangers possédant des succursales ou filiales au Luxembourg »³⁷².

Le choix de la loi étrangère ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui est serait applicable par défaut (Art. 8 (1) du Règlement), soit la loi luxembourgeoise pour les cas qui nous concernent. La quasi-intégralité de la législation sociale luxembourgeoise relevant de l'ordre public et obéissant au principe de faveur (→ I.91), le choix d'une législation étrangère ne peut en principe avoir pour effet que de déroger dans un sens favorable au salarié. Les dispositions plus favorables du droit étranger s'appliqueront. Concrètement, il faudra analyser au cas par cas, pour chaque demande formulée par l'employeur ou le salarié, si la loi luxembourgeoise ou la loi étrangère est la plus favorable à ce dernier. Par exemple, si le droit belge est déclaré applicable, le salarié bénéficierait de la protection plus large contre la discrimination qu'offre cette législation³⁷³.

Le choix d'une loi autre que la loi luxembourgeoise risque dès lors d'introduire une certaine dose d'insécurité juridique dans les relations entre l'employeur et le salarié. Les avantages à en escompter par contre sont minimes; si l'employeur et le salarié veulent faire bénéficier le salarié de certains avantages particuliers, il est préférable à notre avis d'insérer des clauses explicites dans le contrat de travail, plutôt que de se référer à une loi étrangère. Cette insécurité juridique se manifeste à plusieurs niveaux : • Tout d'abord, une comparaison entre plusieurs droits n'est pas toujours facile et mènera à des discussions. • Par ailleurs, la référence à une loi étrangère peut prêter en soi à discussion. La référence au droit français vise-t-elle le Code du travail français ou inclut-elle les accords nationaux négociés entre partenaires sociaux? La référence au droit allemand doit être interprétée comme référence auquel des 16 Länder³⁷⁴ ? • En outre, la liste de ce qui est considéré comme étant d'ordre public au Luxembourg n'est pas claire.

³⁷⁰ CSJ, 3e, 2 juin 2016, 42499, Répertoire II.1.4.; CSJ, 3e, 1er décembre 2016, 42499, Répertoire II.1.4.

³⁷¹ CSJ, 3e, 9 novembre 2000, 23382, Répertoire I.1.4.; CSJ, 8e, 26 mai 2014, 37119, Répertoire I.1.4.; voir aussi CSJ, 8e, 19 mars 1998, 19521, Répertoire I.1.4. : La charge de la preuve de la loi étrangère incombe en principe au demandeur dont la prétention est soumise à la loi étrangère.

³⁷² Maréchal Benoît, op cit., p. 10.

³⁷³ Exemple donné par Maréchal Benoît, op. cit., p. 13.

³⁷⁴ Le droit du travail est essentiellement réglé au niveau fédéral en Allemagne, mais certains aspects peuvent relever de la compétence des états fédérés (konkurrierende Gesetzgebungskompetenz).

L'article L. 010-1 contient une liste, mais elle est incomplète³⁷⁵. • Dès que des tiers sont concernés, la clause ne peut avoir aucun effet. Elle ne peut engager par exemple les organismes de sécurité sociale luxembourgeoise. De même, le créancier du salarié peut à notre avis saisir le salaire selon les règles luxembourgeoises, même si le droit étranger est plus protecteur. Une autorisation pour heures supplémentaires est à demander auprès de l'ITM et non à une autorité française, allemande ou belge.

120. Situation en cas de détachement temporaire. Par détachement temporaire il faut entendre le fait qu'un salarié travaille passagèrement dans un autre Etat. Une application stricte des règles prédécrites aurait pour conséquences que le droit du travail et le droit social deviennent applicables, quelle que soit la durée de ce détachement. Une telle approche serait de nature à rendre les prestations de travail transfrontalières *de facto* impossibles, ce qui constituerait un important obstacle au marché intérieur de l'Union, qui veut favoriser de tels échanges. D'un autre côté, autoriser des prestations transfrontalières comporte un risque de *dumping* social si les salariés restaient soumis à leur droit d'origine, le Luxembourg y étant particulièrement exposé en raison des standards élevés en droit du travail et en matière de rémunération.

Le droit européen cherche à trouver un équilibre en réglementant le détachement de salariés entre Etats membres, les règles afférentes opposant en général les nouveaux Etats membres (favorables à une approche libérale) aux anciens Etats membres (adoptant une approche restrictive et protectionniste). Une directive a été adoptée en 1996³⁷⁶ et a été complétée en 2014 par une directive d'exécution³⁷⁷; un accord politique a par ailleurs été trouvé pour modifier cette directive. Pour éviter des abus, un certain nombre de critères d'origine européenne permettent aux autorités luxembourgeoises de vérifier s'il y a un réel détachement de la part d'une entreprise exerçant réellement des activités substantielles dans l'Etat membre d'origine (L. 141-1 (5)). Il s'agit d'éviter en particulier que des structures soient créées à l'étranger dans le seul but d'embaucher des salariés à détacher au Luxembourg, afin d'éluder une partie des règles protectrices dont bénéficient les salariés nationaux, et de fausser ainsi le jeu de la concurrence entre entreprises.

Les règles sur le détachement jouent même si le détachement n'est fait que pour une durée courte ou prédéterminée. En droit de la sécurité social, le caractère 'temporaire' est limité à 24 mois; en droit du travail, la durée limitée s'apprécie en fonction de la durée, de la fréquence, de la périodicité et de la continuité de la prestation de services ainsi qu'en relation avec la nature de l'activité qui fait l'objet du détachement (L. 141-1 (3)). Des règles dérogatoires valent encore pour certaines prestations de montage d'installations de biens d'une durée de 8 jours au plus (L. 141-2).

Le Luxembourg avait opté pour une transposition restrictive de la directive de 1996³⁷⁸. La Cour de Justice de l'Union a toutefois considéré que, tant en ce qui concerne les

³⁷⁵ L'interdiction du travail des enfants n'y figure pas par exemple, mais personne ne remettra en cause qu'il s'agit d'un principe d'ordre public.

³⁷⁶ Directive 96/71/CE du Parlement Européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

³⁷⁷ Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

³⁷⁸ Loi du 20 décembre 2002 portant transposition de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

formalités à respecter qu'en ce qui concerne les normes d'ordre public³⁷⁹ dont devaient bénéficier les salariés détachés, les règles luxembourgeoises étaient trop exigeantes et constituaient une entrave à la libre prestation des services³⁸⁰. Cette décision avait connu un écho très critique des partenaires sociaux, notamment en raison de l'apparente remise en question de l'indexation des salaires³⁸¹, mais le législateur était contraint de se conformer³⁸². La directive de 2014 a été l'occasion pour le Luxembourg pour adopter certaines nouvelles mesures restrictives³⁸³.

Nous n'exposerons pas en détail les règles sur le détachement, qui font l'objet d'une attention toute particulière du législateur, mais ne donnent quasiment jamais lieu à des litiges en justice. Tout d'abord, les entreprises étrangères ont des obligations d'information à respecter (L. 142-1 et suivants), afin que les autorités luxembourgeoises (notamment l'ITM), soient au courant de la présence de ces salariés sur le territoire national et pour qu'ils puissent procéder à des contrôles. Pour faciliter cette déclaration, une plateforme électronique a été mise en place (e-Detachement) pour enregistrer les entreprises et salariés, chaque salarié obtenant un « badge social ». Le maître d'ouvrage ou donneur d'ordre recourant à un prestataire qui détache des salariés est également tenu de vérifier si les obligations administratives ont été respectées (L. 142-2 (2)).

Les décisions de justice en matière de détachement sont rares. Deux arrêts de 2016 concernant des employés bancaires envoyés au Luxembourg depuis le Portugal³⁸⁴, ont donné l'occasion aux juges de clarifier certains points de la notion de « détachement » au sens du droit du travail. En voici les énoncés principaux :

Le détachement au sens du droit du travail se distingue du détachement au sens du droit de la sécurité sociale.

La prestation exécutée par les travailleurs détachés doit être de nature temporaire par opposition au caractère définitif que requiert un changement du lieu habituel de travail.

La volonté de retour dans le pays d'origine au terme du contrat est le caractère déterminant du détachement en droit du travail. À défaut, le pays de détachement n'est plus à considérer comme un lieu de détachement temporaire, mais comme un nouveau lieu habituel de travail.

Au sens du droit de travail, le détachement d'un salarié à l'étranger vise donc la situation dans laquelle un salarié est envoyé temporairement à l'étranger pour le compte de son employeur d'origine avec lequel il conserve un lien contractuel pendant la durée de la mission.

Un détachement peut être mis en place pour une durée de plusieurs années et la durée alléguée comme excessive par l'appelant n'est pas de nature à préjuger de la qualification du contrat.

³⁷⁹ La CJUE critiquait en particulier le fait que le Luxembourg exigeait qu'un mandataire ad hoc résidant au Luxembourg conserve tous les documents nécessaires au contrôle, que le Luxembourg rende applicable ses lois découlant de Directives européennes, de sorte que le niveau de protection dans les autres Etats devait être considéré comme équivalent et suffisant.

³⁸⁰ CJUE, 19 juin 2008, Commission c/ Luxembourg, C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350.

³⁸¹ En réalité, la seule conséquence est que les salariés détachés ne bénéficieront pas d'une tranche d'index sur leur salaire si l'adaptation des salaires se produit pendant leur détachement, ce qui – au vu du caractère temporaire du détachement – ne devrait pas avoir d'impact majeur, du moins en temps d'inflation modérée.

³⁸² Projet de loi n° 6942.

³⁸³ Loi du 14 mars 2017 portant modification du Code du travail.

³⁸⁴ CSJ, 3e, 22 décembre 2016, 40658, Répertoire IV.4.; CSJ, 3e, 27 octobre 2016, 40954, Répertoire IV.4.

121. Détachement et droit applicable. Au niveau du droit applicable, les conséquences sont les suivantes : **(a)** pour déterminer si le travailleur est salarié ou non, il y a lieu de se référer aux critères luxembourgeois, et non au statut qui lui est reconnu dans son Etat d'origine (L. 141-2 (4)). Ainsi par exemple, un autoentrepreneur venant de France pourrait être considéré au Luxembourg comme salarié subordonné. Inversement, un joueur de football considéré en France comme salarié pourrait être considéré au Luxembourg comme non-salarié en raison des règles plus restrictives réglant cette activité (→ I.38). De facto, le détachement concerne dans une large mesure le secteur du bâtiment, où cette qualification pose rarement problème. **(b)** Au niveau de la sécurité sociale, le salarié détaché reste affilié et assuré selon le régime de son pays d'origine. **(c)** Au niveau du droit du travail, le salarié détaché reste en principe soumis au droit de son pays d'origine. Tel est le cas notamment pour toutes les questions d'ordre contractuel, en particulier les règles sur le licenciement et la démission. Par contre, un certain nombre de règles luxembourgeoises considérées comme étant « d'ordre public » doivent bénéficier au salarié détaché (L. 010-1, L. 141-1), à savoir notamment les règles légales et celles de conventions collectives ou accords déclarés d'obligation générale ayant trait : • à la durée du travail, au temps de pause, au repos journalier et au repos hebdomadaire; • au congé payé y compris les congés collectifs; • aux jours fériés légaux; • à la réglementation du travail intérimaire et du prêt de main-d'oeuvre; • aux mesures de protection applicables aux conditions de travail et d'emploi des enfants et des jeunes, des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher; • à la non-discrimination; • au travail clandestin ou illégal; • à la sécurité et à la santé des travailleurs sur le lieu de travail; • en raison de la décision prémentionnée de la CJUE, l'adaptation automatique des salaires (index) ne s'applique que par rapport au SSM ou aux accords collectifs déclarés d'obligation générale (L. 141-1 (1) al. 2). • au niveau des conditions de rémunération, un accord politique vient d'être trouvé sur le plan européen pour adapter la directive dans le sens d'une obligation de payer les mêmes salaires que dans le pays de détachement, afin de lutter contre le dumping social.

A interpréter strictement ces textes, le salarié détaché devrait ainsi bénéficier tant des faveurs de sa législation d'origine que de celles des règles luxembourgeoise, par exemple être libéré tant pour la fête nationale luxembourgeoise que pour le 14 juillet. Le salarié français resterait soumis au régime du 35 heures, mesure plus favorable que la législation luxembourgeoise.

Pour les salariés détachés du Luxembourg vers un autre Etat membre, il faut se renseigner sur le droit de cet Etat pour connaître les formalités à respecter et les règles d'ordre public à respecter.

122 à 149. Réservés.

**TITRE II. – LES
PARTIES AU
CONTRAT DE
TRAVAIL : SALARIÉ
ET EMPLOYEUR**

150. Plan. Le contrat de travail est, par définition, conclu entre deux personnes, à savoir l'employeur (chapitre 2), bénéficiaire de la prestation de travail et responsable du paiement du salaire et le salarié (chapitre 1^{er}), partie subordonnée redevable de la prestation de travail. Le droit luxembourgeois ne connaît en principe pas des relations de travail avec plusieurs salariés ou envers plusieurs employeurs. De même, des tiers ne sont en principe pas associés à la relation contractuelle, contrairement notamment au contrat d'apprentissage, qui fait intervenir, outre l'apprenti et le patron, également les chambres professionnelles³⁸⁵.

Sur la genèse de la distinction entre employeur et salarié, sur le concept de salarié et celui d'employeur, voir aussi :
- Aux origines du droit du travail, n° 401 et suivants et n° 500 et suivants.

CHAPITRE 1^{ER}. – LE SALARIÉ

SECTION 1. – DÉFINITION DU SALARIÉ

151. Notion de salarié. La notion de salarié n'est pas définie autrement que par référence au concept de contrat de travail et donc de subordination : le salarié est le contractant de l'employeur envers lequel il s'engage à mettre à disposition sa force de travail en échange d'une rémunération. Le salarié se définit comme une personne physique liée à un employeur par la conclusion d'un contrat de travail et par une relation de subordination permanente. Dans le cadre du Statut unique, les termes d'« ouvrier », « travailleur » et « employé privé » ont été quasi-systématiquement remplacés par le terme de salarié; « Ce terme désignera donc tous ceux et celles qui sont liés à un employeur par un contrat de travail au sens du Code du travail »³⁸⁶.

Il existe une notion européenne autonome du « travailleur » et que les différents titres du Code du travail peuvent être applicables à certaines catégories de travailleurs (salariés au sens strict, travailleurs en insertion, stagiaires, apprentis, etc.) Même si certaines directives européennes déclarent abandonner la définition du 'travailleur' au droit national, la Cour de Justice de l'Union n'en a pas moins précisé qu'il s'agit d'un concept autonome de droit européen. Pour les nombreux volets du droit du travail fondés sur des directives européennes, il importe dès lors de se référer à cette définition.

Un arrêt de référence est l'arrêt *Lawrie-Blum* selon lequel « la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »³⁸⁷. Dans cette espèce, une enseignante stagiaire rémunérée a été considérée comme travailleur. De nombreux arrêts subséquents ont apporté des précisions, et il est renvoyé à la doctrine de droit du travail européen. Une proposition de directive envisage, par référence à cette jurisprudence, de définir le travailleur comme étant « une personne physique qui

³⁸⁵ Sous le régime corporatiste, le contrat entre le maître et l'apprenti était normalement fixé par écrit avec les parents de l'apprenti et le chef de métier devait approuver le contrat; MAJERUS Nicolas, Histoire du droit dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 298.

³⁸⁶ Projet de loi n° 5750, Rapport de la Commission de la santé et de la sécurité sociale et de la Commission du travail et de l'emploi, 24 avril 2008, p. 9.

³⁸⁷ CJCE, 3 juillet 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, ECLI:EU:C:1986:284.

accomplir, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie d'une rémunération »³⁸⁸.

Ce qu'il importe de retenir pour le juriste luxembourgeois, c'est que le champ d'application de nombreuses dispositions nationales est à éclairer à la lumière du droit européen et que certaines dispositions nationales peuvent ainsi être remises en cause (p.ex. l'exclusion de stagiaires rémunérés lors des procédures de licenciement collectif).

152. Personne physique. La jurisprudence confirme que le prestataire de travail ne peut être qu'une personne physique, individuellement déterminée³⁸⁹; une personne morale ne peut donc pas être salariée. Rappelons que le contrat de travail est un contrat conclu *intuitu personae*, le salarié étant obligé de fournir personnellement la prestation de travail.

SECTION 2. – CATEGORIES DE SALARIES

153. Ouvriers et employés. Le droit du travail s'est développé séparément pour les ouvriers et les employés (→ I.85). La loi définissait la notion de l'employé, par opposition à l'ouvrier, comme étant le salarié qui effectue un « travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement intellectuelle » (ancien L. 121-1(2)). A contrario, l'ouvrier était défini comme étant le salarié qui effectue un « travail d'une nature, sinon exclusivement, du moins principalement manuelle ». Le Code du Travail contenait une liste, non limitative, des personnes qui sont à considérer comme employés. On y trouvait, parmi d'autres, les surveillants, chefs d'ateliers, vendeurs, artistes et enseignants. Une jurisprudence abondante a complété cette liste en passant du maître d'hôtel³⁹⁰ jusqu'à la strip-teaseuse³⁹¹, mais excluant par exemple un mécanicien d'avion³⁹².

En droit du travail individuel, la réglementation des relations contractuelles était distincte selon qu'il s'agissait d'un employé ou d'un ouvrier, le contrat des seconds n'ayant très longtemps pas fait l'objet d'une quelconque réglementation précise. Des différences existaient ainsi notamment au niveau de la procédure et de la protection contre le licenciement; celles-ci pouvaient s'expliquer « par les possibilités de reclassement après licenciement, qui étaient plus faciles pour un travailleur manuel que pour un travailleur intellectuel »³⁹³. Au niveau de la sécurité sociale, la situation était inversée, étant donné que les premières mesures législatives bénéficiaient aux seuls ouvriers et que les employés ont dû s'organiser³⁹⁴ pour revendiquer leur inclusion dans

³⁸⁸ Art. 2 (1) pt. a) de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

³⁸⁹ CSJ, 3e, 14 janvier 1999, 21267, Répertoire I.1.1.

³⁹⁰ CSJ, 5 mars 1952, Pas. 15, 392; CSJ, 9 avril 1987, CONTINENTAL MOTORS INNS c/ BIANCI.

³⁹¹ CSJ, 6 juin 1962, CSJ 26 juin 1962.

³⁹² CSJ, 5 octobre 1965, Pas. 20, 34.

³⁹³ Avis du Conseil d'Etat sur la réforme du droit de licenciement, 29 novembre 1983, CES/LIC. (83), p. 14

³⁹⁴ BRAUN Michael, Entwicklungsphasen der luxemburgischen Sozialversicherung bis zum zweiten Weltkrieg, p. 79 : « Für die wachsenden Schwierigkeiten sozialer Sicherung der Angestellten war es bezeichnend, dass gerade nach dem ersten Weltkrieg verschiedene gewerkschaftsähnliche Angestelltenorganisationen entstanden, die sich 1920 in dem Vorläufer der

les systèmes de protection sociale. Sur le plan du droit du travail collectif, la représentation des ouvriers s'est développée en parallèle de celle des employés, et jusqu'à une période récente, on pouvait distinguer entre la « délégation d'ouvriers » et la « délégation d'employés » et négocier des conventions collectives séparées.

« L'harmonisation des statuts de l'employé privé et de l'ouvrier s'inscrit dans une évolution progressive (...) qu'à connue le droit luxembourgeois depuis la fin de la seconde guerre mondiale, tant en matière de droit du travail qu'en matière de droit de la sécurité sociale »³⁹⁵. Différentes lois avaient déjà amorcé le rapprochement, notamment en matière de congé annuel (1966), de jours fériés légaux (1976) ou de repos hebdomadaire (1988). L'année 1989 marquera une étape importante, puisque le régime du contrat de travail des ouvriers et employés a fait l'objet d'une loi unique. Si pour de nombreux points, les règles étaient harmonisées (exigence d'un écrit, contenu du contrat, procédure de licenciement et de démission), cette loi a cependant laissé subsister certaines différences (indemnité de départ, trimestre de faveur, etc.). La sécurité sociale s'était également construite séparément pour les ouvriers et les employés, ce qui explique qu'il subsistait d'importantes différences pour les anciennes formes d'assurance (notamment l'assurance maladie). Pour des aspects plus récents (indemnités de chômage, allocations familiales), les différences étaient moindres, voire inexistantes.

La loi de 1989 s'est engagée dans la voie de l'unification des contrats pour ouvriers et pour employés³⁹⁶, mais le législateur admettait qu'il ne s'agissait que d'une « étape sur la voie de l'unification des statuts »³⁹⁷. Les partenaires sociaux étaient en effet tombés d'accord sur le fait que la situation économique et sociale du pays faisait obstacle à une harmonisation intégrale des statuts³⁹⁸. Le législateur suivra cependant l'avis du C.E.S. qui admettait que certes, les distinctions historiques perdaient de leur signification, mais qu'en raison des charges supplémentaires pour les entreprises qu'engendrerait une harmonisation intégrale des régimes; la réforme n'a pas été poussée jusqu'à introduire un véritable statut unique³⁹⁹. Le législateur a également estimé que « les perspectives d'élargissement du marché intérieur communautaire à l'horizon 1992 commandent à cet égard une vigilance accrue »⁴⁰⁰.

En 2006, le Comité de coordination tripartite (gouvernement et partenaires sociaux) était tombé d'accord pour faire converger le statut des ouvriers et employés privés, en fixant deux principes : le statut de l'employé privé (généralement plus favorable) devait

heutigen Fédération des Employés Privés (FEP) zusammenschlossen, und dass einer der Schwerpunkte in der Arbeit dieser neuen Organisation die ‚politique de défense contre les vicissitudes de la vie : chômage, accident, maladie, vieillesse‘ war ».

³⁹⁵ Projet de loi n° 5750, Rapport de la Commission de la santé et de la sécurité sociale et de la commission du travail et de l'emploi du 24 avril 2008, p. 3.

³⁹⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 2 : « Le présent projet de loi s'engage dans la voie de l'unification des statuts de l'ouvrier et de l'employé privé en proposant l'adoption d'un instrument légal unique fixant l'encadrement juridique du contrat de travail comme source du rapport individuel de l'ouvrier et de l'employé privé indistinctement ».

³⁹⁷ Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 3.

³⁹⁸ Avis du Conseil d'Etat sur la réforme du droit de licenciement, 29 novembre 1983, CES/LIC. (83), p. 30.

³⁹⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 2 et 3.

⁴⁰⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 3.

être la référence, mais d'un autre côté, la réforme ne devait pas engendrer de charges supplémentaires pour les entreprises. L'idée d'introduire d'autres réformes substantielles a été écartée afin de ne pas « ouvrir la boîte de Pandore »⁴⁰¹. La différenciation ne devait plus être qu'un « souvenir d'une époque reculée où le salariat se composait en grande partie de travailleurs manuels, rémunérés par un salaire plutôt modeste pour des conditions de travail souvent précaires, à côté d'une minorité d'employés effectuant des travaux de bureau »⁴⁰². Il s'agissait de « pallier les clivages entre groupes socioprofessionnels existant dans notre droit social; clivages qui, dans notre économie ne reposent souvent plus sur des raisons objectives et s'avèrent contre-productives pour le marché de l'emploi »; il s'agissait de mettre fin à ces distinctions surannées, voire discriminatoires⁴⁰³.

Un aspect important de la réforme visait le maintien de la rémunération en cas de maladie (→ Tome II). Jusqu'ici, les ouvriers étaient immédiatement pris en charge par les caisses de maladie, tandis que l'employeur devait continuer à rémunérer ses employés sur une période de plusieurs mois⁴⁰⁴. Un mécanisme complexe a été mis en place, devant conduire à ce que l'employeur n'assume en moyenne que 13 semaines (d'où le calcul légal complexe se référant au 77^e jour d'incapacité de travail en début de mois). Par ailleurs, une « Mutualité des employeurs » à adhésion (en principe) obligatoire⁴⁰⁵ a été créée, afin de mutualiser la charge financière pour les employeurs qui se font rembourser 80 %. Puisque 20 % restent à sa charge et que par ailleurs les taux de cotisation à la Mutualité varient en fonction du nombre de jours de maladie (« taux d'absentéisme financier »), il subsiste un intérêt financier pour l'employeur à lutter contre l'absentéisme abusif, au-delà de l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise. Les initiateurs du statut unique visaient en effet à responsabiliser davantage les entreprises dans la lutte contre l'absentéisme, qui était nettement plus élevé auprès des ouvriers qu'auprès des salariés⁴⁰⁶. Le patronat a répliqué que la loi omettait de lui fournir des moyens efficaces pour mener cette lutte (à propos de la lutte contre l'absentéisme abusif, voir → Tome II).

Le statut unique a encore impliqué d'autres réformes au niveau du droit du travail (indemnités de départ, trimestre de faveur, unicité de la convention collective) et institutionnel (délégation du personnel unique, fusion de la Chambre de Travail et de la Chambre des Employés privés au sein de la nouvelle Chambre des salariés).

Le Statut unique est devenu réalité en 2009⁴⁰⁷, avec des dispositions transitoires complexes ayant pris fin en 2013 et qui concernaient notamment le droit aux

⁴⁰¹ Projet de loi n° 5750, Rapport de la Commission de la santé et de la sécurité sociale et de la commission du travail et de l'emploi du 24 avril 2008, p. 5.

⁴⁰² Projet de loi n° 5750, Rapport de la Commission de la santé et de la sécurité sociale et de la commission du travail et de l'emploi du 24 avril 2008, p. 4.

⁴⁰³ Projet de loi n° 5750, Exposé des motifs, p. 3.

⁴⁰⁴ Plus précisément le mois en cours et les trois mois subséquents.

⁴⁰⁵ Une adhésion volontaire aurait remis en cause la viabilité économique de la Mutualité, puisque seules les entreprises dont le risque est supérieur au taux moyen se seraient affiliées; Projet de loi n° 5750, Exposé des motifs, p. 8.

⁴⁰⁶ L'employeur n'avait aucun intérêt financier à lutter contre l'absentéisme ouvrier; Projet de loi n° 5750, Exposé des motifs, p. 6.

⁴⁰⁷ Loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique pour les salariés du secteur privé.

indemnités pécuniaires de maladie, une surprime de cotisation pour les ouvriers, ainsi que les délégations du personnel⁴⁰⁸.

Sur l'historique et le rapprochement progressif du statut de l'ouvrier et de celui de l'employé privé voir:
- Aux origines du droit du travail, n° 418 et suivants.

154. Caractère unitaire et exceptions. Si le statut unique a créé un régime unitaire des salariés, il n'existe cependant pas pour autant de régime juridique unique qui serait applicable à tous ceux qui effectuent sur le territoire luxembourgeois un travail rémunéré et subordonné. Il avait été envisagé d'aller au-delà en créant un statut unique incluant également les fonctionnaires du secteur public, mais ce projet semblait trop vaste pour aboutir⁴⁰⁹. **(a)** Une première série d'exceptions sont les personnes travaillant sous un contrat qui n'est pas un contrat de travail au sens classique, et qui ne sont dès lors pas soumis au droit du travail commun décrit dans cet ouvrage. Nous avons antérieurement évoqué ces formes de contrats (→ I.52); sont visés notamment les intérimaires, les travailleurs maritimes, les apprentis, les stagiaires, les bénévoles, les travailleurs sous régime spécial de (ré)insertion au marché du travail, les élèves et étudiants travaillant durant les vacances scolaires. **(b)** Si le 'salarié' bénéficie d'un tronc commun de règles protectrices, certaines catégories bénéficient toutefois d'une protection renforcée par rapport au régime commun (§ 1). **(c)** D'autres catégories de salariés peuvent être exclues de l'une ou de l'autre règle protectrice (§ 2).

§ 1^{er}. – Salariés exclus de certaines règles protectrices

155. Cadres supérieurs. Initialement, le statut d'employé était destiné à régir ceux qui avaient des fonctions emportant des responsabilités élevées, notamment au niveau de la prise de décision et de l'autorité sur un groupe d'ouvriers. Avec la profusion de ce statut suite à la tertiarisation de l'économie et la banalisation qui va de pair, un nouveau groupe est apparu. Comme les employés d'antan, les cadres se caractérisent par leur proximité à la sphère patronale; ils sont assis entre deux chaises.

Le droit du travail introduisait ainsi la notion de « cadre », respectivement « cadre supérieur ». Puisque certaines restrictions légales ne leur sont pas applicables, les employeurs tendaient à qualifier extensivement leurs salariés de cadres. Même la jurisprudence semblait interpréter le terme extensivement. Avait par exemple été retenu comme cadre supérieur, n'ayant par conséquent pas droit au paiement d'heures supplémentaires, un conducteur de travaux au service d'une entreprise de travaux publics⁴¹⁰.

Pour contrer cette tendance, le législateur a introduit une définition restrictive de la notion de « cadre supérieur », en exigeant que ce dernier se distingue réellement des salariés ordinaires tant par sa rémunération que par ses libertés et responsabilités (L. 162-8 (3) et L. 211-27 (5)). Sont considérés comme cadres supérieurs :

⁴⁰⁸ Voir Art. 11 et suivants de la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique pour les salariés du secteur privé.

⁴⁰⁹ Projet de loi n° 5750, Avis du Conseil d'Etat du 19 février 2008 : « Aurait-on dû pousser plus loin la réforme et créer un statut unique pour tous les salariés incluant la fonction publique ? Le Conseil d'Etat concède qu'une telle mesure relève à l'heure actuelle de l'utopie, les positions étant trop éloignées l'une de l'autre. Il est toutefois évident que la question reste posée ».

⁴¹⁰ CSJ, 22 avril 1980, Pas. 24, 406.

« les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires ».

Cette définition s'impose à l'employeur et au salarié. Même si un salarié désire être engagé hors contrat collectif, l'employeur ne peut le faire s'il n'a pas la qualité requise; toute clause en ce sens est nulle⁴¹¹. Puisqu'il s'agit ainsi en général d'un statut moins protecteur que celui du salarié ordinaire, il appartient en principe à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié avait la qualité de cadre, par exemple pour refuser le paiement d'heures supplémentaires⁴¹² ou pour dénier l'application de la convention collective⁴¹³. Un arrêt récent a cependant estimé que dès lors que le contrat de travail indique la qualité de cadre, il y a renversement de la charge de la preuve, le salarié devant établir qu'il n'était pas cadre, donc que son salaire ne correspondait pas à celui d'un cadre et qu'il n'avait pas de réel pouvoir de direction⁴¹⁴.

Ont par exemple été reconnus comme cadres : un directeur sportif⁴¹⁵, un directeur des ventes⁴¹⁶, un – 'vice president' / 'assistant vice president' / 'first line manager'⁴¹⁷, un fondé de pouvoir dans une banque⁴¹⁸. N'ont pas été reconnus comme étant des cadres : un chef de secteur⁴¹⁹, un directeur responsable des activités de gestion technique⁴²⁰, l'assistant du directeur⁴²¹ (en raison de sa faible rémunération et de son obligation de pointer). Ni le titre de la fonction ni le fait que cette personne soit titulaire de

⁴¹¹ CSJ, 16 décembre 2010, n° 35244, Répertoire VII.3.4.1. : Même si un salarié désire être engagé hors contrat collectif, l'employeur ne peut le faire s'il n'a pas la qualité requise; CSJ, 3e, 21 avril 2016, 40904, Répertoire XXI.3.1.3.1.2.

⁴¹² CSJ, 8e, 6 mars 2008, 32792, Répertoire VII.3.4.1.

⁴¹³ CSJ, 8e, 10 mai 2007, 31465, Répertoire VII.3.4.1.

⁴¹⁴ CSJ, 3e, 28 avril 2016, 41270, Répertoire XXI.3.1.3.1.2 : Une clause contractuelle qualifiant le salarié de cadre, dès lors que le salarié n'établit pas que son consentement ait été vicié, respectivement que cette disposition contractuelle est contraire à la loi sur le contrat de travail, respectivement à la convention collective, s'impose aux parties en tant que telle et n'a aucune incidence sur la charge de la preuve de la qualité ou non de cadre supérieur. En signant un contrat de travail qui le qualifie de « ausser tariflichen Mitarbeiter », le salarié a expressément marqué son accord à ce qu'il fasse désormais partie des cadres supérieurs et soit exclu du champ d'application de la convention collective. Il n'appartient dès lors plus à la banque mais au salarié, qui soutient que son salaire ne correspondait pas à celui d'un cadre supérieur et qu'il n'avait en réalité jamais bénéficié d'un véritable pouvoir de direction effectif, d'en rapporter la preuve.

⁴¹⁵ CSJ, 8e, 22 avril 2010, 34615, Répertoire VII.3.4.2.

⁴¹⁶ CSJ, 3e, 26 juin 2014, 36549, Répertoire VII.3.4.2.

⁴¹⁷ CSJ, 8e, 19 avril 2007, 30832, Répertoire VII.3.4.2.; CSJ, 8e, 19 avril 2007, 30833, Répertoire VII.3.4.2.; CSJ, 8e, 19 avril 2007, 30831, Répertoire VII.3.4.2.

⁴¹⁸ CSJ, 3e, 19 janvier 2006, 28929, Répertoire VII.3.4.2.; CSJ, 3e, 12 juillet 2001, 15272, Répertoire VII.3.4.2.

⁴¹⁹ CSJ, 3e, 19 avril 2007, 30352, Répertoire VII.3.4.2.

⁴²⁰ CSJ, 3e, 10 mai 2007, 30862, Répertoire VII.3.4.2.

⁴²¹ CSJ, 3e, 15 novembre 2007, 31625, Répertoire VII.3.4.2.

L'autorisation d'établissement ne sont en soi déterminants⁴²²; il en est de même du fait d'être évalué tous les ans par un supérieur hiérarchique⁴²³.

Un salaire supérieur de 12 % aux grilles de salaire de la convention collective n'a pas été considéré comme étant une 'rémunération nettement plus élevée'⁴²⁴. Une différence de salaire de 20 % peut cependant être suffisante⁴²⁵.

Les cadres sont exclus en principe de l'application de la convention collective⁴²⁶ (L. 162-8 (3)) et, par exemple, ne bénéficient ainsi pas des primes que celle-ci prévoit. Les règles de la durée de travail ne leur sont pas applicables (L. 211-3 pt. 6), ce qui fait notamment en sorte que la prestation d'heures supplémentaires ne doit être ni autorisée, ni rémunérée séparément par un salaire majoré⁴²⁷ (L. 211-27 (5)). Il en va de même pour les règles sur le travail dominical (L. 231-1 al. 2). L'employeur peut dans certains cas requérir un report du congé parental des cadres (L. 234-46 (3)).

156. Personnel domestique et entreprises familiales. Pour des raisons essentiellement historiques⁴²⁸, certaines personnes attachées au foyer ou à la famille bénéficient à ce jour de certaines exceptions, qui sont cependant isolées. Le Code civil distingue par exemple à ce jour entre « domestiques et ouvriers » (titre de l'article 1780) ou entre « domestiques et préposés » (Art. 1384). Ces règles dérogatoires s'expliquent par deux phénomènes : tout d'abord, le droit du travail a initialement été une législation limitée à la grande industrie, avant d'être étendu au commerce et à l'artisanat; le besoin de réglementer également l'activité dans le cadre privé n'était pas présent. En outre, il y avait une certaine réticence du législateur à interférer au sein du cercle familial. Actuellement, les domestiques sont toujours exclus d'un nombre substantiel de règles protectrices, telles la limitation de la durée de travail (→ tome II), le travail du dimanche et la fiche de salaire⁴²⁹. Les dérogations pour entreprises familiales sont peu nombreuses⁴³⁰.

⁴²² CSJ, 3e, 13 juillet 2006, 30033, Répertoire VII.3.4.2.

⁴²³ CSJ, 3e, 28 avril 2016, 41270, Répertoire XXI.3.1.3.1.2

⁴²⁴ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 40904, Répertoire XXI.3.1.3.1.2.

⁴²⁵ CSJ, 3e, 28 avril 2016, 41270, Répertoire XXI.3.1.3.1.2

⁴²⁶ Ils peuvent cependant y être inclus par une clause contractuelle, soit dans la convention collective (rare), soit dans le contrat de travail, cette clause devant dans ce cas cependant être univoque. En effet, si une clause de style du contrat de travail renvoie à la convention collective, mais que cette convention collective exclut les cadres, la Cour considère que la convention collective n'est pas applicable; CSJ, 3e, 19 janvier 2006, 28929, Répertoire XXI.3.1.3.1.2.

⁴²⁷ Voir cependant, à propos d'une personne qui était obligée de pointer, de sorte que selon la Cour, elle avait droit aux heures supplémentaires, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser si elle avait la qualité de cadre ou non, CSJ, 3e, 22 décembre 2005, 29326, Répertoire VII.3.4.1.

⁴²⁸ Sur les entreprises familiales, les travailleurs à domicile, domestiques et gens de maison, voir aussi : Aux origines du droit du travail luxembourgeois, n° 424.

⁴²⁹ Les domestiques et les gens de maison sont exclus de certaines dispositions du droit du travail; ils n'ont par exemple pas droit à une fiche de salaire (L. 125-7 (3)) et ne sont pas soumis aux règles générales sur la durée de travail (L. 211-2 pt. 1.) ni aux règles limitant le travail du dimanche (L. 231-6 (1) pt. 10). Au niveau de la sécurité sociale, un régime d'affiliation simplifié a été mis en place pour le personnel embauché dans un ménage privé. Longtemps, ils ne bénéficiaient pas non plus du salaire social minimum.

⁴³⁰ En matière de durée de travail, le « personnel occupé dans les entreprise de type familial de l'agriculture, de la viticulture et de l'horticulture » (L. 211-2), tout comme les « entreprises

§ 2. – Salariés bénéficiant d'une protection spécifique

157. Représentants du personnel. La protection des représentants du personnel est une obligation ancrée tant en droit international⁴³¹ qu'en droit européen⁴³². Les délégués du personnel possèdent au Luxembourg une protection dérogatoire au droit commun et qui a été renforcée lors de la réforme du dialogue social dans les entreprises de 2016 : **(a)** Ils sont protégés contre toute modification de leur contrat de travail. **(b)** Ils sont protégés contre tout licenciement. Si un licenciement intervient malgré tout, le délégué peut soit le faire annuler pour réintégrer l'entreprise, soit le faire déclarer abusif et réclamer des dommages-intérêts. **(c)** L'employeur ne peut agir qu'en présence d'une faute grave; il doit dans ce cas prononcer une mise à pied motivée. Par la suite, il pourra saisir le Tribunal du travail afin de faire constater la faute grave et d'obtenir la résiliation du contrat. Pendant cette procédure, la survie financière du délégué est assurée du fait que durant les trois premiers mois, il sera d'office rémunéré et que pour la suite, un tribunal peut lui accorder le maintien provisoire de la rémunération. **(d)** De manière générale, quoique les bases légales soient moins explicites, toute discrimination et tout traitement défavorable des délégués est interdit. En particulier, le règlement intérieur ne doit pas entraver leurs mission (L. 417-1). Tout obstacle opposé à un délégué constitue un délit d'entrave.

Cette protection couvre tant les délégués titulaires et suppléants que le délégué à la sécurité et à la santé; dans certaines limites, les candidats aux élections sociales et les anciens délégués sont également protégés. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la protection des délégués doit céder devant les libertés patronales (liberté du commerce et de l'industrie), notamment en cas de fermeture définitive de l'entreprise⁴³³ (L. 415-10 (3)).

Pour plus de détails concernant la protection du statut des délégués du personnel, en particulier leur protection contre le licenciement, voir :
Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 294 et suivants

familiales dans lesquelles sont seuls occupés les ascendants, les descendants, frères et sœurs ou alliés au même degré de l'employeur » (L. 211-3) sont soumis à un régime dérogatoire.

⁴³¹ Article 1 de la Convention OIT n° C135 (Convention concernant les représentants des travailleurs, 1971) : « Les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres arrangements conventionnels en vigueur ».

⁴³² Art. 7 de la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne – Protection des représentants des travailleurs : « Les États membres veillent à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées »; ce texte n'exige cependant pas qu'une protection spécifique soit mise en place pour les délégués, CJUE, 11 février 2010, C-405/08 : « L'article 7 de la directive 2002/14 doit être interprété en ce sens qu'il n'exige pas qu'une protection renforcée contre le licenciement soit accordée aux représentants des travailleurs. Toutefois, toute mesure prise pour transposer cette directive, qu'elle soit prévue par une loi ou par une convention collective, doit respecter le seuil minimal de protection prévu audit article 7 ».

⁴³³ Voir aussi Cour constitutionnelle, 26 mars 2010, n° 55 et 56.

158. Femmes enceintes et allaitantes. Les femmes enceintes et allaitantes bénéficient de toute une série de règles dérogatoires destinées d'un côté à protéger leur santé et celle de l'enfant à naître, et d'un autre côté à éviter toute discrimination et tout traitement défavorable : **(a)** toute différence de traitement fondée sur l'état de grossesse ou la présence d'enfants constitue une discrimination prohibée (→ I.245). **(b)** Les femmes enceintes bénéficient, à condition d'en avoir informé l'employeur, d'une protection spéciale contre le licenciement (→ Tome III⁴³⁴). Tout licenciement, y compris pour faute grave, est interdit (L. 337-1). **(c)** Elles bénéficient d'un congé de maternité (→ Tome II). **(d)** La période d'essai des femmes enceintes est suspendue (→ I.455). **(e)** En cas de travail de nuit, les femmes enceintes et la femme allaitante (jusqu'à l'âge de 1 an de l'enfant) peuvent demander un examen par le médecin du travail. En cas d'incapacité pour le poste de nuit, l'employeur doit les transférer à un poste de jour et, en cas d'impossibilité, les dispenser de tout travail avec maintien du salaire (L. 333-2). **(f)** Certains travaux sont interdits aux femmes enceintes. L'employeur doit communiquer à toute femme (enceinte ou non) la liste des travaux auxquels les femmes enceintes ou allaitantes ne peuvent être astreintes (L. 334-1). **(g)** La femme enceinte et la femme allaitante ne peuvent pas être tenues de prestre des heures supplémentaires. **(h)** La femme enceinte bénéficie d'une dispense de travail pour se rendre aux examens prénataux (L. 326-10, L. 336-2). **(i)** La femme allaitante peut prétendre à un temps d'allaitement journalier de deux fois 45 minutes (L. 336-3) (→ Tome II). **(j)** Les femmes enceintes et les mères allaitantes doivent avoir la possibilité de se reposer en position allongée dans des conditions appropriées⁴³⁵.

159. Adolescents. Si le travail des enfants est en principe interdit (→ I.295), celui des « jeunes » et « adolescents » est soumis à des règles protectrices. L'adolescent est en principe le jeune entre 16 et 18 ans, le jeune celui âgé de moins de 18 ans (mais moins de 16, sinon il s'agirait d'un enfant, → I.295), définitions détaillées à l'article L. 341-1 et qui se recoupent le plus souvent. Les règles protectrices sont destinées à protéger la sécurité et la santé des jeunes, ainsi que leur développement moral. La plupart de ces normes trouvent leur origine dans une directive européenne⁴³⁶. La loi impose notamment les obligations et restrictions suivantes : **(a)** lors de l'évaluation des risques de sécurité et de santé, l'employeur doit prêter une attention particulière aux jeunes (L. 343-2). **(b)** Avant la signature du contrat, sinon avant l'entrée en service, l'employeur doit informer les jeunes par écrit des risques éventuels et de toutes les mesures prises pour leur sécurité et leur santé (L. 343-2 (4)). **(c)** Certains types de travaux sont interdits aux jeunes (L. 343-3), notamment l'exposition à des agents toxiques ou des radiations, mais aussi de manière plus générale des travaux qui présentent des risques d'accident dont on peut supposer que des jeunes, du fait de leur manque de sens de la sécurité ou de leur manque d'expérience ou de formation, ne peuvent les identifier ou les prévenir. L'annexe 3 du Code du travail énumère encore de nombreux autres travaux interdits, tels les travaux dans des ménageries d'animaux féroces, le terrassement, l'abattage d'arbres, le travail dans les égouts, bars et cabarets, salles de jeux, etc.. Sauf dérogation, le travail à la tâche et à la chaîne à effectuer à un rythme prescrit ou selon un système permettant d'obtenir un salaire plus élevé moyennant accélération du rythme sont interdits (L. 343-3). **(d)** L'employeur doit tenir un registre spécial concernant les

⁴³⁴ Pour les jurisprudences afférentes, voir Répertoire XV.1.

⁴³⁵ Annexe 1 du règlement grand-ducal du 4 novembre 1994 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail.

⁴³⁶ Directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail.

adolescents, notamment quant à la durée de travail (L. 344-3). **(e)** Les règles sur la durée de travail sont plus restrictives; en principe, la durée de travail ne peut dépasser 9 heures par jour et 44 heures par semaine (L. 344-9 (3)) et la durée d'une éventuelle période de référence est limitée en principe à 4 semaines (L. 344-9 (1)). **(f)** La prestation d'heures supplémentaires est interdite, sauf cas exceptionnels et à condition notamment s'il ne peut être légitimement recouru à des salariés adultes (L. 344-10). **(g)** Ils ont droit à un régime plus favorable concernant les pauses quotidiennes (30 minutes après 4 heures de travail), le repos journalier (12 heures) et le repos hebdomadaire (2 jours consécutifs) (L. 344-11 et suivants). **(h)** Sauf dérogations, ils ne peuvent être occupés les dimanches et jours fériés légaux (L. 344-13), ni à des travaux de nuit (L. 344-15).

160. Salariés reclassés. Longtemps, la pratique administrative était assez large pour reconnaître le statut d'invalidé. La situation change avec un arrêt de la Cour de Cassation de 1996⁴³⁷ qui précise que pour être considéré comme invalide il ne suffit pas d'être inapte pour son dernier poste de travail, mais que l'appréciation doit être faite en considération des forces et aptitudes de l'intéressé sur le marché général de l'emploi. Un vide juridique s'ouvrait ainsi pour les salariés qui, sans être entièrement incapables de travailler, n'en étaient pas moins inaptes à leur ancien poste. Ce vide n'a été comblé qu'en 2002 par l'introduction de la procédure de reclassement⁴³⁸. La législation sur le reclassement a fait l'objet de plusieurs adaptations, et le cadre de cet ouvrage serait dépassé par une présentation détaillée de ce régime, qui combine des règles de sécurité sociale et de droit du travail. Selon les données disponibles en 2015, 6.000 personnes étaient en reclassement externe, représentant 20 % sur le total des demandeurs d'emploi⁴³⁹.

La procédure de reclassement concerne les salariés qui ne sont pas à considérer comme invalides, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présentent une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à leur dernier poste de travail (L. 551-1 (1)). Un reclassement interne, c'est-à-dire au sein de l'entreprise, sur un poste adapté, s'impose aux employeurs (établissements) qui ont un effectif d'au moins 25 salariés. L'employeur ne peut échapper à son obligation qu'en démontrant qu'un tel reclassement lui causerait « des préjudices graves » (L. 551-3 (1)). En cas de refus de procéder à un reclassement obligatoire, le salarié sera reclassé en externe, mais l'employeur devra s'acquitter d'une taxe de compensation pendant une durée pouvant aller jusqu'à 24 mois, sans préjudice des dommages-intérêts que le salarié pourra éventuellement réclamer à son encontre. L'adaptation du poste aux capacités résiduelles peut se faire par un changement de la nature du travail, mais aussi par une réduction du régime de travail, notamment de la durée hebdomadaire de travail pouvant aller jusqu'à 50, exceptionnellement 75 pourcent de la durée de travail antérieure. La perte de rémunération est compensée, avec un certain plafond, par une indemnité compensatoire. Les changements peuvent être opérés sans que l'employeur ne doive respecter la procédure de modification unilatérale du contrat.

Le reclassement externe consiste dans une prise en charge par un service spécialisé de l'ADEM, le salarié percevant une indemnité compensatoire. Il doit rester disponible pour le marché du travail et se présenter aux rendez-vous avec l'ADEM.

⁴³⁷ CSJ, cassation, 28 novembre 1996, Thill c/ EVI.

⁴³⁸ Loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle.

⁴³⁹ Parmi les résidents; Projet de loi n° 6555, Rapport de la Commission du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, 29 juin 2015, p. 7.

Durant la procédure de reclassement, puis en cas de reclassement interne pendant la durée d'un an, le salarié concerné est protégé contre le licenciement (L. 551-2 (2), L. 121-8). Depuis une loi de 2015⁴⁴⁰, les salariés reclassés bénéficient d'un véritable « statut de personne en reclassement professionnel » (L. 551-6), afin qu'ils ne perdent pas les bénéfices légaux lorsqu'ils acceptent un nouvel emploi mais le perdent par après⁴⁴¹. Par contre, il peut aussi être procédé à des réévaluations de l'état de santé et des capacités de travail du salarié, conduisant à la perte de ce statut avantageux, le législateur ayant envisagé en particulier les maladies d'origine psychosociale dont la cause peut disparaître; « si la cause du reclassement n'est plus donnée, le salarié reclassé redevient un salarié de droit commun disponible pour le marché de l'emploi »⁴⁴².

161. Personnes handicapées⁴⁴³. L'intégration sociale (et professionnelle) des handicapés est un objectif inscrit à l'article 26 CDFUE et à l'article 11 (5) de la Constitution luxembourgeoise. Une Convention OIT oblige à une politique d'égalité des chances entre les travailleurs handicapés et les travailleurs en général⁴⁴⁴. Le handicap constitue un critère de discrimination (→ I.245); toute différence de traitement fondée sur le handicap est ainsi prohibée. Il est toutefois précisé que le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à des mesures pour sauvegarder et encourager l'intégration des personnes handicapées⁴⁴⁵.

La matière est réglementée par une loi de 2003⁴⁴⁶ qui se reflète dans les articles L. 561-1 et suivants du Code du travail. La notion de salarié handicapé, pour les besoins de cette législation⁴⁴⁷, présuppose en particulier une diminution de la capacité de travail de 30 % au moins, survenue notamment suite à un accident de travail ou en raison d'une déficience physique, mentale, sensorielle ou psychologique (L. 561-1). Les personnes handicapées doivent s'inscrire auprès d'un service spécialisé de l'ADEM; le refus d'un poste approprié peut leur faire perdre certains avantages. Relevons que les salariés handicapés ne bénéficient d'aucune protection spéciale contre le licenciement. Ils peuvent prétendre à un congé supplémentaire de 6 jours ouvrables (L. 233-4 al. 2). Si le salarié handicapé se fait retirer son statut, son contrat de travail cesse de plein droit (L. 125-4 (4)).

⁴⁴⁰ Loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe.

⁴⁴¹ Projet de loi n° 6555, Rapport de la Commission du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, 29 juin 2015, p. 3 : « Tout d'abord, pour bon nombre de reclassés, il est difficile de trouver un emploi correspondant à leurs capacités de travail résiduelles; ensuite cette voie peut sembler peu intéressante puisque les personnes concernées risquent de perdre tous leurs droits à la fin d'un nouveau contrat de travail. D'où l'idée d'introduire un statut spécifique à l'ensemble des personnes en reclassement externe, statut qui leur permettrait de maintenir leurs droits tant que l'incapacité au dernier poste de travail subsiste ».

⁴⁴² Projet de loi n° 6555, Rapport de la Commission du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, 29 juin 2015, p. 5.

⁴⁴³ Voir aussi : Aux origines du droit du travail, n° 275.

⁴⁴⁴ Art. 4 de la Convention OIT n° 159 du 20 juin 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées.

⁴⁴⁵ Art. L. 252-3 (2) C.T.; voir aussi Art. 4 de la Convention OIT n° 159.

⁴⁴⁶ Loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées.

⁴⁴⁷ La notion de handicap au sens des règles de non-discrimination est différente, généralement plus large.

La prise en charge dépend des capacités de travail : **(a)** Le but de la législation sur les handicapés est une intégration dans le marché du travail ordinaire (primaire). Les employeurs sont obligés d'embaucher un certain quota de personnes handicapées (→ L.286); ils doivent déclarer à l'ADEM les postes vacants à occuper par des handicapés (L. 562-4). L'employeur doit par ailleurs prendre les mesures appropriées pour permettre au salarié handicapé d'accéder à un emploi, de l'exercer et d'y progresser, sauf s'il s'agit d'une charge disproportionnée. Des fonds publics interviennent pour contribuer aux frais de formation et d'aménagement des postes de travail (L. 562-1 (4)). La personne handicapée peut prétendre à un salaire non inférieur à celui résultant des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles (L. 562-6), c'est-à-dire qu'il peut notamment prétendre au salaire social minimum; le principe de non-discrimination en raison du handicap oblige même à ne pas rémunérer différemment les salariés handicapés par rapport aux salariés ordinaires occupant un poste équivalent. L'Etat peut participer au salaire du salarié handicapé, à raison de 40 % à 100 % du salaire, en fonction de la perte de rendement. **(b)** Si en raison des capacités de travail réduites, le salarié handicapé ne satisfait pas, ou pas encore, aux exigences et contraintes du travail ordinaire, il est dirigé vers un atelier protégé (L. 563-1). Dans ce cas, mis à part quelques dérogations spécifiques, les règles générales sur le contrat de travail trouvent application (L. 563-3 (1)). Il peut prétendre au salaire social minimum (L. 563-5), qui est intégralement payé par l'Etat, l'atelier protégé étant libre de verser à ses frais un complément de rémunération. **(c)** Si le salarié présente un état de santé tel que tout effort de travail s'avère contre-indiqué ou si ses compétences de travail sont si réduites qu'il s'avère impossible d'adapter un poste de travail, il peut prétendre au « revenu pour personnes gravement handicapées ».

SECTION 3. – L'ANCIENNETÉ

162. Enjeu et impact. Tant la loi que de nombreuses conventions collectives lient certains droits à l'ancienneté du salarié. L'ancienneté a en principe une incidence favorable au salarié, exception faite des délais de démission qui augmentent. Ainsi, les préavis de licenciement augmentent, tout comme l'indemnité de départ en cas de licenciement. De nombreuses conventions collectives ou contrats de travail lient certains avantages – par exemple le nombre de jours de congé ou des primes – à l'ancienneté. Afin d'éviter des abus, certains avantages, comme par exemple le congé parental ou le congé sans solde pour formation, nécessitent une ancienneté minimale. En droit du travail collectif, l'ancienneté peut être une condition pour être élu représentant du personnel. L'électorat passif et actif aux fonctions de délégué du personnel exige une ancienneté de 12, resp. 6 mois (L. 413-3 et L. 413-4).

L'ancienneté peut aussi avoir une incidence sur l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude à l'ancien poste, sur l'accès à certains congés spéciaux, tel le droit à un congé sans solde pour formation⁴⁴⁸.

Selon une étude récente publiée par le STATEC⁴⁴⁹ l'ancienneté de service auprès du même patron est en moyenne de 7 ans. Près de la moitié des salariés au Luxembourg

⁴⁴⁸ Section 2 du règlement grand-ducal du 30 mars 2006 portant déclaration d'obligation générale d'un Accord en matière de dialogue social interprofessionnel relatif à l'accès individuel à la formation professionnelle continue conclu entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part.

⁴⁴⁹ Salaires, emploi et conditions de travail, Bulletin du Statec 1, février 2017.

ont une ancienneté inférieure à 5 ans. À l'autre extrême, près de 15% des salariés ont une ancienneté de plus de 15 ans auprès du même employeur. La stabilité de la relation de travail varie fortement en fonction du secteur d'activité; les anciennetés sont très faibles dans l'hôtellerie, la restauration et le nettoyage, mais élevées dans l'enseignement, l'industrie et les activités financières.

163. Ancienneté d'entreprise. Par ancienneté on entend en général le nombre d'années de service auprès d'un même employeur. Par le passé, le législateur avait également eu recours à la notion d'« ancienneté de service », cumulant les emplois successifs auprès de plusieurs employeurs⁴⁵⁰. Actuellement, l'expérience professionnelle (« ancienneté de métier ») n'est que rarement prise en compte par le législateur. Elle peut notamment avoir un impact pour déterminer si le salarié a droit au SSM-qualifié (→ Tome II). Certaines conventions collectives la reconnaissent aussi et le contrat individuel peut contenir une clause d'ancienneté.

En dehors de ces cas particuliers, la notion d'ancienneté ne se réfère pas à l'ensemble de la durée que le salarié a passée dans la vie professionnelle ou dans le métier, mais à la durée qu'il a travaillée au sein de la même entreprise. Ainsi, l'ancienneté s'apprécie en principe par rapport aux services auprès d'un même employeur⁴⁵¹. L'ancienneté est donc essentiellement un concept honorant la fidélité à l'entreprise, et non l'expérience professionnelle. Elle reflète aussi l'intégration du salarié dans l'entreprise.

Inversement par contre, le fait de changer de métier ou de fonction au sein de l'entreprise n'a pas d'incidence sur l'ancienneté. Le concept d'ancienneté se réfère en effet à un lien d'entreprise de manière à totaliser, au-delà des découpages contractuels, toutes les périodes consacrées à l'activité professionnelle dans le cadre d'une même entreprise⁴⁵².

164. Clauses d'ancienneté. L'ancienneté est en principe non-disponible; le salarié ne peut donner son accord pour renoncer à tout ou partie de son ancienneté⁴⁵³. Par contre, le contrat de travail peut contenir une clause lui reconnaissant à l'embauche une certaine ancienneté. En vertu des règles sur le principe de faveur (→ I.91), cette clause est en principe valable puisqu'une ancienneté plus élevée confère en général davantage de droits au salarié. La jurisprudence a notamment validé une clause qui a reconnu au moment de l'embauche l'ancienneté acquise lors d'un stage effectué antérieurement dans l'entreprise⁴⁵⁴. En l'absence de clause explicite, le salarié peut aussi tenter de démontrer par d'autres moyens que l'employeur lui reconnaît une certaine ancienneté, par exemple en se basant sur l'indication contenue sur des fiches de salaire⁴⁵⁵. Une fausse inscription sur les fiches de salaire ne saurait par contre priver le salarié de ses réels droits d'ancienneté⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Cette notion a notamment régi depuis 1937 le droit au congé des employés privés.

⁴⁵¹ CSJ, 3e, 2 février 2006, 30615, Répertoire I.1.2.1.

⁴⁵² CSJ, 8e, 9 novembre 2015, 40343, Répertoire I.1.2.1.

⁴⁵³ Décidé ainsi dans le cadre d'un transfert d'entreprise : CSJ, 3e, 20 octobre 2016, 41831, Répertoire IV.3.2.

⁴⁵⁴ CSJ, 3e, 28 avril 2016, 42518, Répertoire I.1.2.2. La clause se lisait comme suit : « la date retenue pour le calcul de l'ancienneté de service est le 15 novembre 2014. ».

⁴⁵⁵ CSJ, 8e, 9 octobre 2008, 32881, Répertoire I.1.2.3.

⁴⁵⁶ CSJ, 3e, 3 mai 2012, 37556, Répertoire I.1.2.4.

Un problème peut cependant se poser au niveau des préavis de démission, qui augmentent en principe avec l'ancienneté (→ Tome III), ce qui est défavorable pour le salarié. Il faut à notre avis distinguer selon que la clause d'ancienneté constate uniquement une situation qui découle de la loi (p.ex. en cas de transfert intra-groupe) ou si l'employeur a voulu accorder un avantage au salarié (p.ex. en cas de débauche depuis un concurrent). Dans le dernier cas, la clause reconnaît une ancienneté fictive et ne peut ainsi pour effet d'aggraver les obligations du salarié, qui devrait toujours être en droit de démissionner avec le préavis correspondant à son ancienneté réelle dans l'entreprise.

Des clauses d'ancienneté se trouvent aussi dans certaines conventions collectives. Celle des pharmaciens prévoit par exemple un mécanisme de « bonification d'ancienneté » obligeant tout employeur du même secteur à reconnaître, en tout ou partie, le travail effectué auprès d'autres employeurs⁴⁵⁷. Un mécanisme similaire se trouve dans la convention collective du secteur social; il a été décidé par la Cour qu'il appartient au salarié de fournir, au moment de l'embauche, tous les justificatifs documentant la carrière⁴⁵⁸.

165. Ancienneté et présence dans l'entreprise. L'ancienneté continue en principe à courir même dans les cas dans lesquels le salarié est absent de l'entreprise ou que le contrat est suspendu. Il est ainsi admis que l'ancienneté continue à courir en cas de congé annuel (ou d'absence pour incapacité de travail. Il en est de même pour le congé de maternité (L. 332-3 (2)) et le congé parental (L. 234-47 (11)). Il en est probablement aussi ainsi pour les jours de grève légale. Pour le congé sans solde, convenu entre employeur et salarié, la loi ne fournit pas de réponse; à notre avis, l'ancienneté ne devrait pas courir dans cette hypothèse. En cas de chômage partiel (chômage dû aux intempéries, chômage accidentel ou technique), les heures de travail perdues comptent pour l'ancienneté (en ce sens L. 533-12). Pour les salariés travaillant à temps partiel, l'ancienneté est comptée à l'égal de ceux travaillant à temps plein, et il n'y a pas lieu à proratisation.

Art. L. 123-7 (2) Pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, la durée de celle-ci est prise en compte pour les salariés occupés à temps partiel comme s'ils avaient été occupés à temps complet.

166. Ancienneté et continuation de la relation. En cas de continuation de la relation de travail, l'ancienneté se maintient, même si des contrats de travail successifs devaient être conclus. Le tableau ci-après reprend les principales hypothèses; en résumé, l'ancienneté est reconnue pour toutes relations contractuelles qui qualifient de contrat de travail, mais non pour d'autres formes de contrats.

Transfert d'entreprise	Le transfert d'entreprise (→ I.640) oblige à garantir aux salariés tous les avantages résultant de leur contrat de travail,
------------------------	---

⁴⁵⁷ Art. 11.2. de la Convention collective pour les salariés des pharmacies ouvertes au public : « Tous les salariés, qui entrent en service après l'âge fictif de début de carrière et qui peuvent présenter les diplômes ou certificats reconnus et requis pour l'exercice de leur fonction, bénéficieront d'une reconstitution de carrière au moment de leur engagement en vue de la fixation du point de départ fictif. Les règles de bonification sont les suivantes : 1. Toutes les années de service travaillées dans le secteur des pharmacies ouvertes au public au Luxembourg, sont computées à 100 % et de façon illimitée à partir de l'âge fictif de début de carrière; (...) 4. Toutes les années de service travaillées ailleurs au Luxembourg ou à l'étranger sont computées à 50 %, avec un maximum de 4 ans étant reconnus à raison de 50 % ».

⁴⁵⁸ CSJ, 8e, 29 mars 2007, 31561, Répertoire I.1.2.1.

	ce qui implique en particulier que leur ancienneté est maintenue. En pratique, le litige tournera souvent autour de la question s'il y a transfert d'activité ou s'il s'agit d'un nouveau contrat remettant les compteurs à zéro ⁴⁵⁹ .
CDD > CDI	« Lorsqu'au terme du contrat à durée déterminée la relation contractuelle de travail est poursuivie (...), le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme de ce contrat » (L. 122-8).
CDI > CDD	Cette situation ne se présente que très rarement. Dans une affaire particulière, dans laquelle le salarié sous CDI avait ensuite accepté un CDD, mais qui a été requalifié en CDI, le juge a estimé qu'il n'y avait pas reprise d'ancienneté malgré la continuité de la relation contractuelle, et ce pour éviter que le salarié ne bénéficie deux fois d'une indemnité de départ ⁴⁶⁰ .
Intérim > Intérim	Pour les intérimaires, l'ancienneté est appréciée en totalisant les périodes pendant lesquelles lesdits salariés ont été liés à l'entrepreneur de travail intérimaire par des contrats de mission (L. 131-14).
Intérim > CDD/CDI	Lorsque l'utilisateur embauche le salarié intérimaire, la durée des missions effectuées au cours de l'année qui précède l'embauche est prise en compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié; le cas échéant, elle est déduite de la période d'essai éventuellement prévue (L. 131-10 (2)).
Apprentissage > CDD/CDI	Un contrat d'apprentissage ayant précédé le contrat de travail n'est pas pris en compte pour l'ancienneté ⁴⁶¹ .
Stage > CDD/CDI	Un stage en entreprise ne sera, en cas d'embauche, pas pris en compte pour l'ancienneté.

167. Ancienneté et interruption du contrat. L'ancienneté n'est pas maintenue – en l'absence de clause expresse – s'il y a eu une interruption réelle et effective de la relation de travail. Ainsi le concept d'ancienneté se réfère à un lien d'entreprise de manière à totaliser, au-delà des découpages contractuels, toutes les périodes consacrées à moins qu'il n'y ait eu rupture du contrat, suivie en fait d'une interruption réelle de service, et ce n'est que dans ce cas, que la dernière période de service est seule prise en considération⁴⁶². Une interruption de 7 mois a par exemple été considérée comme

⁴⁵⁹ Voir p.ex. CSJ, 3e, 10 novembre 2005, 29747, Répertoire I.1.2.2., à propos d'un médecin ayant repris la secrétairie, mais également la patientèle et une partie du matériel d'un collègue partant à la retraite pour s'installer à proximité; voir CSJ, 3e, 28 avril 2005, 28900, Répertoire I.1.2.2., à propos d'une mise en société, la même activité étant ensuite poursuivie au sein de la société.

⁴⁶⁰ CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39628, Répertoire I.1.2.3.

⁴⁶¹ CSJ, 3e, 23 janvier 2014, 38037, Répertoire I.1.2.3.

⁴⁶² CSJ, 3e, 16 mai 2013, 38061, Répertoire I.1.2.3.

suffisante pour remettre l'ancienneté à zéro⁴⁶³. Dans un cas plus spécifique, il y a également eu rupture de l'ancienneté, bien que la personne ait travaillé de manière continue pour la même entreprise, mais que pendant un certain intervalle elle n'avait plus le statut de salarié, puisqu'elle était gérant unique de la société⁴⁶⁴. On a cependant vu d'autres jurisprudences considérer que la disparition temporaire du lien de subordination ne fait que suspendre et non interrompre la relation de travail

168. Ancienneté au sein d'un groupe ou d'une EES. Lorsque le salarié est muté entre deux entités qui présentent un lien entre elles, l'ancienneté est reprise. La Cour confirme ainsi que c'est l'intégralité du service qui doit être prise en considération pour le calcul de l'ancienneté et ni la modification du statut du salarié ni un simple transfert du salarié à une autre société du même groupe considéré comme entreprise unique et seul véritable employeur, n'a une incidence sur l'ancienneté, qui commence donc avec l'entrée en service du salarié dans l'entreprise⁴⁶⁵. Le principe vaut aussi en cas de mutation à l'international, par exemple d'une société belge vers une société luxembourgeoise du même groupe⁴⁶⁶.

La jurisprudence n'est toutefois pas tout à fait claire s'il suffit que le transfert s'opère au sein d'un groupe, c'est-à-dire de sociétés liées économiquement, ou si cette règle ne joue qu'entre sociétés qui forment une EES (entité économique et sociale), c'est-à-dire lorsqu'au-delà de l'imbrication économique, il existe aussi des liens sociaux (en détail sur la notion → I.214).

SECTION 4. – LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX SUR LE LIEU DE TRAVAIL

169. Plan. Parmi les libertés que le salarié peut exercer sur le lieu de travail, nous analyserons en particulier de façon plus théorique le respect de la vie privée (titre § 1^{er}) et la liberté d'expression (§ 2), avant de nous intéresser aux applications plus concrètes de ces principes au traitement des données et à la surveillance sur le lieu de travail (§ 3) ainsi qu'à l'utilisation des moyens de télécommunication (§ 4).

170. Cadre général. « Tout travailler a droit à des conditions de travail qui respectent sa dignité »⁴⁶⁷. La constitution luxembourgeoise garantit notamment les droits naturels de la personne humaine et de la famille (Art. 11 (1)), l'égalité entre femmes et hommes

⁴⁶³ CSJ, 3e, 8 mars 2012, 37372, Répertoire I.1.2.3.; il en est de même a fortiori pour une interruption de 8 ans, même si par erreur la date d'entrée initiale était mentionnée en raison d'une erreur informatique sur les fiches de salaire, CSJ, 3e, 17 juin 2016, 42531, Répertoire I.1.2.3.

⁴⁶⁴ CSJ, 8e, 28 avril 2005, 29348, Répertoire I.1.2.3.

⁴⁶⁵ CSJ, 8e, 14 mars 2016, 40926, Répertoire I.1.2.4.; CSJ, 8e, 24 janvier 2013, 37334, Répertoire I.1.2.4. : « C'est l'intégralité du service qui doit être prise en considération pour le calcul de l'ancienneté et ni la modification du statut du salarié, ni un simple transfert du salarié à une autre société du même groupe considéré comme entreprise unique et seul véritable employeur, n'a une incidence sur l'ancienneté qui commence donc avec l'entrée en service du salarié dans l'entreprise. En effet des entreprises juridiquement distinctes peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale, considérée comme une seule entreprise ».

⁴⁶⁶ CSJ, 3e, 3 mai 2012, 37556, Répertoire I.1.2.4.; CSJ, 3e, 12 juillet 2012, 37148, Répertoire I.1.2.4.; dans le même sens entre une société allemande et une société luxembourgeoise, CSJ, 8e, 14 juillet 2011, 36489, Répertoire I.1.2.4.; entre une société française et une société luxembourgeoise, CSJ, 8e, 9 novembre 2015, 40343, Répertoire I.1.2.4.

⁴⁶⁷ Art. 30 CDFUE.

(Art. 11 (2)), la protection de la vie privée (Art. 11 (3)), la liberté des cultes (Art. 19) et la liberté de manifester ses opinions (Art. 24). Des chartes internationales, dont la CEDH et la CDFUE contiennent ces mêmes garanties ainsi que d'autres libertés et droits fondamentaux.

Il se pose la question de savoir comment ces grands principes se reflètent en droit du travail. Le Code du travail français comporte, sous le titre « droits et libertés dans l'entreprise » la règle que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (L. 1121-1). Au Luxembourg, il n'existe pas de texte équivalent. Néanmoins, les droits fondamentaux sont pris en compte par les juges dans l'interprétation et l'application du droit. Il en est ainsi notamment lorsque la loi laisse une large marge d'interprétation, par exemple pour apprécier si un certain comportement est fautif et permet de prononcer une sanction ou un licenciement. La jurisprudence a par exemple développé un régime jurisprudentiel de la clause de non-concurrence (→ I.431) en tenant compte de la liberté du travail du salarié. Pour le surplus toutefois, la jurisprudence luxembourgeoise offre peu d'exemples.

Dans de multiples arrêts, la Cour Européenne de Strasbourg a défini les libertés fondamentales du salarié à son lieu de travail, arrêts que le lecteur trouvera commentés dans des ouvrages spécialisés. La Cour de Justice de l'Union Européenne est également, dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées, appelée à statuer occasionnellement à ce propos, notamment dans le cadre des règles de non-discrimination; on notera en particulier le récent arrêt relatif au port du voile islamique, et plus généralement le port visible de signes politiques, philosophiques ou religieux dans l'entreprise⁴⁶⁸. Au Grand-Duché, il y a peu de jurisprudence en la matière, mais les tribunaux luxembourgeois se font régulièrement l'écho des juridictions internationales prémentionnées, dont ils reprennent les principes.

Les règles de non-discrimination jouent un rôle certain dans ce contexte (→ I.239), puisque certains aspects de la vie privée du salarié, par exemple sa religion, son

⁴⁶⁸ CJUE, 14 mars 2017, C-157/15, G4S Secure Solutions (Achbita), ECLI:EU:C:2017:203 : « L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive. En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78 s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. »; CJUE, 14 mars 2017, C-188/15, Asma Bougnaoui, ECLI:EU:C:2017:204 : « L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ».

orientation sexuelle, le choix de se marier ou de rester célibataire, sa décision d'avoir des enfants ou de ne pas en avoir ou sa volonté de changer de sexe, ne peuvent pas être pris en compte par l'employeur et ne doivent dès lors jouer aucun rôle dans la relation professionnelle. Par contre, les principes de non-discrimination ne confèrent en principe pas de droits positifs et ne peuvent par exemple pas servir de fondement pour exiger des pauses de prière, une nourriture spécifique ou le respect de jours fériés religieux ou culturels particuliers. Il faut également mentionner les règles relatives au harcèlement sexuel et moral (→ Tome II), dont le but est certes de protéger la sécurité et la santé des salariés, mais aussi leur dignité et intégrité.

§ 1^{er}. – Protection de la vie privée

171. Contexte. La question du respect de la vie privée sur le lieu de travail est vaste : **(a)** Durant la phase de recrutement, la problématique de la vie privée du candidat se pose notamment à propos des questions que l'employeur est en droit de poser et des données qu'il peut recueillir, par exemple quant à ses antécédents judiciaires (→ I.351). **(b)** Durant l'exécution du contrat de travail, le principe veut que dans sa vie privée, le salarié n'est pas sous les ordres de son employeur et ne peut en principe être sanctionné pour des faits commis en dehors du cadre du travail (→ I.230). Mais pendant la durée de travail et sur le lieu de travail, d'innombrables questions affectant la vie privée peuvent se poser. Il en est ainsi notamment du droit de regard de l'employeur sur l'apparence des salariés : normes vestimentaires, coupe de cheveux, tatouages, piercings, etc.. Le salarié peut souhaiter porter des signes religieux (p.ex. port du voile), enregistrer des documents privés sur son ordinateur, etc. L'employeur peut songer à réaliser des fouilles corporelles à la sortie du travail ; il se pose aussi la question du dépistage d'une consommation d'alcool ou de stupéfiants (→ Tome II). Un regard plus détaillé doit être jeté sur la liberté d'expression du salarié et sur l'usage des moyens de communication modernes, notamment Internet et le courrier électronique. **(c)** En matière de preuve, la question de la vie privée est soulevée occasionnellement à propos de détectives privés engagés par l'employeur⁴⁶⁹ ; elle se pose plus fréquemment en matière de surveillance sur le lieu de travail. **(d)** En matière de licenciement (→ Tome III), la jurisprudence retient que des faits de la vie privée du salarié, tels que la consommation de stupéfiants, peuvent ébranler la confiance de l'employeur dans ce dernier ; celui-ci ne peut toutefois les invoquer pour justifier son licenciement qu'à condition d'en établir une incidence directe sur l'exercice de ses fonctions par le salarié ou du moins des circonstances concrètes de nature à faire présumer que ce dernier constitue un grave risque de sécurité pour l'entreprise et ses salariés⁴⁷⁰.

Il serait impossible de traiter tous ces sujets en détail, ce d'autant plus que les textes et la jurisprudence luxembourgeoise ne sont pas toujours très fournis, et que de nombreuses instances et doctrines étrangères constituent dans cette matière (largement basée sur la CEDH et sur des normes européennes) une référence pertinente.

172. Pondération. La relation de travail s'inscrit dans la durée et détermine une bonne partie de la vie du salarié, qui se subordonne volontairement aux instructions patronales. Il n'est dès lors pas étonnant qu'une partie importante des règles d'ordre public qui encadrent ce contrat tiennent compte de la dimension humaine de cette

⁴⁶⁹ Le témoignage du détective est généralement admis ; voir Répertoire XXII.3.2.3.2.

⁴⁷⁰ CSJ, 8e, 10 janvier 2008, 32530, Répertoire XIII.3.3.1.

relation, notamment de la personnalité du salarié, de ses besoins et de sa vie privée. La vie privée du salarié entre ainsi massivement dans le droit du travail. Il peut par exemple prétendre à des congés spéciaux, par exemple en cas de mariage, de décès d'un proche, de déménagement, etc. Il est envisagé de conférer au salarié de véritables droits au temps partiel ou à l'aménagement de son horaire. Le choix d'avoir un enfant est fortement protégé, notamment par des règles en faveur des salariées en état de grossesse, mais aussi par des congés spéciaux en cas de maladie de l'enfant ou par une interdiction de traiter défavorablement une personne en raison de son statut familial. La compatibilité entre vie professionnelle et vie privée est un objectif politique majeur, non seulement dans le seul intérêt du salarié, mais également pour mobiliser une main-d'œuvre dormante en faveur des entreprises et de la croissance économique en général.

Il en est autrement pour l'employeur qui, le plus souvent, est une personne morale. Même s'il s'agit d'une personne physique, le droit du travail ne lui accorde que peu de droits afférents, le Code du travail ne permet par exemple pas à un employeur de suspendre le contrat de travail en cas de grossesse ou de mettre à disposition les salariés en cas de maladie. Exceptionnellement, la vie privée patronale a une incidence, par exemple du fait qu'une incapacité physique qui l'atteint emporte rupture du contrat de travail (L. 125-1). Il reste que l'entreprise est également protégée par la loi et la jurisprudence dans sa 'personnalité', par exemple en ce qui concerne la confidentialité de ses données, l'accès de personnes extérieures (autorités de contrôle, représentants syndicaux) à ses locaux ou l'interdiction pour les salariés d'enregistrer les entretiens qu'ils mènent avec leur supérieur hiérarchique.

Si le droit du travail fournit ainsi un cadre légal inspiré par la protection des libertés fondamentales et de la vie privée des salariés, toujours est-il que de nombreux conflits ne sont pas explicitement résolus, respectivement sont en voie d'être encadrés juridiquement, de sorte que les juges devront procéder à une appréciation en se basant sur des principes plus généraux. En particulier les nouvelles technologies de surveillance et de communication soulèvent des interrogations qui n'ont pas encore connu de réponse définitive. Comme le rappelle la Chambre des salariés, ces avancées technologiques conduisent à une « porosité entre temps de travail et temps de loisir ainsi (qu'à une) porosité entre le lieu de travail et celui des loisirs »⁴⁷¹.

173. Cadre général. Sur le lieu de travail, le salarié se trouve dans les locaux de son employeur et sous sa subordination. Si historiquement, il était admis qu'il n'existe pas de sphère privée sur le lieu de travail, cette vision s'est progressivement estompée au profit d'une approche consistant dans une pondération entre la nécessaire protection de la personne du salarié, les besoins de fonctionnement de l'entreprise et le respect de l'autorité patronale. Dans un premier temps, la jurisprudence luxembourgeoise a refusé de reconnaître toute existence d'une vie privée sur le lieu de travail; la vie au travail serait distincte de la vie privée et relèverait de la vie publique⁴⁷². Actuellement, la jurisprudence a abandonné cette position et y reconnaît une sphère privée. La Cour Européenne des Droits de l'Homme affirme clairement que la notion de vie privée n'exclut pas le domaine des activités professionnelles⁴⁷³. La Cour d'appel de

⁴⁷¹ CSL, Stress au travail, harcèlement moral, agression, burnout, 2017, p. 16.

⁴⁷² WAGNER-CHARTIER Sophie, BOCK Héloïse, La surveillance de l'employé de banque : la vie privée et la protection des données, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg, ALJB, Larcier, 2004, n° 14-3.

⁴⁷³ CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne, point 29 : « La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois

Luxembourg a par exemple jugé que le salarié n'est pas tenu d'être à tout moment à la disposition de l'entreprise et il a le droit au respect de sa vie privée⁴⁷⁴. Dans cette affaire, le salarié avait refusé de travailler un samedi sur chantier, alors qu'il n'était pas établi que ces travaux revêtaient une urgence particulière; son refus de travail ne constituait ainsi pas un motif de licenciement avec préavis. La Cour confirme que la vie privée doit être respectée sur le lieu de travail⁴⁷⁵.

174. Vie privée et cadre contractuel. En dehors du cadre de travail, donc dans la vie privée, l'employeur n'a pas d'instructions à donner à son salarié, puisque ce dernier ne se trouve pas sous sa subordination. Par exemple, l'employeur ne peut pas décider de la voiture que le salarié doit conduire, du lieu où il doit habiter ou des gens qu'il doit fréquenter. Plus délicate est la question de l'influence patronale sur d'autres activités professionnelles ou para-professionnelles exercées par son salarié; il peut en tout cas les interdire si elles génèrent un conflit d'intérêt (voir aussi → I.65).

En principe, des faits de la vie privée ne peuvent pas non plus donner lieu à une sanction disciplinaire. Ainsi, une injure envers un supérieur hiérarchique ne justifie pas un licenciement s'il n'est pas démontré que le contexte était professionnel⁴⁷⁶.

Une sanction est délicate même si des faits se prolongent, sans faute du salarié, sur le lieu de travail. La Cour a refusé de valider le licenciement pour faute grave d'une salariée qui se réfugiait au magasin et causait des perturbations en raison d'un ex-compagnon qui la harcelait⁴⁷⁷, ou encore le licenciement d'une salariée dont l'époux se présentait au travail et faisait des scènes de jalousie devant les clients⁴⁷⁸.

La moralité de la vie privée d'un salarié ne peut qu'exceptionnellement être prise en compte; la jurisprudence admet de telles exceptions si le poste occupé par le salarié est particulièrement représentatif ou s'il s'agit d'une entreprise à tendance défendant

trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de "vie privée" comme excluant les activités professionnelles ou commerciales: après tout, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme: dans les occupations de quelqu'un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort. Spécialement, les tâches d'un membre d'une profession libérale peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné ».

⁴⁷⁴ CSJ, 8e, 14 novembre 2013, 38958, Répertoire I.3.1.3.

⁴⁷⁵ CSJ, 7 avril 2011, 35507 et 35651, Répertoire I.1.3.1. : « La Cour relève qu'il est de principe que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail. (...) Le secret des correspondances visé à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique dès lors également aux technologies nouvelles de transmission de la correspondance, peu importe l'endroit à partir duquel le courrier électronique est envoyé et réceptionné, de sorte que l'employeur ne peut prendre une connaissance concrète et exacte du contenu des courriers électroniques protégés par le secret de la correspondance. ».

⁴⁷⁶ CSJ, 8e, 18 avril 2013, 38186, Répertoire XII.5.2.

⁴⁷⁷ CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39647, Répertoire XIII.3.3.1.

⁴⁷⁸ CSJ, 8e, 5 décembre 2013, 38564, Répertoire XIII.3.3.1.

certaines valeurs. A par exemple été jugé abusif le licenciement d'un salarié au motif qu'il représenterait un risque de sécurité parce qu'il a été arrêté en conduisant sous influence de stupéfiants⁴⁷⁹. Pour la Cour d'appel, des faits de la vie privée du salarié, tels que la consommation de stupéfiants, peuvent ébranler la confiance de l'employeur dans ce dernier; toutefois celui-ci peut les invoquer seulement s'il établit une incidence directe sur l'exercice de ses fonctions par le salarié ou du moins s'il s'agit de circonstances concrètes de nature à faire présumer que ce dernier constitue un grave risque de sécurité pour l'entreprise et ses salariés.

A propos d'un agent de sécurité accusé d'agression sexuelle sur mineur, la Cour a cependant considéré qu'il y a faute grave justifiant la résiliation du contrat, puisqu'il ne « remplit plus les critères d'honorabilité et de moralité qui ont été les conditions préalables à son engagement en tant qu'agent de sécurité » et de son agrément⁴⁸⁰. Les juges ont encore validé le licenciement d'un salarié de banque qui entretenait ses comptes auprès de cette même banque, qui avait d'importantes difficultés financières et n'arrivait pas à gérer convenablement ses finances⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ CSJ, 8e, 10 janvier 2008, 32530, Répertoire XIII.3.3.1.

⁴⁸⁰ Il s'agissait d'une action en résiliation du contrat d'un délégué; après la mise à pied, il a été condamné pour les faits pour lesquels il avait été inculpé; CSJ, 8e, 8 juin 2015, 38239, Répertoire XV.2.4.2.2.99.

⁴⁸¹ TT Esch, 13 novembre 2015, 2671/2015« Un fait de la vie personnelle, tel qu'en l'espèce, ne peut en principe, justifier un licenciement, la « vie personnelle » étant définie comme « l'ensemble des actes, paroles ou comportements du salarié qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou avec la vie de l'entreprise » (...) D'emblée il convient de constater que les problèmes financiers personnels du requérant, invoqués par l'employeur dans la lettre de motivation, sont documentés par les pièces versées en cause et que la réalité des faits relatifs à ses difficultés financières n'est par ailleurs pas autrement contestée par M.. (...) En l'espèce, il est dès lors avéré que M. avait des difficultés à gérer sa situation financière personnelle et se trouvait pendant plus d'une année en dépassement quasi constant et important de son compte-courant, le solde négatif de son compte-courant a à certains moments été supérieur à 20.000 euros. Il est avéré dans ce contexte que pendant des mois durant, il n'a pas honoré ses promesses de régler ses problèmes financiers et a continué malgré sa situation financière précaire à procéder à des retraits importants de fonds et des versements récurrents sur son compte. Les retraits en liquide sur son compte-courant se sont élevés en 2013 à 85.000 euros et durant les années 2011 à 2013, le compte de M. a été crédité de sommes provenant de tiers de plus de 65.700 euros. M. est par ailleurs resté en défaut de fournir à son employeur des réponses concrètes et satisfaisantes ni quant aux retraits, effectués en plus pour une grande partie avec des cartes de crédit, ni quant à la provenance des fonds versés sur le compte. La situation était telle que les cartes de crédit de M. ont dû être bloquées par la société coopérative B.. M. n'a pas non plus remboursé à son échéance, le 31 décembre 2013, le prêt à hauteur de 25.000 euros lui accordé en mars 2013 par son employeur pour lui permettre de régler la situation de dépassement de son compte-courant. Le tribunal considère que le comportement de M., notamment son manque de contrôle des moyens financiers à sa disposition, les promesses non respectées, le recours à des subterfuges pour se procurer des liquidités et encore son omission de fournir des explications concrètes et satisfaisantes concernant sa situation, respectivement ses agissements est injustifiable de la part d'un employé de banque. L'employeur-banquier doit en effet pouvoir avoir une confiance totale dans la probité et l'intégrité de ses salariés et il est en droit de ne s'exposer à aucun risque inutile (cf. Cour d'Appel, 5 avril 2001, n° 23754 du rôle). Le code de déontologie de la société coopérative B. dispose par ailleurs expressément en son point 2.1 concernant « L'intégrité » qu'il incombe à chaque employé d'agir avec intégrité dans la conduite de ses affaires personnelles et professionnelles. Au regard des éléments constants en cause il appert que la relation de confiance entre l'employeur et le salarié se trouvait en l'espèce compromise en raison du comportement du

175. Cadre légal. (a) La Constitution luxembourgeoise précise que l'Etat garantit la protection de la vie privée (Art. 11 (3)). **(b)** Une loi de 1982⁴⁸² précise que chacun a droit au respect de sa vie privée⁴⁸³. La notion de vie privée englobe des concepts aussi variés que la religion ou l'absence de religion, la nudité, la filiation, la vie conjugale et les motifs d'un éventuel divorce, la vie amoureuse, la vie financière⁴⁸⁴, etc. Cette loi, qui s'applique également dans le milieu professionnel, interdit notamment toute écoute ou enregistrement des paroles prononcées en privé et toute observation d'une personne dans un lieu non accessible au public, sans le consentement des personnes concernées. Cette loi n'a pas été changée depuis 1982, malgré les mutations technologiques intervenues depuis. **(c)** Une loi de 2002 s'intéressant aux données à caractère personnel et transposant une directive européenne venait cependant le dispositif protecteur⁴⁸⁵. Cette loi imposait à l'employeur certaines obligations, notamment d'information, pour tout traitement de données personnel, ainsi que des obligations de notification et d'autorisation des traitements; un régime simplifié était prévu pour la gestion normale et classique des ressources humaines⁴⁸⁶. Le traitement de certaines catégories particulières de données, tels l'origine ethnique, les opinions politiques, l'appartenance politique ou l'état de santé étaient en principe interdits. Cette loi réglementait également les traitements de données à des fins de surveillance, tels notamment la télésurveillance, tout en instituant un régime plus restrictif si ce traitement est effectué sur le lieu de travail (voir ci-après). Contrairement à la loi de 1982, le consentement du salarié – qui serait trop facile à extorquer au vu du lien de subordination – n'a pas pour effet de légitimer la surveillance électronique. **(d)** A partir du 25 mai 2018, un **Règlement européen** prendra la relève, la législation nationale n'ayant plus qu'une fonction accessoire. Le plus important changement de paradigme consiste dans le fait que les traitements de données ne doivent en principe plus faire l'objet d'une notification ou autorisation; chaque employeur, responsable du traitement, devra veiller à se conformer à la réglementation, et la CNPD aura pour mission principale d'en surveiller et contrôler le respect. **(e)** Enfin, une attention particulière est portée sur la protection

salarié. Les faits de la vie privée de M. ont en effet révélé des risques non négligeables pour l'employeur au niveau professionnel et rendu impossible sans dommage pour ce dernier, la continuation des relations de travail. L'employeur face à de tels risques doit pouvoir réagir et ne doit pas attendre que sa réputation ou les intérêts de ses clients aient effectivement souffert. Il convient encore de relever que l'employeur, qui a laissé du temps à M. pour régler sa situation et qui lui a encore accordé un prêt pour y parvenir, ne saurait actuellement se voir reprocher d'avoir attendu trop longtemps avant de procéder au licenciement. Le fait que malgré ses itératives promesses faites à l'employeur concernant le redressement de sa situation financière et malgré la patience de l'employeur et les aides lui accordées, les problèmes financiers de M. perduraient, est au contraire de nature à justifier la perte de confiance de l'employeur dans la capacité de gestion financière de son salarié ».

⁴⁸² Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

⁴⁸³ Art. 1^{er} de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

⁴⁸⁴ TA Lux, référé n° 830/2008, 18 novembre 2008, n° 116365.

⁴⁸⁵ Loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

⁴⁸⁶ Art. 12 (3) (a) de l'ancienne loi du 2 août 2002; Pour l'administration du personnel et la gestion des candidatures, une « exemption conditionnelle » faisait en sorte que ce traitement est autorisé sans notification préalable à condition que l'employeur se conforme à certaines règles fixées par la Commission Nationale pour la Protection des Données (CNPD). Pour le contrôle des horaires et contrôles d'accès, la CNPD offrait des « décisions uniques » l'employeur pouvant signer un engagement formel de conformité.

des télétravailleurs quant à une intrusion dans leur vie privée et quant à la gestion de leurs données personnelles⁴⁸⁷.

176. Règles spécifiques en droit du travail. Le Règlement ne contient pas de dispositions spécifiques relatives aux salariés, sauf à prévoir (Art. 88) que les Etats membres peuvent promulguer des règles plus spécifiques dans ce domaine. Au moment de la publication du présent ouvrage, le projet de loi afférent (Projet n° 7184) ne prévoit rien de spécifique pour les relations entre salariés et employeurs ; seul subsiste l'article L 261-1 du Code du travail relatif à la surveillance sur le lieu de travail (→ I.183). La Chambre des Métiers critique cette absence de réglementation en raison de l'insécurité juridique en découlant⁴⁸⁸. La Chambre des Salariés regrette aussi l'absence de règles spécifiques et propose de maintenir dans le domaine du droit du travail le principe d'un contrôle préalable, notamment l'autorisation préalable de toute surveillance sur le lieu de travail; du moins, le pouvoir de co-décision de la délégation ne devrait pas se limiter aux grandes entreprises⁴⁸⁹. Il faudra donc attendre l'issue de la procédure législative pour connaître le régime futur de la protection des données sur le lieu de travail. Au lieu et place du législateur, il se pourrait aussi que des Codes de conduite, des conventions collectives ou des accords nationaux comblent la lacune.

§ 2. – Liberté d'expression, obligations de discrétion et de dénonciation

177. Liberté d'expression. La Constitution garantit la liberté d'exprimer ses opinions (Art. 24), et notamment ses opinions religieuses (Art. 19). La liberté d'expression est un élément important de la dignité du salarié, qui, dans le contexte de l'auto-détermination de l'individu, est en droit d'avoir des opinions et de les exprimer. Pour autant que des questions professionnelles sont concernées, ce droit à l'expression est concrétisé dans certains cas par une obligation de l'employeur de consulter directement les salariés dans leur avis (→ I.228) et plus généralement par l'élection de délégués du personnel qui sont censés se faire les porte-parole de l'opinion des salariés. L'employeur peut également mettre en place d'autres mesures pour canaliser la liberté d'expression (p.ex. boîtes à suggestions, entretiens annuels). Toutes ces mesures sont cependant complémentaires et ne privent pas le salarié individuel de bénéficier au quotidien de sa liberté d'expression. Sur le lieu de travail, cette liberté doit cependant s'exercer avec la modération requise et sans perturber excessivement le fonctionnement de l'entreprise.

Les opinions exprimées peuvent ou non concerner la sphère professionnelle. **(a)** La critique peut être dirigée dans un premier temps contre l'employeur et les supérieurs hiérarchiques, auquel cas il remet en question leur autorité. Toute critique à l'égard de l'employeur ou de son entreprise n'est pas prohibée. « Tout salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression, droit fondamental reconnu à tout citoyen. Il ne peut être apporté à ce droit que des restrictions justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché »⁴⁹⁰. Il s'agit donc de trouver un équilibre entre liberté d'expression et respect dû à l'employeur; la manière dont le salarié s'exprime pour faire connaître son opinion sera un élément

⁴⁸⁷ Art. 9 et 10 de la Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 13 octobre 2006.

⁴⁸⁸ Projet de loi n° 7184, Avis de la Chambre des Métiers, 20 novembre 2017, p. 7.

⁴⁸⁹ Projet de loi n° 7184, Avis de la Chambre des Salariés, 14 décembre 2017.

⁴⁹⁰ CSJ, 23 juillet 2001, 24509, LJUS n° 99834879.

d'appréciation important (ton, vocabulaire, attitude, contexte, publicité, etc.). Le droit du salarié de critiquer l'organisation de l'entreprise qui l'emploie est conditionné par son exercice légitime, à savoir qu'il se fonde sur des éléments objectifs et vérifiables et qu'il ne dérive pas en attaques gratuites et personnelles contre l'employeur⁴⁹¹. S'il est permis à un salarié de faire des objections, recommandations ou propositions constructives, il n'est cependant pas autorisé à critiquer de façon systématique les nouvelles méthodes imposées par sa hiérarchie et de les boycotter purement et simplement, sous peine de commettre un refus de travail, respectivement un refus d'ordre caractérisé⁴⁹². Ne commet pas de faute justifiant un licenciement le salarié qui envoie un tract contenant des revendications et réclamations du personnel à l'égard de la société à l'ITM, au Ministère et à la société-mère, si ces propos s'intègrent dans un conflit effectif et ne comportent rien d'injurieux, de diffamatoire ou d'excessif⁴⁹³. Des critiques incessantes et agressives de la part d'un salarié par contre peuvent perturber le bon fonctionnement de l'entreprise et justifier un licenciement⁴⁹⁴. Des menaces, injures et insultes constituent en tout cas des fautes, justifiant une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement⁴⁹⁵. Est également justifié le licenciement d'un salarié, confronté à des problèmes de régularisation au niveau de la sécurité sociale, qui fait connaître ses exigences en se ligotant à la porte d'entrée de l'entreprise et menace de faire pareil auprès d'un client important⁴⁹⁶. **(b)** Concernant les opinions personnelles, ne touchant pas le cadre du travail, il faut rappeler tout d'abord le principe de non-discrimination couvrant les convictions (Art. L. 251-1 du Code du travail), respectivement les opinions politiques ou philosophiques (Art. 454 du Code pénal). Or, tout d'abord ces textes ne visent pas tout avis quelconque exprimé par le salarié, mais ces opinions doivent revêtir un caractère fondamental. En outre, ils ne confèrent pas un droit au salarié d'exprimer ses opinions sur le lieu de travail, mais seulement un droit de ne pas être traité différemment en raison de ces opinions. Malgré tout, le fait d'exprimer sur le lieu de travail un avis sortant du cadre professionnel n'est pas fautif en soi. L'exercice de la liberté d'opinion ne dégénère en faute susceptible d'une sanction disciplinaire que s'il y a abus de cette liberté, par exemple si le cadre choisi est inapproprié (p.ex. en imposant son avis aux clients), si le but est de remettre en cause l'autorité patronale, si l'opinion est diffusé de manière excessive ou, tout simplement, si l'attitude du salarié empiète sur la qualité de son travail ou dérange les collègues dans leurs tâches (perturbation de l'entreprise). Si l'employeur veut prononcer une interdiction ou des sanctions, il devrait être très prudent pour faire la différence entre *l'opinion exprimée* en soi, et le *lieu* où et la *manière* dont le salarié l'a exprimée, seuls ces derniers pouvant justifier la sanction.

Relevons à titre d'illustration un arrêt dans lequel un salarié a été sanctionné (rétrogradation) pour avoir exprimé son opinion dans deux courriers électroniques

⁴⁹¹ CSJ, 8e, 19 avril 2007, 31349, Répertoire XII.5.2.

⁴⁹² CSJ, 3e, 11 juillet 2013, 35910 et 35957, Répertoire XII.5.2.; voir aussi : CSJ, 8e, 27 mars 2014, 38845, Répertoire XII.5.2. : Si un salarié doit pouvoir librement exprimer son opinion et qu'il a le droit de contester sa fiche de salaire et de s'enquérir sur la juste et correcte rémunération des gardes, il n'en reste pas moins qu'il doit peser ses mots et s'abstenir de faire des remarques désobligeantes.

⁴⁹³ CSJ, 8e, 18 avril 2013, 38186, Répertoire XII.5.2.

⁴⁹⁴ CSJ, 8e, 8 mars 2007, 30822, Répertoire XII.5.2.

⁴⁹⁵ Voir les autres jurisprudences dans Répertoire XII.5.2. et Répertoire XIII.3.3.5. et XIII.3.3.6.

⁴⁹⁶ CSJ, 8e, 8 mai 2014, 38120, Répertoire XII.5.11.

adressés à un grand nombre de collègues⁴⁹⁷. Le directeur d'une usine avait invité les responsables de service à demander au personnel d'observer une minute de silence en hommage des victimes des attentats de Paris de 2015. Le salarié a répondu à un cercle élargi de destinataires qu'il proposait de penser pendant cette minute aussi « aux centaines de milliers de tués et blessés, victimes de la politique impérialiste américaine, de certains pays du Golf, d'Israël (etc...) ». La Cour a rappelé que, s'il est vrai que chaque salarié jouit de la liberté d'expression, il ne peut cependant sous prétexte de cette liberté tenir des propos de nature à porter atteinte à la paix sociale ou à créer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Considérant que le salarié avait itérativement utilisé le courrier électronique à des fins personnelles, bien que ce soit interdit, et que son intervention avait créé « un vif émoi », la sanction disciplinaire a été validée par les juges.

La liberté d'expression est renforcée lorsqu'elle s'exerce conjointement avec d'autres garanties fondamentales, notamment : **(a)** Lorsque le salarié agit en exercice de ses droits de la défense, c'est-à-dire qu'il se sert de sa liberté d'expression pour défendre ses droits⁴⁹⁸. Il ne commet par exemple pas de faute s'il s'adresse à un syndicat pour contester un avertissement et que la réponse du syndicat contient des critiques de l'employeur et des informations jugées confidentielles⁴⁹⁹. **(b)** Lorsque la liberté d'expression est utilisée par les délégués dans l'exercice de leur mission, il faut aussi tenir compte que la mission des délégués peut consister dans la formulation de critiques et d'avis non-conformes. **(c)** Problématique proche, la liberté d'expression est aussi particulièrement importante dans l'exercice des libertés syndicales, dans ou en dehors de l'entreprise⁵⁰⁰. Ainsi, le langage syndical justifie la tolérance de certains excès à la mesure des tensions nées de conflits sociaux ou de la violence qui parfois sous-tend les relations de travail⁵⁰¹. **(d)** Enfin, le fait qu'il puisse y avoir un intérêt public au débat peut peser dans la balance, principe consacré par le récent arrêt dit 'Luxleaks' fondé sur le principe même de la liberté d'expression (voir ci-après).

178. Obligations de discrétion. Le salarié peut être soumis à des obligations de secret et de discrétion sur des fondements juridiques très variés. La jurisprudence déduit de l'obligation de bonne foi une « obligation de loyauté et de correction » du salarié envers

⁴⁹⁷ CSJ, 3e, 30 novembre 2017, 44563, Répertoire Edition 2018.

⁴⁹⁸ Voir les jurisprudences dans Répertoire XII.5.11. et XIII.3.3.6.2.

⁴⁹⁹ CSJ, 3e, 28 avril 2005, 28547, Répertoire XIII.3.3.6.2. : Le salarié qui a fait l'objet d'un avertissement a le droit de se défendre et il peut, à cet effet, faire valoir tous les arguments susceptibles de démontrer le caractère injustifié de la mesure en question, fussent-ils de nature à imputer à une autre personne la responsabilité des déficiences qu'on lui reproche. Dans la mesure où le salarié est syndiqué, il est en droit de s'adresser à son syndicat pour le charger d'intervenir pour son compte et dans son intérêt auprès de l'employeur, alors que les syndicats ont notamment dans leurs attributions la défense des intérêts de leurs adhérents. Aucun texte n'interdit à un salarié de recourir à un mandataire pour la défense de ses droits ou lui impose de s'adresser à des personnes soumises au secret professionnel. Le choix d'un syndicat comme mandataire étant possible, il est normal que ledit mandataire se voit, dans la mesure où il agit au nom et pour le compte du mandant auprès de l'employeur, confier les documents et informations requis, fussent-ils confidentiels.

⁵⁰⁰ Voir les jurisprudences dans Répertoire XXI.4.4.

⁵⁰¹ TA Lux., corr., 30 avril 2015, n° 1323/2015, Répertoire XXI.1.2.

son employeur⁵⁰². La bonne foi oblige les parties à tenir compte des intérêts respectifs. Elle met notamment à charge du salarié une obligation de non-concurrence pendant la durée de la relation de travail (→ I.431), ainsi qu'une certaine obligation à la discrétion et à la confidentialité. **(a)** La jurisprudence quant à cette obligation très générale et floue est peu fournie. Il a par exemple été jugé que « cette obligation de loyauté qui, entre autres, oblige l'employé à la discrétion quant aux informations recueillies dans l'exercice de ses fonctions, survit au contrat en ce sens qu'elle interdit à l'employé d'utiliser ces informations au service d'un concurrent »⁵⁰³. De même, « il est tenu de respecter une certaine discrétion pour tout ce qui a trait à ses fonctions et au fonctionnement de l'entreprise »⁵⁰⁴. Le simple envoi d'un document à une adresse de courrier électronique privée ne constitue cependant pas nécessairement une violation de l'obligation de confidentialité⁵⁰⁵. **(b)** Cette obligation de loyauté peut être précisée au moyen d'une clause contractuelle. La jurisprudence reconnaît la validité de clauses de confidentialité⁵⁰⁶. **(c)** L'article 309 du Code pénal incrimine la violation de secrets d'affaires ou de fabrication par des salariés. Le secret visé doit être un fait relatif à une entreprise commerciale ou industrielle connu que d'un cercle restreint de personnes et sa divulgation doit être de nature à causer un préjudice à la personne qu'il concerne⁵⁰⁷. Le secret ne couvre que les informations difficilement accessibles à un tiers⁵⁰⁸. Le simple fait que le salarié ait emmené des documents de son ancien vers le nouvel employeur n'établit pas en soi qu'il les a divulgués⁵⁰⁹. **(d)** Les salariés peuvent également être soumis au secret professionnel tel que défini par l'article 458 du Code pénal. Certains textes le soulignent explicitement, notamment dans le secteur financier⁵¹⁰ et le secteur des assurances⁵¹¹. Mais toute violation par le salarié de son obligation au secret ne constitue pas une infraction pénale. La violation de certains secrets constitue une simple faute disciplinaire ; en particulier l'article 458 du Code pénal ne couvre en principe que des secrets concernant des personnes (p.ex. les collègues, les clients, etc.),

⁵⁰² Voir p.ex. CSJ, 4 mars 2010, n° 34422, JurisNews 5/2010, p. 204 : « Finalement, le contrat de travail comme tout contrat impose des obligations réciproques aux parties contractantes, pour le salarié il s'agit, entre autres, d'une obligation de loyauté et de correction à l'égard de l'employeur ».

⁵⁰³ Conseil arbitral Luxembourg, 10 mars 1989, n° 929/89.

⁵⁰⁴ TT Lux., 5 mai 1995, n° 2058/95.

⁵⁰⁵ TT Lux, 5 décembre 2016, 4480/16 : « Si la salariée admet l'envoi de ce fichier à son adresse email privée, elle soutient cependant qu'elle l'a fait sur demande de son employeur afin de pouvoir y travailler dessus à la maison. Face aux contestations de la salariée, l'employeur reste en défaut d'établir une violation du secret de son employeur, le seul envoi de documents à une adresse privée ne saurait suffire pour établir une violation de la clause de confidentialité prévue au contrat ».

⁵⁰⁶ Voir p.ex. CSJ, 3e, 19 avril 2012, 37254, Répertoire III.2.3.4.

⁵⁰⁷ TA Lux., 25 mars 2003, n° 773/2003.

⁵⁰⁸ TA Lux., référé, 12 mai 2005, n° 503/05; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 11 avril 2008, n° 504/08; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 5 décembre 2008, n° 1486/08.

⁵⁰⁹ CSJ, correctionnel, 1er avril 2015, 140/15 X.

⁵¹⁰ Art. 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier; Art. 30 de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement; Art. 29 de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

⁵¹¹ Art. 111-1 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances.

et non toute information confidentielle quelconque de l'entreprise⁵¹². **(e)** Les délégués du personnel quant à eux sont soumis à des obligations spécifiques de secret (L. 415-2 (1)).

Pour des développements plus précis sur les obligations de discrétion du salarié, voir :

- Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise, p. 148 et suivantes.

Pour des développements plus précis sur les obligations de discrétion des délégués, voir :

- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 275 et suivants.

179. Droits et obligations de dénonciation. A l'inverse des obligations de discrétion, la loi prévoit aussi des cas dans lesquels le salarié peut, voire doit révéler certains faits internes à l'entreprise. La loi a introduit des règles obligeant à la dénonciation et protégeant les dénonciateurs de bonne foi. Les salariés sont ainsi protégés contre toute forme de représailles que l'employeur exercerait dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Il est regrettable que chaque cas soit soumis à son propre régime et que le législateur n'ait pas fait l'effort de dégager des procédures et critères communs. On peut notamment relever les cas suivants : **(a)** En matière de sécurité au travail, il nous semble que tout salarié ait le droit de s'adresser à l'inspection du Travail pour faire part de ses inquiétudes concernant les conditions de travail. **(b)** En matière de discrimination et de harcèlement, ceux qui dénoncent les faits ou témoignent en faveur de la victime sont protégés contre toutes formes de représailles. **(c)** La loi oblige les salariés des entreprises soumises à surveillance (établissements de crédits, PSF, assurances, organismes de placement, réviseurs d'entreprise, avocats, etc.) à dénoncer des faits de blanchiment et de financement du terrorisme, tout en garantissant que leur nom sera tenu confidentiel⁵¹³; la divulgation faite de bonne foi « n'entraîne pour la personne concernée aucune responsabilité d'aucune sorte », notion qui devrait inclure à notre sens la responsabilité disciplinaire du salarié face à son employeur. **(d)** Depuis 2011, sur recommandation de l'OCDE⁵¹⁴, tous les salariés sont en outre protégés en cas de dénonciation en matière de corruption, de trafic d'influence et de prise illégale d'intérêts⁵¹⁵, dans le but de protéger ces 'whistleblowers'⁵¹⁶. Si en droit du travail, il

⁵¹² Voir en ce sens CSJ, correctionnel, 9 janvier 2018, 12/18 V (affaire connue sous le nom 'Schoolleaks' concernant des enseignants qui avaient divulgué prématurément les épreuves d'orientation).

⁵¹³ Art. 5 (1) de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

⁵¹⁴ Il avait été constaté au sein de l'OCDE que la « probabilité qu'un salarié d'une entreprise témoin de malversations décide de les révéler aux autorités publiques semble fort réduite au Luxembourg. De l'avis des syndicats auditionnés par l'équipe d'examen, la petitesse du pays en serait la cause principale: tout se sachant très vite, le dénonciateur, étiqueté comme délateur, se retrouverait très vite exclu du marché du travail, la loi luxembourgeoise ne contenant pas de dispositions spécifiques visant à protéger le „droit d'alerte“ (whistleblowing) des salariés, la matière restant encore peu sinon pas du tout couverte en interne par les entreprises où principes et codes de conduite sont encore peu répandus. »; il a donc été recommandé au Luxembourg d'adopter des mesures de protection effective et adéquate de toutes les personnes collaborant avec la justice, notamment des salariés qui dénoncent de bonne foi des actes suspects de corruption (Projet de loi n° 6104, Commentaire des articles, p. 9).

⁵¹⁵ Loi du 13 février 2011 renforçant les moyens de lutte contre la corruption; articles L. 271-1 et suivants.

s'agit d'une simple faculté et non d'une obligation de dénonciation⁵¹⁷, le droit pénal oblige cependant dans certains cas le salarié à informer les autorités⁵¹⁸. Le salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir protesté, opposé un refus ou avoir signalé un fait qu'il considère, de bonne foi, comme constituant une de ces infractions. Un éventuel licenciement pourra être déclaré nul, ou, au choix du salarié, abusif. Il suffit que le salarié établisse des faits permettant de présumer qu'il a été victime de représailles; il incombe ensuite à l'employeur de justifier que ces faits sont justifiés par d'autres éléments objectifs (L. 271-2). **(e)** L'article 140 du Code pénal incrimine le fait, pour quiconque⁵¹⁹ ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives. A fortiori, une telle dénonciation ne peut être considérée comme une faute civile ou disciplinaire. Il faut relever qu'en matière économique, la plupart des infractions ne constituent pas des « crimes », mais des « délits » auxquels ce texte ne s'applique pas ; le crime de « faux en écritures » est une des rares exceptions. Néanmoins, même s'il n'y a pas d'obligation de dénonciation, il faut s'interroger si le fait de dénoncer aux autorités répressives un délit qui se commet dans l'entreprise peut être fautif dans le chef du salarié. **(f)** Dans les cas cités ci-avant, le salarié peut s'adresser à une autorité publique, qui procède à une vérification objective des accusations et ne les rend en principe pas publiques, si ce n'est éventuellement qu'après une vérification préalable. Le risque d'une atteinte injustifiée à l'image de l'entreprise reste ainsi limité. La situation est différente si le salarié décide de s'adresser non pas à une institution, mais au grand public, pour dénoncer des faits internes à l'entreprise, par exemple à travers la presse, l'action syndicale ou les réseaux sociaux. Dans une affaire pénale de 2017⁵²⁰, connue sous le nom de « Luxleaks », la Cour d'appel vient de reconnaître le fait justificatif du lanceur d'alerte, fondé sur la liberté d'expression et nécessitant une balance des intérêts en cause. En raison de l'importance théorique de cette affaire, un extrait mérite d'être cité ci-après. Le lanceur d'alerte n'encourt dès lors pas, sous certaines conditions, de responsabilité pénale, s'il dénonce un fait interne, même si ce fait est en soi (probablement) légal et ne constitue ni un crime ni un délit. En droit du travail, sur le plan disciplinaire, il est cependant moins évident qu'un tel dénonciateur

⁵¹⁶ Projet de loi n° 6104, Exposé des motifs, p. 6 : « Introduire des dispositions visant à protéger les „whistleblowers“ c.-à-d. les personnes qui, au sein de leur entreprise, constatent des agissements susceptibles de constituer des faits de prise illégale d'intérêts, de corruption ou de trafic d'influence et qui, de leur plein gré et en toute bonne foi, souhaitent en informer un supérieur ou les autorités compétentes ».

⁵¹⁷ Projet de loi n° 6104, Exposé des motifs, p. 6 : « Il y a donc lieu de souligner qu'en ce qui concerne les salariés (...) les dispositions proposées ne visent pas à leur imposer une obligation d'information, mais à protéger ceux qui, en toute bonne foi, souhaitent signaler aux autorités compétentes des faits qu'ils considèrent comme étant pénalement répréhensibles ».

⁵¹⁸ Certains des cas de corruption sont punis de peines criminelles (Art. 246 CP); or, encourt des peines d'emprisonnement et d'amende celui qui ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives (Art. 140 CP).

⁵¹⁹ A l'exception de certains membres de la famille et de ceux tenus par un secret professionnel.

⁵²⁰ CSJ, corr., 15 mars 2017, 117/17 X; Voir pour une jurisprudence ancienne : « La circonstance que le rédacteur d'un article de journal a agi en défendant sincèrement des intérêts légitimes, ne peut constituer par elle-même une cause de justification, mais le juge peut y voir la preuve de l'absence de l'esprit de méchanceté », CSJ, corr., 9 mars 1918, Pas. 10, 447.

devrait être protégé contre un licenciement ou une autre sanction, puisqu'il a adopté un comportement déloyal face à l'activité, moralement discutable mais légale, de son employeur.

« Il résulte des dispositions de l'article 10 de la Convention européenne que toute personne a droit à la liberté d'expression. L'exercice de ce droit, qui comprend, notamment, la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ne peut comporter de conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi que lorsque celles-ci constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Cette liberté essentielle, consacrée par un texte supranational, ne saurait être mise en échec par les règles nationales internes. Ainsi, dans le cadre d'un débat sur une question d'intérêt général portant sur l'évitement fiscal, la défiscalisation et l'évasion fiscale, la liberté d'expression du lanceur d'alerte peut, le cas échéant et sous certaines conditions, prévaloir et être invoquée comme fait justifiant la violation de la loi nationale.

Le fait justificatif du lanceur d'alerte neutralisera l'illicéité de la violation de la loi, nécessairement commise en divulguant, de bonne foi, d'une manière mesurée et adéquatement, une information d'intérêt général.

C'est l'élément légal de l'infraction qui se trouve neutralisé et emporte l'acquittement du prévenu, de sorte qu'il convient de vérifier en premier lieu si les faits reprochés aux trois prévenus constituent des infractions pénales.

(...)

La Cour européenne ne définit pas le lanceur d'alerte, mais il appert à travers ses arrêts qu'elle vise d'une manière très large, à protéger la personne, qui, en s'adressant à des autorités ou aux médias, signale, révèle ou dénonce des faits non apparents ou dissimulés, qui, d'intérêt général, dépassent le cas échéant sa sphère professionnelle et qui sont contraires au droit, à l'éthique ou à l'intérêt public.

Il se dégage encore de cette jurisprudence que l'illicéité du comportement divulgué n'est pas un critère de l'application du statut protecteur du lanceur d'alerte; peut le cas échéant invoquer la protection de la Convention, l'agent qui dénonce un dysfonctionnement grave.

(...)

La Cour européenne considère comme relevant de l'intérêt public ou de l'intérêt général, les questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée sans que l'acte, l'omission, la pratique, la conduite ou le dysfonctionnement doive constituer nécessairement une infraction pénale.

Ainsi que l'a relevé le représentant du ministère public, la dénonciation de la pratique de l'optimisation fiscale par des entreprises transnationales soulève une importante question dans la discussion sur le respect du principe d'égalité de traitement des contribuables et sur la transparence fiscale. Les divulgations ont révélé des distorsions de concurrence nées entre entreprises transnationales bénéficiant des ATAs et petites entreprises nationales qui n'en bénéficient pas.

Ces révélations ont été, et sont encore, au cœur de l'actualité européenne et la Commission européenne a fait de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale une priorité absolue. (...) il est acquis que la révélation a permis en Europe et au Luxembourg, le débat public sur l'imposition des sociétés, notamment des sociétés multinationales, sur la transparence fiscale, la pratique des rescrits fiscaux et sur la justice fiscale en général.

L'information rendue publique relève donc de l'intérêt général.

(...)

La Cour d'appel constate que la Cour européenne examine la question de ce qui est nécessaire pour lancer une alerte efficace, non pas en relation avec le critère de la subsidiarité, mais lorsqu'elle met en balance les intérêts de l'employeur ou l'entité qui a subi le dommage suite à la divulgation, et l'intérêt

que le public pouvait avoir à obtenir cette information, c'est-à-dire lorsqu'elle met en balance les intérêts respectifs et apprécie le poids respectif du dommage que la divulgation telle qu'elle a été faite a causé à l'employeur et de l'intérêt que le public pouvait avoir à en obtenir cette divulgation.

(...)

Par le biais du critère du « préjudice causé » et de la « mise en balance des intérêts respectifs », la Cour apprécie le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse a causé à l'autorité publique ou l'employeur privé et l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette information.

(...)

La protection de l'article 10 de la Convention, ne saurait rétroagir et justifier le vol antérieur des documents dès lors que cette intention de publier et de lancer l'alerte n'avait pas existé au moment de la soustraction. Le vol étant une infraction instantanée, ne peut pas être invalidé par une cause de justification postérieure.

(...)

La Cour considère toutefois qu'A. était de bonne foi en été 2011, lorsqu'il remit la documentation à E., afin que celui-ci puisse réaliser un documentaire sur les ATAs et la pratique fiscale des entreprises multinationales.

Au moment où il viole son secret professionnel en remettant la documentation à E., A. est lanceur d'alerte. En l'état actuel du droit luxembourgeois, il verra s'accorder la cause de justification du lanceur d'alerte. »

§ 3. – Protection des données et surveillance électronique

180. Traitement des données. Selon le projet de pilier social européen, le droit à un environnement de travail sain inclut le droit des salariés à la protection de leurs données à caractère personnel dans le contexte de la relation de travail. L'employeur qui gère les données de ses salariés gère par là des « données personnelles ». Il doit dès lors respecter la législation complexe régissant ce domaine ; comme nous venons de le voir (→ I.185), en mai 2018, un règlement européen a pris la relève de la loi luxembourgeoise de 2012 et il subsiste pour l'instant de nombreuses inconnues quant à l'application de ce texte, surtout dans le contexte de la relation de travail.

Le contexte de cet ouvrage serait dépassé si on voulait décrire l'ensemble de la législation complexe et technique en matière de protection des données, de sorte que nous nous limiterons à en résumer les grands principes. Tout d'abord, la législation ne vise que des données à caractère personnel, c'est-à-dire celles relatives à une personne physique identifiée ou identifiable. Ne sont donc par exemple pas concernées les données de fabrication, les listes de prix, les listes des fournisseurs (personnes morales). Sont par contre concernés la liste des clients physiques et de leurs achats, les enquêtes de satisfaction-clientèle, et surtout, en ce qui nous intéresse, les données relatives aux salariés.

Si le cas échéant, cette responsabilité peut être déléguée partiellement au niveau du groupe, ou être partagée avec un co-responsable, c'est cependant en principe l'entrepreneur-employeur qui est le « responsable du traitement », et qui – assisté le cas échéant par un délégué à la protection des données qu'il désigne – devra veiller au respect de cette législation. L'employeur est ainsi le « responsable du traitement » de

toutes les données au sein de son entreprise, sauf, à notre avis, les données gérées par la délégation du personnel⁵²¹.

Sous la nouvelle réglementation, il n'y a en principe plus d'autorisation ni de notification à effectuer. L'employeur doit dès lors s'astreindre à un autocontrôle, à la fois en ce qui concerne les traitements en place et en ce qui concerne les nouveaux traitements qu'il institue. Comme en matière de sécurité au travail, il doit procéder à une évaluation des risques et tenir une liste à jour, il en est de même en matière de protection des données : l'employeur devra tenir un registre de ses activités de traitement⁵²² et si le traitement paraît particulièrement sensible et présente un risque élevé pour les libertés individuelles (voir notamment les exemples cités ci-après), il devra procéder à une analyse d'impact et consulter au préalable la CNPD⁵²³. Aucun texte ne le prévoit explicitement, mais au vu des compétences générales dont dispose la délégation du personnel en matière de conditions de travail, il nous paraît indiqué d'informer et de consulter la délégation du personnel sur la politique de l'entreprise en matière de gestion des données personnelles des salariés.

Tout traitement doit respecter un certain nombre de principes (licéité, loyauté, transparence, minimisation des données, exactitude, limitation de la durée de conservation, intégrité et confidentialité, etc.)⁵²⁴. **(a)** En ce qui concerne la licéité du traitement, l'employeur pourra se baser dans de nombreux cas sur le fait qu'il doit respecter une obligation légale, issue du Code du travail (p.ex. la tenue d'un registre des heures prestées). Il pourra également invoquer que le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat (p.ex. le paiement des salaires). **(b)** L'employeur doit limiter le traitement à ce qui est nécessaire, donc ne pas recueillir ou conserver des données inutiles. Cela implique notamment qu'il doit fixer une durée de conservation adéquate. Un critère utile pour déterminer cette durée adéquate sont notamment les divers délais d'action et de prescription applicables en droit du travail, par exemple trois mois pour agir en licenciement abusif ou trois ans pour réclamer des arriérés de salaire. Lorsque l'employeur n'a pas supprimé les données, alors qu'elles ne sont plus nécessaires, la partie concernée peut aussi faire usage de son droit d'effacement, par exemple un candidat qui n'a pas été recruté ou un salarié qui a démissionné (et signé une

⁵²¹ La délégation du personnel a le droit d'obtenir un certain nombre de données, souvent anonymes, mais pas nécessairement. Elle collecte également elle-même des données, par exemple relatives aux consultations qu'elle donne aux salariés, au niveau de la répartition et de l'utilisation du crédit d'heures entre délégués. Elle doit en outre avoir à sa disposition des outils informatiques et autres moyens matériels pour lui permettre de gérer cette charge administrative. Puisque l'employeur n'a aucun droit de regard sur ses données et aucun pouvoir d'injonction à l'égard des délégués dans l'exercice de ses fonctions, il paraît évident qu'il ne peut être considéré comme responsable du traitement, même si les données sont enregistrées dans ses locaux et sur ses serveurs. A notre avis, la délégation du personnel (qui n'a cependant pas de personnalité morale propre), sinon les délégués conjointement (mais non le président seul, puisqu'il n'a aucune autorité sur les autres délégués), devront être considérés comme « responsables du traitement ». Les données relatives aux élections sociales par contre sont, comme c'était clairement prévu sous le régime de la loi de 2002, des données dont l'employeur assume la responsabilité, puisque l'organisation de ces élections lui incombe.

⁵²² Art. 30 du Règlement UE 2016/679.

⁵²³ Art. 35 et 36 du Règlement UE 2016/679.

⁵²⁴ Art. 5 du Règlement UE 2016/679.

renonciation à tout recours⁵²⁵). **(c)** L'employeur doit mettre en place les moyens techniques et organisationnels appropriés pour s'assurer de la conformité de ses traitements de données⁵²⁶. Cela implique notamment qu'il définisse une politique interne et qu'il donne aux salariés les informations, formations et instructions nécessaires quant à la manière dont les données sont traitées, tout en leur rappelant leurs obligations (p.ex. interdiction d'envoyer des données par email, interdiction de partager les mots de passe). Il devra aussi veiller à ce que seulement les salariés qui dans leur travail ont besoin des données, puissent y accéder et assurer la traçabilité des modifications et accès aux données. **(d)** L'employeur doit informer les salariés du fait qu'il traite les données et les renseigner sur leurs droits relatifs à ces données (droit d'accès, droit de rectification, droit d'effacement). A ce titre, il doit fournir un certain nombre d'informations de manière consistante, transparente, compréhensible et en termes clairs et simples⁵²⁷. Il n'est ainsi pas rare de voir des clauses afférentes à la protection des données dans le contrat de travail.

A propos des salariés, l'employeur gère des données telles que le salaire, les heures de travail, la gestion des congés, les sanctions disciplinaires prononcées, les adresses IP visitées, le courrier électronique, etc.. L'entrepreneur gère aussi des données relatives aux candidats dans le cadre d'une procédure de recrutement ou des données relatives à des intérimaires dont il n'est pas techniquement l'employeur.

Cette gestion implique aussi des données plus délicates, comme le statut marital (fiche d'impôt), les événements familiaux (congés spéciaux en cas de naissance ou de maladie d'un enfant, de décès d'un proche, de mariage, etc.) ou les saisies et cessions dont le salarié fait l'objet parce qu'il ne maîtrise pas ses finances. Certaines données sensibles sont qualifiées de « catégories particulières de données à caractère personnel », la liste n'étant pas sans rappeler les critères de non-discrimination (→ I.245), à savoir : une donnée sur l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. Le traitement de telles données est en principe interdit, mais des exceptions sont prévues notamment en droit du travail⁵²⁸. En effet, l'employeur peut être amené à gérer de telles données : **(a)** des données relatives à l'appartenance syndicale doivent être gérées notamment lors des élections sociales, puisque l'appartenance syndicale peut conditionner la recevabilité des candidatures et que les candidats peuvent se présenter sur la liste d'un syndicat. Elle peut aussi devoir être gérée dans les cas où la convention collective prévoit – solution juridiquement délicate – un prélèvement automatique des cotisations syndicales sur le salaire. **(b)** Des données relatives aux opinions politiques sont gérées, du moins indirectement, pour les salariés bénéficiant d'un congé politique parce qu'ils investissent un mandat électoral. **(c)** Les données relatives à la santé sont nombreuses dans la relation de travail (gestion des accidents de travail, suivi des jours de maladie, statut de handicapé). Si en principe, l'employeur n'est informé par le

⁵²⁵ S'il est toujours possible qu'un litige judiciaire naisse, l'employeur a un intérêt légitime à conserver les données. Il faudra donc soit que les délais d'action soient expirés, les demandes prescrites, ou que le salarié y ait expressément renoncé.

⁵²⁶ Art. 24 et suivants et 32 et suivants du Règlement UE 2016/679.

⁵²⁷ Art. 12 et suivants du Règlement UE 2016/679.

⁵²⁸ Art. 9 (1) points b) et h) du Règlement UE 2016/679.

médecin-traitant que de l'incapacité de travail et par le médecin du travail de l'aptitude ou non au poste, sans recevoir de détails quant à la nature de la pathologie, nous sommes cependant d'avis que cette information en soi est déjà une « donnée concernant la santé ». En outre, puisqu'il doit le cas échéant adapter le poste ou aider le salarié à se réintégrer, il apprendra certains détails concernant l'état de santé ; en outre, la jurisprudence en matière de licenciement pour cause d'absentéisme chronique se base régulièrement sur les prévisions que l'employeur pouvait faire quant à l'évolution de la maladie du salarié (guérison prochaine ou absence d'espoir d'un retour proche), de sorte que le salarié est indirectement invité par les juges à fournir à son employeur des précisions concernant son état de santé. **(d)** Les données relatives au casier judiciaire sont soumises à un régime spécial (→I.351).

181. Accès par le salarié à ses données. Comme nous venons de le voir, l'employeur doit de sa propre initiative informer les salariés de ce qu'il traite leurs données et de ce qu'ils disposent d'un droit d'accès. En matière d'accès aux données, deux textes coexistent : **(a)** Le Code du travail précise que chaque salarié a le droit d'accéder deux fois par an, pendant les heures de travail, aux dossiers personnels qui le concernent et se faire accompagner à cette occasion par un membre de la délégation du personnel (L. 414-17). A la demande du salarié, ses remarques concernant le contenu de son dossier personnel doivent être incluses dans le dossier. **(b)** Sur base de la réglementation européenne⁵²⁹, le salarié a un droit à ses données, ainsi qu'à un certain nombre d'informations concernant le traitement de ces données. En effet, tout concerné, donc notamment le salarié justifiant d'un intérêt légitime, peut obtenir sans frais, à des intervalles raisonnables et sans délais excessifs, l'accès aux données le concernant et communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements⁵³⁰. L'exercice du droit d'accès doit en principe être gratuit. L'employeur doit fournir une copie des données ; pour des copies supplémentaires, il peut exiger le paiement de frais raisonnables. Le salarié a la possibilité de contacter le délégué à la protection des données (donc un représentant patronal, pas un délégué du personnel), pour poser des questions relatives à ses données et être assisté dans l'exercice de ses droits⁵³¹. Un défi important et potentiellement coûteux pour l'employeur sera d'être à même de retrouver et de regrouper toutes les informations qu'il détient à propos du salarié qui fait une demande. Il appartient dès lors à l'employeur de s'organiser pour pouvoir à tout moment extraire l'ensemble des données concernant un salarié. Ce droit d'accès existait déjà sous le régime de la loi de 2002. Il est étonnant qu'il n'ait pas été davantage exploité par les salariés, notamment après licenciement, pour se procurer des preuves en vue d'une action en justice.

Nous proposons d'interpréter ce texte en ce sens que ce n'est que deux fois par an que le salarié peut accéder à ses données durant son temps de travail, mais qu'en dehors, son droit d'accès ne connaît d'autres limites que les demandes « manifestement infondées ou excessives »⁵³²..

182. Accès par des tiers aux données. (a) L'employeur ne peut pas librement transférer les données à des tiers, mais en pratique de nombreuses entreprises confient

⁵²⁹ Art. 15 du Règlement UE 2016/679.

⁵³⁰ Art. 28 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

⁵³¹ Art. 38 (4) du Règlement UE 2016/679.

⁵³² Art. 12 (5) du Règlement UE 2016/679.

par exemple la gestion des salaires à un bureau comptable (fiduciaire). Ce tiers qualifiera de 'sous-traitant' au sens du Règlement européen, de sorte que des garanties spécifiques doivent être mises en place⁵³³ et que les salariés doivent en être informés. Si le transfert de données se fait vers un pays tiers non-européen, des règles spéciales s'appliquent ; cette problématique peut se poser pour l'employeur notamment s'il fait partie d'un groupe international et que ses données sont transférées à l'étranger, ne serait-ce que dans le cadre d'une procédure de *backup* des données au niveau du groupe. Le problème se pose aussi lorsque l'employeur recourt à des services de stockage à distance (*cloud services*) pour enregistrer des données. **(b)** Diverses autorités, tels que l'ITM ou la CNPD, ont un droit d'accès aux données, par exemple les contrats ou les registres relatifs à la durée de travail. Les organismes de la sécurité sociale peuvent visiter, pendant les heures de travail, les locaux de l'entreprise et les lieux d'occupation du personnel et prendre inspection de tous documents et pièces ayant trait à leurs missions (Art. 442 CSS). **(c)** Sans accord des concernés, les délégués du personnel n'ont en principe pas d'accès aux données individuelles des salariés, et notamment pas aux contrats de travail et au montant du salaire. Ils n'ont droit qu'à des informations générales et anonymisées, par exemple sur la ventilation des salaires par sexe ou sur le taux d'absentéisme. **(d)** Si l'employeur doit respecter la confidentialité des données qu'il gère, il en est ainsi aussi pour les collègues de travail. Même s'ils ne sont pas des « responsables du traitement des données » au sens technique, il n'en est pas moins qu'ils n'ont pas le droit d'accéder à ces données personnelles. Relevons un arrêt dans lequel un collègue de travail avait accédé sans motif légitime aux fichiers privés d'un autre salarié; son licenciement avec préavis a été déclaré justifié⁵³⁴.

183. Surveillance des salariés. L'employeur est en principe libre dans l'exercice de son pouvoir de surveillance et de contrôle (→ I.222). Un contrôle informatique est admis s'il est anonyme ; l'employeur peut par exemple faire des statistiques générales sur le nombre d'appels téléphoniques, les sites Internet visités, etc.. Des restrictions s'appliquent cependant en cas de surveillance électronique permettant d'identifier le salarié ; il s'agit d'une forme particulière de traitement de données personnelles. En effet, lorsque la surveillance est effectuée sur le lieu de travail, elle est particulièrement intrusive, puisque c'est l'employeur qui est le responsable du traitement et bénéficie en même temps de l'autorité disciplinaire sur le salarié; le salarié ne peut se soustraire à la surveillance⁵³⁵. La surveillance peut prendre des formes très diverses : vidéosurveillance, enregistrement des appels téléphoniques, traçage de l'utilisation d'Internet, géolocalisation, surveillance des accès, procédés biométriques, etc.. Même une surveillance non-électronique tombe sous les règles décrites ici, à condition que des données structurées soient collectées, p.ex. si le portier notait l'heure d'arrivée des salariés ou si l'employeur dresse à la main une liste des quantités produites par chaque salarié pour déterminer ses performances.

Il est nécessaire mais pas suffisant que l'employeur informe les salariés de manière générale de l'existence d'une surveillance électronique; il doit se conformer à la loi et

⁵³³ Art. 28 du Règlement UE 2016/679.

⁵³⁴ CSJ, 8e, 22 juin 2006, 30430, Répertoire XII.5.99.

⁵³⁵ PIERRE-BEAUSSE Cyril, La protection des données personnelles, Promoculture 2005, n° 176.

leur fournir toute une série d'informations, telles la durée de conservation des données ou le fait qu'ils ont un droit d'accès à ces données⁵³⁶.

Dans un premier temps, la jurisprudence a encadré la surveillance sur le lieu de travail et a dégagé trois principes encadrant la surveillance des salariés : le principe de proportionnalité, le principe de transparence et le principe de finalité⁵³⁷. Ensuite, la loi de 2002 sur la protection des données avait pris la relève. Elle définissait la surveillance comme étant « toute activité qui, opérée au moyen d'instruments techniques, consiste en l'observation, la collecte ou l'enregistrement de manière non occasionnelle des données à caractère personnel d'une ou de plusieurs personnes, relatives à des comportements, des mouvements, des communications ou à l'utilisation d'appareils électroniques et informatisés ». Toute surveillance était soumise à autorisation préalable⁵³⁸. La situation actuelle risque d'être complexe, puisque la loi de 2002 sera abrogée, y compris la définition précitée, mais le Code du travail se référera toujours à la notion « surveillance ». Il conviendra désormais de combiner la législation européenne et la législation nationale. Il n'est par ailleurs pas à exclure que le législateur intervienne prochainement pour clarifier le régime de la surveillance sur le lieu de travail. **(a)** Le Règlement européen, qui remplace une loi de 2002⁵³⁹, ne prévoit pas de règles spécifiques à ce propos, sauf en ce qui concerne le « profilage », défini comme étant une forme de traitement automatisée de données « consistant à utiliser ces données ... pour évaluer certains aspects personnels ..., notamment pour analyser ... le rendement au travail, ... la santé, .. la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements » d'une personne physique, tel un salarié⁵⁴⁰. Le concept de profilage n'a pas été introduit dans le Règlement dans l'optique de la surveillance sur le lieu de travail. Néanmoins, dans certains cas, une surveillance des salariés pourrait tomber sous cette définition, si l'objectif est d'analyser le comportement et la performance du salarié, dans un but disciplinaire. Par rapport à l'ancien concept de « surveillance », le « profilage » suppose cependant un traitement automatisé des données ; une exploitation manuelle des données enregistrées par l'employeur ne tomberait donc pas sous ce régime. **(b)** La loi luxembourgeoise sur la vie privée interdit de manière générale toute forme d'enregistrement audio ou vidéo d'une personne⁵⁴¹ ; l'accord de la personne concernée permet cependant de lever cette interdiction. **(c)** En l'état actuel de l'implémentation

⁵³⁶ PIERRE-BEAUSSE Cyril, La protection des données personnelles, Promoculture 2005, n° 196.

⁵³⁷ WAGNER-CHARTIER Sophie, BOCK Héloïse, La surveillance de l'employé de banque : la vie privée et la protection des données, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg, ALJB, Larcier, 2004, n° 14-16.

⁵³⁸ Une telle exigence ne figurait pas dans la directive européenne. Le Luxembourg avait opté pour un régime particulièrement restrictif en matière de surveillance sur le lieu de travail.

⁵³⁹ En 2002 est promulguée la loi sur la protection des données, qui régit également le traitement de données à des fins de surveillance, le consentement des personnes concernées rendant en principe cette surveillance légitime (Art. 10 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel). Le Luxembourg avait opté pour une approche rigoureuse, la Directive européenne ne contient pas de dispositions contraignantes et la plupart des pays voisins ayant une approche moins restrictive (CSL/CNPD, La surveillance sur le lieu de travail, dialogue thématique n° 3, septembre 2014, p. 9). La loi définissait un régime général de la surveillance, ainsi qu'un régime spécial de « surveillance sur le lieu de travail ».

⁵⁴⁰ Art. 4 point 4) du Règlement UE 2016/679.

⁵⁴¹ Art. 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

nationale de la nouvelle réglementation européenne (Projet de loi n° 7184), aucune disposition spécifique n'est prévue. Toutefois, l'article L. 261-1 reste inchangé.

Pour mettre en œuvre un traitement de données à des fins de surveillance, l'employeur doit se conformer cumulativement aux exigences suivantes : **(a)** il faut une justification particulière, un tel traitement ne pouvant avoir lieu que dans des cas limitativement énumérés, notamment s'il est nécessaire pour la sécurité et la santé des salariés, la protection des biens de l'entreprise ou une organisation du travail selon l'horaire mobile (L. 261-1 (1)); **(b)** Au sens du Règlement, il faut que le traitement corresponde à l'ensemble des critères afférents. Cela implique tout d'abord qu'il soit licite (Art.6 du Règlement). Le Code du travail prévoit que le consentement de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement ; un tel accord donné dans le contrat de travail ou dans un avenant est ainsi insuffisant. On peut cependant argumenter dans de nombreux cas que le traitement est nécessaire pour l'exécution d'une obligation légale (p.ex. celle d'assurer que les salariés ne dépassent pas la durée maximale de travail, l'obligation patronale de garantir la sécurité des salariés). Enfin, il nous semble même loisible d'argumenter que sans contrôle et sanctions subséquentes, une relation de travail ne se conçoit pas dans la durée, de sorte que la surveillance est inhérente aux nécessités d'exécution du contrat de travail. Il faut ensuite encore que le traitement soit limité à ce qui est nécessaire, notamment au regard de la durée de conservation des données. Comme la CNPD l'a fait par le passé⁵⁴², il y a lieu de procéder à une pondération entre d'un côté les besoins et nécessités de l'entreprise, et d'un autre côté les libertés des salariés et la protection de leur vie privée. **(c)** Tel que précisé, dans certains cas, la surveillance sur le lieu du travail constitue un « profilage » sinon comporte un risque élevé pour les libertés des salariés, de sorte que l'établissement d'une analyse d'impact et la consultation préalable de la CNPD s'imposent en vertu des textes européens. **(d)** Conformément au règlement, le salarié doit être dûment, au préalable et en termes clairs et compréhensibles, être informé de la surveillance et de ses principales caractéristiques, notamment la finalité de celle-ci. **(e)** Il faut aussi que la délégation du personnel, et à défaut, l'ITM, soit informée du traitement aux fins de surveillance (L. 261-1 (2)). Au vu du caractère très délicat du sujet, nous proposons de ne pas se limiter à une simple information, mais de procéder à une consultation de la délégation. **(f)** Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, certaines formes de surveillance tombent sous le régime de la co-décision; l'accord préalable de la délégation du personnel doit donc être obtenu.

Le non-respect de ces obligations par l'employeur peut entraîner des sanctions diverses **(a)** sur le plan civil, notamment devant le Tribunal du travail, la preuve qu'il aura ainsi obtenue risque d'être invalidée et rejetée (voir ci-après); **(b)** un salarié pourrait demander des dommages-intérêts de nature morale pour avoir fait l'objet d'une surveillance injustifiée ou d'un autre traitement de ses données personnelles et avoir été

⁵⁴² Sous l'ancienne législation, la CNPD a vérifié la nécessité et la proportionnalité de la surveillance envisagée : « Par exemple, une surveillance au moyen d'un système de géolocalisation des voitures d'une entreprise peut être considérée comme nécessaire et proportionnelle, alors que le salarié est seulement surveillé de manière indirecte par le biais du véhicule. Cependant, si le dispositif de géolocalisation est porté sur le corps du salarié, la Commission nationale estime, sauf hypothèse très exceptionnelle, que le moyen de surveillance est disproportionné, car il permet à l'employeur de surveiller le déplacement du salarié lui-même à la seconde et au mètre près » (CSL/CNPD, La surveillance sur le lieu de travail, dialogue thématique n° 3, Septembre 2014, p. 12). Un système de géolocalisation ne peut par ailleurs être mise en place de manière permanente sous peine d'être considéré comme une véritable filature électronique (ibidem, p. 48).

atteint ainsi dans sa vie privée⁵⁴³; en cas d'atteinte grave, il peut démissionner avec effet immédiat et exiger une indemnisation de son employeur ; **(c)** la CNPD ou un tribunal peuvent ordonner la cessation du traitement; **(d)** sur le plan pénal, la loi de 2002 prévoyait des peines d'amende jusqu'à 125.000 euros et d'emprisonnement jusqu'à un an pour tout traitement de données réalisé en violation de la loi (L. 261-2); avec le Règlement européen 2016/679, en l'état actuel du projet luxembourgeois (Projet de loi n° 7184), les sanctions pénales disparaîtraient⁵⁴⁴ au profit d'amendes administratives prononcées par la CNPD ; **(e)** l'omission d'informer le délégation ou, le cas échéant, d'obtenir un accord, constitue un délit d'entrave.

Pour des renseignements complémentaires, des documents d'information, des prises de position et des détails quant aux formalités à respecter
- voir le site internet de la Commission Nationale pour la Protection des Données www.cnpd.lu.

184. Validité de la preuve et contrôle ponctuel. Les preuves obtenues par des moyens de surveillance et autres exploitations de données personnelles ne peuvent pas forcément être utilisées par l'employeur dans le cadre d'un éventuel procès, par exemple pour justifier un licenciement ou une sanction disciplinaire. Il faut distinguer selon que le traitement de données était licite ou non. **(a)** Même lorsque le traitement est conforme aux exigences légales, les données recueillies ne peuvent être utilisées qu'en conformité avec la finalité de la surveillance. Ainsi, il est douteux si ces données peuvent être utilisées à titre de preuve pour justifier un licenciement ou une autre sanction disciplinaire⁵⁴⁵. Sous le régime de la loi de 2002, la CNPD était par exemple d'avis que les données de surveillance ne permettent pas de contrôler le respect des limitations de vitesse; elle se base à cet effet sur la disposition légale qui prévoit que les traitements de données relatives aux infractions ne peuvent être mis en œuvre qu'en exécution d'une disposition légale⁵⁴⁶. **(b)** Il est encore plus probable que le juge rejette la preuve si les règles relatives à la protection des données n'ont pas respectées, par exemple parce que les salariés n'étaient pas informés. La jurisprudence en la matière est nuancée; elle reste éparse en droit du travail⁵⁴⁷ et semble plus étoffée en matière pénale⁵⁴⁸. Par exemple, un licenciement pour consommation d'alcool au travail a été déclaré abusif, le tribunal ayant rejeté la preuve provenant d'une caméra non autorisée

⁵⁴³ Art. 82 (1) du Règlement UE 2016/679.

⁵⁴⁴ Sauf dans le cas d'une entrave volontaire de la CNPD dans l'accomplissement de ses missions.

⁵⁴⁵ WAGNER-CHARTIER Sophie, BOCK Héloïse, La surveillance de l'employé de banque : la vie privée et la protection des données, in : Droit bancaire et financier au Luxembourg, ALJB, Larcier, 2004, n° 14-23; PIERRE-BEAUSSE Cyril, La protection des données personnelles, Promoculture 2005, n° 207; voir les jurisprudences dans Répertoire XXII.3.4.

⁵⁴⁶ CSL/CNPD, La surveillance sur le lieu de travail, dialogue thématique n° 3, Septembre 2014, p. 48. A notre avis, cette approche est erronée : cette restriction vise les bases de données relatives à la poursuite des infractions et aux condamnations (bases de données de la police, casier), et non toute donnée qui permet d'établir l'existence d'une infraction, telle une vidéo montrant un vol ou des coups et blessures, un enregistrement audio documentant une injure ou une violation du secret professionnel, des horaires d'accès permettant de conclure à un délit en matière de durée de travail ou des données de géolocalisation attestant d'un excès de vitesse ou de l'observation d'un feu rouge.

⁵⁴⁷ Voir les jurisprudences dans Répertoire XXII.3.4.

⁵⁴⁸ Voir les jurisprudences dans le Recueil de Jurisprudence Pénale, Tome 2, Section D.4.8.

et dont le salarié n'était pas informé⁵⁴⁹. Il en a été de même à propos d'un employeur qui reprochait à un salarié de faire un usage non autorisé d'Internet et qui voulait le prouver au moyen de captures d'écran réalisées à distance au moyen d'un logiciel informatique⁵⁵⁰.

Un arrêt de 2015⁵⁵¹ a retenu que si un contrôle exclusif et régulier de l'ordinateur et de la messagerie étaient interdits, l'employeur n'en pouvait pas moins procéder à un contrôle ponctuel⁵⁵², en conformité avec le règlement intérieur. Dans cette affaire, il s'était avéré que le salarié passait plus de la moitié de son temps de travail à jouer sur Internet, son licenciement ayant été validé. Les juges ont estimé qu'un contrôle occasionnel ne constituait pas une « surveillance » aux termes de la loi :

Si en vertu de son pouvoir de gestion et de direction, l'employeur peut surveiller l'activité de ses salariés, tous les modes de preuve ne sont pas admissibles et notamment l'intimité de la vie privée limite les marges de manoeuvre du chef d'entreprise.

Il est en effet de principe que le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus et envoyés par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

Cependant, il est apparu que la formulation trop absolutiste du susdit principe pourrait ne pas laisser de place à l'atteinte licite.

Il a dès lors été décidé d'écarter de la sphère d'ingérence de l'employeur uniquement les fichiers personnels des salariés.

Partant, si les intérêts de l'entreprise l'exigent et que certaines conditions sont remplies, il doit être permis à l'employeur de porter atteinte à la vie privée de son salarié, ce d'autant plus que l'inviolabilité absolue des correspondances risque d'inciter des salariés indécents à y loger des dossiers plus ou moins illégaux.

Il en suit, d'une part, que pour constituer une preuve illicite, le document versé aux juridictions du travail pour preuve des agissements fautifs du salarié doit porter sur des données à caractère personnel et privé du salarié, dans lequel cas l'ingérence commise par l'employeur dans la sphère privée du salarié est illégitime et disproportionnée, d'autre part, qu'il n'est pas permis à un employeur de mettre le poste de travail du salarié, à savoir toutes les applications de son ordinateur, y compris sa messagerie, sous un contrôle exclusif et régulier.

En effet, le fait d'enregistrer ces données de manière non occasionnelle et d'en déterminer le comportement du salarié est à qualifier de surveillance au sens de l'article 2 de la loi modifiée du 1^{er} août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Or, en l'espèce, dans la mesure où l'employeur n'a pas procédé à un contrôle des données à caractère personnel de B, il n'a en effet à aucun moment contrôlé le courrier électronique personnel et privé de sa salariée effectué sur son site de travail et plus particulièrement contrôlé sa correspondance, ses emails personnels, ni enregistré toutes ses données de façon régulière et non occasionnelle, mais il s'est contenté d'effectuer un contrôle ponctuel en conformité avec le règlement intérieur de la société, des sites les plus visités par sa salariée, que l'article L.261-1 du code du travail ne trouve pas à s'appliquer.

⁵⁴⁹ CSJ, 8e, 23 avril 2015, 40109, Répertoire XXII.3.4.

⁵⁵⁰ CSJ, 8e, 4 juillet 2016, 41114, Répertoire XXII.3.4.

⁵⁵¹ CSJ, 12 novembre 2015, 41245, Répertoire I.1.3.1.

⁵⁵² Rappelons que sous la loi de 2002, la surveillance était définie comme étant « l'observation, la collecte ou l'enregistrement de manière non occasionnelle des données ».

§ 4. – Internet et moyens de communication

185. Contexte. Occasionnellement, le Code du travail tient compte des nouvelles technologies. Ainsi par exemple, l'usage du courrier électronique est explicitement prévu : • pour envoyer la copie de la convention collective demandée par le salarié (L. 162-5); • pour les convocations envoyées par l'ITM (L. 614-10); • pour la notification du licenciement au Comité de conjoncture (L. 511-27). • La jurisprudence admet une information en cas de maladie par courrier électronique ou SMS (→ Tome II). Les registres que l'employeur doit tenir peuvent l'être sous forme de fichiers électroniques; la Réforme du dialogue social de 2016 a par ailleurs largement précisé que les délégués du personnel ont un droit d'accès aux moyens de communication modernes.

Pour le surplus, la question n'est pas explicitement abordée, mais soulève néanmoins d'importantes questions en pratique, notamment quant au droit des salariés d'utiliser ces moyens à des fins privées et au droit de regard de l'employeur. Une question non résolue est également celle du sort de ces données personnelles enregistrées sur un ordinateur de l'entreprise après la fin de la relation de travail⁵⁵³.

Le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de sa vie privée, ce qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus et envoyés par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur⁵⁵⁴. Toutes ces questions ne sont pas encore clairement résolues et tant les textes légaux que la jurisprudence se trouvent dans une phase évolutive. Il faut également signaler l'existence du problème inverse, à savoir la question d'un droit à la déconnexion, donc d'un droit du salarié de ne pas être joignable en permanence au téléphone ou de ne pas devoir lire son courrier électronique durant la pause de midi ou le weekend. Cette problématique s'inscrit dans le domaine de la sécurité et santé au travail et de la limitation de la durée de travail (→ Tome II).

186. Communication à des fins syndicales. L'usage d'internet n'est pas spécifiquement réglementé par le droit du travail luxembourgeois, mis à part le fait que les délégués du personnel ont accès aux moyens de communication modernes et peuvent entretenir un panneau sous forme électronique et entrer par ce biais en contact avec le personnel (L. 414-16; L. 416-7). A fortiori, tous les salariés ont dès lors également le droit de se servir d'Internet pour consulter ces messages et communications de la délégation. Le droit de contacter la délégation implique également le droit de se servir de ces moyens pour dialoguer avec les délégués. Les mêmes principes sont à appliquer concernant le panneau syndical, qui peut se présenter sur support électronique.

187. Appels téléphoniques. A propos des appels téléphoniques, la Cour a estimé « qu'un employeur ne saurait interdire purement et simplement à ses subordonnés de passer des coups de fil privés à partir de leur lieu de travail, il doit cependant être autorisé à leur demander de les ramener à de plus justes proportions »⁵⁵⁵. En cas d'enregistrement des entretiens téléphoniques, la CNPD exige même de mettre à

⁵⁵³ Pour une demande tendant à se voir remettre ses données personnelles contenues dans l'ordinateur mis à sa disposition lors des relations de travail, rejetée pour défaut de précision, voir par exemple TT Lux., 3 juin 2013, 2213/13.

⁵⁵⁴ CSJ, 12 novembre 2015, 41245, Répertoire I.1.3.1.

⁵⁵⁵ CSJ, 8e, 27 mars 2014, 38845, Répertoire I.1.3.1.

disposition des salariés une seconde ligne téléphonique non surveillée pour les conversations privées et personnelles⁵⁵⁶.

Un usage excessif du téléphone à titre privé peut dégénérer en faute et être sanctionné :

- A propos d'un salarié qui avait utilisé le téléphone d'un client à titre privé, la Cour a retenu qu'il s'agit d'une « indélicatesse blâmable », mais non d'une faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat, le coût ayant été limité à 3 euros⁵⁵⁷.
- Une faute grave a toutefois été retenue dans le chef d'un salarié qui avait utilisé son téléphone professionnel à des fins privées (en vacances, à l'étranger) causant un coût de plusieurs centaines d'euros⁵⁵⁸.
- Il en est de même pour un délégué du personnel qui, dans l'espace de six mois avait passé des appels privés pendant une durée totale de 23 heures sur un téléphone de service devant rester accessible aux clients, et en dépit d'avertissements⁵⁵⁹.
- Un licenciement avec préavis a été déclaré justifié pour un salarié qui avait passé 5 % de son temps de travail à passer des appels téléphoniques sur une période d'observation de 3 mois; « le salarié a l'obligation de travailler pour l'employeur durant son temps de travail. En téléphonant à titre privé pendant une part aussi importante de son temps de travail durant la période litigieuse, [il] a violé ses obligations à l'égard de l'employeur »⁵⁶⁰.
- Peut aussi être considéré comme faute grave le fait de violer l'interdiction de fumer sur chantier et d'avoir itérativement, malgré interdiction, téléphoné pendant les heures de travail⁵⁶¹.

188. Usage d'Internet. Il n'existe aucun droit explicite pour le salarié de pouvoir avoir accès à Internet sur son lieu de travail (droit à la connexion). L'employeur est libre d'accorder un tel accès et de le restreindre selon ses critères. Le matériel informatique est la propriété de l'employeur et il finance l'accès à Internet; de même, le salarié est à disposition de l'employeur pour travailler et exécuter ses ordres. L'employeur peut dès lors en principe interdire l'usage d'Internet à des fins privées, que ce soit durant les heures de travail ou pendant les pauses. La Cour a cependant estimé que l'employeur « doit faire preuve d'une certaine tolérance concernant l'utilisation du réseau Internet à des fins privées à l'instar de ce qui est reconnu en matière d'usage du téléphone, n'est cependant pas tenu d'accepter les abus »⁵⁶².

Un arrêt de 2008 retient, à propos d'un salarié qui avait fait un usage privé d'Internet malgré une circulaire interne l'interdisant, qu'il s'agit d'une faute qui aurait pu justifier un licenciement avec préavis, mais non d'une faute grave⁵⁶³.

La CNPD souligne sur son site Internet que l'accès à Internet est en principe donné au salarié pour des raisons professionnelles et que l'employeur peut fixer les conditions et limites de l'utilisation d'Internet pour des besoins privés. Il ne peut pas surveiller individuellement un salarié sans avoir, au préalable, procédé à une surveillance globale et non personnelle. En présence d'indices relatifs à un abus, il peut prendre des mesures

⁵⁵⁶ CSL/CNPD, La surveillance sur le lieu de travail, dialogue thématique n° 3, Septembre 2014, p. 41.

⁵⁵⁷ CSJ, 8e, 15 mars 2007, 31106 et 31123, Répertoire XIII.3.3.9.4.

⁵⁵⁸ CSJ, 3e, 26 mai 2005, 29240, Répertoire XIII.3.3.9.4.

⁵⁵⁹ CSJ, 9 juillet 2015, 40338, Répertoire XV.2.4.2.2.99.

⁵⁶⁰ CSJ, 8e, 24 mars 2016, 40226, Répertoire XI.5.9.

⁵⁶¹ CSJ, 8e, 14 février 2008, 32151, Répertoire XIII.3.3.8.2.

⁵⁶² CSJ, 8e, 3 février 2005, 28551, Répertoire I.1.3.1.

⁵⁶³ CSJ, 8e, 28 février 2008, 32156, Répertoire XIII.3.3.9.4.

de contrôle appropriées et passer, dans un second stade, à une surveillance individualisée. La Commission recommande la mise en place de moyens préventifs, tels des filtrages de sites ou l'interdiction de certains téléchargements.

189. Courrier électronique et droit de regard de l'employeur. La problématique du courrier électronique n'est pas réglementée par la législation luxembourgeoise dont les dispositions se réfèrent au courrier classique; Ainsi, en droit pénal, le courrier électronique ne peut être assimilé ni à un « message sous pli fermé » au sens de la loi de 1982 sur la vie privée ni à une « lettre confiée à la poste » (Art. 460 CP)⁵⁶⁴.

En 2000, le Tribunal du travail de Luxembourg avait considéré que la possibilité pour l'employeur de vérifier le contenu des messages e-mail envoyés par ses salariés sur son matériel au lieu de travail constituait une contrainte acceptable pour les salariés et qu'il n'existait pas de « vie privée » dans le cadre de l'exécution du contrat de travail⁵⁶⁵. Une décision du Tribunal du Travail de 2001 a par contre reconnu que le secret des correspondances s'applique également aux technologies nouvelles, peu importe l'endroit à partir duquel les courriers électroniques sont envoyés ou réceptionnés⁵⁶⁶.

GUY CASTEGNARO en déduit que les transcriptions de messages e-mail, de même que des copies de fax, produites par l'employeur à titre de preuve dans un litige de droit du travail ne peuvent pas être prises en considération pour établir une faute dans le chef d'un salarié si elles ont été obtenues en violation du secret de la correspondance⁵⁶⁷.

Selon ALAIN GROSJEAN, l'employeur est lui-même à considérer comme destinataire ou expéditeur du courrier professionnel, de sorte qu'il peut procéder à un contrôle; les courriels contenant une indication marquant leur caractère personnel ne peuvent cependant pas être contrôlés⁵⁶⁸.

Un arrêt de 2005⁵⁶⁹ a précisé qu'en matière de courrier électronique, l'employeur était tenu de respecter non seulement les règles relatives à la protection des données personnelles (voir ci-avant) et celles sur la surveillance électronique sur le lieu de travail (L. 261-1), mais encore qu'en mettant à disposition une adresse email, l'employeur devient un « opérateur de réseau de communications » et est soumis à la législation afférente⁵⁷⁰. A ce titre, il est obligé de garantir la confidentialité des communications. Cet arrêt procède ensuite à l'analyse des intitulés des courriers électroniques pour déterminer leur caractère privé ou professionnel. De manière assez surprenante, les juges ont estimé que l'intitulé « Privé-Drink Nouvel An » ne permettait pas de conclure au caractère privé du message, puisqu'il suggérerait des relations professionnelles. Ils ont tiré la conclusion inverse à propos d'un message comportant dans l'intitulé les

⁵⁶⁴ CSJ, correctionnel, 28 avril 2015, 159/15 V.

⁵⁶⁵ TT Lux., 30 mai 2000, n° 2482/00, cité par CASTEGNARO Guy, CLAVERIE Anne, Droit du travail luxembourgeois, Editions Paul Bauler, 2002, p. 70.

⁵⁶⁶ TT Lux., 20 novembre 2001, cité par PIERRE-BEAUSSE Cyril, La protection des données personnelles, Promoculture 2005, n° 208.

⁵⁶⁷ CASTEGNARO Guy, CLAVERIE Anne, Droit du travail luxembourgeois, Editions Paul Bauler, 2002, p. 72.

⁵⁶⁸ GROSJEAN Alain, La surveillance des salariés sur le lieu du travail.

⁵⁶⁹ CSJ, correctionnel, 28 avril 2015, 159/15 V.

⁵⁷⁰ Loi du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques.

termes « Private » et surtout « Confidential »⁵⁷¹. Puisque ce message avait été consulté, tant le dirigeant que la société ont été condamnés à une amende de 500 euros.

Un arrêt de 2012 a admis comme preuve un courrier électronique envoyé par le salarié, que l'employeur a découvert lors d'une tentative de récupérer les fichiers de l'entreprise, l'intitulé n'ayant pas dénoté de caractère privé⁵⁷². En 2017, la Cour a retenu que l'employeur peut réagir s'il découvre qu'en violation des règles internes, le salarié envoie des messages de nature non professionnelle⁵⁷³.

Sur base de groupes de travail européens, la Commission Nationale pour la Protection des données émet des recommandations en matière d'utilisation de la messagerie⁵⁷⁴. Selon la CNPD, tout courriel entrant ou sortant depuis un poste de travail mis à la disposition par l'employeur est présumé être reçu ou envoyé dans le cadre de la relation professionnelle, c'est-à-dire que le destinataire ou l'expéditeur est réputé être l'employeur. L'employeur serait en droit d'effectuer des contrôles sans identification de la personne concernée (volume, fréquence, taille, format des messages) et, dans l'hypothèse où il constate des irrégularités, de passer à l'identification des personnes concernées et de contrôler le contenu des courriers professionnels. La CNPD recommande l'installation d'une double boîte de messagerie séparant les messages personnels et les messages professionnels et d'inviter les salariés à archiver les messages personnels à part et d'indiquer clairement la nature privée et personnelle dans l'objet des messages. Elle émet aussi des recommandations pour la désignation de suppléants en cas d'absence du salarié pour assurer la continuité des affaires, ainsi qu'en cas de départ définitif de l'entreprise.

190. Courrier électronique – exemples de la jurisprudence. • Peut être licencié un salarié qui, en violation des règles internes, abuse du courrier électronique en envoyant des messages contenant des images choquantes à une pluralité de collègues de travail⁵⁷⁵. • Ne constitue pas un motif de licenciement suffisant le motif qu'une salariée ait utilisé, en violation des règles internes, son ordinateur pour envoyer un court email privé et pour y avoir enregistré quelques photos personnelles; le tribunal a rejeté les photos à titre de preuves puisqu'elles ont été découvertes non pas lors d'un contrôle ponctuel, mais d'un contrôle intégral de tous les fichiers de la salariée partie en congé parental⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ Alors que le qualificatif « confidentiel » pourrait aussi s'appliquer à un contenu professionnel.

⁵⁷² CSJ, 8e, 15 mars 2012, 36395, Répertoire XXII.3.3.4.

⁵⁷³ CSJ, 3e, 12 janvier 2017, 42438, Répertoire I.1.3.1.

⁵⁷⁴ <https://cnpd.public.lu/fr/dossiers-thematiques/nouvelles-tech-communication/cybersurveillance-lieu-travail/index.html>.

⁵⁷⁵ CSJ, 8e, 30 juin 2005, 29370 : « C'est à juste titre et par une appréciation correcte des éléments du dossier que le tribunal du travail a considéré que l'appelant a contrevenu à la réglementation de l'usage du matériel électronique telle que décrite ci-dessus, aux dispositions de l'article premier de son contrat de travail, aux termes duquel il s'était engagé à respecter le code de bonne conduite et le règlement intérieur, et aux articles 1134 et 1135 du code civil par le fait d'avoir transmis sur les sites de quatre ordinateurs du service production, à savoir les postes (...) des images dont il n'ignorait pas qu'elles étaient répugnantes et révoltantes et qui ont effectivement traumatisé A.) qui a réceptionné le courrier et qui est à l'origine de la découverte de cet envoi pour avoir alerté son supérieur hiérarchique, mais blessé encore d'autres destinataires, tel qu'il résulte des différentes attestations versées en cause, et que ces agissements constituent une faute grave ».

⁵⁷⁶ TT Lux, 5 décembre 2016, 4480/16 : « Si selon le contrat de travail, il avait été interdit à L. d'utiliser son ordinateur et son adresse email professionnelle à des fins privées, tel qu'un entretien

• Dans un arrêt de 2011⁵⁷⁷, en se basant sur le respect de la vie privée, ainsi que le secret des correspondances (Art. 8 CEDH), la Cour d'appel a rejeté deux courriers électroniques que le salarié avait identifiés comme personnels, même s'ils ne concernaient pas sa vie privée, mais une activité professionnelle connexe. • La même année, la Cour a cependant admis comme preuve un fichier électronique qui concernait une activité professionnelle parallèle (un brouillon concernant la préparation d'une activité concurrentielle), et ce parce que l'employeur avait trouvé par hasard ce fichier lors de la tentative de récupérer sur l'ordinateur portable les données d'entreprise que le salarié avait effacées⁵⁷⁸. Les juges ont estimé qu'il y avait ingérence légitime et proportionnée dans la vie privée, ce d'autant plus que l'intitulé du document ne laissait pas apparaître son caractère privé.

191 à 199. Réservés.

CHAPITRE 2. – L'EMPLOYEUR

SECTION 1. – DÉFINITION DE L'EMPLOYEUR

200. Définition. La loi ne fournit pas de définition de l'employeur. L'employeur est en principe le partenaire contractuel du salarié et celui envers lequel le salarié est subordonné. Il s'agit de la personne qui gère l'entreprise, décide de la signature et de la résiliation du contrat de travail, attribue le travail, paye les salaires et perçoit les fruits du travail du salarié. Il s'agit, sauf exceptions, également de la personne qui lui verse sa rémunération. Dans des formes atypiques de travail (travail intérimaire, mise à disposition) et surtout dans les formes émergentes de travail, la conception d'un employeur unique et clairement identifié est remise en cause.

avec le banquier, il n'en demeure pas moins que compte tenu du nombre et du contenu très court des courriels échangés de plus sur une courte durée, cette faute ne saurait à elle seule justifier un licenciement même avec préavis. Finalement l'employeur reproche à sa salariée d'avoir utilisé le disque dur du pc professionnel comme base de stockage de photographies personnelles en violation des stipulations contractuelles et il annexe à titre d'exemple trois photos. L. admet que les trois photos annexées à la lettre de motivation lui ont été envoyées par son mari sur sa boîte email professionnelle mais elle soutient qu'elle ne les a pas enregistrées de façon volontaire sur l'ordinateur professionnel. Elle se trouve par ailleurs choquée que ces photos aient été ouvertes par son employeur, imprimées et ensuite annexées à la lettre de motivation, les photos ayant un caractère privé et ayant été prises à un moment particulièrement dur de sa vie, circonstance connue de son employeur. Il en suit, d'une part, que pour constituer une preuve illicite, le document versé aux juridictions du travail pour preuve des agissements fautifs du salarié doit porter sur des données à caractère personnel et privé du salarié, dans lequel cas l'ingérence commise par l'employeur dans la sphère privée du salarié est illégitime et disproportionnée, d'autre part, qu'il n'est pas permis à un employeur de mettre le poste de travail du salarié, à savoir toutes les applications de son ordinateur, y compris sa messagerie, sous un contrôle exclusif et régulier (cf. CA 3e chambre, 12 novembre 2015, n°41245 du rôle). Or, en l'espèce l'employeur admet qu'il a non seulement procédé à un contrôle intégral de tous les fichiers de sa salariée pendant son congé parental mais il invoque encore des photos privées de la salariée et de sa famille pour justifier le licenciement intervenu. Les trois photos annexées à la lettre de licenciement sont dès lors à rejeter comme étant des preuves illicites. ».

⁵⁷⁷ CSJ, 7 avril 2011, 35507 et 35651, Répertoire I.1.3.1.

⁵⁷⁸ CSJ, 8e, 3 mars 2011, 35462, Répertoire I.1.3.1.

En général, l'analyse se focalise sur le salarié pour déterminer si celui-ci se trouve dans un lien de subordination et de dépendance, s'il a besoin de protection ou s'il a la possibilité de façonner son propre projet professionnel.

Il serait cependant également possible d'adopter l'approche inverse et de s'intéresser à la fonction patronale en vérifiant si l'autre partie au contrat assume, resp. peut assumer activement les fonctions patronales classiques : être maître de l'évolution de la relation de travail et pouvoir y mettre fin, distribuer le travail, surveiller et sanctionner, gérer la structure organisationnelle, disposer des ressources, tirer les profits et assumer les risques économiques. Si tel est le cas, il se justifie que cette personne soit qualifiée d'employeur puisqu'elle a la possibilité d'assumer les responsabilités patronales. L'employeur serait ainsi défini dans une approche fonctionnelle.

En pratique, l'employeur est souvent une entité abstraite, telle une société. Les pouvoirs patronaux sont ainsi exercés par une multitude de personnes, en partie salariées, jusqu'en bas de l'échelle hiérarchique (→ I.225).

201. Qualités requises. L'employeur peut être une personne physique ou morale. Tout le monde peut devenir employeur. Il n'existe pas d'exigences au niveau de la formation, de la qualification, de la situation financière, etc. pour pouvoir embaucher. Il existe par contre un certain nombre de cas dans lequel l'exercice d'une activité entrepreneuriale indépendante est interdite à une personne, ce qui implique que son activité en soi n'est pas légale : condamnations pénales à des interdictions d'exercer, action en interdiction d'exercer une activité commerciale suite à une faillite (Art. 444-1 CCom.), refus des autorisations d'établissement (honorabilité et qualifications), rejet de la demande en matière d'établissement classés, etc.. Une telle interdiction de s'adonner à une activité commerciale implique logiquement aussi l'interdiction d'embaucher des salariés pour l'exercer. Mais la violation d'une telle interdiction n'a pas d'incidence sur la validité et légalité du contrat de travail en soi, à l'exception de l'absence d'autorisation d'établissement qui fait en sorte que tant le salarié que l'employeur se livrent à un travail clandestin (→ I.20). Des refus d'autorisation d'établissement sont par ailleurs parfois contournés par l'embauche de gérants-salariés fictifs qui mettent leur autorisation à disposition ; un tel contrat fictif serait nul pour défaut d'objet.

202. Unicité et pluralité d'employeurs. Un salarié peut avoir plusieurs employeurs, situation fréquente surtout pour les salariés à temps partiel. Pour une même et seule relation de travail par contre, la conception classique du contrat de travail n'autorise qu'un seul employeur. Bien que le sujet soit discuté, la loi luxembourgeoise ne connaît pour l'instant pas de « groupement d'employeurs » qui permettrait à plusieurs employeurs de se partager un salarié⁵⁷⁹, mais la doctrine le réclame, la jurisprudence reconnaît des exceptions prudentes et le droit européen semble évoluer en ce sens. De la problématique de la pluralité d'employeurs, il faut distinguer à notre avis la théorie du co-emploi, qui permet de rendre une personne tierce responsable des engagements patronaux (→ 208) ; mais la jurisprudence n'est pas encore figée quant à la terminologie, et la notion de co-emploi est également utilisée pour désigner le cas d'un salarié ayant, pour une même relation de travail, plusieurs employeurs.

La **jurisprudence** luxembourgeoise admet ainsi occasionnellement que deux personnes peuvent revêtir la qualité d'employeur : • Dans une affaire de 2012, la Cour avait par exemple admis l'existence de deux employeurs. Il s'agissait d'une association d'avocats, chacun des associés ayant signé le contrat. La Cour en a conclu que chaque signataire

⁵⁷⁹ Voir à ce sujet : Travail flexible et atypique, n° 231.

était responsable pour le tout, notamment pour les arriérés de salaire et pour les indemnités pour licenciement abusif⁵⁸⁰. • Une solution similaire avait été retenue en 1998 pour un groupe de sociétés; pour la Cour, un salarié « peut dans certaines circonstances exceptionnelles avoir simultanément plusieurs employeurs », solidairement responsables⁵⁸¹. • Des « époux » ont également été reconnus en qualité d'employeurs⁵⁸², et ce bien que la communauté en soi n'ait pas de personnalité juridique. • Dans une affaire de 2016, les juges ont retenu qu'il y a co-emploi dans une situation dans laquelle un salarié travaillait pour le médecin qui l'avait initialement embauché mais aussi pour ses associés successifs; les juges précisent que la résiliation d'un contrat de travail opérée par l'un des co-employeurs engage l'autre et les deux sont tenus solidairement des conséquences financières qui en découlent⁵⁸³.

Cette conclusion ne semble cependant valoir que si la personne travaille effectivement de manière indifférenciée pour chacun des signataires. Relevons, à titre d'exemple contraire, le cas d'une femme de ménage ayant travaillé pour un couple qui a fini par divorcer; en se basant sur les éléments du dossier, les juges arrivent à la conclusion que le contrat a été maintenu avec la seule épouse⁵⁸⁴. Dans une autre affaire, une secrétaire avait été embauchée par une association d'avocats, mais le contrat avait été signé par un seul des associés, pour lequel elle travaillait par ailleurs exclusivement; le juge a considéré que dans ce cas, seul cet associé est à considérer comme employeur⁵⁸⁵.

Au niveau **doctrinal**, BENOÎT MARÉCHAL⁵⁸⁶ propose comme solution pratique de recourir à un « contrat de travail global » qu'il décrit en ces termes : « Une solution tout à fait originale et spécifique au grand-Duché de Luxembourg peut être trouvée dans ce qui est appelé communément le contrat de travail global. Cette formule d'emploi qui prend généralement la forme d'un contrat de travail cadre assorti le plus souvent de plusieurs contrats de travail à temps partiel permet l'engagement d'un salarié par plusieurs sociétés. La particularité de ce contrat est qu'une seule société est désignée afin de payer au salarié sa rémunération complète pour le travail presté au bénéfice de l'ensemble des sociétés, les autres sociétés étant solidairement tenues au paiement de la

⁵⁸⁰ CSJ, 8e, 11 octobre 2012, n° 37447 : « Si les relations de travail d'un salarié avec plusieurs employeurs s'inscrivent dans le cadre d'un seul et même contrat de travail, les conséquences principales en sont que le salarié peut réclamer aux deux employeurs le paiement intégral de ses salaires et que le licenciement opéré par l'un vaut à l'égard de l'autre et que le salarié peut, à supposer qu'il s'agisse d'un licenciement abusif, réclamer dédommagement du préjudice subi contre les deux employeurs ».

⁵⁸¹ CSJ, 3e, 29 octobre 1998, 19279 et 19340, Répertoire I.2.2.1. : « Les relations de travail du salarié avec plusieurs employeurs s'analysant alors comme s'inscrivant dans le cadre d'un même contrat de travail, les conséquences principales en sont que le salarié pourra réclamer à l'un des employeurs en cause le paiement intégral de ses créances, salaires ou indemnités de rupture et que le licenciement opéré par l'une des sociétés vaut à l'égard de l'autre. Le maintien en vigueur du contrat de travail conclu entre l'entreprise d'origine et le salarié constitue une condition nécessaire pour que l'on se trouve dans cette situation. L'entreprise d'accueil devient en effet seul employeur en cas de résiliation conventionnelle du contrat de travail initial ».

⁵⁸² CSJ, 3e, 28 juin 2000, 23625, Répertoire I.2.2.1.

⁵⁸³ CSJ, 8e, 30 juin 2016, 41597 et 43180, Répertoire I.2.2.2.

⁵⁸⁴ CSJ, 3e, 5 avril 2001, 24527, Répertoire I.2.1.1.

⁵⁸⁵ CSJ, 8e, 8 juin 2015, 40342, Répertoire I.2.1.2.

⁵⁸⁶ Maréchal Benoît, Les frontaliers aux prises avec le droit du travail, in : Le statut des travailleurs frontaliers au Luxembourg, Anthémis 2016, p. 26.

rémunération. Par ailleurs, cette société apparaît vis-à-vis de la sécurité sociale et des contributions directes comme l'unique employeur du salarié, bien que celui-ci soit techniquement sous contrat de travail à temps partiel avec plusieurs employeurs distincts. (...) Le contrat de travail global permet ainsi à plusieurs employeurs de travailler avec le même salarié et de modifier facilement le temps de travail dévolu à chaque employeur, voire de remplacer un employeur existant par un ou plusieurs nouveaux employeurs ». Pour l'instant, la jurisprudence n'a ni infirmé, ni confirmé la légalité d'une telle approche. Le Centre Commun de la Sécurité Sociale (CCSS) adopte une approche prudente⁵⁸⁷.

Sur le **plan européen**, une proposition de directive⁵⁸⁸ envisage de reconnaître explicitement la pluralité d'employeurs, puisque « plusieurs personnes physiques ou morales différentes peuvent, en pratique, assumer les fonctions et responsabilités d'un employeur » (Considérant n° 10). Dès lors, l'« employeur » pourrait à l'avenir être défini comme étant « une ou plusieurs personnes physiques ou morales qui est ou qui sont directement ou indirectement partie à une relation de travail avec un travailleur »⁵⁸⁹.

Il se pose ensuite la question des conséquences qui sont attachées à une telle situation : **(a)** Si les deux relations de travail sont clairement distinctes, elles sont à traiter de manière indépendante l'une de l'autre. Tel serait le cas pour deux avocats qui embauchent la même secrétaire par deux contrats à mi-temps séparés, et qui dans la pratique respectent le fait qu'elle travaille la moitié du temps pour l'un et la moitié du temps pour l'autre. **(b)** Dans une véritable situation de coemploi, une répartition des responsabilités patronales entre les deux employeurs serait défavorable au salarié, puisqu'il aurait deux interlocuteurs et devrait, selon ses doléances, savoir auquel il doit s'adresser. Nous proposons de considérer qu'une telle répartition ne peut être mise en place en dehors des cas où la loi le prévoit explicitement (tel que c'est par exemple le cas en matière de travail intérimaire⁵⁹⁰). **(c)** Il est donc cohérent que dans les cas où la jurisprudence a reconnu un coemploi, les juges aient retenu que la qualité d'employeur repose intégralement sur la tête de chacun des protagonistes. Il y a une solidarité passive entre tous les employeurs, en ce que chacun est intégralement responsable envers le salarié, par exemple en paiement des salaires, d'indemnités ou de dommages-intérêts. Par ailleurs, les actes posés par l'un engagent l'autre. Ainsi par exemple, un licenciement prononcé par un des co-employeurs résilie valablement la relation de travail à l'égard de tous, et ils seront conjointement responsables des conséquences d'un licenciement abusif ou irrégulier.

⁵⁸⁷ Communication du 14 juin 2016 du Centre Commun de la Sécurité sociale sur le contrat d'emploi global : « En raison de l'absence de règles de droit en matière de sécurité sociale et du travail relatives aux contrats d'emploi globaux et à défaut d'une interprétation juridique convaincante permettant de conclure que ce genre de contrats ne se heurte pas aux dispositions légales existantes, il a été décidé de ne plus valider expressément le recours à un tel contrat à l'avenir ».

⁵⁸⁸ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

⁵⁸⁹ Art. 2 (1) pt. b) de la proposition de directive précitée.

⁵⁹⁰ Même si la qualité d'employeur n'est reconnue par la loi qu'à la seule entreprise de travail intérimaire, l'entreprise utilisatrice n'en a pas moins des responsabilités (sécurité au travail, conditions de travail) et des prérogatives (donner des instructions au quotidien) qui sont de nature patronale (voir L. 131-12).

203. Catégories d'employeurs. Il existe en principe un seul droit du travail applicable à tous les employeurs, depuis la personne physique qui embauche une aide-ménagère à temps partiel jusqu'à l'entreprise multinationale qui occupe des milliers de salariés. En particulier, les règles sur le licenciement sont les mêmes; il n'existe pas de seuil en-dessous duquel l'employeur n'aurait pas à respecter ces rigueurs procédurales.

Si dans les statistiques, la taille de l'entreprise a un impact majeur sur les conditions de travail (niveau de salaire, taux de couverture par une convention collective, satisfaction au travail, recours au travail temporaire, etc.), la loi ne distingue que dans certains cas en fonction de la taille de l'entreprise. Contrairement au droit économique, qui reconnaît trois critères pour distinguer entre petite, moyenne et grande entreprise (nombre de salariés, chiffre d'affaires annuel, valeur bilancielle), le droit social se réfère exclusivement⁵⁹¹ aux effectifs lorsqu'il s'agit de différencier entre grandes et petites entreprises. Malheureusement, la manière dont l'effectif est déterminé n'est pas uniforme et chaque règle a ses propres modalités de calcul (prise en compte des temporaires, calcul au niveau du groupe, moyenne à calculer sur une certaine période). En général, le calcul se fait en « équivalent temps plein ». De manière très schématique, on peut définir en droit du travail les petites entreprises comme étant celles en-dessous de 15 salariés. Les grandes entreprises sont celles atteignant la barre des 150 salariés. Entre deux, pour les entreprises de taille moyenne, des seuils importants se font à 25 et à 50 salariés.

En droit du travail individuel, l'incidence de la taille de l'entreprise est relativement limitée et il n'est que rarement tenu compte du particularisme des petites et moyennes entreprises. Pourtant, le droit du travail s'est historiquement développé autour des grandes entreprises de la sidérurgie et de l'industrie lourde. Une différenciation est faite dans ces cas: **(a)** En-dessous de 20 salariés, des facilités sont prévues au niveau de l'indemnité de départ (L. 124-7 (2)), notamment en vue d'éviter « pour les entreprises, principalement celles du secteur artisanal, des charges assez lourdes »⁵⁹²(→ tome III). **(b)** L'entretien préalable n'est obligatoire que dans les structures de 150 salariés ou plus (L. 124-2), le législateur ayant considéré que dans les petites entreprises, le contact entre employeur et salarié est assez étroit pour que la décision du licenciement repose effectivement sur la conviction de l'employeur que les relations de travail ne peuvent plus être continuées⁵⁹³. **(c)** En matière de licenciements économiques, l'employeur qui occupe moins de 15 salariés, n'est pas obligé de notifier les licenciements économiques au Comité de Conjoncture (L. 511-27); s'il n'est en outre pas lié par une convention collective, il ne devra pas respecter les règles sur les licenciements collectifs – faute de partenaires sociaux avec lesquels un plan social pourrait être négocié⁵⁹⁴. **(d)** En matière de congé annuel, la loi distinguait longtemps entre entreprises de plus ou moins 20 salariés; la réforme de 1966 met cependant un terme à cette différenciation en la considérant « contraire à la justice du salarié et au but même du congé qui est de permettre à tous les salariés ... de régénérer leur capacité de travail et de préserver leur santé »⁵⁹⁵. En matière de délais de préavis pour les ouvriers, l'idée d'une durée variable

⁵⁹¹ Voir cependant la proposition de directive (COM (2017) 797), Article 2 (2) qui envisage une distinction selon les critères économiques traditionnels.

⁵⁹² Projet de loi n° 76, Commentaire des textes proposés pour la seconde lecture, p. 23.

⁵⁹³ Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 23.

⁵⁹⁴ CSJ, 18 mai 2006, 29722.

⁵⁹⁵ Projet de loi n° 38 (1181), Exposé des motifs, p. 308.

en fonction de la taille de l'entreprise a été discutée, mais finalement rejetée pour ne pas faire de discrimination entre les grandes et les petites entreprises⁵⁹⁶. **(e)** Une obligation de reclassement en interne des salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail peut être imposée aux entreprises ayant des établissements occupant au moins 25 salariés (L. 551-2 (1)). **(g)** Le ratio de handicapés à embaucher ne joue dans le secteur privé qu'à partir de 25 salariés (L. 562-3 (2)). **(g)** En ce qui concerne enfin la sécurité et la santé au travail, la taille de l'entreprise influe par exemple sur la question de savoir si le chef d'entreprise peut personnellement se charger de la prévention des risques (< 50 salariés), ainsi que sur les heures dont doivent disposer les 'salariés désignés' (→ Tome II) pour s'occuper des questions de sécurité.

En droit du travail collectif par contre, la taille de l'entreprise est plus importante : **(a)** à partir de 15 salariés, une délégation du personnel est à élire; sa composition numérique dépend de la taille de l'entreprise. **(b)** Les seuils de 50 et 100 salariés ont une influence sur certaines règles de fonctionnement de la délégation (présence de conseillers, mode d'élection). **(c)** A partir de 150 salariés, les compétences consultatives en matière économique sont plus étendues, et la délégation dispose d'un pouvoir de codécision sur certains sujets (→ I.228). **(d)** A partir de 250 salariés, un délégué libéré peut être désigné. **(e)** Le seuil de 1.000 salariés enfin est le seuil par défaut pour le régime de la cogestion dans les sociétés anonymes.

204. Détermination de l'« employeur ». Dans certaines formes atypiques de travail, les responsabilités patronales reposent sur plusieurs têtes, notamment dans le cadre du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre. Parce qu'une telle situation crée de l'instabilité et de l'insécurité juridique pour le salarié, ces formes de contrats sont strictement encadrés par la loi; le droit luxembourgeois est par ailleurs hostile à des constructions 'innovantes' et atypiques qui dilueraient davantage la notion d'employeur.

Néanmoins, l'identification concrète de l'employeur peut poser problème en pratique (§ 1^{er}). Il arrive également que des personnes qui n'ont pas la qualité d'employeur n'en soient pas moins tenues pour responsables envers le salarié du respect des obligations patronales, notamment dans les chaînes de sous-traitance (§ 2). Enfin, le droit du travail permet parfois d'étendre l'entité patronale au-delà de l'employeur au sens strict en tenant compte de l'ensemble de l'« l'entité économique et sociale » au sein de laquelle le salarié preste son travail (§ 3).

§ 1^{er}. – Identification de l'employeur

205. Contexte. En pratique, l'identification concrète de l'employeur peut être difficile. Il se peut notamment que le contenu du contrat ne corresponde pas à la manière dont il est exécuté en pratique. Il peut aussi exister des confusions administratives; les indications dans le contrat individuel, sur les fiches de salaire et auprès de la Sécurité sociale peuvent être divergentes. Des transferts d'entreprise, scissions, fusions et restructurations peuvent rendre la situation opaque. En cas de mise à disposition du salarié, la question du réel employeur peut se poser⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Projet de loi n° 76, Commentaire des textes proposés pour la seconde lecture, p. 23.

⁵⁹⁷ Voir par exemple CSJ, 3e, 30 octobre 2003, 26602 et 26862, Répertoire I.2.1.1. et les autres exemples repris dans ce titre du Répertoire.

Les juridictions ne sont pas contraintes de s'en tenir au contrat de travail et peuvent rechercher la personne physique ou morale qui est le réel employeur du salarié⁵⁹⁸. Il appartiendra dans ce cas au juge, sur base des éléments qui lui sont soumis, de trancher. Le salarié étant en général demandeur à l'action, il lui incombe en principe de prouver qui est son vrai employeur. En cas de doute, il n'est pas rare de voir que la requête devant le Tribunal du travail est dirigée contre plusieurs entités. La jurisprudence tend à adopter une position protectrice du salarié⁵⁹⁹. Pour la Cour, « il serait inadmissible que la confusion créée, à dessein ou non, entre différentes sociétés occupant les mêmes locaux et exerçant la même activité, se fasse au détriment des salariés qui pourraient finir par ignorer qui est leur véritable employeur, et contre qui faire valoir leurs droits légitimes »⁶⁰⁰. Il a aussi été décidé que la complexité de la structure patronale ne saurait être préjudiciable au salarié, qui pouvait valablement agir contre la société mère et contre la société fille, en tant qu'« employeurs conjoints »⁶⁰¹.

206. Employeurs inexistants. Il se peut que la personne indiquée comme employeur n'ait pas d'existence juridique. Le problème se pose notamment pour un « groupe » de sociétés, qui n'a pas d'existence en soi et ne peut donc valablement figurer au contrat de travail ni, surtout, être cité devant un Tribunal. Le même problème se pose pour les associations de fait, c'est-à-dire les associations qui n'ont pas publié leurs statuts. Il en est de même pour certains professionnels travaillant ensemble sous une enseigne commune, mais qui n'ont pas formalisé leur collaboration, tel un « cabinet médical ». La jurisprudence offre un certain nombre de cas pour les associations entre avocats⁶⁰².

Sur le fond, le juge du travail peut se montrer créatif : il identifiera une ou plusieurs personnes (p.ex. une société du groupe, un ou plusieurs associés du cabinet d'avocats) comme étant le véritable employeur. Cette créativité ne lui est cependant pas permise sur le plan procédural : les règles de procédure s'imposent avec plus de rigueur. La jurisprudence retient ainsi que si une entité sans personnalité juridique est indiquée dans la requête, celle-ci est irrecevable⁶⁰³. Devrait être rejetée une demande dirigée contre le « cabinet médical » ou le « groupe Arcelor », sauf à interpréter de manière très

⁵⁹⁸ Maréchal Benoît, Les frontaliers aux prises avec le droit du travail, in : Le statut des travailleurs frontaliers au Luxembourg, Anthémis 2016, p. 24.

⁵⁹⁹ Voir aussi les jurisprudences dans Répertoire XXII.2.2.3.

⁶⁰⁰ CSJ, 3e, 14 juillet 2011, 35812, Répertoire I.2.1.1.

⁶⁰¹ CSJ, 6 février 1997, 18865 : « Si la détermination de l'employeur se fait par référence au critère de subordination juridique liant le salarié à son employeur, il faut cependant que la mise en œuvre de cette technique juridique garantisse la protection effective du salarié dans une économie utilisant des techniques de plus en plus complexes consistant d'une part dans une concentration des entreprises et d'autre part dans un éclatement juridique de la collectivité de travail. Ceci est notamment le cas en présence de sociétés imbriquées et de sociétés distinctes à l'intérieur d'un groupe et dont les activités se trouvent coordonnées sous le contrôle d'une société mère. En présence de l'ensemble des considérations de fait relevées ci-dessus, il se dégage que X. s'est trouvé également soumis à des instructions et au contrôle de la société anonyme Y. MARKETING en tant que société mère, par rapport à différents restaurants à la dénomination de Y. HOUSE... . En présence de deux employeurs 'conjoints', le salarié a valablement agi contre la société anonyme Y. MARKETING et la décision de première instance est à confirmer à cet égard ».

⁶⁰² Voir les jurisprudences citées dans le Répertoire I.2.1.2.

⁶⁰³ CSJ, 3e, 26 mars 2015, 39928, Répertoire I.2.1.2.; CSJ, 8e, 21 mai 2015, Répertoire I.2.1.2. : elle reste valable si elle est également dirigée contre les membres de l'association (en l'espèce des avocats) en nom personnel.

bienveillante la requête du salarié. Le droit fournit cependant certaines solutions qui pourraient être plaidées devant les tribunaux. Pour les groupements de fait à but non lucratif, la législation sur les associations leur confère explicitement la personnalité passive, c'est-à-dire qu'elles peuvent se faire attaquer en justice⁶⁰⁴. Pour les groupements à but lucratif, la théorie de la « société créée de fait »⁶⁰⁵ pourrait être invoquée par le salarié.

§ 2. – Coemploi et sous-traitance

207. Vue d'ensemble. Des personnes qui ne revêtent pas officiellement la qualité d'employeur peuvent être considérées comme étant responsables envers le salarié au même titre que l'employeur (*Durchgriffshaftung*). Il s'agit d'un côté de la théorie jurisprudentielle du « co-emploi » et d'un autre côté de la responsabilité qui peut surgir dans des chaînes de sous-traitance. Si la théorie de co-emploi aboutit à la qualification de l'adversaire comme étant un des « employeurs », il en est autrement pour les responsabilités au sein de la chaîne de sous-traitance, l'entrepreneur principal restant un tiers; se pose dès lors en particulier un problème de compétence matérielle des juridictions du travail pour connaître d'une telle demande.

208. Co-emploi. En principe, une solidarité entre débiteurs ne se présume pas, mais doit être convenue expressément ou résulter de la loi (Art. 1202 CCiv). Or, la théorie du co-emploi est une création prétorienne française qui a été reprise par nos juridictions et qui s'inspire de l'idée que certaines structures patronales sont (quasiment) fictives et ne peuvent dès lors pas faire écran. Ainsi, la théorie du co-emploi vise la situation dans laquelle la société qui est l'employeur apparent n'est en réalité qu'une coquille sans réel pouvoir ni autonomie en raison de l'emprise excessive sur elle d'une autre société⁶⁰⁶. Il ne suffit cependant pas que deux sociétés aient simplement une direction similaire et la même activité et qu'il y ait des mutations du personnel⁶⁰⁷. Au sein d'un groupe ou d'une EES en effet, il n'y a pas de responsabilité entre les différentes entités.

Si, à titre exceptionnel, une situation de coemploi est reconnue par les juges, ce coemployeur est codébiteur des engagements salariaux de l'employeur apparent. Le salarié pourra dès lors s'adresser à l'un quelconque de ses employeurs, sans que celui-ci ne puisse exiger ne payer qu'une partie proportionnelle de la dette (Art. 1203 CCiv).

De cette forme du coemploi, dans laquelle une personne tierce est rendue responsable des engagements patronaux, il faut distinguer la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se partagent la qualité d'employeur, situation qui est également qualifiée de 'coemploi' par certaines jurisprudences (→ 202).

209. Chaînes de sous-traitance. En transposition d'une directive européenne une responsabilité dans les chaînes de sous-traitance a été introduite en 2017⁶⁰⁸, et contre

⁶⁰⁴ Art. 26 de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif : « En cas d'omission des publications et formalités prescrites par les articles 2, 3 alinéa 1er et 9, l'association ne pourra se prévaloir de la personnalité juridique à l'égard des tiers, lesquels auront néanmoins la faculté d'en faire état contre elle ».

⁶⁰⁵ Voir p.ex. CSJ, civil, 1e, 3 décembre 2014, 39412; cet arrêt reprend les conditions de la société créée de fait mais conclut en l'espèce à l'inexistence d'une telle société, essentiellement parce qu'il existait une société de droit en parallèle.

⁶⁰⁶ CSJ, 3e, 6 juin 2013, 38105, Répertoire I.2.2.2.

⁶⁰⁷ CSJ, 3e, 31 mars 2011, 35289, Répertoire I.2.2.2.

⁶⁰⁸ Loi du 14 mars 2017 portant modification du Code du travail.

L'opposition du patronat, d'une manière nettement plus large que ne l'exigeait le droit européen⁶⁰⁹ (L. 281-1). Tout d'abord, chaque maître d'ouvrage ou donneur d'ordre (ci-après 'entrepreneur') – sauf les particuliers contractant pour un usage personnel – qui contracte avec un prestataire de services, est tenu d'une obligation d'information envers l'ITM. Les contours de cette obligation ne sont pas clairement définis; l'ITM a à notre avis la possibilité de demander toute information utile pour assurer le respect du droit du travail, donc notamment des éclaircissements sur les chaînes de sous-traitance mises en place et les lieux où du travail est effectué. Si l'ITM informe l'entrepreneur du non-paiement total ou partiel des salaires ou d'une infraction aux règles essentielles du droit du travail (L. 010-1, p.ex. contrat écrit, droit au congé, sécurité au travail, discriminations, mais pas p.ex. un licenciement abusif), l'entrepreneur doit aussitôt, par lettre recommandée avec accusé de réception, enjoindre à cette entreprise de faire cesser sans délai cette situation. Cette obligation de l'entrepreneur s'applique à toute la chaîne de sous-traitance (sous-traitant direct ou indirect, cocontractants d'un sous-traitant). Cette entreprise devra confirmer dans les meilleurs délais qu'elle a procédé à la régularisation de la situation, tout en adressant une copie à l'ITM. En l'absence de réponse écrite dans un délai raisonnable (au maximum 15 jours calendaires), l'entrepreneur devra informer aussitôt l'ITM (de l'absence de réponse de son sous-traitant). Deux issues sont possibles : **(a)** si l'entrepreneur ne respecte pas ses obligations d'information et d'injonction, la loi le déclare solidairement responsable avec l'entreprise sous-traitante « du paiement des rémunérations, indemnités et charges dues aux salariés, dont les cotisations sociales », dans les limites des droits acquis par les salariés dans cette relation de sous-traitance. Cette sanction est surprenante : la violation constatée pourrait concerner une toute autre problématique. Si par exemple un cas de discrimination ou une violation des règles de sécurité est dénoncé et que l'entrepreneur ne réagit pas dans les délais, il sera responsable des salaires, mais non des conséquences de la discrimination ou du non-respect des règles de sécurité. En outre, si la problématique concernait un seul salarié, l'entrepreneur sera-t-il responsable pour tous les salariés du sous-traitant, comme la loi le laisse entendre ? **(b)** Si le maître d'ouvrage ou donneur d'ordre a assumé ses obligations d'information et d'injonction, il ne sera pas tenu responsable⁶¹⁰. Aucun texte ne précise que, si son sous-traitant ne se conforme pas aux injonctions, il devrait cesser de collaborer avec lui, même si une telle démarche serait évidemment souhaitable et devrait figurer comme clause résiliatoire dans tout contrat de sous-traitance (clause sociale). Cette procédure devra encore faire ses preuves en pratique. Pour l'instant, elle semble se limiter au fait que l'entrepreneur se fait le porte-parole de l'ITM pour adresser des injonctions à ses sous-traitants; bien entendu, l'ITM, informée des violations du droit du travail, pourrait parfaitement s'adresser directement au sous-traitant et prononcer des injonctions, amendes et autres mesures. Au final, cette responsabilité se limite dès lors à une obligation purement formelle et administrative : il suffit de répondre à l'ITM et de transmettre l'information, et pour le surplus le maître d'ouvrage peut observer les violations du droit du travail de son sous-traitant et s'en laver les mains.

⁶⁰⁹ La directive ne visait en fait que les salariés détachés, mais le Luxembourg l'a transposée pour tous les salariés. En outre, la directive ne vise que les sous-traitants directs et la loi luxembourgeoise englobe toute la chaîne de sous-traitance. Enfin, la directive ne vise que la rémunération nette minimale.

⁶¹⁰ Projet de loi n° 6989, Rapport de la Commission du travail, de l'emploi et de la sécurité sociale, 25 janvier 2016, p. 7.

210. Autres cas. (a) Une responsabilité spécifique⁶¹¹ est prévue en matière d'emploi irrégulier de ressortissants de pays tiers (→ I.298). Un entrepreneur peut être tenu pour responsable, solidairement avec son sous-traitant⁶¹², des différents frais (arriérés de salaire, cotisations sociales et fiscales, frais de retour au pays). En s'acquittant de ses obligations d'information, il peut s'exonérer de cette responsabilité. **(b)** Par ailleurs, entrepreneur principal et sous-entrepreneurs sont solidairement tenus au paiement des cotisations sociales (Art. 431 CSS); ils sont également solidairement responsables de toutes les obligations légales, réglementaires ou statutaires en matière d'assurances sociales (Art. 444 CSS).

§ 3. – Subdivisions et ensembles d'employeurs

211. La personne morale comme référence. L'employeur n'est pas toujours facile à cerner, ce d'autant plus que la loi utilise une terminologie variable (employeur, entreprise, chef d'entreprise, etc.). Le point de départ est la personne juridique (l'entrepreneur individuel ou la société) envers laquelle le salarié est engagé. On peut également présumer que la « société » équivaut à l'« entreprise ». Par souci de réalisme, le droit du travail passe cependant parfois outre la personnalité morale, afin de tenir compte non pas de la structure sociétaire choisie par l'entrepreneur, mais de la réalité sociale. Un juge peut considérer par exemple que plusieurs sociétés ne forment qu'une seule entreprise donc un seul employeur, tout comme une même société peut aussi exploiter plusieurs entreprises. Il s'agit d'une simple opération de qualification des faits. Parfois le droit du travail se réfère plus explicitement aux subdivisions d'entreprises ou aux ensembles d'entreprises.

212. Les sous-entités patronales. Certaines obligations légales ne ciblent pas l'employeur, mais les subdivisions de l'employeur. Une entreprise peut se subdiviser en plusieurs « établissements » : • L'établissement est notamment la référence en matière de travail à temps partiel (L. 123-1)⁶¹³. • Le seuil de déclenchement de la procédure du licenciement collectif s'apprécie en fonction du nombre de licenciements envisagés par l'« employeur » (L. 166-1), notion qui doit probablement s'apprécier au niveau des 'établissements' et non de l'entreprise en entier⁶¹⁴. • Les seuils déclenchant l'obligation de reclassement interne de salariés inaptes à leur ancien poste (L. 551-2 (1)) et ceux

⁶¹¹ Art. L. 572-10 du Code du travail transposant l'article 8 de la Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁶¹² Sous-traitant direct ou tout sous-traitant même indirect, selon que l'entrepreneur avait connaissance de l'emploi irrégulier.

⁶¹³ Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié qui convient avec un employeur, dans le cadre d'une activité régulière, un horaire de travail dont la durée hebdomadaire est inférieure à la durée normale de travail applicable dans l'établissement. Dans une même entreprise, un salarié travaillant 38 heures par semaines pourrait donc être travailleur à temps partiel dans un établissement, mais pas dans un autre. La référence à l'établissement provient de la directive européenne 97/81/CE. Voir aussi l'article L. 123-3.

⁶¹⁴ Voir la terminologie de l'article 1^{er} de la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs. Alternativement, on peut cependant aussi considérer que le législateur a voulu transposer la directive, comme il l'a fait sur d'autres points, de manière plus contraignante pour le patronat et plus favorable pour le salariat, de sorte qu'il faut comptabiliser les licenciements dans l'ensemble de l'« entreprise » et non pas établissement par établissement.

déclenchant l'obligation d'embaucher des salariés handicapés (L. 562-3 (2)) s'apprécient établissement par établissement. • Jusqu'en 2016, les délégations du personnel étaient par ailleurs élues au niveau des établissements et non de l'entreprise.

Certaines dispositions légales utilisent une plus grande flexibilité terminologique quant aux subdivisions de l'entreprise qui peuvent servir de référence : • Un motif économique de licenciement se base sur « les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (L. 124-5 (2), L. 124-11(1)); • les règles sur le transfert s'appliquent à « un transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement » (L. 127-1 (1), → I.646); • un litige collectif de travail peut concerner « directement seulement une division, un service ou un département d'une entreprise » (L. 163-2 (2)); • jusqu'en 2016, des 'délégations divisionnaires' pouvaient être établies dans des divisions d'établissement. • En matière d'absentéisme au travail, la jurisprudence considère que la référence pour apprécier le trouble causé n'est ni l'entreprise, ni même le service, mais l'équipe à laquelle le salarié est affecté⁶¹⁵.

213. Le groupe. Plusieurs sociétés (entreprises) peuvent former un groupe de sociétés. Sporadiquement, le droit du travail recourt à la notion de « groupe » : • L'article L. 132-1 vise la mise à disposition temporaire en cas de restructuration d'un groupe d'entreprises. • L'article L. 141-1 (2) vise le détachement temporaire de salariés de l'étranger vers une entreprise du même groupe au Luxembourg. • Une convention collective peut théoriquement être conclue par un « groupe d'entreprise » (L. 161-2), même si cela se fait rarement. • La détermination des effectifs, déterminant le régime de la durée de travail dans l'hôtellerie et la restauration, se fait au niveau du groupe (L. 212-5 (3)).

La jurisprudence luxembourgeoise est peu encline à recourir à la notion de groupe. Contrairement au droit français, le motif de licenciement économique ne s'apprécie pas au niveau de l'ensemble du groupe⁶¹⁶; il n'y a pas d'obligation de chercher une réaffectation du salarié au sein du groupe entier⁶¹⁷. Une discrimination (traitement défavorable) s'apprécie aussi en principe seulement à l'intérieur de l'entreprise, et non pas par rapport aux conditions de travail dans d'autres sociétés du groupe⁶¹⁸. Si la notion de « groupe » est peu présente, celle de l'« entité économique et sociale » joue par contre un rôle en droit du travail.

214. L'entité économique et sociale. Lorsqu'il s'agit d'appréhender la notion de l'« employeur », le droit du travail tend à se focaliser sur la réalité telle qu'elle se présente pour le salarié, plutôt que de s'attarder aux constructions juridiques mises en place par l'employeur. Ainsi, plusieurs sociétés ou entreprises distinctes peuvent être considérées comme formant en réalité une seule structure. Cette idée prévaut en droit du travail depuis longtemps. Déjà en 1906, le Conseil d'Etat relève « que si un patron, dans le but d'échapper à la loi, scinde son entreprise en deux parties (...), ces deux

⁶¹⁵ CSJ, 8e, 12 mars 2015, 40838, Répertoire IX.5.1.

⁶¹⁶ Voir les jurisprudences dans Répertoire XII. 6.1.2.2.2.

⁶¹⁷ A supposer même qu'une telle obligation existe, ce que la jurisprudence majoritaire infirme.

⁶¹⁸ Ce n'est que l'égalité de traitement dont bénéficient les intérimaires qui autorise une comparaison avec des salariés permanents occupant le même poste dans une autre entreprise (L. 131-13 (1)).

exploitations sont à considérer comme une seule et le nombre total des ouvriers occupés dans les deux branches sert de critère »⁶¹⁹.

L'employeur ne doit pas échapper à certaines règles du Code du travail en démembrant son entreprise en plusieurs sociétés. Le concept d'EES sert essentiellement à déterminer le nombre de salariés de l'entreprise afin d'éviter que par des montages juridiques, le salarié soit privé des avantages liés à la taille de l'entreprise. Ainsi par exemple, après l'introduction du congé annuel en 1926 pour les entreprises de 20 salariés ou plus, certaines entreprises essayaient – notamment en faisant prester des heures supplémentaires – à rester en-dessous de ce seuil⁶²⁰. On trouve également des employeurs soucieux d'éviter par ce biais l'institution de délégués du personnel (15 salariés) ou la procédure de co-décision (150 salariés).

Or, plusieurs entités sont considérées comme un seul employeur lorsque les entreprises peuvent être considérées comme « entité économique et sociale » (EES), que le Code définit de manière relativement complexe aux articles L. 161-2 al. 2, 3 et 4 et L. 212-5 (3)), définition qui peut être généralisée pour tous les domaines.

Définition légale de l'entité économique et sociale

« On entend par entreprise constituant une entité économique et sociale un ensemble d'entités, même ayant des personnalités juridiques autonomes et/ou distinctes, et même en fonctionnant en régime de franchise, qui présentent un ou plusieurs éléments permettant de conclure qu'il ne s'agit pas d'unités indépendantes et/ou autonomes, mais révèlent une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, respectivement une communauté de salariés liés par des intérêts identiques, semblables ou complémentaires, avec un statut social comparable.

Sont pris en compte pour l'appréciation de l'existence d'une entité économique et sociale tous les éléments disponibles, tels que le fait de disposer de structures ou d'infrastructures communes ou complémentaires; de relever d'une stratégie commune, complémentaire ou coordonnée; de relever d'un ou de plusieurs bénéficiaires économiques totalement ou partiellement identiques, complémentaires ou liés entre eux; de relever d'une direction ou d'un actionnariat communs, complémentaires ou liés entre eux, ou d'organes de gestion, de direction ou de contrôle composés en tout ou en partie des mêmes personnes ou de personnes représentant les mêmes organisations; de disposer d'une communauté de salariés liés par des intérêts communs ou complémentaires ou présentant un statut social semblable ou apparenté.

Plusieurs établissements fonctionnant sous une enseigne identique ou largement semblable, y compris dans un régime de franchise, sont présumés former une entité économique et sociale au sens du présent article ».

Il ne peut y avoir EES que s'il y a à la fois une unité sociale et une unité économique⁶²¹. Le fait que le droit du travail traite l'EES comme unité se justifie en effet sur base de

⁶¹⁹ Projet de loi sur le règlement de travail, C.R. 1905/1906, Annexes, Avis du Conseil d'Etat du 19 janvier 1906, p. 672.

⁶²⁰ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 88.

⁶²¹ CSJ, 14 juillet 2009, 34077 : « Des sociétés juridiquement distinctes, peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale considérée comme une seule entreprise. Les critères distinctifs, qui peuvent varier selon la finalité et l'intérêt du bon fonctionnement de l'institution, sont au plan économique une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, au plan social une communauté de

deux considérations : d'un côté l'existence de conditions sociales comparables des salariés concernés, et d'un autre côté la concentration du pouvoir patronal entre les mêmes mains. Le législateur avait considéré que « dès lors que des sociétés juridiquement distinctes peuvent être considérées comme constituant une unité économique et sociale assimilée à une seule et même entreprise, leurs effectifs doivent être additionnés pour l'institution de délégations du personnel, dont les attributions doivent s'étendre à l'ensemble de l'unité économique; il y a unité économique lorsque, malgré l'existence de sociétés juridiquement distinctes, il y a direction commune et travail ou conditions de travail similaires »⁶²².

Le simple fait qu'une société appartienne à un groupe ou au même administrateur unique ne suffit pas pour constituer une unité économique et sociale⁶²³. Les critères économiques et sociaux sont en effet cumulatifs.

La jurisprudence offre un certain nombre d'exemples d'appréciation⁶²⁴. Par exemple, pour des sociétés d'audit faisant partie d'une enseigne internationale, il a été retenu qu'il n'y a pas d'EES⁶²⁵.

215. Incidence de l'EES. La notion d'entité économique et sociale a notamment un impact sur les aspects suivants : **(a)** L'ancienneté est maintenue en cas de transfert vers une autre société de l'EES (→ I.168). **(b)** Une nouvelle période d'essai ne peut en principe pas être valablement convenue si le salarié part auprès d'un autre employeur faisant partie de la même EES (→ I.450). **(c)** L'EES est la référence pour décider si un entretien préalable au licenciement est obligatoire (seuil de 150 salariés)⁶²⁶. **(d)** Selon les cas, outre les délégations du personnel au niveau de l'entreprise, une délégation au niveau de l'EES peut être mise en place (L. 411-3); cette délégation n'a cependant que peu d'attributions⁶²⁷. **(e)** Une convention collective pourrait être conclue entre les syndicats représentatifs et une EES (L. 161-2 al. 1), possibilité qui n'est cependant pas utilisée en pratique.

Par contre, l'EES ne peut en principe jouer en défaveur du salarié. Il n'est notamment pas obligé d'accepter un transfert vers une autre société faisant partie de la même entité. Il est aussi douteux si, en cas de changement accepté de sa part, des avertissements ou

travailleurs liés par les mêmes intérêts avec par exemple un statut social semblable. Les deux types d'unité (sociale et économique) sont indispensables pour qu'il y ait unité économique et sociale »; dans le même sens CSJ, 9 juillet 2009, 33786.

⁶²² Projet de loi n° 2284, Commentaire des articles, p. 4.

⁶²³ CSJ, 8e, 6 mars 2014, 37570, Répertoire I.2.3.

⁶²⁴ Voir notamment les jurisprudences dans le Répertoire I.2.3.. En droit du travail collectif, la question est aussi parfois discutée, voir notamment : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 461 et : Aux origines du droit du travail, n° 506.

⁶²⁵ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 41832, Répertoire I.1.2.4. : « Pour conclure à l'existence d'une EES, il ne suffit pas que différents cabinets de conseil exerçant sous la même marque et membres d'une même société de droit anglais, partagent un savoir-faire, collaborent entre eux et respectent des lignes directrices reflétant l'image de la marque. Il n'y a pas d'EES alors que les différents cabinets membres constituent des entités juridiquement distinctes et indépendantes les uns des autres, qu'ils disposent de structures spécifiques dépendant des lois, réglementations et usages propres au pays où ils sont implantés, qu'ils n'ont pas de gestion financière commune, ni une concentration des pouvoirs de direction, ni des bénéficiaires économiques identiques ».

⁶²⁶ Voir les jurisprudences dans Répertoire XII.1.2.2.2.

⁶²⁷ Voir en détail : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 461 et suivants.

fautes commises auprès d'une autre entité du groupe pourraient être utilement invoqués à l'appui d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement.

SECTION 2. – POUVOIR PATRONAL

216. Plan. Le pouvoir patronal englobe toutes les prérogatives de l'employeur envers ses salariés lui permettant de prendre des décisions unilatérales à leur égard; il se compose du pouvoir de direction, du pouvoir de contrôle et du pouvoir disciplinaire (§ 1^{er}). Si une large marge de manœuvre est reconnue au chef d'entreprise, son pouvoir unilatéral n'en doit pas moins se limiter au champ contractuel qui a été convenu (§ 2) et il est encadré par les règles d'égalité et de non-discrimination (§ 3).

217. Libertés patronales. Les libertés patronales sont garanties par notre Constitution (liberté du commerce et de l'industrie) et par divers textes internationaux. Si le droit du travail a pour objectif premier de protéger les salariés, les libertés patronales n'en imposent pas moins certaines limites. L'exemple le plus parlant de la jurisprudence luxembourgeoise est probablement un arrêt de la Cour constitutionnelle de 2010⁶²⁸, dans lequel s'opposaient d'un côté la liberté du commerce et de l'industrie, autorisant l'employeur à fermer tout ou partie de son usine, et d'un autre côté les droits des travailleurs, plus particulièrement la protection des délégués du personnel contre le licenciement. La question était de savoir si l'employeur pouvait être empêché de licencier s'il voulait fermer son entreprise. La Cour constitutionnelle a rappelé que « la liberté de commerce et de l'industrie (...) n'est pas absolue, mais est soumise à un régime d'équilibre où notamment la liberté de l'entrepreneur et la protection du salarié sont essentiellement complémentaires ». Puisqu'en l'espèce, l'employeur envisageait seulement la fermeture partielle de l'entreprise, cet équilibre n'était pas rompu et la protection contre le licenciement primait les libertés patronales. En cas de fermeture totale de l'entreprise, par contre, l'article L. 415-10 (3) a codifié l'ancienne jurisprudence selon laquelle le licenciement des délégués du personnel est possible, solution qui peut aussi être étendue le cas échéant aux femmes enceintes et autres salariés spécialement protégés.

La jurisprudence reconnaît aussi de larges libertés patronales en matière de licenciement économique (voir en détail → Tome III). Ainsi, la simple volonté de fermer une entreprise ou partie d'entreprise est un motif suffisant pour licencier⁶²⁹, à condition que cette fermeture soit effectivement réalisée. Un licenciement économique ne présuppose pas des difficultés économiques. Par exemple, une baisse des recettes est un motif suffisant⁶³⁰, même si les comptes de l'entreprise restent équilibrés. L'employeur n'est pas obligé d'attendre que la situation se détériore avant d'intervenir⁶³¹. Il peut aussi réduire les effectifs dans le but de maintenir la compétitivité de son activité⁶³² ou d'en augmenter la rentabilité⁶³³. La loi est exigeante en ce qui concerne la motivation des licenciements économiques, qui devra être précise et exhaustive, l'employeur

⁶²⁸ Cour Constitutionnelle, 26 mars 2010, n° 55, Répertoire XV.2.2.2.

⁶²⁹ CSJ, 8e, 26 mars 2015, 41144, Répertoire 6.1.1.; CSJ, 8e, 30 mars 2006, 30025, Répertoire 6.1.1.; CSJ, 8e, 27 janvier 2005, 28613, Répertoire 6.1.1.

⁶³⁰ CSJ, 3e, 27 octobre 2011, 35913, Répertoire XII.6.2.1.

⁶³¹ CSJ, 3e, 23 octobre 2014, 39784, Répertoire XII.6.1.3.

⁶³² CSJ, 8e, 10 juillet 2014, 40168, Répertoire XII.6.1.3.

⁶³³ CSJ, 3e, 30 mars 2017, 43303, Répertoire XII.6.1.3.; CSJ, 8e, 21 juin 2012, 36909, Répertoire XIII.6.1.3.; CSJ, 8e, 16 janvier 2014, 37951, Répertoire XII.6.1.3.

supportant la charge de la preuve. Dès lors que les motifs avancés correspondent à la réalité et expliquent la suppression de poste, les juges les admettent cependant en principe, à charge pour le salarié de prouver – ce qui aboutit rarement – qu’il y a eu abus. La liberté décisionnelle reconnue à l’employeur est ainsi très large. L’employeur peut librement décider d’arrêter certaines activités, de vendre une partie de l’entreprise, d’externaliser certaines tâches⁶³⁴ ou de délocaliser une activité dans un autre pays⁶³⁵. Il peut aussi décider d’arrêter une activité, tout en investissant dans une nouvelle activité⁶³⁶. En matière de licenciements individuels, il n’y a pas d’obligation pour le chef d’entreprise d’envisager dans un premier temps des alternatives au licenciement⁶³⁷ ou d’autres moyens de réduction des coûts⁶³⁸ ; un salarié ne saurait par exemple argumenter que l’employeur aurait dû dans un premier temps envisager de supprimer les primes⁶³⁹, de réduire la durée de travail⁶⁴⁰ ou de réorganiser l’entreprise⁶⁴¹ avant de prononcer des licenciements. Il n’est pas non plus d’obligation de chercher d’autres emplois⁶⁴², que ce soit au niveau du groupe ou dans l’entreprise⁶⁴³, ni de proposer des formations de reconversion ou autres. Il n’y a pas d’obligation pour l’employeur de justifier le choix des salariés affectés par les suppressions de postes.

La Cour de Justice de l’Union offre aussi un certain nombre d’exemples témoignant de ce que ce ne sont pas toujours les droits des salariés qui doivent primer. Ainsi par exemple : • dans une affaire concernant la législation luxembourgeoise sur le détachement des travailleurs, les juges européens ont critiqué le fait que notre loi obligeait les entrepreneurs étrangers à respecter un trop grand nombre de droits sociaux luxembourgeois lorsqu’ils détachent temporairement leurs salariés au Grand-Duché. Le Luxembourg a dû adapter sa législation, qui décourageait les entrepreneurs étrangers et entravait ainsi l’exercice d’une liberté entrepreneuriale fondamentale de l’Union : la libre prestation de services. • Dans un arrêt *Viking* de 2007⁶⁴⁴, fortement discuté, les juges européens ont rappelé (en résumé) que le droit de grève n’est pas absolu mais doit être mis en balance avec les droits fondamentaux de l’employeur, dont la liberté d’établissement au sein de l’Union. Une action collective destinée à empêcher un employeur de délocaliser ses activités dans un autre pays de l’Union peut ainsi être illicite. • A propos d’une loi nationale qui garantissait aux salariés le maintien de leur système de négociation collective après un transfert d’entreprise, la Cour de l’Union a estimé qu’elle violait la liberté d’entreprise ; le « cessionnaire doit avoir la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe et

⁶³⁴ CSJ, 3e, 12 juillet 2007, 31361, Répertoire XII.6.2.1.

⁶³⁵ CSJ, 8e, 23 mars 2017, 42855, Répertoire XII.6.3.4.; CSJ, 8e, 16 janvier 2014, 37951, Répertoire XII.6.1.3.

⁶³⁶ CSJ, 3e, 27 octobre 2016, 42303, Répertoire XII.6.2.2.

⁶³⁷ CSJ, 3e, 22 décembre 2016, 40313, Répertoire XII.6.3.2.

⁶³⁸ CSJ, 3e, 30 mars 2017, 43303, Répertoire XII.6.1.3.; CSJ, 3e, 17 juillet 2015, 39337, Répertoire XII.6.2.2.

⁶³⁹ CSJ, 8e, 11 juillet 2013, 38187, Répertoire XII.6.2.2.

⁶⁴⁰ CSJ, 3e, 11 décembre 2008, 33371, Répertoire XII.6.2.3.

⁶⁴¹ CSJ, 8e, 22 mars 2012, 34411, Répertoire XII.6.2.3.

⁶⁴² CSJ, 3e, 30 mars 2017, 43303, Répertoire XII.6.1.3.

⁶⁴³ CSJ, 3e, 27 octobre 2016, 42303, Répertoire XII.6.2.3.; CSJ, 3e, 27 octobre 2011, 35913, Répertoire XII.6.2.3.; CSJ, 3e, 16 mai 2013, 37960, Répertoire XII.6.2.3.; CSJ, 8e, 15 février 2007, 30273, Répertoire XII.6.2.3.

⁶⁴⁴ CJUE, 11 décembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772.

de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique »⁶⁴⁵.

§ 1^{er}. – Contenu du pouvoir patronal

218. Généralités. Le droit de propriété, dédoublé par la liberté de commerce, sont des arguments historiquement puissants pour fonder le pouvoir décisionnel de l'employeur dans son entreprise. A cela s'ajoute une base contractuelle, à savoir le lien de subordination, le salarié s'étant engagé à se soumettre aux ordres et instructions patronales.

Comme nous venons de le voir, surtout en matière économique, la jurisprudence confirme clairement que l'employeur est le « maître de l'organisation et de la réorganisation de son entreprise ». Les juges sont ainsi réticents à critiquer les choix stratégiques de l'employeur. Cette liberté est, du moins en partie, une contrepartie nécessaire de la responsabilité sociale et économique qui pèse sur l'employeur. C'est bien lui qui devra se justifier, en cas d'incident, face aux clients, aux actionnaires, aux salariés et au juge. Mais les décisions économiques et stratégiques auront nécessairement un impact sur les salariés.

Les pouvoirs patronaux peuvent être subdivisés comme suit : **(a)** Le pouvoir de direction, c'est-à-dire celui de donner des ordres et instructions que les salariés doivent suivre, ainsi que de prendre des décisions d'organisation et de réorganisation de son entreprise, pouvant affecter les conditions de travail des salariés. **(b)** Le pouvoir de contrôle, c'est-à-dire la possibilité pour l'employeur de surveiller les salariés dans l'exercice de leur fonction. **(c)** Le pouvoir de sanction (pouvoir disciplinaire), c'est-à-dire la faculté d'intervenir en prononçant une sanction lorsqu'un salarié ne respecte pas les consignes qui lui ont été données ou commet un autre faux-pas. Nous retrouvons ici la définition même du contrat de travail (→ I.21); ce sont en effet ces pouvoirs qui caractérisent le lien de subordination, élément caractéristique de la relation de travail.

219. Contexte. Les pouvoirs patronaux doivent tout d'abord s'exercer dans le cadre légal. L'employeur ne peut par exemple pas ordonner au salarié de travailler 13 heures par jour (violation de la limitation légale de la durée de travail), lui enjoindre de refuser l'accès aux clients âgés (discrimination), l'obliger à signer un document à la place du client (faux par imitation de signature) ou encore lui enjoindre de conduire un camion surchargé (violation du Code de la Route). Un salarié peut et doit même refuser un ordre illégal du supérieur hiérarchique⁶⁴⁶.

Puisqu'il s'inscrit dans un champ contractuel, le pouvoir patronal ne peut être exercé que (b) par l'employeur (a) envers le salarié. **(a)** Il est évident que le pouvoir patronal ne peut s'exercer qu'envers le salarié et non par exemple envers un membre de sa famille. L'employeur ne peut sanctionner toute une équipe pour une faute commise par un seul salarié. Sont cependant licites par exemple les primes qui sont liées au résultat d'un service ou d'une équipe, par exemple sur base du nombre de jours d'absence, du nombre d'accidents de travail ou de l'atteinte de certains objectifs. Le comportement défaillant d'un salarié peut ainsi jouer en défaveur de toute l'équipe ; mais cette mesure s'analyse en privation d'un avantage facultatif et non en mesure disciplinaire. **(b)** Le pouvoir patronal ne peut par ailleurs être exercé que par l'employeur. Si l'employeur

⁶⁴⁵ CJUE, 18 juillet 2013, C-426/11, *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521.

⁶⁴⁶ CSJ, 3e, 26 juin 2014, 36549, Répertoire I.3.1.1.; CSJ, 3e, 9 juillet 2015, 39590, Répertoire I.3.1.1.

devait abandonner à un tiers ne fût-ce qu'une partie de son autorité patronale, il s'agit d'une mise à disposition illégale de main-d'œuvre, interdite et pénalement sanctionnée (→ Tome II). Dans le travail intérimaire, la situation est plus complexe : le pouvoir de direction et de contrôle sont exercés au quotidien par l'entreprise utilisatrice, le pouvoir disciplinaire – notamment s'il s'agit de licencier – reste auprès du véritable employeur, l'entreprise de travail intérimaire.

220. Principe de liberté. Fondé sur le lien de subordination contractuel (ou, selon certains, sur une théorie institutionnelle de l'entreprise) le droit de propriété de l'employeur sur son entreprise et la liberté d'entreprendre, l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction est en principe libre. L'employeur est par exemple libre de choisir celui à qui il donne un ordre⁶⁴⁷. En matière de pouvoir de contrôle, le principe est également celui de la liberté, la loi imposant toutefois des restrictions si la surveillance est faite de manière électronique. Pour le pouvoir disciplinaire par contre, l'employeur n'a que peu de libertés : il est obligé de justifier ses décisions en prouvant que la sanction est fondée sur une faute et proportionnelle à celle-ci.

En outre, l'exercice de tous les pouvoirs patronaux est limité par les règles d'égalité de traitement et de non-discrimination et par le champ contractuel dans lequel ils s'exercent.

Sur les pouvoirs patronaux et leurs limites, voir aussi :
- Aux origines du droit du travail, n° 206 et suivants

221. Pouvoir de direction.⁶⁴⁸ Le pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur est à la base des prérogatives patronales; les autres pouvoirs n'en sont que la conséquence nécessaire pour en permettre l'exercice effectif : il n'y a pas d'ordre sans contrôle, ni de contrôle sans sanctions. Il découle du fait que le contrat ne forme qu'un cadre général et que la relation de travail s'inscrit dans la durée et doit répondre à des besoins variables de l'entreprise; l'employeur doit dès lors concrétiser au quotidien la tâche assignée aux salariés et organiser leur travail. Il s'agit d'un pouvoir unilatéral; donner des instructions à suivre par les salariés fait partie des prérogatives de l'employeur, de sorte qu'un accord de la part des salariés avec lesdites instructions n'est pas requis⁶⁴⁹.

La décision patronale peut prendre des formes très diverses. Il peut s'agir d'un ordre oral ou écrit, individuel ou général, précis ou laissant une marge de liberté. Une des formes par lesquelles l'autorité patronale peut s'exprimer est le règlement intérieur (→ I.114).

222. Pouvoir de contrôle. La Cour a retenu qu'« il relève incontestablement du pouvoir de l'employeur de contrôler l'activité de ses salariés. Il peut donc légitimement,

⁶⁴⁷ CSJ, 3e, 2 avril 2015, 39707, Répertoire I.3.1.1.

⁶⁴⁸ CSJ, 26 juin 1997, 20010 : « L'employeur appelé en vertu de l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail à supporter les risques engendrés par l'activité de l'entreprise qu'il dirige et, responsable du bon fonctionnement de celle-ci, est seul juge de son organisation et de l'affectation de son personnel; en vertu de son pouvoir de direction, il est en droit d'aménager les conditions d'exécution des tâches pour lesquelles il a engagé son personnel; celui-ci en concluant le contrat de travail accepte l'autorité de l'employeur et il doit en conséquence se soumettre à toutes modifications décidées par ce dernier, qui ne portent pas atteinte aux droits établis à son profit par le contrat de travail ».

⁶⁴⁹ CSJ, 3e, 10 mai 2007, 30957, Répertoire I.3.1.1.

dès lors que les techniques utilisées ne sont pas clandestines et/ou attentatoires aux libertés du salarié, mettre en place des systèmes de surveillance du travail effectué et rappeler à l'ordre les salariés lorsqu'il constate des carences ou un comportement fautif de leur part»⁶⁵⁰. A titre d'exemple, il peut exiger des rapports journaliers ou photographier le travail réalisé par le salarié⁶⁵¹. Il peut aussi imposer un système de double-signature ou faire réaliser un audit en interne ou en externe. De manière générale, pour assurer la qualité de sa production, le respect de la réglementation économique et pour assurer la sécurité de ses salariés, la mise en place d'une gouvernance d'entreprise codifiée, avec des mécanismes et procédures de décision et de contrôle s'impose à partir d'une certaine taille.

La délégation du personnel est impliquée dans l'exercice du pouvoir de contrôle dans la mesure où elle est chargée de « surveiller strictement l'exécution du règlement intérieur » (L. 414-3 pt. 2). Le droit du travail luxembourgeois comporte peu de règles précises concernant ce pouvoir de contrôle, sauf en cas de recours à des techniques de surveillance électronique (→ I.183) ou attentatoires à la vie privée du salarié.

223. Pouvoir de sanction. Si le salarié commet des fautes et n'observe pas la loi ou les ordres patronaux, il peut engager sa responsabilité civile, c'est-à-dire être obligé à indemniser l'employeur du préjudice causé, responsabilité qui est cependant limitée aux cas de faute volontaire ou de négligence grave (voir à ce propos → Tome II). Exceptionnellement, la responsabilité pénale du salarié peut être engagée, c'est-à-dire qu'il doit répondre de ses actes devant le juge pénal et pourra être condamné à des peines telles une amende pénale ou un emprisonnement. Le droit du travail s'intéresse cependant avant tout à la responsabilité disciplinaire du salarié, donc celle qui lui fait perdre des avantages liés à son statut de salarié, que ce soit par une détérioration de son statut (p.ex. rétrogradation) ou par la terminaison de la relation de travail (licenciement). Un développement détaillé mérite d'être consacré au pouvoir disciplinaire et à la responsabilité disciplinaire (→ Tome II) ; une partie substantielle du Tome III sera consacrée à la sanction ultime, le licenciement.

§ 2. – Exercice du pouvoir patronal

224. Plan. Si le pouvoir patronal doit être exercé par l'employeur et non par des tiers, il est cependant possible en interne de procéder à une délégation de ce pouvoir à travers la chaîne hiérarchique de l'entreprise (titre 1). Dans certains cas, l'employeur doit aussi partager ses prérogatives avec les représentants du personnel (titre 2). En tout état de cause, l'exercice du pouvoir patronal est limité au champ contractuel (titre 3).

1. DÉLÉGATION AU SEIN DE L'ENTREPRISE

225. Principe de délégation. Sauf dans les petites structures exploitées en nom personnel (ménages privés, professions libérales, petites activités artisanales et commerciales), ce n'est jamais l'employeur qui prend les décisions. En effet, dans la majorité des cas, l'employeur est une société, association ou autre personne morale, donc une structure abstraite. Cette structure est représentée par des personnes physiques ayant la qualité d'administrateur ou de gérant. Même à ce niveau de responsabilité, la jurisprudence admet sous certaines conditions le cumul entre le mandat social et le statut de salarié (→ I.69). Dès que la structure atteint une certaine taille, une délégation de pouvoir devient en outre indispensable, que ce soit pour la

⁶⁵⁰ CSJ, 8e, 17 septembre 2009, 33668, Répertoire I.3.2.

⁶⁵¹ CSJ, 3e, 14 juin 2007, 29936, Répertoire I.3.2.

gestion des ressources humaines (p.ex. l'embauche, la fixation des congés ou les sanctions disciplinaires) ou simplement pour l'exécution quotidienne du travail (p.ex. répartition des tâches, contrôles et vérifications, instructions techniques, etc.). Cette délégation s'opère par des mandats, explicites ou implicites, répartissant le pouvoir patronal entre les différents décideurs. Du directeur général au chef d'équipe, de nombreux salariés revêtent donc en réalité deux casquettes : celle de salarié et celle d'employeur.

Cette délégation de pouvoir est importante à de nombreux égards : **(a)** Elle détermine à partir de quel moment, l'« employeur » avait eu connaissance d'une certaine information, p.ex. de la maladie du salarié qui emporte interdiction de licencier (suffit-il d'informer le chef d'équipe ?) ou d'une faute qui fait courir le délai d'un mois endéans lequel le licenciement avec effet immédiat doit être prononcé. **(b)** Elle peut aussi influencer sur la responsabilité pénale. Si en principe, les dirigeants sont pénalement responsables des faits et omissions de la société-employeresse (p.ex. non-respect de la durée de travail, violation des règles sur la sécurité), ils peuvent cependant s'exonérer devant le juge correctionnel en démontrant qu'il y avait une délégation de pouvoir effective et réelle vers une personne plus basse dans la hiérarchie. Ce sera cette personne qui assumera la responsabilité pénale. **(c)** Elle détermine enfin, et surtout, la validité des décisions qui sont prises envers le salarié. Si on peut admettre qu'une augmentation de salaire accordée ou un licenciement prononcé par un tiers ou un simple collègue de travail n'a aucune valeur, en est-il de même si la décision est prise par un chef de chantier ? Le préposé de bureau peut-il valablement accorder un jour de congé supplémentaire ?

Chaque entreprise est libre de définir sa propre hiérarchie et d'organiser la répartition du pouvoir patronal. Le conseil d'administration peut par exemple décider qu'un chef d'agence peut prononcer seul des avertissements, mais qu'il ne peut décider seul d'un licenciement. La création de nouveaux postes peut être réservée à la direction, mais la sélection des candidats et la signature des contrats peut être déléguée au chef du personnel. Si l'organisation est bonne, les pouvoirs respectifs sont clairement définis et fixés dans un organigramme et dans les descriptions de fonctions. L'outil informatique permet aussi d'instaurer des mécanismes d'autorisation (p.ex. des horaires, congés et absences) et de définir ainsi les compétences respectives. Mais dans de nombreux cas, la délégation de pouvoir n'est pas explicite et donc sujette à discussion.

La délégation est en principe facultative, le chef d'entreprise (entrepreneur, gérant, administrateur) pouvant garder les rênes en main s'il le souhaite. Une délégation peut cependant être obligatoire dans certains cas : **(a)** En matière de sécurité et de santé au travail, dans les entreprises de 50 salariés ou plus, le chef d'entreprises est obligé de déléguer la responsabilité pour la mise en œuvre et la surveillances des normes de sécurité à un 'salarié désigné' (→ Tome II), qui doit être libéré à ces fins durant un certain nombre d'heures. **(b)** En matière de protection des données, sujet intéressant également les relations entre l'employeur et le salarié, la mise en place d'un délégué à la protection des données peut s'imposer⁶⁵². **(c)** Les coordinateurs en matière de sécurité et de santé au travail doivent, même s'ils sont salariés, pouvoir exercer leur fonction en pleine indépendance⁶⁵³. **(d)** Lorsque l'employeur désigne une personne pour assister à

⁶⁵² Art. 37 et suivants du Règlement UE 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

⁶⁵³ Art. 12 du règlement grand-ducal du 27 juin 2008 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires et mobiles.

certaines réunions prévues par le Code du travail, il est obligé de conférer à cette personne des pouvoirs suffisants pour qu'il ne s'agisse pas d'un simple homme de paille. Ainsi par exemple, lorsque la tenue d'un entretien préalable au licenciement est obligatoire, l'employeur peut y envoyer un représentant, mais cette personne devra avoir une possibilité d'influer - du moins indirectement - sur la décision de licenciement, sinon l'entretien serait un pur exercice de style (et donc, à notre avis, aucun entretien réel n'aurait eu lieu, de sorte que le licenciement serait entaché d'une irrégularité formelle). En droit du travail collectif, l'employeur doit envoyer aux réunions avec la délégation du personnel un interlocuteur disposant d'un minimum de pouvoir décisionnel au sein de la structure, sinon il n'y a ni information ni de consultation utile au sens de la loi ; lors de négociations collectives, l'employeur a une obligation de participer de manière loyale aux discussions avec les syndicats, ce qui implique la délégation d'une personne ayant un réel pouvoir de négocier en son nom.

226. Mandat apparent. Les règles de délégation des pouvoirs ne sont parfois pas clairement définies et en tout cas en général pas publiques au point que tout salarié, voire même tiers (p.ex. un candidat au recrutement), puisse les connaître. En principe, un mandant (l'employeur) n'est tenu d'exécuter que les engagements contractés par le mandataire (le supérieur hiérarchique) conformément au pouvoir qui lui a été donné et ne peut être tenu au-delà (Art. 1998 du Code civil). Cette solution serait cependant extrêmement sévère, par exemple pour le candidat qui s'est fait recruter par une personne qui n'en a pas formellement le pouvoir ou pour l'ouvrier qui s'est vu accorder un congé par le chef de chantier sans que ce dernier n'ait reçu de délégation pour accorder des congés.

La théorie du « mandat apparent » vient atténuer cette rigueur en protégeant ceux qui, de bonne foi, ont pu croire que leur interlocuteur avait les pouvoirs nécessaires pour engager l'employeur. La jurisprudence retient que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée; il est lié vis-à-vis des tiers si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes des pouvoirs du mandataire. Les circonstances retenues par la jurisprudence pour légitimer l'erreur du tiers quant au pouvoir du prétendu mandataire sont appréciées par rapport à la nature de l'acte accompli par le prétendu mandataire, la qualité et l'attitude du mandataire et enfin la personnalité du tiers qui veut tirer avantage d'un acte fait en sa faveur par le prétendu mandataire »⁶⁵⁴.

L'appréciation doit se faire au cas par cas en fonction de la nature de l'acte et de la position du salarié : • Ainsi par exemple, dans une affaire dans laquelle un administrateur et le directeur général ont fait une promesse en matière de pension complémentaire (dépassant un simple acte de gestion courante), il a été décidé qu'un salarié ordinaire aurait pu légitimement croire qu'ils avaient le pouvoir de ce faire, mais que tel n'était pas le cas pour un salarié-dirigeant ayant connaissance du fonctionnement de la société, et qui devait savoir que seul le conseil d'administration pouvait prendre une telle décision⁶⁵⁵. • A été reconnue valable et engageant l'employeur une prime accordée par un responsable qui n'en avait pas les pouvoirs⁶⁵⁶ ou une prime fixée par

⁶⁵⁴ CSJ, 3e, 16 janvier 1997, 18721, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁵⁵ CSJ, 3e, 16 janvier 1997, 18721, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁵⁶ CSJ, 8e, 17 février 2011, 34938, Répertoire I.3.1.2.

l'administrateur-délégué sans aval du conseil d'administration⁶⁵⁷. • Il en a été de même pour la signature d'une transaction par une personne n'en ayant pas le pouvoir⁶⁵⁸. • A propos de salariés affectés par une scission de sociétés, le responsable des ressources humaines avait confirmé par email qu'ils « garderont tous les mêmes avantages ». La nouvelle société a fait valoir que cette personne n'avait aucun pouvoir pour l'engager après la scission. Les juges ont été d'un autre avis et ont considéré qu'il s'agissait d'un problème « interne »⁶⁵⁹, non opposable au salarié de bonne foi, « qui doit légitimement pouvoir se fier aux messages lui envoyés par la personne de référence au sein du service du personnel, avec laquelle [il] était constamment en contact »⁶⁶⁰.

Si l'employeur se trouve ainsi engagé, il peut cependant se retourner contre le salarié qui a dépassé ses pouvoirs. Il peut prononcer une sanction disciplinaire à son encontre, pouvant aller jusqu'au licenciement. Si le dépassement du pouvoir était volontaire (ou commis par négligence grave), il peut en outre exiger une indemnisation du préjudice qu'il a causé.

Les statuts d'une société peuvent prévoir que celle-ci n'est engagée que par la signature conjointe de deux gérants; pareille restriction pour signer des actes est en principe, sous certaines conditions, opposable aux tiers⁶⁶¹. En droit du travail, la jurisprudence n'en admet pas moins des dérogations, en considérant qu'un salarié de bonne foi et tiers par rapport à l'organisation de la société, peut considérer qu'un des gérants agit avec l'accord de l'autre gérant et avait pouvoir pour prendre la décision⁶⁶².

227. Décision prise par un tiers. Une décision prise par un tiers non mandaté, extérieur à l'entreprise, n'engage en principe pas l'employeur et ne s'impose pas au salarié. Cette solution a notamment été retenue à propos d'un changement de poste de travail notifié à un salarié par une entreprise tierce; le salarié n'avait pas à respecter cette modification et ne pouvait subir aucune sanction s'il ne s'y tenait pas⁶⁶³. Dans une autre affaire, un licenciement avait été prononcé par une personne tierce; le salarié n'avait pas réussi à prouver un lien suffisant entre ce tiers et son employeur, de sorte que les règles du mandat apparent (→ I.226) ne pouvaient jouer et ce licenciement ne pouvait engager la responsabilité du véritable employeur⁶⁶⁴. Par contre, parfois les juges considèrent que des décisions prises par une autre société du groupe peuvent engager l'employeur, notamment en cas d'imbrication au niveau des activités et des dirigeants⁶⁶⁵.

2. PARTAGE DU POUVOIR PATRONAL

228. Partage avec les représentants du personnel. L'employeur doit tout d'abord tolérer l'action des délégués du personnel dans son entreprise. Ils peuvent librement y circuler et prendre contact avec les salariés, ils disposent d'un crédit d'heures durant lequel ils peuvent s'adonner à leurs missions durant le temps de travail et avec maintien

⁶⁵⁷ CSJ, 3e, 9 juillet 2015, 41341, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁵⁸ CSJ, 8e, 9 novembre 2015, 41874, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁵⁹ Il s'agissait pourtant de deux entités distinctes.

⁶⁶⁰ CSJ, 3e, 8 décembre 2016, 39760; CSJ, 3e, 8 décembre 2016, 39761, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁶¹ Art. 191bis (1) de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales.

⁶⁶² L'affaire concernait la validité d'un licenciement prononcé par un seul des gérants; CSJ, 3e, 1 juin 2017, 44540, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁶³ CSJ, 3e, 26 mai 2011, 35822, Répertoire I.3.1.3.

⁶⁶⁴ CSJ, 3e, 10 juin 2004, 28203, Répertoire I.3.1.2.

⁶⁶⁵ CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 42500, Répertoire I.3.1.2.

de la rémunération, ils peuvent organiser des réunions dans un local à mettre à disposition par l'employeur, organiser des heures de consultation pour le personnel, faire des affichages sur un panneau à l'intérieur de l'entreprise, etc.. L'employeur doit également tolérer certaines activités de nature syndicale au sein de son entreprise : affichages sur un panneau syndical, distribution de tracts (L. 414-16 (2))⁶⁶⁶, présence de représentants syndicaux en qualité de 'conseillers' (L. 412-2). L'emprise de l'employeur sur ce qui se passe dans « son » entreprise est ainsi restreinte.

Au-delà de ces moyens d'action, les représentants du personnel sont également associés à la prise de décision. **(a)** Dans les entreprises de moins de 150 salariés, cette participation se limite – sauf quelques rares exceptions – à un pouvoir purement consultatif; pour toute une série de décisions concernant les conditions de travail mais aussi la gestion économique et financière de l'entreprise, l'employeur doit informer et consulter les délégués, ce qui implique pour l'essentiel une information préalable en temps utile comportant tous les documents et données requis, ainsi qu'un échange de points de vue. L'employeur reste cependant libre dans la décision finale; son pouvoir n'est ainsi encadré que sur le plan procédural, mais non quant au fond. **(b)** Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, certaines questions relèvent toutefois de la procédure de codécision : ces décisions sont à prendre d'un commun accord avec la délégation du personnel. L'employeur ne saurait les prendre seul, sous peine de s'exposer à des sanctions pénales pour délit d'entrave et de risquer que sa décision soit inopposable aux salariés, voire même que son projet soit suspendu par un juge des référés. Les matières relevant de la codécision concernent les conditions de travail dans l'entreprise : le règlement intérieur (→ I.114), les installations techniques de contrôle, les mesures concernant la sécurité et la santé, les critères généraux de sélection personnelle en cas d'embauche, de promotion et de licenciement, les programmes de formation, etc. (L. 414-9). L'implication de la délégation du personnel dans les aspects de gestion économique et financière de l'entreprise est en principe simplement consultative, même dans les grandes entreprises.

Dans les sociétés anonymes occupant 1.000 salariés ou plus et celles dans lesquelles l'Etat détient une participation d'au moins 25 %, environ un tiers des membres du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) doit être composé de représentants des salariés, élus par les délégués ou, dans la sidérurgie, désignés par les syndicats (L. 426-1s.). Ces représentants participent avec une voix délibérative aux décisions du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance), quel que soit le sujet abordé, donc y compris les décisions stratégiques et financières. N'ayant qu'un tiers des votes, ils ne peuvent jamais prendre de décision seul, mais le pouvoir de décision appartenant traditionnellement aux seuls actionnaires n'en est pas moins amputé d'autant de voix.

Enfin, que ce soit dans des groupes implantés dans plusieurs pays européens ou dans des sociétés de droit européen (société européenne, société coopérative européenne), des règles très techniques organisent la représentation des salariés (L. 432-1s.). Sauf accord contraire de l'employeur, leurs prérogatives sont exclusivement consultatives.

⁶⁶⁶ Voir en détail : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 122 et suivantes; Le nouveau statut de la délégation, n° 95 et suivants.

Sur les attributions consultatives et le pouvoir de co-décision de la délégation du personnel⁶⁶⁷, voir

- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 108 et suivantes et n° 159 et suivantes,

- Les jurisprudences au Répertoire XXI.1.3..

Sur le régime de codécision et les administrateurs-salariés dans les sociétés anonymes, voir :

- Le droit du travail collectif, Tome 2 : les représentants du personnel, p. 346 et suivantes.

- CASTEGNARO, Relations collectives de travail, p. 127 et suivantes

Sur le régime des représentants du personnel sur le plan européen, voir

- ibidem, p. 143 et suivantes.

229. Référendum d'entreprise. Malgré tous les efforts pour établir une « démocratie d'entreprise », ce ne sont pas les salariés qui ont le dernier mot. Occasionnellement toutefois, le Code du travail prévoit, notamment en cas d'absence de délégation du personnel, que ce sont les salariés qui doivent décider, ce qui s'apparente à une forme de référendum d'entreprise. Ce système est notamment prévu pour la fixation du congé collectif (L. 233-10)⁶⁶⁸, l'introduction d'un horaire mobile (L. 211-8) ou l'établissement des plans d'organisation du travail (L. 211-7 (1)). Une consultation directe des salariés est également prévue en matière de sécurité et de santé au travail (L. 312-7) et en matière d'heures supplémentaires (L. 211-23).

3. LIMITATION AU CHAMP CONTRACTUEL

230. Principes. L'exercice des pouvoirs patronaux est également cantonné au champ contractuel, l'employeur ne pouvant donc en principe pas donner d'ordres ou surveiller le salarié en dehors du temps de travail ou le sanctionner pour des faits relevant de sa vie privée. Il appartient aux juges de décider au cas par cas de ce qui relève du champ contractuel et de ce qui n'en relève pas. Le champ contractuel englobe tout ce qui a été convenu sur le plan collectif et sur le plan individuel entre l'employeur et le salarié. En sa qualité de détenteur du pouvoir de direction, et sous la seule réserve de ne pas enfreindre les contrats existants, l'employeur est par exemple libre de décider à qui il entend confier quelle responsabilité⁶⁶⁹.

Sur le plan individuel, il s'agira avant tout du contrat de travail qui a été signé, mais il faut également ajouter tout autre document contresigné⁶⁷⁰, tout accord oral ou tacite, ainsi qu'à notre avis tout ce qui est devenu un droit acquis (→ tome II). Selon le régime général des obligations, il semblerait logique d'admettre avec certitude que tout ce qui a été fixé par écrit dans le contrat relève du champ contractuel, sauf si les parties ont explicitement précisé que tel n'est pas le cas (clauses de flexibilité; → I.420). En droit

⁶⁶⁷ Pour un regard historique et un résumé des attributions, voir : Aux origines du droit du travail, n° 550 et suivants.

⁶⁶⁸ Même si en pratique, ce sont souvent par des conventions collectives, donc de l'accord des syndicats, que le congé collectif est fixé.

⁶⁶⁹ CSJ, 8e, 6 avril 2017, 39712 et 40570, Répertoire I.3.1.1.

⁶⁷⁰ A condition que la signature ne vaille pas simple accusé de réception mais acceptation et adhésion à l'acte sur lequel elle est apposée. Il s'agit dès lors d'une question d'interprétation pour le tribunal, mais on pourrait supposer qu'en cas de doute, la signature vaut acceptation du contenu du document; en principe « la signature ... identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte » (Art. 1322-1 CCiv).

du travail, les juges se montrent cependant moins rigoureux : seules des clauses « essentielles » des conditions contractuelles requièrent le recours à une procédure spécifique (L. 121-7; → I.615). Dès lors, l'employeur peut modifier des clauses non-essentielles de manière unilatérale. A notre avis, il vaudrait mieux considérer tout simplement que ces « clauses » ne relèvent dès lors pas du champ contractuel, mais constituent de simples informations contenues dans le contrat, mais non considérées comme obligatoires (→ I.615). Ainsi, il arrive que des tribunaux considèrent que, bien qu'il soit clairement fixé au contrat, l'horaire ou le lieu de travail n'a pas été « essentiel » (substantiel/déterminant) pour les parties à l'embauche. L'employeur peut dès lors les modifier unilatéralement⁶⁷¹.

231. Limitation à la durée de travail. Le pouvoir patronal étant lié au contrat de travail, il ne peut en principe s'exercer que sur la période durant laquelle le salarié est à disposition de l'employeur, donc pendant la durée de travail. Pendant les heures de travail, où le salarié est soumis à la direction de l'employeur, il ne peut refuser d'exécuter les services relevant de ses obligations contractuelles; le salarié n'est par contre pas obligé de rendre des services à son patron en dehors des heures de travail, les rapports de subordination cessant après l'horaire normal de travail⁶⁷². Ne commet par exemple pas de faute grave le salarié qui refuse de se rendre auprès d'un client si cette intervention est demandée en dernière minute, en dehors de son horaire normal et alors qu'il avait un rendez-vous auprès d'un médecin⁶⁷³. La question de savoir si un salarié peut être obligé à prestre des heures supplémentaires fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante (→ Tome II). De même, une surveillance en dehors de la durée de travail n'est pas permise. Ainsi notamment les mécanismes de géolocalisation des voitures ou autres formes de surveillance électronique ne peuvent être mise en œuvre en dehors des heures de travail⁶⁷⁴. Des faits de la vie privée ne peuvent en principe donner lieu à une sanction disciplinaire (→ I.174).

232. Un pouvoir fonctionnel ? La question se pose si le pouvoir unilatéral de l'employeur est soumis à une finalité particulière, notamment à une gestion dans l'intérêt de l'entreprise. Les fondements juridiques (droit de propriété et liberté contractuelle) plaident en faveur d'une large liberté décisionnelle. Contrairement à la jurisprudence française, qui s'immisce dans la gestion de l'entreprise (examen de la nécessité des mesures prises, de la pertinence et de l'opportunité, recherche de mesures alternatives, etc.), la jurisprudence luxembourgeoise reste attachée au principe que l'employeur est le seul juge de la gestion de son entreprise. Cette question se pose par exemple lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des clauses de flexibilité ou de donner des ordres unilatéraux. Cette jurisprudence est cependant surtout ancrée en matière de licenciement pour motif économique⁶⁷⁵; les tribunaux reconnaissent une large marge

⁶⁷¹ Voir aussi à ce propos : Le travail flexible et atypique, n° 53.

⁶⁷² CSJ, 3e, 15 juillet 2014, 39707et 39708, Répertoire I.3.1.1. : pour une décision ancienne, voir TA Lux., civil, 21 février 1894, Pas. 3, 352 : « Le patron n'a pas le droit, dans l'intérêt de la discipline, de défendre à ses ouvriers d'acheter leurs provisions chez une personne déterminée, ou même de fréquenter cette personne. Une pareille défense, publiée par affiches, peut constituer une provocation dont la personne mise à l'interdit s'est rendue coupable envers le patron ».

⁶⁷³ CSJ, 8e, 12 mars 2015, 40721, Répertoire XIII.3.3.7.3.

⁶⁷⁴ CSL/CNPD, La surveillance sur le lieu de travail, dialogue thématique n° 3, Septembre 2014, p. 48.

⁶⁷⁵ Sujet non abordé dans cet ouvrage, voir les jurisprudences dans Répertoire XII.6.1.2.

d'appréciation à l'employeur – même en cas de mauvaise gestion de sa part⁶⁷⁶ – pour prendre les décisions que l'intérêt de l'entreprise paraît dicter. L'employeur qui a démontré la suppression de postes est par ailleurs libre dans la détermination des personnes à licencier, sans devoir justifier son choix. A notre avis, le pouvoir patronal n'est ainsi pas purement fonctionnel ; du moins, l'employeur n'est pas obligé de justifier chacune des décisions qu'il prend et de démontrer qu'elles sont utiles à l'entreprise, et le juge ne peut remettre en question ses décisions stratégiques. La limite se situe donc plutôt à l'abus de droit.

233. L'abus de droit. L'article 6-1 du Code civil définit l'abus de droit comme « tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit » ; ces actes engagent la responsabilité de leur auteur et peuvent donner lieu à une action en cessation. On pourrait soutenir que la fonction du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire de l'employeur est de faire fonctionner correctement l'entreprise et d'en assurer la rentabilité. Dès lors, si un ordre ou une sanction ne poursuit manifestement pas ce but, il y a abus. En pratique, l'abus sera souvent accompagné d'une intention méchante, mais celle-ci n'est pas exigée par la loi. La théorie de l'abus de droit ne saurait servir qu'à sanctionner les situations les plus évidentes ; rappelons en effet qu'en principe, l'employeur est seul juge de ce qui est dans l'intérêt de sa société. Il y a abus dans les situations de harcèlement moral, lorsque le supérieur hiérarchique use de ses pouvoirs (p.ex. attributions de tâches ingrates, refus systématique du congé, avertissements injustifiés) pour pousser un salarié à la démission. Il y aurait aussi abus de droit au sens civil (et évt. abus de biens sociaux au sens pénal) si l'employeur faisait réaliser par les salariés des tâches l'intéressant personnellement (p.ex. travaux dans sa maison, rédaction de correspondance privée, etc.). Mais il n'y a pas d'abus de droit du simple fait que le salarié ne comprend pas l'utilité et la pertinence des tâches qui lui sont attribuées. La Cour a récemment rappelé que si l'employeur doit exercer ses prérogatives dans le respect de la personne du salarié, la limite de l'abus, et donc du harcèlement, est seulement atteinte lorsque l'employeur exerce ses pouvoirs de manière injustifiée, donc soit sans aucun fondement, soit de manière disproportionnée⁶⁷⁷.

Il peut aussi y avoir des abus de l'autorité patronale par l'entremise de tiers. Le fait de porter de fausses accusations par écrit à l'attention de l'employeur dans l'espoir qu'un salarié se fasse sanctionner constitue une dénonciation calomnieuse (Art. 445 CP). Tel serait par exemple le cas si une salariée écrivait à tort à son supérieur hiérarchique qu'elle a été sexuellement harcelée par un collègue de travail ou si un voisin mécontent veut nuire en écrivant à l'employeur qu'il a vu un de ses salariés au café pendant les heures de travail.

234. Limitation envers des délégués et autres salariés spécifiques. Pour les délégués qui sont en mission, l'exercice du pouvoir patronal est soumis à restrictions :
(a) L'employeur ne peut exercer son pouvoir de direction. Il ne peut enjoindre aux

⁶⁷⁶ CSJ, 3e, 6 novembre 2014, 39160, Répertoire XII.6.2.1.2. : Le salarié ne peut s'immiscer dans les prérogatives du chef d'entreprise qui est en principe seul maître de l'organisation et de la réorganisation de son entreprise, et ne peut dès lors intervenir dans la gestion, fut-elle mauvaise, par l'employeur de son entreprise ; CSJ, 8e, 16 mai 2013, 38347, Répertoire XII.6.2.1.2. : Il n'appartient pas aux juridictions d'apprécier le comportement antérieur de l'employeur qui a éventuellement conduit aux difficultés économiques qu'il rencontre, mais de rechercher l'attitude adoptée par les responsables de la société pour y faire face.

⁶⁷⁷ CSJ, 3e, 24 novembre 2016, 42364, Répertoire I.3.1.1.

délégués comment ils doivent assumer leur mission, sur quels sujets ils rédigent des avis ou comment ils répartissent les tâches. Pour certaines questions affectant l'organisation de l'entreprise, le législateur souhaite qu'un accord soit trouvé entre employeur et délégué, par exemple en ce qui concerne les heures de consultation pour le personnel.

(b) Le pouvoir de contrôle de l'employeur ne porte pas sur le travail de la délégation; il n'a pas le droit de surveiller les réunions ou d'inspecter les documents de la délégation. Par contre, il est en droit de surveiller le respect du statut des délégués (p.ex. le nombre d'heures de délégation qui ont été prises) et le respect de la discipline générale et du règlement intérieur auquel les délégués restent soumis (L. 415-1; p.ex. une interdiction de fumer dans les locaux de l'entreprise vaut aussi durant les réunions de la délégation).

(c) Le pouvoir de sanction de l'employeur subsiste également dans une forme atténuée. Il peut sanctionner des comportements commis en qualité de délégué (p.ex. des prises de position injurieuses), mais l'approche devra être restrictive. Le pouvoir de sanction est d'ailleurs encadré, en ce qu'une modification du contrat est en principe exclue (→ I.633) et que la résiliation du contrat est limitée aux cas de faute grave et doit respecter une procédure spécifique.

Le pouvoir patronal est encore limité dans certains autres cas spécifiques : **(a)** comme nous l'avons détaillé, à l'égard des professions libérales (avocats, médecins), l'employeur ne peut donner des instructions qu'en ce qui concerne l'organisation du travail, mais non en ce qui concerne le fond du travail, ces personnes devant rester libres d'accomplir leur profession en âme et conscience et conformément aux règles déontologiques qui sont les leurs. **(b)** Le salarié qui assume la mission de délégué à la protection des données doit pouvoir librement exercer sa mission, sans recevoir d'instructions⁶⁷⁸. **(c)** Le même raisonnement s'applique à notre avis au «salarié désigné», chargé des aspects de sécurité et de santé au travail. De telles fonctions impliquent une certaine autonomie et responsabilité et la mission de ces salariés consiste, du moins en partie, à regarder les décisions patronales d'un regard critique.

§ 3. – Egalité et non-discrimination

235. Plan. Après avoir constaté qu'il n'existe pas de principe général d'égalité de traitement (titre 1), nous traitons d'abord des règles générales de la discrimination (titre 2) avant de nous intéresser au cas particulier de l'inégalité de rémunération entre hommes et femmes (titre 3). D'après la Chambre des Salariés, qui se base sur des données Eurofund, plus de 10 % des salariés seraient victimes de discrimination sur leur lieu de travail⁶⁷⁹.

1. PRINCIPES D'ÉGALITÉ

236. L'égalité devant la loi. L'égalité devant la loi oblige le législateur et, indirectement, toutes les autorités publiques, à assurer l'égalité. La Constitution

⁶⁷⁸ Art. 38 (3) du Règlement UE 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel : « Le responsable du traitement et le sous-traitant veillent à ce que le délégué à la protection des données ne reçoive aucune instruction en ce qui concerne l'exercice des missions. Le délégué à la protection des données ne peut être relevé de ses fonctions ou pénalisé par le responsable du traitement ou le sous-traitant pour l'exercice de ses missions. Le délégué à la protection des données fait directement rapport au niveau le plus élevé de la direction du responsable du traitement ou du sous-traitant ».

⁶⁷⁹ Panorama Social 2012, Dialogue-Analyse, Chambre des Salariés, p. 113.

luxembourgeoise précise que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi (Art. 10bis (1)) et que les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs (Art. 11 (2) al. 1). L'article 20 CDFUE précise que toutes les personnes sont égales en droit. Une convention OIT précise que les Etats membres doivent encourager le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes⁶⁸⁰.

Les autorités publiques sont invitées à ne pas seulement mettre en place une égalité formelle (égalité en droit), mais à intervenir également pour assurer, si ce n'est l'égalité de fait, du moins l'égalité de chances, surtout entre sexes. L'article 11 (2) al. 2 de la Constitution précise que l'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes. L'article 23 al. 2 CDFUE précise que le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes n'empêche pas des mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté; l'article 26 traite de l'intégration des personnes handicapées.

Ces principes ne visent cependant pas, du moins pas directement, les relations entre employeur et salarié, qui sont des acteurs privés.

237. Inexistence d'un principe général d'égalité. La jurisprudence française reconnaît un principe général d'égalité de traitement. Elle multiplie cependant ensuite les exceptions, en admettant largement des « raisons objectives, pertinentes et étrangères à toute discrimination » pouvant justifier la différence de traitement. L'employeur français doit notamment justifier les différences de rémunération entre salariés par des éléments objectifs, pertinents et vérifiables. Il faut relever que le point 5 du pilier social européen prévoit qu'« indépendamment du type et de la durée de la relation de travail, les travailleurs ont droit à un traitement égal et équitable en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à la protection sociale et la formation ». Ce texte très général et sans valeur contraignante ne saurait à notre avis être invoqué devant un tribunal.

Le droit luxembourgeois ne connaît pas, d'après notre analyse, de principe général selon lequel les salariés se trouvant dans une situation égale (ou comparable) devraient être traités de manière égale. A fortiori, il n'existe pas non plus de principe obligeant à traiter de manière différente des salariés dans une situation différente. Dans un arrêt de 2017, la Cour a confirmé notamment que « le principe invoqué par le salarié 'à travail égal, salaire égal' n'est pas retenu dans une norme législative »⁶⁸¹; un salarié avait vainement argumenté qu'il ne gagnait en tant que chef d'équipe que 12 euros de l'heure, tandis que deux autres chefs d'équipe étaient rémunérés 20 euros de l'heure. La Cour a également rappelé qu'il ne suffit pas d'établir une différence de rémunération; il faut encore que le salarié établisse (ou du moins rende plausible) que cette différence de traitement est inspirée par un des critères de discrimination prohibés, dont il est question ci-après⁶⁸².

Si par exemple, pour recruter un informaticien, l'employeur accepte de lui accorder 5 jours de congé supplémentaires, il peut le faire sans devoir accorder le même avantage aux autres informaticiens de l'entreprise. En matière de salaires, le principe « à travail égal, salaire égal » ne vaut pas dans cette formulation très générale. Le fait d'accorder un avantage à certains salariés n'oblige ainsi pas l'employeur à en faire de même pour

⁶⁸⁰ Art. 2 (1) de la Convention OIT n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

⁶⁸¹ CSJ, 3e, 29 juin 2017, 39383, Répertoire I.3.5.1.

⁶⁸² CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 41026, Répertoire I.3.5.2.2.

d'autres⁶⁸³. La politique de rémunération de l'employeur ne doit pas nécessairement être cohérente et retraceable (→ Tome II). Si deux salariés masculins, à compétences et ancienneté comparables, perçoivent des salaires différents, aucun reproche ne peut être juridiquement fait à l'employeur. Si à durée de travail égale, un ingénieur gagne plus qu'un comptable, l'employeur ne doit pas justifier le bien-fondé de cette différence. En matière disciplinaire, les salariés ne peuvent reprocher à l'employeur de sanctionner une même faute de manière différente. L'absence de principe général d'égalité implique ainsi que l'employeur n'a pas à justifier chacune des décisions qu'il prend et donc qu'il n'y a pas de contrôle juridictionnel. Un Tribunal ne se pencherait pas sur la justification d'une telle différence de traitement.

238. Egalité de traitement entre formes de contrats. Dans certains cas, la loi énonce un principe restreint d'égalité de traitement entre différentes formes de contrats. Le but essentiel est d'éviter que les salariés embauchés sous un régime atypique ne soient défavorisés par rapport à ceux travaillant dans le cadre d'une relation de travail plus classique. En pratique, ces règles sont difficiles à appliquer et il existe très peu de décisions de justice aboutissant effectivement à un redressement⁶⁸⁴. Une fois de plus, il faut regretter l'absence de régime juridique uniforme.

Article	Salarié protégé	Salarié de comparaison	Objet de l'égalité de traitement
L. 131-13 (1)	Salarié intérimaire	Salarié permanent de même qualification ou de qualification équivalente embauché dans les mêmes conditions ⁶⁸⁵	Salaire et certaines conditions de travail (accès aux installations collectives) (→ I.53)
L. 132-2 (2)	Salarié temporairement mis à disposition	Salarié permanent de même qualification ou de qualification équivalente embauché dans les mêmes conditions ⁶⁸⁶	Salaire
L. 122-10	Salarié sous CDD	Salarié sous CDI	Salaire et autres conditions de travail (→ I.552)
L. 123-6	Salarié à temps partiel	Salarié à temps plein	Salaire et autres conditions de travail (→ Tome II)
Convention ⁶⁸⁷	Télétravailleur	Travailleur comparable dans le local de l'entreprise	Conditions d'emploi, charge de travail, accès à la formation et aux possibilités de carrière

⁶⁸³ CSJ, 3e, 15 octobre 2015, 39615, Répertoire I.3.5.1.

⁶⁸⁴ Sur l'efficacité toute relative de ces mesures, voir : Travail flexible et atypique, n° 195 et 201.

⁶⁸⁵ Ou le cas échéant par référence au salaire prévu par la convention collective de branche, voire un salarié équivalent dans une autre entreprise.

⁶⁸⁶ Ou le cas échéant par référence au salaire prévu par la convention collective de branche, voire un salarié équivalent dans une autre entreprise.

⁶⁸⁷ Art. 8, 13 et 14 de la Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 13 octobre 2006.

Pour les intérimaires et les salariés mis à disposition, le principe d'égalité de traitement est formulé de manière unilatérale en ce sens que le salaire d'un intérimaire « ne peut être inférieur » à celui d'un salarié permanent. Rien n'interdit cependant qu'il soit supérieur, donc que les salariés permanents soient traités moins favorablement que les temporaires.

Une égalité de traitement est également à respecter entre les délégués du personnel et les autres salariés. Les délégués sont spécialement protégés et tout traitement défavorable à leur égard s'analyse en délit d'entrave. En ce qui concerne les délégués s'adonnant à plus de 50 % de leur durée de travail à leur mission de délégué et en particulier pour les délégués libérés (i.e. s'adonnant à temps plein à leur mission de délégué), qui peuvent être institués dans les entreprises de 250 salariés et plus, l'article L.415-5(5) prévoit qu'un accord est à trouver avec la délégation pour les faire profiter d'une évolution de carrière théorique.

2. DISCRIMINATION

239. Contexte. Différencier, ce n'est pas discriminer. L'absence de principe général d'égalité de traitement implique que l'employeur est en principe en droit de fonder ses décisions sur les critères de son choix, ou même de les abandonner au hasard. Il peut ainsi décider qu'en cas de conflit entre des demandes de congé de plusieurs salariés, il sera procédé par tirage au sort, que la première demande sera prioritaire, que le congé est accordé en fonction du rang d'ancienneté ou en fonction du signe astrologique. Il n'est cependant a priori pas en droit de décider qu'une priorité sera accordée aux salariés plus âgés ou à ceux ayant des enfants. En effet, certains critères énumérés par la loi sont interdits : ils ne peuvent fonder un choix de l'employeur.

Pour un guide pratique sur l'égalité entre hommes et femmes, les actions positives et le rôle du délégué à l'égalité, voir :

- Chambre des salariés, L'égalité dans les entreprises, 2017 (Guide pratique pour le délégué à l'égalité).

Pour un exposé plus détaillé des règles de discrimination, voir :

- Discrimination au travail, guide pratique, éditions Promoculture.

Pour un historique et résumé des règles de discrimination, voir aussi :

- Aux origines du droit du travail, n° 212 et suivants.

Sur l'évolution de la législation distinguant selon le sexe et le statut des femmes au travail, ainsi que certains autres critères de discrimination (âge, langue, etc.), la promotion de l'égalité des chances, voir :

- Aux origines du droit du travail, n° 427 et suivants.

240. Bases légales. Des règles de non-discrimination peuvent être trouvées dans plusieurs textes de nature civile et pénale; la cohérence entre ces textes n'est pas toujours assurée. Sur le plan pénal, les articles 454 et suivants du Code pénal, qui se fondent sur une convention internationale⁶⁸⁸, sanctionnent de peines d'amende et d'emprisonnement de nombreuses formes de discrimination, y compris en matière d'emploi. Sur le plan civil, les articles L.241-1 et suivants (sexe) et L.251-1 et suivants (autres critères) du Code du travail, fondées sur le droit européen⁶⁸⁹, interdisent la

⁶⁸⁸ Loi du 9 août 1980 prise en exécution de la Convention internationale de New York du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et complétant le Code pénal par les articles 454 et 455 nouveaux.

⁶⁸⁹ Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; Directive 2000/43/CE du Conseil du

discrimination en matière de travail et prévoient notamment la nullité de toute clause discriminatoire, ainsi qu'un régime de preuve allégé en faveur des victimes de discriminations. De manière générale, le Luxembourg s'est limité à transposer en droit national les exigences du droit international et européen, sans aller au-delà. Les règles relatives à l'égalité des sexes sont plus anciennes et plus développées que pour les autres critères; elles ont cependant fait l'objet de quelques adaptations récentes; ainsi, les dispositions d'un règlement de 1974 ont été reprises et précisées aux articles L. 225-1 du Code du travail⁶⁹⁰.

241. Notion de discrimination. Si dans le langage commun, le terme de discrimination est utilisé de manière large pour dénoncer toute situation vécue comme étant injuste ou inéquitable, la notion légale est bien plus restrictive. Elle se réfère certes à une différence de traitement, mais celle-ci doit être rattachée à certaines caractéristiques déterminées du salarié (critères de discrimination). En reprenant les définitions du droit européen, le Code du travail définit les notions de discrimination directe et indirecte (L. 241-1 (2)) et L. 251-1(2)). **(a)** La discrimination **directe** est la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de cette caractéristique qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. Le juge peut donc aussi procéder à une comparaison avec des salariés ayant quitté l'entreprise ou même procéder à un raisonnement abstrait. Une discrimination peut ainsi exister par rapport à un salarié de sexe opposé ayant antérieurement travaillé dans l'entreprise⁶⁹¹. **(b)** Une discrimination **indirecte** se produit « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [remplissant un des critères] par rapport à d'autres personnes ». Il s'agit donc de mettre en évidence, notamment en recourant à des statistiques ou données similaires, un impact indirect sur les salariés d'une certaine catégorie. Il s'agit d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable sur certains salariés ; plus subtile que la discrimination directe, cette forme de discrimination se commet souvent sans intention de discriminer. Elle est difficile à établir et les exemples concrets en pratique sont rares. L'exemple le plus fréquemment présenté, et confirmé à plusieurs reprises par la CJUE, est celui des salariés à temps partiel : un traitement défavorable des salariés à temps partiel équivaut à une discrimination indirecte des femmes (critère du sexe), puisque statistiquement, le travail à temps partiel est très largement féminin. Une référence au critère de l'ancienneté peut, selon les cas, constituer une discrimination indirecte fondée sur l'âge⁶⁹². Certains argumentent aussi que des critères de recrutement, d'évaluation ou de primes liés exclusivement à la force physique peuvent induire une discrimination indirecte entre

29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁶⁹⁰ Loi du 15 décembre 2016 portant: 1. modification du Code du travail; 2. modification de l'article 2 de la loi modifiée du 21 décembre 2007 portant réglementation du financement des partis politiques.

⁶⁹¹ CSJ, 13 juillet 1995, 16893, Répertoire I.3.5.2.1. : Une discrimination de salaire par rapport au sexe subsiste si la salariée prouve, eu égard à la nature de ses prétentions, qu'elle a perçu une rémunération moindre qu'un travailleur masculin employé antérieurement à la période de son engagement qui effectuait le même travail ou un travail de valeur égale pour le même employeur.

⁶⁹² Chambre des salariés, L'égalité dans les entreprises, 2017, Guide pratique pour le délégué à l'égalité, p. 9.

sexes. Une politique de priorité pour les recrutements ou pour les « jobs d'été » en faveur des enfants ou membres de la famille du personnel peut conduire à une discrimination fondée sur l'état familial ou l'origine sociale. Toutes les exigences relatives à l'aptitude physique renferment le risque d'une discrimination indirecte fondée sur le handicap, l'état de santé, voire l'âge, et devront dès lors faire l'objet d'une justification.

242. Champ d'application. Le champ d'application des règles de non-discrimination varie en fonction du texte considéré, mais est en général très large. En ce qui concerne en particulier le Code du travail⁶⁹³, les règles englobent l'accès à l'emploi, la formation professionnelles, les conditions de travail, le salaire, le licenciement, etc. Les règles de non-discrimination jouent en principe dans les deux sens : il ne s'agit pas simplement de protéger une minorité ou une catégorie défavorisée (p.ex. religion, sexe minoritaire, jeunes ou âgés), mais d'assurer une égalité de traitement. Un traitement plus favorable de la catégorie défavorisée n'est possible que dans le cadre d'une action/discrimination positive.

243. Discriminations justifiées. Une discrimination est justifiée dans les cas suivants :
(a) Une discrimination directe ne peut en principe être justifiée qu'en présence d'une disposition explicite. La loi admet des dérogations notamment lorsqu'« en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »⁶⁹⁴. L'hypothèse d'école est l'embauche d'acteurs pour jouer un rôle spécifique ou de mannequins pour présenter une collection. On peut aussi refuser d'embaucher un malvoyant (handicap) comme pilote. Les différences fondées sur l'âge peuvent également être objectivement justifiées (L. 252-2) et la loi prévoit encore une exception pour les « entreprises à tendance », c'est-à-dire les « activités professionnelles d'églises et d'autres organisations ... dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » (L. 252-1 (2)). Une discrimination directe n'est en principe justifiable que dans les cas limitativement énumérés par la loi; il n'y a pas, comme en matière de discrimination indirecte, de référence générale à une « justification objective ». Néanmoins, dans un arrêt de 2015⁶⁹⁵, la Cour a retenu que « l'employeur a la possibilité non seulement de contester que les conditions d'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins sont réunies en l'espèce, mais également de faire valoir des motifs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe en vue de justifier la différence de rémunération constatée »⁶⁹⁶. Nous doutons que cette approche soit conforme au droit européen. Dans cette affaire les juges n'ont pas retenu de discrimination en argumentant que la

⁶⁹³ Art. 2 de la loi du 28 novembre 2006; Art. L. 241-2 C.T.; Art. L. 251-2 C.T.

⁶⁹⁴ Art. L. 252-1 (1) C.T. et en termes quasiment similaires Art. L. 241-3 C.T.

⁶⁹⁵ CSJ, 8e, 7 décembre 2015, 39457, Répertoire I.3.5.2.1.; même approche dans TT Lux., 11 décembre 2003, 5103/03, Répertoire I.3.5.2.2. : « La victime doit établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination sexuelle. Un seul fait suffit. Si ce ou les faits sont établis, il incombe à la demanderesse de démontrer que la différence de traitement s'explique non pour des raisons de sexe, mais pour d'autres raisons objectives indépendantes du sexe des intéressés ».

⁶⁹⁶ Etant entendu que l'argument consistant à dire que les salariés ne réalisent pas un travail de valeur égale n'est pas un cas de justification objective, mais une condition préalable pour conclure à l'existence d'une discrimination.

différence de rémunération était justifiée « par des critères neutres, non liés au sexe », alors que le collègue masculin de référence avait un niveau de formation supérieur, ainsi qu'une expérience professionnelle plus élevée. Une autre solution aurait consisté à dire que de ce fait, les deux salariés ne prestent pas un travail à valeur égale, de sorte qu'il n'y a pas de situation de discrimination. En effet, même si on pouvait s'adonner à de longs raisonnements théoriques, dans la pratique argumentaire, le fait de dire que la différenciation est « objectivement justifiée » ou de dire que les salariés ne peuvent être comparés parce qu'ils ne se trouvent pas dans une « situation comparable » revient souvent au même. **(b)** Une discrimination indirecte peut toujours être « objectivement justifiée par un objectif légitime et [si] les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires ». Le juge apprécie donc librement s'il y a une justification objective ou non. Un critère de force physique privilégiant, dans la moyenne statistique, les salariés masculins, peut par exemple se justifier si cet effort représente la principale plus-value de la tâche. Une référence à l'ancienneté peut se justifier par une politique de fidélisation des salariés, même si elle se répercute dans les statistiques par un traitement défavorable des jeunes. **(c)** Une discrimination peut encore être justifiée à titre d'action positive.

244. Actions positives. Si les pouvoirs publics ont une obligation d'intervenir pour assurer l'égalité des chances, l'employeur satisfait en principe à ses obligations en restant neutre; il n'est pas obligé de mettre en place des mesures pour rétablir l'égalité des chances, mais la loi l'y autorise sous forme d'« actions positives ». **(a)** De manière générale, la loi n'interdit pas des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à un des critères de discrimination pour assurer la pleine égalité dans la pratique (L. 241-4 et L. 252-3). Une mesure positive pourrait consister dans la fixation de quotas pour l'embauche de personnes âgées et/ou de jeunes sans expérience professionnelles (candidats qui, selon les statistiques, sont effectivement défavorisés sur le marché du travail), dans la détermination d'un certain pourcentage de femmes parmi les cadres, ou dans le fait de réserver des postes d'apprentissage à certaines minorités nationales. En pratique, les mesures d'actions positives sont cependant délicates à mettre en œuvre ; d'un côté, elles peuvent être mal comprises par les autres salariés qui s'estiment défavorisés, et d'un autre côté, l'employeur ne peut jamais être certain qu'un tribunal partagera sa vision de l'égalité des chances. Est-il par exemple admissible d'accorder une plus grande flexibilité horaire aux salariés ayant des enfants scolarisés (en argumentant qu'ils sont défavorisés par des contraintes supplémentaires sur leur trajet professionnel). Si la loi accorde des congés supplémentaires aux salariés handicapés, est-il cependant permis de lier des jours de congé supplémentaires à l'âge du salarié (il faudrait admettre que l'âge induit une plus grande fatigue au travail et/ou une récupération moins rapide) ? Peut-on, en cas de licenciement économique, licencier en priorité les plus jeunes en faisant valoir qu'ils ont plus de chances pour retrouver un emploi ? Puis-je accorder d'avantage de jours libres aux salariés appartenant à une religion minoritaire en argumentant que ceux de la religion majoritaire bénéficient d'ores et déjà, de par la loi, de nombreux jours fériés coïncidant avec leurs fêtes religieuses ? **(b)** Le Code prévoit par ailleurs des mesures spécifiques concernant le sexe sous-représenté. Le sexe sous-représenté n'est pas nécessairement aussi le « sexe défavorisé », puisqu'on peut par exemple être sous-représenté mais néanmoins gagner plus. Est sous-représenté dans une profession ou un métier le sexe dont la représentation est égale ou inférieure à 40 % de l'ensemble des salariés exerçant cette profession ou ce métier sur le territoire national (L. 242-1). L'employeur peut se faire autoriser de procéder à un recrutement sélectif et à diffuser

des offres d'emploi ciblant le sexe sous-représenté (L. 242-3). **(c)** Pour le sexe sous-représenté, l'employeur peut également instituer des actions positives pour faciliter l'exercice de la profession en assurant par exemple une meilleure conciliation de la vie familiale et professionnelle (L. 243-1). Ces actions positives peuvent être subsidiées par des fonds publics (L. 243-5). **(d)** En matière de formation professionnelle continue, les plans de formation doivent assurer l'égalité des chances en prêtant notamment une attention particulière à une participation équitable du sexe sous-représenté⁶⁹⁷. Il doit également être tenu compte du rapport entre hommes et femmes et entre salariés qualifiés et sous-qualifiés.

245. Les critères de discrimination. Les critères de non-discrimination sont multiples et variés en fonction des différents textes qui peuvent trouver application. Certaines notions peuvent par ailleurs se recouper. Beaucoup de concepts, par exemple celui des « caractéristiques génétiques » ou celui des « mœurs », laissent une large marge d'interprétation. Le tableau ci-après reprend les critères visés par les principales dispositions applicables; les développements qui suivront focaliseront essentiellement sur les dispositions du Code du travail luxembourgeois. La notion de sexe inclut en principe la situation de famille (état matrimonial et familial). Pour se conformer au droit européen, le Luxembourg a précisé en 2016⁶⁹⁸ qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe est assimilée à une discrimination fondée sur le sexe. La loi assimile aussi tout harcèlement sexuel à une discrimination fondée sur le sexe⁶⁹⁹.

Si la différence de traitement ne peut être reliée à un de ces critères, il n'y a pas de discrimination au sens légal, même si la situation peut être vécue comme étant injuste ou inéquitable. Par exemple, l'apparence physique ne figure pas dans la liste des critères; pourtant, l'attractivité physique a une influence mesurable sur le niveau de salaire, même si cette influence semble plus limitée au Luxembourg que dans d'autres pays⁷⁰⁰. Il en est de même pour les capacités linguistiques, qui jouent un rôle important au Grand-Duché.

⁶⁹⁷ La notion de sexe sous-représenté étant cependant définie ici par rapport à l'entreprise et non par rapport à la profession dans son ensemble; Art. 9 du règlement grand-ducal du 22 janvier 2009.

⁶⁹⁸ Loi du 3 juin 2016.

⁶⁹⁹ Art. L. 241-1 (3); l'assimilation étant cependant imparfaite, puisqu'un harcèlement indifférencié des salariés masculins et féminins se conçoit.

⁷⁰⁰ LIU Xing, SIEMINSKA Eva, Evaluating the effect of beauty on labor market outcomes, CEPS/Institute for Economic Policy Studies, Working Papers, n° 11/2014.

	Code du Travail	Code pénal ⁷⁰¹	CDUE ⁷⁰²	CEDF ⁷⁰³	OIT ⁷⁰⁴	CET ⁷⁰⁵	données pers. ⁷⁰⁶
sexe	X	X	X	X	X	X	
situation de famille	X	X					
maternité					X ⁷⁰⁷		
orientation sexuelle	X	X	X			X	X
religion	X	X	X	X	X	X	X
convictions	X		X			X	
opinion	X	X ⁷⁰⁸	X	X	X ⁷⁰⁹		X
âge	X		X			X	
état de santé		X					X
handicap	X	X	X			X	
race	X	X	X		X	X	
couleur (de peau)		X	X	X	X		
caractéristiques génétiques			X				X
ethnie / origine ethnique	X	X	X	X		X	
origine		X					
origine sociale			X	X	X		
origine/ascendance nationale		X		X	X		
nationalité	X					X	
appartenance à une minorité nationale			X	X			
mœurs		X					
adhésion / activités syndicales		X			X ⁷¹⁰		X
langue ⁷¹¹			X	X			

⁷⁰¹ Art. 454 du Code pénal.

⁷⁰² Art. 21 (1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette disposition « interdit » tout discrimination fondée sur un de ces critères.

⁷⁰³ Art. 1 du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La disposition vise la jouissance de tout droit prévu par la loi et les discriminations de la part d'une autorité publique.

⁷⁰⁴ Convention OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

⁷⁰⁵ Compétences du Centre pour l'Egalité de Traitement; Art. 9 de la loi du 28 novembre 2006.

⁷⁰⁶ Données qualifiées de « particulières » par la réglementation sur les données personnelles et dont le traitement est en principe interdit. Le fait que de telles données ne puissent être traitées fait partie intégrante de la protection contre la discrimination. Art. 9 du Règlement UE 2016/679.

⁷⁰⁷ Art. 9 (1) de la Convention OIT n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité.

⁷⁰⁸ « opinions politiques ou philosophiques »

⁷⁰⁹ « Opinion politique ».

⁷¹⁰ Art. 1 (1) de la Convention OIT n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective : « Les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi ».

fortune			X	X			
naissance			X	X			

246. Nationalité. Le droit de l'Union européenne impose un traitement égal entre nationaux et ressortissants d'un autre pays membre de l'Union. L'article 21 (2) CDFUE interdit une discrimination fondée sur la nationalité. L'article 15 (2) de la CDFUE ajoute que les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des Etats membres ont droit à des conditions de travail équivalant à celles dont bénéficient les citoyens de l'Union. L'article 45 TFUE garantit la libre circulation des travailleurs, qui « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Ces obligations sont concrétisées dans un Règlement de 2011 qui prévoit notamment que les ressortissants d'un Etat membre ne peuvent, sur le territoire des autres Etats membres être, en raison de leur nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'ils sont tombés au chômage⁷¹². Des clauses de conventions collectives ou individuelles sont nulles si elles prévoient des conditions discriminatoires⁷¹³. Il est cependant souligné que le droit d'accès au marché du travail « ne concerne pas les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir »⁷¹⁴. Relevons encore qu'une Convention internationale impose une certaine égalité de traitement des apatrides en matière d'avantages sociaux⁷¹⁵.

Par une loi de 2017⁷¹⁶, le Luxembourg a complété la liste des critères de non-discrimination en y ajoutant celui de la nationalité. L'article L. 252-2 (3) prévoit toutefois que des différences de traitement peuvent être justifiées, notamment au regard de l'accès à l'emploi de personnes ressortissantes de pays tiers; cet article est formulé de manière très large (« le principe de l'égalité de traitement ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité ») et semble donc vider le principe de base de toute substance⁷¹⁷.

247. Sanctions pénales. Une discrimination fondée sur le sexe et en matière de salaires est sanctionnée par une amende (→ I.254). De manière plus générale, l'article 454 du Code pénal prévoit des peines d'amende et de prison à l'encontre de ceux qui

⁷¹¹ Sur l'usage des langues dans le domaine professionnel, voir : Aux origines du droit du travail, n° 475 et suivants.

⁷¹² Art. 7 (1) du Règlement U.E. n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

⁷¹³ Art. 7 (4) du Règlement U.E. n° 492/2011 précité.

⁷¹⁴ Art. 3 (1) al. 2 du Règlement U.E. n° 492/2011 précité.

⁷¹⁵ Art. 24 de la Convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides.

⁷¹⁶ Loi du 7 novembre 2017 complétant la transposition de la directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs et modifiant le Code du travail.

⁷¹⁷ Ce qui semble conforme à la volonté du législateur : « les autorités prennent néanmoins soin d'instaurer les gardes-fous nécessaires pour qu'une différenciation par la nationalité puisse toujours s'opérer, notamment en matière... de droit du travail » (Projet de loi n° 7102, Rapport de la Commission de la Famille et de l'intégration, 2 octobre 2017, page 5). Il n'est donc guère clair ce qui reste du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité.

« entravent l'exercice normal d'une activité économique quelconque », « refusent d'embaucher, sanctionnent ou licencient une personne » ou encore subordonnent l'accès au travail, tous les types de formation professionnelles, ainsi que les conditions de travail » à un des critères de discrimination prévus par le Code pénal.

248. Sanctions civiles. Pour les critères de discrimination énumérés par le Code du travail, ce dernier prévoit la nullité de toute disposition dans un contrat, une convention collective ou un règlement intérieur d'entreprise (L. 241-9 et L. 253-3). Il devrait en être de même à notre avis pour toute discrimination, y compris pour des critères figurant dans d'autres textes⁷¹⁸. Il y a également lieu de déclarer nuls ou sans effets toutes les décisions unilatérales prises par l'employeur sur base d'une considération discriminatoire.

A notre avis, la nullité n'est pas toujours une sanction adéquate. En effet, tout d'abord, la nullité peut préjudicier un tiers qui n'a rien à se reprocher en matière de discrimination : faut-il annuler le contrat de travail d'un candidat de bonne foi qui a été recruté parce que l'employeur préférerait embaucher un jeune plutôt que le candidat plus âgé ? Par ailleurs, la nullité conduit à un nivellement vers le bas : si par exemple seuls les salariés avec enfants avaient droit à une prime, la nullité de cette clause ferait en sorte que personne n'y aurait droit.

Aucun texte ne prévoit explicitement que les personnes discriminées devraient bénéficier du même avantage que les autres. Une telle règle pourrait en effet s'avérer inapplicable; devrait-on obliger l'employeur à embaucher toutes les candidates féminines qu'il a rejetées parce qu'il a préféré embaucher un homme ? faut-il accorder à tous les salariés le droit de prendre congé en août au motif que l'employeur avait voulu réserver une priorité aux salariés avec enfants ? Par contre, une pratique discriminatoire constitue en général un comportement fautif qui engage la responsabilité de l'employeur. Sur cette base, le salarié peut dès lors réclamer indemnisation de son préjudice tant moral que matériel. Le préjudice matériel d'une personne qui n'a pas été embauchée ou promue en raison de son orientation sexuelle pourrait se traduire par l'indemnisation d'une perte d'une chance, donc d'un certain pourcentage de ce qu'elle aurait pu espérer gagner en salaire. Le préjudice matériel d'une personne qui a été rémunérée à un niveau inférieur en raison de son handicap, pourrait par contre se traduire par une condamnation à l'intégralité de la différence de salaire à titre de dommages-intérêts.

Enfin, une discrimination peut constituer une faute grave dans le chef de l'employeur, autorisant le salarié à démissionner avec effet immédiat et à demander indemnisation à ce titre.

249. Défense contre des discriminations. Le salarié victime d'une discrimination peut intenter les actions civiles et pénales qui viennent d'être mentionnées. Le Centre pour l'Égalité de Traitement (C.E.T.) est un organe mis en place notamment pour apporter une aide aux personnes qui s'estiment victimes d'une discrimination en dispensant des conseils et en informant les victimes sur leurs droits⁷¹⁹. La loi accorde en outre aux syndicats le droit d'intenter certaines actions ou d'intervenir dans des actions engagées par le salarié en matière de discrimination (L. 241-6, L. 253-4). Les salariés

⁷¹⁸ Pour contrariété au Code pénal, sinon à une convention internationale définissant des garanties fondamentale, et donc à l'ordre public.

⁷¹⁹ Art. 9 de la loi du 28 novembre 2006. La compétence du C.E.T. est limitée à certains critères spécifiques de discrimination.

sont également protégés contre toute forme de représailles en raison de protestations ou refus opposés à un acte ou comportement discriminatoire, en raison d'une plainte formulée ou d'une action en justice ou pour avoir témoigné (L. 241-8, L. 253-1). Des dispositions contraires sont nulles et en cas de résiliation du contrat, le salarié peut en faire valoir la nullité endéans un délai de 15 jours. Enfin, la loi accorde au salarié un allègement de la charge de la preuve.

250. Régime de la preuve. (a) Un premier problème en matière de discrimination réside dans la connaissance, puis dans la preuve du traitement inégalitaire. Le salaire des collègues est souvent une inconnue; de même, un tiers des salariés déclare ne pas comparer leur salaire à celui des autres⁷²⁰. Ainsi par exemple, il appartient dans un premier temps au travailleur qui s'estime victime d'une discrimination de prouver qu'il perçoit une rémunération inférieure à celle versée par l'employeur à son collègue de l'autre sexe [ou remplissant un autre critère de non-discrimination] et qu'il exerce en réalité un même travail ou un travail de valeur égale, comparable à celui effectué par son collègue de référence⁷²¹. **(b)** Ensuite, si une différence de traitement est établie, il faut encore prouver qu'elle se fonde, directement ou indirectement, sur un des critères de discrimination limitativement énumérés. En matière de discrimination, le Code prévoit un allègement de la charge de la preuve en matière civile. Ces règles ne s'appliquent pas pour le volet pénal où demeure le principe que l'accusation doit rapporter la preuve de la culpabilité. La Cour rappelle qu'il appartient d'abord au salarié qui s'estime discriminé d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, auquel cas il appartient à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement⁷²². Selon le même arrêt, les éléments apportés par le salarié doivent laisser supposer l'existence d'un lien de causalité entre la décision de l'employeur et un quelconque critère discriminatoire, toute présomption de discrimination devant être écartée. Malgré l'emploi du pluriel par le Code (« des faits »), il a été décidé qu'un seul fait peut être suffisant pour renverser la charge de la preuve⁷²³.

Art. L. 244-3. [égalité homme/femme] Dès qu'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

Art. L. 253-2 (1). [autres critères de non-discrimination] Lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi (...) devant la juridiction civile ou administrative, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.»

⁷²⁰ HAURET Laetitia, WILLIAMS Donald, Choice of colleagues as reference group for wage comparison: does group composition matter ?, LISER, Working Papers n° 10/2017, p. 7.

⁷²¹ CSJ, 8e, 7 décembre 2015, 39457, Répertoire I.3.5.2.1.

⁷²² CSJ, 8e, 15 décembre 2011, 35832, Répertoire I.3.5.1.; CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 41026, Répertoire I.3.5.2.2.

⁷²³ TT Lux., 11 décembre 2003, 5103/03, Répertoire I.3.5.2.2.

251. Licenciement discriminatoire. Un licenciement discriminatoire est annulable⁷²⁴. Cette situation se conçoit essentiellement dans deux cas, à savoir soit si l'employeur licencie un salarié en se basant sur un des critères de non-discrimination (p.ex. un licenciement pour homosexualité) ou si l'employeur licencie pour motif économique et base le choix des salariés affectés sur un critère de non-discrimination (p.ex. en épargnant systématiquement ceux ayant des enfants).

L'argument du caractère discriminatoire du licenciement n'est pas soulevé fréquemment devant nos juridictions. Très peu d'affaires aboutissent à la reconnaissance d'une discrimination, soit parce que le salarié ne parvient pas à démontrer les motifs ayant animé l'employeur à licencier⁷²⁵, soit parce que le juge considère que la différenciation est justifiée. Il a été décidé que ne constitue pas une discrimination le fait que l'employeur procède à plusieurs licenciements ne propose qu'aux plus âgés de les maintenir en service, tout en les dispensant et en payant leur salaire⁷²⁶; cette différenciation a été considérée comme étant adéquate et rationnelle. Ne commet pas non plus une discrimination indirecte en raison de l'âge et de la maladie un employeur qui choisit les salariés les moins performants lors de suppressions de postes⁷²⁷. Ne constitue pas une discrimination fondée sur l'état de santé le fait de licencier un salarié pour cause d'absentéisme prolongé⁷²⁸.

3. EGALITÉ DE RÉMUNÉRATION ENTRE HOMMES ET FEMMES

252. Généralités. L'égalité de rémunération entre hommes et femmes est une des plus anciennes revendications d'égalité ; elle peut être considérée comme le « noyau dur » et historique de ce domaine. Il s'agit certes d'une discrimination comme les autres. Néanmoins, dans les textes elle est souvent traitée à part et de manière plus détaillée, raison pour laquelle nous l'abordons également séparément. L'égalité de traitement est un principe ancré dans une convention OIT de 1951⁷²⁹ et à l'article 147 TFUE⁷³⁰. Au Luxembourg, la législation afférente vient d'être intégrée en 2016 dans le Code du travail⁷³¹. Si le Luxembourg peut se vanter d'avoir en Europe le plus faible écart entre

⁷²⁴ Le salarié doit cependant être cohérent dans ses demandes; a été déclarée irrecevable une action en nullité pour discrimination si le salarié a intenté une action parallèle (et non à titre subsidiaire) en licenciement abusif; CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 41026, Répertoire I.3.5.3.

⁷²⁵ Voir p.ex. CSJ, ordonnance, 1er décembre 2011, Répertoire I.3.5.3.; CSJ, 8e, 15 décembre 2011, 35832, Répertoire I.3.5.3.

⁷²⁶ CSJ, 8e, 7 décembre 2006, 30009, Répertoire I.3.5.3.

⁷²⁷ TT Lux., 15 février 2010, n° 646/2010, Répertoire I.3.5.3.

⁷²⁸ CSJ, 22 mai 2003, 27318, Répertoire I.3.5.3.

⁷²⁹ Convention OIT n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine.

⁷³⁰ Article 157 TFUE : « 1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. 2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique: a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure; b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. »; voir aussi l'article 69 de l'accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen.

⁷³¹ Loi du 15 décembre 2016.

les salaires des femmes et des hommes, il doit par contre également admettre qu'il a le plus faible taux d'occupation féminin (38 % de l'emploi total)⁷³². L'écart brut entre les salaires est de 17 %, mais il se réduit à 6 % en ramenant le salaire des nombreuses femmes à temps partiel à un équivalent temps plein. En outre, ce sont les salaires très élevés de quelques salariés majoritairement masculins qui influent sur les données relatives aux salaires moyens; le salaire médian (écartant les valeurs extrêmes) est, en équivalent temps plein, plus élevé pour les femmes que pour les hommes.

253. Principes. Tout employeur doit assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes (L. 225-1). Par salaire, « il faut entendre le salaire ordinaire de base ou minimal et tout autre avantage, payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier » (L. 225-2). Les différents éléments composant le salaire sont établis selon des normes identiques pour les hommes et les femmes; les catégories et les critères de classification et de promotion professionnelle ainsi que toutes les autres bases de calcul (L. 225-3 (2)). La loi de 2016 innove en définissant, par inspiration du droit français, la notion de « travail à valeur égale » : « Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse » (L. 225-3 (1)). Cette définition laisse encore une large marge d'appréciation aux tribunaux.

Une violation du principe d'égalité salariale (L. 225-1) est également une violation du principe d'égalité de traitement (L. 241-1 (1)), de sorte que toutes les dispositions afférentes telles que résumées ci-avant, trouvent application (droit d'action des syndicats, allègement de la charge de la preuve, protection contre les représailles, etc.).

254. Sanction d'une illégalité de rémunération. L'article L. 225-5 sanctionne d'une amende de 251 à 25.000 euros l'employeur qui ne respecte pas le principe d'égalité de traitement. En présence d'une démarche délibérée, il est loisible d'argumenter que les peines plus sévères de l'article 455 du Code pénal sont applicables, celui-ci sanctionnant toute discrimination consistant à subordonner les conditions de travail au critère du sexe. Sur le plan civil, l'article L. 225-4 prévoit la nullité de toute clause, notamment dans un contrat de travail, une convention collective ou un règlement intérieur qui comporte pour un ou des salariés de l'un des deux sexes un salaire inférieur à celui de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale. La loi précise en outre que « le salaire plus élevé dont bénéficient [les salariés discriminés] est substitué de plein droit à celui que comportait la disposition entachée de nullité ». L'effet est donc en principe rétroactif depuis le premier jour de la discrimination, mais limité par la prescription triennale des salaires⁷³³.

L'approche du législateur est assez restrictive, et au vu notamment de la jurisprudence européenne, il faudrait l'interpréter largement en y incluant également la nullité des clauses qui aboutissent indirectement à une inégalité de rémunération (discrimination indirecte) et en incluant également le cas dans lequel des salariés sont rémunérés au même montant, mais que l'un devrait gagner plus. Tel serait le cas par exemple si une

⁷³² Salaires, emploi et conditions de travail, Bulletin du Statec 1, février 2017.

⁷³³ Selon la formulation retenue, il s'agit bien de salaires, et non de dommages-intérêts. Il semble douteux si pour la période antérieure, le salarié peut changer de base légale et réclamer des dommages-intérêts d'un montant équivalent, lesquels se prescrivent par 30 ans. Voir en ce sens CSJ, 3e, 29 octobre 2015, 41033, Répertoire XXII.4.1.1.

salariée chef d'équipe, expérimentée et avec une grande ancienneté, gagnait le même salaire que les collaborateurs masculins nouvellement embauchés qu'elle doit encadrer. Le juge se trouve cependant en pareille situation obligé de fixer lui-même un salaire jugé adéquat.

255 à 279. – Réservés.

**TITRE III. –
CONCLUSION DU
CONTRAT DE
TRAVAIL**

280. Plan. La conclusion du contrat de travail marque le début de la relation de travail. L'entrée en service peut être postérieure à la conclusion du contrat de travail. Mais dès que le salarié entre en service, il y a conclusion (du moins tacite) d'un contrat de travail. Si le principe est celui de la liberté contractuelle, un certain nombre d'exceptions y sont cependant apportées (chapitre 1^{er}). La conclusion du contrat est par ailleurs précédée généralement d'une phase précontractuelle portant sur la recherche de candidats (chapitre 2) et d'autres démarches (chapitre 3). Le contrat se forme ensuite au moyen d'un accord de volontés entre parties (chapitre 4), qui doit en principe être documenté par un écrit à signer au plus tard au moment de l'entrée en fonctions (chapitre 5). Après la conclusion du contrat, le contrat de travail fera normalement l'objet d'une exécution (objet du Tome II), soit pendant une durée fixée d'avance (CDD), soit jusqu'à résiliation par une des parties (CDI); quelques obligations spécifiques pèsent toutefois sur l'employeur à la suite immédiate de l'embauche (chapitre 6).

CHAPITRE 1^{ER}. – RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

281. Liberté contractuelle et restrictions. Le principe de la liberté contractuelle, dont bénéficie tant l'employeur que le salarié, leur confère la liberté de contracter avec le partenaire de leur choix ou de ne pas contracter. D'un point de vue pratique et économique, cette liberté est souvent illusoire, tant pour le salarié (nécessité de se procurer un revenu; difficultés pour trouver des emplois) que pour l'employeur (difficultés pour trouver du personnel qualifié). Juridiquement cependant, elle est très largement reconnue et appliquée. Employeur et salarié sont en principe libres dans leurs choix, sans devoir motiver ou justifier un refus de leur part. Tant qu'il n'y a pas d'accord sur le contrat de travail, chaque partie est libre de refuser. En théorie, en cas de pourparlers de mauvaise foi, une responsabilité précontractuelle pourrait se concevoir; elle n'est cependant jamais mise en cause en pratique. Dès qu'il y a accord sur le contrat de travail, la liberté contractuelle fait place à l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions ... tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », chacune des parties devant tenir son engagement. Ainsi notamment, le salarié qui a signé le contrat de travail mais ne se présente pas le jour convenu engage sa responsabilité.

Certaines restrictions spécifiques à la liberté contractuelle figurent cependant dans notre législation sociale. Il faut s'interroger dans un premier temps si l'une des parties peut être obligée de s'engager dans une relation contractuelle (section 1). Dans un second temps se pose la question de savoir si une personne, dès lors qu'elle a décidé de s'engager dans un contrat de travail, est libre ou non du choix de son partenaire contractuel (section 2).

SECTION 1. – OBLIGATIONS DE CONTRACTER

§ 1^{er}. – Obligation du salarié de travailler

282. Liberté de travail et interdiction du travail forcé. Selon l'article 11 (4) de la Constitution, « la loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit ». L'article 15 (1) de la CDFUE énonce que « toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ».

Dans son aspect négatif, la liberté de travail inclut la liberté de ne pas travailler et notamment l'interdiction du travail forcé. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude ou être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire (Art. 4 CEDH, Art. 5 CDFUE). Le droit de l'OIT interdit également l'esclavage, le servage, la servitude pour dettes⁷³⁴; le travail forcé ne peut pas être imposé en tant que mesure disciplinaire du travail⁷³⁵.

Le fait de recruter, de transporter, de transférer, d'héberger, d'accueillir une personne, de passer ou de transférer le contrôle sur elle, en vue de l'exploitation du travail ou des services de cette personne sous la forme de travail ou de services forcés ou obligatoires, de servitude, d'esclavage ou de pratiques analogues et en général dans des conditions contraires à la dignité humaine est puni à titre de « traite des êtres humains » (Art. 382-1 CP). La pratique judiciaire montre que cette disposition est rarement appliquée en dehors du contexte de la prostitution et du proxénétisme.

283. Obligation de travailler. De nombreux salariés sont contraints économiquement à s'adonner à un travail rémunéré. Il n'existe cependant pas d'obligation générale de travailler. Dans certains cas toutefois, le refus de travailler peut entraîner des conséquences juridiques plus ou moins sévères; le concerné est cependant en général libre d'opter entre un travail salarié et un travail indépendant : **(a)** Le mariage oblige au secours et à l'assistance du conjoint (Art. 212 CCiv), à la contribution aux charges du ménage (Art. 214 CCiv) et à nourrir et entretenir les enfants (Art. 203 CCiv); l'oisiveté professionnelle peut être cause de divorce. **(b)** Les obligations alimentaires, essentiellement envers les enfants, obligent les concernés à se procurer des ressources, ressources qu'ils peuvent rarement se procurer autrement que par un travail salarié, sous peine de subir une condamnation à des peines d'emprisonnement pour abandon de famille (Art. 391bis CP). **(c)** Un chômeur indemnisé perd son droit aux indemnités de chômage s'il refuse un emploi approprié⁷³⁶. **(d)** Au pénal, une condamnation à des travaux d'intérêt général ne peut intervenir que de l'accord de l'accusé (22 (2) CP); même sans accord explicite, de nombreuses décisions prévoient une obligation de s'adonner à un travail rémunéré à titre de condition d'une libération conditionnelle ou de sursis probatoire. La violation de cette obligation pourra entraîner la privation de liberté. **(e)** Tout prisonnier condamné a le droit et est obligé de s'adonner au travail pénitentiaire; il peut en être privé par mesure disciplinaire⁷³⁷. **(f)** La législation luxembourgeoise prévoit un droit de réquisition du gouvernement en cas de conflit armé, de crise internationale grave ou de catastrophe⁷³⁸.

Pour les aspects historiques et plus détaillés de la liberté de travail tant dans ses aspects positifs que négatifs, voir
- Aux origines du droit du travail, n° 226 et suivants.

⁷³⁴ Convention OIT n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé; Convention OIT supplémentaire du 7 septembre 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage.

⁷³⁵ Art. 1 de la Convention OIT n° 105 du 25 juin 1957 sur l'abolition du travail forcé.

⁷³⁶ Règlement grand-ducal du 25 août 1983 définissant les critères de l'emploi approprié.

⁷³⁷ Art. 288 et suivants du règlement grand-ducal du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires.

⁷³⁸ Art. 39 de la loi du 8 décembre 1981 sur les réquisitions en cas de conflit armé, de crise internationale grave ou de catastrophe.

§ 2. – Obligations de l'employeur d'embaucher

284. Généralités. Il n'existe à notre connaissance aucune règle légale qui interdirait de manière générale à une personne de créer un poste salarié. Il existe cependant certaines situations dans lesquelles un employeur peut être obligé d'embaucher. Par obligation d'embauche nous entendons le fait que l'employeur est obligé de recruter une personne en créant un poste, et non simplement l'obligation de choisir une personne déterminée dès lors qu'il a décidé de créer un poste. Si les interdictions de licencier sont nombreuses (→ Tome III), les obligations d'embauche ne le sont pas. Le principe de la liberté contractuelle s'accorde mal avec une obligation de conclure un contrat.

285. Eléments historiques. Après-guerre, considérant que « par suite de la guerre et de l'occupation ennemie des milliers de Luxembourgeois n'ont pu exécuter les contrats de travail, d'emploi ou de louage de service qu'ils ont librement souscrits »⁷³⁹, un arrêté obligeait tous les employeurs à réembaucher les salariés qui avaient été déportés, emprisonnés, enrôlés de force, etc., sous peine de devoir payer une indemnité de congédiement de 6 mois de salaire⁷⁴⁰. De même, une obligation d'embauche a été introduite en faveur des accidentés de travail et des invalides de guerre (sauf ceux s'étant volontairement mis à disposition de l'ennemi); tous les postes pouvant être occupé par eux devaient leur être réservés⁷⁴¹. Le gouvernement estimait que « pour des raisons d'équité, les accidentés du travail se voient réserver un droit de priorité dans les entreprises qui ont profité du fruit de leur labeur »⁷⁴². Cette législation sera étendue en 1959⁷⁴³ à toutes les personnes physiquement diminuées. Des quotas d'embauche ont été introduits pour les personnes handicapées en 1959 et rehaussés en 1991. Ce régime de quota sera adapté en 2002⁷⁴⁴ pour intégrer au-delà des handicapés à proprement parler, les salariés inaptes à leur ancien poste et bénéficiant d'un reclassement (actuel Art. L. 551-2 (1)).

286. Quota de handicapés. La loi oblige actuellement les employeurs occupant au moins 25 salariés à occuper à temps plein dans leur entreprise un certain quota de personnes ayant le statut de handicapé⁷⁴⁵ (L. 562-3 (2)). Dans le secteur privé, ils sont

⁷³⁹ Voir le 1^{er} Considérant de l'arrêté. Voir aussi HUBERTY François, WILWERTZ Paul, Le Ministère du travail au Service des victimes de guerre, p.38 : « La logique et l'équité, ensemble avec l'esprit de solidarité nationale, appelaient impérieusement des mesures appropriées pour permettre à ces personnes de reprendre le plus vite possible leur activité professionnelle au point et dans l'état même où elle s'exerçait avant ».

⁷⁴⁰ Arrêté grand-ducal du 30 janvier 1945, garantissant le droit à leurs anciens emplois à certaines catégories de travailleurs luxembourgeois.

⁷⁴¹ Arrêté grand-ducal du 26 février 1945 concernant la création d'un office pour le placement et la rééducation professionnelle des accidentés du travail et des invalides de guerre.

⁷⁴² HUBERTY François, WILWERTZ Paul, Le Ministère du travail au Service des victimes de guerre, p. 8.

⁷⁴³ Art. 6 (2) de la Loi du 28 avril 1959 concernant la création de l'Office de Placement et de Rééducation professionnelle des travailleurs handicapés : « Dans le secteur privé, les entreprises occupant régulièrement 50 travailleurs au minimum, sont tenues de réserver aux travailleurs handicapés 2% au moins de l'effectif total de leur personnel salarié en qualité d'employés ou d'ouvriers. Les entreprises occupant au moins 25 et au plus 50 travailleurs doivent accorder aux travailleurs handicapés un droit de priorité pour un poste auquel ils sont particulièrement aptes ».

⁷⁴⁴ Loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle.

⁷⁴⁵ Les personnes ayant fait l'objet d'un reclassement en interne en raison d'une inaptitude à leur ancien poste de travail ne sont plus pris en compte pour le calcul du quota.

obligés d'occuper à temps plein : 1 salarié handicapé (effectif 25-49); 2 % des effectifs (50-299); 4% des effectifs (300+); les taux sont calculés pour chaque établissement isolément. Dans le secteur public, des taux plus élevés trouvent application. Les employeurs doivent déclarer à l'ADEM les postes vacants à occuper par des handicapés (L. 562-4). En cas de refus de se conformer à cette obligation, l'employeur commet tout d'abord une infraction pénale⁷⁴⁶; en outre, il peut être contraint de payer une taxe de compensation équivalant à 50 % du salaire social minimum aussi longtemps que dure le refus et pour chaque salarié handicapé non embauché (L. 562-5). En pratique, cette législation reste cependant parfois lettre morte, notamment parce que les autorités n'appliquent pas les sanctions prévues en cas d'inobservation. Les quotas ont également conduit à une recherche, au sein des entreprises soucieuses de respecter la loi, de salariés qui pourraient figurer comme travailleurs handicapés⁷⁴⁷.

287. Autres cas. • Le PAN 1998 a introduit la possibilité pour le gouvernement d'obliger, en cas de crise, les entreprises de plus de 100 salariés à occuper des jeunes demandeurs d'emploi à raison d'1 % de leurs effectifs (L. 543-29 (1)). • Des obligations d'embauche compensatrice peuvent également découler de certaines formes de préretraite. • En cas de transfert d'entreprise, l'entrepreneur qui poursuit l'activité est obligé de respecter les contrats de travail des salariés qui y étaient affectés (→ I.650).

SECTION 2. – CHOIX DU PARTENAIRE CONTRACTUEL

288. Plan. Employeur et salarié sont en principe libres de s'engager ou non dans une relation de travail, de choisir leur partenaire contractuel et de fixer les conditions auxquelles ils entendent contracter. Cette liberté dans le choix de contracter ou de ne pas contracter, de même que dans le choix de la personne avec laquelle on contracte est cependant encadrée par les règles détaillées ci-après, qui s'adressent pour l'essentiel à l'employeur (§ 2). Du côté du salarié, les restrictions sont moins nombreuses (§ 1^{er}).

289. Politique d'emploi de l'entreprise. Tout comme un salarié n'est pas obligé d'avoir un plan de carrière, un employeur n'est pas légalement obligé de disposer d'une politique d'emploi et de recrutement, même si une telle politique cohérente et prévisionnelle est certes souhaitable. Un projet de loi déposé en 2014, mais dont la procédure n'a plus été poursuivie depuis 2015, prévoyait l'obligation pour les entreprises de 150 salariés ou plus d'établir un plan de gestion des âges⁷⁴⁸; effectivement, pas toutes les entreprises ne se soucient de la pyramide des âges de leur personnel⁷⁴⁹. En outre, les représentants du personnel sont dans une certaine mesure impliqués de manière consultative, l'employeur devant les informer sur l'évolution de l'emploi⁷⁵⁰; dans les entreprises de plus de 150 salariés, la délégation a par ailleurs un pouvoir de codécision pour définir la politique d'emploi, plus précisément pour fixer les

⁷⁴⁶ Art. 454, 455 CP : « Distinction opérée entre les personnes physiques à raison (...) de leur handicap (...) consistant à (...) refuser d'embaucher une personne ».

⁷⁴⁷ BESCH Sylvain, *Discrimination à l'emploi*, p. 139.

⁷⁴⁸ Projet de loi n° 6678 portant modification du Code du travail et portant introduction d'un paquet de mesures en matière de politique d'âges.

⁷⁴⁹ GENEVOIS Anne-Sophie, *Les entreprises face au vieillissement de la main-d'oeuvre : évolution entre 2004-2012 de la structure par âge des entreprises*, CEPS/Insee, Population & Emploi, Cahier 3/2013.

⁷⁵⁰ Voir : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 131 et suivants.

critères généraux de sélection personnelle en cas d'embauchage, de promotion, de mutation, de licenciement et d'admission à la préretraite⁷⁵¹ (L. 414-9 pt. 3).

§ 1^{er}. – Restrictions du choix du salarié quant à l'employeur

290. Obligations de non-concurrence. S'il a longtemps été admis qu'une clause de non-concurrence ne peut viser l'embauche auprès d'une entreprise concurrente, la jurisprudence récente paraît adopter une position différente (→ I.436). Par conséquent, le salarié qui a signé une telle clause n'est pas en droit de se faire embaucher par une entreprise concurrente, dans les conditions géographiques et temporelles définies par la clause de non-concurrence. S'il devait violer cette obligation, il aura commis une faute l'obligeant à indemniser son ancien employeur du préjudice subi; en fonction de la rédaction de la clause de non-concurrence, il pourra perdre, voire être obligé de rembourser une éventuelle indemnité de non-concurrence qui a été convenue.

Même en l'absence de clause expresse, le salarié ne saurait accepter de poste auprès d'un concurrent si, en parallèle, il reste aux services d'un autre employeur (→ I.431).

291. Employeurs en situation irrégulière Le Code du travail sanctionne à titre de 'travail clandestin' le fait pour une personne de se faire embaucher par une entreprise, lorsqu'elle sait que cette entreprise travaille dans la clandestinité, c'est-à-dire qu'elle ne dispose pas d'une autorisation d'établissement pour exercer son activité ou si elle ne régularise pas la situation administrative du salarié⁷⁵². Il en est d'ailleurs de même si en cours d'exécution, l'employeur perd son autorisation ou commet une autre irrégularité. Le salarié devra refuser d'être embauché, respectivement de continuer à travailler si son employeur est en conflit avec la loi. A défaut de ce faire, il encourt des sanctions pénales (L. 571-6 (2); L. 511-29). En pratique, il est cependant rare que des salariés soient effectivement poursuivis devant les tribunaux correctionnels.

Pour d'autres irrégularités par contre, le salarié n'est (en principe⁷⁵³) pas sanctionné s'il accepte de travailler pour l'employeur tout en ayant connaissance de ces irrégularités, étant entendu qu'il n'a pas le droit de se livrer lui-même à des actes illégaux. Il en est ainsi par exemple si l'employeur se trouvait en séjour irrégulier sur le territoire ou s'il n'honore pas ses obligations fiscales ou s'il ne verse pas les retenues sociales à la sécurité sociale.

292. Droit d'opposition du conjoint⁷⁵⁴. Jusque dans les années 70⁷⁵⁵, l'incapacité de la femme de contracter sans l'autorisation de son mari faisait en sorte qu'elle ne pouvait

⁷⁵¹ Voir : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 189 et suivants.

⁷⁵² Art. L. 571-1 (voir aussi L. 511-28) : « (1) Le travail clandestin est interdit. (2) Est considéré comme travail clandestin: (...) 2. la prestation d'un travail salarié, lorsque celui qui s'y livre: a) sait que l'employeur ne possède pas l'autorisation prévue par la loi du 2 septembre 2011 précitée, ou b) sait que sa situation en qualité de salarié n'est pas régulière au regard de la législation concernant les retenues sur salaires ou de la législation relative à la sécurité sociale ».

⁷⁵³ Il serait toujours possible de considérer le salarié comme étant complice de l'infraction commise par l'employeur, puisqu'en travaillant pour ce dernier, il a, « avec connaissance, aidé ou assisté » l'employeur dans son activité illégale (Art. 67 du Code pénal).

⁷⁵⁴ Pour plus de détails historiques, voir : Aux origines du droit du travail, n° 430.

⁷⁵⁵ Loi du 12 décembre 1972 relative aux droits et devoirs des époux; Loi du 4 février 1974 portant réforme des régimes matrimoniaux.

s'engager dans les liens d'un contrat de travail sans cet accord et que si elle voulait contracter en qualité d'employeur, il fallait également que le mari concoure à l'acte ou délivre une autorisation expresse⁷⁵⁶ : « Die verheiratete Frau darf ein Dienstverhältnis nur mit Einwilligung des Ehemannes eingehen. Es ist dies die einfache Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze über das dem Ehemann zustehende Verbeistandungsrecht »⁷⁵⁷. En cas de refus du mari, le Tribunal pouvait être saisi afin de décider si l'épouse pouvait ou non s'engager dans les liens d'un contrat de travail; les juges « tiendront compte évidemment du genre d'activité à laquelle la requérante désirera se livrer et se montreront difficiles lorsque la requérante demandera à s'engager dans un théâtre, un music-hall, une brasserie ou un établissement de danse »⁷⁵⁸.

Actuellement l'article 223 du Code civil accorde à chaque époux le droit d'exercer une profession, une industrie ou un commerce sans le consentement de son conjoint; ce droit englobe également celui de choisir librement une formation professionnalisante⁷⁵⁹. Cet article prévoit cependant également la possibilité d'introduire un recours devant le tribunal d'arrondissement si le conjoint estime que cette activité est de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs ou à ceux des enfants mineurs. D'après nos recherches, ces recours sont inexistantes, sinon du moins rarissimes. La législation sur le partenariat légal ne contient pas de disposition comparable.

Art. 223 CCiv. *Chaque conjoint a le droit d'exercer une profession, une industrie ou un commerce sans le consentement du conjoint.*

Toutefois, si le conjoint estime que cette activité est de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs pour lesquels au moins l'un des deux conjoints exerce l'autorité parentale, il a un droit de recours devant le tribunal d'arrondissement. (...)

§ 2. – Restrictions du choix de l'employeur quant au salarié à embaucher

293. Plan. Des restrictions d'embauche – donc une interdiction de choisir une certaine personne – peuvent découler des qualités et du statut du salarié (titre 1), en particulier de sa nationalité (titre 2), mais aussi de la nature de l'emploi (titre 3). Une obligation de choisir une personne déterminée peut découler de diverses priorités d'embauche (titre 4).

⁷⁵⁶ PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928), n° 77.

⁷⁵⁷ DIDERICH Gaston, ENNESCH Alfons, Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz, p. 92.

⁷⁵⁸ PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928), n° 78.

⁷⁵⁹ TA Lux., référé divorce, 26 avril 2013, n° 149893 : « Or, tout comme chacun des époux est aux termes de l'article 223 du Code civil en droit d'exercer une profession, une industrie ou un commerce sans le consentement de son conjoint, il faut reconnaître à chacun des époux le droit de suivre une formation présentant des chances de succès raisonnables. S'il en résulte que l'époux suivant un enseignement se trouve de ce fait en état de besoin, son conjoint lui doit secours et assistance aux termes de l'article 212 du Code civil. En opportunité, il y a encore lieu de souligner qu'il est dans l'intérêt à moyen et à long terme des époux à ce que chacun d'eux accomplisse un cycle d'études menant à une profession, puisque cela leur permet de subvenir à terme eux-mêmes à leurs besoins. »; TA Lux., référé divorce, 23 avril 2013, n° 149056 : « Par ailleurs, abstraction faite de la question de savoir si la reprise des études par X. avait trouvé l'accord de Y., il faut traiter cette situation par analogie avec l'article 223 du Code civil qui autorise chaque époux à exercer une profession, une industrie ou un commerce sans le consentement du conjoint, sauf le recours à exercer le cas échéant par ledit conjoint, inexistant en l'espèce ».

1. RESTRICTIONS DÉCOULANT DU STATUT DU SALARIÉ

294. Critères de non-discrimination. Dans le cadre de la procédure et de la décision de recrutement, l'employeur ne doit pas procéder à une distinction sur base d'un des critères de discrimination (→ I.245), tels le sexe, l'âge ou l'orientation sexuelle. Néanmoins, la loi impose certaines limites fondées notamment sur l'âge (interdiction d'embaucher des enfants), sur l'état de santé (interdiction d'embaucher pour un poste pour lequel le salarié est inapte), sur la nationalité (restrictions d'embauche des ressortissants de pays tiers), etc.. L'affiliation ou la non-affiliation syndicale du salarié ne doit jamais être un obstacle à l'embauche⁷⁶⁰; la pratique, qui n'avait jamais réellement existé au Luxembourg des *closed-shops* ou *union-shops* est évidemment à prescrire et il serait tout aussi interdit de tenir des listes noires de grévistes ou syndicalistes tel que cela a été pratiqué au début du siècle dernier. Le fait de subordonner la conclusion du contrat de travail à l'affiliation ou à la non-affiliation du salarié constitue une infraction pénale⁷⁶¹.

295. Interdiction du travail des enfants. Selon la CDFUE, « Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire »⁷⁶². Conformément aux exigences du droit européen⁷⁶³ et international⁷⁶⁴, l'article L. 342-1 du Code du travail prévoit l'interdiction d'employer des enfants, sauf quelques rares exceptions (travail scolaire à finalité éducative, service domestique occasionnel). L'enfant est défini comme englobant tous les jeunes qui n'ont pas atteint l'âge de 15 ans ou qui sont encore soumis à l'obligation scolaire (L. 341-1 (1) pt. 2). L'obligation scolaire s'étend au Luxembourg sur 12 ans à partir du 1^{er} septembre de l'année où l'enfant a été âgé de 4 ans au 1^{er} septembre⁷⁶⁵, soit en principe jusqu'à l'âge de 16 ans.

Sur l'historique et la situation actuelle du travail des enfants, voir :
- Aux origines du droit du travail, n° 464 et suivants.

296. Salariés soumis à une obligation de non-concurrence. La jurisprudence n'impose pour l'instant pas d'obligation à l'employeur de s'enquérir ou d'opérer des vérifications pour savoir si le salarié est soumis à une obligation de non-concurrence ou s'il travaille en parallèle pour un concurrent. Si l'employeur a cependant connaissance de l'obligation de non-concurrence à laquelle le candidat est soumis et s'il le recrute néanmoins, il peut être civilement responsable pour avoir contribué à la violation contractuelle commise par le salarié. S'il exploite ensuite les connaissances du salarié, des problèmes de concurrence déloyale peuvent se poser.

297. Engagements de non-recrutement. Dans le cadre de contrats civils ou commerciaux, il est possible de prévoir des clauses de non-engagement par lesquelles une partie s'interdit de débaucher les salariés de son cocontractant. Elles sont

⁷⁶⁰ Art. 1 (2) de la Convention OIT n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective.

⁷⁶¹ Art. 4 de la loi du 11 mai 1936 garantissant la liberté d'association.

⁷⁶² Art. 32 al. 1^{er} CDFUE.

⁷⁶³ Art. 4 et suivants de la directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail.

⁷⁶⁴ Art. 2 (3) de la Convention OIT N° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26 juin 1973.

⁷⁶⁵ Art. 7 de la loi du 6 février 2009 relative à l'obligation scolaire.

expressément interdites dans les relations entre une entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur (L. 131-4 (3)), et ce afin d'inciter les entreprises à proposer des contrats de travail aux intérimaires. Pour le surplus, elles sont cependant en principe valables et engagent la responsabilité civile de celui qui les viole⁷⁶⁶. Dans un arrêt de 2016, la Cour a tracé les grandes lignes de leur régime⁷⁶⁷. Une clause de non-engagement se distingue ainsi d'une clause classique de non-concurrence, en ce qu'elle ne crée d'obligations qu'entre le prestataire de services et son client. L'entreprise concernée ne saurait invoquer une atteinte à la liberté constitutionnelle du travail, puisque celle-ci concerne les seuls salariés. Une clause interdisant le débauchage de salariés ne restreint pas nécessairement la liberté du commerce et de l'industrie⁷⁶⁸. Une clause de non-engagement limitée dans le temps est licite, conformément au principe de la liberté contractuelle, comme édictant une simple restriction à la liberté de commerce.

2. TRAVAIL DES ÉTRANGERS

298. Interdictions et restrictions. La législation relative au travail des étrangers est d'une complexité redoutable et en permanente évolution. L'actuelle loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration a été modifiée depuis à 11 reprises. Il serait impossible de détailler dans cet ouvrage tous les aspects de cette procédure, qui par ailleurs est décrite de manière précise et compréhensible sur les sites internet officiels (guichet.lu). Concernant les aspects techniques, la matière est largement harmonisée au niveau européen, de sorte qu'il peut être renvoyé à la jurisprudence européenne et aux nombreux ouvrages spécialisés. Trois situations sont pour l'essentiel à distinguer, à savoir celle des ressortissants européens, celle des ressortissants de pays tiers et celle des 'demandeurs d'asile' (demandeur de protection internationale) : **(a)** Au sein de l'Union européenne, la libre circulation des travailleurs est assurée (Art. 45 TFUE). Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, notamment en ce qui concerne le droit de répondre à des emplois offerts. « Tout ressortissant d'un Etat membre, quel que soit le lieu de sa résidence, a le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre Etat membre ... il bénéficie notamment ... de la même priorité que les ressortissants de cet Etat dans l'accès aux emplois disponibles »⁷⁶⁹ et bénéficie d'un droit à l'égalité de traitement avec les nationaux (→ I.246). Les mêmes principes s'appliquent au sein de l'Espace économique européen^{770, 771}. Un citoyen de l'Union peut séjourner jusqu'à trois mois au Luxembourg et plus longtemps notamment s'il exerce en tant que travailler une activité salariée ou une activité indépendante⁷⁷². Lors de l'adhésion de nouveaux Etats membres, des périodes transitoires peuvent être mises en place, telles notamment les décisions du gouvernement luxembourgeois à propos des citoyens bulgares, roumains et croates. **(b)** Les ressortissants de pays tiers n'ont en principe pas le droit de travailler au Luxembourg. Ils peuvent demander une

⁷⁶⁶ Voir, pour un exemple d'application : TA Lux., 16 octobre 2007, n° 98739.

⁷⁶⁷ CSJ, com., 12 octobre 2016, 42003, Répertoire III.1.1.3.2.

⁷⁶⁸ CSJ, cassation, 12 novembre 2015, n° 78/15, n° 3530 du registre, Répertoire III.1.1.3.2.

⁷⁶⁹ Art. 1^{er} du Règlement U.E. n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union.

⁷⁷⁰ Voir l'accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen approuvé par une loi du 14 septembre Les 'demandeurs d'1993.

⁷⁷¹ Islande, Norvège, Lichtenstein.

⁷⁷² Art. 6 de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

« autorisation de séjour en vue d'une activité salariée », titre appelé dans le langage commun « permis de travail » et couvrant à la fois le droit de séjour et celui de travailler. Cette autorisation est soumise à une série de conditions, notamment de ne pas porter atteinte à la priorité d'embauche des nationaux et citoyens de l'Union, de servir les intérêts économiques du Grand-Duché, de disposer des qualifications visées et d'être en possession d'un contrat de travail⁷⁷³. L'autorisation est dans un premier temps valable pour une durée maximale d'une année et limitée à un seul secteur et une seule profession auprès de tout employeur; elle peut ensuite être renouvelée pour une durée maximale de trois ans et sera valable pour toute activité salariée dans tout secteur et pour toute profession⁷⁷⁴. Sont exempts de ces obligations les étrangers ayant un statut diplomatique⁷⁷⁵. Une réglementation plus souple bénéficie aux ressortissants de pays tiers s'apprêtant à un « emploi hautement qualifié », défini tant par les compétences et l'expérience que par un niveau de salaire atteignant un certain seuil⁷⁷⁶. Ces règles traduisent la politique de l'« immigration choisie » et se fondent sur une directive européenne spécifique⁷⁷⁷ mettant en place la « carte bleue européenne » valable dans l'Union hors Royaume-Uni, Irlande et Danemark. Des règles spéciales trouvent encore application aux travailleurs ressortissants de pays tiers s'ils sont temporairement transférés au Grand-Duché de Luxembourg au sein d'une E.E.S. (« travailleur salarié transféré ») ou s'ils sont détachés temporairement au Luxembourg dans le cadre d'une prestation de services transnationale (« travailleur salarié détaché »). **(c)** Les demandeurs de protection internationale n'ont pas accès au marché de l'emploi pendant une durée de six mois après le dépôt de leur demande⁷⁷⁸. Par la suite ils peuvent (soit durant leur procédure, soit dans certains cas après rejet de leur demande) solliciter une autorisation d'occupation temporaire pour une durée de six mois, renouvelable, valable pour un employeur déterminé et pour une seule profession⁷⁷⁹. Dès lors qu'ils ont obtenu le statut de réfugié, conformément aux exigences internationales⁷⁸⁰, ils sont autorisés à exercer une activité professionnelle, salariée ou non⁷⁸¹.

Sur l'histoire et certains autres aspects de la main-d'œuvre étrangère et frontalière au Luxembourg, voir :
- Aux origines du droit du travail, n° 467 et suivants.

299. Sanctions de l'embauche irrégulière de ressortissants étrangers. L'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est interdit (L. 572-1, voir ci-dessus).

⁷⁷³ Art. 42 (1) de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

⁷⁷⁴ Art. 43 de la loi du 29 août 2008 précitée.

⁷⁷⁵ Art. 2 (2) de la loi du 29 août 2008 précitée; Art. 47 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.

⁷⁷⁶ Art. 45 de la loi du 29 août 2008 précitée.

⁷⁷⁷ Directive 2009/50/CE sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays non membres de l'UE aux fins d'un emploi hautement qualifié.

⁷⁷⁸ Art. 6 (1) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

⁷⁷⁹ Art. 14 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

⁷⁸⁰ Art. 17 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

⁷⁸¹ Art. 59 (1) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

L'employeur et l'entrepreneur recourant à des sous-traitants sont astreints à l'obligation de s'informer sur certains points (→ I.344). D'un point de vue civil, l'absence d'autorisation de travail ne rend pas le contrat de travail caduc; le salarié a droit à son salaire⁷⁸². La jurisprudence considère aussi que l'absence d'autorisation de travail est un motif grave⁷⁸³ permettant de résilier le contrat avec effet immédiat.

Des règles plus précises et répressives sont entrées en vigueur en 2013⁷⁸⁴ en transposition d'une directive européenne⁷⁸⁵. L'employeur est redevable de la rémunération, des frais de l'envoi du salaire dans le pays d'origine, des cotisations sociales et impôts impayés (L. 572-7) et des frais de retour du salarié employé illégalement (L. 572-8). L'employeur peut aussi être tenu pour responsable de personnes illégalement employées par son sous-traitant direct (L. 572-10). Le salarié est, sauf preuve contraire, présumé avoir travaillé depuis trois mois (L. 572-9).

D'un point de vue répressif, l'embauche de salariés en situation irrégulière est en principe sanctionnée par une amende administrative (dont la légalité peut être remise en question⁷⁸⁶) de 2.500 euros. Reprenant pour l'essentiel le texte de la norme européenne⁷⁸⁷, une amende de nature correctionnelle est encourue en présence de certaines circonstances aggravantes, notamment une infraction « répétée de manière persistante », l'emploi simultané d'un nombre significatif de salariés irréguliers, des conditions de travail particulièrement abusives, un contexte de traite des êtres humains ou l'implication de mineurs (L. 572-5). Il y a emploi de « manière répétée et persistante » lorsqu'un ouvrier est présent de manière répétée sur un chantier et que l'employeur persiste à l'occuper en dépit d'un contrôle antérieur des autorités⁷⁸⁸. L'employeur encourt un emprisonnement jusqu'à un an et – règle de concours inédite en matière pénale – une amende jusqu'à 20.000 euros par ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier. En outre, il peut être interdit d'exercice et son entreprise peut être fermée pour une durée allant jusqu'à cinq ans.

3. RESTRICTIONS DÉCOULANT DE LA NATURE DE L'EMPLOI

300. Compétences et poste à pourvoir. L'employeur apprécie en principe seul et sous sa responsabilité si le candidat retenu est capable ou non d'exercer le travail qui lui est confié. La législation sur les professions réglementées (autorisations d'établissement) s'adresse en principe au seul entrepreneur, qui doit présenter la qualification et l'honorabilité requise, mais non aux salariés. C'est en effet sous la responsabilité de l'employeur que le travail sera délivré au client final, l'employeur étant libre de faire effectuer ce travail même par des personnes non spécialement qualifiées s'il estime pouvoir à suffisance contrôler leur travail. Une menuiserie pourrait ainsi embaucher une

⁷⁸² CSJ, 8e, 22 novembre 2012, 37423, Répertoire I.1.4.

⁷⁸³ CSJ, 8e, 22 novembre 2012, op. cit.

⁷⁸⁴ Loi du 21 décembre 2012.

⁷⁸⁵ Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁷⁸⁶ Voir les critiques du Conseil d'Etat à propos d'une amende fixe que le législateur voulait introduire en matière de détachement de salariés, qui ne serait pas conforme au principe de proportionnalité des peines; Projet de loi n° 6989, Avis du Conseil d'Etat du 11 octobre 2016.

⁷⁸⁷ Art. 9 de la Directive 2009/52/CE.

⁷⁸⁸ CSJ, correctionnel, 8 mars 2016, 146/16 V; pour une affaire ne retenant pas le caractère « répété et persistant », voir CSJ, correctionnel, 15 octobre 2013, 482/13 V.

personne non qualifiée et la faire travailler du bois; un bureau d'architecte pourrait embaucher une personne sans diplôme pour l'assister à dresser des plans simples; une entreprise peut embaucher une personne ayant un diplôme en psychologie pour lui confier la gestion de dossiers juridiques.

Pour certains actes par contre, la législation impose que non seulement l'entrepreneur, mais également celui qui pose les actes dispose de certaines qualifications. Un exemple parlant est celui des médecins : le médecin doit poser seul les actes médicaux; il n'est pas en droit d'embaucher des assistants pour effectuer des actes médicaux, même s'ils agissent sous sa surveillance directe. Un texte ancien impose une certaine ancienneté minimale pour devenir maître mineur⁷⁸⁹.

301. Risques de sécurité et de santé. En fonction de la nature de l'emploi à pourvoir, des limites quant au cercle des candidats peuvent résulter de la législation sur la sécurité et la santé au travail qui interdit certains travaux notamment aux adolescents et aux femmes enceintes. En outre, l'employeur doit vérifier si le salarié a les connaissances et formations nécessaires pour exercer son travail en toute sécurité ; à défaut, il peut l'embaucher, mais devra lui dispenser toutes les formations requises avant de l'affecter à son poste (→ Tome II).

302. Salariés en interdiction d'exercer un travail. Mis à part les cas précités, il est rare qu'une personne n'ait pas le droit d'exercer un certain travail. **(a)** Un cas marquant est cependant celui de l'article 378 al. 2 du Code pénal qui permet aux tribunaux correctionnels – pour certaines infractions impliquant des mineurs – de prononcer une interdiction temporaire ou à vie d'exercer une activité professionnelle impliquant un contact avec des mineurs. L'article ne sanctionne explicitement que le salarié qui viole cette interdiction en acceptant un travail afférent; l'employeur ayant connaissance de cette interdiction risquerait cependant d'être considéré comme complice. Il va sans dire que les employeurs dans les secteurs concernés sont bien conseillés d'exiger systématiquement un extrait du casier judiciaire. **(b)** La loi sur les cabarets permet de prononcer une interdiction d'être employé dans un débit de boissons⁷⁹⁰. **(c)** Des personnes condamnées pour certaines infractions ne peuvent exercer un emploi dans un établissement de jeu⁷⁹¹. **(d)** Un autre cas d'application est l'article 223 du Code civil qui permet au Tribunal, sur demande d'un époux, d'interdire à l'autre époux l'exercice d'une certaine profession (→ I.292). S'il s'agit d'une profession de nature commerciale, une inscription devra être faite au registre de commerce⁷⁹², qui est accessible; pour les professions non commerciales, un extrait est inscrit au répertoire civil, qui n'est cependant pas accessible à l'employeur qui souhaite recruter.

303. Autorisations administratives. Une autorisation administrative est requise dans les domaines suivants : **(a)** pour les salariés occupés dans les salles de jeux⁷⁹³ et dans les

⁷⁸⁹ Art. 25 du décret impérial du 3 janvier 1813 concernant les dispositions de police relatives à l'exposition des mines.

⁷⁹⁰ Art. 24 (1) de la loi du 29 juin 1989 portant réforme du régime des cabarets.

⁷⁹¹ Art. 11 de la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives.

⁷⁹² La loi du 12 décembre 1973 avait introduit à l'article 7bis du Code de commerce une inscription obligatoire de ces interdictions dans le registre de commerce, disposition qui est inscrite à l'article 223 du Code civil (loi du 21 février 1985)

⁷⁹³ Art. 8 de la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives.

exploitations de paris relatifs aux épreuves sportives⁷⁹⁴. **(b)** Dans les sociétés de gardiennage (transports de fonds, protection de personnes, etc.)⁷⁹⁵. **(c)** Il en est de même pour l'emploi de femmes dans les hôtels et cabarets⁷⁹⁶; cette règle a été jugée par certaines décisions comme violant le principe d'égalité des sexes, mais n'a pas été formellement abolie pour autant. **(d)** Le travail à l'aéroport de Luxembourg nécessite de la part de l'employeur l'obtention d'un titre de circulation aéroportuaire pour ses salariés⁷⁹⁷.

La perte de ces autorisations ne rend en principe pas le contrat caduc, mais peut constituer un motif de licenciement, le plus souvent avec préavis, sauf si le salarié a commis une faute grave lui ayant fait perdre son autorisation⁷⁹⁸.

4. PRIORITÉS D'EMBAUCHE

304. Vue d'ensemble. Sauf éventuellement les quotas de handicapés, et les cas de réintégration suite à un licenciement abusif (→ Tome III), il n'existe pas de cas dans lequel la loi contraint l'employeur à embaucher une personne déterminée. Dès lors que l'employeur se décide à recruter, des priorités d'embauche peuvent cependant jouer. Par priorité d'embauche, il faut entendre le fait que l'employeur est obligé de recruter une certaine personne plutôt qu'une autre, dès lors qu'il a décidé de recruter un salarié. Il faut cependant exiger en général que le salarié ait les qualifications professionnelles requises pour occuper le poste; l'appréciation subjective de l'employeur quant aux capacités professionnelles du candidat n'entre cependant pas en ligne de compte. La priorité d'embauche la plus importante est celle dont bénéficient, durant un an, les salariés qui ont été licenciés pour motif économique (L. 125-9). Il incombe toutefois au salarié de se manifester s'il veut faire usage de ce droit.

A côté de ces priorités d'embauche à proprement parler, il existe aussi des cas dans lesquels l'employeur est obligé d'informer certaines personnes du poste qu'il va créer, mais sans être obligé de recruter ces personnes. Certaines entreprises avaient introduit des priorités d'embauche pour les membres de la famille ou proches du salarié; il en était notamment ainsi pour le personnel des chemins de fer⁷⁹⁹. De telles priorités n'existent plus aujourd'hui, ce d'autant plus qu'elles pourraient être considérées comme étant des discriminations fondées sur l'origine (sociale) des candidats.

305. Priorité d'embauche suite à un licenciement économique. Le salarié licencié pour motif économique peut faire valoir une priorité de réembauchage durant un délai

⁷⁹⁴ Art 4 du règlement grand-ducal du 7 septembre 1987 concernant les paris relatifs aux épreuves sportives.

⁷⁹⁵ Art. 8 de la loi du 12 novembre 2002 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance.

⁷⁹⁶ Art. 4 de l'arrêté grand-ducal du 13 août 1915 portant règlement du service des femmes dans les hôtels et cabarets.

⁷⁹⁷ Règlement grand-ducal du 3 octobre 2013 relatif aux conditions d'accès à l'aéroport de Luxembourg et aux contrôles de sûreté y applicables.

⁷⁹⁸ Voir les exemples jurisprudentiels dans Répertoire XII.5.7.

⁷⁹⁹ Art. 2 du Statut du Personnel des Chemins de fer luxembourgeois, approuvé par arrêté grand-ducal du 14 mai 1921 : « Pour l'accès aux emplois de début, la préférence est accordée, toutes conditions égales, aux femmes et enfants d'agents tués en service, d'agents en activité, retraités, réformés ou décédés; la même préférence est accordée aux petits-enfants, frères ou soeurs, neveux ou nièces, petits-neveux ou petites-nièces des agents en activité, retraités ou réformés quand ils sont à la charge de ces agents et habitent avec eux ».

d'un an à compter de la date de son départ de l'entreprise (L. 125-9). S'il manifeste par écrit le souhait d'user de cette priorité, l'employeur doit l'informer de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.

L'employeur n'est pas d'office tenu d'informer son salarié. Pour imposer une obligation à charge de l'employeur dont le refus d'exécution engage sa responsabilité, le salarié doit accomplir un acte positif, et seul son souhait formulé par écrit endéans le délai d'un an à compter de la date de son départ de l'entreprise met l'employeur dans l'obligation de l'informer de tout emploi devenu disponible dans sa qualification⁸⁰⁰. Le délai débute le jour du départ effectif de l'entreprise⁸⁰¹. Une demande formulée durant le préavis et avant que le salarié n'ait quitté l'entreprise, est prématurée et donc sans effets juridiques⁸⁰².

Il ne doit pas nécessairement s'agir du même poste que celui que le salarié occupait, mais d'un poste « disponible dans sa qualification ». La qualification pour un emploi est souvent documentée par un diplôme, mais elle peut aussi être établie au vu d'autres éléments, telle l'expérience professionnelle ou des travaux ou des ouvrages réalisés; la comparaison doit s'effectuer ainsi en fonction du poste occupé et non du diplôme recherché pour le nouvel emploi⁸⁰³.

La loi ne règle pas le cas dans lequel plusieurs salariés bénéficiaires d'une priorité d'embauche se manifestent : faut-il embaucher le premier qui s'est manifesté, le plus ancien ou celui le plus récemment licencié ? En l'absence de règles légales, il faut admettre que l'employeur reste libre dans son choix.

La violation de l'obligation d'information engage la responsabilité de l'auteur de la violation et oblige celui-ci à réparer le préjudice causé⁸⁰⁴, à condition que le salarié établisse la réalité de son préjudice⁸⁰⁵. Un professeur de français qui avait occupé le poste pendant 28 ans et s'était vu refuser à tort sa réembauche a obtenu des dommages-intérêts moraux à hauteur de 10.000 euros⁸⁰⁶ et l'indemnisation de son préjudice matériel jusqu'à sa pension de vieillesse anticipée (environ 15.000 euros).

306. Autres priorités d'embauche. (a) La femme enceinte qui ne reprend pas le travail dans l'immédiat après le congé de maternité bénéficiera pendant un an d'une priorité d'embauche (L. 332-4 al. 2). **(b)** Le salarié qui avait travaillé sous contrat de réinsertion-emploi (L. 524-8 (2)) ou d'initiation à l'emploi (L. 543-24) dans l'entreprise devra être embauché par priorité s'il est redevenu chômeur et s'il répond aux qualifications et au profil exigés (L. 524-7). Cette priorité vaut durant 3 mois après expiration du contrat de stage. L'employeur doit spontanément et en temps utile informer son ancien stagiaire, qui dispose d'un délai de 8 jours pour faire connaître sa

⁸⁰⁰ CSJ, 3e, 27 novembre 1997, 20469, Répertoire III.1.2.

⁸⁰¹ CSJ, 3e, 6 février 1997, 18583, Répertoire III.1.2 : « En ne faisant plus courir la période donnant droit à cette disposition de faveur à partir du licenciement et en ne la reculant pas au moment de la cessation du contrat de travail intervenant à la fin du préavis, le législateur a visé le moment où le salarié quitte effectivement l'entreprise, celui-ci coïncidant tantôt avec l'un, tantôt avec l'autre. ».

⁸⁰² CSJ, 8e, 15 décembre 2011, 35834 et 35835, Répertoire III.1.2.

⁸⁰³ CSJ, 8e, 18 juin 2015, 38562, Répertoire III.1.2.

⁸⁰⁴ CSJ, 8e, 3 avril 2014, 39585, Répertoire III.1.2.

⁸⁰⁵ CSJ, 8e, 26 mars 2015, 39940, Répertoire III.1.2. (rejet de la demande à défaut de preuve du préjudice).

⁸⁰⁶ CSJ, 8e, 18 juin 2015, 38562, Répertoire III.1.2.

décision. **(c)** Une proposition de directive envisage de manière très générale d'accorder aux travailleurs ayant une ancienneté de six mois, le droit de demander la transition vers une forme d'emploi présentant des conditions de travail plus prévisibles et plus sûres, lorsqu'elle existe⁸⁰⁷. L'employeur est obligé de fournir une réponse écrite endéans un certain délai.

307. Information préalable de postes disponibles. **(a)** Pour se mettre en conformité avec le droit européen⁸⁰⁸, le législateur luxembourgeois a complété en 2013 notre législation en précisant explicitement que l'employeur doit informer les salariés occupés sous CDD des vacances de poste sous CDI. **(b)** Les travailleurs à temps partiel souhaitant occuper ou reprendre un emploi à temps plein, tout comme ceux occupés à temps plein souhaitant travailler à temps partiel, doivent être informés en priorité des emplois afférents disponibles dans l'« établissement » (pas l'entreprise) et correspondant à leur qualification ou leur expérience professionnelles (L. 123-3). Cette information doit intervenir « en temps opportun » et l'employeur doit prendre en considération ces souhaits « autant que possible »⁸⁰⁹. **(c)** En ce qui concerne le télétravailleur ayant manifesté le souhait d'occuper un emploi au sein de l'entreprise selon la formule classique, l'employeur doit l'informer en priorité des entreprises disponibles dans l'établissement et correspondant à sa qualification ou expérience professionnelle⁸¹⁰. **(d)** Pour les travailleurs intérimaires, le droit européen⁸¹¹ exige qu'ils soient informés des postes vacants dans l'entreprise utilisatrice dans le but de leur assurer la même possibilité qu'aux autres travailleurs de cette entreprise d'obtenir un emploi permanent. Cette information peut être fournie au moyen d'une annonce générale placée à un endroit approprié dans l'entreprise pour laquelle et sous le contrôle de laquelle ces travailleurs intérimaires travaillent.

La question se pose quelle pourrait être la sanction d'une violation d'une telle obligation par l'employeur, puisqu'il n'aurait pas été obligé de recruter la personne qui s'est manifestée – même si elle devait avoir été l'unique candidate. L'annulation de la procédure de recrutement ne peut être demandée en tant que telle. Une indemnisation au même titre qu'un licenciement abusif paraît exclue. Une indemnisation pour perte d'une chance d'avoir un emploi ou de travailler davantage paraît également compromise dans la majorité des cas, puisqu'il faudra démontrer une « chance réelle » ou du moins « la perte certaine d'un avantage probable »⁸¹², ce qui ne sera pas toujours aisé. En

⁸⁰⁷ Art. 10 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

⁸⁰⁸ Clause 6 (1) de l'accord visé par la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

⁸⁰⁹ Clause 5 (3) de l'accord visé par la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

⁸¹⁰ Art. 16 Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 13 octobre 2006.

⁸¹¹ Art. 6 (1) de la Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

⁸¹² Voir p.ex., sur la perte d'une chance en matière civile, CSJ, civil VII, 31 mai 2017, 42886 : « Une condamnation pour la perte d'une chance requiert, d'une part, que le juge ne puisse laisser subsister aucun doute sur le lien de causalité entre la faute et le dommage, la perte d'une chance et, d'autre part, que la perte d'une chance soit la perte certaine d'un avantage probable. Il doit mesurer l'importance de cette chance et évaluer l'étendue du dommage. La probabilité découlant du caractère sérieux et raisonnable de la chance perdue, doit être complétée par la considération

l'absence de jurisprudence en la matière, nous pouvons seulement supposer que le juge se limitera à une modeste indemnité pour le préjudice moral du salarié qui n'a pas été informé d'un poste qui aurait pu l'intéresser.

308 à 319. – Réservés.

CHAPITRE 2. – RECHERCHE DE CANDIDATS

320. Généralités. En droit, tant le salarié que l'employeur disposent d'une large liberté quant à la manière d'organiser la recherche de postes/candidats. Ils peuvent recourir à des offres d'emploi (section 1) ou à des personnes externes (section 2). L'employeur peut aussi rechercher un candidat potentiel en interne au sein de l'entreprise ou du groupe; dans certains cas, il est même obligé d'informer en interne les salariés à propos du poste proposé (voir ci-avant). Même s'il ne s'agit pas de contrats de travail à proprement parler, il est utile de mentionner ici l'implication des chambres professionnelles tant dans la conclusion que dans la résiliation des contrats d'apprentissage.

En pratique, 28 % des recrutements ont lieu sans que l'offre d'emploi ne soit diffusée à un large public (et essentiellement en faisant appel aux relations personnelles); ces offres d'emploi échappent ainsi à la large majorité des demandeurs d'emploi⁸¹³. Des études ont également démontré qu'un nombre substantiel d'offres n'est jamais déclaré à l'ADEM, bien que l'employeur y soit légalement tenu (→ I.325). Du fait de ces recrutements par relations ou recommandations, les chances d'insertion des plus fragilisés se voient ainsi réduites.

Il faut relever par ailleurs que le marché de l'emploi luxembourgeois est particulièrement dynamique, avec une croissance constante, même durant les périodes de crise économique. Il est affecté par le paradoxe que cette création nette d'emplois n'est pas (ou à moindre mesure, selon les périodes) de nature à résorber le taux de chômage; la main-d'œuvre est ainsi drainée depuis l'étranger.

321. Débauchage de salariés⁸¹⁴. Le recrutement de salariés oeuvrant pour le compte d'une entreprise concurrente n'est pas fautif en soi. Rien n'interdit à un employeur de s'adresser aux salariés d'une entreprise concurrente dans le but de les débaucher, par exemple en leur proposant de meilleures conditions de travail. Il ne doit cependant pas les inciter à ne pas respecter les préavis de démission obligatoires.

Le débauchage de salariés peut être sanctionné en droit commercial en tant que concurrence déloyale lorsqu'il dépasse les usages honnêtes. Tout salarié est libre de choisir son employeur et corrélativement, toute entreprise est libre de les recruter; cependant la loyauté du commerce n'autorise pas une société nouvellement créée de s'emparer, en quelques semaines, d'un département entier de sa concurrente, de

que la valeur économique de la chance perdue susceptible de réparation ne peut consister en la somme totale de la perte finalement subie ou du gain perdu ».

⁸¹³ HAURET Laetitia, La visibilité des offres d'emploi au Luxembourg, Population & Emploi n° 46, décembre 2009, CEPS/Instead, p. 5.

⁸¹⁴ Sous le régime corporatiste, il régnait entre les membres d'une corporation un esprit de solidarité et d'aide mutuelle; il était strictement défendu de porter préjudice à un confrère en débauchant ses ouvriers ou en lui faisant une concurrence déloyale; MAJERUS Nicolas, Histoire du droit dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 300

manière à bénéficier du savoir-faire de son personnel⁸¹⁵. Mais les juges ne peuvent pas se contenter de constater le départ massif de plusieurs salariés dans un temps réduit pour retenir le débauchage fautif. De même, la désorganisation de l'entreprise ne peut à elle seule rendre le débauchage illicite⁸¹⁶.

Le débauchage de personnel devient un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale s'il s'accompagne d'agissements ayant pour effet de créer la confusion entre les établissements, de désorganiser les services d'un concurrent ou de surprendre des secrets de fabrique⁸¹⁷. Tout est question d'appréciation des éléments de l'espèce en vue de déterminer si le débauchage est resté dans les limites permises par la libre concurrence économique ou s'il rentre dans le cadre des actes contraires aux usages honnêtes.

Il a par exemple été jugé que le départ de deux salariés sur un personnel de 30 femmes de ménage ne présente pas une désorganisation des services du concurrent, dont le domaine d'activité est caractérisé par une grande fluctuation de la main-d'œuvre. Par contre, commet un acte de concurrence déloyale celui qui crée sa propre entreprise de travail intérimaire et profite de ses connaissances pour contacter les ouvriers dont le contrat prend fin, tout en les trompant sur l'identité de l'entreprise avec laquelle ils renouvellent leur engagement⁸¹⁸.

Inversement, le comportement d'un employeur intervenant auprès d'une autre entreprise pour empêcher l'embauche d'un candidat est un comportement déloyal et fautif⁸¹⁹.

SECTION 1. – OFFRES D'EMPLOI

322. Annonce publiée par le salarié. Le salarié peut afficher sa disponibilité pour trouver un emploi par différentes annonces, qui ne sont soumises à aucune réglementation particulière, par exemple dans des journaux ou sur des sites internet. La question d'une éventuelle formulation discriminatoire envers le futur employeur paraît théorique (p.ex. 'institutions religieuses s'abstenir'). A notre avis, le salarié est par contre en droit de mettre en avant ses propres caractéristiques qu'il considère comme avantageuses (p.ex. son jeune âge, sa bonne santé, la photo documentant sa couleur de peau, etc.), sans pouvoir se faire reprocher une démarche discriminatoire, même si le salarié cherche éventuellement par ce biais à écarter d'autres candidats ne présentant pas ces caractéristiques.

⁸¹⁵ CSJ, com., 14 décembre 2016, n° 182/16 IV, Répertoire III.1.1.3.1.

⁸¹⁶ CSJ, com., 29 avril 2015, n° 37307, Répertoire III.1.1.3.1.; CSJ, com., 1er décembre 2010, n° 35325, Répertoire III.1.1.3.1.

⁸¹⁷ CSJ, conc., 25 mars 2009, n° 33896, Répertoire III.1.1.3.1.; CSJ, 15 novembre 2000, n° 24284, Pas. 31, 415; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 9 septembre 2008, n° 1061/08; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 6 juin 2008, n° 744/08; TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 5 décembre 2008, n° 1486/08; voir également TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 10 juin 2002, LJUS n° 99820721, TA Lux., 29 avril 2009, n° 110585.

⁸¹⁸ CSJ, conc., 15 novembre 2000, n° 24284, Répertoire III.1.1.3.1.

⁸¹⁹ CSJ, 3e, 29 novembre 2012, 36369, Répertoire XIV.2.5.99.; la Cour reconnaît la faute mais rejette la demande en dommages-intérêts au motif qu'il n'est pas établi que le salarié aurait été embauché.

323. Offre d'emploi de l'employeur. La publication d'une offre d'emploi est facultative pour l'employeur, qui choisit également sa forme, son contenu et son mode de publication (affichage, journal, site internet, réseaux sociaux, etc.).

Quant au contenu, les règles suivantes sont à observer : **(a)** L'employeur doit formuler l'offre d'emploi de manière neutre, c'est-à-dire de manière à ce qu'elle ne donne lieu à aucune discrimination directe ni indirecte fondée sur un des critères de non-discrimination, et notamment sur le sexe. Pour garantir le respect de cette dernière exigence, la loi disposait anciennement qu'il fallait préciser explicitement par la mention « h/f » que des candidats des deux sexes étaient sollicités; cette loi a été abolie, mais la pratique s'est maintenue. Une embauche sélective d'une certaine catégorie, notamment d'hommes ou de femmes n'est possible que dans des cas très encadrés (→ I.244). La publication d'une offre d'emploi ou d'autres annonces non conformes au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et qui, malgré l'injonction écrite de l'ADEM, persiste dans le maintien de ces offres, est punissable d'une amende de 251 à 2.000 euros (L. 241-11), peine qui semble toujours être absorbée par l'incrimination nettement plus sévère prévue par l'article 455 du Code pénal. **(b)** Lorsque le poste proposé est un poste d'intérimaire, l'offre d'emploi doit mentionner expressément la dénomination de l'entreprise et le caractère intérimaire des emplois offerts (L. 131-20). Il n'est par contre pas obligatoire de préciser si le poste est proposé sous CDD ou CDI, à temps plein ou à temps partiel. **(c)** Pour que l'employeur soit en droit d'exiger le casier judiciaire correspondant, l'offre d'emploi doit le mentionner (→ I.351). **(d)** Elle doit également indiquer si la détention d'un permis de conduire est une condition indispensable (→ I.352).

Zuverlässiges, älteres Mädchen, das selbständig die Hausarbeiten verrichten und kochen kann, gesucht für ruh. Haushalt von 2 Pers. Zu erfr. in der Exp. ds. Bl. 9456	Ménage 2 personnes demande fille catholique à tout faire. 11244 22, rue Conscience, Anvers.
Erstklassiger Herrenfriseur, der perfekt Damenhaarschneiden kann, für sofort gesucht. Hoher Lohn, Kost und Logis im Hause, bei Josy Kremer, Salon de Coiffure, Rümelingen. Großstraße, 47. 9262	Zuverlässiger Nachtwächter gesucht, nicht über 40 Jahre alt. Arbeiten sind zu verrich- ten während des Dienstes. Prima Referenzen er- beten. — Schriftliche Offerten richten an die Ex- pedition dieses Blattes unter Nummer 9490.
Gesucht für tagsüber in Haushalt von drei Per- sonen, ein zuverlässiges Mädchen, das etwas vom Kochen versteht. 9454 Adresse erfragen in der Exp. dieses Blattes.	Gesucht von Luxemburger Weingroßhandlung junger Mann von 16—18 Jahren. Schr. Off. an die Exp. ds. B' 9601

Extraits des offres d'emploi publiées dans le Luxemburger Wort du 17 mars 1930

SECTION 2. – INTERVENTION DE TIERS

324. Plan. Si le contrat est conclu entre l'employeur et le salarié sans intervention d'une autre personne (→ I.360), cela ne signifie cependant pas que de tierces personnes ne puissent pas intervenir pour prendre part à la phase précontractuelle; un rôle primordial revient à ce titre à l'Administration pour le Développement de l'Emploi (ADEM).

325. Intervention de l'ADEM. « Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement »⁸²⁰. Tout employeur peut s'adresser à l'ADEM pour obtenir aide et conseil et vue du recrutement de personnel (L. 622-6); les personnes à la recherche d'un emploi peuvent s'inscrire comme demandeurs d'emploi à l'ADEM, sous condition

⁸²⁰ Art. 29 CDFUE.

d'être parmi ceux ayant le droit de travailler au Luxembourg (L. 622-5 (1)). La mission de l'ADEM consiste à aider les personnes à la recherche d'un emploi à trouver un emploi approprié, et à aider les employeurs à trouver le personnel qui correspond au profil recherché (L. 622-1 (1)). Pour cette raison, et afin de maintenir (lisez : rétablir) le plein emploi et l'analyse du marché de l'emploi, tout poste de travail doit obligatoirement être déclaré à l'ADEM (L. 622-4). Si une offre d'emploi est publiée, l'ADEM doit être informée trois jours ouvrables à l'avance. Ces déclarations de places vacantes sont considérées comme des offres d'emploi. Si endéans un délai de trois semaines, l'ADEM n'a pas présenté de postes remplissant le profil requis, l'employeur peut demander une attestation lui certifiant le droit de recruter pour ce poste la personne de son choix. La violation de ces obligations est sanctionnée par une amende d'ordre (administrative) de 251 à 2.500 euros; en cas de récidive, une amende correctionnelle peut être prononcée et l'employeur peut être exclu des marchés publics (L. 623-3). En pratique, ces obligations ne sont pas rigoureusement respectées, même si l'ADEM constate une augmentation du nombre d'employeurs procédant à des déclarations⁸²¹. Pour un tiers des déclarations, l'ADEM n'a pas de candidat à proposer⁸²².

326. Agences de recrutement. Les bureaux de placement payants sont en principe interdits selon une Convention OIT de 1933 ratifiée par le Luxembourg⁸²³. En 1958, le Luxembourg a ratifié une autre convention et a opté pour la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative et la réglementation des autres bureaux de placement⁸²⁴. Constatant qu'elles se sont maintenues en pratique, une Convention de 1997 les admet mais encadre leur activité⁸²⁵; le Luxembourg n'a cependant pas encore ratifié cette convention, de sorte que le principe de l'interdiction reste d'application pour les agences agissant à des fins lucratives. Néanmoins, en pratique, une multitude de prestataires offrent de services aux employeurs pour le recrutement ou aux salariés pour aider à l'embauche.

Sur l'histoire du placement privé et public et le rôle actuel de l'ADEM, voir aussi :

- Aux origines du droit du travail, n° 280 et suivants.

327. Implication des représentants du personnel. Sauf clause conventionnelle, les représentants du personnel n'ont en principe pas leur mot à dire quant à l'embauche. Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, la délégation du personnel (anciennement le comité mixte) a compétence de décision en ce qui concerne l'établissement et la modification des critères généraux concernant la sélection personnelle en cas d'embauchage (L. 414-9 pt. 3). Si de tels critères ont été fixés, l'employeur doit les respecter, sous peine de commettre un délit d'entrave. La compétence de la délégation se limite cependant à la fixation de critères abstraits et elle ne doit pas donner son aval pour chaque embauche isolée. En pratique, cette compétence n'est pas systématiquement exercée par les délégations. Il n'est en outre pas clair comment les

⁸²¹ Rapport annuel du Ministère du Travail 2015, p. 122.

⁸²² Rapport annuel du Ministère du Travail 2015, p. 124.

⁸²³ Convention OIT n° 96 du 1^{er} juillet 1933 concernant les bureaux de placement payants; en matière maritime : Art. 43 de la loi du 14 avril 1992 instituant un code disciplinaire et pénal pour la marine.

⁸²⁴ Convention OIT n° 96 sur les bureaux de placement payants, 1949.

⁸²⁵ Convention OIT n° 181 sur les agences d'emploi privées, 1997.

candidats pourraient prendre connaissance de ces critères et vérifier si le refus d'embauche était justifié.

327 à 339. – Réservés.

Pour plus de détails, voir, concernant les compétences consultatives et les compétences de co-décision :
- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 127 et suivant et n° 198.

CHAPITRE 3. – DÉMARCHES ET VÉRIFICATIONS PRÉCONTRACTUELLES

340. Généralités. Comme pour tout contrat, employeur et salarié sont obligés d'entamer les négociations de bonne foi. Même si aucun contrat ne les lie encore, les pourparlers sont censés être menés de manière loyale et honnête. De part et d'autre, un échange d'information doit avoir lieu; en pratique, ce sera cependant essentiellement l'employeur qui questionnera le salarié, non seulement en raison de la situation d'infériorité de ce dernier, mais encore parce que les informations caractérisant une entreprise sont souvent dans le domaine public. L'employeur est libre ou non de procéder à des vérifications précontractuelles, tel un entretien d'embauche (section 1), un contrôle de l'aptitude (section 2) des compétences (section 3) ou de l'honorabilité (section 4). Il peut déléguer à cet effet la personne de son choix. Des obligations n'existent à charge de l'employeur que pour : • s'assurer qu'il n'existe pas d'obstacle juridique à l'embauche (p.ex. travail d'enfants), notamment en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers (→ I.298); • garantir que les critères de sélection à l'embauche éventuellement définis par voie de co-décision avec la délégation du personnel soient respectés; si de tels critères sont effectivement fixés, l'absence de procédure d'embauche semble en soi constituer un délit d'entrave; • s'assurer de l'aptitude physique au poste; non seulement l'examen médical d'embauche est obligatoire, mais l'employeur a encore une obligation générale de veiller à la sécurité et à la santé de ses salariés et de procéder à une évaluation des risques (→ Tome II) obligation qu'il doit assumer dès la phase de recrutement.

SECTION 1. – ENTRETIEN ET POURPARLERS D'EMBAUCHE

341. Généralités. Un entretien préalable à l'embauche n'est pas obligatoire, et aucune disposition légale ne vient l'encadrer. L'employeur est dès lors libre de tenir un entretien d'embauche ou non et d'en définir la forme (entretien physique, à distance, entretien téléphonique, agence de recrutement). On peut tout au plus s'interroger s'il existe une obligation de recevoir une personne en entretien d'embauche en cas d'assignation par l'ADEM; le candidat devra en effet justifier par la suite du résultat. A condition que sa pratique ne soit pas discriminatoire (notamment au regard de l'âge ou du sexe des candidats), l'employeur est libre du choix des candidats qu'il reçoit en entretien.

342. Obligations d'information. L'obligation de loyauté implique notamment de relever à l'éventuel futur partenaire contractuel certaines informations qui peuvent être d'intérêt pour lui. Au vu de l'absence de jurisprudence, la question des informations à relever par l'employeur au salarié, en ce qui concerne son entreprise, ne paraît jamais

donner lieu à conflit. Plus délicate par contre est la question de savoir quelles informations le salarié est obligé de révéler durant son recrutement.

Selon la jurisprudence⁸²⁶, il pèse sur tout contractant une obligation de renseignement et d'information au profit de son éventuel futur cocontractant, et ce pendant toute la période de négociation du contrat, ne serait-ce qu'en vertu de l'obligation de loyauté qui pèse sur lui. Le débiteur de l'obligation doit donc livrer, de manière spontanée, certaines informations de nature à influencer sur le consentement de l'autre partie. Le non-respect de ces obligations engage la responsabilité délictuelle. Il a notamment été décidé que lors d'un entretien d'embauche, une femme enceinte n'est pas obligée de révéler son état de grossesse⁸²⁷; un mensonge ne permet pas de faire annuler un contrat pour dol ou erreur⁸²⁸.

343. Questions interdites. Toutes les questions qui, de près ou de loin, font référence à un des critères légaux de discrimination (→ I.245) sont à proscrire. Le salarié n'est pas obligé de répondre, resp. il ne saurait lui être reproché par la suite d'avoir menti à des questions telles que : la présence d'enfants ou la volonté d'avoir des enfants, les croyances religieuses, les opinions politiques, l'appartenance syndicale, etc.. Il reste que pour certains critères, il est d'usage constant de les demander et de les acter lors du recrutement, tel le sexe (du moins apparent) ou la date de naissance (âge). Mais un salarié qui mentirait sur son âge ne pourrait probablement pas être sanctionné si l'employeur découvre par la suite sa vraie date de naissance. Le salarié n'est pas non plus obligé de révéler spontanément ces aspects à l'employeur. La discrimination par le nom (notamment le patronyme) est un problème réel en pratique, mais contrairement au droit français, la loi luxembourgeoise ne prévoit pas le « nom » parmi les critères de non-discrimination. L'usage d'un faux nom lors du recrutement (p.ex. à consonance européenne) constitue toutefois l'infraction de port public de faux nom (Art. 231 CP).

344. Embauche de ressortissants d'un pays tiers. L'emploi de ressortissants de pays tiers requiert une autorisation préalable (→ I.298). L'employeur doit (L. 572-3) : **(a)** exiger que le salarié, avant d'occuper l'emploi, dispose d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour et le présente à l'employeur; **(b)** tenir pendant la durée de la période d'emploi une copie de l'autorisation en vue d'une éventuelle inspection; **(c)** notifier dans les 3, resp. 7 jours é partir du premier jour de travail le début de la période d'emploi au Ministre ayant l'immigration dans ses attributions. Un entrepreneur est aussi obligé de s'informer si ses sous-traitants se sont conformés à ces exigences.

SECTION 2. – APTITUDE PHYSIQUE

345. Questions sur l'état de santé. L'état de santé, resp. la présence d'un handicap sont des critères de non-discrimination qui ne devraient pas influencer sur la décision de recrutement. D'un autre côté, la législation sur la sécurité au travail ne permet pas de faire travailler des personnes inaptes pour le poste. Concernant l'état de santé du salarié et une éventuelle inaptitude au poste, les juges refusent souvent d'admettre une nullité pour cause de dol ou d'erreur sur la personne; ils font valoir notamment que l'employeur est légalement obligé de faire vérifier l'aptitude physique au poste par le

⁸²⁶ CSJ, 8e, 17 décembre 2015, 41838, Répertoire III.1.1.1.1.

⁸²⁷ CSJ, 8e, 23 octobre 2014, 39714 et 39715, Répertoire III.1.1.1.2.; CSJ, 3e, 28 janvier 2016, 42219, Répertoire III.1.1.1.2.

⁸²⁸ CSJ, 8e, 26 novembre 2009, 33859, Répertoire III.1.4.2.2.

biais d'un examen médical d'embauche⁸²⁹ (→ Tome II). Une nullité pour erreur substantielle a cependant été retenue en 2014 à propos d'un salarié qui savait à l'embauche qu'il n'était pas apte au travail en raison d'une opération chirurgicale planifiée⁸³⁰.

346. Tests médicaux à l'embauche. De manière générale, l'examen d'embauche est obligatoire (→ Tome II). Cet examen n'a cependant lieu qu'une fois le contrat signé avec un des candidats. Plus délicate et non encore précisée par la jurisprudence, mais probablement à infirmer, est la question de savoir si l'employeur pourrait, avant la signature du contrat soumettre les candidats à des examens de nature médicale (par exemple pour identifier le plus performant); une telle démarche pourrait constituer une discrimination fondée sur l'état de santé, incriminée par le Code pénal. Il est en tout cas interdit d'exiger d'une femme qui pose sa candidature à un poste qu'elle se soumette à un test de grossesse ou qu'elle présente un certificat attestant ou non l'état de grossesse⁸³¹. Selon une loi de 1960, dans le secteur de l'hôtellerie, l'employeur est obligé d'exiger lors de l'embauchage du personnel, à ses frais, des attestations médicales récentes certifiant que l'intéressé n'est pas affecté d'une maladie contagieuse⁸³².

SECTION 3. – COMPÉTENCES ET QUALIFICATION

347. Généralités. L'employeur est en droit de solliciter de la part du salarié tous les diplômes dont il dispose et d'exiger une copie. Il peut également demander des explications et justifications quant à la carrière antérieure.

Ces éléments ne sont pas seulement importants pour apprécier les compétences du candidat pour le poste à pourvoir, mais peuvent également être déterminants pour savoir s'il faut payer le salaire social minimum qualifié ou non et quelle est la durée maximale de la période d'essai. La question de savoir dans quelle mesure un employeur est en droit de se renseigner auprès des précédents employeurs du salarié n'est pas explicitement réglementée et ne fait pas l'objet de jurisprudences.

348. Légitimité de tests et essais de recrutement. En principe, la période d'essai (→ I.440) est destinée à instituer une phase de test des compétences du salarié. Avant même de signer le contrat, l'employeur peut cependant procéder à un test superficiel (épreuves de recrutement), qui ne peut cependant pas s'étendre sur plusieurs jours⁸³³ et doit être limité à un délai raisonnable⁸³⁴. Une durée de six jours a été jugée excessive⁸³⁵;

⁸²⁹ CSJ, 3e, 9 novembre 2006, 30232, Répertoire III.1.4.2.1.; CSJ, 3e, 18 janvier 2001, 23744, Répertoire III.1.4.2.1.

⁸³⁰ CSJ, 3e, 10 juillet 2014, 39759, Répertoire III.1.4.2.1.

⁸³¹ Art. 9 (2) de la Convention OIT n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité; cette disposition prévoit toutefois une exception si la législation prévoit que les travaux en question sont interdits aux femmes enceintes.

⁸³² Art. 7 de la loi du 17 juillet 1960 portant institution d'un statut de l'hôtellerie.

⁸³³ CSJ, 3e, 24 mai 2012, 37440, Répertoire III.1.1.2.

⁸³⁴ CSJ, 8e, 19 mars 2009, 33544, Répertoire III.1.1.2.; CSJ, 8e, 11 novembre 2010, 33837, Répertoire III.1.1.2.; voir aussi CSJ, 27 juin 2002, 24725: « L'employeur peut faire passer au candidat de véritables tests ou essais professionnels pour vérifier son aptitude et ses connaissances. Ces épreuves, préalables à la conclusion du contrat de travail ne se confondent pas avec la période d'essai qui peut suivre cette conclusion. L'essai professionnel, par nature de courte durée, s'apparente à un examen, jugé par l'employeur qui reste libre de la décision d'embaucher. L'essai professionnel ne doit pas être un moyen détourné de faire travailler

même un stage préalable à l'embauche a par contre été validé⁸³⁶. Pour éviter toute discussion à propos d'un contrat de travail oral ou tacite qui se serait noué, il est utile de fixer par écrit les modalités du test.

Un récent arrêt de 2017 vient de rappeler les principes⁸³⁷ : L'exécution d'un travail accompli dans le cadre d'un test professionnel constitue une méthode de recrutement. Son seul objet est d'évaluer les aptitudes du travailleur avant son embauche. Ce n'est pas une prestation de travail justifiant la reconnaissance d'un contrat de travail. L'employeur peut donc faire passer au candidat des tests ou essais professionnels pour vérifier son aptitude et ses connaissances et il reste libre de la décision d'embaucher. Les tests ne doivent cependant pas être de nature à faire effectuer au salarié une prestation de travail réelle et effective et doivent être de courte durée. En effet, c'est dans le cadre de la période d'essai (→ I.440) que le salarié pourra être affecté à des prestations de travail réelles et effectives, et l'employeur pourra se faire une idée de ses aptitudes et compétences, avec possibilité de résilier le contrat avec un préavis raccourci et sans obligation de motivation. Dans le cadre des tests préalables, il vaut donc mieux faire effectuer des tâches qui n'ont aucune utilité économique pour l'employeur, telle une secrétaire qui doit retranscrire une lettre fictive ou un cuisinier qui doit préparer un plat qui ne sera pas servi en salle.

Il n'est pas clair quel est le statut de ces personnes en situation de test, par exemple si elles devaient subir un accident. Pour cette raison, l'employeur devrait être prudent avant de faire effectuer des tâches qui comportent des risques, et pour lesquels une formation de sécurité serait requise s'il s'agissait d'un salarié. Il est par ailleurs en tout état de cause utile de fixer le principe même du test par écrit, afin que l'employeur puisse établir qu'il y avait un accord sur le fait que le candidat prestait un travail à titre provisoire et non en tant que salarié. Cet accord n'est pas valable et pourra être requalifié en contrat de travail si les limites prédécrites ne sont pas respectées, mais n'en constituera pas moins un début de preuve utile pour l'employeur.

349. Nature des tests. La loi est également muette quant à la nature des tests qui peuvent être effectués. Contrairement au droit français, il n'y a pas non plus d'obligation d'informer les candidats des méthodes et techniques d'aide au recrutement

l'intéressé »; CSJ, 6 novembre 2003, 27774 : « S'il est vrai que l'employeur peut faire passer au candidat de véritables tests ou essais professionnels pour vérifier son aptitude et ses connaissances, il se trouve toutefois qu'en l'espèce L. n'a pas subi une épreuve qui serait à qualifier de test préalable. Il se dégage en effet de l'attestation versée en cause par N. et établie par un certain H. que ce dernier a accompagné l'intimé pendant deux journées sur sa tournée. Le test professionnel présupposant le contrôle des aptitudes du postulant au poste de travail proposé par l'employeur lui-même, l'on ne saurait en l'espèce parler d'un test par l'employeur, le contrôle ayant été effectué par H. postulant le même travail ».

⁸³⁵ CSJ, 3e, 21 février 2008, 32240, Répertoire III.1.1.2.

⁸³⁶ CSJ, 7 novembre 2002, 25893 : « Un stage de formation préalable à l'embauche en vue de permettre l'exercice de la profession envisagée, tel que c'est le cas en l'espèce pour le pilote qui doit être formé pour effectuer des vols sur un type déterminé d'avion, ne se confond pas avec une période d'essai ou un travail effectif. Le stage professionnel, qui ne doit d'ailleurs pas être un moyen détourné de faire travailler l'intéressé, ne constitue pas une prestation de travail productif et subordonné et l'employeur reste libre d'embaucher le salarié ».

⁸³⁷ CSJ, 3e, 9 novembre 2017, 44250, Répertoire Edition 2018. Dans cette affaire, un candidat pour un poste de cuisinier était 'testé' dans la cuisine pendant un jour et demi avant que l'employeur n'estime qu'il manquait de motivation au travail. L'employeur a réussi à établir qu'il était convenu qu'il ne s'agissait que d'un test.

utilisées⁸³⁸. Les tests ne doivent naturellement pas porter sur des éléments qui pourraient être considérés comme étant discriminatoires ou avoir pour but de déceler une de ces caractéristiques visées par la législation anti-discrimination (p.ex. questions ou exercices permettant de déduire l'appartenance religieuse, les opinions privées, la volonté d'avoir des enfants). Les tests ne doivent pas non plus porter une atteinte excessive aux libertés fondamentales du salarié. Tout particulièrement, les tests ne peuvent porter sur l'état de santé du salarié ; à notre avis, des tests tels que le dépistage de drogues ou d'alcool, la demande d'analyse urinaires ou sanguines, des questions relatives aux antécédents médicaux, etc. sont à proscrire. Il relève du rôle du médecin du travail d'effectuer ces tests lors de l'embauche et le contrat prendra fin automatiquement si l'examen médical d'embauche relève une inaptitude au poste (→ Tome II). Rien n'interdit cependant à notre avis à l'employeur d'informer le médecin du travail de ses doutes ou suspicions, afin que le médecin en juge la pertinence et y prête attention.

Pour le surplus, le principe de la liberté devrait prévaloir, l'employeur n'étant pas obligé d'expliquer ou de justifier la pertinence des tests qu'il effectue. Nous ne voyons pas sur quelle base un juge pourrait sanctionner le recours à des tests paraissant ésotériques ou peu sérieux par certains, mais défendus par d'autres, tels des tests graphologiques, de morphopsychologie, de personnalité ou encore basés sur l'astrologie.

Les tests peuvent porter notamment sur les connaissances théoriques du salarié, sur ses compétences linguistiques, sur ses capacités rédactionnelles, etc.. Ils peuvent aussi porter sur ses capacités cognitives (tests d'intelligence, tests de réactivité) et d'adaptation (mise en situation). Ils peuvent également porter sur ses capacités physiques (épreuves sportives) ou sur ses compétences manuelles et techniques.

350. Données relatives aux candidats. Contrairement au droit français, il n'y a pas d'obligation d'informer les candidats au préalable de la nature des tests. Le droit luxembourgeois ne prévoit pas non plus de droit explicite d'être informé des résultats des tests. Par contre, sur base du Règlement européen sur la protection des données, le candidat doit recevoir une information sur le traitement de ses données, et il a le droit d'accéder à ses données. S'il n'est pas recruté, il peut faire valoir son droit d'effacement. Selon la manière dont les tests sont effectuées, et notamment s'il s'agit de tests qui sont soumis à un grand nombre de candidats et ensuite exploités de manière systématique, la démarche peut s'analyser en « profilage » et exiger de la part de l'employeur des démarches renforcées en matière de protection des données.

SECTION 4. – HONORABILITÉ ET ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES

351. Casier judiciaire. La question des antécédents judiciaires du futur candidat fait l'objet d'une réglementation légale récemment réformée. Pour le secteur privé, les règles, fort restrictives, se lisent désormais comme suit⁸³⁹ :

⁸³⁸ Art. L. 1221-8 du Code du travail français : « Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Les résultats obtenus sont confidentiels. Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie. ».

⁸³⁹ Art. 8-5 (2) de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire telle que modifiée par une loi du 23 juillet 2016.

« Dans le cadre du recrutement du personnel, un employeur peut demander au candidat intéressé de lui remettre un bulletin N° 3. Cette demande est présentée sous forme écrite et est spécialement motivée par rapport aux besoins spécifiques du poste. Cette demande doit figurer dans l'offre d'emploi.

Le bulletin N° 3 remis par la personne concernée ne peut pas être conservé au-delà d'un délai d'un mois à partir de la conclusion du contrat de travail. Si la personne concernée n'est pas engagée, l'extrait du casier doit être détruit sans délai par l'employeur.

Dans le cadre de la gestion du personnel, l'employeur ne peut demander aux salariés la remise d'un nouveau bulletin N° 3 que lorsque des dispositions légales spécifiques le prévoient. »

Ainsi, la demande de communication d'un bulletin du casier judiciaire doit figurer *expressis verbis* dans l'offre d'emploi. A défaut de cette précision, l'employeur ne peut pas légalement en exiger la communication⁸⁴⁰; en cas de recrutement sans offre d'emploi préalable, il semble donc interdit d'exiger un extrait du casier. Le non-respect de cette règle ne semble cependant pas être sanctionné pénalement⁸⁴¹. De toute manière, cette règle paraît très théorique : d'un côté, il suffit d'insérer une mention-type dans les offres d'emploi ; d'un autre côté, quel salarié refusera de verser son casier en se basant sur l'absence de mention dans l'offre d'emploi et quelles chances aurait-il ensuite d'être recruté ? Le non-respect des délais de conservation par contre est puni d'une amende de 251 euros à 3.000 euros⁸⁴².

Vu notamment le grand nombre de salariés frontaliers ou de nationalité étrangère, il se pose la question de la demande d'un casier judiciaire étranger. La loi luxembourgeoise de 2013 ne parle que du « Bulletin n°3 » et non en général du casier judiciaire et ne paraît donc viser que le casier luxembourgeois. D'un autre côté, une législation française, belge ou allemande peut certes régler le contenu des casiers judiciaires et les conditions de remise aux citoyens, mais ne peut pas définir sous quelles conditions cet extrait peut être remis pour un recrutement sur territoire luxembourgeois. Un certain vide juridique subsiste.

Des règles spéciales trouvent application lorsqu'il s'agit de recruter une personne pour des activités professionnelles impliquant des contacts réguliers avec des mineurs.

Il a été décidé qu'un salarié interrogé sur une période spécifique de sa carrière est obligé de révéler une incarcération et n'est pas en droit de mentir en affirmant avoir travaillé, pareil mensonge induisant un vice du consentement permettant à l'employeur de faire annuler le contrat⁸⁴³. Cette jurisprudence ne semble plus en ligne avec la nouvelle loi sur le casier judiciaire.

352. Permis de conduire. Indépendamment du casier judiciaire, la question de savoir si un salarié dispose du droit de conduire un véhicule est d'importance pour de nombreux postes, ce d'autant plus qu'un employeur ou chef d'entreprise peut s'exposer pénalement s'il tolère la conduite de ses engins et véhicules par une personne non titulaire d'un permis valable. Il s'avère en effet en pratique que le fait de disposer d'un

⁸⁴⁰ Projet de loi n° 6820, Rapport de la Commission juridique du 15 juin 2016, p. 15.

⁸⁴¹ L'article 9 ne vise l'article 8-5 de la loi du 29 mars 2013 que pour le non-respect des délais (sauf à argumenter qu'en l'absence de demande expresse, le délai durant lequel l'employeur peut conserver le casier serait nul, et que par la simple remise du casier il y aurait infraction).

⁸⁴² Art. 9 de la loi du 29 mars 2013.

⁸⁴³ CSJ, 8e, 18 novembre 2004, 28235, Répertoire III.1.4.1.

permis de conduire est un atout majeur pour le recrutement, et donc pour l'insertion ou la réinsertion au marché du travail, surtout pour les jeunes⁸⁴⁴. Le contrat de travail doit mentionner que la détention du permis est exigée; cette exigence est difficile à interpréter dans la mesure où le recrutement précède l'établissement et la signature du contrat de travail⁸⁴⁵. La question est réglée comme suit⁸⁴⁶ :

Dans le cadre du recrutement du personnel, un employeur ne peut demander au candidat intéressé de lui remettre un bulletin N° 4 que lorsque la détention d'un permis de conduire valable constitue une condition indispensable pour l'exercice de l'activité professionnelle du salarié et est exigée dans le contrat de travail. Cette demande est présentée sous forme écrite et est spécialement motivée par rapport aux besoins spécifiques du poste. Cette demande doit figurer dans l'offre d'emploi.

Le bulletin N° 4 remis par la personne concernée ne peut pas être conservé au-delà d'un délai d'un mois à partir de la conclusion du contrat de travail. Si la personne concernée n'est pas engagée, l'extrait du casier doit être détruit sans délai par l'employeur.

L'intérêt de cette démarche restrictive paraît cependant douteux. Il est en effet de pratique courante que l'administré peut demander au Ministère du Transport un certificat indiquant le nombre de points, l'existence d'interdiction de conduire judiciaires et de mesures administratives. Exiger la remise d'un tel document ne semble pas prohibé par la loi. Cette démarche paraît par ailleurs indispensable pour l'employeur, qui doit couvrir son risque pénal, puisque le casier judiciaire mentionne uniquement les condamnations pénales au fond, une suspension ou restriction du droit de conduire pouvant cependant également découler de mesures administratives ou provisoires.

353 à 359. Réservés.

Voir, à propos du risque pénal pour l'employeur et du certificat remis par les services du Ministère
- Le permis de conduire⁸⁴⁷ n° 40 et suivants et n° 101.

CHAPITRE 4. – FORMATION DU CONTRAT

360. Généralités. Le contrat de travail étant à la base un contrat, il suppose l'accord des deux parties. L'accord des volontés est également une condition indispensable pour garantir la liberté de travail. C'est cet accord de volontés qui suffit à lui seul pour nouer le contrat.

Contrairement aux contrats civils classiques, le contrat de travail présente cependant la spécificité qu'après sa conclusion, son contenu est susceptible d'évoluer sans l'accord et même contre le gré d'une partie, notamment au niveau des conditions de travail

⁸⁴⁴ GENEVOIS Anne-Sophie, Être en possession d'un permis de conduire : un atout pour la réinsertion des chômeurs sur le marché du travail, CEPS/Instead, Vivre au Luxembourg, n° 90, mars 2014.

⁸⁴⁵ Cette interprétation donne plus de sens que celle de la commission parlementaire selon laquelle le contrat de travail devrait exiger la remise du casier judiciaire, puisqu'il semble illogique d'embaucher une personne et de constater ensuite qu'elle n'a pas le permis; Projet de loi n° 6820, Rapport de la Commission juridique du 15 juin 2016, p. 16 : « communication dudit bulletin doit être exigée dans le contrat de travail subséquent ».

⁸⁴⁶ Art. 8-5 (3) de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire telle que modifiée par une loi du 23 juillet 2016.

⁸⁴⁷ Jean-Luc PUTZ, Le permis de conduire, Promoculture-Larcier, 2014.

(modification unilatérale par l'employeur; → I.613) ou de l'identité de l'employeur (transfert d'entreprise; → I.640).

Comme tout contrat, le contrat de travail se noue par une offre et une acceptation, ce qui suppose un consentement des deux parties qui s'obligent (Art. 1108 CCiv). Le contrat se forme dès lors dès qu'il y a offre et acceptation; la formalisation par un écrit ne conditionne pas la validité du contrat mais n'a que des effets probatoires (→ I.383). Il importe peu si l'offre émane de l'employeur ou du salarié. Pour que le contrat puisse se nouer, il faut que l'accord porte sur les éléments essentiels du contrat (*essentialia negotii*); il s'agit pour l'essentiel de la nature du travail à accomplir. Le fait que des points secondaires n'aient pas fait l'objet de pourparlers et n'aient pas été clairement fixés n'empêche pas le contrat de se former. Puisque, contrairement au droit civil général, de nombreux aspects du contrat de travail sont encadrés légalement, on peut plus largement admettre qu'un silence des parties sur un point déterminé est à combler par le standard prévu par la loi, donc par exemple l'absence d'accord explicite sur la durée de travail en admettant que les parties voulaient convenir d'un horaire à temps plein de 40 heures par semaines, ou l'absence d'accord explicite sur le salaire par une référence au salaire minimum légal ou conventionnel⁸⁴⁸. Tant qu'il subsiste par contre un désaccord explicite, fût-ce sur un point annexe (p.ex. les primes ou l'horaire de travail), le contrat ne peut se nouer.

Dès lors qu'il y a accord entre parties, le contrat de travail est conclu et oblige – abstraction faite des difficultés probatoires – chacune des parties (Art. 1134 al. 1^{er} CCiv). Ni l'employeur ni le salarié ne peuvent y renoncer ou le dénoncer unilatéralement, si ce n'est dans les formes et conditions du licenciement ou de la démission.

361. Jugement valant contrat ? Même dans les cas dans lesquels l'employeur et/ou le salarié sont obligés de signer un contrat de travail, le juge ne pourra pas suppléer à la volonté de celui qui refuse de s'engager dans les liens d'une relation de travail. Une action en justice ne pourra ainsi que déboucher sur des dommages-intérêts et ne permet pas d'imposer la conclusion d'un contrat de travail. Cette situation est à distinguer des cas dans lesquels le tribunal déclare nul un licenciement (femme enceinte, délégué du personnel, non-respect de la procédure de licenciement collectif, etc.); l'employeur sera certes obligé de reprendre le salarié, mais uniquement parce qu'il n'a pas valablement résilié un contrat auquel il avait initialement consenti. Pour les salariés ordinaires d'ailleurs, le juge ne peut pas imposer, mais uniquement suggérer une réintégration en cas de licenciement abusif (L. 124-12 (2)).

362. Contrat non écrits. En présence d'un contrat écrit et signé par les deux parties, la documentation de l'accord de volontés pose rarement problème, sauf si une partie fait valoir un vice du consentement ou une falsification de signature. La Cour a également pu déduire d'un échange de courriers électroniques la volonté de conclure un contrat de travail⁸⁴⁹.

Un contrat oral est plus difficile à établir. Moins claires encore sont les situations dans lesquelles un contrat tacite pourrait avoir été conclu. L'exécution factuelle du contrat de travail peut être interprétée comme valant accord contractuel. Il appartient au tribunal d'apprécier la situation au cas par cas.

⁸⁴⁸ On pourrait aussi se référer au salaire d'usage dans l'entreprise ou le métier.

⁸⁴⁹ CSJ, 3e, 26 janvier 2006, 29824, Répertoire III.1.3.; CSJ, 3e, 23 novembre 2006, 31021, Répertoire III.1.3.

La question peut se poser non seulement au début de la relation de travail, mais encore lorsque le contrat prend fin, mais que les parties continuent de l'exécuter. Il a par exemple été décidé qu'une brève reprise du travail suite à une cessation de plein droit du contrat ne vaut pas conclusions d'un nouveau contrat, l'employeur ayant ignoré la cessation de plein droit⁸⁵⁰.

363. Mandat et mandat apparent. Il appartient en principe au salarié d'établir que la personne ayant signé le contrat avait qualité et capacité d'engager l'employeur⁸⁵¹. La validité du consentement pourrait être atteinte du fait que celui qui signe n'a pas le pouvoir de ce faire. Il peut ne pas avoir eu de délégation au sein de l'entreprise. Même un gérant peut être soumis par les statuts à une exigence de double signature. Relevons encore que si c'est l'Etat qui embauche, l'article 35 de la Constitution exige une disposition législative permettant la création de cet emploi (« Aucune fonction salariée par l'Etat ne peut être créée qu'en vertu d'une disposition législative »). Mais le salarié ignore souvent ces problèmes internes et n'a aucun moyen d'investigation. Pour protéger sa bonne foi, la théorie du mandat apparent peut être invoquée (→ I.226).

364. Vices du consentement. Les règles sur les vices du consentement (Art. 1109 CCiv) s'appliquent au contrat de travail, comme à tout autre contrat. Pour la formation du contrat, elles ne jouent qu'un rôle pratique mineur en droit du travail, la question de la validité du consentement étant plus fréquemment débattue au moment de la résiliation du contrat, qu'il s'agisse d'un licenciement, d'une démission ou d'une résiliation d'un commun accord (→ Tome III). Néanmoins, employeur et salarié ont la possibilité de contester la validité de leur engagement contractuel en se basant sur la violence, le dol et l'erreur sur la substance. Une lésion par abus de faiblesse (Art. 1118 CCiv) semble exclue, puisque tout salarié peut prétendre d'office au salaire social minimum.

La nullité d'une convention peut être opposée à tout moment par voie d'exception et comme défense au fond par la partie qui est en droit de l'invoquer si elle est actionnée en exécution de la convention ou, tel qu'en l'espèce, en dommages-intérêts pour inexécution fautive ou rupture abusive de celle-ci, à moins que la nullité ne soit couverte par l'exécution même partielle de la convention en connaissance de la nullité et sans faire de réserves par la partie qui l'invoque ou par toute autre attitude ou comportement de celle-ci faisant présumer de manière non équivoque sa renonciation tacite au droit d'invoquer la nullité et valant dès lors confirmation de l'acte nul⁸⁵².

Voici quelques exemples d'application : • A propos d'un salarié qui avait omis de préciser une période d'incarcération et a affirmé avoir travaillé sur question expresse de l'employeur concernant cette période, il a été décidé⁸⁵³ que la réticence ou le simple silence gardé par le salarié lors de la conclusion du contrat de travail sur des faits, même relatifs à sa vie privée, mais ayant une incidence sur son activité professionnelle, peut être constitutif de dol cause de nullité du contrat, si le dol a été déterminant au sens de l'article 1116 du code civil. Le futur employeur peut légitimement se fier à l'honnêteté du candidat au poste à pourvoir et à l'exactitude des renseignements fournis par celui-ci sans devoir procéder à des contrôles ou vérifications afférentes et notamment sans devoir exiger la production d'un extrait du casier judiciaire à défaut d'un quelconque

⁸⁵⁰ CSJ, 8e, 1^{er} mars 2012, 36942, Répertoire III.1.3.

⁸⁵¹ CSJ, 3e, 23 janvier 1997, 18681, Répertoire III.1.3.

⁸⁵² CSJ, 8e, 18 novembre 2004, 28235, Répertoire III.1.4.1.

⁸⁵³ CSJ, 8e, 18 novembre 2004, 28235, Répertoire III.1.4.1.

élément devant lui inspirer un doute raisonnable quant à l'intégrité du candidat, voire un soupçon concret quant à des antécédents judiciaires. • Nous avons abordé ci-avant la question de savoir si le salarié doit révéler une inaptitude physique pour son poste. Il n'y a donc pas erreur permettant d'annuler le contrat si l'employeur embauche une personne comme juriste qui s'était présentée à tort comme ayant été « avocat »⁸⁵⁴. • Les juges ont rejeté comme erreur inexcusable l'argument d'un employeur voulant faire annuler le contrat parce qu'il aurait erronément indiqué un salaire trop élevé⁸⁵⁵, ou parce qu'il affirmait s'être trompé sur l'erreur, la qualification et l'ancienneté d'un salarié de sorte qu'il devait payer le salaire minimum qualifié⁸⁵⁶. • La Cour a par contre admis une nullité pour dol dans le cas d'un salarié qui n'avait pas informé au moment de l'embauche qu'il exploitait une entreprise concurrente⁸⁵⁷.

A propos d'un salarié qui avait modifié le contrat qui lui était soumis pour signature sans en informer l'employeur et avant que ce dernier signe, l'employeur ne s'était pas basé sur un vice du consentement, mais a procédé au licenciement du salarié; la Cour a validé ce licenciement, solution que l'on pourrait cependant discuter dans la mesure où la faute a été commise avant le début de la relation de travail⁸⁵⁸.

Quant aux effets d'une nullité, la jurisprudence est en désaccord quant à savoir si elle joue rétroactivement⁸⁵⁹ ou seulement pour l'avenir⁸⁶⁰. La conséquence pratique de ce différend est cependant minime, puisqu'il est admis qu'en tout état de cause, le travail presté mérite rémunération, de sorte qu'il n'y a pas lieu à restitution des salaires⁸⁶¹. La nullité invoquée par l'employeur ne constitue par ailleurs pas un licenciement, qui donnerait lieu à des indemnités ou dédommagements.

365. Promesse unilatérale d'embauche. Une promesse unilatérale, peu importe si on l'analyse en simple offre de contracter formalisée ou en véritable avant-contrat, engage celui qui l'émet et le contrat sera parfait par son acceptation. Selon la Cour en effet, « un engagement unilatéral de volonté est une obligation qui naît du seul fait de son émission et qui oblige son auteur »⁸⁶².

Une telle promesse pourrait émaner de la part d'un salarié qui se déclarerait unilatéralement prêt à se faire embaucher. En pratique, elle émane cependant plus fréquemment de la plume d'un employeur qui par ce biais offre un contrat de travail et laisse au candidat le temps d'y réfléchir.

Pour qu'il y ait promesse unilatérale de contrat engageant définitivement la personne dont elle émane, il faut que la manifestation de volonté de celui qui s'engage témoigne d'un engagement ferme qui le lie en tout état de cause, de sorte que le contrat sera conclu sur la seule déclaration de volonté du bénéficiaire de la promesse; il faut en outre que les éléments essentiels du contrat à passer soient déterminés avec une précision

⁸⁵⁴ CSJ, 8e, 7 mars 2012, 36480, Répertoire III.1.4.2.2.

⁸⁵⁵ CSJ, 8e, 23 avril 2015, 41041, Répertoire III.1.4.2.2.

⁸⁵⁶ CSJ, 8e, 8 juillet 2004, 28414, Répertoire III.1.4.2.2.

⁸⁵⁷ CSJ, 3e, 24 janvier 2013, 37944, Répertoire III.1.4.2.2.

⁸⁵⁸ CSJ, 8e, 29 septembre 2011, 36296, Répertoire III.1.3.

⁸⁵⁹ CSJ, 3e, 10 juillet 2014, 39759, Répertoire III.1.4.3.

⁸⁶⁰ CSJ, 8e, 18 novembre 2004, 28235, Répertoire III.1.4.3.

⁸⁶¹ CSJ, 3e, 24 janvier 2013, 37944, Répertoire III.1.4.3.

⁸⁶² CSJ, 8e, 9 juillet 2015, 41339, Répertoire III.1.1.1.1.

suffisante⁸⁶³. Une vague promesse, écrite⁸⁶⁴ ou orale⁸⁶⁵, ne vaut pas promesse d'embauche.

En présence d'une promesse valable, le salarié peut l'accepter unilatéralement. Si l'employeur devait refuser d'exécuter le contrat, il s'agirait d'un licenciement puisque le contrat s'est formé. Il faut conseiller à toute personne émettant un engagement unilatéral de fixer une durée durant laquelle l'autre partie peut accepter. A défaut, il faut tabler sur une « durée raisonnable » à fixer au cas par cas par le juge. Si l'employeur retire sa promesse avant ce délai, il n'y a pas licenciement puisqu'aucun contrat ne s'est encore formé ; il peut cependant s'agir d'une violation précontractuelle engageant la responsabilité de l'employeur. En l'absence de limitation temporelle explicite, il faut conseiller à l'employeur, confronté au silence du candidat, de le mettre en demeure de prendre position tout en fixant un délai raisonnable.

Le fait de détenir une promesse d'embauche pour un emploi prenant effet dans un délai d'un mois, permet au demandeur d'emploi inscrit à l'ADEM de refuser un autre emploi approprié qui lui est proposé⁸⁶⁶.

366 à 369. Réservés.

CHAPITRE 5. – FORME ET PREUVE DU CONTRAT

SECTION 1. – HISTORIQUE

370. Le livret d'ouvrier – historique. Le livret d'ouvrier est introduit en France en 1803⁸⁶⁷, législation qui s'appliquera au Luxembourg depuis la période française (1795-1815). En 1842, une circulaire rappelle les bourgmestres à l'ordre quant à l'application correcte de la législation⁸⁶⁸. La loi a été jugée insuffisante notamment parce qu'elle ne prévoyait pas de sanctions pénales; une législation plus précise a été souhaitée parce que « placés à la frontière des trois pays ... nous sommes dans le cas de recevoir beaucoup d'ouvriers étrangers, auxquels nous sommes en droit de demander des garanties de

⁸⁶³ CSJ, 8e, 12 mai 2011, 35496, Répertoire III.1.1.1.1.

⁸⁶⁴ CSJ, 3e, 27 novembre 1997, 20469, Répertoire III.1.1.1.1.

⁸⁶⁵ CSJ, 3e, 8 novembre 2007, 31553, Répertoire III.1.1.1.1.

⁸⁶⁶ Art. 9 du règlement grand-ducal du 25 août 1983 définissant les critères de l'emploi approprié.

⁸⁶⁷ Art. 12 de la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers : « Nul ne pourra, sous les mêmes peines, recevoir un ouvrier, s'il n'est porteur d'un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort »; cette loi était considérée comme étant applicable aux contrats de travail luxembourgeois, cf. les dispositions abrogatoires à l'article 36 du projet de loi (non abouti) sur le contrat de travail, C.R. 1907/1908, Annexes, p. 299; de même, certaines de ses dispositions ont été abrogées par les lois du 28 mars 1883 et du 5 janvier 1929 .

⁸⁶⁸ Circulaire concernant la visa des livrets des ouvriers, Mémorial n°34 de 1842, p. 391 : « On a remarqué dans les derniers tems que les Bourgmestres n'apportent pas toujours assez de circonspection au visa des livrets des ouvriers, et qu'il en résulte des abus graves. Les Bourgmestres et autres fonctionnaires que la chose concerne sont en conséquence invités à ne plus procéder à cette formalité, qu'après s'être assurés que les livrets présentés au visa sont régulièrement délivrés et s'appliquent aux individus qui s'en trouvent porteurs ».

moralité, de respect pour l'exécution fidèle des engagements contractés avec leurs maîtres et de soumission aux lois de police et de surveillance »⁸⁶⁹.

Le livret d'ouvrier sera réglementé au Luxembourg en 1860⁸⁷⁰, soit 8 ans avant son abolition en France. Sa finalité était essentiellement de contrôler la classe ouvrière, constituant une catégorie sociale jugée dangereuse, et d'éviter – en temps de pénurie de main-d'œuvre – les débauchages entre entreprises concurrentes⁸⁷¹. On lit dans les débats parlementaires que « dans le Grand-Duché, plus que partout ailleurs, les ouvriers constituent très souvent la plaie de l'agriculture. Le pays étant presque entièrement de frontière, il est envahi par beaucoup de vagabonds étrangers. L'obligation des livrets pour les ouvriers, les domestiques de ferme comme les ouvriers de manufactures, est une nécessité depuis longtemps sentie »⁸⁷². La finalité des livrets d'ouvriers était triple : ils devaient procurer une garantie du patron contre l'embauchage et la violation des obligations contractées envers lui; l'ouvrier obtenait une preuve de sa fidélité à remplir ses engagements; enfin, l'autorité publique pouvait plus facilement surveiller le respect de l'ordre public par les ouvriers étrangers⁸⁷³.

Tout ouvrier attaché aux manufactures, fabriques, usines, mines, minières, chantiers, ateliers et autres établissements industriels, était tenu de se munir d'un livret; il en était de même pour les ouvriers et domestiques agricoles ou autres, à condition toutefois que leur engagement porte au moins sur 6 mois. Il a été discuté s'il convenait de mettre les livrets à charge des autorités communales, mais la décision a finalement été retenue de laisser la charge de l'achat à l'ouvrier⁸⁷⁴. Il était interdit aux employeurs d'embaucher des ouvriers qui n'étaient pas porteurs d'un livret en règle. Sur le livret, qui restait entre les mains du patron, il fallait inscrire la date d'entrée et de sortie du salarié. De même, toutes les avances sur salaires et acquittements de dettes devaient y être mentionnés.

Comme l'actuel contrat de travail, le livret avait également pour fonction de clarifier les relations contractuelles entre parties. Lors de l'embauche, sur demande d'une des parties, il fallait inscrire les conditions qui s'écartaient des conditions d'usage.

Comme pour l'actuel certificat de travail (L. 125-6 ; → Tome III), aucune mention favorable ou défavorable ne devait être faite sur le livret. La raison était « que ces annotations ne sont pas toujours l'expression impartiale de celui qui les a écrites, et que, n'inspirant pas de grande confiance, elles ne sont d'aucun intérêt, ni pour le maître, ni pour l'ouvrier ou le domestique »⁸⁷⁵. Cette règle semble être en contradiction avec le

⁸⁶⁹ C.R. 1860, Projet de loi sur les livrets d'ouvriers et de domestiques, 1^{er} rapport, novembre 1860, p. 166.

⁸⁷⁰ Loi du 13 décembre 1860 sur les livrets d'ouvriers et de domestiques; Arrêté royal grand-ducal du 30 juin 1861 portant règlement sur les livrets d'ouvriers et de domestiques.

⁸⁷¹ TRAUSCH Gérard, Les mutations économiques et sociales de la société luxembourgeoise depuis la révolution française, p. 23.

⁸⁷² C.R., 1859, Séance du 28 novembre 1859, p. 4.

⁸⁷³ C.R. 1860, Projet de loi sur les livrets d'ouvriers et de domestiques, 1^{er} rapport, novembre 1860, p. 167.

⁸⁷⁴ Voir, à propos des coûts du livret ouvrier, également un rappel à l'ordre du gouvernement aux autorités communales en vue de faire figurer ces recettes dans leur budget; Circulaire du 22 février 1876 relative aux sommes à renseigner dans les comptes communaux du chef de la délivrance des livrets d'ouvriers et de domestiques, Mémorial n° 12, 1876, p. 102.

⁸⁷⁵ C.R. 1860, Projet de loi sur les livrets d'ouvriers et de domestiques, 1^{er} rapport, novembre 1860, p. 172.

rôle assigné au livret, consistant à procurer aux employeurs un personnel présentant les garanties et les connaissances voulues; « bien que, sous ce rapport, le livret ne fournisse pas de données absolument concluantes, il permettra toutefois de se faire une idée suffisante de la personnalité de son porteur »⁸⁷⁶.

371. Le livret de travail – situation actuelle. La législation sur les livrets d'ouvrier avait du mal à s'imposer; en 1912⁸⁷⁷ une nouvelle circulaire est adressée aux autorités communales. Un projet de loi déposé en 1930 propose d'abroger la législation sur les livrets d'ouvrier, au motif que son utilité serait nulle et qu'il entraverait la liberté de ceux qui sont à la recherche d'un emploi⁸⁷⁸. Ce projet n'aboutit cependant pas, de sorte qu'à ce jour la législation de 1860 n'est pas encore abrogée; le code pénal sanctionne d'ailleurs toujours la falsification ou altération de ces « livrets »⁸⁷⁹. Son application est cependant tombée en désuétude. Toutefois, les intermittents du spectacle détiennent encore un 'carnet de travail' dans lequel les jours d'activité sont notés⁸⁸⁰; il existe aussi à ce jour un « livret de marin »⁸⁸¹.

On peut d'ailleurs observer un certain retour de la pratique des « livrets », non par la voie de la législation, mais par celle de la négociation collective. Ainsi par exemple, la convention collective du secteur du bâtiment⁸⁸² prévoit lors de la première embauche d'un salarié que l'employeur établira un « livret de travail » (Art. 4.1.). Ce livret est censé être remis aux employeurs successifs; il contient notamment l'identité de l'ouvrier, les périodes de travail avec les dates d'embauche, de départ et les salaires horaires (Art. 4.2.), tout comme les changements de classification et de salaire (Art. 10). En matière de détachement de l'étranger, l'ITM a mis en place un « badge social » qui remplit en partie les mêmes fonctions qu'un livret. Enfin, ce sont les profils des réseaux sociaux professionnels (LinkedIn et autres) qui semblent avoir pris la reprise, et qui deviennent de plus en plus importants dans les procédures de recrutement.

⁸⁷⁶ Circulaire aux administrations communales relative à la délivrance des livrets d'ouvrier, Mémorial n° 55 du 26 juillet 1912, p. 627.

⁸⁷⁷ Circulaire aux administrations communales relative à la délivrance des livrets d'ouvrier, Mémorial n° 55 du 26 juillet 1912, p. 627 : « Or, il a été constaté que beaucoup de personnes engageant leur services ne sont pas en possession d'un livret, pour la raison que certaines administrations communales n'en délivrent plus ».

⁸⁷⁸ Projet de loi concernant l'abrogation de la loi du 13 décembre 1860 sur les livrets d'ouvriers et de domestiques, C.R. 1929/1930, Annexes, déposé par KRIER, p. 830 : « Seit Jahren erheben die Gewerkschaften auf Antrag ihrer Mitglieder die Forderung nach Abschaffung der Arbeiterlivrets. Der Arbeitsschaffende hat alle Ursache, darauf zu drängen, dass diese Forderung verwirklicht werde und damit eine Maßnahme verschwinde, die vielfach eine Fessel für die Arbeitssuchenden darstellt. Die praktische Notwendigkeit des Arbeitsbuches ist gleich null. (...) Die heutigen Arbeitsbücher geben dem Unternehmer Gelegenheit, neben den Eintragungen der Zeugnisse und der Beschäftigungsdauer auch geheime – nur ihm und seinesgleichen verständliche – Zeichen einzuschreiben ».

⁸⁷⁹ Art. 198 et 199 du Code pénal.

⁸⁸⁰ Art. 7 de la loi du 19 décembre 2014 relative aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle.

⁸⁸¹ Art. 85 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois; règlement grand-ducal du 8 avril 1991 régissant le livret de marin

⁸⁸² Convention collective de travail pour le bâtiment conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et la Fédération des entreprises luxembourgeoises de construction et de génie civil ainsi que le Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics, d'autre part.

372. Exigence d'un écrit. La question de savoir si le contrat de travail doit ou devrait être fixé par écrit n'a pas connu de réponse uniforme à travers le temps. Pour les employés (1919), le législateur a estimé que la faculté accordée à l'employé d'exiger de l'employeur, après la conclusion du contrat un document écrit spécifiant les droits et obligations qui résultent du contrat d'emploi est suffisante pour que l'employé puisse se prémunir contre une exploitation éventuelle par son patron si celui-ci lui imposait un travail exagéré⁸⁸³. Soucieux de ne pas heurter les usages établis⁸⁸⁴, la loi précise ainsi que le contrat de louage de service peut être conclu tant verbalement que par écrit, l'employé étant en droit de demander la confection et la remise d'un écrit⁸⁸⁵. Dans son traité de 1928⁸⁸⁶, TONY PEMMERS constate que « dans la pratique, les parties usent généralement de cette latitude et omettent de dresser un acte de leur convention ». En 1937, la forme écrite est imposée pour les employés⁸⁸⁷. Dans la seconde édition de son traité, datant de 1952, TONY PEMMERS analyse les nouvelles exigences légales, mais conclut que malgré tout, « dans la grande majorité des cas, les engagements continuent à être conclus verbalement »⁸⁸⁸.

Pour les ouvriers, la loi n'exigera que très tard la rédaction d'un écrit. Dans un projet de 1908, il a été fait abstraction de cette exigence, puisqu'« il arrive souvent que les parties négligent de préciser les conditions du travail qui ne se rapportent pas à la fixation du salaire, cette dernière étant celle qui intéresse presque uniquement l'ouvrier, il a fallu s'en rapporter à l'usage »⁸⁸⁹. La Chambre du Travail s'était prononcée en 1935 contre l'exigence d'un écrit, une telle exigence pouvant être ressentie comme incommode par l'ouvrier et patron⁸⁹⁰. Lorsqu'il s'agissait de réglementer le contrat des ouvriers, le Conseil d'Etat s'est opposé à l'exigence d'un écrit en faisant valoir que ce serait contraire à la pratique actuelle et ne serait pas de nature à conférer une protection, puisque « des abus seraient surtout à redouter à propos de l'engagement d'ouvriers étrangers qui pourraient être amenés à signer des clauses et conditions mal comprises ou défavorables pour eux, mais contre lesquelles, en cas de litige ultérieur, ils seraient forclos de protester ultérieurement »⁸⁹¹. En 1946, GUST VAN WERVEKE note qu'en

⁸⁸³ Proposition de loi ayant pour but le règlement légal du louage de service des employés privés, Rapport de la section centrale, C.R. 1917/1918, p. 479.

⁸⁸⁴ PAUL Mes, ELVINGER André, *Etapas de l'évolution législative du statut des employés privés*, p. 148.

⁸⁸⁵ Art. 4 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés : « Le contrat de louage de services entre patrons et employés, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée, pourra être conclu tant verbalement que par écrit. Toutefois l'employé est en droit de demander et d'obtenir la confection et la remise d'un écrit constatant la convention ».

⁸⁸⁶ PEMMERS Tony, *Le contrat de travail des employés* (1928), n° 53.

⁸⁸⁷ Art. 4 de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés : « Le contrat de louage de service entre patrons et employés, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée, doit être conclu par écrit ».

⁸⁸⁸ PEMMERS Tony, *Le contrat de travail des employés* (1952), n° 56.

⁸⁸⁹ Projet de loi sur le contrat de travail (non abouti), C.R. 1907/1908, Annexes, Commentaire des articles, ad Art. 4, p. 317.

⁸⁹⁰ Chambre du Travail, *Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit*, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 30.

⁸⁹¹ Projet de loi n° 76, Commentaire des textes proposés pour la seconde lecture, p. 22.

général, il n'y a pas d'écrit pour documenter l'accord entre employeur et ouvriers⁸⁹². C'est la réforme de 1989 qui mettra l'accent sur la forme écrite du contrat de travail⁸⁹³ et l'impose également pour les ouvriers.

SECTION 2. – EXIGENCE D'UN ÉCRIT

373. Vue d'ensemble. Depuis 1989, la relation de travail doit être documentée moyennant un contrat écrit pour chaque salarié individuellement et au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié (L. 121-4 (1) al. 1). Ce contrat doit en outre contenir un certain nombre de mentions obligatoires (voir ci-après; → I.403). L'écrit peut aussi prendre la forme électronique⁸⁹⁴, auquel cas la signature doit cependant obéir à des conditions spécifiques (Art. 1322-2 CCiv). Il doit être établi en double exemplaire (L. 121-4 (1) al. 3, Art. 1325 al. 1 CCiv⁸⁹⁵) dont un est remis à l'employeur et un au salarié. L'écrit ne conditionne cependant pas la validité du contrat. La forme écrite est ainsi souhaitée par le législateur, ce qui ne signifie cependant pas – tel qu'il sera détaillé ci-après – qu'en l'absence d'écrit, le contrat de travail ne serait pas valable. Le Code du travail autorise en effet le salarié, à défaut d'écrit, d'établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve (L. 121-4 (5)). Le salarié peut dès lors se prévaloir d'un contrat conclu oralement et même d'un contrat conclu tacitement. Cette faculté n'appartient pas à l'employeur, qui ne peut se prévaloir envers le salarié de l'existence d'un contrat de travail que s'il peut produire un écrit.

Art. L. 121-4 (1) al. 1^{er}. Le contrat de travail, soit à durée indéterminée, soit à durée déterminée, doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié.

La directive européenne 91/533/CEE⁸⁹⁶ impose la rédaction d'un écrit destiné à informer les salariés sur leurs conditions de travail essentielles, document qui peut être unilatéralement établi par l'employeur. La directive exige seulement que l'employeur porte à la connaissance du salarié certaines informations, et ce dans les deux mois à partir du début du travail. Cette directive avait pour objet de garantir un minimum d'informations aux salariés, afin d'encourager leur mobilité entre Etats membres, de faciliter la comparaison entre les différentes offres de travail, de lutter contre le travail au noir et d'un autre côté de fournir un minimum de sécurité aux nouvelles formes de travail⁸⁹⁷. La loi luxembourgeoise a transposé cette directive de manière très stricte⁸⁹⁸,

⁸⁹² VAN WERVEKE Gust, Vom individuellen zum kollektiven Arbeitsvertrag, p. 41.

⁸⁹³ Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 4.

⁸⁹⁴ Une proposition de directive (COM (2018) 797) envisage explicitement que les informations sur les conditions de travail (donc, au Luxembourg, le contrat de travail) peuvent être données par voie électronique.

⁸⁹⁵ Cette formalité est aussi applicable au contrat de travail; CSJ, 24 octobre 1979, Pas. 24, 417.

⁸⁹⁶ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail; transposée par la loi du 15 mai 1995 portant: 1. modification de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail; 2. modification de la loi du 23 juillet 1993 portant diverses mesures en faveur de l'emploi.

⁸⁹⁷ Proposal for a Council Directive on a form of proof of an employment relationship, Explanatory Memorandum, COM (90) 563, 1991.

⁸⁹⁸ Loi du 15 mai 1995 portant: 1. modification de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail; 2. modification de la loi du 23 juillet 1993 portant diverses mesures en faveur de l'emploi.

en exigeant que ces informations soient contenues au contrat et non dans un document unilatéral⁸⁹⁹, en exigeant que cet écrit soit dressé avant le début du travail et en ne prévoyant aucune exception, notamment pas pour les contrats de très courte durée. Il n'a pas été tiré profit des autres exceptions prévues par la directive actuelle ou future⁹⁰⁰, de sorte que tout contrat, quelles que soient sa durée (ne serait-ce qu'un jour) ou importance (ne serait-ce que pour 2 heures par semaine) est soumis à l'exigence de l'écrit. Le droit luxembourgeois se distingue ainsi des pays voisins, notamment de l'Allemagne, de la France et de la Belgique, où la rédaction d'un contrat écrit n'est pas exigée par la loi. L'approche restrictive luxembourgeoise peut s'avérer être un frein (peut-être utile) au développement de nouvelles formes atypiques de travail, qui sont parfois de très courte durée (plateformes sur Internet), et aux systèmes de rémunération par des « chèques » (p.ex. le Chèque Emploi Service Universel en France et en Belgique).

374. Moment de l'écrit. L'écrit doit être établi au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié, une exception n'étant prévue que pour certains enseignants de l'école primaire⁹⁰¹. Par « établi », il faut entendre qu'il doit être complet, c'est-à-dire signé par les deux parties. A notre avis, il n'est cependant pas nécessaire qu'à ce moment, il ait déjà été remis à chacune des parties alors qu'il pourrait encore se trouver sur le bureau de l'employeur ou en transit postal.

375. Langue. Les documents contractuels, et notamment le contrat de travail, peuvent être rédigés dans toute langue comprise par les parties, même au-delà des trois langues officielles du Grand-Duché. Cela vaut également pour les échanges de courrier régissant la relation de travail, comme par exemple les lettres d'avertissement, de licenciement, de démission ou de motivation. Même une rédaction en plusieurs langues serait valable. L'usage d'une langue comprise par les deux parties est à recommander pour éviter toute discussion au sujet d'un vice du consentement. En cas de litige devant les tribunaux, une traduction officielle dans une des trois langues du pays peut être exigée.

A noter encore que le livret d'ouvrier⁹⁰² alliait l'allemand et le français, tandis que le livret de marin allie l'allemand, le français et l'anglais⁹⁰³. Le contrat type pour

⁸⁹⁹ Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 3 : « Les auteurs du projet estiment que, étant donné de toute manière que toutes les relations de travail doivent être couvertes au Luxembourg par un contrat de travail écrit, il convient simplement d'ajouter les informations exigées par la directive aux mentions obligatoires devant d'ores et déjà figurer au contrat. (...) Le salarié a quant à lui l'avantage de connaître en temps utile les éléments de sa relation de travail, alors que le contrat doit d'ores et déjà lui être remis au plus tard au moment de l'entrée en fonctions. Un écrit venant deux mois après le début de la relation de travail a souvent perdu toute utilité ».

⁹⁰⁰ Une proposition de directive (COM (2018) 797) envisage de réduire les exceptions, et de ne permettre aux Etats de déroger à l'exigence d'un écrit que pour les relations de travail ne dépassant pas 8 heures par mois.

⁹⁰¹ Art. L. 121-4 (1) al. 2 C.T. Le Luxembourg n'avait pas fait usage des possibilités offertes par la directive 91/533/CEE, selon laquelle il est suffisant si les informations sont transmises au travailleur au plus tard deux mois après le début de son travail (Art. 3). Le droit luxembourgeois est aussi plus favorable au salarié en exigeant l'écrit 'au moment de l'entrée en services' (donc au plus tard le matin du 1^{er} jour) que la proposition de directive prémentionnée (COM (2018) 797), qui envisage une information 'le premier jour de la relation de travail'. L'exception prévue pour les enseignants, tout comme les règles actuelles pour les intérimaires, ne seraient probablement plus conformes à cette future directive.

⁹⁰² Loi du 13 décembre 1860 sur les livrets d'ouvriers et de domestiques.

⁹⁰³ Règlement grand-ducal du 8 avril 1991 régissant le livret de marin.

l'occupation d'élèves et d'étudiants pendant les vacances scolaires n'est proposé qu'en langue française⁹⁰⁴.

376. Nombre d'exemplaires. Etant un contrat synallagmatique, le contrat de travail doit être établi en deux exemplaires, à savoir un pour l'employeur et un pour le salarié.

Art. L. 121-4 (1) al. 3. Le contrat doit être passé en double exemplaire, le premier étant remis à l'employeur, le second étant remis au salarié.

Ce texte doit se lire conjointement avec l'article 1325 du Code civil selon lequel « [l]es actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. (...) Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (...) ». Il faut ainsi établir deux originaux, et il n'est pas suffisant de remettre au salarié ou à l'employeur une simple copie.

377. Conséquences de l'absence d'écrit. Contrairement par exemple aux règles sur le travail intérimaire, le non-respect des formes prescrites pour l'établissement d'un contrat de travail n'est pas pénalement sanctionné. Les conséquences seront dès lors de nature civile. L'absence totale ou partielle d'écrit a par ailleurs un impact important en ce qui concerne l'administration de la preuve : l'employeur n'est pas en droit d'établir l'existence du contrat, tandis que le salarié se verra confronté à d'importantes difficultés probatoires (voir ci-après). Si le contrat de travail en soi est valable, certaines clauses ne le sont cependant pas ; à défaut d'écrit, elles ne peuvent en aucun cas être convenues oralement. Tel est pour l'instant⁹⁰⁵ le cas en particulier de la période d'essai (→ I.448) et de la clause qui stipule que le contrat est conclu à durée déterminée (→ I.530). Un contrat non fixé par écrit au moment de l'entrée en fonctions est nécessairement, et nonobstant toute preuve contraire, un contrat à durée indéterminée sans période d'essai. Inutile de rappeler au lecteur que l'antidatage est sanctionné pénalement en tant que faux et usage de faux.

La jurisprudence luxembourgeoise n'a pas encore tranché s'il s'agit d'une nullité absolue de ces clauses ou s'il s'agit d'une nullité de protection et que le salarié serait en droit – dans les rares cas où ce serait dans son intérêt⁹⁰⁶ – d'établir un accord oral quant à une période d'essai ou une limitation de durée.

378. Démission en cas de contrat irrégulier. Le Code prévoit que, endéans certains délais, employeur et salarié ont la possibilité de résilier le contrat de travail si l'autre partie refuse la signature d'un écrit conforme.

Art. L. 121-4 (6). Lorsque l'une des parties refuse la signature d'un écrit conforme aux dispositions du paragraphe (2) du présent article, l'autre partie peut, au plus tôt le troisième jour qui suit la demande de signature d'un écrit, et dans les trente jours qui suivent l'entrée en service, résilier le contrat de travail sans préavis ni indemnité.

⁹⁰⁴ Règlement ministériel du 28 juillet 1982 établissant le contrat type à utiliser dans les relations entre l'employeur et l'élève ou l'étudiant

⁹⁰⁵ Voir cependant l'article 14 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797, qui envisage le cas d'une présomption qu'il s'agit d'une relation de travail à durée indéterminée en l'absence de mention écrite qu'il s'agit d'un contrat temporaire, ainsi que la présomption qu'il n'y a pas d'essai en l'absence d'écrit afférent, mais qui ajoute que « les employeurs ont la possibilité de réfuter ces présomptions ».

⁹⁰⁶ On pourrait imaginer le cas d'un salarié ayant démissionné avec un préavis trop court et qui fait valoir qu'il l'aurait fait en période d'essai, convenue oralement et sans être fixée par écrit.

Cette disposition nous paraît donner fort peu de sens, et nous n'avons connaissance d'aucun cas d'application en jurisprudence. Si une partie refuse de signer, il est probable qu'il y a un désaccord entre parties quant au contenu de leur accord oral (p.ex. au niveau du salaire), de sorte qu'il faudrait trancher cette question en justice, étant entendu que l'employeur n'est en principe pas en droit de prouver le contenu de l'accord oral (voir ci-après). La question de savoir si c'est à tort ou à raison qu'il a refusé de signer un document qui lui a été soumis est donc en pratique difficile à trancher. A noter qu'en l'absence de toute trace écrite, le salarié est de toute manière libre de faire ce qu'il veut, puisque l'employeur n'est en principe pas en droit de prouver qu'ils ont été liés par un contrat de travail. Les travaux parlementaires sont très peu explicites sur cette disposition. Il faut supposer qu'elle s'inscrit dans le contexte historique, alors qu'en 1989, le législateur a dû imposer la rédaction systématique d'un écrit contre une pratique ancestrale d'absence d'écrit⁹⁰⁷.

Une proposition de directive prévoit de mettre en place un système de sanctions innovateur pour le cas où aucun écrit n'est dressé dans le délai de la loi et comportant les mentions obligatoires⁹⁰⁸.

SECTION 3. – PREUVE DU CONTRAT DE TRAVAIL

379. Exigence d'un écrit. Si l'établissement d'un écrit est en principe obligatoire (voir ci-avant), l'écrit ne conditionne cependant pas la validité du contrat, contrairement à la résiliation d'un commun accord de ce même contrat, pour laquelle l'écrit est prescrit à peine de nullité (→ Tome III). La volonté du législateur n'a pas été de soumettre la validité du contrat de travail à l'accomplissement de la formalité écrite; il a seulement voulu imposer cette dernière comme mode de preuve⁹⁰⁹. Ainsi, compte tenu du caractère consensuel du contrat de travail, sa conclusion n'est soumise à aucune condition de forme particulière, telle que la rédaction de ce contrat par écrit, mais elle peut aussi bien être constatée de manière verbale, telle la conclusion d'un contrat de travail par téléphone. Elle peut être déduite, de manière tacite, de l'objet et/ou des conditions d'exécution de la relation contractuelle existante⁹¹⁰. La forme écrite du contrat de travail est donc imposée pour garantir la preuve de l'existence et du contenu de celui-ci (écrit « ad probationem ») et ne constitue pas une formalité solennelle qui conditionne sa validité (écrit « ad validitatem »)⁹¹¹.

⁹⁰⁷ Du moins pour les ouvriers.

⁹⁰⁸ La proposition de directive (COM (2017) 797) part du constat que la solution classique consistant à allouer des dommages-intérêts n'est pas d'une grande efficacité pratique (comme ne l'est d'ailleurs pas la solution luxembourgeoise permettant de démissionner) (voir l'exposé des motifs et le Considérant n° 28). Il est proposé à l'article 14 de prévoir soit des présomptions favorables (p.ex. qu'en l'absence d'écrit, il s'agit d'un poste à temps plein), certaines présomptions étant déjà en place au Luxembourg (p.ex. qu'en l'absence d'écrit, il ne peut s'agir d'un contrat à durée déterminée), soit une procédure administrative (qui serait probablement à confier à l'ITM).

⁹⁰⁹ CSJ, 8e, 16 février 2006, 29321, 29322, 29323 et 29324, Répertoire III.3.3.

⁹¹⁰ CSJ, 8e, 16 février 2006, 29321, op cit.

⁹¹¹ CSJ, 16 février 2006, 29321 : « La volonté du législateur n'a pas été de soumettre la validité du contrat de travail à l'accomplissement de la formalité écrite. Il a seulement voulu imposer cette dernière comme mode de preuve. Il y a dès lors lieu d'admettre, compte tenu du caractère consensuel du contrat de travail, que sa conclusion n'est soumise à aucune forme particulière, telle que la rédaction de ce contrat par écrit, mais qu'elle peut aussi bien être constaté de manière

Concernant le contenu du contrat de travail, les principes sont les mêmes, un accord oral pouvant engager les parties, par exemple à propos d'une augmentation de salaire ou d'un changement d'affectation. Comme nous venons de le voir, ce n'est que pour certaines clauses que l'écrit est prescrit sous peine de nullité, de sorte que dans ce cas, un accord oral n'est d'aucun effet (période d'essai, CDD, mais aussi la clause de non-concurrence, L. 125-8 (2)).

380. Charge de la preuve. Bien que numériquement le nombre de salariés soit au Luxembourg largement supérieur à celui des indépendants, d'un point de vue juridique, le contrat de travail constitue l'exception, un contrat spécial réglementé par une législation spécifique et dérogatoire au droit commun des contrats. Il appartient par conséquent à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Il s'agit donc de prouver positivement qu'il y a subordination et non négativement absence d'indépendance. En cas d'incertitude en raison de l'absence d'éléments probants suffisants, le tribunal devrait dès lors conclure à l'absence de relation de travail.

Ainsi, conformément aux principes généraux de procédure (Art. 58 NCPC), il incombe au demandeur de rapporter la preuve du contrat de travail par lui allégué et plus spécialement du lien de subordination qui le caractérise⁹¹². Cependant, en présence d'un faisceau d'indices faisant conclure à l'existence d'un contrat de travail entre parties, il incombe à celui qui le conteste de rapporter la preuve du caractère fictif de celui-ci⁹¹³. De nombreuses décisions⁹¹⁴ admettent que l'existence même d'un contrat de travail écrit en bonne et due forme vaut présomption de l'existence d'un contrat de travail. Confronté à un tel contrat de travail, il appartient à l'adversaire de rapporter la preuve du caractère fictif (→ I.15). Il appartient également au demandeur d'établir le contenu du contrat de travail dont il réclame exécution, par exemple le montant du salaire, l'accord sur une prime, le nombre de jours de congé, etc.

381. Faits à établir. Pour établir l'existence d'un contrat de travail, il y a lieu de prouver les trois éléments le définissant, à savoir une prestation, une rémunération et surtout un lien de subordination. Ce dernier élément sera déterminant dans la plupart des litiges. Les différents critères pouvant faire en sorte qu'il y a ou non contrat de travail ont été antérieurement analysés (→ I.25); aucun critère n'est déterminant, comme aucun critère n'exclut d'office la relation de travail. Le juge procède par appréciation du faisceau d'indices au regard des preuves qui lui sont présentées par les parties. La situation est

verbale, telle la conclusion d'un contrat de travail par téléphone qu'être déduite, de manière tacite, de l'objet et/ou des conditions d'exécution de la relation contractuelle existante ».

⁹¹² CSJ, 3e, 19 novembre 2015, 40695, Répertoire III.3.1.; CSJ, 8e, 23 mars 2006, 29727, Répertoire III.3.1.; CSJ, 24 mai 2012, 37440, Répertoire III.3.1.

⁹¹³ CSJ, 3e, 27 février 2003, 26541, Répertoire III.3.1.

⁹¹⁴ Voir toutes les décisions citées dans le Répertoire III.3.2. (contra cependant CSJ, 8e, 17 février 2011, 35079, Répertoire III.3.1.); par exemple CSJ, 8e, 30 septembre 2004, 28183 : En présence d'un contrat de travail écrit ne présentant aucun indice intrinsèque d'une éventuelle irrégularité produit par le salarié, c'est à l'employeur qui invoque le caractère fictif de ce contrat d'en rapporter la preuve.; CSJ, 8e, 26 juin 2014, 39772 : En présence d'un contrat de travail en bonne et due forme contenant tous les éléments qui caractérisent une relation de travail et face à une rémunération et une commission payées régulièrement chaque mois, les fiches de salaire mentionnant même le nombre d'heures travaillées respectivement le nombre d'heures d'absence pour cause de maladie ou de congé et encore en présence d'une lettre de licenciement et d'un accord entre parties par rapport à la période de préavis, il appartient à l'employeur qui soutient qu'il y a eu uniquement mandat social, de prouver le caractère fictif du contrat de travail.

plus difficile s'il s'agit d'établir l'existence d'un contrat de travail qui n'a pas connu d'exécution; dans ce cas, il faudra établir qu'il y a eu un accord contractuel afférent entre parties.

Aux difficultés probatoires auxquelles le salarié est confronté pour établir l'existence du contrat de travail s'ajoutera en pratique celle de prouver ensuite depuis quand ce contrat de travail existe. Sauf en matière de travail clandestin (L. 572-9), il n'existe pas de présomption que la relation de travail existait depuis un certain temps. Puisque souvent, l'absence de contrat écrit est imputable à l'employeur, une telle présomption permettrait d'améliorer le sort des salariés les plus faibles : s'ils parviennent à établir qu'ils ont effectué un travail subordonné, on pourrait présumer que tel est le cas depuis 3 ou 6 mois, à charge pour l'employeur cette fois-ci d'établir le contraire.

Pour établir le contenu du contrat de travail⁹¹⁵, le contenu de l'écrit est présumé correspondre à l'accord entre parties⁹¹⁶. En l'absence d'écrit, il faut rapporter la preuve soit d'une autre forme d'accord (par exemple un échange de courrier électronique à propos d'une adaptation du salaire). La manière dont le contrat a été exécuté peut également valoir preuve d'un accord, par exemple sur le salaire, l'horaire, la nature du travail, le lieu de travail. L'exécution même partielle par l'employeur peut valoir preuve de son engagement⁹¹⁷.

382. Preuves admissibles – salarié. En ce qui concerne la preuve tant de l'existence que du contenu du contrat de travail, employeur et salarié ne sont pas traités à la même enseigne. **(a)** « A défaut d'un écrit, le salarié est admissible à établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous les moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige » (L. 121-4 (5)), donc même au-delà d'un enjeu de 2.500 euros⁹¹⁸. Cette règle a été justifiée notamment par la considération qu'il serait excessivement sévère pour le salarié que son contrat de travail soit considéré comme nul en l'absence d'écrit⁹¹⁹. Depuis la loi de 1989, le salarié est dès lors libre dans l'administration de la preuve de l'existence et du contenu du contrat; même un commencement de preuve par écrit n'est pas exigé⁹²⁰. Le salarié est libre de rapporter la preuve par tous moyens, notamment par des témoignages⁹²¹ ou par un échange de courriers électroniques⁹²². Auparavant, cette solution n'avait été admise que si l'employeur avait la qualité de commerçant. **(b)** En présence d'un écrit, il se pose la question de savoir si le salarié peut prouver par témoins contre et outre l'écrit. L'exception prévue à l'article L. 121-4 (5) ne joue en effet qu'« à

⁹¹⁵ Pour des exemples d'application, voir Répertoire III.3.4.

⁹¹⁶ CJCE, 4 décembre 1997, Kampelmann, C-253-96 et C-258/96, ECLI:EU:C:1997:585 : « La communication (...) est revêtue d'une présomption de vérité comparable à celle qui s'attacherait, dans l'ordre juridique interne, à pareil document établi par l'employeur et communiqué au travailleur ».

⁹¹⁷ CSJ, 3e, 30 avril 2015, 39790, Répertoire III.3.3. ; CSJ, 3e, 14 janvier 2016, 40823, Répertoire III.3.3.

⁹¹⁸ Art. 1^{er} du règlement grand-ducal du 22 décembre 1986 pris en exécution de l'article 1341 du code civil : « La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du code civil est fixée à 100.000 francs ».

⁹¹⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 12 : « En raison des inconvénients qu'elle comporte pour le salarié, la sanction de la nullité de la relation de travail qui n'est pas documentée par un écrit ne saurait être envisagée ».

⁹²⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 18.

⁹²¹ CSJ, 3e, 28 février 2013, 37188, Répertoire III.3.3.

⁹²² CSJ, 3e, 28 novembre 2013, 38922, Répertoire III.3.3.

défaut d'écrit ». Un arrêt de 2016 a confirmé qu'un salarié devra dans ce cas du moins disposer d'un commencement de preuve par écrit⁹²³. La sanction peut être sévère, et on ne peut exclure que les juges admettent des exceptions. Un employeur qui promettrait devant témoins d'augmenter de 10 % le salaire tel que fixé dans le contrat, n'aurait rien à craindre, le salarié n'étant pas autorisé à en rapporter la preuve.

383. Preuves admissibles – employeur. L'employeur ne peut en principe prouver l'existence du contrat de travail qu'en produisant un écrit. La règle peut s'avérer très sévère pour l'employeur. S'il a perdu le contrat d'un salarié embauché il y a 10, 15, 20 (mais moins de 27⁹²⁴) ans, même en produisant 20 ans de fiches de salaires et autres preuves que le salarié est quotidiennement venu travailler chez lui, le juge devrait considérer qu'il n'y a pas de contrat et débouter l'employeur de toute demande qu'il voudrait formuler contre son salarié⁹²⁵. En pratique, certaines jurisprudences se montrent cependant moins rigoureuses, alors que parfois la vérité s'impose à ce point aux juges qu'il devient difficile de l'ignorer en se basant sur une irrégularité de forme. Certaines décisions estiment que la règle n'est pas applicable pour les employeurs commerçants⁹²⁶. Un arrêt de 2017 a admis le principe que l'employeur peut produire un commencement de preuve par écrit⁹²⁷. Enfin, il faut s'interroger si ce régime probatoire est compatible avec le droit européen⁹²⁸.

⁹²³ CSJ, 3e, 24 novembre 2016, 41981, Répertoire III.3.3. : Dès lors qu'il n'existe pas de commencement de preuve de ses allégations, le salarié ne peut formuler une offre de preuve en présence de dispositions contractuelles claires et précises qu'il est partant tenue d'exécuter de bonne foi.

⁹²⁴ A noter que pour des contrats remontant à plus de 27 ans, la situation est différente puisqu'au moment de leur conclusion, la loi de 1989 n'était pas encore en vigueur.

⁹²⁵ P.ex. CSJ, 25 octobre 2001, 24875 : « A défaut d'écrit tel que visé par l'article 4 (1) de la loi du 24 mai 1989 à défaut d'exception à cette règle prévue par le législateur en faveur de l'employeur, celui-ci ne saurait invoquer un commencement de preuve par écrit ni établir le salaire convenu à partir du 1er septembre 1994 par un autre mode de preuve ... » ; CSJ, 27 mars 2003, 26733 : « A défaut d'une confirmation écrite de l'accord verbal contresignée par le salarié, telle que visée à l'article 4(4) de la loi modifiée du 24 mai 1989, et à défaut d'exception prévue par le législateur, l'employeur ne saurait établir le prétendu changement du mode de rémunération ... par aucun autre mode de preuve ».

⁹²⁶ Il a aussi été considéré que pour les employeurs commerciaux (donc en pratique la grande majorité des employeurs, puisque ceux-ci ont la forme de société commerciale), la preuve est libre. CSJ, 25 mars 1993, 12748 : « Il est un fait que le contrat de travail est un contrat de nature civile; toutefois quand il est passé par un commerçant pour les besoins de son commerce, il devient en ce qui le concerne un contrat commercial en vertu de la théorie de l'accessoire, et la preuve par témoins pour le salarié est libre » ; CSJ, 20 juin 1996, 15331 : « Si un contrat de travail est en principe un contrat de nature civile, il devient cependant, pour le cas où il est conclu, comme en l'espèce, par un commerçant ayant procédé à l'engagement pour les besoins de son commerce, un contrat commercial en ce qui le concerne, de sorte que la preuve devient libre ».

⁹²⁷ CSJ, 8e, 9 mars 2017, 42697, Répertoire III.3.3.

⁹²⁸ Par rapport à la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation du travail; CJCE, 4 décembre 1997, *Kampelmann*, C-253-96 et C-258/96, ECLI:EU:C:1997:585: « L'employeur doit cependant être admis à apporter toute preuve contraire en démontrant soit que les informations contenues dans ladite communication sont fausses en elles-mêmes, soit qu'elles ont été démenties par les faits ».

Cette règle n'est pas d'ordre public et ne doit pas être soulevée d'office par le juge; elle est d'intérêt privé et les parties peuvent y renoncer même tacitement⁹²⁹. Autrement dit, si le salarié ne s'oppose pas à la preuve présentée par l'employeur, le tribunal l'admettra.

384. Champ d'application matériel de la règle probatoire. Puisque le « contrat de travail » au sens juridique doit contenir tous les accords conventionnels entre l'employeur et le salarié, les règles probatoires s'appliquent non seulement au contrat de base, mais également à tout avenant ou convention annexe qui est en lien avec la relation de travail, tel par exemple un accord sur l'utilisation de la voiture de fonction. Selon une décision de 2013, ces restrictions valent aussi lorsqu'il s'agit pour l'employeur d'établir l'absence de contrat de travail, c'est-à-dire la fictivité d'un contrat de travail écrit qui a été soumis au tribunal⁹³⁰. Pourtant, en dépit d'un contrat écrit, la Cour a par exemple donné raison à un curateur faisant valoir que le contrat de travail était fictif et uniquement destiné à l'obtention de l'autorisation d'établissement, en considérant que personne ne travaille pendant 9 mois sans être payé⁹³¹.

385. Champ d'application personnel de la règle probatoire. Cette règle de preuve vaut pour l'employeur ou toute personne qui le remplace, tel le curateur à la suite d'une faillite⁹³². Vu que seul le salarié bénéficie d'un régime plus favorable, on pourrait conclure que les tiers sont également soumis à l'obligation d'établir le contrat de travail par un écrit⁹³³; il n'existe à notre connaissance pas de jurisprudence à ce sujet. Elle ne semble pas appliquée en pratique pour les administrations (Administration des contributions, Sécurité sociale), qui sont libres d'établir par tous moyens la qualité de salarié et d'employeur. Elle ne trouve pas non plus application en droit pénal, par exemple pour retenir une infraction de vol domestique.

386 à 389. – Réservés.

CHAPITRE 6. – FORMALITÉS ET OBLIGATIONS POSTCONTRACTUELLES

390. Obligations post-contractuelles pour l'employeur. Après la conclusion du contrat de travail, celui-ci devra être exécuté conformément à la loi, aux clauses convenues et de bonne foi. Dans le contexte de l'embauche toutefois, certaines obligations s'imposent à l'employeur : **(a)** Le salarié doit être affilié auprès de la sécurité sociale endéans les 8 jours (Art. 425 CSS). **(b)** L'employeur est censé informer l'ADEM que le poste vacant qu'il a précédemment déclaré est désormais occupé. L'embauche d'un salarié touchant une pension de vieillesse peut donner lieu à une obligation d'information envers l'ADEM (L. 512-6). **(c)** Si le salarié est ressortissant d'un pays tiers, l'employeur doit notifier le début du travail au ministre ayant l'immigration dans ses attributions dans les trois jours ouvrables (7 jours pour les ménages privés) à compter du premier jour de travail (L. 572-3 (1)). **(d)** L'employeur doit organiser

⁹²⁹ CSJ, 8e, 19 juin 2014, 39710, Répertoire III.3.3.

⁹³⁰ CSJ, 8e, 2 mai 2013, 38260, Répertoire III.3.3.

⁹³¹ CSJ, 8e, 25 octobre 2007, 31698, Répertoire III.3.3.

⁹³² CSJ, 8e, 16 février 2006, 29321, 29322, 29323 et 29324, Répertoire III.3.3.

⁹³³ Par exemple une personne victime d'une faute commise par un travailleur et voulant engager la responsabilité de l'employeur (commettant), l'employeur contestant cependant l'existence d'un lien de subordination.

l'examen médical d'embauche (→ Tome II). **(e)** La personne embauchée doit recevoir les informations et formations nécessaires pour lui permettre d'exercer son travail en toute sécurité. **(f)** La personne embauchée doit être informée des risques que son travail fait encourir à sa santé. **(g)** Si la personne embauchée est de sexe féminin, elle doit recevoir la liste des travaux auxquels les femmes enceintes ou allaitantes ne peuvent être tenues (L. 334-1). **(h)** Si l'embauche se fait sous CDD (ou par mise à disposition temporaire), l'employeur doit l'informer sur les risques encourus pour sa sécurité (L. 312-2 (4) pt. 6). **(i)** Si le salarié a moins de 18 ans (« jeune ») l'employeur doit l'informer par écrit avant la signature du contrat, sinon au plus tard avant l'entrée en service, des risques éventuels et de toutes les mesures prises pour sa sécurité et sa santé (L. 343-2 (4)).

391. Autres démarches envisageables. Les formalités suivantes ne sont pas explicitement prévues par la loi, mais peuvent être prescrites par convention collective ou être librement faites par l'employeur : **(a)** La remise d'un exemplaire du règlement interne ou des chartes d'entreprise. **(b)** La remise d'une copie de la convention collective. **(c)** L'information de la délégation du personnel sur l'embauche.

392. Obligations post-contractuelles pour le salarié. **(a)** Si le salarié est embauché en cours de préavis de licenciement par un nouvel employeur, le principe de bonne foi l'oblige à notre sens à informer son ancien employeur de l'embauche, afin que celui-ci cesse de le rémunérer ou ne paye plus que le complément différentiel avec l'ancien salaire. **(b)** Si le salarié était chômeur indemnisé ou touchait le RMG, il devra en informer l'autorité compétente. **(c)** Si le salarié occupe plusieurs emplois et que par suite de l'embauche, sa durée de travail cumulée excède 40 heures par semaine, il doit en informer l'Inspection du travail (L. 213-1), sous peine de s'exposer à une amende de 251 à 5.000 euros (L. 213-2). **(d)** Si le salarié occupe plusieurs emplois, il faut encore s'interroger s'il est obligé d'en informer ses autres employeurs. L'employeur peut avoir un intérêt légitime de le savoir tout d'abord parce que certains de ses droits et devoirs peuvent en être affectés⁹³⁴. En outre, la question du cumul d'emplois éventuellement incompatibles se pose. **(e)** L'affiliation auprès de la sécurité sociale n'incombe pas au salarié. Toutefois, le salarié commet une infraction et s'expose à des sanctions (L. 571-6 (2); L. 511-29) s'il travaille en étant conscient qu'il n'est pas dûment affilié. Dans ce cas, il devra soit quitter son emploi, soit s'adresser lui-même au Centre commun de la sécurité sociale.

393 à 399. Réservés.

⁹³⁴ Le travail réalisé auprès d'un autre employeur pourra influencer notamment l'évaluation des risques de sécurité et de santé dont l'employeur est responsable. L'occupation auprès d'autres entreprises peut aussi avoir une incidence sur l'éligibilité en tant que délégué du personnel.

**TITRE IV. –
CONTENU DU
CONTRAT DE
TRAVAIL**

400. Généralités. Le contenu du contrat de travail est régi en principe par la liberté contractuelle (→ I.5), mais en réalité, le caractère d'ordre public du droit du travail restreint fortement cette liberté, qui ne peut en général s'exercer que dans un sens favorable au salarié (principe de faveur; → I.91). Il s'agit souvent d'un contrat d'adhésion proposé par l'entreprise au candidat; de toute manière le fort encadrement par le droit du travail ne laisse que peu de libertés aux parties pour négocier, si on fait abstraction du salaire.

Si la loi exige que le contrat de travail comporte un certain nombre de mentions obligatoires (chapitre 1er), le caractère contraignant de ces clauses peut cependant être atténué par des clauses de flexibilité (chapitre 2). Parmi les clauses facultatives que peut contenir un contrat de travail (chapitre 5), un regard détaillé mérite d'être jeté en particulier sur les clauses de non-concurrence (chapitre 3) et les clauses relatives à une période d'essai (chapitre 4).

CHAPITRE 1^{ER}. – MENTIONS OBLIGATOIRES

401. Vue d'ensemble. Les mentions obligatoires sont actuellement inscrites à l'article L. 121-4 (2). Des mentions complémentaires sont obligatoires pour certaines formes spécifiques de contrats, comme par exemple pour les contrats à durée déterminée (L. 122-2; → I.531), le contrat à temps partiel (L. 123-4), les contrats des télétravailleurs⁹³⁵ ou encore l'emploi de handicapés en atelier protégé (L. 563-3 (2)). Des mentions obligatoires sont également prescrites pour d'autres formes de contrats, notamment le contrat d'apprentissage (L. 111-3 (1)), le contrat de stage (L. 111-10) ou encore les contrats conclus en cas de travail intérimaire (L. 131-6 (1)).

402. Contrats-type. Face à une réglementation précise du contenu minimal des contrats, la question de l'opportunité de proposer, voire d'imposer des contrats types s'est posée. Une telle démarche rapprocherait dangereusement la relation de travail d'une relation statutaire, rendant illusoire toute liberté contractuelle. Pourtant, ce concept semble tenter les autorités. En 1935, la Chambre du Travail avait suggéré dans son projet de Code du travail de faire imprimer des modèles de contrat⁹³⁶. En 1957, sur base d'un arrangement entre les gouvernements luxembourgeois et italien, tout embauchage de travailleurs en Italie devait s'effectuer sur base de contrats types élaborés par les autorités⁹³⁷. Lors des réflexions sur le contrat de l'ouvrier aboutissant à la loi de 1970, plusieurs députés⁹³⁸ se sont exprimés en faveur d'un contrat-type⁹³⁹.

⁹³⁵ Art. 4 de la Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 13 octobre 2006.

⁹³⁶ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 1.

⁹³⁷ KAYSER Armand, Le contrat de travail en droit luxembourgeois, p. 540.

⁹³⁸ Lors des travaux parlementaires de 1968 visant à réglementer le contrat ouvrier, la Commission parlementaire considère quant à l'exigence d'un écrit : « Cette mesure pourrait être critiquée comme allant à l'encontre des habitudes acquises. On pourrait même reprocher à ce texte de constituer un danger, le patron étant en principe plus habile à manier la plume et à rédiger les contrats que l'ouvrier. Il est cependant apparu (...) que bien des difficultés pourraient

Actuellement, pour l'emploi des élèves et étudiants pendant les vacances scolaires, le Code impose le recours à un contrat-type⁹⁴⁰. Des contrats-types sont également imposés concernant certaines autres formes de contrat, tel le contrat d'auxiliaire temporaire⁹⁴¹. Pour les salariés ordinaires, les modèles-type officiels pourraient voir le jour prochainement⁹⁴².

403. Mentions obligatoires de base. Lors de la loi de 1962 sur le contrat des employés, la loi a exigé un contenu minimum, mais très limité⁹⁴³. En 1989, la loi introduit des mentions obligatoires, qui sont au nombre de cinq⁹⁴⁴. Cette liste sera étendue lors de la transposition d'une Directive européenne⁹⁴⁵ visant à garantir l'information des travailleurs sur les conditions de travail applicables. Cette directive avait notamment pour objectif, dans le cadre du développement de formes de travail atypiques, de créer une certaine transparence pour les travailleurs, et de leur permettre également de comparer les conditions de travail dans différents Etats membres, afin qu'ils puissent profiter de la libre circulation des travailleurs. Une récente proposition de directive⁹⁴⁶ envisage une réforme en profondeur des normes européennes, non seulement en complétant les informations que l'employeur doit obligatoirement donner à ses salariés, mais en posant également certaines limites quant au contenu du contrat de travail. Ce projet repose sur le constat que les formes atypiques de travail sont en fort développement et offrent des conditions de travail souvent opaques ou déloyales. Il s'agit dès lors non seulement d'assurer une plus grande transparence des conditions de travail, mais aussi de poser des freins à certaines clauses jugées particulièrement abusives ou précarisantes.

ainsi être évitées si les conventions étaient arrêtées dès le début avec la netteté voulue, car dans le passé l'ouvrier était trop souvent la victime de l'équivoque planant dès le début sur le contrat. La mesure la plus adaptée serait l'élaboration d'un contrat individuel-type par les soins de l'Office National du Travail ou du ministère du Travail qui opérerait un juste équilibre entre les intérêts du patron et ceux de l'ouvrier. Ce contrat-type rédigé en quelques milliers d'exemplaires devrait être mis à la disposition des intéressés par leurs organisations professionnelles. Il pourrait également être mis en vente comme cela est le cas dans beaucoup de pays modernes » ; Projet de loi portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers, Rapport de la Commission des Affaires sociales du 9 mai 1968, p. 12.

⁹³⁹ Projet de loi n° 76, Commentaire des textes proposés pour la seconde lecture, p. 22.

⁹⁴⁰ Art. L. 151-3 C.T.; règlement ministériel du 28 juillet 1982 établissant le contrat type à utiliser dans les relations entre l'employeur et l'élève ou l'étudiant.

⁹⁴¹ Règlement grand-ducal du 23 novembre 2000 établissant le contrat-type d'auxiliaire temporaire.

⁹⁴² Une proposition de directive européenne (COM (2017) 797, voir ci-après) prévoit l'obligation pour les Etats membres d'élaborer des documents types et des modèles, destinés à être mis à disposition des employeurs et salariés (Art. 14 (2)).

⁹⁴³ Il fallait spécifier : (a) la nature de l'emploi et les caractéristiques du travail à exécuter; (b) la durée du contrat ou l'indication qu'il est conclu soit pour une durée indéterminée, soit à l'essai; (c) le traitement de début, et, le cas échéant, les majorations périodiques, les commissions ou participations convenues; (d) les clauses dérogatoires ou complémentaires dont les parties auront convenu.

⁹⁴⁴ Art. 4 (1) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

⁹⁴⁵ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

⁹⁴⁶ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

Actuellement, l'article L. 121-4 (2) fixe une série de mentions obligatoires.

Art. L. 121-4 (2). *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-2 [mentions obligatoires supplémentaires en cas de CDD], le contrat de travail doit comporter les mentions ci-après :*

1. l'identité des parties;
2. la date du début de l'exécution du contrat de travail;
3. le lieu de travail; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le salarié sera occupé à divers endroits et plus particulièrement à l'étranger ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur;
4. la nature de l'emploi occupé et, le cas échéant, la description des fonctions ou tâches assignées au salarié au moment de l'engagement et sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure sous réserve du respect des dispositions de l'article L. 121-7;
5. la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du salarié;
6. l'horaire normal du travail;
7. le salaire de base et, le cas échéant, les compléments de salaire, les accessoires de salaires, les gratifications ou participations convenues ainsi que la périodicité de versement du salaire auquel le salarié a droit;
8. la durée du congé payé auquel le salarié a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la conclusion du contrat, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé;
9. la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le salarié en cas de résiliation du contrat de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la conclusion du contrat, les modalités de détermination de ces délais de préavis;
10. la durée de la période d'essai éventuellement prévue;
11. les clauses dérogatoires ou complémentaires dont les parties ont convenu;
12. le cas échéant, la mention des conventions collectives régissant les conditions de travail du salarié;
13. le cas échéant, l'existence et la nature d'un régime complémentaire de pension, le caractère obligatoire ou facultatif de ce régime, les droits à des prestations y afférentes ainsi que l'existence éventuelle de cotisations personnelles.

Les informations sur les éléments visés aux numéros 8 et 9 peuvent résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant les matières y visées. De manière générale, pour éviter que le contrat ne devienne obsolète ou génère des difficultés d'interprétation lorsque la loi ou la convention collective change, nous proposons d'éviter de recopier le texte légal et de privilégier de simples renvois (→ I.604).

On notera qu'un certain nombre de mentions ne sont pas réellement obligatoires, puisque les points 10 et 11 sont facultatifs et les points 12 et 13 dépendent de l'existence d'une convention collective ou d'un régime de pension complémentaire.

La proposition de directive prémentionnée envisage de compléter la liste notamment par la mention de la durée et des conditions de la période d'essai, du droit à la formation, des modalités concernant les heures supplémentaires et leur rémunération, les informations essentielles sur la détermination des plannings de travail et le système de sécurité sociale.

404. Les différentes mentions en détail.

(1) Identité des parties. L'indication des parties contractantes est indispensable dans tout contrat; il s'agira en l'espèce de l'identité de l'employeur et du salarié.

(2) Début de l'exécution du contrat. Le début de l'exécution du contrat peut être fixé à tout moment. La clause peut aussi être conditionnelle et dépendre soit d'un événement affectant l'employeur (p.ex. l'obtention d'un marché), soit d'un événement concernant le salarié (p.ex. obtention d'un diplôme, d'un agrément, d'une autorisation de travail, etc.). Une clause conditionnelle ne peut cependant pas être purement potestative, c'est-à-dire dépendre du bon vouloir d'une des parties. Dans ce cas, il faut soit considérer que la clause est nulle (Art. 1170, 1174 CCiv), soit considérer que le document n'est pas un contrat, mais une promesse d'embauche unilatérale de la part du salarié ou de l'employeur.

Un effet rétroactif ne peut être donné au contrat; les clauses qui doivent être fixées par écrit au moment de l'embauche (limitation de durée, période d'essai) ne seraient pas valables. Un contrat rétroactif peut tout au plus avoir une utilité si les parties ont oublié de signer un contrat et qu'ils veulent néanmoins se ménager une preuve écrite de leur engagement. Une distinction claire entre la date de signature et la date d'entrée en fonctions sera importante; un contrat signé avec indication d'une date de signature antérieure constitue un faux en écritures.

(3) Lieu de travail. Le lieu de travail doit en principe se situer au Luxembourg, sinon le droit du travail luxembourgeois ne sera pas applicable (→ I.118). « L'inscription expresse au contrat de travail du lieu de travail, voire de la possibilité de changements de lieu de travail, est utile tant pour l'employeur que pour le salarié : tandis que le salarié sait dès le début à quoi s'en tenir, l'employeur a la certitude que le salarié ne peut prétexter l'ignorance à propos de son lieu de travail; la sécurité juridique s'en trouve renforcée »⁹⁴⁷. Mais l'indication du lieu de travail ne doit pas nécessairement être précise et peut se référer par exemple à tout le territoire du Grand-Duché. Des clauses de flexibilité sont fréquentes et admises par la jurisprudence (→ I.420). Si le lieu de travail est fixé au domicile du salarié, il se peut que les règles relatives au télétravail soient à respecter. La proposition de directive prémentionnée précise qu'il est également possible d'indiquer que le travailleur est libre de déterminer son lieu de travail.

(4) Nature de l'emploi. Il faut indiquer « la nature de l'emploi occupé et, le cas échéant, la description des fonctions ou tâches assignées au salarié au moment de l'engagement et sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure sous réserve du respect des dispositions de l'article L. 121-7; »⁹⁴⁸. La mention « le cas échéant » a été ajoutée pour préciser que la description des tâches et fonctions assignées au salarié est facultative⁹⁴⁹. Néanmoins, la nature de l'emploi doit être décrite avec une certaine précision. La simple dénomination d'une activité n'est pas suffisante⁹⁵⁰. Elle laisserait

⁹⁴⁷ Projet de loi n° 3928, Commentaire des articles, p. 8.

⁹⁴⁸ Selon la proposition de directive prémentionnée, il n'y aurait plus lieu que d'indiquer « le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé, ou la caractérisation ou la description sommaires du travail ».

⁹⁴⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 17.

⁹⁵⁰ CJCE, 4 décembre 1997, Kampelmann, C-253/96 et C-258/96, ECLI:EU:C:1997:585 : « Il y a lieu de rappeler que, selon la seconde option prévue à l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive, l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié la caractérisation ou la description sommaires du travail. Or, la simple dénomination d'une activité ne saurait correspondre, dans tous les cas, à la caractérisation ni à la description, même sommaires, du travail effectué par le travailleur ».

une marge de pouvoir unilatéral trop importante à l'employeur et pourrait même remettre en cause la validité du contrat pour manque de définition de son objet.

La mention « au moment de l'engagement et sans préjudice d'une nouvelle affectation » avait été ajoutée sur demande du Conseil d'Etat « afin d'éviter des rigidités dans les structures et gestions de l'emploi ainsi que tout formalisme excessif »⁹⁵¹, alors qu'il devrait toujours être loisible à l'employeur d'adapter les tâches du salarié⁹⁵².

Le renvoi à l'article L. 121-7, donc à la procédure de modification unilatérale du contrat (→ I.610), signifie que l'employeur peut procéder sur simple instruction à une modification « non substantielle » de la nature de l'emploi, mais que pour une modification « substantielle », il devra formaliser sa décision par l'envoi d'une lettre, le respect d'un préavis et le cas échéant la rédaction d'une lettre de motivation. En présence d'une clause de flexibilité (→ I.420), les pouvoirs patronaux sont encore accrus, puisqu'il sera en droit – du moins dans le respect des compétences et qualifications du salarié – de réaffecter son salarié à toute autre tâche, sur simple instruction, même si la modification devait être « substantielle ».

Cette disposition est donc inutilement complexe puisqu'elle prévoit de simples facultés que le droit du travail confère de toute façon aux parties. L'effet normatif se limite à obliger les parties à mentionner « la nature de l'emploi occupé ».

(5) Durée de travail. La durée de travail est strictement encadrée par la législation sociale (→ Tome II). Si pour le salarié concerné, la durée de travail est inférieure à celle qui se pratique normalement dans l'entreprise, il s'agit d'un contrat de travail à temps partiel (→ Tome II), le contrat devant dans ce cas comporter des mentions complémentaires (L. 123-4). La durée de travail devrait être fixée avec une certaine précision, une simple référence à la législation étant insuffisante⁹⁵³.

(6) Horaire de travail. Le contrat doit préciser l'horaire de travail, mais la jurisprudence admet largement les clauses de flexibilité. L'horaire peut être fixe, être soumis au pouvoir unilatéral de l'employeur ou, selon des mécanismes plus complexes (→ Tome II), obéir à un P.O.T. ou à un horaire mobile. Des horaires de nuit peuvent dans certains cas être soumis à restriction ou à des majorations de salaire. Une pause journalière est en général obligatoire et des pauses supplémentaires peuvent s'imposer pour des raisons de sécurité et de santé au travail (→ Tome II).

(7) Salaire. Le contrat doit indiquer « le salaire de base et, le cas échéant, les compléments de salaire, les accessoires de salaires, les gratifications ou participations

⁹⁵¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 6.

⁹⁵² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 17 : « La commission estime que ce complément constitue une précision utile du texte qui souligne le contenu matériel des relations de travail n'est pas figé une fois pour toutes, par les mentions du contrat, mais qu'il doit toujours être loisible au patron d'adapter les tâches du salarié, par exemple en cas de changement d'une méthode de fabrication ».

⁹⁵³ Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 4 : « En ce qui concerne la durée de travail normale, le Gouvernement estime que son inscription précise dans le contrat s'impose et est d'ailleurs possible sans surcharge administrative supplémentaire pour l'employeur. Il s'agit par ailleurs d'un des éléments dont la connaissance précise est très importante pour le salarié. Une simple référence aux textes applicables, souvent difficilement intelligibles pour un salarié débutant dans l'entreprise, surtout s'il s'agit de systèmes conventionnels, n'aboutit pas au but visé par la directive ».

convenues ainsi que la périodicité de versement du salaire auquel le salarié a droit »⁹⁵⁴. Si la loi prévoit un salaire social minimum qui doit être respecté (→ Tome II), pour le surplus, les parties disposent d'une large liberté dans la fixation du salaire (→ Tome II).

Quant à l'obligation d'indiquer la périodicité du versement de la rémunération, elle s'applique « uniquement aux salaires ou traitements, y compris le cas échéant, les compléments ou accessoires de rémunération. Elle ne s'applique donc pas aux gratifications ou participations convenues dont la date de paiement est essentiellement variable »⁹⁵⁵.

(8) Congé payé. En matière de congés payés, le minimum légal est de 25 jours, les parties étant libres d'accorder davantage de jours de congé (→ Tome II).

(9) Délais de préavis. La plupart des contrats de travail renvoient aux délais de préavis prévus par la législation. En vertu du principe de faveur, les délais de démission peuvent être conventionnellement réduits mais non augmentés, tandis que les délais de licenciement peuvent être augmentés mais non diminués (→ I.471 et → Tome III).

(10) Période d'essai. A propose de la clause d'essai, qui est facultative, voir → I.440.

(11) Clauses complémentaires. Le législateur de 1989 a commenté cette disposition comme suit : « Bien entendu, cette dérogation ne peut aller que dans un sens favorable pour le salarié. Cette (...) disposition signifie encore qu'une clause dérogatoire n'est valable que si elle est expressément prévue par le contrat écrit »⁹⁵⁶. A notre sens, les deux approches sont fausses. Tout d'abord, une clause peut aussi alourdir les obligations du salarié, tant qu'elle ne se heurte à aucun texte légal imposant un quelconque seuil minimal (Exemple : clause obligeant au port d'un uniforme ; voir à propos du principe de faveur → I.91). Par ailleurs, il est communément admis que le salarié peut se baser, à charge d'en rapporter la preuve, sur des accords oraux qu'il a trouvés avec son patron. S'il est établi que l'employeur a confirmé au salarié qu'il peut prendre deux jours de congé de plus, nous imaginons mal un tribunal refuser ce droit au salarié au motif que la clause n'a pas été fixée par écrit.

(12) Conventions collectives. L'utilisation du pluriel (« des conventions collectives ») dans cette disposition peut étonner ; elle s'explique à notre sens par le fait que le législateur s'est contenté de copier-coller ce texte de la directive européenne⁹⁵⁷ afférente sans tenir compte du principe de l'unicité de la convention collective existant en droit du travail luxembourgeois. Cette clause a une vocation purement informative. Si la mention est omise, la convention collective est néanmoins applicable si l'employeur tombe dans son champ d'application. Le contrat de travail n'a pas besoin d'être actualisé si la convention collective change. Si par contre, l'employeur n'est pas soumis au champ d'application de la convention collective, il faudra déterminer si une telle

⁹⁵⁴ Selon la proposition de directive prémentionnée, il y aurait lieu d'indiquer « le montant de base initial, tous les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité et la méthode de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ».

⁹⁵⁵ Projet de loi n° 3928, Rapport de la commission du travail et de l'emploi, 7 mars 1995, p. 5.

⁹⁵⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 18.

⁹⁵⁷ Art. 2 (2) point i) de la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. La proposition de directive prémentionnée comporte des exigences complémentaires quant à la convention collective applicable.

clause serait à interpréter comme adhésion ou application volontaire de ladite convention collective, mesure dont le régime juridique est incertain au Luxembourg⁹⁵⁸.

(13) Régime complémentaire de pension. Les régimes complémentaires de pension, non traités dans cet ouvrage⁹⁵⁹, font l'objet d'une législation spécifique⁹⁶⁰, en cours de révision⁹⁶¹.

(14) La mention que le contrat a été établi en deux exemplaires (Art. 1325 CCiv). L'exigence édictée à l'article 1325 du Code civil, communément appelée la « formalité du double », a pour utilité de permettre à chaque partie de détenir une preuve de l'acte juridique. En cas d'inobservation, elle n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte, mais par l'atténuation de la force probante qui s'y attache, celui-ci ne valant alors que comme commencement de preuve par écrit⁹⁶².

(15) La signature de l'employeur et du salarié (Art. 1322-1 CCiv). A notre avis, par référence aux règles générales du Code civil, la signature pourrait être électronique, mais nous n'avons connaissance d'aucun cas dans lequel un contrat de travail aurait été établi par cette voie. Il est d'usage de mentionner également le lieu et la date de signature, mais aucune disposition légale ne l'exige expressément. La mention est cependant utile lorsqu'il s'agit de prouver la validité de certaines clauses, qui doivent obligatoirement être signées avant l'entrée en fonctions.

(16) Travailleurs expatriés. En cas de travail à l'étranger durant plus d'un mois, l'employeur doit délivrer au salarié un certain nombre d'informations par écrit. Il ne s'agit donc pas d'un document contractuel, mais d'un document unilatéral que l'employeur remet au salarié. Les parties peuvent cependant lui donner une valeur contractuelle.

***Art. L. 121-4 (3).** Si le salarié est amené à exercer son travail pendant plus d'un mois hors du territoire du Grand-Duché de Luxembourg, l'employeur est tenu de délivrer au salarié, sous réserve du respect des dispositions du paragraphe (2), avant son départ, un document écrit devant comporter au moins les informations suivantes:*

- 1. la durée de travail exercé à l'étranger;*
- 2. la devise servant au paiement du salaire;*
- 3. le cas échéant, les avantages en espèces et en nature liés à l'expatriation;*
- 4. le cas échéant, les conditions de rapatriement du salarié.*

L'information sur les éléments visés aux numéros 2 et 3 de l'alinéa qui précède, peut, le cas échéant, résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, statutaires, administratives, ou aux conventions collectives régissant les matières visées.

Ce texte est inspiré presque textuellement de la Directive 91/533/CEE⁹⁶³. La transposition va cependant au-delà des exigences européennes, alors que le texte

⁹⁵⁸ Voir à ce propos : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 200.

⁹⁵⁹ Voir p.ex. à ce propos le Bulletin luxembourgeois des questions sociales, Vol. 12, 2002.

⁹⁶⁰ Loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension.

⁹⁶¹ Projet de loi n° 7119.

⁹⁶² Voir p.ex. CSJ, civil IX, 9 novembre 2017, 39922 et 39923.

⁹⁶³ Art. 4 de la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

luxembourgeois s'applique aussi en cas de détachement en dehors de l'Union européenne.

En réalité, la situation en cas de départ à l'étranger est nettement plus complexe. Si le travail à l'étranger n'est pas simplement temporaire, le salarié sera soumis – en ce qui concerne le droit du travail, la sécurité social et la fiscalité – au droit de l'Etat d'envoi, et il faudra se conformer aux exigences de cette législation quant à la forme et au contenu du contrat de travail. Quand il s'agit d'un travail temporaire dans un autre Etat de l'Union, les règles sur le détachement temporaire (→ I.120) joueront, imposant à l'employeur nombre d'autres formalités définies par l'Etat de détachement sur arrière-fond de règles européennes.

406. Sanction en l'absence d'une des clauses obligatoires. Sauf pour les mentions indispensables (identité des parties non spécifiée) ou celles touchant à l'objet du contrat (nature du travail), l'absence d'une des mentions obligatoires n'a que des conséquences limitées. Il s'agit d'un contrat de travail non-conforme, et tant l'employeur que le salarié auraient, après injonction adressée à l'autre partie de signer un contrat conforme, la possibilité de résilier le contrat (→ I.378). On pourrait aussi envisager, en théorie, une action en référé aboutissant à une injonction d'établir un contrat conforme. Les mentions obligatoires ont avant tout une finalité d'information envers le salarié. Mais à notre avis, l'absence d'une clause obligatoire ne fait pas en sorte de rendre la législation afférente inopposable au salarié : le contrat doit mentionner les délais de démission légaux ou y renvoyer; si cette mention fait défaut, peut-on reprocher au salarié d'avoir démissionné avec un préavis trop court ? Le salarié pourrait argumenter ne pas avoir été informé, tel que l'exige le droit luxembourgeois et européen. L'employeur pourrait répliquer que le salarié, comme tout citoyen, était dans ce cas censé se renseigner dans la loi.

En pratique, toutes ces possibilités ne sont cependant pas utilisées, et de nombreuses relations de travail fonctionnent sans incidents sur base de contrats sommaires et incomplets. Les clauses manquantes ne posent problème qu'en cas de litige. Il appartiendra dans ce cas au juge de trancher en complétant le vide, notamment par les standards minima légaux (salaire, délais de préavis, droit au congé), par les usages de la profession ou tout simplement par la manière dont le contrat a *de facto* été exécuté par le passé.

406 à 419. – Réservés.

CHAPITRE 2. – CLAUSES DE FLEXIBILITÉ

420. Clauses de flexibilité. Puisque cela reviendrait à abandonner toutes les mesures légales protectrices à son égard, le salarié ne saurait consentir de manière générale à toute modification unilatérale des clauses contractuelles⁹⁶⁴; pareil accord contreviendrait par ailleurs à l'essence même d'un contrat. La jurisprudence reconnaît par contre la possibilité de flexibiliser certains aspects de la relation de travail. En signant une telle clause, le salarié reconnaît que pour lui il ne s'agit pas d'une condition essentielle et

⁹⁶⁴ CSJ, 27 janvier 1994, 14125 : « S'il est vrai que les parties ne sauraient stipuler, à l'avance, dans le contrat de travail – sous peine de rendre illusoire le dispositif légal protecteur du salarié en cas de révision du contrat, que le salarié acceptera toute modification du contrat, il n'en reste pas moins que les clauses relatives aux changements du lieu de travail sont en principe licites ».

déterminante, de sorte qu'il ne saurait plus s'opposer ultérieurement à un changement; de nombreuses jurisprudences autorisent le recours à ces clauses même après une longue période durant laquelle l'exécution du contrat de travail restait inchangée.

La question des clauses de flexibilité est étroitement liée au mécanisme de la modification unilatérale du contrat par l'employeur (→ I.610). En présence d'une clause de flexibilité, le salarié n'acquiert en principe pas de droit acquis sur ses conditions de travail.

421. Mise en œuvre. La mise en œuvre des clauses de flexibilité n'est pas clairement réglementée, et il existe peu de jurisprudence à ce sujet. A priori, la décision patronale doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise. L'employeur n'a pas d'obligation de motiver sa décision, qui relève de son pouvoir unilatéral. On peut même présumer qu'il est de bonne foi et que sa décision est prise dans l'intérêt de l'entreprise, à charge pour le salarié de rapporter la preuve contraire, donc d'établir un abus dans l'exercice de ce droit. En effet, la jurisprudence pose comme limite celle de l'abus : « Une clause de flexibilité quant à la nature de l'emploi autorise en principe l'employeur, en raison de son pouvoir de direction, à changer le salarié de service, encore faut-il que la mise en œuvre de cette clause dite de variation ou de mobilité ne soit pas abusive. L'abus de droit étant 'une faute dans l'exercice du droit', soit que le droit est exercé en outrepassant les conditions prévues à sa mise en œuvre, soit que le droit est exercé à des fins autres que celles en vue desquelles il a été reconnu, soit enfin que l'on s'en serve pour nuire à autrui »⁹⁶⁵.

Selon un arrêt de cassation français de 2008⁹⁶⁶, même en présence d'une clause de flexibilité (en l'espèce une clause de mobilité expresse), le juge doit vérifier si la mise en œuvre de cette clause ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale, respectivement si cette atteinte est justifiée et proportionnée. La jurisprudence luxembourgeoise ne s'est pas encore prononcée à ce propos.

La mise en œuvre d'une telle clause n'est pas non plus procéduralement encadrée, sauf si les parties en avaient convenu. En l'absence d'exigence de forme, une instruction orale est suffisante, même si un écrit est dans l'intérêt des deux parties. La forme écrite n'est pas exigée à notre avis puisqu'il ne s'agit précisément pas d'une modification contractuelle mais d'une instruction unilatérale. En l'absence, actuellement⁹⁶⁷, de délai de prévenance, nous proposons d'exiger un délai raisonnable à déterminer en fonction de l'urgence de la mesure, des intérêts de l'entreprise et de l'impact pour le salarié.

⁹⁶⁵ CSJ, 3e, ordonnance, 23 mars 2017, 44432, Répertoire I.3.1.3.

⁹⁶⁶ Cour de cassation française, ch. soc., 14 octobre 2008, n° 07-40523 : « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait Mme X..., la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁹⁶⁷ Une proposition de directive européenne (COM (2017) 797) prévoit l'obligation d'informer le travailleur de toute modification aux éléments visés par cette directive (lieu de travail, catégorie d'emploi, planning de travail, etc.) « dans les plus brefs délais et au plus tard à la date à laquelle » le changement prend effet (Art. 5). L'interprétation de cet article n'est pas claire, mais la directive n'est pas conçue comme visant uniquement des modifications contractuelles, mais également les décisions unilatérales de l'employeur. S'il s'agit d'une modification contractuelle d'une clause substantielle, l'employeur doit de toute manière respecter un préavis. Mais cette obligation s'appliquera probablement aussi pour les décisions unilatérales prises en vertu de clauses de flexibilité ou en vertu du pouvoir d'organisation reconnu à l'employeur.

422. Flexibilité de l'horaire. En matière d'horaire de travail, il a été décidé que si le contrat prévoit un horaire précis, celui-ci doit être respecté; l'employeur n'est notamment pas en droit de prouver par témoins un accord oral sur un horaire différent⁹⁶⁸. Certaines jurisprudences, notamment françaises, admettent cependant que l'horaire n'ait normalement pas de caractère substantiel, donc contractuel. En présence d'une clause de flexibilité, le salarié n'a aucun droit sur le maintien de l'horaire antérieur, et le refus d'accepter un nouvel horaire constitue un refus d'ordre pouvant justifier un licenciement avec effet immédiat⁹⁶⁹. Par exemple, le salarié n'a aucun droit au maintien de l'horaire pratiqué depuis de longues années⁹⁷⁰. Si le contrat prévoit une clause de « 3 tournées », l'employeur peut obliger le salarié à effectuer un horaire de nuit même si cette clause est restée inappliquée pendant sept ans⁹⁷¹.

423. Flexibilité du poste. Le règlement des usines d'Eich disposait en 1890 : « Tout surveillant et ouvrier s'oblige à exécuter les travaux qui lui seront ordonnés; même ceux pour lesquels il n'aura pas été engagé. Celui qui ne sera pas capable d'exécuter les travaux qui font l'objet de son engagement pourra être congédié »⁹⁷². Une telle clause ne serait plus admissible de nos jours. Une clause de flexibilité n'autorise nullement l'employeur à faire tout et n'importe quoi des fonctions du salarié, de modifier ces fonctions comme bon lui semble et quand il le désire; l'employeur reste toujours tenu de respecter la fonction pour laquelle le salarié a été engagé, son statut et ses qualités, quand bien même il entend y apporter des adaptations⁹⁷³. Néanmoins, la jurisprudence admet assez largement qu'une mutation de poste préservant la qualification professionnelle, le niveau de la rémunération et les conditions de travail relève des pouvoirs normaux de l'employeur⁹⁷⁴.

⁹⁶⁸ CSJ, 8e, 23 avril 2015, 40109, Répertoire I.3.1.3.

⁹⁶⁹ CSJ, 8e, 1^{er} mars 2007, 31394, Répertoire I.3.1.3; voir aussi CSJ, 3e, 1^{er} avril 1999, 22259, Répertoire I.3.1.3.; CSJ, 5 novembre 1993, 14126; « Le contrat de travail de l'intimée contient une clause selon laquelle l'horaire de travail est mobile selon les besoins de l'employeur et suivant les besoins et usages de la branche. C'est à juste titre que les premiers juges en ont conclu que le changement d'horaire proposé par l'employeur n'était pas une modification essentielle du contrat de travail nécessitant la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 37 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ».

⁹⁷⁰ CSJ, 8e, 1^{er} mars 2007, 31394, Répertoire V.5.4.; CSJ, 3e, 1^{er} avril 1999, 22259, Répertoire V.5.4.

⁹⁷¹ CSJ, 3e, 4 février 1999, 21739, Répertoire V.5.4.

⁹⁷² Règlement ouvrier des usines de la société des forges d'Eich (1890), art. 8.

⁹⁷³ CSJ, 3e, 26 mai 2011, 35822, Répertoire I.3.1.3.

⁹⁷⁴ CSJ, 12 novembre 1998, 20165 : « ... il est admis qu'une mutation de poste à un poste préservant la qualification professionnelle, le niveau de rémunération et les conditions de travail relève des pouvoirs normaux de l'employeur à moins que l'élément modifié, en l'espèce le lieu de travail, n'ait été déterminant pour le salarié au moment de la conclusion du contrat de travail, la mutation géographique ne constituant ainsi pas nécessairement une modification substantielle du contrat de travail. En l'espèce la lecture du contrat de travail ne permet pas de conclure si un lieu de travail particulier avait été l'un des éléments déterminants pour X. »; CSJ, 10 janvier 2002, 25874; « ... l'employeur peut toujours procéder de manière unilatérale à une modification non substantielle et ... cette modification ne peut être faite que sous le contrôle du juge auquel il appartient, en cas de litige, d'en apprécier le caractère. En ce qui concerne plus particulièrement les mutations, il est admis, tel que le souligne à juste titre la partie intimée, qu'une mutation de poste préservant la qualification professionnelle, le niveau de la rémunération et les conditions de travail relève des pouvoirs normaux de l'employeur à moins que l'élément modifié, en l'espèce le

Il a été décidé qu'un « kauffmännischer Mitarbeiter » peut, en présence d'une clause de flexibilité, être muté vers toute tâche administrative au sein de l'entreprise⁹⁷⁵. Mais un salarié engagé en tant qu'« employé polyvalent » au service marketing ne peut être affecté à la présentation ou la distribution d'échantillons dans un centre commercial; le salarié était en droit de refuser une telle affectation subalterne ne respectant pas sa formation de diplômé en sciences de la communication⁹⁷⁶.

424. Mobilité géographique De manière générale, la jurisprudence luxembourgeoise reconnaît assez largement les clauses de flexibilité géographique⁹⁷⁷. Tel a par exemple été le cas dans une affaire de 2010 dans laquelle le contrat mentionnait que « suivant les besoins de l'entreprise, la salariée peut être occupée à divers endroits au Luxembourg »; elle avait refusé sa réaffectation vers un autre centre exploité par l'employeur. Son licenciement a été déclaré fondé, puisque la salariée était obligée de se soumettre à cet ordre de changement de poste. Il a aussi été décidé que le salarié qui accepte une clause de mobilité internationale accepte aussi l'application potentielle d'un système de sécurité sociale pouvant aboutir à un salaire net inférieur⁹⁷⁸.

425 à 429. Réservés.

Pour plus de détails concernant les clauses de flexibilité (horaire, lieu de travail, nature du travail, durée de travail), les limites, leur mise en œuvre (délai de prévenance, prise en compte de la situation individuelle du salarié), les réactions patronales face à un refus du salarié, ainsi que des exemples d'application de la jurisprudence, voir :

- Le travail flexible et atypique, n° 51-1 et suivants.

CHAPITRE 3. – CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

430. Contexte. Pendant la durée du contrat, l'obligation de bonne foi interdit au salarié de se livrer à des actes de concurrence (section 1). Après la fin du contrat, le salarié est en principe libre, mais une clause de non-concurrence peut restreindre cette liberté (section 2). En effet, après la cessation des relations de travail, seule une clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail pourra venir limiter la liberté de concurrence de l'ancien salarié à l'égard de son ancienne entreprise⁹⁷⁹. La question de savoir si un employeur peut recruter un salarié soumis à une obligation de non-concurrence a été traitée antérieurement (→ I.296).

lieu de travail, n'ait été déterminant pour le salarié au moment de la conclusion du contrat de travail, la mutation géographique ne constituant pas nécessairement une modification substantielle du contrat de travail ».

⁹⁷⁵ CSJ, 3e, 26 mai 2011, 35822, Répertoire I.3.1.3.

⁹⁷⁶ CSJ, 3e, 5 mai 2011, 36123, Répertoire I.3.1.3.

⁹⁷⁷ CSJ, 3 mars 1994, 14661 : « Si les parties ont convenu d'une clause de mobilité géographique à charge du salarié, l'employeur n'apporte pas de modification essentielle au contrat de travail, dès lors que la mutation d'un lieu de travail à un autre n'entraîne pas de rétrogradation ou de situation inférieure pour le salarié ».

⁹⁷⁸ CSJ, 8e, 22 juin 2017, 42516, Répertoire III.2.3.99.

⁹⁷⁹ CSJ, 18 janvier 2007, 29995, Répertoire III.2.3.1.1.

SECTION 1. – DURANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

431. Bonne-foi et non-concurrence. La jurisprudence s'accorde pour dire que l'obligation de bonne foi, inhérente à tout contrat, implique une obligation de non-concurrence. Dans le cadre de ses relations de travail et même en l'absence de clause de non-concurrence, le salarié est tenu, sur base d'une obligation générale de loyauté, de s'abstenir de concurrencer l'employeur. Ce devoir de loyauté lui impose une obligation de fidélité, qui lui interdit d'agir pour le compte d'une entreprise concurrente ou d'exercer une activité concurrentielle pour son propre compte.

Les tribunaux sont plus hésitants quant à savoir si la simple préparation d'une activité concurrentielle future viole l'obligation de bonne foi. Plusieurs arrêts considèrent que tel n'est pas le cas : « Cette obligation de non-concurrence ne fait cependant pas obstacle à ce que le salarié prépare une future activité concurrente de celle de son employeur, à la condition que cette concurrence ne devienne effective qu'après l'expiration du contrat de travail »⁹⁸⁰; il peut en être autrement si les actes dépassent les simples actes préparatoires et sont exécutés en secret et à un moment où la fin de la relation de travail n'était ni prévue, ni envisagée⁹⁸¹.

432. Violation de l'obligation de non-concurrence. La violation de l'obligation de non-concurrence est une faute qui engage la responsabilité disciplinaire et civile du salarié. Sous l'aspect disciplinaire, une sanction peut être prononcée à son encontre; dans la plupart des cas, un licenciement avec effet immédiat est justifié⁹⁸².

Concernant le volet indemnitaire, la démarche du salarié peut engager sa responsabilité civile⁹⁸³. Puisqu'un acte de concurrence est, sauf situations spécifiques, un acte volontaire, la question de la limitation de responsabilité du salarié (→ Tome II) ne se pose pas. La demande d'indemnisation patronale se base sur l'obligation de bonne foi et trouve donc sa source dans le contrat de travail, de sorte que le tribunal du travail a compétence pour connaître d'une telle demande⁹⁸⁴.

434. Loyauté et clientèle. L'obligation de bonne foi ne pose pas seulement une interdiction de non-concurrence, mais aussi par exemple une obligation de discrétion et de respect des intérêts patronaux. Les juges avaient à connaître du cas d'une salariée qui travaillait pour compte d'une société, son mari faisant partie de la direction d'une société concurrente. Un reportage a été publié sur cette société concurrente dans un magazine spécialisé, accompagné d'une photo sur laquelle la salariée était représentée aux côtés de son mari. La Cour a considéré que le licenciement avec effet immédiat prononcé par l'employeur était justifié⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ CSJ, 3e, 25 mars 2004, 27403, Répertoire III.2.3.1.2. : Pour déterminer si le salarié a respecté son obligation de loyauté, il échet d'examiner si les actes posés par lui avant son licenciement sont compatibles avec son obligation de non-concurrence et s'ils peuvent être classés dans la catégorie des actes purement préparatoires d'une activité future; voir aussi CSJ, 8e, 2 février 2012, 35965, Répertoire III.2.3.1.2.; CSJ, 8e, 5 mars 2009, 31936, Répertoire III.2.3.1.2.; CSJ, 3e, 8 mai 2014, 39069, Répertoire III.2.3.1.2.

⁹⁸¹ CSJ, 3e, 25 mars 2004, 27403, Répertoire III.2.3.1.

⁹⁸² Voir les jurisprudences dans Répertoire XII.5.10 et XIII.3.3.2

⁹⁸³ Voir p.ex. TT Lux., 20 janvier 2010, A. c/ PETIT FORESTIER Sàrl.

⁹⁸⁴ TA Lux., 16 décembre 1999, n° 63235 et 63667; TT Lux., 20 janvier 2010, op. cit.

⁹⁸⁵ CSJ, 30 novembre 2006, 30388.

Dans une affaire jugée en 2009⁹⁸⁶, une banque a exigé des dommages-intérêts à un de ses anciens salariés, qui assurait la gestion des portefeuilles d'une quarantaine de clients fortunés, en lui reprochant d'avoir, avant son départ à la retraite, rencontré certains clients, remis en cause des solutions juridiques mises en place dans leur intérêt, facilitant la mobilité immédiate des clients, démarché de façon répétée et insistante ces clients et leur avoir fourni, la veille de son départ, son nouveau numéro de téléphone. Sept jours après son départ, le salarié est entré aux services d'une autre banque. La première banque fait valoir qu'elle aurait reçu depuis des dizaines de lettres des anciens clients demandant de procéder à la clôture des comptes et au transfert de leurs avoirs. La demande a été rejetée au motif suivant : « Il convient en effet de relever qu'en matière de gestion de patrimoine une relation particulièrement étroite de confiance existe entre le gestionnaire de portefeuille et ses clients qui ont tendance, comme en l'espèce, à confier leurs avoirs à une banque en raison d'un gestionnaire de patrimoine particulier qu'ils ont choisi pour son savoir et ses connaissances spécifiques dans la matière et la confiance qu'ils ont en lui, surtout comme dans le cas présent, s'il s'agit d'un membre de la famille ou d'une connaissance de longue date ».

Dans une affaire de 2003⁹⁸⁷ par contre, la Cour a statué, à propos d'un employé de banque qui avait annoncé en cours de préavis son nouvel emploi dans la presse spécialisée, que le détournement de clientèle et sa tentative caractérisée constituent dans le chef du salarié un acte volontaire, lorsqu'ils s'opèrent au moyen de manœuvres frauduleuses ou déloyales. Le fait par un salarié, se trouvant encore en période de préavis, de souhaiter un bon « au revoir » aux lecteurs des journaux financiers visés et de les inviter à se servir de sa carte de visite ou de son adresse « e-mail » pour entrer en contact avec lui constitue un acte de détournement de clientèle au profit d'une entreprise concurrente opéré de façon déloyale et, partant, un acte volontaire susceptible d'engager, en principe, la responsabilité du salarié à l'égard de l'employeur, s'il en est résulté un dommage pour ce dernier.

SECTION 2. – APRÈS LA FIN DU CONTRAT

434. Incitation financière à la non-concurrence. Les clauses de non-concurrence sont soumises à certaines limitations. Ne constitue cependant une clause de non-concurrence que celle qui interdit au salarié d'exercer une activité concurrente. Ne constitue par contre pas une clause de non-concurrence et est considérée comme licite une clause qui accorde des avantages à un salarié après son départ de l'entreprise, à condition qu'il ne s'immisce pas dans des activités concurrentielles⁹⁸⁸. Une telle clause semble dès lors valable sans restrictions.

435. Clause de non-concurrence au sens du Code⁹⁸⁹. L'article L. 125-8 du Code du travail régit la clause de-concurrence « par laquelle le salarié s'interdit, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle ».

⁹⁸⁶ CSJ, 29 octobre 2009, 31235 et 31262.

⁹⁸⁷ CSJ, 8e, 14 juillet 2003, 26983, Répertoire III.2.3.1.2.

⁹⁸⁸ CSJ, 3 juillet 2008, n° 32404, Répertoire III.2.3.1.1.

⁹⁸⁹ Pour l'historique de la clause de non-concurrence, voir : Aux origines du droit du travail, n° 235.

La loi de 1989 avait étendu la réglementation sur la clause de non-concurrence aux ouvriers et relevé le seuil de salaire minimal requis pour que la clause soit valable. Pour être valable, et sous peine de nullité, la clause de non-concurrence doit tout d'abord être fixée par écrit (L. 125-8 (2)). Il n'est cependant pas exigé que cet écrit soit dressé au moment de l'embauche; une telle clause peut aussi être convenue par un avenant en cours d'exécution du contrat ou dans une convention annexe. Pour le surplus, l'article L. 125-8 (3) fixe les conditions de validité en ces termes :

Art. L. 125-8 (3). *La clause de non-concurrence est réputée non écrite lorsque au moment de la signature de la convention le salarié est mineur ou lorsque le salaire annuel qui lui est versé au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal.*

Lorsque le salaire annuel excède le niveau déterminé par règlement grand-ducal, la clause de non-concurrence ne produit d'effets qu'aux conditions ci-après:

1) elle doit se rapporter à un secteur professionnel déterminé et à des activités similaires à celles exercées par l'employeur;

2) elle ne peut prévoir une période supérieure à 12 mois prenant cours le jour où le contrat de travail a pris fin;

3) elle doit être limitée géographiquement aux localités où le salarié peut faire une concurrence réelle à l'employeur en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action; en aucun cas elle ne peut s'étendre au-delà du territoire national.

La clause de non-concurrence est inapplicable lorsque l'employeur a résilié le contrat sans y être autorisé par l'article L. 124-10 ou sans avoir respecté le délai de préavis visé à l'article L. 124-3.

Le seuil de salaire minimal est de 6817,07 euros à l'indice 100, soit un traitement annuel brut de 54164,35 euros à l'indice actuel de 794,54 points⁹⁹⁰.

La clause de non-concurrence n'est par ailleurs pas applicable si l'employeur a à tort licencié le salarié avec préavis. Selon les termes de la loi, elle reste cependant d'application si le salarié démissionne à juste titre pour faute grave de l'employeur, même si dans ce cas, la fin du contrat est imputable au seul employeur. Seul le salarié et non l'employeur peut invoquer la nullité de la clause de non-concurrence⁹⁹¹.

La clause est valable en l'absence d'indemnité de non-concurrence versée au salarié. La clause peut cependant explicitement stipuler une telle indemnité, auquel cas l'employeur sera obligé de la payer⁹⁹². L'employeur ne peut dans ce cas pas unilatéralement renoncer à la clause de non-concurrence⁹⁹³, sauf si cette faculté est explicitement stipulée.

⁹⁹⁰ Art. 6 du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail : « La clause de non-concurrence visée à l'article 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail est réputée non écrite, lorsque le salaire ou le traitement annuel brut versé au salarié au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse pas 275.000 francs à l'indice 100 »; une indemnité de réemploi n'est pas à prendre en compte; CSJ, 8e, 5 mars 2009, 31937, Répertoire III.2.3.1.1.

⁹⁹¹ CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41659, Répertoire III.2.3.1.1. : Il n'était pas dans l'intention du législateur, soucieux de protéger le salarié, de placer, en ce qui concerne le cadre légal dans lequel il a inscrit la clause de non-concurrence, le salarié et l'employeur sur un pied d'égalité. L'employeur n'a pas le droit de demander la nullité au motif du dépassement du délai de l'obligation de non-concurrence, motif inspiré par un souci de protection du seul salarié.

⁹⁹² Sauf si la clause prévoit une possibilité d'y renoncer et que l'employeur a respecté la procédure et les délais convenus, CSJ, 3e, 22 mai 2008, 32363, Répertoire III.2.3.1.1.

⁹⁹³ Ces questions avaient été soulevées parce que la clause prévoyait une indemnité de non-concurrence en faveur du salarié; CSJ, 2 octobre 2003, 27328, Répertoire III.2.3.1.1.; CSJ, 19 mai

L'impact pratique des clauses de non-concurrence au sens de l'article L. 125-8 est limité en raison de l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'« entreprise personnelle ». Elle ne vise tout d'abord pas le cas dans lequel le salarié reprend un travail salarié subordonné auprès d'une entreprise concurrente. Mais encore, la jurisprudence indique que la clause de non-concurrence vise uniquement le cas dans lequel le salarié travaille comme indépendant; elle ne lui interdit notamment pas de devenir administrateur dans une entreprise concurrente⁹⁹⁴. Il a également été décidé qu'elle ne s'applique pas dans la situation d'une concurrence faite par une société dont l'ancien salarié détient 99 % des parts, puisqu'il s'agit de deux personnes juridiques différentes⁹⁹⁵. Autant dire que ces clauses sont faciles à déjouer pour le salarié

436. Clause de non-concurrence étendue⁹⁹⁶. Il était généralement admis que l'article L. 125-8 cantonnait le champ des clauses de non-concurrence et que toute clause allant au-delà serait nulle. En particulier, en se basant notamment sur le droit constitutionnel de la liberté du travail, on considérait qu'aucune clause ne pouvait interdire au salarié de se faire embaucher par un concurrent après la fin de son contrat de travail. Un arrêt de 2014 a cependant adopté une position contraire en retenant que l'article L.125-8 vise seulement l'hypothèse de celui qui s'interdit d'exploiter une entreprise personnelle concurrente à la fin de ses relations de travail, et non pas la clause de celui qui s'interdit, après la fin de ses relations de travail, d'entrer au service d'une entreprise concurrente ou de faire des démarches pour être engagé par une telle entreprise⁹⁹⁷. Pour les clauses visant une **activité salariée**, la loi ne prévoit rien, de sorte que ces clauses seraient admissibles. Toutefois, selon ce même arrêt, dans le but de rétablir l'équilibre entre la nécessaire protection des intérêts de l'entreprise et la sauvegarde de la liberté du travail du salarié concerné, le juge peut, en présence d'une clause restreignant d'une façon abusive la liberté de travail, en vertu du pouvoir de réfaction, maintenir la clause après en avoir corrigé les imperfections et effets indésirables. Est abusive une clause qui impose au salarié des obligations manifestement excessives. Dans cette affaire, un gestionnaire dans le secteur du transport s'était engagé pendant 12 ans à ne pas entrer au service d'une entreprise concurrente au Luxembourg et dans diverses régions françaises, en échange d'une indemnité mensuelle correspondant à 25 % de son dernier salaire. La Cour a estimé qu'il conviendrait de restreindre la validité de cette clause au Luxembourg, à l'Alsace et à la Lorraine.

437. Violation de l'obligation de non-concurrence. La violation d'une obligation de non-concurrence en soi n'est pas un fait pénalement répréhensible dans le chef du

2005, 29014, Répertoire III.2.3.1.1.; CSJ, 8e, 16 juin 2005, 26043, Répertoire III.2.3.1.1.; en cas de renonciation conforme à la clause, l'indemnité est due au prorata : CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41659, Répertoire III.2.3.1.1.

⁹⁹⁴ CSJ, 8e, 2 février 2012, 35965, Répertoire III.2.3.1.1.; CSJ, 4e, concurrence dél., 14 décembre 2016, 43591, Répertoire III.2.3.1.1. : L'interdiction d'exercer des activités similaires ne porte que sur l'exploitation d'une entreprise personnelle, c'est-à-dire sur l'activité commerciale de l'ancien salarié pour autant qu'il travaille à titre d'indépendant.

⁹⁹⁵ CSJ, 3e, 19 janvier 2006, 28929, Répertoire III. 2.3.1.1.

⁹⁹⁶ Pour les avocats, une telle clause est explicitement prohibée; Art. 11.5.11 du Règlement intérieur des Avocats du Barreau de Luxembourg : « L'avocat collaborateur ou salarié doit jouir d'une entière liberté d'établissement à l'expiration du contrat de collaboration du de travail, mais il doit s'interdire toute pratique de concurrence déloyale telle que la sollicitation active de la clientèle de l'ancienne étude ».

⁹⁹⁷ CSJ, 3e, 13 novembre 2014, 39705, Répertoire III.2.3.1.1.

salarié⁹⁹⁸. La violation d'une clause de non-concurrence relève de la compétence des juridictions du travail, même si elle a été convenue dans une convention annexe⁹⁹⁹ et bien que la faute se situe après la fin de la relation de travail. L'employeur victime d'une violation de cette clause aurait la possibilité d'agir en référé pour qu'il soit enjoint au salarié de cesser ses agissements. Il peut également solliciter des dommages-intérêts, mais en pratique, il est souvent difficile d'établir un préjudice certain découlant de la violation de la clause. Si une contrepartie financière avait été convenue, l'employeur peut en suspendre le paiement et, selon la formulation de la clause, exiger le remboursement de ce qu'il a déjà payé.

Un employeur embauchant les salariés d'un concurrent peut se rendre coupable de concurrence déloyale s'il les embauche alors qu'il connaissait l'existence de la clause de non-concurrence¹⁰⁰⁰.

438 à 439. Réservés.

Le lecteur trouvera une analyse des obligations de non-concurrence et du débauchage d'anciens clients, dans :
- Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise, p. 159 et suivantes.

CHAPITRE 4. – PÉRIODE D'ESSAI

440. Finalité. Une période d'essai n'a guère d'utilité si l'employeur est de toute manière en droit de résilier le contrat moyennant de brefs préavis et sans devoir indiquer de motifs. La nécessité d'une période d'essai n'est ainsi apparue qu'avec la rigidification de la protection contre le licenciement. La période d'essai revêt, tel que le précise ALEX BODRY¹⁰⁰¹, un double intérêt pour les parties contractantes : « Tout d'abord pour l'employeur qui disposera du temps nécessaire pour apprécier les qualités professionnelles du salarié. ... Même si l'utilité de l'essai est plus évidente pour le patron, le salarié peut également en tirer avantage. Durant la phase d'essai il pourra se familiariser avec son nouvel emploi et évaluer ainsi si la tâche confiée lui convient véritablement. Il est néanmoins vrai qu'en période de chômage structurel, la marge de décision du travailleur est considérablement réduite ».

441. Régimes applicables. Les règles relatives à la période d'essai sont, à quelques détails près identiques pour les CDI (L. 121-5 (1)) et les CDD (L. 122-11); dans de nombreux cas, il est donc possible – sauf à y voir un abus de droit – de placer la durée entière ou du moins une partie substantielle du CDD sous le régime de la période d'essai. Dans le cadre du travail intérimaire par contre, l'essai est régi par des dispositions dérogatoires, limitant la durée admissible à quelques jours (L. 131-7). Le contrat d'apprentissage peut prévoir une période d'essai qui ne peut excéder 3 mois.

⁹⁹⁸ Voir p.ex. CSJ, ChaCo, 5 décembre 2008, n° 617/08 : « En effet, la partie civile a exposé dans sa plainte déposée en date du 2 juillet 2008 qu'un ancien salarié 'aurait abusé de la confiance de ses employeurs pour détourner la clientèle de l'entreprise', ce fait de nature civile constituant une violation de la clause de non-concurrence inscrite dans le contrat de travail du 1er juillet 1994, résilié d'un commun accord avec effet au 31 mars 2008, mais n'étant pas susceptible d'être qualifié pénalement ».

⁹⁹⁹ CSJ, 19 mai 2005, 29014, Répertoire III.2.3.1.1.

¹⁰⁰⁰ Voir p.ex. TA Lux., ordonnance en matière de concurrence déloyale, 11 avril 2008, n° 504/08, Répertoire III.2.3.1.99.

¹⁰⁰¹ BODRY Alex, L'engagement à l'essai, p. 3.

442. Suites de la période d'essai. Durant l'essai, le contrat peut être résilié avec effet immédiat ou avec préavis, le préavis devant en principe se situer intégralement dans la période d'essai (→ Tome III)¹⁰⁰². Si personne ne met fin au contrat, le contrat devient définitif. En effet, même si la notion de « contrat à l'essai » reste d'usage, l'essai ne constitue pas un contrat distinct du contrat de travail principal, mais uniquement une première phase de ce dernier. Si l'essai est concluant, employeur et salarié ne doivent ni faire une démarche ni un nouveau contrat.

Art. L. 121-5 (5). Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service.

Ce principe vaut également pour le CDD, qui après l'essai devra être mené à son terme. Un CDI ne pourra ensuite plus être résilié que pour motif grave ou avec préavis, l'employeur devant se plier aux règles procédurales et à l'obligation de motivation du licenciement. Il faut relever qu'il est très délicat de licencier un salarié pour motif personnel peu après l'expiration de l'essai; le juge se posera inévitablement la question pourquoi l'employeur a laissé passer l'essai sans sanctionner ou se rendre compte du comportement ou de l'incompétence du salarié.

SECTION 1. – FORME DE LA CLAUSE D'ESSAI

443. Historique. Du temps que la confection d'un écrit au contenu minimal n'était pas imposée par la loi, l'essai pouvait être convenu oralement. La jurisprudence était arrivée à la conclusion qu'en présence d'une contestation de l'employeur quant au caractère définitif du contrat, il appartenait à l'employé d'apporter la preuve de ce caractère définitif, preuve difficile en pratique¹⁰⁰³. La période d'essai doit, depuis 1962 pour les employés, être constatée par écrit¹⁰⁰⁴.

Pour les ouvriers, c'est la jurisprudence qui avait initialement fixé le principe selon lequel la clause à l'essai doit être constatée par écrit au moment de l'engagement et cela au motif que dès qu'il se trouve dans un lien de subordination à l'égard de son employeur, le salarié ne dispose plus de liberté suffisante pour discuter de ses conditions d'engagement¹⁰⁰⁵. La loi de 1989 a ancré ce principe en droit positif (actuel Art. L. 121-5). La période d'essai doit être constatée, sous peine de nullité, dans le contrat de travail écrit¹⁰⁰⁶, au plus tard au moment de l'entrée en service. Une clause à l'essai n'est dès lors valable ni lorsqu'elle a été convenue oralement, ni lorsqu'elle n'a été

¹⁰⁰² Voir les jurisprudences dans Répertoire XIX.1.

¹⁰⁰³ PAUL Mes, ELVINGER André, Etapes de l'évolution législative du statut des employés privés, p. 150.

¹⁰⁰⁴ Art. 5 (2) de la loi du 7 juin 1937, telle que modifiée par la Loi du 20 avril 1962 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés : « A défaut de contrat écrit constatant que l'engagement a été conclu à l'essai, il est réputé définitif et conclu pour un temps indéterminé. La preuve contraire n'est pas admissible ».

¹⁰⁰⁵ Cons. Prud.. Lux., 24 février 1961, cité par BODRY Alex, L'engagement à l'essai, p. 10.

¹⁰⁰⁶ CSJ, 15 octobre 1987, S.A. QUINCAILLERIE DE MONDERCANGE c/ DINIS : « La période d'essai est à prévoir par écrit. A défaut d'écrit prévoyant une période à l'essai, il est formulé entre les parties un contrat de travail à durée indéterminée ».

signée qu'après que le salarié a entamé son travail¹⁰⁰⁷. En effet, une fois que le salarié travaille sous la subordination et l'autorité disciplinaire de l'employeur, il n'aurait de fait pas la possibilité de s'y opposer; la période d'essai est censée être une clause librement convenue entre parties avant de s'engager dans des liens contractuels.

444. Exigence d'un écrit. La clause d'essai doit être établie par écrit, soit dans une convention collective, soit dans le contrat de travail individuel. A défaut de clause écrite, le contrat est réputé irréfragablement comme étant conclu sans période d'essai, et la preuve contraire n'est pas admissible¹⁰⁰⁸. Lorsque la clause à l'essai est signée par écrit, que ce soit dans le contrat de base ou dans un document annexe, postérieurement à l'entrée en service, elle sera considérée comme nulle¹⁰⁰⁹.

Art. 121-5 (1) al. 1^{er}. La clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L. 121-4, pour chaque salarié individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.

al. 2. Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque la convention collective de travail applicable à l'établissement contient une disposition établissant que le contrat de travail de tout salarié nouvellement embauché est précédé d'une période d'essai conformément aux dispositions du présent article.

445. Essai prévu par la convention collective. Une clause d'essai peut être valablement contenue dans une convention collective de travail. Il semble évident qu'il faut se référer à la convention collective telle qu'applicable au moment de la signature du contrat de travail; parfois des conventions collectives trouvent application rétroactivement¹⁰¹⁰, pratique qui ne rencontre (du point de vue du salarié) pas de problème en ce qui concerne les salaires et primes plus élevés qui y sont prévus; à notre avis, il n'est cependant pas possible de soumettre rétroactivement un salarié à une période d'essai. Les essais prévus dans les conventions collectives sont encore problématiques, puisqu'il n'est pas garanti que le salarié soit au courant de la période d'essai¹⁰¹¹; aucun texte ne prévoit l'obligation patronale d'en remettre spontanément une copie¹⁰¹². Il faut conseiller dans ce cas à l'employeur d'informer le salarié de ce qu'il est soumis à une période d'essai puisque le contrat informe le salarié uniquement de

¹⁰⁰⁷ CSJ, 10 décembre 2009, 33962 : « Un contrat de travail, bien que assorti d'une clause d'essai de trois mois, est à considérer comme contrat définitif, si le salarié a commencé à travailler pour le compte du patron avant la date de la conclusion du contrat de travail »; CSJ, 22 février 1996, 17497 : « C'est partant à bon droit que les premiers juges, après avoir constaté que le contrat de travail a été signé postérieurement à l'entrée en service effective, ont déclaré nulle la clause d'essai contenue dans le prédit contrat ».

¹⁰⁰⁸ CSJ, 15 octobre 1987, op.cit. : « La période d'essai est à prévoir par écrit. A défaut d'écrit prévoyant une période à l'essai, il 'est formulé entre les parties un contrat de travail à durée indéterminée ».

¹⁰⁰⁹ CSJ, 22 février 1996, 17497 : « C'est partant à bon droit que les premiers juges, après avoir constaté que le contrat de travail a été signé postérieurement à l'entrée en service effective, ont déclaré nulle la clause d'essai contenue dans le prédit contrat ».

¹⁰¹⁰ Notamment pour les entreprises concernées par une déclaration d'obligation générale d'une convention collective de secteur ou de branche.

¹⁰¹¹ Tel qu'exigé notamment par le point 7 du pilier social européen (en projet) : « Les travailleurs ont le droit d'être informés par écrit, au début de la période d'emploi, au sujet de leurs droits et obligations découlant de la relation de travail, y compris pour ce qui est de la période probatoire ».

¹⁰¹² En pratique, certaines conventions collectives contiennent de telles clauses obligeant l'employeur à remettre une copie de la convention à l'embauche.

l'existence d'une convention collective mais non de son contenu. Cette problématique pourrait être résolue à l'avenir¹⁰¹³.

446. Essai prévu par le contrat individuel. En l'absence de convention collective, la clause doit être inscrite dans le contrat de travail principal. Il est acquis qu'il n'est pas suffisant si l'essai est mentionné dans un document unilatéral établi par l'employeur, telle l'offre d'emploi, le règlement intérieur ou l'offre de recrutement. Le législateur ne voulait par ailleurs expressément pas reconnaître la validité de clauses contenues dans des documents annexes¹⁰¹⁴. Le juge s'est cependant départi de cette analyse. La Cour a par exemple retenu en 2006 qu'une clause d'essai documentée dans d'autres documents qui ont été signés constitue une « formalité équivalente », de sorte que la période d'essai a été valablement convenue¹⁰¹⁵.

447. Moment de l'écrit. Vu que le contrat de travail doit être établi « au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié » (L. 121-4 (1)) et que la clause à l'essai doit être contenue dans ce contrat, l'article L. 121-5 (5) ne fait que rappeler une évidence en énonçant que la clause d'essai doit être constatée au plus tard au moment de l'entrée en service. Une jurisprudence constante confirme qu'une clause convenue après entrée en fonctions n'est pas valable¹⁰¹⁶. Occasionnellement, la jurisprudence se montre cependant souple. Ainsi par exemple des « activités préparatoires isolées » ayant précédé la date de signature du contrat n'ont pas été considérées comme un travail effectif valant entrée en service du salarié¹⁰¹⁷. La Cour a encore reconnu valable une période d'essai, bien que le contrat n'ait pas été signé par les deux parties au moment de l'entrée en fonctions, puisque le salarié avait marqué son accord dans un courrier électronique¹⁰¹⁸ : « Est valable une clause d'essai, même faute d'écrit signé par le salarié prévoyant dès le début de la relation de travail une période d'essai, lorsqu'il y a accord des parties sur cette période d'essai et début d'exécution de la période d'essai par le salarié. ».

448. Sanction de l'absence d'écrit. La sanction en cas d'absence d'écrit est clairement énoncée par le Code :

Art. L. 121-4 (1) al. 4. A défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclu pour une durée indéterminée; la preuve contraire n'est pas admissible.

Il va de soi que pour le CDD, cette règle ne vaut pas; si la clause d'essai n'est pas écrite, il s'agira dès le départ d'un CDD non résiliable pour un motif autre que la faute grave.

¹⁰¹³ Une proposition de directive (COM (2017) 797) envisage de rendre obligatoire l'information écrite du travailleur quant à la durée et les conditions de la période d'essai. Il est donc probable que le Luxembourg transpose cette directive en rendant obligatoire l'indication de la période d'essai dans le contrat de travail individuel.

¹⁰¹⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 31 : « en tout état de cause, l'ensemble des stipulations contractuelles, y compris celles concernant la période d'essai, doivent être intégrées dans un écrit unique ».

¹⁰¹⁵ CSJ, 3e, 23 novembre 2006, 31021, Répertoire III.2.2.1.

¹⁰¹⁶ Voir dans Répertoire III.2.2.1. : CSJ, 3e, 28 février 2013, 37188 (contrat ayant prévu une entrée en fonctions trois jours avant sa date de signature); CSJ, 8e, 16 février 2012, 36937; CSJ, 3e, 17 février 2011, 35905; CSJ, 8e, 28 février 2013, 38045; CSJ, 3e, 23 janvier 1997, 18681 (contrat oral ayant précédé le contrat écrit); CSJ, 3e, 28 juin 2007, 31209 (contrat établi mais non signé); CSJ, 3e, 22 juin 2006, 29264 (indifférent si le salarié n'avait pas remis les documents requis pour l'établissement du contrat).

¹⁰¹⁷ CSJ, 3e, 21 mai 2015, 40374, Répertoire III.2.2.1.

¹⁰¹⁸ CSJ, 3e, 13 janvier 2011, 35842, Répertoire III.2.2.1.

Il est également admis en jurisprudence que ce texte est à lire conjointement avec les alinéas qui précèdent et que la sanction est appliquée non seulement en cas d'absence d'écrit, mais également en cas d'établissement tardif de l'écrit, c'est-à-dire après l'entrée en service.

L'invalidité de la clause d'essai ne sera en pratique discutée que dans le cas où employeur ou salarié auront résilié le contrat de travail en se basant sur une clause d'essai invalidée par le tribunal. Pour le salarié, le risque est moindre, puisqu'il ne doit de toute manière pas justifier sa décision de démission avec préavis; tout au plus sera-t-il obligé de verser à l'employeur une indemnité compensatoire de préavis de quelques jours. Pour l'employeur par contre, l'enjeu est considérable. Si la période d'essai n'était pas valable, il ne sera pas seulement redevable d'une indemnité compensatoire de préavis, mais le licenciement sera encore dans la plupart des cas à considérer comme abusif (→ Tome III).

SECTION 2. – DUREE DE LA PERIODE D'ESSAI

449. Eléments historiques. Appelée « engagement provisoire à titre d'épreuve » sous le régime employé de 1919, la période d'essai était limitée à 6 mois¹⁰¹⁹; cette règle a été introduite pour empêcher les parties d'éluder systématiquement l'obligation au préavis¹⁰²⁰. En 1937, la durée maximale est réduite à 4 mois¹⁰²¹. Sous le régime d'employé de 1962¹⁰²², la période d'essai était limitée à 2 mois pour les titulaires d'un diplôme universitaire ou de fin d'études secondaires, à 4 mois pour les autres employés majeurs et à 6 mois pour les employés mineurs. La durée admissible diminuait donc avec le degré de compétence. Aujourd'hui, la situation est inverse, et la durée maximale de l'essai augmente avec le niveau du poste à occuper. Il a en effet été considéré que la pratique démontre que l'engagement d'un salarié qualifié requiert une période probatoire plus longue que celle nécessaire à l'appréciation d'un salarié moins qualifié¹⁰²³.

Du côté des ouvriers, la loi de 1970 a fixé la durée maximale de la période d'essai à 6 semaines¹⁰²⁴. La loi de 1989 a unifié les règles pour ouvriers et employés.

450. Durée maximale. Le droit international exige qu'une période d'essai soit d'une « durée raisonnable »¹⁰²⁵; le droit européen pourrait imposer à l'avenir une limite à 6 mois¹⁰²⁶. En droit luxembourgeois, la durée de l'essai est limitée, selon les cas, à 3, 6 ou

¹⁰¹⁹ Art. 5 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés : « L'engagement provisoire de l'employé, à titre d'épreuve, ne pourra avoir une durée supérieure à six mois; en cas de perdurance du service au delà de ce temps, l'engagement est considéré comme définitif à partir du jour de l'entrée en service provisoire. ».

¹⁰²⁰ PEMMERS Tony, *Le contrat de travail des employés* (1928), n° 370.

¹⁰²¹ Art. 5 de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés.

¹⁰²² Art. 5 de la loi du 20 avril 1962.

¹⁰²³ Avis du Conseil Economique et Social sur la réforme du droit de licenciement, 29 novembre 1983, CES/LIC. (83), p. 30.

¹⁰²⁴ Art. 5 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers.

¹⁰²⁵ Art. 2 (2) de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement (1982).

¹⁰²⁶ Art. 7 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

12 mois. Pour les salariés à temps partiel, même s'ils travailleront moins d'heures durant lesquelles l'employeur pourra apprécier leur travail, la période d'essai ne peut néanmoins pas avoir une durée calendaire supérieure (L. 123-8).

Art. L. 121-5 (2). al. 1. *La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois.*

al. 2. *Par dérogation aux dispositions de l'alinéa qui précède, la période maximale d'essai ne peut excéder: trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique; douze mois pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.*

al. 3. *La période d'essai n'excédant pas un mois doit être exprimée en semaines entières; la période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.*

Le seuil de 6 mois dépend de la détention ou non du CATP/DAP. Le CATP a été remplacé par le diplôme d'aptitude professionnelle (DAP). Cette différenciation a été jugée conforme à la Constitution et non contraire au principe d'égalité devant la loi¹⁰²⁷. C'est la détention du diplôme qui est déterminante, une expérience professionnelle équivalente étant sans incidence¹⁰²⁸ (si elle n'a pas été reconnue par la procédure de la validation des acquis). S'il appartient en principe à l'employeur de s'informer lors de l'embauche¹⁰²⁹, il peut cependant se fier aux indications fournies par le salarié dans son *curriculum vitae* sans devoir faire des investigations supplémentaires¹⁰³⁰.

Le seuil de 12 mois dépend du salaire. Le salaire mensuel brut qui doit être atteint pour pouvoir convenir d'une période d'essai de 12 mois est fixé à 536 euros (indice 100), soit

Une exception est cependant admise si « la nature de l'activité le justifie » (ou que c'est dans l'intérêt du travailleur). Selon l'exposé des motifs de la directive, tel pourrait être le cas notamment pour les fonctions managériales. Le droit luxembourgeois, qui se réfère à la seule rémunération pour autoriser une période d'essai dépassant 6 mois ne sera probablement pas conforme à la directive, puisqu'un salaire élevé ne permet pas dans tous les cas de conclure à une activité à haute responsabilité.

¹⁰²⁷ CSJ, 8e, 12 novembre 2015, 40340, Répertoire III.2.2.2.3.

¹⁰²⁸ CSJ, 8e, 12 novembre 2015, 40340, Répertoire III.2.2.2.3.: « L'article L. 121-5 vise les aptitudes professionnelles acquises durant un cycle de formation d'un établissement d'enseignement et documentées par un diplôme et ne prend pas en considération l'expérience professionnelle du salarié. »; contra : CSJ, 3e, 21 décembre 2006, 31194, Répertoire III.2.2.2.3.: « Une expérience professionnelle d'au moins dix années dans la profession fait en sorte que le salarié a un niveau de formation professionnelle atteignant celui du CATP. »; CSJ, 26 septembre 1996, 18690 : « Ainsi que l'ont constaté à juste titre les premiers juges, il résulte des termes de l'article 34 (2) précité que pour rabaisser le maximum de la période d'essai, le législateur se réfère non pas à l'expérience professionnelle du salarié, mais à la notion de 'formation professionnelle du salarié dont le niveau n'atteint pas celui du C.A.T.P.', donc au niveau des connaissances théoriques et pratiques acquises par le salarié auprès d'un établissement d'enseignement ».

¹⁰²⁹ CSJ, 8e, 15 février 2007, 31187, Répertoire III.2.2.2.3.; CSJ, 29 juin 1995, 16670: « La Cour estime, eu égard à l'existence de ce texte, que l'employeur qui engage un salarié et qui entend imposer à celui-ci une période d'essai, est tenu de s'informer utilement sur la formation de celui-ci pour fixer la durée de la période d'essai. S'il offre un emploi ne correspondant pas au niveau de formation du C.A.T.P. et s'il entend quand-même imposer une période d'essai supérieure à trois mois il doit s'assurer si la formation du candidat le permet ».

¹⁰³⁰ CSJ, 3e, 21 décembre 2006, 31194, Répertoire III.2.2.2.3.; CSJ, 8e, 30 novembre 2015, 41475, Répertoire III.2.2.2.3.

4.258,73 euros à l'actuel indice 794,54; les primes et autres accessoires peuvent être pris en compte au prorata¹⁰³¹. Un 13^e mois est à inclure au prorata¹⁰³².

451. Durée minimale. Conformément à l'article L. 121-5 (2) précité, la durée minimale de la période d'essai est de 2 semaines. L'idée du législateur était de prévoir une sorte de « droit à l'essai », une durée minimale durant laquelle le salarié peut convaincre l'employeur de ses compétences. Dans cette même logique, quelle que soit la durée de la période d'essai convenue, pendant les deux premières semaines, la résiliation du contrat est interdite, sauf faute grave.

452. Durées non valables. La question d'une période d'essai d'une durée inférieure à la durée minimale de 2 semaines n'a pas encore été tranchée en jurisprudence et paraît être une hypothèse d'école. Si la clause d'essai dépasse la durée admissible, elle n'est pas nulle dans son intégralité, mais le juge la réduira dans sa durée¹⁰³³. Une clause d'essai exprimée dans une unité non valable est à réduire à l'unité valable immédiatement inférieure ('15 jours ouvrables' réduit à '2 semaines'¹⁰³⁴), voire même l'unité la plus proche ('12 semaines' augmenté à '3 mois'¹⁰³⁵).

453. Suspension de l'essai. L'article L. 121-5 régit le sort de la période d'essai en cas de suspension du contrat de travail comme suit :

L. 121-5 (2) al. 4. En cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois.

Ce texte a repris en 1989 la solution jurisprudentielle de la prorogation de la période d'essai en cas de suspension, notamment pour incapacité de travail du salarié¹⁰³⁶. Il se trouve toutefois que la notion de « suspension » n'est pas clairement définie en droit du travail et que des règles spécifiques sont prévues dans certaines hypothèses, notamment concernant les femmes enceintes. Les cas qui pourraient être visés sont les suivants : **(a)**

¹⁰³¹ Art. 5 du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail : « Lorsque le traitement mensuel de début du salarié est fixé à un montant égal ou supérieur à 21.622 francs à l'indice 100, les parties peuvent porter la période d'essai jusqu'à douze mois. Pour la définition du traitement mensuel visé à l'alinéa qui précède, les gratifications, les primes, ainsi que les accessoires et compléments de traitement peuvent être comptés à raison d'un douzième de leur valeur annuelle ».

¹⁰³² Mais non un forfait pour heures supplémentaires; CSJ, 8e, 3 novembre 2016, 40513, Répertoire III.2.2.2.1.

¹⁰³³ CSJ, 8e, 12 novembre 2015, 40340, Répertoire III.2.2.2.1.; CSJ, 7 mars 1991, PESCHE c/ WELTER : « Le contrat à l'essai accepté par les parties pour une durée excédant la durée maximale prévue par la loi n'est pas nul, mais reste valable pour la durée légale maximale, la clause d'essai étant seulement nulle pour la durée excessive et le contrat est dès lors transformé en contrat définitif »; CSJ, 17 février 1994, 14535 : « C'est à bon droit que les premiers juges ont dit que lorsque les parties ont convenu d'une période d'essai supérieure à celle autorisée par la loi, la sanction n'est pas celle de la nullité de la clause d'essai, mais la clause est nulle seulement pour la période qui excède la durée de trois mois et reste valable pour la durée légale ».

¹⁰³⁴ CSJ, 8e, 30 novembre 2015, 41438, Répertoire III.2.2.2.; voir aussi CSJ, 11 mai 1995, 16611, à propos d'une période d'essai fixée à 6 semaines qui a été ramenée à un mois par la Cour : « ... le législateur n'a pas sanctionné de nullité toute clause d'essai exprimant en semaines une période supérieure à un mois, de sorte que ladite clause n'est nulle que pour la durée excessive supérieure à celle pouvant être exprimée en semaines, à savoir supérieure à un mois ».

¹⁰³⁵ CSJ, 8e, 30 septembre 2009, Répertoire III.2.2.2.

¹⁰³⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 28.

En pratique, cette « suspension » vise quasi exclusivement les cas de maladie. En théorie, d'autres cas, tel un cas de force majeure empêchant l'employeur temporairement d'exploiter son entreprise, pourraient également être concernés. Selon la jurisprudence, l'extension maximale d'un mois s'apprécie cumulativement et non individuellement pour chaque cas de suspension, par exemple en cas de multiples arrêts de travail pour maladie. **(b)** Le congé (congé annuel, congé pour événements extraordinaires ou autres), ne constitue à notre sens pas une « suspension » du contrat, même si durant cette période, l'employeur n'est pas en mesure d'apprécier les compétences professionnelles du salarié qu'il vient d'embaucher. Les congés extraordinaires sont de toute manière d'une durée très brève, tandis que l'employeur n'est pas obligé d'accorder de congé annuel durant les trois premiers mois et ne devra par la suite accorder qu'un congé proportionnel au travail fourni. **(c)** Il y a suspension en cas de grève; mais la grève est rare au Luxembourg, et l'est probablement encore davantage dans le chef de salariés en période d'essai.

455. Situations spécifiques. (a) Lorsqu'une femme salariée sous CDI tombe enceinte, la clause d'essai est suspendue à partir du jour de la remise à l'employeur du certificat médical attestant de la grossesse jusqu'au début du congé de maternité. La fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours à la « fin de la période d'interdiction de licenciement » (L. 337-3). Cette fin est atteinte si la salariée reprend le travail après le congé de maternité. En cas de congé parental, la période d'essai reste à notre avis suspendue; s'il est vrai qu'un licenciement avec effet immédiat redevient possible, une résiliation pour qualifications professionnelles insuffisantes – but de la période d'essai – n'est toujours pas possible¹⁰³⁷. A contrario de l'article L. 337-3, pour les femmes enceintes sous CDD, la période d'essai devrait continuer à courir; on pourrait en conclure que le droit à l'essai prime dans ce cas la protection contre le licenciement, mais la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée. **(b)** En cas de chômage partiel (chômage dû aux intempéries, chômage accidentel ou technique), les heures de travail perdues ne sont pas imputées sur la période d'essai qui est prorogée en conséquence (L. 533-12). **(c)** Aucune solution explicite n'est prévue pour les salariés spécialement protégés, tels les délégués. Mais la problématique ne se posera que dans des cas exceptionnels, puisque la participation aux élections sociales suppose une certaine ancienneté dans le chef du salarié.

SECTION 3. – RENOUVELLEMENT DE LA PERIODE D'ESSAI

456. Principe. Le renouvellement de la période d'essai est interdit. Il n'est dès lors possible de prévoir qu'une seule période d'essai, à convenir avant même l'exécution du contrat.

└ **L. 121-5 (3).** *La clause d'essai ne peut être renouvelée.*

457. Prolongation de la période d'essai. Même si la durée légale maximale n'est pas dépassée¹⁰³⁸, il n'est pas possible de prolonger la durée d'une période d'essai par un

¹⁰³⁷ Puisque l'inaptitude professionnelle n'est en général qu'un motif de licenciement avec préavis.

¹⁰³⁸ CSJ, 20 octobre 1994, 15378 : « L'article 34, en effet, limite la liberté contractuelle des parties dans un but de protection du salarié qui en raison de son état de subordination ne peut être amené à signer une prolongation de la période d'essai qui touche à sa fin. Le salarié a, en effet, intérêt à avoir un contrat définitif. Le fait de décider d'une prolongation d'une période d'essai, c'est stipuler dans un sens défavorable à son égard » :

accord entre parties intervenant après entrée en fonctions¹⁰³⁹. Cette interdiction tient compte du fait qu'un salarié en cours de période d'essai pourrait difficilement refuser de signer un tel avenant¹⁰⁴⁰. Il ne saurait être argumenté qu'une telle prolongation est plus favorable pour le salarié qu'une résiliation de son contrat. Même si le salarié licencié demande à l'employeur d'obtenir une seconde chance et que les parties se mettent d'accord sur un nouvel essai, celui-ci devra être invalidé¹⁰⁴¹. Ces principes valent également en cas de transfert d'entreprise (→ I.640) puisque le repreneur est obligé de reprendre et de continuer les contrats¹⁰⁴².

458. Succession de contrats. Si deux contrats de travail se succèdent, aucune nouvelle période d'essai ne peut être prévue¹⁰⁴³. En cas de passage d'un CDD vers un CDI, ce dernier ne peut plus prévoir de période d'essai (L. 122-8 al. 1er) – même si le CDD était d'une durée inférieure à la période d'essai qui aurait pu être convenue. Ces principes valent à notre avis peu importe le travail effectué par le second contrat. Il faut cependant signaler un arrêt de 2005, qui retient qu'en cas de différence fondamentale entre deux tâches, un nouveau contrat n'est pas une continuation du contrat précédent mais un contrat nouveau, de sorte que l'employeur est en droit d'insérer une clause d'essai¹⁰⁴⁴. En 2014, la Cour a cependant statué en sens contraire¹⁰⁴⁵. Cette question est par ailleurs à distinguer de celle de savoir s'il est possible de promouvoir quelqu'un à titre d'essai (→ I.603).

Si la personne recrutée sous CDI ou CDD a antérieurement travaillé dans l'entreprise sous un autre statut (p.ex. de stagiaire), l'employeur a certes déjà eu l'occasion d'apprécier ses qualités professionnelles, mais rien ne s'oppose juridiquement à convenir d'une période d'essai¹⁰⁴⁶.

459. Exception en cas d'interruption des relations contractuelles. Une nouvelle période d'essai peut être retenue en cas de rupture réelle des relations de travail. Une telle rupture a été confirmée en cas de 24 mois écoulés entre les deux contrats¹⁰⁴⁷, en cas de rupture d'un commun accord suivie d'un recrutement après plusieurs mois¹⁰⁴⁸,

¹⁰³⁹ CSJ, 8e, 5 juin 2003, 26991, Répertoire III.2.2.2.1.

¹⁰⁴⁰ CSJ, 11 mai 1995, 16611 : « ... l'employeur, après être convenu avec son futur salarié d'une période d'essai de 6 semaines, n'était plus en droit de lui faire signer un deuxième contrat prévoyant une clause plus défavorable en ce sens que la durée de l'essai y était portée à 3 mois. Le salarié se trouve en effet, après la signature du contrat de travail, dans un lien de subordination tel qu'il ne dispose plus de la liberté suffisante pour rediscuter les modalités du contrat, l'employeur ayant en vertu de son pouvoir discrétionnaire la possibilité, en cas de refus, soit de mettre fin prématurément à l'essai par sa seule volonté, soit de ne pas l'engager à titre définitif ».

¹⁰⁴¹ CSJ, 8e, 14 juin 2007, 31256, Répertoire III.2.2.2.1.

¹⁰⁴² CSJ, 8e, 20 janvier 2011, 35625, Répertoire IV.3.1.

¹⁰⁴³ CSJ, 3e, 16 janvier 2014, 39226, Répertoire III.2.2.3.1.; CSJ, 3e, 16 novembre 2006, 30150, Répertoire III.2.2.3.1.

¹⁰⁴⁴ CSJ, 3e, 17 novembre 2005, 29546, Répertoire III.2.2.3.1. (laveur de vitre et coordinateur de chantier).

¹⁰⁴⁵ CSJ, 3e, 27 mars 2014, 38755, Répertoire III.2.2.3.1.

¹⁰⁴⁶ CSJ, 8e, 28 février 2013, 38045, Répertoire III.2.2.3.1. (validité d'une clause d'essai dans un contrat de travail succédant à un stage en entreprise).

¹⁰⁴⁷ CSJ, 8e, 13 juillet 2006, 30732, Répertoire III.2.2.3.1.

¹⁰⁴⁸ CSJ, 8e, 30 septembre 2013, 34522, Répertoire III.2.2.3.1.

en cas d'interruption de 3 mois entre deux contrats pour une même activité¹⁰⁴⁹. Il a cependant été décidé qu'il n'y a pas eu rupture si la relation de travail avait été interrompue par une période durant laquelle le travailleur était administrateur-délégué¹⁰⁵⁰.

460. Mutation intra-groupe. En cas de changement du salarié au sein d'un groupe de sociétés, la question se pose si une nouvelle période d'essai peut être valablement convenue. D'un point de vue formel, il s'agit d'un employeur différent; d'un autre côté, les compétences de salarié devraient être connues au sein du groupe, en raison des liens étroits unissant les sociétés. La jurisprudence tend à ne pas admettre de nouvelle période d'essai, sans cependant s'être figée sur une position claire. Selon un arrêt de 2001, il est impossible de convenir d'une nouvelle période d'essai en cas de continuation de la relation de travail auprès d'une autre société du groupe¹⁰⁵¹; un arrêt de 2014 précise toutefois que la simple existence d'un groupe de sociétés n'aurait pas de conséquences et que l'essai n'est à invalider qu'au sein d'une « entité économique et sociale » (→ I.214)¹⁰⁵². Une autre décision retient qu'en cas de poursuite d'une relation de travail avec une société du même groupe, une clause d'essai est valable si la nouvelle fonction du salarié est fondamentalement différente de la précédente¹⁰⁵³.

461 à 469. Réservés.

CHAPITRE 5. – AUTRES CLAUSES FACULTATIVES

470. Principes. La liberté contractuelle permet aux parties de convenir de toute clause. Le premier obstacle est le principe de faveur, c'est-à-dire qu'il ne peut être dérogé à la loi que dans un sens plus favorable au salarié. Mais pour que ce principe joue, il faut qu'il existe une loi qui couvre le sujet abordé par la clause. Il ne semble en effet pas exister de principe général qui interdise toute clause qui alourdirait les obligations du salarié (→ I.91). Une clause obligeant par exemple au port d'un uniforme ou d'une tenue particulière est reconnue comme étant valable. Ne heurte pas non plus le principe de faveur une clause obligeant le salarié à rembourser la valeur comptable d'un véhicule pris en leasing pour son compte¹⁰⁵⁴; la loi ne conférant pas de droit à un véhicule de fonction, un droit soumis à condition ne se heurte à aucun texte légal. Néanmoins, dans des situations de vide juridique, la jurisprudence tend à encadrer ces clauses en se basant sur des principes généraux, par exemples les libertés fondamentales dont jouit le salarié; il s'agit dès lors d'une liberté contractuelle encadrée par les juges.

471. Clauses relatives au préavis. Le délai de préavis de licenciement étant stipulé dans l'intérêt du salarié, le principe de faveur permet d'y déroger dans un sens plus favorable, donc de prévoir un préavis plus long. Une clause prévoyant un préavis plus court par contre ne serait pas valable. La Cour de cassation a confirmé que la

¹⁰⁴⁹ CSJ, 8e, 11 juin 2015, 40166, Répertoire III.2.2.3.1.

¹⁰⁵⁰ CSJ, 8e, 14 octobre 2010, 35002, Répertoire III.2.2.3.1.

¹⁰⁵¹ CSJ, 3e, 10 février 2011, 35088, Répertoire III.2.2.3.2.

¹⁰⁵² CSJ, 8e, 6 mars 2014, 37570, Répertoire III.2.2.3.2.; y compris en cas de mutation entre deux pays au sein d'une même EES : CSJ, 3e, 22 décembre 2016, 42220, Répertoire III.2.2.3.2.

¹⁰⁵³ CSJ, 8e, 30 avril 2015, 39882, Répertoire III.2.2.3.2.

¹⁰⁵⁴ CSJ, 3e, 8 juillet 2010, 35198, Répertoire III.2.3.4.; CSJ, 8e, 22 décembre 2016, 42451, Répertoire III.2.3.4.

stipulation conventionnelle en faveur du salarié d'un délai de préavis plus long que celui issu de la loi est valable et n'enlève pas à l'employeur la faculté de résilier le contrat de travail à durée indéterminée¹⁰⁵⁵, en principe sans égard quant à sa durée¹⁰⁵⁶.

En vertu du principe de faveur, il est possible de stipuler des préavis de démission plus courts pour le salarié¹⁰⁵⁷, ceux-ci lui permettant de retrouver plus rapidement sa liberté.

472. Remboursement des frais de formation¹⁰⁵⁸ (clause de dédit-formation). En investissant dans la formation de ses salariés, l'employeur espère en tirer à terme un gain. Ses investissements sont cependant vains si le salarié quitte l'entreprise; il risquera même de mettre ses nouvelles compétences au profit d'un concurrent ou de sa propre entreprise. L'employeur aurait dès lors intérêt à exiger du salarié un remboursement du coût de la formation. La jurisprudence reconnaît la validité de ces clauses tant qu'elles ne sont pas excessives¹⁰⁵⁹. Pour trouver un équilibre entre les intérêts patronaux et la liberté du salarié de changer d'emploi, l'article L. 542-16¹⁰⁶⁰ définit les modalités du remboursement des frais de formation, qui opère de manière dégressive sur trois exercices. Selon la jurisprudence, cette obligation s'applique même en l'absence de toute clause spécifique. Pour éviter toute discussion¹⁰⁶¹ et pour s'assurer que le salarié soit informé de son obligation, il est cependant préférable de prévoir une clause explicite, soit dans le contrat de travail soit dans un document à signer avant le début de la formation.

¹⁰⁵⁵ CSJ, cassation, 28 mai 2009, n° 33/09, n° 2631 du registre, Répertoire III.2.3.3.; voir aussi CSJ, 8e, 6 octobre 2011, 36282, Répertoire III.2.3.3.

¹⁰⁵⁶ L'arrêt de cassation a été rendu suite à un arrêt CSJ, 8e, 20 mars 2008, 31105 et 31159, Répertoire III.2.3.3., qui avait considéré que l'augmentation du délai était valable, sauf si le délai était anormalement long et forcerait l'employeur à renoncer au licenciement.

¹⁰⁵⁷ CSJ, 8e, 6 octobre 2011, 36282, Répertoire III.2.3.3.

¹⁰⁵⁸ CSJ, 11 juin 1998, 20602 : « Une clause librement souscrite par le salarié l'obligeant à rembourser les frais pris en charge par l'employeur pour assurer la formation de son employé compte tenu de la spécificité du domaine pour lequel elle l'engage est cependant en principe licite et ne doit pas être considérée comme portant atteinte à la liberté qu'a tout salarié de choisir son emploi et d'y mettre fin à sa guise sous réserve d'observer certaines conditions de forme. Pareil remboursement doit cependant correspondre à des dépenses effectives et ne pas être manifestement excessif. L'illégalité de la clause peut en effet résulter de la durée excessive du délai imposé au cours duquel, en cas de démission, le salarié est débiteur des frais de formation ou encore du coût démesuré de la formation dès lors que dans ce cas elle ferait obstacle indirectement à son droit de démissionner et ne saurait plus être considérée comme contrepartie de l'avantage tiré par le salarié de sa formation payée par l'employeur ».

¹⁰⁵⁹ Même pour les formations qui ne seraient pas couvertes par l'article L. 542-16 il faut conseiller de se référer aux modalités y fixées, un juge ne pouvant considérer comme excessif ce que le législateur considère comme adéquat; CSJ, 3e, 1er avril 2004, 27754, Répertoire III.2.3.2. : Les clauses de formation insérées dans les contrats de travail ou convenues ultérieurement doivent en principe être considérées comme un avantage accordé au salarié. Le fait qu'elles soient assorties de clauses de remboursement n'en transforme pas la nature, ces clauses étant considérées comme licites aussi longtemps que la liberté du salarié de mettre fin unilatéralement au contrat de travail n'est pas mise en cause par un délai excessivement long endéans lequel le remboursement serait prévu, ni par un montant manifestement excessif à rembourser.

¹⁰⁶⁰ Voir aussi le règlement d'exécution, Art. 17 du règlement grand-ducal du 22 janvier 2009.

¹⁰⁶¹ Notamment pour les formations qui ne bénéficieraient pas d'un co-financement de l'Etat et qui ne sont donc pas visées par les articles L. 542-1 et suivants.

Ces règles ne s'appliquent pas aux formations en matière de sécurité au travail, qui sont obligatoires et intégralement à charge de l'entreprise. Une solution alternative pour répartir les risques et investissement de telles formations entre entreprises, indépendamment du changement d'employeur des salariés, consiste à mettre en place des organismes collectifs de formation financés collectivement par les employeurs, tels qu'ils ont vu le jour notamment dans les secteurs du bâtiment, de l'artisanat et du travail intérimaire.

Il a été décidé que ce régime légal ne s'applique pas à des clauses contenues dans un contrat de formation conclu en amont de la relation de travail¹⁰⁶²; il a notamment été jugé qu'en échange du financement d'une formation de pilote, coûtant près de 90.000 euros, il n'est pas disproportionné que le salarié s'engage sur une durée de dix ans.

473. Clauses d'exclusivité. Pendant la durée du travail, le salarié doit être à disposition de son employeur, de sorte qu'il ne pourrait se livrer à une activité professionnelle pour le compte d'un tiers. Pendant la durée du congé annuel (→ tome II), il est également interdit au salarié de s'adonner à un travail rémunéré. Pour le surplus, il se pose toutefois la question de savoir s'il peut se livrer à une autre activité professionnelle. Si le principe de bonne foi fait en sorte que cette activité ne peut en aucun cas concurrencer l'employeur ou lui être préjudiciable (→ I.431), il faut cependant admettre qu'en l'absence de toute clause, une activité professionnelle complémentaire n'est pas interdite (→ I.60).

La question se pose aussi si, par une clause contractuelle, le salarié peut s'engager à travailler exclusivement pour l'employeur. Dans un arrêt de 2017¹⁰⁶³, la Cour a tranché cette problématique en retenant qu'une clause d'exclusivité est illicite si elle porte atteinte au principe de la liberté du travail, par exemple si elle est insérée dans un contrat de travail à temps partiel et empêche dès lors un salarié de compléter son temps de travail et donc sa rémunération en acceptant un autre emploi rémunéré auprès d'un autre employeur. Il s'agit dès lors de procéder à une pondération des intérêts en cause. Un travail bénévole parallèle ne peut être interdit. Dans une affaire de 2017, la Cour a validé la clause en soi, mais a considéré que le salarié ne l'avait pas violée; ce dernier s'adonnait à son passe-temps de façon quasi- mais pas réellement professionnelle. Il reste que la distinction entre activité professionnelle et activité privée est difficile à faire, l'existence d'une rémunération ne pouvant être le seul critère. Pour certaines activités, les droits fondamentaux du salarié appellent à une appréciation très critique des clauses d'exclusivité, notamment s'il s'agissait d'interdire une activité parallèle, fût-elle rémunérée, de nature artistique (peinture, publication de romans, musique), sportive ou scientifique (conférences, publication d'articles universitaires).

La situation pourrait prochainement évoluer, puisqu'une proposition de directive européenne envisage de régler la question¹⁰⁶⁴, ce qui obligerait le législateur luxembourgeois à compléter le Code du Travail par une disposition expresse concernant les clauses d'exclusivité. Selon ce texte, les clauses d'exclusivité sont en

¹⁰⁶² CSJ, 3e, 28 février 2013, 37092, Répertoire III.2.3.2.

¹⁰⁶³ CSJ, 3e, 30 mars 2017, 43156, Répertoire III.2.3.4. : Le salarié qui a accepté une clause d'exclusivité s'interdit d'exercer une activité parallèle indépendante à l'insu de son employeur, et s'oblige à solliciter l'autorisation de son employeur pour exercer une deuxième activité pour son propre compte.

¹⁰⁶⁴ Art. 8 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

principe interdites en dehors du temps de travail convenu, sauf si elles sont justifiées par des motifs légitimes tels que la protection de secrets d'affaires ou la prévention de conflits d'intérêt. Il faut relever que cette disposition ne visera que les emplois salariés, et non une éventuelle activité indépendante parallèle. Son objectif est de mobiliser une force de travail actuellement empêchée par des clauses d'exclusivité et d'incompatibilité à travailler plus. Toutefois, la situation ne devrait cependant pas changer fondamentalement de l'arrêt prémentionné de 2017, puisqu'il est rappelé qu'en principe, un salarié ne devrait pas travailler plus de 40 heures par semaine¹⁰⁶⁵.

474. Clauses attributives de compétence. Les clauses qui déterminent devant quelle juridiction doivent être portés les litiges relatifs au contrat de travail ne sont en principe pas valables¹⁰⁶⁶ ; le salarié ne peut être privé des règles protectrices afférentes. Il ne peut ainsi être privé du principe, à l'international, que l'employeur doit intenter les actions à son encontre dans le pays de son domicile, ce qui complique les actions en justice intentées contre les salariés frontaliers. Le salarié ne peut pas non plus être privé de son droit d'attaquer l'employeur soit dans l'Etat de son domicile, soit au lieu habituel de travail. Il serait tout au plus concevable, mais inusité en pratique, d'élargir les fors dans lesquels le salarié peut agir. Les clauses compromissaires ne sont en principe pas valables¹⁰⁶⁷.

475. Clauses de fidélisation. Confronté à la pénurie de main-d'œuvre spécialisée dans certains domaines, et pour éviter un *turn-over* trop élevé, coûteux et préjudiciable à la vie d'entreprise, l'employeur aurait intérêt à s'assurer que les salariés restent à ses services; juridiquement, il n'est cependant pas possible de convenir d'une telle clause. Aucune clause ne peut restreindre le salarié dans l'exercice de son droit à la démission; le salarié ne peut s'obliger ni à rester aux services de l'entreprise pendant une certaine durée, ni à respecter un délai de démission prolongé. Certaines clauses peuvent entraîner des conséquences financières en cas de démission et ainsi faire hésiter le salarié (p.ex. remboursement des frais de formation), raison pour laquelle elles sont encadrées. Pour le surplus, le seul moyen dont dispose l'employeur pour fidéliser sa main-d'œuvre consiste à offrir des conditions de travail et un niveau de rémunération et autres avantages donnant envie aux salariés de rester.

476. Autres mentions facultatives. Le contrat de travail peut encore contenir : **(a)** L'indication que la détention d'un permis de conduire valable constitue une condition indispensable pour l'exercice de l'activité professionnelle du salarié¹⁰⁶⁸; à défaut de cette mention, l'employeur ne peut exiger d'extrait du casier judiciaire relatif aux interdictions de conduire (→ I.323). **(b)** Les clauses d'objectifs (→ Tome II) peuvent conditionner en particulier les primes et gratifications. **(c)** L'employeur, en sa qualité de responsable du traitement des données personnelles de ses salariés, est obligé de leur fournir certaines informations (nature des données traitées, intervention de tiers, durée de conservation, droit d'accès et de rectification, etc. ; → I.180). Le contrat de travail peut être un bon endroit pour inclure une telle information. **(d)** Le cas échéant des clauses

¹⁰⁶⁵ Considérant n° 20 : « Les employeurs ne devraient pas interdire aux travailleurs d'exercer un emploi auprès d'autres employeurs, en dehors du temps où ils travaillent pour eux, dans les limites établies par la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil ».

¹⁰⁶⁶ Voir les jurisprudences dans Répertoire XXII.1.2.4.

¹⁰⁶⁷ CSJ, 3e, 22 mars 2012, 33674, Répertoire XXII.1.1.; CSJ, 3e, 24 mars 2005, 29163, Répertoire XXII.1.1.

¹⁰⁶⁸ Art. 8-5 (3) de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire telle que modifiée par une loi du 23 juillet 2016.

relatives au régime disciplinaire, notamment des clauses définissant la procédure disciplinaire ou instaurant des sanctions conventionnelles. Selon la jurisprudence récente, ces clauses doivent respecter le principe de légalité pénale, ce qui implique notamment que la sanction encourue soit définie avec une précision suffisante (→ Tome II). **(e)** Des clauses de confidentialité et de secret (→ I.178). **(e)** Les clauses relatives au droit applicable n'ont qu'une portée très limitée (→ I.119).

477. Clauses non valables. Ne sont pas admissibles toutes les clauses : **(a)** qui heurtent l'ordre public, en particulier celles qui violent les règles de non-discrimination (→ I.239); **(b)** celles qui violent le principe de faveur, donc dérogeant aux normes supérieures dans un sens défavorable au salarié (→ I.91); **(c)** celles qui prévoient une condition résiliatoire ou résolutoire¹⁰⁶⁹ puisqu'elles permettraient de contourner les règles sur le licenciement.

478. Exemples de clauses non valables. **(a)** Ne sont pas valables les clauses diminuant le préavis de licenciement ou augmentant le préavis de démission (voir ci-dessus). **(b)** Ne sont pas valables les clauses étendant la responsabilité civile du salarié au-delà du régime légal (→ Tome II). **(c)** Une certaine incertitude existe quant aux clauses modulant les obligations d'information en cas de maladie (→ Tome II). **(d)** Les clauses selon lesquelles un certain comportement du salarié constituerait une faute (grave) justifiant le licenciement sont nombreuses en pratique, surtout dans les conventions collectives. Mais, qu'elles soient contenues dans le contrat individuel¹⁰⁷⁰ ou dans la convention collective¹⁰⁷¹, ces clauses ne sont pas valables. Elles ne s'imposent pas au juge, qui garde son plein pouvoir d'appréciation. Ces clauses peuvent tout au plus avoir un effet psychologique, l'employeur ayant averti le salarié que le respect de certaines règles lui importe particulièrement. **(e)** La jurisprudence a encore déclaré nulles : une clause excluant le droit au paiement d'heures supplémentaires¹⁰⁷²; une clause obligeant le salarié à se faire remplacer en cas de maladie¹⁰⁷³; une clause obligeant le salarié à formuler des réclamations salariales dans un certain délai¹⁰⁷⁴; une clause prévoyant l'embauche de personnel par le salarié¹⁰⁷⁵; une clause déclarant le contrat résilié en cas d'incapacité au poste¹⁰⁷⁶.

479 à 499. Réservés.

¹⁰⁶⁹ Autre que l'incapacité constatée lors de l'examen médical d'embauche, clause fréquente qui est licite puisqu'elle ne fait que reprendre la loi.

¹⁰⁷⁰ Voir les jurisprudences citées dans Répertoire III.2.4.1.1.

¹⁰⁷¹ Voir les jurisprudences citées dans Répertoire III.2.4.1.2.

¹⁰⁷² CSJ, 3e, 12 juillet 2007, 30865, Répertoire III.2.4.3.

¹⁰⁷³ CSJ, 3e, 14 juillet 2005, 28908, Répertoire III.2.4.3.

¹⁰⁷⁴ CSJ, 8e, 9 novembre 2015, 40343, Répertoire III.2.4.3.; CSJ, 8e, 3 mars 2016, 41947, Répertoire III.2.4.3.

¹⁰⁷⁵ CSJ, 3e, 14 janvier 1999, 21267, Répertoire III.2.4.3.

¹⁰⁷⁶ CSJ, 3e, 18 janvier 2001, 23744, Répertoire III.2.4.3.

**TITRE V. – CONTRAT
À DURÉE
DÉTERMINÉE**

500. Contexte. Le contrat à durée déterminée (CDD), par opposition au contrat à durée indéterminée, se caractérise par le fait que dès le départ une fin de contrat est stipulée, soit en fonction d'une date ou durée précises (p.ex. 4 mois), soit en fonction d'un but à atteindre (p.ex. achèvement d'un chantier) ou d'un événement extérieur (p.ex. fin de la saison viticole). Employeur et salarié s'engagent à maintenir la relation de travail pendant la durée convenue. Il ne leur est pas possible de licencier ou de démissionner avec préavis; seule une résiliation pour faute grave dans le chef de l'autre partie est admise (→ Tome III).

Le contrat à durée déterminée est aujourd'hui considéré comme une forme atypique de travail. Répondant à un besoin de flexibilité des entreprises, ce contrat n'est pas interdit; il peut même être considéré comme préférable à d'autres formes de travail flexible (intérimaires, pseudo-indépendants). En raison de la précarité qu'il emporte, le législateur encadre et restreint toutefois son usage. Ainsi, l'employeur ne peut recourir à cette forme de contrat que dans des cas spécifiques, dûment justifiés; en outre, ces contrats sont limités dans leur durée et le nombre de renouvellements.

Selon une publication du STATEC basé sur des données de 2014, 91% des salariés ont un CDI; 3% ont un contrat d'intérimaire, 1% un contrat d'apprentissage et 5% un autre CDD¹⁰⁷⁷. Le CDD n'est par ailleurs ni un contrat destiné à servir de période d'essai ni un contrat destiné à l'insertion des jeunes sur le marché du travail, même si de nombreux jeunes commencent leur carrière par des remplacements ou missions temporaires leur permettant ainsi d'obtenir une première expérience professionnelle. Comme le note une étude du CEPS, seule une petite majorité des jeunes résidents luxembourgeois s'insèrent dans le marché du travail via un contrat de travail temporaire, à savoir 46 % par CDD et 12 % par un contrat intérimaire, tandis que les 42 % restants bénéficient dès leur première embauche d'un CDI¹⁰⁷⁸, avec toutefois d'importantes différences en fonction du secteur d'activité.

501. Encadrement juridique. Le droit international pose une première exigence en prescrivant des « garanties adéquates (...) contre le recours à des contrats de travail à durée déterminée visant à éluder la protection »¹⁰⁷⁹ du salarié contre le licenciement. Le travail à durée déterminée fait également l'objet d'une directive européenne de 1999¹⁰⁸⁰, entérinant un accord des partenaires sociaux européens, qui laisse cependant aux Etats membres une assez large marge de manœuvre. L'objectif de la Directive est de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs (clause 1). Pour y parvenir, les Etats membres doivent prendre au moins une des mesures suivantes : exiger des raisons objectives pour le recours au CDD, limiter la durée maximale totale ou limiter le nombre de renouvellements de tels contrats (clause 5).

Dans notre législation nationale, les articles L. 122-1 et suivants se consacrent au régime du CDD. De manière générale, l'approche est nettement plus restrictive que les exigences européennes, puisque dans la plupart des cas, il y a tant exigence de raisons

¹⁰⁷⁷ Salaires, emploi et conditions de travail, Bulletin du Statec 1, février 2017.

¹⁰⁷⁸ HAURET Laetitia, GENEVOIS Anne-Sophie, Les trajectoires professionnelles des jeunes résidents, CEPS/Instead, Cahier n° 1/2014

¹⁰⁷⁹ Art. 2 (3) de la Convention OIT n° 158 sur le licenciement (1982).

¹⁰⁸⁰ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

objectives qu'une limitation de la durée et un nombre maximal de renouvellements ; alors que la Directive n'impose qu'une de ces mesures au choix, le Luxembourg a, pour le régime général du CDD, choisi de les implémenter cumulativement. Le Luxembourg n'en a pas moins été condamné pour son approche trop libérale du CDD pour les intermittents du spectacle, non conforme au droit européen(→ I.525). Le simple fait que le législateur décide d'exempter certaines catégories de salariés ne constitue en effet pas en soi une 'raison objective' au sens du droit européen¹⁰⁸¹.

502. Le CDI comme principe. Depuis la loi de 1989, il est clairement précisé que le CDI constitue le principe et le CDD l'exception.

Art. L. 121-2. *Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée.*

Toutefois, dans les cas et sous les conditions visées au chapitre 3 du présent titre, il peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu.

Le recours au CDD n'est autorisé que dans les conditions restrictives décrites ci-après. En particulier, le CDD n'est pas censé servir de « période d'essai bis ». Cette forme de contrat n'est autorisée que dans certaines hypothèses spécifiques et son utilisation par l'employeur est par ailleurs limitée au niveau de la durée, du renouvellement et de la succession de contrats. D'autres mesures dissuasives, telle une prime de précarité ou des cotisations sociales plus élevées, n'ont cependant pas été instituées au Luxembourg.

L'emploi temporaire (notion incluant le CDD et l'intérim) est en effet encore relativement limité au Luxembourg : l'emploi en contrat à durée indéterminée (CDI) reste la norme parmi les salariés résidents, avec, en 2015, une part d'environ 90% ; ce pourcentage est cependant à la baisse¹⁰⁸². A en croire une étude qui compare la rigidité des relations de travail à travers l'Europe¹⁰⁸³, c'est essentiellement la forte restriction au niveau du recours aux contrats précaires qui classe le Luxembourg parmi les pays les plus protecteurs. Même si en pratique la loi luxembourgeoise n'est pas toujours respectée à la lettre, le fait que le taux de CDD soit particulièrement faible au Luxembourg prouve que la législation a fait son effet.

503. Implication des délégués du personnel. Tel que souhaité par la Directive¹⁰⁸⁴, la délégation du personnel a des compétences consultatives en ce qui concerne le recours au contrat à durée déterminée. Si notre législation prévoit une consultation obligatoire de la délégation en cas de création de postes de travail à temps partiel ou intérimaire¹⁰⁸⁵, une telle obligation n'est pas prévue en matière de contrats à durée déterminée. Une interprétation conforme au droit européen des dispositions générales sur les délégations du personnel nous fait cependant conseiller à l'employeur de consulter la délégation s'il recourt au CDD.

504. Fin du CDD. Le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme (L. 122-12), respectivement lorsque le motif pour lequel il a été

¹⁰⁸¹ CJUE, 12 juin 2008, C-364/07, ECLI:EU:C:2008:346; CJUE, 4 juillet 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler et al., ECLI:EU:C:2006:443.

¹⁰⁸² Panorama Social 2017, p. 91.

¹⁰⁸³ HAAG Antoine, Mesure empirique de la flexibilité du marché du travail luxembourgeois, Les Cahiers du CEPS/Instead n° 2010-28, Population & Emploi, décembre 2010.

¹⁰⁸⁴ Clause 7 (3) : « Autant que possible, les employeurs devraient prendre en considération la transmission aux organes existants représentant les travailleurs, d'informations appropriées sur le travail à durée déterminée dans l'entreprise ».

¹⁰⁸⁵ Voir à ce propos : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 127.

conclu est atteint (achèvement de la tâche, fin de saison agricole, retour du salarié malade). Si une durée minimale a été convenue et n'est pas encore dépassée, l'employeur devra maintenir le salarié à ses services, sinon du moins le rémunérer.

Une résiliation d'un commun accord reste possible à tout moment. En ce qui concerne la résiliation unilatérale du CDD (→ Tome III)¹⁰⁸⁶, le principe veut que tout licenciement et toute démission sont interdits; les conséquences indemnitaires sont cependant plafonnées au point de rendre cette interdiction peu dissuasive (L. 122-12). Un licenciement ou une démission pour faute grave restent possibles à tout moment. Contrairement au droit français, le salarié ne peut pas démissionner au motif qu'il a trouvé un CDI.

505. Autres formes d'occupation temporaire. (a) Les 'demandeurs d'asile' peuvent bénéficier d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT), le contrat prenant fin lorsque cette autorisation est retirée ou perd sa validité¹⁰⁸⁷. (b) Le contrat de travail maritime peut être librement conclu à durée déterminée ou indéterminée¹⁰⁸⁸, notamment pour la durée d'un voyage. Comme pour le contrat saisonnier, le refus par l'employeur de renouveler un tel CDD maritime après deux prorogations successives, peut être assimilé à un licenciement¹⁰⁸⁹. (c) Les contrats en matière d'insertion et de réinsertion au travail proposés par l'ADEM sont légalement limités dans leur durée. (d) Le contrat d'occupation d'étudiants et d'élèves durant les vacances scolaires (→ I.55) est nécessairement à durée limitée, puisqu'il ne peut excéder deux mois par an.

506 à 509. Réservés.

CHAPITRE 1^{ER}. – HISTORIQUE

510. Restrictions initiales. La durée du contrat de travail n'était longtemps soumise à aucune restriction. Seul l'article 1780 du Code civil prévoyait qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, cette disposition ayant pour objectif de prévenir le rétablissement des servitudes perpétuelles¹⁰⁹⁰. Un engagement à vie était entaché de nullité¹⁰⁹¹. La nullité n'était cependant encourue « que si la durée de l'engagement est telle que celui qui engage ses services se trouve selon toute probabilité lié pour sa vie entière »¹⁰⁹². En vertu de la liberté contractuelle qui subsistait pour le surplus, le recours au CDD était longtemps libre. Un texte de 1803 qui était applicable au Luxembourg, prévoyait même que « l'engagement d'un ouvrier ne pourra excéder un an, à moins qu'il ne soit contre-

¹⁰⁸⁶ Voir les jurisprudences dans Répertoire XIX.2.

¹⁰⁸⁷ Art. 14 (6) de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

¹⁰⁸⁸ Art. 77 (2) de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

¹⁰⁸⁹ Art. 78 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

¹⁰⁹⁰ SCHINTGEN Romain, Les rapports de travail dans l'histoire sociale, p. 801.

¹⁰⁹¹ CSJ, 2 février 1927, Pas. 11, 346 : « Le contrat par lequel une personne engage ses services à vie, sans stipulation de salaire, mais avec promesse du maître de lui léguer son argent et ses meubles est nul comme contraire aux articles 1130 et 1780 du Code civil ».

¹⁰⁹² CSJ, 3 juin 1932, Pas. 13, 100.

maître, conducteur des autres ouvriers, ou qu'il n'ait un traitement et des conditions stipulées par un acte exprès »¹⁰⁹³.

Le contrat de travail pouvait dans le passé « être conclu soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée. Dans la pratique, la plupart des contrats de travail sont sans terme »¹⁰⁹⁴. Il pouvait également être convenu entre parties que l'une d'elles seule devrait exécuter le contrat jusqu'à l'expiration d'un certain délai, alors que l'autre avait à tout moment le droit de le faire cesser¹⁰⁹⁵. En 1935, la Chambre du Travail s'est prononcée en faveur d'une limitation dans le temps des contrats de travail : « Der rasche Wechsel in den wirtschaftlichen Verhältnissen lässt jedoch langfristige Einzelverträge nicht ratsam erscheinen »; elle propose une durée maximale d'une année pour tous les contrats¹⁰⁹⁶.

Une première restriction consistait dans le fait que la jurisprudence a fini par admettre que le non-renouvellement après plusieurs prolongations successive peut être interprété comme licenciement¹⁰⁹⁷, règle qui a ensuite été codifiée. Cette règle était destinée à protéger le salarié contre des recours successifs abusifs au régime du CDD; elle peut cependant également jouer en défaveur du salarié, l'employeur étant incité à le remplacer par un autre travailleur précaire en vue d'éviter le risque de devoir licencier. Ce régime présentait en outre le défaut d'une grande insécurité juridique, le nombre de renouvellements admissibles n'étant pas défini. Ce régime juridique subsiste à ce jour dans le cas spécifique du contrat saisonnier; celui-ci peut en cas de répétition des relations contractuelles pendant plus de deux saisons se transformer en « relation à durée globale indéterminée » au régime juridique obscur (L. 122-5 (2)).

En 1971, le législateur confirme un principe élaboré par la jurisprudence, à savoir que « le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée après plusieurs prorogations successives peut être assimilé à un licenciement »¹⁰⁹⁸. Dans le système d'avant 1989, l'employeur pouvait cependant encore « indifféremment recourir au contrat de travail à durée déterminée ou au contrat de travail à durée indéterminée, sous réserve de voir changer, en cas d'abus, le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée »¹⁰⁹⁹.

511. Loi de 1989. Un des objectifs de la loi de 1989 sur le contrat de travail a été d'assurer aux travailleurs sous contrat précaire ou atypique une protection sociale adéquate, tout en préservant aux entreprises la flexibilité de fonctionnement nécessaire

¹⁰⁹³ Art. 15 de la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers; cette loi était considérée comme étant applicable aux contrats de travail luxembourgeois, cf. les dispositions abrogatoires à l'article 36 du projet de loi (non abouti) sur le contrat de travail, C.R. 1907/1908, Annexes, p. 299; de même, certaines de ses dispositions ont été abrogées par les lois du 28 mars 1883 et du 5 janvier 1929.

¹⁰⁹⁴ PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928 et 1952), n° 327/340.

¹⁰⁹⁵ PEMMERS Tony, Le contrat de travail des employés (1928 et 1952), n° 329/342.

¹⁰⁹⁶ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 34.

¹⁰⁹⁷ HAAS Armand, FOLSCHEID Simone, Salaires et traitements, p. 2.

¹⁰⁹⁸ Art. 22 de la loi du 7 juin 1937, telle que modifiée par la loi du 12 novembre 1971 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés

¹⁰⁹⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 7.

pour rencontrer les fluctuations de l'activité économique¹¹⁰⁰. Le patronat, tout comme le Conseil d'Etat¹¹⁰¹, étaient hostiles à cet encadrement légal, estimant que la liberté contractuelle devrait prévaloir et que la liberté constitutionnelle du travail risquait d'être entravée. Cette loi s'attaque notamment aux contrats à durée déterminée, dont elle restreint considérablement le champ d'application. Pour le Conseil d'Etat, la conclusion d'un CDD est « tantôt une nécessité économique, tantôt un pis-aller. Toutefois, il ne constitue pas le mode normal de la prestation de services par un salarié »¹¹⁰², mais il précise aussi que « l'on a tort de vouloir déconsidérer cette forme d'emploi comme s'il s'agissait d'une espèce suspecte ou illégitime »¹¹⁰³. Il s'est opposé à une hiérarchisation des types de contrats de travail et a estimé qu'il fallait maintenir le principe de l'autonomie de la volonté des parties¹¹⁰⁴. Le patronat a été du même avis et a fortement critiqué cette « atteinte à la liberté contractuelle ».

Le législateur a cependant maintenu son approche. Dès l'ingrès, motivé aussi par la volonté de limiter le développement de formes « atypiques » de travail, le législateur de 1989 envisageait le contrat à durée déterminée « dans une optique restrictive »¹¹⁰⁵. Le législateur avait constaté que durant les années de la crise sidérurgique, le patronat avait eu tendance à recourir aux formes dites « atypiques » de travail¹¹⁰⁶, évolution qu'il s'agissait de cantonner.

Une des grandes innovations de la loi de 1989 était dès lors de faire du contrat de travail à durée indéterminée le principe (L. 121-2: « Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée »). Le recours au CDD n'est autorisé que dans des cas limités. L'approche générale en matière de CDD doit dès lors être restrictive¹¹⁰⁷. Les règles de 1989 sont restées en vigueur à ce jour, le régime de base du CDD n'ayant pas subi de modifications notables ; le législateur est uniquement intervenu pour introduire l'une ou l'autre exception au régime général.

¹¹⁰⁰ Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 2.

¹¹⁰¹ Projet de loi n° 3222, Rapport de la Commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 15.

¹¹⁰² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 23.

¹¹⁰³ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 4.

¹¹⁰⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 6.

¹¹⁰⁵ Certains ont cependant vu dans la possibilité de conclure désormais des C.D.D. sans date fixe un élargissement du domaine du contrat à durée déterminée; Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Parquet Général du 10 octobre 1988, p. 17.

¹¹⁰⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 2: « Au moment de définir la voie à suivre, le Gouvernement a tenu compte notamment des expériences vécues durant la période où la crise économique battait son plein. Il devait constater que les pratiques de la gestion de main-d'œuvre adoptées par de nombreuses entreprises sous l'impact de la crise économique se traduisent par le recours accentué aux formes dites atypiques de travail, à savoir le contrat de travail intérimaire, le contrat de travail à durée déterminée et la sous-traitance temporaire de main-d'œuvre ».

¹¹⁰⁷ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 11: « le juge amené à interpréter des dispositions contractuelles ambiguës devra choisir une attitude restrictive à l'égard du contrat à durée déterminée »; idem page 12.

CHAPITRE 2. – CAS D'OUVERTURE

512. Tâche précise et non durable. Un contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et non durable, non liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Art. L. 122-1 (1). Le contrat de travail à durée déterminée peut être conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

513. Énumération de cas d'ouverture. Les cas d'ouverture sont énumérés à l'article L. 122-1 du Code du travail.

*Art. L. 122-1 (2) al. 1. Sont **notamment** considérés comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1):*

- 1. le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu pour des motifs autres qu'un conflit collectif de travail ou le manque de travail résultant de causes économiques ou d'intempéries, ainsi que le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin;*
- 2. l'emploi à caractère saisonnier défini par règlement grand-ducal;*
- 3. les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de ces emplois, la liste de ces secteurs et emplois étant établie par règlement grand-ducal;*
- 4. l'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie et ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise;*
- 5. l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise;*
- 6. l'exécution de travaux urgents rendue nécessaire pour prévenir des accidents, pour réparer des insuffisances de matériel, pour organiser des mesures de sauvetage des installations ou des bâtiments de l'entreprise de manière à éviter tout préjudice à l'entreprise et à son personnel;*
- 7. l'emploi d'un chômeur inscrit à l'Agence pour le développement de l'emploi, soit dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion dans la vie active, soit appartenant à une catégorie de chômeurs déclarés éligibles pour l'embauche moyennant contrat à durée déterminée, définie par un règlement grand-ducal à prendre sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés. Les critères déterminant les catégories de chômeurs éligibles tiennent notamment compte de l'âge, de la formation et de la durée d'inscription du chômeur ainsi que du contexte social dans lequel il évolue;*
- 8. l'emploi destiné à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi;*
- 9. l'emploi pour lequel l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié.*

al. 2. Les emplois visés sous 8 et 9 doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre ayant le Travail dans ses attributions.

514. Liste exemplative. Il avait été envisagé initialement d'intégrer dans la loi une liste limitative des cas de recours au CDD¹¹⁰⁸, ce qui a été changé par voie d'amendement¹¹⁰⁹, afin d'assouplir la rigueur du texte initial¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 3; ibidem, p. 12 : « énumération exhaustive des hypothèses ».

515. Cas n° 1 : remplacement d'un salarié. Le législateur avait envisagé en particulier les cas de maladie ou d'accident, de congé de maternité ou de congé d'adoption, de congé-formation, de congé annuel de récréation, de congé pour événements familiaux et de congé sabbatique¹¹¹¹.

Le texte initial prévoyait que le contrat devait indiquer le nom du « salarié remplacé ». Afin de tenir compte d'un remplacement en cascade, la loi finale n'exige plus que le nom du salarié absent¹¹¹². Le salarié absent ne doit ainsi pas nécessairement être le salarié remplacé. Mais la chaîne des remplacements doit être objectivement retraçable.

Depuis 2006, le Code du travail précise par ailleurs :

Art. L. 122-1 (2) al. 3. Le remplacement d'un salarié absent en raison d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé pour raisons familiales ne doit pas nécessairement se faire sur le poste même occupé par le salarié absent, mais peut s'opérer sur un autre poste libéré dans l'entreprise ou l'établissement concernés du fait de réorganisations ou mutations internes ayant eu lieu suite à l'absence en question.

Cette même loi a également flexibilisé la période pour laquelle le CDD peut être conclu en prévoyant des périodes avant et après le congé parental pour passer le flambeau entre le titulaire et son remplaçant.

Art. L. 122-3 (2). Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé parental et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.

(3) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental consécutif à un congé de maternité peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé de maternité et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.

Dans de grandes entreprises, les besoins de remplacement peuvent être permanents. Selon la CJUE, le simple fait cependant que l'employeur recoure de manière récurrente, voire permanente à des remplaçants sous CDD, alors qu'il aurait pu couvrir ces absences par des embauches de remplaçants sous CDI, ne rend pas le recours au CDD abusif¹¹¹³. Cet arrêt avait été vivement discuté puisqu'il autorise le recours à des CDD en chaîne tant qu'il y a des salariés absents à remplacer.

¹¹⁰⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Amendements gouvernementaux du 23 décembre 1988, p. 1 ; « l'amendement confère un caractère non limitatif à la liste du paragraphe (2) ».

¹¹¹⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 17 : « L'adjonction du terme 'notamment' (...) fait de la liste des cas d'ouverture au contrat de travail à durée déterminée une liste simplement exemplative et tempère ainsi largement la rigueur du texte initial ».

¹¹¹¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 12.

¹¹¹² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Amendements gouvernementaux du 23 décembre 1988, p. 2 : « Le texte ne tient pas compte de la pratique des remplacements dits en cascade. En effet, l'employeur peut occuper le poste du salarié absent par un salarié de l'entreprise et embaucher un salarié sous contrat à durée déterminée pour remplacer le salarié muté. C'est pourquoi le Gouvernement propose d'amender le texte en exigeant non pas l'insertion du nom du salarié remplacé mais celui du salarié dont l'absence a engendré le remplacement en cascade ».

¹¹¹³ CJUE, 26 janvier 2012, C-586/10, Bianca Küçük, ECLI:EU:C:2012:39 « Le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison

516. Cas n° 2 : l'emploi saisonnier. Le contrat saisonnier est un contrat à durée déterminée, mais soumis à certaines des règles dérogatoires. Il faut relever que ce type de contrat donne très rarement lieu à des contestations devant les tribunaux, de sorte que la jurisprudence est peu fournie.

La durée du contrat ne doit pas nécessairement porter sur toute la saison¹¹¹⁴. Pour les auteurs de la loi, « sont à considérer comme travaux saisonniers les travaux normalement appelés à se répéter chaque année à une date à peu près fixe en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'objet obéit largement aux mêmes variations. Cette définition vise en particulier l'agriculture et le tourisme »¹¹¹⁵. Un règlement grand-ducal énumère les secteurs concernés¹¹¹⁶.

Art. 1 RGD 1989

- la prestation d'activités liées à la récolte ou à la vendange;
- la prestation d'activités liées au conditionnement des produits récoltés ou vendangés;
- la prestation d'activités de moniteur et d'animateur de loisirs et de vacances;
- la prestation d'activités de guide de voyages et de guide de visites touristiques;
- la prestation d'activités de surveillance et d'entretien des plages, des piscines de plein air et des campings;
- la prestation d'activités dans les magasins de détail, les hôtels et les restaurants qui ne sont ouverts que pendant une partie de l'année;
- la prestation d'activités dans les magasins de détail, les hôtels et les restaurants dont l'activité subit un accroissement régulier et prévisible du seul fait de la saison;
- la prestation d'activités dans les entreprises de l'aviation et du transport de personnes dont l'activité subit un accroissement régulier et prévisible du seul fait de la saison.

Le contrat saisonnier n'est pas soumis aux mêmes règles de durée et de renouvellement que les autres contrats à durée déterminée. Sa durée est limitée à 10 mois par saison, congés compris¹¹¹⁷. « A l'expiration du contrats saisonnier et si la saison n'est pas terminée, l'employeur peut conclure sans délai d'attente un autre contrat saisonnier avec le même salarié, avec une autre personne ou avec un travailleur intérimaire »¹¹¹⁸.

objective au sens de la clause 5, point 1, sous a), dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause. Toutefois, lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifié par une telle raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur ».

¹¹¹⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 16 : « Il est entendu que les employeurs ayant une activité saisonnière peuvent embaucher des salariés non permanents par des contrats dont la durée ne couvre pas obligatoirement la totalité de la saison ».

¹¹¹⁵ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 13.

¹¹¹⁶ Art. 1^{er} du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

¹¹¹⁷ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 20 : « Il y a lieu de relever que les congés légaux sont compris dans cette durée maximale qui, par ailleurs, est celle qui fut également retenue dans nos relations internationales, notamment dans les règlements d'application des arrangements transitoires avec le Portugal et l'Espagne ».

¹¹¹⁸ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 18 et 31.

Art. L. 122-4 (2). *Le contrat à caractère saisonnier ne peut être conclu pour une durée supérieure à dix mois pour une même période de douze mois successifs, renouvellements compris.*

Le contrat saisonnier peut en principe être conclu pour un nombre illimité de saisons, l'employeur étant libre à chaque saison de reprendre le salarié ou non, sauf si le contrat contient une « clause de reconduction ».

Art. L. 122-5 (2) al. 1. *Sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-4, paragraphe (2) [maximum de 10 mois/an], le contrat de travail à caractère saisonnier peut comporter une clause de reconduction pour la saison suivante.*

al. 2. *Le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison constitue un contrat à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Il n'en est pas ainsi toutefois en cas de clause de reconduction, auquel cas la répétition des relations contractuelles pendant plus de deux saisons entre un employeur et un même salarié transforme l'ensemble de ces relations en une relation à durée globale indéterminée.*

Ainsi, en l'absence de clause de reconduction, le contrat saisonnier ne peut en principe être requalifié en CDI, même s'il est renouvelé pour de nombreuses saisons¹¹¹⁹. Cette approche n'est pas d'une logique exemplaire¹¹²⁰. Il est notamment difficile de comprendre quel pourrait être l'intérêt pour un employeur d'intégrer une clause de reconduction dans ses contrats, sauf à vouloir s'engager envers ses saisonniers.

Si le contrat contient une clause de reconduction et s'il a été reconduit pendant plus de deux saisons, il devient une « relation à durée globale indéterminée ». Selon la volonté du législateur, ceci signifie qu'« au moment où l'entreprise ne souhaite pas faire appel au salarié pour les besoins d'une saison, la cessation des relations saisonnières doit être assimilée à un licenciement »¹¹²¹. Ce licenciement en cas de non-renouvellement du contrat saisonnier peut être abusif¹¹²².

517. Cas n° 3 : secteurs où le CDD est d'usage¹¹²³. Un règlement grand-ducal énumère les secteurs concernés. Pour des considérations d'opportunité, la liste retenue est finalement assez large¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 13 : « Le contrat saisonnier garde en principe la nature d'un contrat à durée déterminée et cela en dépit de renouvellements successifs. Le projet fait exception à ce principe lorsque sur base d'une clause expresse de reconduction, el contrat saisonnier a été reconduit pour deux saisons subséquentes ... ».

¹¹²⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis de la Justice de Paix de Diekirch du 3 juin 1988, p. 4 : « On comprend dès lors mal la raison pour laquelle il est fait une différence entre le contrat renouvelé et celui qui est reconduit en vertu d'une clause spéciale, seul cas qui confère à l'ensemble le caractère d'un contrat à durée indéterminée ».

¹¹²¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 17.

¹¹²² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 19 : « Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée ne peut être abusif en lui-même, sauf en cas de clause de reconduction du contrat saisonnier ».

¹¹²³ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 14 : « L'usage doit être constant dans la profession et ne peut résulter d'une simple décision ou pratique d'un employeur ».

¹¹²⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 10 : « Sans vouloir critiquer le fait de s'inspirer de dispositions légales et réglementaires de nos pays voisins, le Conseil d'Etat recommande que la liste à arrêter par règlement grand-ducal ne soit pas trop restrictive et qu'elle tienne compte des spécificités propres de notre économie nationale. Ainsi, il est assez surprenant (...) que le secteur bancaire ne soit pas mentionné ».

Art. 2 RGD 1989

Les secteurs d'activité dans lesquels des contrats à durée déterminée peuvent être conclus pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois sont les suivants:

- dans le secteur de l'audiovisuel: les annonceurs-présentateurs de radio et de télévision, les rédacteurs-programmateurs de radio et de télévision, les animateurs de radio et de télévision ainsi que les producteurs, les réalisateurs, les régisseurs et les reporters-cameramen de radio et de télévision;
- dans le secteur de la production audiovisuelle, cinématographique et phonographique: les producteurs, auteurs, compositeurs, interprètes, acteurs et figurants, metteurs en scène, réalisateurs, scripts, assistants de production, cameramen, reporters-photographes, décorateurs, maquilleurs, habilleurs, régisseurs, monteurs, ainsi que les opérateurs du son, de l'éclairage et de la vision;
- dans le secteur bancaire : – les spécialités du private banking; – les conseillers en investissement et les gestionnaires de portefeuille; – les spécialistes responsables pour swaps, options, futures et accords sur le taux des contrats à terme; – les spécialistes responsables pour acquisitions et fusions, financement de projets et capital à risque;
- dans le secteur de la formation et de l'enseignement: les emplois de chargé de cours, de chargé de direction et les emplois socio-éducatifs, pour autant que les emplois à pourvoir ne peuvent pas être occupés par du personnel remplissant les conditions d'admission au stage ou de nomination requises à cet effet;
- dans le sport professionnel: les athlètes, les sportifs et les entraîneurs sportifs;
- dans le bâtiment et les travaux publics: les salariés recrutés pour les chantiers à l'étranger;
- les activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche;
- le personnel occupé à l'occasion des expositions, foires, salons, congrès ou séminaires;
- le personnel des forains;
- les travailleurs forestiers;
- les enquêteurs occasionnels;
- les salariés engagés par les entreprises de travail intérimaire pour être mis à la disposition provisoire d'un ou de plusieurs tiers utilisateurs, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre;
- les chefs et les solistes d'orchestre ou de groupes instrumentaux ou vocaux;
- les artistes de spectacle;
- les mannequins.

Le simple fait que le secteur soit mentionné dans la liste ne permet pas d'office de recourir à des contrats temporaires pour tous les emplois; les salariés permanents doivent être embauchés par contrat à durée indéterminée¹¹²⁵.

518. Cas n° 4. Tâche occasionnelle et ponctuelle. La « tâche occasionnelle et ponctuelle définie et ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise » est un des cas d'ouverture les plus larges et pour lequel il y a le plus d'abus. Ici encore les travaux parlementaires reprennent la conception des auteurs du texte¹¹²⁶ :

¹¹²⁵ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 14 : « la présence d'un secteur d'activité dans la liste du règlement grand-ducal ne signifie pas que dans ce secteur, tous les emplois offerts peuvent donner lieu à contrat à durée déterminée. En conséquence, les salariés occupant des emplois permanents doivent être engagés sous le régime du contrat à durée indéterminée ».

¹¹²⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 14.

« Il s'agit d'une tâche ponctuelle ne s'inscrivant pas dans l'activité normale de l'entreprise, mais pouvant être amenée à se reproduire. Elle doit être non durable. »

Le texte vise la situation où l'entreprise doit avoir recours momentanément à des spécialistes pour des opérations très ponctuelles notamment la mise en place d'un système informatique, l'audit, l'expertise comptable, le recrutement d'un traducteur pour une opération déterminée ou l'exécution de travaux de construction ou de réaménagement de locaux.

En revanche, l'entretien permanent des locaux, du matériel, des machines et du parc automobile d'une entreprise ne saurait en aucun cas justifier le recours au contrat à durée déterminée. »

519. Cas n° 5. Accroissement temporaire d'activité. Pour cerner la notion d'« accroissement temporaire » et la volonté du législateur, les travaux parlementaires méritent d'être cités¹¹²⁷; cette exception est en pratique utilisée de manière large pour justifier tout besoin temporaire de main-d'œuvre.

« Le surcroît exceptionnel s'entend d'une augmentation inhabituelle du volume de l'activité de l'entreprise par rapport à son rythme normal d'activité. Il ne peut s'agir de situations créatrices d'emplois permanents, mais d'événements conjoncturels entraînant un accroissement non durable de l'activité. »

Cette notion conduit à écarter de l'application du texte les activités dites en "dents de scie" dans lesquelles les périodes de pointe n'ont rien d'exceptionnel, mais aussi celles dont la nature même implique des fluctuations de volume.

Les périodes de pointe peuvent donner lieu à contrat à durée déterminée si elles présentent un caractère exceptionnel. Il en est ainsi notamment des périodes de fête, de soldes ou de rentrée des classes. La phase de lancement d'un produit nouveau ou d'un service nouveau constitue dans la vie d'une entreprise un moment d'incertitude dont elle doit pouvoir tenir compte dans le cadre de sa politique de gestion du personnel. Ceci est vrai à plus forte raison dans le cas d'un investissement nouveau. »

Tout comme pour les remplacements en cascade, et conformément à la jurisprudence française, on peut admettre qu'il n'existe pas d'obligation d'affecter le salarié sous CDD directement à des tâches liées au surcroît d'activité, l'organisation interne pouvant être plus complexe.

520. Cas n° 6. Travaux urgents. En pratique, s'il y a une réelle urgence, celle-ci sera temporaire; il sera difficile de recruter dans un délai si rapproché un salarié sous CDD et de trouver un candidat pour quelques jours ou semaines seulement. Le recours aux intérimaires ou à la sous-traitance permettra mieux de faire face à une réelle urgence.

521. Cas n° 7 et 8. Mesures de réinsertion. Le règlement grand-ducal visé par la disposition n'a pas encore été pris. Pour le surplus, nous n'avons pas connaissance de contrats à durée déterminée qui seraient proposés par l'ADEM. Le cas n° 8 vise « l'emploi destiné à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi ». Le législateur avait envisagé de regrouper dans cette catégorie les contrats « tendant à favoriser l'insertion ou la réinsertion dans la vie active de demandeurs d'emploi inscrits à l'administration de l'emploi », notamment le stage-initiation des contrats de mise au travail temporaire de jeunes¹¹²⁸. Ces derniers contrats ont changé de

¹¹²⁷ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 14.

¹¹²⁸ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 15.

nom et de régime à plusieurs reprises, mais la jurisprudence a considéré qu'il ne s'agit pas de contrats de travail au sens des articles L.121-1 et suivants du Code, donc a fortiori pas non plus de CDD au sens de l'article L.122-1. Cette catégorie semble dès lors actuellement désuète.

522. Cas n° 9. « l'emploi pour lequel l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ». Le législateur envisageait notamment le cas de stages en entreprise¹¹²⁹. Nous émettons cependant un doute si un stage qualifie de contrat de travail.

Dans les cas n° 8 et 9, les emplois doivent fait l'objet d'un agrément ministériel préalable¹¹³⁰.

523. Cas spécifique : Première embauche d'étrangers.

Art. 3. RGD 1989. Peuvent être conclus au titre des articles 1er ou 2 du présent règlement les contrats de travail des salariés introduits en territoire luxembourgeois sous le couvert d'un permis de travail établi conformément aux dispositions qui régissent l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère, lorsqu'ils prennent un premier emploi auprès d'un employeur du bâtiment et des travaux publics, de l'hôtellerie, de la restauration, de l'agriculture, de l'horticulture et de la viticulture;

524. Cas spécifique : chercheurs universitaires. Une disposition spécifique exempte les chercheurs de l'Université et des centres de recherche des restrictions ordinaires en matière de contrats à durée déterminée.

Art. L. 122-1 (3). Par dérogation aux paragraphes (1) et (2) qui précèdent, peuvent être des contrats de travail à durée déterminée: 1. les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg; (...)

La formulation est à interpréter en ce sens que le recours au CDD est possible même pour une tâche non précise et durable liée à l'activité permanente de l'entreprise.

La Cour constitutionnelle luxembourgeoise a estimé que ce traitement différent était justifié et ne constituait ainsi pas une violation du principe d'égalité devant la loi¹¹³¹, le raisonnement semblant cependant douteux, puisque de nombreux secteurs pourraient

¹¹²⁹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 15 : « Enfin, l'embauche à durée déterminée avec complément de formation professionnelle est autorisée par le point 9°. Les emplois concernés doivent être agréés par le ministre du travail. Peuvent notamment être prises en considération des stages d'application dans l'entreprise liés aux études et les emplois réservés aux handicapés ».

¹¹³⁰ Art. 4. du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail : « Les décisions portant relèvement de la période maximale de 24 mois pour les contrats de travail à durée déterminée sont prises par le ministre du travail, soit par décision ministérielle sur requête d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs, soit par règlement ministériel sur requête d'une chambre professionnelle ou d'une organisation professionnelle d'employeurs pour l'ensemble des employeurs relevant d'une branche ou d'un secteur. Il en est de même des décisions préalables d'agrément des emplois visés à l'article 5 paragraphe (2) sous 8° et 9° de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ».

¹¹³¹ Cour constitutionnelle, 12 avril 2013, n° 97 : « Considérant que l'activité de l'enseignant-chercheur diffère de celle des autres salariés du secteur privé en ce que ses fonctions consistent, dans une proportion importante, en des travaux de recherche sur des sujets déterminés et qui constituent par essence une tâche limitée dans le temps; Considérant que, la durée de ces travaux de recherche n'étant, en règle générale, pas prévisible, la possibilité offerte à l'Université du Luxembourg de conclure avec son personnel enseignant-chercheur des contrats de travail à durée déterminée renouvelables constitue une mesure rationnellement justifiée »

argumenter que leurs tâches sont par essence temporaires. La question de la conformité de la législation luxembourgeoise au droit européen n'a pas encore été portée devant la CJUE; celle-ci a cependant validé, avec restrictions, une réglementation dérogatoire pour les universités espagnoles¹¹³². La Cour d'appel considère de même que cette exception est conforme à la Directive européenne¹¹³³.

525. Cas spécifique : intermittents du spectacle. Le Luxembourg avait introduit un régime spécifique autorisant sans restrictions le recours au CDD pour les intermittents du spectacle, et ce afin que ceux-ci se voient proposer des contrats de travail au lieu de travailler sous le statut d'indépendant. Suite à une condamnation par la CJUE¹¹³⁴, le Luxembourg a toutefois dû adapter sa législation. L'intermittent du spectacle est désormais défini de manière à ce que le recours au CDD n'est plus systématiquement possible¹¹³⁵.

526. Cas spécifique : étudiants et chercheurs. L'article L. 122-1 (3) énumère encore divers autres cas pour lesquels le recours au CDD est légitime, à savoir certains contrats de formation-recherche ainsi des contrats conclus avec des étudiants. Le lecteur est renvoyé pour les conditions détaillées au texte de loi. Ces exceptions ont été introduites par une loi de 2008 relative à la recherche¹¹³⁶.

Pour les contrats de formation-recherche, l'exception a été justifiée par la nécessité d'« assurer l'encadrement efficace d'une formation doctorale ou postdoctorale » et pour ceux qui sont ensuite embauchés comme chercheurs; le législateur a cru leur assurer ainsi « une transition plus souple entre la période de formation et le commencement de la vie professionnelle du chercheur »¹¹³⁷. Pour les étudiants, le législateur était soucieux de leur permettre de financer leurs études en facilitant leur accès à un emploi accessoire à leurs études, mais a en même temps voulu éviter que leur avenir soit hypothéqué en limitant la durée à dix heures par semaine¹¹³⁸. Pour ces derniers, un projet de loi en cours envisage d'augmenter la durée de travail hebdomadaire maximale de 10 à 15 heures, pour leur faciliter le financement de leurs études (Projet de loi n° 7086).

¹¹³² CJUE, 13 mars 2014, n° C-190/13, Antonio Márquez Samohano, (exigence du juge national de vérifier si le contrat vise à couvrir des 'besoins provisoires'), ECLI:EU:C:2014:146.

¹¹³³ CSJ, 8e, 13 mars 2014, 38046, Répertoire I.2.1. Il est cependant étonnant que les juges réfléchissent en termes de 'discrimination' (qui concerne les conditions de travail, pas les modalités de recours au CDD en soi) et ne soulèvent pas la question de savoir si la législation luxembourgeoise procure une prévention efficace des abus de CDD au sens de la clause 5. La loi prévoit certes une durée maximale totale, mais qui est assez élevée.

¹¹³⁴ CJUE, 26 février 2015, n° C-238/14.

¹¹³⁵ Art. 3 de la loi du 19 décembre 2014 telle que modifiée par une loi du 7 décembre 2016 : « On entend par intermittent du spectacle, l'artiste ou le technicien de scène qui exerce ses activités principalement de manière temporaire dans le cadre de projets individuels et limités dans la durée, de sorte qu'il alterne des périodes d'activité et des périodes d'inactivité. Ces activités sont exercées soit pour le compte d'une entreprise ou de tout autre organisateur de spectacle, soit dans le cadre d'une production cinématographique, audiovisuelle, musicale ou des arts de la scène et moyennant salaire, honoraires ou cachet sur base d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat d'entreprise ».

¹¹³⁶ Loi du 19 août 2008 relative aux aides à la formation-recherche.

¹¹³⁷ Projet de loi n° 5733, Rapport de la commission de l'enseignement supérieur, de la recherche et de la culture et de la commission du travail et de l'emploi du 2 juillet 2008, p. 4.

¹¹³⁸ Projet de loi n° 5733, Rapport de la commission de l'enseignement supérieur, de la recherche et de la culture et de la commission du travail et de l'emploi du 2 juillet 2008, p. 4.

La Cour constitutionnelle a dû intervenir pour mettre un terme à certaines dérives; elle a déclaré contraire au principe constitutionnel d'égalité le fait que les CDD des chargés de cours dans les lycées pouvaient, par dérogation au régime commun, être renouvelés plus de deux fois¹¹³⁹.

527. Extension de la liste. La liste prémentionnée est exemplative et le législateur prévoit explicitement une extension par voie de convention collective ou de règlement grand-ducal.

Art. L. 122-1 (2) al. 3. Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés peut compléter l'énumération du paragraphe qui précède; il en est de même des conventions collectives de travail.

Cette possibilité ne faisait un sens réel que dans la version initiale du projet de loi de 1989, dans lequel la liste était censée être limitative, ce que le Conseil d'Etat a d'ailleurs souligné¹¹⁴⁰. Malgré tout, le législateur a expressément voulu maintenir ce texte, notamment par méfiance face au pouvoir judiciaire¹¹⁴¹. Nous n'avons cependant connaissance d'aucun règlement grand-ducal et d'aucune convention collective tirant profit de ce texte.

527 à 529. Réservés.

CHAPITRE 3. – FORME DU CDD

530. Exigence d'un écrit. Un contrat de travail ne peut être conclu valablement à durée déterminée que s'il est fixé par écrit; pour l'instant¹¹⁴², aucune preuve contraire n'est admissible¹¹⁴³.

¹¹³⁹ Cour Constitutionnelle, 20 octobre 2006, n° 36.

¹¹⁴⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 10 : « Comme, en raison de l'amendement introduit par le Gouvernement et consistant dans l'adjonction du mot 'notamment', la liste des secteurs d'activité ci-dessus aura un caractère exemplatif, le Conseil d'Etat estime que le dernier alinéa de cet article, selon lequel un règlement grand-ducal serait à prendre pour compléter l'énumération reprise ci-avant, devient superflu et il propose de le supprimer ».

¹¹⁴¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 19 : « La commission décide cependant de le maintenir alors qu'il peut constituer une base légale utile pour élargir, par voie de règlement grand-ducal, la liste ou, si tel s'avérait nécessaire, pour corriger des évolutions jurisprudentielles incohérentes ou contraires à l'intention du législateur ».

¹¹⁴² Voir cependant l'article 14 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797, qui envisage le cas d'une présomption qu'il s'agit d'une relation de travail à durée indéterminée en l'absence de mention écrite qu'il s'agit d'un contrat temporaire, mais qui ajoute que « les employeurs ont la possibilité de réfuter ces présomptions ».

¹¹⁴³ CSJ, 24 juillet 1995, 16263 : « Comme le contrat a été conclu sans écrit et qu'il est dès lors présumé conclu pour une durée indéterminée, la preuve contraire n'étant pas admissible aux termes de l'article 6(2) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré irrecevables, en vertu de la présomption irréfragable édictée par le texte susénoncé les offres de preuve par serment litisdécisoire et par témoin présentées par les défendeurs en première instance et tendant à établir que le contrat de travail avait été conclu pour une durée déterminée ».

Art. L. 122-2 (2). *A défaut d'écrit ou d'écrit spécifiant que le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée, celui-ci est présumé conclu pour une durée indéterminée; la preuve contraire n'est pas admissible.*

La jurisprudence interprète cette disposition conjointement avec les règles générales sur le contrat de travail, lequel doit être établi au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié. La clause limitant le contrat dans sa durée doit ainsi être convenue avant la prise de fonctions. Le non-respect de cette exigence a pour conséquence que le contrat est à qualifier de contrat à durée indéterminée, avec toutes les conséquences que peut entraîner une telle requalification (→ I.554).

531. Mentions obligatoires. Outre les mentions obligatoires pour tout contrat (→ I.403), le CDD doit contenir un certain nombre de mentions complémentaires. « Les mentions obligatoires exigées ... doivent permettre de vérifier la conformité des contrats de travail précaires avec les cas d'ouverture autorisés et les conditions exigées par la loi »¹¹⁴⁴.

Art. L. 122-2.

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-4, le contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit comporter, outre la définition de son objet, les indications ci-après:

- 1. lorsqu'il est conclu pour une durée précise, la date d'échéance du terme;*
- 2. lorsqu'il ne comporte pas de date d'échéance du terme, la durée minimale pour laquelle il est conclu;*
- 3. lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent au cas où il s'agit d'un remplacement indirect d'un salarié absent pour cause de congé parental, le contrat indiquera le nom de ce salarié, même si le remplacement s'effectue sur un autre poste;*
- 4. la durée de la période d'essai éventuellement prévue;*
- 5. le cas échéant, la clause de renouvellement visée à l'article L. 122-5, paragraphe (1).*

532. Mention précise de l'objet. Pour concrétiser les restrictions des cas d'ouverture, la loi impose l'obligation d'inscrire au contrat de travail avec précision le motif du recours à un contrat précaire, donc les informations permettant de vérifier qu'il s'agit bien d'une tâche précise et non durable. En pratique, des clauses de style telles que la simple référence à un « surcroît exceptionnel d'activité » ou la référence à un chantier sont souvent utilisées pour remplir les modèles de contrat; ces contrats encourraient tous sanction si les salariés agissaient en justice. La jurisprudence exige que l'objet du contrat soit défini avec une précision suffisante, d'un côté pour qu'il puisse être vérifié que le recours au CDD était justifié et d'un autre côté pour qu'il soit clairement déterminable à quel moment le contrat se termine. La description de l'objet doit également faire apparaître le caractère précis et non durable de la tâche.

De nombreux arrêts ont procédé à la requalification du contrat lorsque l'objet ne mentionnait pas l'objet du contrat justifiant le recours au CDD¹¹⁴⁵ ou si cette mention n'était pas suffisamment précise (tels une simple référence à un 'accroissement temporaire de l'activité'¹¹⁴⁶ ou à un 'surplus de travail'¹¹⁴⁷).

¹¹⁴⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 15.

¹¹⁴⁵ Voir les jurisprudences dans le Répertoire I.2.2.

¹¹⁴⁶ CSJ, 3e, 30 mars 2006, 29881, Répertoire I.2.2.; CSJ, 8e, 30 novembre 2015, 41437 et 41438, Répertoire I.2.2.; CSJ, 3e, 12 juillet 2007, 31430, Répertoire I.2.2.

¹¹⁴⁷ CSJ, 3e, 20 mars 2008, 32462, Répertoire I.2.2.

Pour que la loi soit respectée il ne suffit en effet pas que le contrat se limite à en recopier les termes¹¹⁴⁸ et à faire laconiquement état d'une commande ou d'un surplus de travail. Doivent être indiqués dans le contrat à durée déterminée non seulement la nature précise de la tâche que le salarié est amené à remplir, qui doit être limitée à l'exécution d'une tâche précise et non durable, c'est-à-dire à des situations exceptionnelles, mais encore le justificatif au recours d'un tel contrat par la définition précise de son objet; l'employeur n'est plus autorisé à combler les lacunes du contrat en fournissant postérieurement des explications y relatives ou en versant par après un descriptif de poste¹¹⁴⁹.

Si l'objet est défini avec précision, il est présumé correspondre à la réalité et il appartient au salarié de rapporter la preuve contraire¹¹⁵⁰.

533. CDD et période d'essai. Il avait été initialement envisagé de limiter la durée de la période d'essai pour les contrats à durée déterminée à 4 semaines pour les contrats n'excédant pas 6 mois et à 6 semaines dans les autres cas¹¹⁵¹. Finalement, il a été décidé d'étendre au CDD le régime de la période d'essai applicable au CDI¹¹⁵². Il peut donc pour le principe être renvoyé aux développements afférents.

Art. L. 122-11

(1) Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai conforme aux dispositions de l'article L. 121-5. Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

(2) La période d'essai est prise en compte pour le calcul de la durée maximale du contrat visée à l'article L. 122-4.

(3) Il peut être mis fin au contrat comportant une clause d'essai dans les formes et sous les conditions prévues à l'article L. 121-5 (4) Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour la durée convenue au contrat à partir du jour de l'entrée en service.

(4) Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour la durée convenue au contrat à partir du jour de l'entrée en service.

La durée de la période d'essai peut ainsi dans de nombreux cas couvrir l'intégralité de la durée du contrat à durée déterminée; nous n'avons connaissance d'aucune jurisprudence qui considère que cette pratique soit abusive. A notre avis, la durée de la clause d'essai ne peut cependant pas dépasser la durée initiale du CDD; en cas de renouvellement (i.e. prolongation) du CDD, l'essai ne peut valablement perdurer¹¹⁵³.

534 à 539. Réservés.

¹¹⁴⁸ CSJ, 8e, 30 novembre 2015, 41437 et 41438, Répertoire I.2.2.,

¹¹⁴⁹ CSJ, 3e, 5 février 2015, 38506, Répertoire I.2.2.

¹¹⁵⁰ CSJ, 3e, 10 mars 2011, 36107, Répertoire I.2.2. à propos d'une clause faisant état du lancement d'un nouvel établissement.

¹¹⁵¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Exposé des motifs, p. 4.

¹¹⁵² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Amendements gouvernementaux du 23 décembre 1988, p. 11 : « L'amendement a pour objet d'étendre au contrat à durée déterminée le régime du contrat à l'essai applicable au contrat à durée indéterminée ».

¹¹⁵³ Si l'employeur renouvelle le CDD avec le même salarié, il se montre implicitement satisfait de sa prestation de travail.

CHAPITRE 4. – DURÉE ET RENOUVELLEMENT

540. Vue d'ensemble. Les règles en matière de durée maximale, de renouvellement et de reconduction du contrat à durée déterminée sont pour les cas d'ouverture classiques les mêmes. Certains contrats spécifiques sont cependant soumis à un régime dérogatoire partiellement détaillé ci-avant et que nous regroupons schématiquement dans ce tableau.

Cas	Exigence d'une tâche précise et non durable	Durée maximale	Nombre de renouvellements
Autres cas (cas ordinaire)	Oui	24 mois	2 fois
Contrat saisonnier	Oui	10 mois/an	Nombre illimité de saisons, 2x endéans la saison
Personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg	Non	60 mois	illimité
Intermittents du spectacle	Oui	24 mois	Illimité (L. 122-5 (4))
Contrats conclus avec l'Université, des centres de recherche et des chercheurs ¹¹⁵⁴	Non	60 mois	2 fois
Contrats de formation-recherche ¹¹⁵⁵	Non	60 mois	2 fois
Contrats étudiants ¹¹⁵⁶	Non	5 ans ¹¹⁵⁷	illimité
Contrats étudiants durant les vacances scolaires ¹¹⁵⁸	Non	2 mois/an	non réglementé
Certains chargés de cours et autres agents embauchés par l'Etat ou une commune	Oui	illimité	illimité
Certains chargés de cours de l'enseignement musical	Oui	illimité	illimité
Certains salariés en matière d'enseignement religieux	Oui	illimité	illimité
Contrats entre une fédération ou un club sportif et un entraîneur ou sportif	Oui ¹¹⁵⁹	illimité	illimité

¹¹⁵⁴ Voir en détail Art. L. 122-1 (3) point 3.

¹¹⁵⁵ Voir en détail Art. L. 122-1 (3) point 4.

¹¹⁵⁶ Voir en détail Art. L. 122-1 (3) point 5.

¹¹⁵⁷ Voir Art. L. 122-5 (3) point 3; à interpréter la loi strictement, la durée de 5 ans peut être dépassée s'il n'y a pas de renouvellement, ce qui supposerait – hypothèse d'école – que l'étudiant soit embauché dès le départ pour un terme fixe dépassant 5 ans.

¹¹⁵⁸ La réglementation de ce contrat ne figure pas parmi les règles sur les CDD, mais aux articles L. 151-1 et suivants.

¹¹⁵⁹ Même si les sportifs font partie des « emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir » à un CDD, la jurisprudence et doctrine majoritaire considèrent que l'article L. 122-1 (1) reste d'application pour ces contrats.

541. Principe : terme fixe. Le CDD doit en principe comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Il est préférable d'indiquer un terme (une date) précise, plutôt qu'une durée¹¹⁶⁰.

Art. L. 122-4 (1) al. 1. Le contrat conclu pour une durée déterminée doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion.

542. Contrats sans terme fixe. Certains contrats à durée déterminée peuvent ne pas comporter de terme fixé avec précision; leur fin dépendra d'un événement prédéterminé.

Art. L. 122-4 (1) al. 2. Il peut toutefois ne pas comporter un terme fixé avec précision, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants:

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail, ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur;

2. pour des emplois à caractère saisonnier;

3. pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi.

al. 3. Lorsque dans ces cas le contrat ne comporte pas de terme précis, il doit être conclu pour une durée minimale et il a pour terme la fin de l'empêchement du salarié absent ou la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu.

Dans ces cas, « l'employeur a le choix entre le contrat de date à date et le contrat à terme incertain, ce dernier étant conclu pour la durée de la tâche à réaliser. C'est ainsi que le contrat de remplacement peut être conclu à terme certain ou incertain »¹¹⁶¹.

543. Durée minimale. Le but de la durée minimale est de « garantir au salarié un temps minimum d'activité »¹¹⁶². Le Code reste cependant muet quant aux critères pour fixer cette durée minimale. Employeur et salarié sont censés procéder à une évaluation raisonnable de la durée minimale prévisible de la tâche à accomplir, ce qui peut cependant s'avérer difficile dans certains cas. La durée minimale convenue limite la durée d'une éventuelle période d'essai, qui ne peut être plus longue (voir ci-avant); pour le surplus cependant, l'employeur n'a pas d'intérêt à fixer une période minimale trop élevée, au risque de s'engager au-delà des besoins de l'entreprise.

Le Code ne précise pas quelles seraient les conséquences si la tâche ou mission devait être achevée avant expiration de la durée minimale (p.ex. guérison rapide du salarié malade, tâche moins complexe que prévu). Selon les auteurs de la loi de 1989¹¹⁶³,

¹¹⁶⁰ Même si par la combinaison de la date de prise d'effet et de la durée, le terme peut être facilement calculé. Le droit européen ne s'y oppose en tout cas pas; CJUE, 3 juillet 2014, C-362/13, C-363/13 et C-407/13, Maurizio Fiamingo & al., ECLI:EU:C:2014:2044: « Les dispositions de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les contrats de travail à durée déterminée doivent indiquer leur durée, mais non leur terme ».

¹¹⁶¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 15.

¹¹⁶² Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 15.

¹¹⁶³ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 16 : « Si l'objet du contrat venait à être réalisé avant que la durée minimale ne soit écoulée, il faut considérer que l'employeur est tenu de conserver le salaire jusqu'à cette date sinon de lui accorder le bénéfice du maintien intégral de sa rémunération jusqu'à cette date ».

l'employeur est dans cette hypothèse censé continuer à faire travailler le salarié, sinon du moins le rémunérer. Il nous paraît cependant plus douteux si l'employeur peut/doit faire travailler le salarié pendant ce laps de temps; le salarié sera nécessairement affecté à une autre tâche, de sorte que le cadre du CDD initialement convenu est dépassé. La situation pourrait s'analyser comme valant conclusion d'un nouveau contrat; du moins, le salarié ne s'adonnant plus à une tâche précise et temporaire, les règles du CDD ne sont plus respectées et le contrat risquerait d'être requalifié. Les travaux parlementaires énoncent en effet également que : « Un contrat à terme incertain ne peut en principe être rompu avant la réalisation de l'événement, le retour du salarié absent, la fin de la saison ou encore l'achèvement de la tâche. Il ne peut pas non plus se prolonger postérieurement; si l'employeur continue à utiliser les services du salarié après le retour de l'absent, la fin de la saison ou l'achèvement de la tâche, le contrat est déqualifié et il devient à durée indéterminée. »¹¹⁶⁴.

544. Durée maximale ordinaire. Contre certaines voix critiques¹¹⁶⁵, la loi de 1989 a fixé la durée maximale du CDD à 24 mois, période d'essai (L. 122-11 (2)) et renouvellements compris.

Art. L. 122-4 (1). A l'exception du contrat à caractère saisonnier, la durée du contrat conclu pour une durée déterminée sur la base de l'article L. 122-1 ne peut, pour un même salarié, excéder vingt-quatre mois, renouvellements compris.

545. Dérogations à la durée maximale ordinaire. Le Code prévoit la possibilité d'obtenir par voie d'autorisation ministérielle¹¹⁶⁶ un relèvement de la durée maximale, essentiellement pour les salariés hautement spécialisés. « Cette clause dérogatoire a entre autres comme but de permettre la conclusion d'un certain nombre de contrats précis d'usage dans le secteur bancaire »¹¹⁶⁷.

L. 122-4 (3) al. 1^{er}. Le ministre ayant le Travail dans ses attributions peut exceptionnellement autoriser le relèvement de la période maximale visée au paragraphe (1) dans l'intérêt de salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation ainsi que pour les emplois visés à l'article L. 122-1, paragraphe (2) sous 7, 8 et 9.

¹¹⁶⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 16.

¹¹⁶⁵ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Avis du Conseil d'Etat du 28 février 1989, p. 4 : « La prétention de vouloir limiter la durée du travail à durée déterminée à 24 mois repose sur une méconnaissance des besoins économiques qui la rendent souhaitable »; *ibidem*, p. 12 : « Le Conseil d'Etat craint que cette limite ne soit trop courte et rigide »; *ibidem*, p. 13 : « Ainsi, à titre d'exemple, il arrive très fréquemment que dans les secteurs de la finance, de l'informatique, de la recherche, de la révision d'entreprise et des fiduciaires, certains spécialistes étrangers sont engagés pour des périodes de 3 à 5 ans ». Le Conseil d'Etat propose de prévoir la possibilité d'une extension à 60 mois.

¹¹⁶⁶ Art. 4. du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail : « Les décisions portant relèvement de la période maximale de 24 mois pour les contrats de travail à durée déterminée sont prises par le ministre du travail, soit par décision ministérielle sur requête d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs, soit par règlement ministériel sur requête d'une chambre professionnelle ou d'une organisation professionnelle d'employeurs pour l'ensemble des employeurs relevant d'une branche ou d'un secteur. Il en est de même des décisions préalables d'agrément des emplois visés à l'article 5 paragraphe (2) sous 8° et 9° de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ».

¹¹⁶⁷ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 20.

546. Renouvellement. La possibilité de renouveler le C.D.D. a été introduite en 1989 « afin de ménager une certaine souplesse d'adaptation de la durée du contrat aux nécessités de l'entreprise »¹¹⁶⁸. Sauf dans les hypothèses mentionnées ci-avant, le renouvellement est limitée à deux fois, et suppose la présence d'une clause de renouvellement. La durée maximale d'un CDD est de 24 mois, renouvellements et période d'essai (L. 122-11 (2)) compris, pour un même salarié (L. 122-4 (1)). Le CDD ne peut être renouvelé que s'il comporte une clause de renouvellement écrite, qui peut figurer soit dans le contrat initial, soit dans un avenant conclu par la suite¹¹⁶⁹. Cette exigence a peu d'impact en pratique, puisque la plupart des modèles de contrat contiennent d'office une clause de renouvellement, celle-ci ouvrant une simple faculté à l'employeur et au salarié et ne les oblige à rien.

Art. L. 122-5 (1) al 1^{er}. *Le contrat conclu pour une durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée.*

Le principe du renouvellement et/ou les conditions du renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur à ce contrat.

A défaut d'écrit conforme à cette disposition, le contrat de travail renouvelé est présumé conclu pour une durée indéterminée, la preuve contraire n'étant pas admissible.

La possibilité d'un renouvellement était censée être réservée aux seuls contrats dont le terme est fixé avec précision¹¹⁷⁰, mais dans la loi finale, cette restriction n'a plus été maintenue. Il faut cependant observer que si le contrat est conclu sans durée fixe, mais lié à un événement particulier (telle l'absence d'un salarié, une tâche précise à exécuter), un renouvellement se conçoit difficilement puisque soit l'objet est atteint et un renouvellement ne se justifie pas, soit l'objet n'est pas atteint et le contrat se poursuit.

Le renouvellement en l'absence de clause de renouvellement ou non constaté par écrit conduit à la requalification du contrat en CDI. Le texte ne le précise pas explicitement, mais par analogie aux règles sur la conclusion du contrat de base, il faut exiger que le renouvellement soit également fixé par écrit avant qu'il ne prenne effet.

547. Période de carence. La période de carence (« règle du tiers vacant ») a été introduite « dans le but d'enrayer la fâcheuse pratique des contrats de travail à durée déterminée par cascade »¹¹⁷¹. Elle interdit à l'employeur de recourir, pour le même poste, à un travailleur précaire (CDD ou intérim) pendant une période correspondant au tiers de la durée du contrat qui vient d'expirer. Le législateur a ainsi choisi une période variable pour définir le concept de « contrats successifs »¹¹⁷². Le Code prévoit par ailleurs toute une série de cas dans lesquels cette restriction ne joue pas.

¹¹⁶⁸ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 17.

¹¹⁶⁹ Il est même possible que cet avenant soit concomitant avec la prolongation, CSJ, 28 juin 2001, cité dans SCHINTGEN-FABER, p. 158.

¹¹⁷⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 17 : « Le renouvellement ne concerne que les contrats dont le terme est fixé avec précision dès la conclusion. L'exclusion des contrats à durée minimale est fondée sur leur spécificité; ils doivent par hypothèse prendre fin soit au terme de la saison, soit lors du retour du salarié remplacé, soit à l'achèvement de la tâche. Leur caractère temporaire lié à la réalisation de l'objet poursuivi exclut qu'ils puissent être prorogés ».

¹¹⁷¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la commission du Travail du 20 avril 1989, p. 21.

¹¹⁷² Approche qui ne devrait pas encourir critique au regard du droit européen (ce d'autant plus que d'autres mesures anti-abus sont prévues par la législation luxembourgeoise); une période de

Art. L. 122-7. *A l'expiration du contrat conclu pour une durée déterminée, il ne peut être recouru pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin au même salarié ou à un autre salarié embauché sur la base d'un contrat à durée déterminée ou occupé sur la base d'un contrat de mise à disposition par un entrepreneur de travail intérimaire ou dans le cadre du prêt de main-d'œuvre avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée de ce contrat, renouvellements compris.*

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables:

- 1) *en cas de nouvelle absence du salarié remplacé;*
- 2) *en cas d'exécution de travaux urgents;*
- 3) *en cas de contrat saisonnier;*
- 4) *en cas de contrat destiné à pourvoir un emploi pour lequel il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée;*
- 5) *en cas de rupture anticipée du fait du salarié sous contrat à durée déterminée;*
- 6) *en cas de refus par le salarié de renouveler son contrat, lorsque ce dernier comporte une clause de renouvellement, pour la durée du contrat non renouvelé restant à courir;*
- 7) *en cas de contrat conclu sur la base des numéros 7, 8 et 9 de l'article L. 122-1, paragraphe (2)*

En pratique, la discussion risque de tourner autour de la question si c'est le « même poste » qui est occupé. Si tel est le cas, il se pose de toute manière le problème qu'il ne s'agit très probablement plus d'une tâche « précise et non durable », de sorte que le recours au CDD est de toute manière interdit. La règle de la période de carence est ainsi dans beaucoup de cas surabondante et sert de garantie supplémentaire pour qu'aucun poste permanent ne soit occupé par des temporaires.

548. Expiration du CDD. Le Code prévoit que le CDD cesse de plein droit à l'échéance du terme. Dans les cas où aucun terme n'est prévu (→ I.542), il faut admettre que le contrat se termine également de plein droit si son objet est atteint (tel le retour du salarié malade, la fin de la saison), et en tout cas après 24 mois, même si l'objet ne devait pas encore être atteint.

Art. L. 122-12. *Le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme.*

Le CDD présente la spécificité de prendre fin à la date convenue, sans que l'employeur ne doive prendre d'initiative ou informer le salarié de l'échéance¹¹⁷³. « Le texte ne prévoit aucune obligation pour l'employeur de notifier par avance le non-renouvellement du contrat à durée déterminée, sauf si les parties en décident autrement sur le plan conventionnel »¹¹⁷⁴. « Rien n'empêche cependant l'employeur, à l'effet de se garantir contre la poursuite de la relation de travail et sa transformation en contrat à durée indéterminée, de recourir au système du délai de prévenance dans l'organisation

carence uniforme de seulement 20 jours a par exemple été jugée non conforme, CJUE, 4 juillet 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler et al., ECLI:EU:C:2006:443.

¹¹⁷³ Projet de loi n° 3222, Rapport de la commission du Travail, de la Sécurité Sociale, de la Santé et de la Famille du 20 avril 1989, p. 22 : « La commission n'a pas jugé utile d'introduire le système du délai de prévenance dans notre législation, système en vigueur dans certaines législations étrangères et qui obligerait l'employeur d'aviser le salarié de l'échéance prochaine de son contrat à durée déterminée ».

¹¹⁷⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 17; Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la commission du Travail du 20 avril 1989, p. 22 : « La commission ne juge pas utile d'introduire le système du délai de prévenance dans notre législation, système en vigueur dans certaines législations étrangères et qui obligerait l'employeur d'aviser le salarié de l'échéance prochaine de son contrat à durée déterminée ».

pratique interne de son entreprise»¹¹⁷⁵. « Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée ne peut être abusif en lui-même»¹¹⁷⁶.

549. Poursuite du contrat. Si à l'expiration du CDD, la relation de travail est maintenue, il s'agit en principe d'un CDI. Le maintien de la relation de travail peut être librement convenu par les parties, l'employeur proposant au salarié de le garder à ses services; il serait dans ce cas préférable de signer un nouveau contrat pour documenter cet accord. En pratique, les cas litigieux sont par contre ceux dans lesquels l'employeur n'a pas explicitement proposé au salarié un poste permanent dans son entreprise, mais que de fait ce dernier a continué à y travailler. Il faut dans ce cas analyser si l'employeur en avait conscience et s'il peut en être déduit un accord tacite pour poursuivre la relation de travail au-delà du terme contenu.

Art. L. 122-6. *Si la relation de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée*

Il est entendu que cette règle vaut seulement s'il n'y a pas eu de renouvellement en bonne ou due forme, voire conclusion d'un nouveau CDD dans le respect du cadre légal. La jurisprudence n'interprète par ailleurs pas ce texte avec une rigueur extrême. De brefs dépassements de la durée du contrat ne conduisent pas nécessairement à la requalification en CDI. Il convient plutôt de s'intéresser à la volonté des parties : est-ce qu'en poursuivant le travail, elles ont voulu poursuivre leur relation contractuelle au-delà du terme ? Lorsque le contrat s'est cependant poursuivi sur une certaine durée, il ne fera plus de doute qu'il y ait eu une volonté – du moins implicite – de maintenir le contrat.

550. Règles en cas de poursuite sous CDI. En cas de passage vers un CDI, le contrat ne peut plus contenir de période d'essai (L. 122-8 al. 2) – même si le CDD a été d'une durée nettement inférieure à la période d'essai qui aurait pu être convenue si le salarié avait de suite été embauché sous CDI. L'ancienneté doit être maintenue (L. 122-8 al. 1er). Il faut cependant relever que l'employeur qui offre un poste sous CDI au salarié temporaire, n'est pas obligé de maintenir les mêmes conditions de rémunération et de travail. Il est libre de lui proposer tout autre poste, aux conditions qu'il souhaite.

CHAPITRE 5. – CONDITIONS DE TRAVAIL

551. Statut. Le CDD est un contrat de travail et en principe, toutes les règles applicables au CDI le sont également au CDD, sauf celles sur la résiliation avec préavis. En particulier, les règles en matière de rémunération et de durée de travail sont identiques. En matière de sécurité et de santé au travail, la loi accorde une attention particulière aux travailleurs temporaires (→ Tome II). Aux vœux de la Directive, les employeurs devraient en outre, dans la mesure du possible, faciliter l'accès des travailleurs à durée déterminée à des opportunités de formation appropriées afin d'améliorer leurs compétences professionnelles, le développement de leur carrière et leur mobilité professionnelle (Clause 7 (2)). Pour améliorer les chances des salariés sous CDD d'obtenir un CDI, l'employeur doit les informer par priorité des postes

¹¹⁷⁵ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 22.

¹¹⁷⁶ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 19.

disponibles (→ I.307). Il n'existe cependant aucune obligation d'embaucher ces personnes par priorité.

552. Egalité de traitement. L'article L. 122-10 énonce un principe d'égalité de traitement entre salariés sous CDD et sous CDI.

Art. L. 122-10 al. 1er. Sauf disposition légale contraire, les dispositions légales et conventionnelles applicables aux salariés liés par un contrat à durée indéterminée sont également applicables aux salariés liés par un contrat à durée déterminée.

La Directive européenne est plus explicite¹¹⁷⁷ en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement (principe de non-discrimination), dont le but est d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée (Clause 1) : « Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée « comparables »¹¹⁷⁸ au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives » (Clause 4 (1)). Le simple fait que la loi ou une convention collective prévoit un traitement différent ne constitue pas une justification objective du point de vue du droit de l'Union¹¹⁷⁹; il est dès lors toujours possible de les remettre en cause en vertu de ce droit d'essence supérieure. « Afin que les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée ne soient pas marginalisés par rapport aux salariés sous contrat de travail de droit commun, le projet tend à leur assurer des conditions de travail et des avantages sociaux identiques. Il vise à éliminer des discriminations dans l'entreprise entre les salariés selon la nature déterminée ou indéterminée de leur contrat. Mais cet alignement ne peut être total compte tenu de la spécificité du contrat à durée limitée »¹¹⁸⁰.

Les salariés sous CDD sont censés être rémunérés au même niveau que leurs collègues permanents. Comme pour tout principe d'égalité, la difficulté consistera en pratique à déterminer le cercle des salariés qui se trouvent dans une situation similaire, donc par rapport auxquels la comparaison se justifie. Par exemple, en cas de remplacement d'un salarié absent, il paraît évident que le salarié sous CDD ne peut prétendre au salaire, à l'ancienneté et aux autres avantages du salarié qu'il remplace¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ Au point même que la question se pose si le droit luxembourgeois satisfait aux exigences européennes.

¹¹⁷⁸ Le « travailleur à durée indéterminée comparable » est défini à la clause 3 (2) comme suit : « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales ».

¹¹⁷⁹ CJUE, 13 septembre 2007, C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso, ECLI:EU:C:2007:509.

¹¹⁸⁰ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Commentaire des articles, p. 18.

¹¹⁸¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 21 : « Par contre, la relation individuelle de travail du salarié temporairement absent est tout à fait indépendante de la relation individuelle de travail du salarié remplaçant. Il s'ensuit que l'ancienneté acquise par le salarié temporairement absent ne se transporte pas automatiquement sur le remplaçant dont le salaire sera fixé en vertu de ses coordonnées personnelles (âge, qualification, etc.); le salaire revenant au salarié temporairement absent n'affecte donc en rien celui touché par son remplaçant ».

L'égalité de traitement implique par exemple que les salariés sous CDD reçoivent la même prime d'ancienneté que ceux sous CDI si ces deux catégories de salariés se trouvent dans une situation comparable¹¹⁸².

Selon une décision de première instance, douteuse au regard du droit européen, « la législation luxembourgeoise se limite à exiger l'application des dispositions légales et conventionnelles sans poser le principe de l'égalité de salaire ». Il appartient ainsi au salarié sous CDD s'estimant discriminé de prouver cumulativement¹¹⁸³: **(a)** qu'il existe une différence de salaire entre les salariés liés par un contrat à durée déterminée et ceux liés par un contrat à durée indéterminée; **(b)** que cette différence est uniquement fondée sur le critère de la nature du contrat et **(c)** que la grille de salaire dont il revendique l'application avait un caractère conventionnel. Ainsi, en pratique, une violation du principe d'égalité de traitement est difficile à établir.

Il existe très peu de jurisprudences aboutissant effectivement à une condamnation de l'employeur. Il n'y a pas non plus beaucoup de statistiques à ce sujet ; les quelques rares statistiques montrent par exemple que 8 sur 10 salariés sous CDI touchent des primes contre seulement 6 sur 10 dans le cas d'un CDD¹¹⁸⁴.

Si le principe d'égalité de traitement (voir ci-avant) a été violé, l'employeur sera condamné à garantir au salarié les conditions de travail auxquelles il a droit, ce qui revient dans la majorité des cas à devoir payer des arriérés de salaire. Si par contre les règles sur les cas d'ouverture, la durée ou la forme du CDD n'ont pas été respectées, la sanction sera celle de la requalification.

CHAPITRE 6. – SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DES RÈGLES SUR LE CDD

553. Vue d'ensemble. Le principe d'effectivité du droit européen exige que les recours que le salarié sous CDD peut tenter soient tels qu'il n'ait pas d'inconvénients procéduraux excessifs en termes notamment de coût, de durée et de règles de représentation; il faut en particulier que le salarié puisse faire valoir dans une même instance non seulement la requalification mais aussi les sanctions en découlant¹¹⁸⁵. Si d'un point de vue procédural, cette possibilité est offerte au salarié luxembourgeois, on peut cependant s'interroger si les sanctions retenues en pratique par les tribunaux satisfont au principe d'effectivité. Il faut en effet que le droit national prévoie des mesures suffisamment effectives afin de sanctionner les abus, les juridictions nationales

¹¹⁸² Voir p.ex. CJUE, 18 mars 2011, C-372/10, David Montoya Medina, ECLI:EU:C:2011:167; CJUE, 22 décembre 2010, C-444/09 et C-456/09, Rosa María Gavieiro Gavieiro et al., ECLI:EU:C:2010:819; CJUE, 13 septembre 2007, C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso, ECLI:EU:C:2007:509.

¹¹⁸³ TT Lux., 10 mai 2005, n° 2170/2005, Répertoire I.2.1.

¹¹⁸⁴ FRISING Armande, Regards sur les primes dans le secteur privé, STATEC, septembre 2009.

¹¹⁸⁵ CJUE, 14 septembre 2016, C-184/15 et C-197/15, Florentina Martínez Andrés, ECLI:EU:C:2016:680.

devant interpréter leur droit national dans toute la mesure du possible en conformité avec le droit de l'Union¹¹⁸⁶ et vérifier si les abus sont sanctionnés à suffisance¹¹⁸⁷.

Il n'y a, en matière de CDD – contrairement à la réglementation pour les intérimaires – pas de sanctions pénales prévues, ce qui revient à dire que le recours injustifié au CDD reste un problème d'intérêts privés entre employeur et salarié dans lequel l'Etat n'intervient pas. Cela peut étonner, vu la volonté politique de cantonner le travail précaire et la tendance à sanctionner d'amendes pénales de bien nombreuses dispositions du droit du travail. La sanction civile encourue pour toute violation des règles sur le CDD – notamment le recours en dehors des cas prévus et le dépassement de la durée maximale – est la requalification du CDD en CDI (L. 122-9). Autrement dit, en requalifiant le CDD en CDI, le juge donne au contrat la nature qu'il aurait dû avoir dès le départ.

En cas de requalification en CDI, l'employeur serait donc tenu à garder le salarié à ses services; en réalité toutefois, une décision judiciaire de requalification n'interviendra le plus souvent qu'après la fin convenue du CDD et la sanction encourue prendra ainsi la forme de dommages-intérêts. En pratique, les cas dans lesquels les salariés saisissent effectivement les tribunaux pour obtenir une requalification sont rares. Nombre de salariés considèrent qu'ils ont accepté une limitation temporelle à leur engagement et ne le contesteront pas par la suite; en outre, les gains que les salariés peuvent espérer d'une action judiciaire sont limités. Le caractère dissuasif et l'efficacité de cette sanction semblent ainsi douteux alors que pourtant le droit européen exige que « les États membres doivent prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés » par la Directive limitant le recours au CDD¹¹⁸⁸.

554. Demande de requalification. Selon la jurisprudence la plus récente¹¹⁸⁹, la requalification ne peut être demandée que par le salarié¹¹⁹⁰; dans cette dernière affaire, un CDD de 8 ans avait été conclu. Le salarié avait refusé la requalification et par conséquent, l'employeur n'était pas en droit de résilier le contrat avec préavis pendant toute la durée de 8 ans.

La demande tendant à la requalification du contrat de travail peut être soulevée en tout état de cause, notamment lors de l'audience des plaidoiries de première instance, puisqu'il ne s'agit pas d'une demande nouvelle, mais d'un moyen juridique nouveau¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ CJUE, 11 décembre 2014, C-86/14, Marta León Medialdea, ECLI:EU:C:2014:2447; voir aussi quant à l'effectivité CJUE, 24 avril 2009, C-519/08, Archontia Koukou, ECLI:EU:C:2009:269.

¹¹⁸⁷ CJUE, 12 décembre 2013, C-50/13, Rocco Papalia, ECLI:EU:C:2013:873 : « Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier dans quelle mesure les dispositions de droit interne visant à sanctionner l'utilisation abusive par l'administration publique de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs sont conformes à ces principes ».

¹¹⁸⁸ Art. 2 de la Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

¹¹⁸⁹ Voir contra antérieurement CSJ, 3e, 30 juin 2005, 29254, Répertoire I.2.1., retenant que l'employeur peut invoquer la requalification, le salarié étant obligé de continuer à travailler et pouvant être licencié s'il a été absent de manière injustifiée.

¹¹⁹⁰ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 41006, Répertoire I.2.1.

¹¹⁹¹ CSJ, 3e, 10 mars 2011, 36107, Répertoire I.2.1.

555. Cas de requalification. La requalification est encourue pour la violation de la majorité des règles restreignant l'usage du CDD.

Art. L. 122-9. *Tout contrat conclu en violation des dispositions des articles L. 122-1 (cas d'ouverture), L. 122-3 (terme fixe ou non), L. 122-4 (durée maximale), L. 122-5 (renouvellement) et L. 122-7 (période de carence) est réputé à durée indéterminée.*

Par exemple, une tâche de comptable n'étant pas une tâche précise et non durable, il a été procédé à la requalification du contrat¹¹⁹². Il en a été de même pour un contrat dépassant la durée de 24 mois¹¹⁹³. Il y a eu requalification pour un façadier qui a signé 6 contrats successifs, les tribunaux ayant retenu qu'il ne s'agit ni d'un travail saisonnier, ni d'une tâche précise et non durable¹¹⁹⁴. Est aussi à requalifier un contrat signé après l'entrée en services du salarié¹¹⁹⁵.

L'article L. 122-2 sur la forme du CDD n'est pas mentionné. Cet article prévoit certes la requalification en CDI, mais uniquement « à défaut d'écrit », et non en l'absence d'une des mentions obligatoires. Certains arrêts en déduisent par conséquent que l'omission d'une des mentions prescrites par le texte, tel le nom du salarié remplacé, n'entraîne pas la requalification du contrat¹¹⁹⁶. Ce courant jurisprudentiel paraît cependant isolé, au regard des nombreux arrêts qui estiment qu'une absence de définition ou une définition imprécise de l'objet du CDD est sanctionnée par la requalification^{1197,1198}. Les juges ont également procédé à une requalification en cas d'omission d'indiquer une durée minimale¹¹⁹⁹. Une définition imprécise de l'objet, en particulier, conduit aussi à la requalification.

556. Effets de la requalification. Si le contrat était toujours en cours d'exécution, le juge qui conclut à la requalification pourrait en ordonner le maintien en tant que CDI. La requalification du contrat implique en principe que l'ensemble des conditions du contrat soient maintenues, telle la rémunération et les horaires de travail¹²⁰⁰ : il s'agit bien du même contrat qui est continué et non d'un nouveau CDI qui serait conclu en remplacement du CDD invalidé.

Il s'agit cependant en pratique d'une hypothèse d'école, tant en raison des délais de procédure que du fait que les salariés n'engagent en général d'action en justice que lorsque leur relation de travail a pris fin. Il a été jugé que le salarié ne peut pas exiger *ex post* la réintégration dans l'entreprise¹²⁰¹.

¹¹⁹² Ce d'autant plus que ce salarié avait auparavant effectué le même travail sous CDI; CSJ, 3e, 27 octobre 2016, 42277, Répertoire II.2.2.

¹¹⁹³ CSJ, 3e, 14 juillet 2005, 28907, Répertoire I.2.2.

¹¹⁹⁴ CSJ, 8e, 25 juin 2015, 39323, Répertoire I.2.2.; voir aussi CSJ, 8e, 12 janvier 2012, 34648, Répertoire I.2.2.

¹¹⁹⁵ CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 42500, Répertoire I.2.2.

¹¹⁹⁶ CSJ, 3e, 14 juillet 2011, 36372, Répertoire I.2.2.

¹¹⁹⁷ Voir, spécifiquement pour l'absence de mention du nom du salarié remplacé : CSJ, 8e, 29 octobre 2015, 40996, Répertoire I.2.2.

¹¹⁹⁸ Voir les jurisprudences afférentes dans Répertoire II.2.2.. Par exemple, une simple référence à un « accroissement temporaire de l'activité ».

¹¹⁹⁹ CSJ, 8e, 30 septembre 2009, 33191 et 33374, Répertoire I.2.2.

¹²⁰⁰ Voir, quoique permettant un changement limité des conditions contractuelles : CJUE, 8 mars 2012, C-251/11, Martial Huet, ECLI:EU:C:2012:133.

¹²⁰¹ CSJ, 3e, 12 juillet 2007, 31430, Répertoire II.2.3.3.

En pratique, il s'agit donc le plus souvent de déterminer *ex post* les conséquences qui découlent de la requalification rétroactive d'un contrat qui, de fait, est terminé. Trois questions se posent essentiellement : est-ce que le salarié a droit au salaire ? est-ce qu'il y a un licenciement qui peut ouvrir droit à indemnisation ? dans quelles conditions un tel licenciement serait-il abusif ?

(a) Droit au salaire. Le salarié pourrait argumenter qu'en raison de la requalification, le contrat n'a jamais pris fin et qu'il a dès lors droit à tous les salaires jusqu'au jour du jugement. Les tribunaux tendent à rejeter une telle demande¹²⁰². Le salaire n'est ainsi pas automatiquement acquis au salarié. Par contre, si le salarié signale à son employeur qu'il sollicite la requalification et qu'il reste à disposition pour travailler, il a également droit à son salaire, l'employeur ayant – à tort – refusé cette offre¹²⁰³.

(b) Existence d'un licenciement. Selon un premier courant jurisprudentiel, du fait que le contrat soit requalifié en CDI, « il ne saurait être déduit que l'employeur a procédé à un licenciement, alors que tout licenciement doit procéder de la volonté claire et manifeste de l'employeur »¹²⁰⁴. « la requalification de la relation de travail (...) constitue la seule sanction prévue par la loi (...) le but de la loi n'étant pas une résiliation automatique donnant lieu à des indemnités, mais le droit du salarié au maintien des relations de travail »¹²⁰⁵. Certains arrêts estiment même qu'il y a lieu de protéger la bonne foi de l'employeur, qui peut également se tromper au niveau de la qualification du contrat¹²⁰⁶.

Un autre courant jurisprudentiel admet l'existence d'un licenciement, découlant soit du simple fait que le contrat prend fin¹²⁰⁷, soit du fait que l'employeur ne fournit plus de travail¹²⁰⁸, soit pour d'autres motifs avancés par les juges¹²⁰⁹.

¹²⁰² Voir p.ex. pour la période qui se situait entre deux CDD qui ont été requalifiés : CSJ, 8e, 12 janvier 2012, 34648, Répertoire II.2.2.2.; voir p.ex. au simple motif que le salarié n'a pas travaillé : CSJ, 8e, 2 juillet 2015, 39661, Répertoire II.2.3.1.

¹²⁰³ CSJ, 8e, 6 décembre 2012, 37237, 37238, 37239, 37240, 37241, Répertoire II.2.3.1.

¹²⁰⁴ p.ex. CSJ, 8e, 2 juillet 2015, 39661, Répertoire II.2.3.1.

¹²⁰⁵ CSJ, 3e, 21 février 2013, n° 37966, Répertoire II.2.3.2. ; dans le même sens CSJ, 8e, 17 février 2011, 35848, Répertoire II.2.3.2.

¹²⁰⁶ CSJ, 8e, 20 mai 2010, 34041, Répertoire II.2.3.2.; CSJ, 8e, 12 janvier 2012, 34647 et 34648, Répertoire II.2.3.2.; CSJ, 8e, 17 mars 2011, 35617, Répertoire II.2.3.2.

¹²⁰⁷ CSJ, 3e, 11 décembre 2008, 32836, Répertoire II.2.3.2. : « Le fait qu'un contrat de travail à durée déterminée est requalifié a posteriori en contrat de travail à durée indéterminée a comme conséquence de droit que la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme stipulée dans le contrat de travail à durée déterminée est à considérer comme licenciement avec effet immédiat abusif »; CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 42500, Répertoire II.2.3.2.

¹²⁰⁸ CSJ, 3e, 5 février 2015, 38506, Répertoire II.2.3.2.; CSJ, 3e, 15 juillet 2010, 35583, Répertoire II.2.3.2. : « Par une fiction, du fait que le contrat à durée déterminée est requalifié en contrat à durée indéterminée en vertu de l'article L. 122-9 du contrat du travail, l'employeur qui ne continue pas à occuper le salarié au-delà du terme de l'échéance du contrat à durée déterminée ou qui informe le salarié que le contrat, censé être à durée indéterminée, prendra fin à un certain terme, procède à un licenciement ».

¹²⁰⁹ Par exemple le fait que l'employeur envoie le certificat de travail, les fiches de salaire et la carte d'impôt (CSJ, ordonnance, 16 mars 2006, Répertoire II.2.3.2.), qu'il procède à la désaffiliation (CSJ, 3e, 11 mars 2011, 35289, Répertoire II.2.3.2.; CSJ, 3e, 4 mai 2006, 35486, Répertoire II.2.3.2.), qu'il envoie un courrier considérant que la relation de travail a pris fin (CSJ, 3e, 24 novembre 2005, 29139, Répertoire II.2.3.2.), qu'il envoie un courrier précisant qu'il ne veut

(c) Caractère abusif du licenciement. Parmi les arrêts précités admettant qu'il y a licenciement, la plupart concluent en même temps au caractère abusif de celui-ci. L'argument central consiste à dire qu'il s'agit d'un licenciement, pour la plupart du temps oral ou implicite, donc avec effet immédiat et ne contenant pas de motivation. Un arrêt de 2010 considère qu'il s'agit d'un licenciement '*sui generis*', qui ne serait ni avec effet immédiat ni avec préavis, mais abusif d'office sans que le salarié ne soit obligé de demander les motifs¹²¹⁰. Les conséquences indemnitaires du licenciement sont en principe celles de la résiliation abusive d'un CDI, de sorte que le salarié peut prétendre à une indemnité compensatoire de préavis ainsi qu'au préjudice matériel ou moral, à condition d'en justifier. Il paraît osé d'argumenter l'absence ou la réduction du préjudice moral dans la mesure où le salarié aurait cru ne bénéficier que d'un contrat précaire¹²¹¹.

Généralement, les contrats à durée déterminée, même non valables, ne dépassent pas substantiellement la durée de 2 ans. Dans des cas exceptionnels, la question d'une ancienneté égale à 5 ans peut cependant se poser pour l'indemnité de départ et l'indemnité de préavis. Pour un salarié ayant été occupé sur base de 6 contrats à durée déterminée successifs et non valables, la requalification a logiquement pour effet que son ancienneté se cumule, et était donc supérieure à 5 ans¹²¹² ; il peut dès lors prétendre à une indemnité de départ.

557 à 599. Réservés.

Sur le régime du contrat à durée déterminée, et notamment l'efficacité relative des sanctions et du principe d'égalité de traitement, voir aussi :
- Le travail flexible et atypique, n° 188 et suivants.

pas poursuivre la relation de travail (CSJ, 3e, 30 mars 2006, 29881, Répertoire II.2.3.2.) ou qui confirme la fin de la relation de travail (CSJ, 3e, 28 juin 2007, 31669, Répertoire II.2.3.2.), qui insiste sur le fait qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée (CSJ, 8e, 29 octobre 2015, 40996, Répertoire II.2.3.2.). Voir aussi CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39628, Répertoire II.2.3.2. à propos d'un salarié ayant écrit à l'employeur qu'il se considère licencié, l'employeur gardant le silence; selon la Cour, ce silence vaut résiliation. Voir aussi CSJ, 3e, 22 décembre 2005, 29416, Répertoire II.2.3.2., qui retient l'existence d'un licenciement en raison de l'absence d'une autre cause pouvant expliquer la fin du contrat.

¹²¹⁰ CSJ, 3e, 15 juillet 2010, 35583, Répertoire II.2.3.2., « Du fait du seul non-respect par l'employeur des dispositions légales relatives au contrat à durée déterminée, le licenciement procédant d'une fiction est à considérer comme abusif et le salarié a droit ipso facto à une indemnité compensatoire de préavis et, s'il y a lieu, à des dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral. ».

¹²¹¹ Voir cependant en ce sens CSJ, 3e, 6 juillet 2006, 29756, Répertoire II.2.3.3.

¹²¹² CSJ, 8e, 25 juin 2015, 39323, Répertoire II.2.3.3..

**TITRE VI. –
MODIFICATION ET
TRANSFERT DU
CONTRAT**

600. Introduction. Le contrat de travail regroupe l'ensemble de l'accord entre l'employeur et le salarié en ce qui concerne leur relation de travail. Comme tout contrat, il peut à tout moment être modifié d'un commun accord (chapitre 1^{er}). Le droit du travail présente cependant la spécificité que l'employeur a la faculté de modifier unilatéralement les conditions contractuelles (chapitre 2). La modification peut ainsi être unilatérale ou consensuelle, ou encore résulter de certaines dispositions légales spécifiques (chapitre 3). En outre, une modification de l'identité même de l'employeur peut s'imposer aux parties dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise (chapitre 4).

Il n'y a pas de modification contractuelle si un changement des conditions de travail s'impose par un changement législatif ou réglementaire ou par l'entrée en vigueur d'une (nouvelle) convention collective; dans ces cas, employeur et salariés ne sont pas obligés de mettre à jour leur contrat écrit¹²¹³. La norme supérieure s'imposera automatiquement et certaines clauses pourront être totalement ou partiellement nulles.

CHAPITRE 1^{ER}. – MODIFICATION D'UN COMMUN ACCORD

601. Notion de modification d'un commun accord. Ce que les parties ont fait d'un commun accord, elles peuvent le défaire. Employeur et salarié sont maîtres de leur contrat. Tout comme ils peuvent le résilier d'un commun accord (→ Tome III), ils ont la faculté de le modifier d'un commun accord¹²¹⁴. Ils peuvent revenir sur tout accord antérieur¹²¹⁵. Employeur et salarié peuvent convenir de toute modification qu'ils jugent utile, même en défaveur du salarié, à condition toutefois de respecter les normes supérieures (principe de faveur ; → I.91). La modification d'un commun accord peut se faire dans un sens favorable ou défavorable au salarié, tant que le minimum garanti par la loi et les conventions collectives est respecté. La loi impose cependant un certain formalisme afin de s'assurer de la réalité de l'accord des parties, essentiellement du salarié en tant que partie faible.

L'accord doit avoir lieu entre l'employeur et le salarié, qui sont les deux parties au contrat. Du côté patronal se pose, comme dans d'autres domaines, la question de savoir qui au sein de l'entreprise a obtenu une délégation (mandat) pour changer les conditions de travail (p.ex. pour accorder une augmentation de salaire ou accepter une demande de mutation de poste), le salarié pouvant le cas échéant invoquer sa bonne foi en se basant sur la théorie du mandat apparent (→ I.226). Du côté salarié, l'accord doit en principe venir du salarié lui-même; exceptionnellement il se peut qu'un tiers soit mandaté, tel un avocat qui mènerait les pourparlers. Les délégués du personnel ont un « mandat » pour représenter les intérêts des salariés, mais ce mandat ne leur confère pas le droit de modifier au nom et pour compte des salariés les conditions contractuelles individuelles. Les délégués ne pourraient par exemple imposer une suppression de primes ou

¹²¹³ Voir en ce sens aussi Art. 5 al. 2 de la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

¹²¹⁴ CSJ, 11 mai 2000, 21784 : « Les parties peuvent toujours, en cours d'exécution du contrat, modifier d'un commun accord leur convention originaire et ces modifications peuvent se faire même en défaveur du salarié, du moment qu'elles sont acceptées par ce dernier ».

¹²¹⁵ CSJ, 3e, 23 octobre 2014, 39614, Répertoire IV.1.1.

avantages ou marquer leur accord avec un changement d'horaire, si ces conditions sont fixées au contrat du salarié; l'accord de la délégation n'aura aucun impact juridique.

602. Forme. Il convient de rappeler que la Directive 91/533/CEE exige le respect d'un minimum de formalités au niveau du contenu du contrat de travail (→ I.403), y compris en cas de modification de ce contrat. Les dispositions luxembourgeoises vont cependant nettement au-delà des exigences européennes¹²¹⁶.

Art. L. 121-4 (4) al.2 Sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-7, toute modification des éléments visés au paragraphe (2) fait l'objet d'une modification écrite du contrat de travail. Le document modificatif signé par les deux parties est établi en deux exemplaires, dont l'un est remis au salarié, l'autre étant remis à l'employeur, au plus tard au moment de la prise d'effet des modifications concernées.

Rappelons que l'article L. 121-7 (2) sur les éléments obligatoires mentionne aussi, de manière générale, « les clauses dérogatoires ou complémentaires dont les parties sont convenues ». Par conséquent, toute modification affectant les relations contractuelles entre l'employeur et le salarié est soumise à l'exigence de l'écrit.

Dans une affaire dans laquelle le contrat de travail prévoyait un horaire précis, l'employeur n'a pas été admis à prouver par témoins qu'il y aurait un accord oral sur un horaire différent¹²¹⁷. Est également irrecevable une offre de preuve par témoins concernant un accord sur un changement de salaire¹²¹⁸ ou sur la durée de travail¹²¹⁹.

La jurisprudence n'est cependant pas toujours de toute rigueur en la matière. Ainsi par exemple la Cour a considéré qu'en signant une « job description », le salarié a accepté sa nouvelle affectation, alors pourtant qu'il s'agissait en l'espèce d'un document non établi en double exemplaire¹²²⁰. Dans une autre affaire, le contrat de travail prévoyait un travail à temps partiel, mais le salarié avait admis oralement qu'il y avait eu accord de passer à temps plein. En théorie, cette modification n'aurait pas été valable; néanmoins, la Cour a refusé d'indemniser la moitié des heures prestées comme étant des heures supplémentaires¹²²¹. En outre, certaines jurisprudences admettent qu'en cas de changement des conditions de travail, le salarié est censé avoir accepté le changement s'il ne proteste pas endéans un certain délai (→ I.619), ce qui revient à reconnaître un effet à des accords tacites, non fixés par écrit.

¹²¹⁶ Art. 5 al. 1er de la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. La directive exige par exemple seulement que l'écrit soit établi au plus tard dans le mois de la prise d'effet.

¹²¹⁷ CSJ, 8e, 23 avril 2015, 40109, Répertoire I.3.1.3. et IV.1.2. : Si les parties peuvent toujours, en cours d'exécution du contrat, modifier d'un commun accord leur convention originaires et que ces modifications peuvent même se faire en défaveur du salarié, du moment qu'elles sont acceptées par ce dernier, l'employeur reste cependant, dans l'administration de la preuve des accords modificatifs intervenus, soumis aux règles strictes inscrites à l'article 1341 du code civil relatif à la preuve littérale des actes juridiques, le contrat de travail étant de nature civile dans le chef du salarié contre lequel il s'agit de prouver.

¹²¹⁸ CSJ, 3e, 9 novembre 2006, 28795, Répertoire IV.1.2.

¹²¹⁹ CSJ, 8e, 21 mai 2015, 40618, Répertoire IV.1.2.; CSJ, 8e, 19 décembre 2013, 38849, Répertoire IV.1.2.

¹²²⁰ CSJ, 3e, 15 février 2007, 29883, Répertoire I.3.1.3.

¹²²¹ CSJ, 3e, 19 janvier 2006, 29938, Répertoire 3.99.

603. Modification et promotion à l'essai. La question se pose si une modification du contrat peut être faite à titre probatoire, c'est-à-dire avec la possibilité pour une ou chacune des deux parties de décider endéans un certain délai (raisonnable¹²²²) qu'elle préfère les anciennes conditions de travail (horaire différent, lieu de travail différent, changement de poste). Ce type de règle figure notamment dans l'accord relatif au télétravail (période d'adaptation)¹²²³. Si cette faculté est réservée au seul salarié, qui peut essayer un nouveau poste et décider s'il veut y rester ou non, la clause ne paraît pas poser de difficultés, puisqu'elle est favorable au salarié. Des changements à titre probatoire sont plus délicats si cette faculté est également donnée à l'employeur. La question de se pose notamment si une promotion ou un changement de poste peuvent se faire « à l'essai ». La clause à l'essai ne peut normalement pas être renouvelée; même si certaines jurisprudences l'admettent (→ I.458), la jurisprudence majoritaire considère toutefois qu'un changement de poste n'autorise pas une nouvelle période d'essai qui pourrait faire perdre au salarié son emploi. De cette question il faut cependant distinguer celle de la « promotion à l'essai », dans laquelle le salarié et/ou l'employeur auraient la possibilité de revenir endéans un certain délai sur la promotion, avec pour conséquence non pas la fin du contrat, mais la réintégration à l'ancien poste (avec, le cas échéant, l'ancien salaire).

La jurisprudence française admet qu'un tel accord est valable : « en cours de contrat, les parties peuvent convenir, à l'occasion d'un changement d'emploi, d'une période probatoire, la rupture de celle-ci ne peut concerner le contrat de travail et a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ». La jurisprudence luxembourgeoise en la matière ne paraît pas fixée. A notre avis, aucun texte n'interdit une telle clause, et une promotion conditionnelle est toujours plus favorable que l'absence de toute promotion. Rappelons qu'il ne s'agit pas d'une « clause à l'essai » au sens du Code du travail.

604. Modification des normes supérieures. Ce ne sont que les modifications convenues entre l'employeur et le salarié qui doivent être actées par écrit. Si la relation de travail est affectée par un changement au niveau des normes légales ou des conventions collectives, une adaptation du contrat n'est pas requise, comme le précise l'article L. 121-4 (4) al. 2, qui n'est à son tour qu'un copié-collé de la Directive européenne afférente¹²²⁴.

L. 121-4 (4) al. 2. Toutefois les documents écrits visés aux deux alinéas qui précèdent ne sont pas obligatoires en cas de modification des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou des conventions collectives auxquelles le contrat de travail ou le document visé au paragraphe (3) font référence.

La solution paraît évidente alors qu'il serait impossible de suivre tous les changements afférents et que dans de nombreux cas, la norme supérieure peut être sujette à

¹²²² On pourrait s'inspirer des délais applicables à la période d'essai (3, 6 ou 12 mois). Par ailleurs, une proposition de directive européenne (COM (2017) 797) prévoit de limiter la durée de la période d'essai (Art. 7), tout en estimant que par « période d'essai » il ne faut pas seulement entendre « toute arrivée sur le marché du travail », mais aussi « toute transition vers un nouveau poste » (Considérant n° 19).

¹²²³ Rappelons que malgré la déclaration d'obligation générale, cet accord n'a jamais qu'une valeur contractuelle dans la hiérarchie des normes.

¹²²⁴ Art. 5 (2) de la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

interprétation, de sorte qu'une adaptation du contrat soulèverait d'inutiles conflits. En ce qui concerne les normes légales et réglementaires, le salarié a, comme tout citoyen, la possibilité de se renseigner par les voies officielles. Concernant les conventions collectives, il faut regretter qu'il n'existe pas d'obligation explicite pour l'employeur d'informer le salarié de l'entrée en vigueur d'une convention collective ou d'un avenant.

Une modification du contrat s'imposera cependant dans le cas spécifique où la loi impose de nouvelles mentions obligatoires au contrat¹²²⁵, ce qui arrivera probablement prochainement¹²²⁶.

Si la loi ou la convention change, elle s'impose en principe comme norme supérieure. Une distinction est cependant à faire : **(a)** si la nouvelle norme supérieure est d'ordre public absolu, elle s'impose en tout état de cause, qu'elle soit plus ou moins favorable au salarié. Tel serait par exemple le cas si le législateur décidait, comme dans d'autres pays, d'abolir l'échelle mobile des salaires et de prohiber toute clause d'indexation. **(b)** si la nouvelle norme supérieure est purement dispositives les conditions de travail ne changent pas, puisque les parties peuvent y déroger. **(c)** Si la nouvelle norme relève de l'ordre public social et est plus favorable au salarié, elle s'impose en vertu du principe de faveur. La clause du contrat de travail devient dès lors fautive, ce qui peut induire le salarié en erreur s'il ne connaît pas la norme supérieure et les règles relatives à la hiérarchie des normes. Selon le texte de la loi, la clause du contrat de travail est nulle ; une meilleure solution aurait consisté à la déclarer suspendue¹²²⁷. Une nullité serait par exemple encourue si le contrat prévoyait 25 jours de congé et que le législateur cédait aux demandes syndicales pour introduire la 6^e semaine de congé. Tel est également le cas si le salaire fixé au contrat est inférieur à la grille salariale d'une nouvelle convention collective. Tel est à notre avis également le cas si une convention collective est déclarée d'obligation générale et prévoit à titre rétroactif que toutes les embauches sont précédées d'une période d'essai (à propos de cette problématique, voir → I.445). **(d)** Si la nouvelle norme relève de l'ordre public social et est moins favorable au salarié, la situation n'est pas claire et requiert une délicate interprétation par le juge. De multiples situations peuvent se présenter : il se peut par exemple que le contrat prévoie 25 jours de congé mais que les députés décident de réduire les jours de congé légaux au minimum européen de 20 jours. Il se peut aussi que le contrat précise que la convention collective des boulangeries-pâtisseries est applicable, mais que l'activité de l'employeur a évolué vers une épicerie, dont le chiffre d'affaires devient prédominant, de sorte que son activité principale ne tombe plus dans le champ d'application de cette convention. Dans ce cas, deux solutions sont possibles : **(i)** soit il faut considérer que les parties ne voulaient en réalité que reprendre et recopier le contenu de la loi ou de la convention collective. Le salarié perdra donc ces avantages puisqu'il n'y a pas de véritable engagement contractuel. **(ii)** soit il faut considérer qu'il y a bien une clause écrite par laquelle les parties ont voulu prendre un engagement, qui serait maintenu même si la législation devait changer.

¹²²⁵ Sauf si la loi devait prévoir à titre de disposition transitoire qu'elle ne s'applique qu'aux contrats postérieurs.

¹²²⁶ Une proposition de directive (COM (2017) 797) prévoit des mentions obligatoires supplémentaires.

¹²²⁷ La nullité est définitive. Une simple suspension aurait pour avantage que lorsque la norme supérieure change ou vient à disparaître, l'ancien accord contractuel régirait à nouveau les relations entre employeur et salarié.

Cette problématique s'était posée notamment à propos d'une convention collective qui prévoyait – tel que c'était le cas pour les ouvriers avant 1989 – que l'employeur devait fournir les motifs endéans les 15 jours. La loi de 1989 avait augmenté ce délai à un mois, donc en défaveur du salarié. Les juges ont considéré que la convention collective continuait à s'appliquer¹²²⁸ et a en conséquence déclaré abusif le licenciement pour motivation tardive.

Pour éviter ces problèmes, on peut donner deux conseils au niveau de la rédaction tant des contrats individuels que des conventions collectives: **(a)** tout d'abord, il faut éviter de recopier inutilement des textes de loi, et préférer – pour les mentions devant obligatoirement figurer au contrat (→ I.403) – de simples renvois au texte légal. **(b)** Par ailleurs, la clause peut être formulée de manière à clairement souligner que les parties n'ont pas voulu prendre d'engagement contractuel, mais qu'il s'agit d'une simple information : « Au moment de la signature du présent contrat, les délais de licenciement et de démission sont régis par les articles L. 124-3 et L. 124-4 du Code du travail » ; « Le droit au congé est régi par le code du travail, qui garantit actuellement 25 jours de congé par an (L. 233-4) » ; « Au moment de la signature du contrat, la convention applicable à l'entreprise est ... ; le salarié peut obtenir à sa demande une copie de cette convention collective ».

604 à 609. Réservés.

CHAPITRE 2. – MODIFICATION UNILATÉRALE

610. Contexte et vue d'ensemble. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres (Art. 1101). Il relève de la nature même de tout contrat qu'il doit être respecté par les parties et ne peut être modifié unilatéralement. Autoriser une partie à déroger au contrat anéantirait de fait la force obligatoire du contrat.

L'une des dérogations les plus importantes du droit contractuel général en matière de droit du travail consiste dans la possibilité reconnue à l'employeur de décider unilatéralement d'une modification du contenu du contrat de travail. Une telle modification est cependant soumise à une procédure rigoureuse et à une obligation de motivation. Cette procédure de révision contractuelle est proche de la procédure de licenciement et se subdivise ainsi en deux types, à savoir la révision avec préavis et la révision avec effet immédiat.

Ce pouvoir dérogatoire peut être justifié en considérant qu'une révision défavorable du contrat de travail constitue le moindre mal par rapport à une résiliation du contrat. On peut aussi voir dans ce pouvoir de modification unilatéral une expression du pouvoir de direction reconnu à l'employeur l'autorisant à procéder à toute organisation ou réorganisation que lui dicte l'intérêt de son entreprise.

La loi de 1989 a calqué la procédure sur celle du licenciement, mais sans que l'employeur ne prononce de licenciement. La loi lui reconnaît la possibilité d'imposer au

¹²²⁸ CSJ, 1^{er} février 1996, 16871, Répertoire XII.1.7. : « Si les parties avaient simplement voulu se rapporter en ce qui concerne le délai de communication des motifs à la loi de 1970, en vigueur lors de la conclusion du contrat collectif, elles n'avaient pas besoin d'insérer une clause spéciale relative à ce délai dans la convention collective » ; voir aussi CSJ, 8e, 1 février 2007, 30891 et 31421, Répertoire XII.1.7.

salarié des changements défavorables du contrat (L. 121-7 al. 1). Ces changements prendront effet en dépit de toute opposition ou protestation du salarié; celui-ci peut cependant exiger la communication écrite des motifs de modification. S'il souhaite les critiquer, il doit prendre les devants et démissionner; c'est cette démission qui équivaudra à un licenciement et ouvre au salarié un recours judiciaire. Si le tribunal juge la modification insuffisamment motivée, le salarié aura droit à des dommages-intérêts; il ne peut exiger le maintien de la relation de travail aux anciennes conditions. Si par contre le Tribunal arrive à la conclusion que les motifs étaient suffisants pour imposer la modification, le salarié aura démissionné à tort : il aura donc sacrifié son poste de travail et ne percevra aucun dédommagement (sauf éventuellement une indemnité de départ et/ou de préavis). Autant dire que les risques pris par le salarié en démissionnant sont grands. La procédure est dès lors très favorable à l'employeur, les salariés acceptant en général les modifications en grinçant des dents et les procédures judiciaires sont rarissimes.

Sur la modification unilatérale des conditions contractuelles, voir aussi
- Travail flexible et atypique, n° 62 et suivants.

611. Historique. Initialement, le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement le contrat se résumait à une simple application du droit commun des contrats. Encadré par la jurisprudence, et ensuite par la loi, le système actuel constitue une véritable exception au principe de la force obligatoire du contrat.

Tant qu'il n'y avait pas de protection contre le licenciement, tout employeur pouvait résilier le contrat de travail avec préavis, puis proposer au salarié un nouveau contrat aux conditions altérées, le salarié étant libre d'accepter ou non ce changement. Théoriquement, le salarié pourrait, à ce jour, en faire de même.

Une telle procédure ne comporte pas d'exception à la force obligatoire des contrats. La loi prévoyait dès 1962 que toute modification défavorable au salarié ne pouvait avoir d'effet soit à l'expiration d'un CDD; soit à l'expiration du délai de préavis en cas de CDI¹²²⁹. L'approche était donc plutôt celle de la *Änderungskündigung* du droit allemand¹²³⁰ : l'employeur met fin au contrat et propose un nouveau contrat aux conditions modifiées. Mais cette technique était possible seulement tant que l'employeur n'avait pas à motiver les licenciements avec préavis.

Du moment que le droit de résiliation avec préavis était soumis à un contrôle judiciaire, la modification du contenu du contrat a suivi le même sort. Ainsi, la Cour a retenu que les juges doivent vérifier s'il n'y a pas d'abus dans la modification unilatéralement imposée au salarié et que l'employeur est obligé d'informer au préalable le salarié des

¹²²⁹ Art. 4 de la loi du 7 juin 1937, tel que modifié par la loi du 20 avril 1962 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés : « Sauf le cas de faute grave aux termes de l'article 16 de la présente loi, toute modification en défaveur de l'employé de la rémunération, y compris les autres avantages et rétributions convenus, n'aura effet, si le contrat est à terme, qu'à l'expiration de ce terme, et, s'il est à durée indéterminée, qu'à l'expiration du délai de préavis. A peine de nullité de la modification, l'employeur devra préalablement demander l'avis de la délégation d'employés, qui sera tenue de se prononcer dans les quinze jours ».

¹²³⁰ La « *Änderungskündigung* », n'est pas interdite en soi au Luxembourg, cependant la démarche de l'employeur ne s'analysera pas en modification unilatérale mais en licenciement (CSJ, 3e, 24 janvier 2008, 32057, Répertoire IV.2.1.). En raison des incertitudes juridiques liées à une combinaison d'un licenciement avec proposition de nouvelle embauche, il faut conseiller de ne pas procéder ainsi, mais de respecter le mécanisme explicitement prévu par l'article L. 121-7.

modifications projetées, tout en lui accordant un délai de réflexion¹²³¹. La Cour a encore retenu que « l'employeur ne peut modifier de façon substantielle les conditions de travail d'un employé sans l'accord de celui-ci; la modification apportée unilatéralement par l'employeur à des clauses essentielles du contrat justifie le refus du salarié d'accepter les conditions nouvelles et met la responsabilité de la rupture à charge de l'employeur »¹²³².

Ces principes jurisprudentiels ont été intégrés dans la loi de 1989 sur le contrat de travail. Le législateur a repris et encadré ce principe parce qu'il a paru préférable dans certains cas que l'employeur ait la possibilité de maintenir le contrat à des conditions différentes, plutôt que de devoir licencier le salarié. Il est par exemple préférable qu'un employeur supprime certains avantages ou réduise le salaire d'un salarié plutôt que d'être contraint à le licencier pour motif économique.

612. Modifications favorables et défavorables. (a) La loi ne prévoit aucune procédure permettant à l'employeur de modifier unilatéralement le contrat dans un sens favorable, par exemple une augmentation de salaire. Une telle modification doit donc en principe être acceptée par le salarié, même si en pratique cette acceptation sera généralement tacite. Il reste qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui est favorable au salarié; dans le doute, il convient à notre avis d'adopter la position du salarié plutôt que celle de l'employeur. Une tâche avec davantage de responsabilités n'est pas nécessairement souhaitée par le salarié. Une augmentation de salaire pourrait faire en sorte que le salarié qualifiera désormais de cadre supérieur, avec les désavantages qui vont de pair. Un passage d'un travail de nuit vers un travail de jour pourrait faire perdre au salarié des majorations de salaire. Convertir un CDD en CDI est en général, mais pas nécessairement dans tous les cas, souhaité par le salarié. **(b)** Pour les modifications défavorables pour le salarié, la loi prévoit une procédure spécifique qui est à respecter (section 1) lorsque cette modification qualifie de modification « substantielle » (section 2). Si la procédure est respectée, le changement s'impose en principe, et si elle ne l'est pas, la modification est nulle et ne produit pas d'effet (section 3).

On peut cependant s'interroger si cette différenciation entre « favorable » et « défavorable » correspond à la réelle intention du législateur, le but de la modification unilatérale étant essentiellement de permettre à l'employeur de prendre les décisions qui

¹²³¹ CSJ, 7 janvier 1975, Pas. 23, 88 : « Le droit reconnu par la loi de résilier le contrat de louage de services sous certaines conditions implique la faculté pour chaque partie de proposer à l'autre des modifications des conditions de travail. Le chef d'entreprise étant maître de l'organisation de ses services a le droit de licencier son salarié qui n'accepte pas une modification essentielle aux dispositions originaires de la convention en cours. Le droit de rupture ainsi reconnu en principe à l'employeur, en cas de refus du salarié d'accepter la modification proposée, est cependant limité en ce sens que le licenciement décidé ne doit pas procéder d'un motif illégitime ou constituer un acte économiquement et socialement anormal. Il appartient aux juges de contrôler si les modifications ont pour cause le souci de l'employeur de ses intérêts personnels, ou si elles procèdent d'une intention malveillante ou d'une légèreté blâmable, ou constituent une mesure arbitraire ou vexatoire. (...) La nature des rapports de travail et le climat de confiance dans lequel ils doivent se situer commandent que l'employeur qui entend introduire une modification des conditions de travail qui ne constitue pas un avantage pur et simple pour le salarié, observe certaines règles de forme. L'employeur doit notamment informer préalablement le salarié de ses intentions, lui laisser un délai nécessaire de réflexion et accompagner éventuellement son offre d'un congé conditionnel en cas de refus ».

¹²³² CSJ, 21 janvier 1976, Pas. 23, 372.

s'imposent dans l'intérêt de l'entreprise. Par exemple, à interpréter strictement la loi et en l'absence de clause de flexibilité géographique, l'employeur qui veut déménager vers des locaux plus grands parce que son entreprise se développe, pourrait l'imposer unilatéralement si la nouvelle adresse est plus loin du domicile du salarié (défavorable), mais non si elle est plus proche. Il n'y a pour l'heure actuelle pas de jurisprudence concernant les modifications favorables imposées unilatéralement. Relevons toutefois le cas dans lequel un employeur avait déplacé un salarié, qui se plaignait d'être victime de harcèlement, à un poste moins stressant; cette démarche n'a pas été considérée comme étant une modification substantielle¹²³³.

SECTION 1. – PROCÉDURE

613. Procédure de modification individuelle. L'article L. 121-7 du Code du travail régit la procédure à respecter par l'employeur en cas de modification unilatérale du contrat en défaveur du salarié. Le but de la procédure a été de trouver un juste équilibre entre la liberté d'action patronale et le besoin de protection du salarié¹²³⁴. Cette procédure s'applique tant au CDD qu'au CDI¹²³⁵.

Art. L. 121-7 al. 1. Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L. 124-2 et L. 124-3 et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets. Dans ce cas, le salarié peut demander à l'employeur les motifs de la modification et l'employeur est tenu d'énoncer ces motifs dans les formes et délais prévus à l'article L. 124-5.

al. 2. La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L. 124-2 et L. 124-10.

al. 3. La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L. 124-11.

Ce texte renvoie explicitement à la procédure du licenciement (→ Tome III). Un entretien préalable (dans les grandes entreprises) et le respect des formalités (lettre recommandée ou remise en mains propres, etc.) s'impose ainsi. La motivation répond aux mêmes conditions de précision¹²³⁶ et d'exhaustivité qu'en matière de licenciement. Le préavis à respecter équivaut également à celui d'un licenciement. Il a toutefois été décidé en 2015, par opposition à une jurisprudence qui semblait s'imposer en matière

¹²³³ CSJ, 10 juin 2004, 27452, Répertoire IV.2.2.1.

¹²³⁴ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Rapport de la Commission du travail du 20 avril 1989, p. 32 : « Ainsi le texte est censé répondre au double souci, d'une part de préserver la liberté d'action du patron indispensable à l'organisation interne de son entreprise et, d'autre part, d'éviter que le salarié ne soit exposé au bon vouloir de l'employeur alors que bien des éléments de la relation de travail ont une influence déterminante sur sa vie privée (p.ex. l'horaire de travail), éléments que l'employeur ne saurait modifier unilatéralement en l'absence de toute garantie procédurale pour le salarié ».

¹²³⁵ CSJ, 8e, 11 mars 2010, 34325, Répertoire IV.2.1.

¹²³⁶ Un arrêt a retenu que dans le cadre d'une réduction de salaire pour diminution des responsabilités, l'employeur doit détailler le changement des fonctions, mais n'a pas d'obligation de justifier le nouveau salaire imposé, CSJ, 8e, 12 janvier 2017, 42503, Répertoire IV.2.4.3.

de licenciement¹²³⁷, que le délai de préavis commence à courir à la date d'envoi du courrier et non à la date de réception du courrier par le salarié¹²³⁸.

Sur le harcèlement par les conditions de travail défavorables imposées au salarié, voir aussi :
- Le travail flexible et atypique, n° 73 et suivants.

614. Procédure de modification collective. D'après un arrêt récent de la Cour de Justice de l'Union Européenne¹²³⁹, la modification par l'employeur, pour motifs économiques, des éléments substantiels du contrat de travail équivaut à un « licenciement » au sens de la directive sur les licenciements collectifs. Il est vrai que, par le biais d'une modification défavorable, l'employeur peut pousser les salariés à la démission, raison pour laquelle notre Code prévoit – comme nous le verrons ci-après – qu'une démission découlant du refus d'accepter les nouvelles conditions équivaut à un licenciement et ouvre les voies de recours afférentes. Selon cette nouvelle jurisprudence, dès lors que l'employeur envisage de modifier : • pour une même période de 30 jours, les contrats de travail d'au moins 7 salariés, ou • pour une même période de 90 jours, les contrats d'au moins 15 salariés, il ne pourra ce faire qu'après avoir invité la délégation du personnel et, le cas échéant, les syndicats, à la table de négociation en vue d'élaborer un plan social. Ces seuils sont également d'application si l'employeur, en difficultés économiques ou en voie de restructuration, opte pour une combinaison entre des licenciements de certains salariés et le changement des conditions de travail pour d'autres.

Cette nouvelle donne risque d'amener de nombreux conflits. Dans un premier temps, la liste des sujets à négocier dans le cadre du plan social (qui a pour objet d'éviter des licenciements; L. 166-2 (2)) n'est pas très adaptée au cas d'une modification unilatérale. Les négociations ne peuvent à notre avis porter utilement que sur l'objet même de la révision des contrats de travail, par exemple en limitant la baisse des salaires que l'employeur avait initialement envisagée. Par ailleurs, l'employeur risque d'être incité à licencier. S'il doit réduire ses coûts de main-d'œuvre de 20 %, il préférera probablement licencier 5 salariés sous le régime assez libéral du licenciement individuel, plutôt que de supprimer les primes ou de réduire les salaires de 25 salariés et de s'exposer ainsi à des négociations avec les syndicats et la délégation du personnel.

¹²³⁷ Voir les décisions référencées dans le Répertoire XII.2.1.2.

¹²³⁸ CSJ, 8e, 2 juillet 2015, 40863, Répertoire IV.2.4.2. : La notification faisant débiter le préavis est faite au jour où la lettre de modification a été postée par l'employeur. En effet, l'employeur, qui, au vu des dispositions de l'article L.121-7 du Code du travail, est obligé d'indiquer dans la lettre de modification la date à laquelle cette modification sortira ses effets, doit savoir à partir de quelle date le délai de préavis prend cours, ce qui, au regard des aléas des délais d'acheminement postaux, ne serait pas le cas si on admettait que la notification a été faite le jour où le salarié a été avisé.

¹²³⁹ CJUE, 11 novembre 2015, C-422/14 : « La directive 98/59 doit être interprétée en ce sens que le fait pour un employeur de procéder, unilatéralement et au détriment du travailleur, à une modification substantielle des éléments essentiels de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de ce travailleur relève de la notion de 'licenciement' ».

SECTION 2. – NOTION DE SUBSTANTIEL

615. Entre « substantiel » et « contractuel ». La loi distingue entre deux sortes de clauses : celles qui sont substantielles/essentielles, et celles qui ne le sont pas. Le Code du travail utilise à la fois la notion d'« essentielle » (L. 121-7) et celle de « substantielle »¹²⁴⁰ (L. 127-4); la jurisprudence semble privilégier ce dernier terme. Nous proposons d'y voir des synonymes.

S'il avait été envisagé de soumettre toute modification du contrat à cette procédure¹²⁴¹, la loi n'y soumet au final que les modifications « substantielles ». Pour être substantielle la modification doit porter sur un élément du contrat qui avait été considéré par les parties comme essentiel lors de la conclusion, c'est-à-dire sur un élément qui avait pu les déterminer à contracter¹²⁴². Afin qu'il y ait modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail, il ne suffit pas que le salarié ressente le changement opéré comme préjudiciable, mais il faut qu'un désavantage objectif résulte de la réorganisation¹²⁴³.

A notre avis, plutôt que de distinguer entre une « clause substantielle » et une « clause non substantielle » (une 'clause' est nécessairement contractuelle), il aurait été préférable de réfléchir par quelles mentions du contrat de travail, les parties ont voulu prendre un réel engagement contractuel et de subdiviser ainsi le contrat de travail en deux parties : **(a)** une partie purement informative, par laquelle l'employeur s'acquitte de ses obligations d'information envers le salarié, telles qu'imposées par la loi et le droit européen¹²⁴⁴. **(b)** une partie contractuelle, comprenant les éléments essentiels sur lesquels les parties ont voulu s'engager.

Dans cette approche, subsiste cependant la problématique de déterminer s'il y a un engagement ou non : **(a)** En présence d'une clause de flexibilité, le changement n'est en principe pas une « modification substantielle »; les conditions contractuelles ne sont guère modifiées, puisque dès le départ, cet aspect a été sorti du champ contractuel. En présence d'une clause de flexibilité, la réaffectation à la tâche originaire (le salaire restant inchangé) ne constitue par exemple pas une modification substantielle¹²⁴⁵. Un changement du lieu de travail peut également s'analyser en modification substantielle, sauf clause de flexibilité¹²⁴⁶. **(b)** Des clauses de contractualisation expresses sont

¹²⁴⁰ Ce terme a été repris du droit européen, Art. 4 (2) de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Dans la version allemande, il est fait référence à une « wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen ».

¹²⁴¹ Projet de loi n° 3222 sur le contrat de travail, Amendements gouvernementaux du 23 décembre 1988, p. 7 : « Le mécanisme de protection du travailleur en cas de révision du contrat de travail est rendu applicable pour la modification en défaveur du salarié de toutes les clauses du contrat de travail et non pas seulement des clauses jugées substantielles ».

¹²⁴² CSJ, 3e, 18 décembre 2012, 37774, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁴³ CSJ, 13 novembre 2003, 25628.

¹²⁴⁴ Dans la conception du droit européen, ces informations peuvent effectivement figurer dans un document unilatéral remis par l'employeur, qui ne doit être ni signé, ni accepté par le salarié.

¹²⁴⁵ CSJ, 8e, 16 décembre 2010, 34808, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁴⁶ Voir p.ex. CSJ, 3e, 12 décembre 2002, 25942, Répertoire IV.2.2.5; voir par exemple pour une mutation de Luxembourg à Paris : CSJ, 3e, 16 juin 2016, 42464, Répertoire IV.2.2.5. Voir pour la modification du lieu de prise de service d'un chauffeur professionnel à plus de 600 kilomètres : CSJ, 8e, 7 juillet 2016, 42281, Répertoire IV.2.2.5.

possibles, mais rares en pratique (« il est convenu que l'horaire de travail ne peut être modifié que d'un commun accord »). **(c)** En l'absence de mention explicite de flexibilisation ou de contractualisation, il faudra interpréter au cas par cas, le juge étant censé dégager la volonté commune des parties.

Si le législateur semblait admettre quasiment que seuls les changements de salaire sont substantiels¹²⁴⁷, la jurisprudence est plus nuancée, une modification des conditions de travail pouvant être considérée comme substantielle. La jurisprudence qualifie certains éléments traditionnellement de « substantiels » (nature des fonctions, salaire), puisqu'il est assez évident qu'il y a une volonté réciproque de les faire entrer dans le champ contractuel.

616. Modification des conditions de travail. Un changement du type de fonction constitue en principe une modification substantielle, notamment si le degré de responsabilité change. Par exemple, la restriction des activités normalement inhérentes à la qualification professionnelle du salarié (en l'espèce, une interdiction de se mettre en rapport avec les clients) peut être retenue comme une modification d'une condition essentielle de son contrat, c'est-à-dire, comme une dégradation¹²⁴⁸. Il en est de même pour une rétrogradation, tel le passage d'un poste de chef de service vers une fonction de simple gestionnaire¹²⁴⁹ ou d'un gérant de salon de coiffure vers une simple fonction de coiffeur¹²⁵⁰. Une modification peut également être donnée en cas de changement de la pondération convenue entre deux tâches différentes¹²⁵¹. Un simple changement de titre, sans changement du salaire et des fonctions ne constitue pas une modification substantielle¹²⁵². Par contre, il y a abus de droit dans l'exercice du droit de modifier les conditions de travail lorsque, malgré le maintien de la qualification et de la rémunération, la modification change profondément l'importance de la fonction confiée au salarié¹²⁵³. Dans une autre affaire, un délégué du personnel avait été muté de la fonction de « Compliance Officer » vers celle de « Business development département », en gardant sa rémunération, son grade et son titre¹²⁵⁴; les juges ont néanmoins retenu qu'il y avait modification substantielle, puisque le second poste comportait nettement moins de pouvoirs et de responsabilités.

617. Modification du salaire. Une décision qui affecte la rémunération du salarié constitue en principe une modification substantielle, le salaire étant la contrepartie du

¹²⁴⁷ Projet de loi portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers, Rapport de la Commission des Affaires sociales du 9 mai 1968, p. 12 : « Dès lors que les bases de rémunération du contrat ne sont pas modifiées, il n'est pas nécessaire de respecter le délai de préavis. À défaut, les changements intervenant uniquement dans l'intérêt d'une bonne organisation du travail et ne comportant aucune discrimination ni détérioration de la situation de l'ouvrier, sont en principe possibles sans entrave majeure. Ainsi les changements de postes (postes de nuit, postes de jour) et les changements d'emploi, pour autant qu'ils ne constituent pas de modification sensible des conditions du contrat, pourront être ordonnés sans préavis sauf si la rémunération change ».

¹²⁴⁸ CSJ, 3e, ordonnance, 21 septembre 1995, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁴⁹ CSJ, 8e, 2 mai 2013, 38102, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁵⁰ CSJ, 3e, 18 décembre 2012, 37774, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁵¹ CSJ, 8e, 23 novembre 2006, 30433, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁵² CSJ, 8e, 14 octobre 2010, 34519, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁵³ CSJ, 3e, 18 décembre 2012, 37774, Répertoire IV.2.2.1.

¹²⁵⁴ CSJ, 3e, ordonnance, 23 mars 2017, 44432, Répertoire I.3.1.3.

travail fourni par lui. La suppression d'un avantage tel qu'un logement payé¹²⁵⁵ ou une voiture de fonctions constitue également une modification substantielle. Il en est autrement pour des primes et accessoires de salaire lorsque, par le biais d'une clause ou d'autres moyens, ceux-ci sont à considérer comme simple libéralité (→ Tome II). Il faut encore relever un certain nombre de décisions dans lesquelles un changement de la rétribution n'a pas été considéré comme modification substantielle : • en cas de remplacement des tickets-restaurant par une cantine¹²⁵⁶; • en cas de changement de pays impliquant une réduction du salaire net¹²⁵⁷; • le maintien du même salaire mais sous un libellé différent¹²⁵⁸; • la perte d'une prime suite à un changement de poste accepté par le salarié¹²⁵⁹; • le remplacement de commissions par un montant fixe¹²⁶⁰.

618. Horaire et durée de travail. Rappelons que si les clauses de flexibilité horaire sont fréquentes et parfaitement valables (→ I.420), les clauses de flexibilité quant à la durée de travail ne sont admissibles que restrictivement (→ Tome II). En présence d'une clause explicite de flexibilité horaire, un changement ne constitue pas une modification substantielle¹²⁶¹. Parfois les juges décident aussi que la flexibilité horaire peut relever de l'essence même du contrat en raison de la nature du travail¹²⁶². Pour le surplus, un changement de l'horaire fixé au contrat devrait être une modification substantielle¹²⁶³.

Un arrêt de 2013¹²⁶⁴ s'est cependant montré plus exigeant encore en retenant qu'un simple changement des horaires de travail n'est pas nécessairement à considérer comme une modification d'une clause essentielle du contrat défavorable au salarié. Selon ce même arrêt, ne constitue pas une telle modification une simple mesure relevant du pouvoir de direction de l'employeur; on ne se trouve pas non plus en présence d'une telle modification lorsque le contrat de travail lui-même, le règlement intérieur, la convention collective, le statut ou l'usage prévoient eux-mêmes la possibilité de modifications apportées aux conditions initiales. Malgré cette approche très large, les juges ont néanmoins retenu qu'il y avait une modification substantielle, puisque le salarié avait précédemment démissionné pour des raisons d'horaire et avait été réembauché avec un horaire de principe, ce qui démontrait que l'horaire était substantiel aux yeux du salarié.

¹²⁵⁵ CSJ, 3e, 9 novembre 2006, 28795, Répertoire IV.2.2.2.

¹²⁵⁶ CSJ, 8e, 27 mars 2014, 38960, Répertoire IV.2.2.2.

¹²⁵⁷ En l'espèce, le contrat prévoyait la mobilité internationale, CSJ, 3e, 15 octobre 2015, 39615, Répertoire IV.2.2.2.; voir cependant en sens contraire CSJ, 3e, 10 février 2011, 36036, Répertoire IV.2.2.2. relatif à une diminution substantielle du salaire net; dans les deux cas, le salarié avait été muté en Belgique.

¹²⁵⁸ CSJ, 8e, 25 septembre 2003, 26986, Répertoire IV.2.2.2.

¹²⁵⁹ CSJ, 8e, 25 septembre 2003, 26986, Répertoire IV.2.2.2.

¹²⁶⁰ CSJ, 8e, 3 mars 2016, 41947, Répertoire IV.2.2.2.; le salarié n'avait jamais réclamé les commissions.

¹²⁶¹ CSJ, 8e, 12 janvier 2012, 36828, Répertoire IV.2.2.4.

¹²⁶² CSJ, 8e, 8 mai 2008, 27220, Répertoire IV.2.2.4. (secteur du nettoyage).

¹²⁶³ CSJ, 20 octobre 1994, 15372 : « Les premiers juges ont constaté à bon droit que pour des raisons d'organisation de la vie privée de la salariée, l'horaire de travail tel qu'il était pratiqué constituait un élément essentiel de son contrat de travail et que la modification de cet élément était en sa défaveur vu les répercussions sur la vie privée ».

¹²⁶⁴ CSJ, 3e, 7 novembre 2013, 38635, Répertoire IV.2.2.4.

Concernant la durée de travail, toute modification est à notre avis ‘substantielle’, puisqu’elle touche au quantum même de l’échange contractuel. La jurisprudence admet que l’employeur puisse imposer de telles modifications vers le haut ou le bas, à condition de disposer de motifs suffisants (→ Tome II), sauf éventuellement une réduction de durée de travail avec maintien du salaire. Il s’agit cependant d’un cas rarissime, puisqu’une réduction de la durée de travail a généralement pour but et pour effet de réduire le salaire en conséquence; il s’agit dans ce cas d’une modification défavorable¹²⁶⁵. Une augmentation de la durée de travail, même si elle va de pair avec une hausse du salaire, doit à notre avis aussi être regardée comme une modification substantielle et (potentiellement) défavorable, puisqu’elle impose au salarié de nouvelles contraintes et l’oblige à travailler davantage.

SECTION 3. – CONSÉQUENCES DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE

619. Conséquences d’une modification ne respectant pas les formes. Si l’employeur procède à une modification substantielle des conditions de travail sans respecter la procédure prédécrite¹²⁶⁶, cette modification est nulle (L. 121-7). Selon la jurisprudence, cette nullité ne joue pas d’office, mais doit être demandée par le salarié¹²⁶⁷, ce qui pose l’épineuse question de l’interprétation du silence gardé par le salarié face à un changement. La loi ne prévoit aucun délai pour invoquer la nullité, les renonciations ne se présument pas et le droit du travail est généralement protecteur du salarié. Ainsi, certaines décisions ont retenu que le silence du salarié face à un changement, notamment le paiement de salaires inférieurs à ceux convenus, ne vaut pas accord¹²⁶⁸. Des arrêts récents, non unanimement suivis¹²⁶⁹, ont cependant eu une approche contraire et ont été confirmés par la Cour de Cassation¹²⁷⁰ : même en

¹²⁶⁵ CSJ, 3e, 16 février 2006, 29470, Répertoire IV.2.2.3.; CSJ, 8e, 8 juin 2015, 41599, Répertoire IV.2.2.3.

¹²⁶⁶ Le fait toutefois pour l’employeur de ne pas avoir répondu dans les délais à une demande de motifs ne constitue pas une irrégularité de forme entraînant la nullité, mais n’intéressera le cas échéant que le caractère régulier ou abusif de la révision; CSJ, 18 juin 1998, 21501 : « Seule une inobservation des formalités prévues aux articles 19 et 20 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail est donc expressément sanctionnée de nullité. Le prétendu défaut d’indication de motifs par l’employeur ne saurait en l’absence de sanction spécifique édictée par l’article 37 de la loi du 24 mai 1989, avoir une conséquence différente de celle énoncée en matière de licenciement par l’article 2 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail auquel renvoie l’article 37 (caractère abusif de la révision) ».

¹²⁶⁷ CSJ, 3e, 7 mai 2015, 40776, Répertoire IV.2.3.2.1 : Si l’article L.121-7 prévoit que la modification que l’employeur a voulu imposer à son salarié est nulle, la nullité doit cependant être demandée.

¹²⁶⁸ CSJ, 3e, 25 avril 2013, 36703, Répertoire IV. 2.3.2.2.; CSJ, 3e, 10 juillet 2014, 39889, Répertoire IV. 2.3.2.2.

¹²⁶⁹ Voir cependant contra : CSJ, 8e, 30 juin 2016, 41861, Répertoire IV.2.3.2.2. : Tant que le salarié ne l’a pas acceptée expressément et que sa demande ne se heurte pas à un délai de prescription, il peut agir en vue de faire respecter les termes du contrat de travail initialement conclu entre parties. Ce droit n’est pas affecté par son silence, fût-il prolongé.

¹²⁷⁰ CSJ, cass., 28 avril 2016, n° 46/16, n° 3633 du registre, Répertoire IV.2.3.2.2. : « Attendu qu’en déduisant de l’inaction du salarié, après l’écoulement d’une période de réflexion raisonnable, son acceptation tacite des nouvelles conditions de travail et sa renonciation à se

l'absence d'un délai imparti par la loi pour agir en nullité de la modification incriminée, l'omission par le salarié d'exercer cette action dans un délai raisonnable peut être interprétée comme une acceptation tacite. Un délai de deux ans¹²⁷¹, deux ans et demi¹²⁷² ou quatre ans¹²⁷³ n'a pas été considéré comme raisonnable. Encore faut-il cependant que ce silence s'explique par un consentement du salarié, conscient du changement et ne s'y opposant pas¹²⁷⁴.

Le salarié peut demander la nullité de la modification sans devoir démissionner au préalable¹²⁷⁵. Il a la possibilité d'agir en justice pour faire constater cette nullité, par exemple en exigeant sa réintégration à son ancien poste ou en réclamant des salaires. Sans agir en justice, le salarié peut aussi simplement refuser de travailler sous les nouvelles conditions; il prend cependant le risque de se mettre en faute si jamais un tribunal jugera la modification 'non substantielle'. C'est ainsi qu'en pratique, la nullité est souvent invoquée par voie d'exception pour s'opposer à une sanction – tel un licenciement – prononcé par l'employeur, le salarié arguant qu'il n'avait pas à respecter cet ordre et donc qu'il n'a pas commis de faute. Il appartient au salarié de prouver qu'il y a eu une modification défavorable¹²⁷⁶.

Le salarié peut le cas échéant demander également au lieu (ou en plus) de la nullité des dommages-intérêts; ainsi par exemple, la victime d'une rétrogradation professionnelle illégale subit nécessairement un préjudice moral que l'employeur doit indemniser¹²⁷⁷. Un préjudice matériel est cependant plus difficile à justifier; dans la mesure où la modification est nulle, le salarié peut prétendre de toute manière à son salaire et à ses

prévaloir de la nullité de la modification irrégulière, les juges d'appel n'ont pas ajouté une condition à la loi, mais ont fait une application correcte de celle-ci ».

¹²⁷¹ CSJ, 3e, 17 octobre 2013, 39336, Répertoire IV.2.3.2.2. : Si le salarié n'a pas agi tout de suite l'on ne saurait – sauf circonstances exceptionnelles – déduire de son silence une acceptation tacite des modifications intervenues. Le salarié ne doit pas non plus rester passif et il doit entamer une action en justice dans un délai raisonnable. Le salarié restant aux services de son employeur pendant deux ans après l'entrée en vigueur du changement ne peut plus être admis à invoquer l'irrégularité de la modification unilatérale.

¹²⁷² CSJ, 3e, 7 mai 2015, 40776, Répertoire IV.2.3.2.2. : Le salarié doit demander la nullité d'une révision de ses conditions de travail par l'employeur endéans un délai raisonnable, parce qu'à défaut de ce faire, il y a lieu de supposer que le salarié a accepté la modification du contrat de travail. Si le salarié n'agit contre la modification de son contrat de travail que plus de deux ans et demi après que celle-ci avait été décidée, et qu'il n'a pas autrement réagi à la suite de la modification de son contrat de travail mais, au contraire, a accepté de travailler dans sa nouvelle fonction, ce à un salaire plus bas, il y a lieu d'en déduire qu'il avait accepté son changement de poste ainsi que les conséquences financières pour lui et qu'il ne saurait actuellement plus invoquer l'irrégularité de la réduction de son salaire intervenue.

¹²⁷³ CSJ, 3e, 26 mars 2015, 40844, Répertoire IV.2.3.2.2.

¹²⁷⁴ Voir, à propos de salariés ayant continué à travailler pour un potentiel repreneur dans un contexte confus de transfert d'entreprise échoué, CSJ, 3e, 16 octobre 2014, 38579, Répertoire IV.2.3.2.2.

¹²⁷⁵ CSJ, 8e, 5 décembre 2014, 38929, Répertoire IV.2.3.2.1. : Au cas où la modification n'est pas notifiée dans les conditions et formes de la loi, le salarié peut agir en nullité de la modification. L'action qui tend à l'annulation de la modification n'est pas soumise à la condition d'une démission du salarié.

¹²⁷⁶ CSJ, 3e, 26 mars 2015, 40844, Répertoire IV.2.3.2.2.

¹²⁷⁷ CSJ, 3e, 12 mai 2015, 38755, Répertoire IV.2.3.1.2.; voir cependant contra : CSJ, 8e, 13 novembre 2003, 26831, Répertoire IV.2.3.1.2.

avantages antérieurs. Il a cependant été jugé, à propos d'un salarié dont la durée de travail a été réduite unilatéralement, que le salarié n'a droit qu'au salaire des heures effectivement prestées¹²⁷⁸; la solution aurait probablement été différente si dès le départ le salarié avait invoqué l'invalidité du changement et indiqué qu'il se tient à disposition de son employeur pour travailler.

Selon un arrêt de 2011, au lieu de demander la nullité de la modification, le salarié peut également opter, tout comme si la modification lui avait été régulièrement notifiée, à quitter son poste, départ qui équivaut à un licenciement, tel que décrit ci-après¹²⁷⁹. Les mêmes recours que ceux décrits ci-après lui seraient donc ouverts.

620. Conséquences d'une modification respectant les formes. Si une modification substantielle a été notifiée au salarié dans les formes, elle s'impose, le cas échéant après expiration du préavis. Le salarié ne peut en invoquer la nullité, par exemple en réclamant des arriérés de salaire suite à une baisse de sa rémunération. S'il refuse de travailler dans les nouvelles conditions, il commet un acte d'insubordination justifiant une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'à un licenciement. Sauf pour quelques modifications frappées en tout état de cause de nullité (voir ci-après), le salarié n'a aucun moyen pour imposer les conditions contractuelles antérieures. Quelle que soit l'ampleur de la modification et peu importe si l'employeur ne fournit pas de motifs ou des motifs manifestement insuffisants, et en dépit de toutes les réclamations et plaintes du salarié, la modification s'impose à ce dernier. Ainsi par exemple, à propos d'un salarié ayant subi une réduction de salaire de 50 %, il a été décidé que si le salarié reste auprès de son employeur après l'entrée en vigueur des modifications sans résilier immédiatement son contrat, il ne saurait imposer le maintien des conditions antérieures¹²⁸⁰. La seule voie par laquelle le salarié pourra agir contre la motivation est celle du départ de l'entreprise suivi d'une action en justice, sujets détaillés aux deux paragraphes suivants.

621. Résiliation pour refus des nouvelles conditions. L'article L. 121-7 du Code du travail parle de la « résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée ». En pratique, celle-ci prend souvent la forme d'une démission. Néanmoins, cet article n'exige pas une démission formelle. Le refus d'acceptation de la modification n'est soumis à aucune forme particulière et peut résulter tant de la démission du salarié de son poste de travail que de son refus de retourner au travail¹²⁸¹; il faut et il suffit que le salarié qui refuse la modification substantielle de son contrat de travail exprime de façon non équivoque sa volonté de

¹²⁷⁸ CSJ, 8e, 21 avril 2016, 39771, Répertoire IV.2.3.2.1. : Compte tenu du fait que le salaire constitue la contrepartie financière du travail presté, il n'est dû que dans la mesure où le salarié a rempli ses obligations en travaillant pour le compte de son employeur ou en se tenant à tout le moins à sa disposition. Même à supposer que la modification intervenue soit nulle, il n'en resterait pas moins qu'au vu du nombre d'heures de travail normales prestées par le salarié, ses prétentions relatives aux arriérés de salaire ne seraient pas justifiées.

¹²⁷⁹ CSJ, 3e, 10 février 2011, 36036, Répertoire IV.2.3.1.1.

¹²⁸⁰ CSJ, 8e, 2 juillet 2009, 33326, Répertoire IV.2.4.1.

¹²⁸¹ CSJ, 4 juillet 1996, 18209 : « Il ne faut pas non plus que le salarié pose un acte juridique de démission dans les forme et délai de l'article 21 de la loi sur le contrat de travail ou que l'employeur résilie le contrat pour défaut d'acceptation de la modification. Pour qu'il y ait, dans le cadre de l'article 37, rupture des relations de travail, il faut, mais il suffit, que le salarié, qui a fait connaître à l'employeur son désaccord sur la modification, quitte l'entreprise le jour où la modification doit entrer en vigueur »; CSJ, 3e, 16 juin 2016, 42464, Répertoire IV.2.4.2.

résilier celui-ci¹²⁸². Par exemple, le simple fait de ne pas se présenter au nouveau lieu de travail le jour de l'entrée en vigueur du changement est suffisant¹²⁸³. Si par contre, le salarié continue de travailler, il a accepté la modification et ne pourra plus la remettre en question¹²⁸⁴. Un salarié ayant démissionné (avec préavis) quatre jours après l'entrée en vigueur de la modification ne peut plus formuler des prétentions indemnitaires fondées sur l'article L. 121-7¹²⁸⁵.

La situation est plus difficile à apprécier si le salarié n'est pas présent au moment de l'entrée en vigueur du changement (p.ex. parce qu'il est en congé) ou si le changement n'a pas d'impact immédiat (p.ex. modification des conditions d'obtention de la prime de fin d'année). La jurisprudence exige toutefois de la part du salarié un acte positif. S'il ne réagit pas au moment de l'entrée en vigueur du changement, il ne pourra plus faire état d'une résiliation valant licenciement. Il a notamment été décidé que le fait de se mettre en maladie ne vaut pas résiliation du contrat¹²⁸⁶; de même, un salarié qui est en incapacité de travail doit également prendre les devants et quitter son emploi s'il veut attaquer la modification de son contrat¹²⁸⁷.

En cas de modification avec préavis, le salarié devra demander endéans le mois les motifs de la modification, à l'instar de la procédure prévue en matière de licenciement avec préavis (→ Tome III). S'il omet de ce faire, ses chances d'obtenir une indemnisation sont quasiment nulles¹²⁸⁸. En effet, si le salarié n'a pas demandé communication des motifs, il lui incombe d'établir le caractère abusif de la modification¹²⁸⁹.

622. Action en indemnisation. L'article L. 121-7 prévoit que « la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement »; le même principe est rappelé en cas de transfert d'entreprise à l'article L. 127-4 (2) : si, contrairement à ses obligations légales, le cessionnaire opère

¹²⁸² CSJ, 3e, 5 juin 2014, 39887 et 40126, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁸³ CSJ, 3e, 3 octobre 2013, 38026, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁸⁴ CSJ, 4 janvier 2001, 24221 : « En continuant à travailler, il n'a pas considéré son contrat comme rompu du fait des modifications essentielles qui venaient de lui être imposées et qu'il est dès lors censé avoir acceptées. Ses réserves ou protestations sont à cet égard inopérantes »; CSJ, 26 octobre 1995, 17016 ; CSJ, 29 février 1996, 18014 : « Si donc le salarié reste auprès de son employeur après l'entrée en vigueur des modifications sans résilier son contrat en démissionnant, il ne saurait imposer à son employeur le maintien de conditions antérieures. En continuant à travailler, il n'a pas considéré son ancien contrat comme rompu du chef des modifications essentielles qui venaient de lui être imposées. Ses réserves ou protestations seraient à cet égard inopérantes ».

¹²⁸⁵ CSJ, 8e, 31 janvier 2013, 37893, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁸⁶ CSJ, 3e, 11 novembre 2010, 34737, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁸⁷ CSJ, 3e, 1^{er} juin 2006, 28989, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁸⁸ Si théoriquement, il pourrait établir que la modification a été abusive, l'employeur ne supportant aucune charge de la preuve, de telles actions n'ont quasiment aucune chance pour aboutir.

¹²⁸⁹ CSJ, 2 juin 2005, 28650 : « ... l'appelante n'a demandé les motifs de la modification que le 29 juillet 2002, donc longtemps après l'expiration du délai légal d'un mois ... à l'employeur qui lui a fait savoir le 14 novembre 2002 ... qu'il n'était pas obligé de répondre à sa demande de motifs tardif, il incombe à l'appelante, conformément à l'article 22(3) de la loi sur le contrat de travail, d'établir que son licenciement est abusif ».

une modification substantielle des conditions de travail, cette résiliation est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.

Cette requalification de la résiliation en licenciement a pour but d'ouvrir au salarié une action en indemnisation pour licenciement abusif. Cette action peut dès lors uniquement aboutir à des dommages-intérêts¹²⁹⁰, et non au maintien de la relation de travail sous les anciennes conditions contractuelles.

Cette demande est soumise aux mêmes conditions de forme et de fond qu'une action en licenciement abusif, en particulier aux mêmes délais de forclusion¹²⁹¹. Elle est ainsi enfermée dans le délai de forclusion de 3 mois applicable aux procédures de licenciement ordinaires, délai susceptible d'une interversion dans un délai d'un an moyennant une lettre de contestation¹²⁹². Le salarié devra veiller à ne pas résilier son contrat et intenter une action en justice prématurément, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur des modifications¹²⁹³.

Concrètement, le juge devra apprécier si les motifs avancés par l'employeur sont précis, établis et de nature à justifier la décision patronale – c'est-à-dire non pas la résiliation du contrat, mais la modification du contrat. Une modification avec effet immédiat devra être fondée sur un « fait ou une faute [du salarié] qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail » sous les conditions contractuelles actuelles. De telles modifications sont rarissimes en pratique et difficiles à justifier. Une modification avec préavis devra se fonder sur des « motifs réels et sérieux ».

Les motifs à la base de la modification avec préavis peuvent être d'ordre économique ou personnel : **(a)** En pratique, ce sont le plus souvent des **motifs de nature économique** qui sont invoqués à l'appui d'une modification défavorable du contrat. L'existence de motifs économiques réels et sérieux justifiant une modification d'une clause essentielle du contrat de travail en défaveur du salarié doit être appréciée à la date de la notification de la modification de la clause¹²⁹⁴. Dans la lignée de la jurisprudence

¹²⁹⁰ La proposition de réintégration selon la procédure prévue à l'article L. 124-12 du Code du travail n'est guère appliquée en matière de licenciement ordinaire; elle semble encore plus illusoire en matière de modification unilatérale du contrat.

¹²⁹¹ CSJ, 3e, 16 juin 2016, 42464, Répertoire IV.2.4.4. : Le salarié confronté à une révision de son contrat de travail n'est pas tenu d'attendre le jour de la notification de son refus, ou le jour où il cesse de travailler pour formuler sa réclamation; seule une protestation formulée postérieurement à la motivation et avant l'expiration du délai de 3 mois peut interrompre le délai de forclusion initial, dès lors que l'interruption du délai de forclusion suppose que le délai ait commencé à courir. Dans la mesure où la modification du contrat de travail devient par une fiction de la loi un licenciement, rétroactivement au jour de la notification de la modification, c'est à bon droit que le salarié a pu protester contre ce licenciement potentiel avant de refuser la modification.

¹²⁹² CSJ, 24 janvier 2002, 25364 : « Dès lors qu'en vertu de l'article 37 alinéa 3 de la loi précitée du 24 mai 1989 ... la rupture des relations de travail est imputée à l'employeur dont le fait de notifier la modification refusée par le salariée est de ce fait requalifié rétroactivement et de plein droit en un licenciement qui fait courir le délai de forclusion de trois mois prévu à l'article 28(2) alinéa 1er de la même loi, la réclamation du salarié. Qui est postérieure et qui peut être contenue dans la lettre même par laquelle celui-ci notifie à l'employeur son refus d'accepter la modification lui imposée, interrompt valablement le prédit délai de forclusion et fait courir un nouveau délai d'une année, conformément à l'alinéa 2 du même article 28 (2) ».

¹²⁹³ CSJ, cassation, 7 juillet 2004, n° 49/05, n° 2198 du registre, Répertoire IV.2.4.2.

¹²⁹⁴ CSJ, 3e, 4 février 2016, 41135, Répertoire IV.2.4.3.

en matière de licenciement économique (→ Tome III et pour un résumé → I.217), les juges reconnaissent également une large marge d'appréciation à l'employeur pour des modifications fondées sur des considérations économiques¹²⁹⁵ : si l'intérêt économique de l'entreprise paraît nécessiter une réduction des dépenses, l'entreprise dispose de moyens d'action très divers (réduction des coûts, d'approvisionnements, refinancement, etc.) parmi lesquels figure la réduction des coûts salariaux. Il n'existe pas d'obligation que l'employeur devrait prendre des mesures de réduction des autres coûts avant de réduire les coûts salariaux. L'employeur est en droit d'agir sur les coûts salariaux non seulement lorsque la survie économique de l'entreprise en dépend, mais également lorsque cette réduction lui permet d'en augmenter la rentabilité économique. Il a par exemple été jugé que le fait qu'un hôtel réalise des pertes peut justifier des réductions de salaire¹²⁹⁶. Mais même en l'absence de pertes, par analogie à la jurisprudence en matière de licenciement économique, l'employeur peut agir pour assurer la compétitive future de son entreprise, voire même pour augmenter rentabilité et les bénéfices. Mais il nous semble que dans ces derniers cas, la pratique consiste à supprimer des postes, plutôt qu'à revoir à la baisse les conditions de travail de l'ensemble des salariés. **(b)** Une modification unilatérale pour **motif personnel** est plus rare. Il a par exemple été décidé qu'un employeur ne peut réaffecter un salarié à un autre poste avec réduction conséquente de salaire au motif qu'il était absent pour cause de maladie; en cas de maladie, l'employeur doit procéder à un remplacement temporaire¹²⁹⁷. Par contre, la Cour a validé la rétrogradation d'un salarié pour une incapacité d'exercer un poste de responsabilité (problèmes de gestion du personnel et des stocks)¹²⁹⁸. Mais la jurisprudence récente semble hésitante quant à savoir si c'est l'article L. 121-7 qui régit les rétrogradations et réductions de salaire à titre disciplinaire (→ Tome II).

À l'issue du litige, le tribunal donnera raison soit à l'employeur, soit au salarié : **(a)** Si le tribunal reconnaît que les motifs sont suffisants, le salarié ne pourra prétendre à des dommages-intérêts. S'il s'agit d'une modification avec préavis, il pourra cependant prétendre à une indemnité de départ si son ancienneté atteint les cinq ans¹²⁹⁹. **(b)** Si le tribunal estime que les motifs sont insuffisants, le salarié pourra prétendre à une indemnisation de son préjudice tant matériel que moral. Les modalités de calcul devraient être les mêmes qu'en matière de licenciement abusif (→ Tome III); la résiliation est en effet intégralement imputable à l'employeur. S'il s'agissait d'une modification avec effet immédiat, le salarié a droit en outre à une indemnité compensatrice de préavis.

623 à 629. Réservés.

CHAPITRE 3. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES

630. Modifications unilatérales autorisées pour l'employeur. Dans certaines situations, des modifications unilatérales du contrat de travail sont d'office autorisées et justifiées. Elles ne requièrent pas le respect d'une procédure ou d'un préavis particulier.

¹²⁹⁵ CSJ, 3e, 4 février 2016, op. cit.

¹²⁹⁶ CSJ, 3e, 4 février 2016, 41135, op. cit.

¹²⁹⁷ CSJ, 3e, 28 juin 2007, 30861, Répertoire IV.2.4.3.

¹²⁹⁸ CSJ, 3e, 21 mars 2013, 36840, Répertoire IV.2.4.3.

¹²⁹⁹ CSJ, cassation, 18 juin 2009, n° 38/09, n° 2645 du registre, Répertoire IV.2.4.4.

(a) Tel est le cas tout d'abord pour tous les changements qui découlent d'un changement de la loi, des règlements ou de la convention collective ou si en raison d'un recul de l'indice, le mécanisme de l'échelle mobile imposerait une baisse généralisée des salaires. (b) Tel est également le cas à notre avis pour toutes les modifications qui s'imposent à l'employeur et qu'il doit mettre en place pour ne pas se mettre en faute, notamment si les règles de sécurité et de santé au travail le requièrent (p.ex. réserves formulées par le médecin du travail impliquant un changement d'horaire ou de poste). (c) En cas de reclassement interne, les règles sur la modification unilatérale ne s'appliquent pas (L. 551-10 (2)). L'employeur doit et peut réaffecter le salarié à un autre poste. Sa durée de travail peut être réduite, mais en principe pas plus de moitié; une diminution de salaire peut être compensée par des fonds publics. (d) Des règles spécifiques trouvent application pour la modification ou l'abrogation d'un régime complémentaire de pension¹³⁰⁰. (e) Hypothèse exceptionnelle, si la rémunération se compose de manière exclusive ou très large d'allocations payées par des tiers ou d'avantages en nature, l'employeur est en droit de réduire ces avantages si le salarié ne lui verse pas l'argent nécessaire pour lui permettre d'effectuer la retenue d'impôt¹³⁰¹. (f) Dans le cadre de la lutte contre le chômage, si dans des conditions exceptionnelles, des salariés sont affectés sur décision gouvernementale à des travaux extraordinaires d'intérêt général, ils doivent accepter les modifications afférentes quant à la nature et aux conditions de travail (L. 511-22 (2)). (g) Pour la préretraite progressive, la réduction du temps de travail ne requiert pas de procédure spécifique (L. 584-4 (1) al. 2).

631. Modifications décidées par des tiers. Les délégués du personnel n'ont à notre avis pas de mandat au sens contractuel qui leur permettrait de prendre des engagements au nom des salariés ou de modifier les contrats de travail¹³⁰². La loi prévoit cependant des cas spécifiques dans lesquels les délégués du personnel et syndicats semblent pouvoir modifier les conditions des contrats de travail individuels, mais dont l'usage est rarissime en pratique, à savoir en cas de transfert d'entreprise dans le but de préserver l'emploi et d'assurer la survie de l'entreprise (L. 127-5 (2)), ainsi que les accords pouvant être négociés pour les entreprises touchées par des difficultés structurelles ou conjoncturelles particulièrement graves (L. 512-11)¹³⁰³.

632. Modifications nulles d'office. Certaines modifications sont entachées de nullité, peu importe si elles ont été notifiées dans les formes légales ou non; à notre avis, cette nullité ne peut être couverte par un silence prolongé du salarié. La question du caractère substantiel ou non du changement ne devrait pas non plus se poser. Tel est le cas notamment dans les hypothèses suivantes : (a) toutes les modifications qui heurtent l'ordre public, notamment pour être contraires au Code du travail, telle une réduction du salaire en-dessous du salaire minimum ou une amputation du nombre de jours de congé en-dessous du seuil légal. (b) Les modifications constituant une discrimination directe ou indirecte (→ 1.241), c'est-à-dire fondées sur des motifs tels que le sexe, l'âge ou la religion. Il en serait ainsi par exemple si l'employeur décidait de muter un salarié à un poste sans contact avec la clientèle suite à sa décision de changer de sexe. Si l'employeur décidait de réduire les coûts en baissant les salaires du personnel de support, sans toucher aux contrats des opérationnels, il pourrait s'agir d'une discrimination indirecte si le premier groupe était composé majoritairement de femmes

¹³⁰⁰ Art. 6 de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension.

¹³⁰¹ Art. 163 al. 2 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

¹³⁰² Voir à ce propos : Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 270.

¹³⁰³ Voir à ce propos : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 326.

et le second majoritairement d'hommes. **(c)** Certaines modifications ne peuvent être imposées unilatéralement; si la jurisprudence admet – position qui semble discutable – que l'employeur puisse imposer le passage à un temps partiel ou complet (→ Tome II), il ne peut cependant forcer par cette procédure un salarié de passer au télétravail¹³⁰⁴. La jurisprudence luxembourgeoise n'a pas encore décidé dans quelle mesure il est possible de déplacer le lieu de travail à l'étranger, soit temporairement (détachement), soit à titre définitif (et donc d'imposer un changement complet de législation fiscale et sociale). **(d)** Une nullité peut encore être encourue si la modification vise des salariés bénéficiant d'une protection spéciale.

633. Modification des contrats de salariés protégés. Tous les salariés, conformément à la procédure ci-dessus, sont protégés contre une modification substantielle en ce sens que l'employeur doit respecter une procédure et fournir des motifs valables. Toutefois, certains salariés sont spécialement protégés contre une modification unilatérale du contrat de travail : **(a)** Pour les délégués du personnel, la jurisprudence avait admis qu'une modification de leur contrat n'était pas possible puisqu'elle pouvait contraindre le délégué à quitter son emploi, de sorte que la protection contre le licenciement serait contournée. Le délégué pouvait par conséquent agir en nullité de toute modification unilatérale de son contrat. Depuis la réforme du dialogue social de 2016, il est clairement précisé par l'article L. 415-10 que les membres titulaires et suppléants de la délégation du personnel et le délégué à la sécurité et à la santé ne peuvent faire l'objet d'une modification d'une clause essentielle de leur contrat de travail; une action en cessation leur est ouverte. En outre, une telle modification peut s'analyser en délit d'entrave. **(b)** Il n'est pas clair si une modification unilatérale peut avoir lieu durant la maladie. D'un côté, le texte ne prévoit pas explicitement une telle interdiction¹³⁰⁵. D'un autre côté, cela permettrait à un employeur de forcer un salarié malade à abandonner son travail, ce qui serait ensuite requalifié en licenciement. Selon les cas, ce licenciement aurait dès lors lieu durant la maladie ou après la maladie. **(c)** La même problématique se pose à propos des femmes enceintes. Il semble logique, par analogie à l'ancienne jurisprudence applicable aux délégués du personnel, de leur reconnaître la possibilité d'agir en nullité d'une modification notifiée durant la grossesse.

Pour plus de détails sur la modification des conditions contractuelles d'un délégué du personnel :
- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 393 et suivants

634 à 639. Réservés.

¹³⁰⁴ Art. 3 al. 3 et Art. 5 al. 7 de la Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 13 octobre 2006.

¹³⁰⁵ Voir en ce sens CSJ, 3e, 1er juin 2006, 28989, Répertoire IV.2.4.2., qui estime que le salarié qui se fait notifier une modification durant la maladie devrait aussi démissionner durant la maladie s'il ne l'accepte pas.

CHAPITRE 4. – TRANSFERT D'ENTREPRISE

640. Contexte. Les entreprises se restructurent, sont vendues, transférées, scindées, et lors de ces opérations, l'identité de l'employeur peut changer. De tels changements peuvent passer inaperçus pour les salariés, qui continuent à travailler dans le même environnement. Ils peuvent cependant également avoir un impact important non seulement sur les conditions de travail, mais aussi sur la pérennité des emplois. Dans une approche classique, lorsqu'une entreprise ou une partie d'entreprise, tel un service, atelier ou établissement est transféré, l'employeur initial cesse son activité et dispose ainsi, en principe, d'un motif valable de licenciement économique, tandis que le repreneur serait en droit d'embaucher le personnel de son choix pour poursuivre l'activité; il serait libre de reprendre certains seulement des anciens salariés et de fixer les conditions dans lesquelles il est disposé à les reprendre. Or, un tel procédé pourrait conduire à des abus, telles des cessions sans réalité économique, construites dans le seul but de contourner le droit du travail et la protection contre le licenciement. De manière plus générale, les salariés sont davantage attachés au service ou à l'établissement dans lequel ils travaillent qu'à l'identité juridique de leur employeur, qui peut changer pour des considérations souvent étrangères au droit social (questions fiscales, successions, réorganisation au sein d'un groupe). Pour cette raison, les règles sur les transferts d'entreprise cherchent à rendre le changement d'employeur neutre pour le salarié, quitte à déroger au principe de relativité des contrats. Souvent en effet, le cadre de travail de l'entreprise ne change pas, et le salarié n'est pas réellement affecté par un changement d'employeur, pas plus en tout cas que par un changement de son supérieur hiérarchique ou un changement de stratégie qui serait décidé par le chef d'entreprise. Du côté patronal, les règles sur le transfert d'entreprise permettent d'assurer la mobilité capitalistique (libre circulation des valeurs marchandes) de la valeur que représentent les entreprise et parties d'entreprises, et facilitent les restructurations.

Pour protéger les salariés dans de pareilles situations, le Code du travail réglemente de tels transferts aux articles L. 127-1 et suivants. Tout comme en cas de rachat d'un bien d'habitation le contrat de bail est repris par l'acquéreur, les contrats de travail suivent également le sort de l'entreprise et de l'établissement ou de parties de ceux-ci. On peut en conclure que le salarié est rattaché moins à la personne de son patron qu'à son environnement de travail, puisqu'en cas de séparation, il suivra le second.

Par contre, il demeure un risque d'abus de ces règles pour éluder la protection des salariés, notamment en externalisant un service destiné à disparaître à terme, plutôt que de se soumettre aux règles du licenciement collectif.

641. Eléments historiques. L'idée que le salarié est davantage rattaché à l'entreprise qu'à la personne de l'employeur est ancienne. Déjà en 1926, en matière de congé, il a été décidé que « si le législateur a employé les termes 'auprès d'un même patron', il n'a pas visé expressément la personne de l'employeur, mais plutôt l'exploitation. Le droit au congé était donc maintenu même dans le cas où il y aura un changement de la personne du patron, mais que les salariés continuent d'être occupés dans l'établissement »¹³⁰⁶.

¹³⁰⁶ Instructions concernant l'exécution de la loi du 6 décembre 1926 sur le congé ouvrier, p. 8.

Le transfert d'entreprise a été réglementé en France dès 1928; son objectif n'était pas seulement de protéger les salariés, mais également de garantir aux entrepreneurs lors d'un rachat, en période de pénurie de main-d'œuvre, de pouvoir compter sur la force de travail qui y était attachée¹³⁰⁷.

Au Luxembourg, le cessionnaire restait libre de reprendre ou de ne pas reprendre les salariés, écrit TONY PEMMERS en 1952, tout en signalant qu'il arrivait fréquemment qu'au moment de la cession d'un fonds de commerce, le cessionnaire s'engageait envers le cédant à reprendre son personnel et à entrer dans toutes les obligations qu'il pouvait avoir à l'égard de celui-ci¹³⁰⁸.

La première initiative législative remonte à 1962, lorsqu'il a été précisé pour les employés privés que « s'il survient une modification dans la situation de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise »¹³⁰⁹. Le régime juridique du transfert d'entreprise sera par la suite étendu et affiné sur base de directives européennes¹³¹⁰, dont la première date de 1977 et fait ainsi partie des premiers actes communautaires posés en matière de droit du travail¹³¹¹. Le but était de tenir compte de la concentration d'entreprises telle qu'elle s'est développée au cours des années soixante¹³¹².

642. Cadre légal. Les transferts d'entreprise peuvent avoir lieu au-delà des frontières. Dans une optique de réalisation du marché unique européen, la question des effets sociaux de tels transferts a dès 1977 fait l'objet d'une directive européenne, qui a subi des modifications successives et se trouve actuellement codifiée dans une directive de 2001¹³¹³. L'impact du droit européen est important, notamment parce que les notions centrales et souvent litigieuses de « transfert » et d'« entreprise » ou partie d'entreprise sont des notions européennes. Une jurisprudence européenne très vaste s'est développée autour de ces notions; au vu de l'accessibilité de cette jurisprudence et des ouvrages doctrinaux étrangers de grande qualité sur le sujet, il paraît inutile de reprendre dans cet ouvrage tous ces développements. Nous nous limiterons dès lors essentiellement aux grands principes et aux cas d'application offerts par la jurisprudence luxembourgeoise. La matière est réglée aux articles L. 127-1 et suivants du Code du travail.

¹³⁰⁷ OLSZAK Norbert, *Histoire du droit du travail*, Economica 2011, p. 82.

¹³⁰⁸ PEMMERS Tony, *Le contrat de travail des employés* (1952), n° 350.

¹³⁰⁹ Art. 17 tel qu'introduit par la loi du 20 avril 1961 portant 1) réforme du règlement du louage de service des employés privés; 2) modification de l'article 2101, 4 du code civil ainsi que de l'article 545 du code de commerce.

¹³¹⁰ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

¹³¹¹ Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

¹³¹² SCHINTGEN Romain, *La notion du transfert d'entreprise en droit du travail*, in : MELANGES dédiés à la mémoire de Fernand SCHOCKWEILER, Cercle François Laurent, 1998, Bulletin I, p. 8.

¹³¹³ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

643. Encadrement procédural. La loi prévoit dans un premier temps des obligations d'information entre le cédant et le cessionnaire. Ces informations s'inscrivent dans le contexte de négociations entre commerciaux ou professionnels; une omission ou erreur à ce niveau n'a pas d'incidence sur les droits des travailleurs (L. 127-3 (2)). Plus importantes sont les obligations d'information des employeurs des entités concernées envers les représentants du personnel, c'est-à-dire les délégués du personnel, qui doivent avoir lieu en temps utile et comporter certains renseignements obligatoires (L. 127-6).

Concernant l'information et la consultation de la délégation du personnel, voir :
- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 151.

SECTION 1. – CHAMP D'APPLICATION

644. Champ d'application. L'objet du transfert est interprété de manière large et englobe tout ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite des activités. En fonction de la nature de l'activité exercée, un transfert peut même avoir lieu sans transfert d'éléments d'actif (p.ex. en cas de transfert d'une concession pour un territoire déterminé ou en cas de poursuite d'une activité avec reprise de la plupart des salariés qui y étaient antérieurement affectés).

645. Notion de « transfert ». La notion de transfert a été successivement élargie. Si la loi vise la cession conventionnelle, la fusion, la succession, la scission, la transformation de fonds et la mise en société (L. 127-1 (1)), cette énumération n'est cependant pas limitative. On peut y ajouter par exemple une cession de fonds de commerce¹³¹⁴, une reprise par une société d'une activité précédemment exercée en nom personnel¹³¹⁵, la résiliation judiciaire d'un contrat de cession d'entreprise¹³¹⁶. Sont également concernées des opérations telles que l'externalisation (*outsourcing*) ou encore la réinternalisation (*backsourcing*). Il ne doit pas nécessairement exister une relation contractuelle ou autre entre cédant et cessionnaire, le transfert pouvant s'effectuer en plusieurs étapes.

Ainsi, le transfert peut prendre des formes très variées. Il faut cependant que l'identité de l'employeur change. Un simple changement d'actionnariat¹³¹⁷ ou une simple cession de parts sociales¹³¹⁸, même si elle peut avoir en pratique un impact important sur les conditions de travail, n'affecte pas l'identité de l'employeur et ne constitue donc pas un transfert d'entreprise. Si la jurisprudence luxembourgeoise a pu retenir que le champ d'application des dispositions sur le transfert d'entreprise se limite aux cas où le transfert est le fruit d'une opération juridique entre deux employeurs successifs¹³¹⁹, ou encore qu'une succession de prestataires de services suite à la perte d'un marché n'est pas un transfert d'entreprise¹³²⁰, nous doutons cependant de la conformité de cette approche avec le droit européen.

¹³¹⁴ CSJ, 8e, 20 janvier 2011, 35625, 35626 et 35627, Répertoire IV.3.1.

¹³¹⁵ CSJ, 3e, 15 janvier 2015, 40682, Répertoire IV.3.1. (à propos d'un salon de coiffure).

¹³¹⁶ CSJ, 8e, 23 mars 2006 et 15 janvier 2009, 29727, Répertoire IV.3.1.

¹³¹⁷ CSJ, 3e, 13 juillet 2006, 29737, Répertoire IV.3.1.

¹³¹⁸ CSJ, 8e, 30 juin 2011, 36191, Répertoire IV.3.1.

¹³¹⁹ CSJ, 8e, 11 juillet 2013, 38942, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁰ CSJ, 3e, 24 octobre 2013, 38423, Répertoire IV.3.1.

Une réforme de 2003, transposant la seconde directive¹³²¹, a pour objectif de clarifier la notion de transfert d'entreprise et d'assurer la survie d'entreprises insolvable en apportant une certaine souplesse¹³²². Si en cas de faillite (ou de procédure d'insolvabilité assimilée), les contrats de travail sont en principe résiliés de plein droit, ils n'en peuvent pas moins revivre si l'activité est reprise dans les trois mois à partir de la cessation des affaires (L. 125-1 (1)) et ils sont dans ce cas transférés à celui qui reprend l'activité (L. 127-5 (1)).

646. Notion d'« entreprise ». Le transfert peut porter sur une entreprise, un établissement, une partie d'entreprise ou une partie d'établissement, tant dans le secteur public que privé, et même si une activité sans but lucratif est poursuivie (L. 127-1 (1)). La loi vise le transfert « d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire » (L. 127-2).

L'opération doit ainsi porter sur un ensemble, sur une entité économique qui forme un tout. Cette entité doit sur le plan des moyens humains et techniques avoir suffisamment de consistance pour constituer soit un établissement, soit du moins une unité de production ou un centre d'activité distincts. Cette entité économique s'entend d'un ensemble de facteurs de production affectés à une même exploitation. C'est lorsque ces moyens d'exploitation sont transférés tout en conservant leur destination (leur affectation à la même activité ou à des activités analogues) que l'entité économique conserve son identité¹³²³. Pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique organisée de manière stable sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités¹³²⁴.

Il n'y a pas de transfert d'entreprise si quatre camions et quatre chauffeurs sont repris d'une autre société, sans reprise de clientèle¹³²⁵. Une simple reprise des locaux à nettoyer peut opérer, même en l'absence de transfert du matériel qui a été utilisé, un transfert d'entreprise¹³²⁶; il faut toutefois signaler que la convention collective du secteur du nettoyage prévoit des règles spécifiques pour le cas de transfert de contrats de nettoyage.

¹³²¹ Loi du 19 décembre 2003 portant 1. réglementation du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements; 2. transposition de la Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la Directive 77/187/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

¹³²² Projet de loi n° 4896, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi du 30 octobre 2003, p. 2.

¹³²³ CSJ, 8e, 9 juillet 2009, 32339, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁴ CSJ, 8e, 27 novembre 2014, 38944, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁵ CSJ, 3e, 9 juillet 2009, 32592, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁶ CSJ, 3e, 20 octobre 2016, 41831, Répertoire IV.3.1.

647. Maintien d'une activité similaire. L'entreprise doit être reprise et son activité doit être continuée par le repreneur. Un simple changement de certains moyens techniques ou une réorganisation mineure sont sans incidence – il s'agira toujours d'une activité identique ou similaire¹³²⁷. Il en est de même en cas de simple changement d'enseigne si par ailleurs la même activité est poursuivie dans les mêmes locaux¹³²⁸.

648. Champ d'application personnel. Les règles sur le transfert d'entreprise s'appliquent à tous les employeurs, quelle qu'en soit la taille ou la forme. Du côté des travailleurs, le champ d'application personnel peut prêter à discussions. La directive prévoit que les contrats de travail sont inclus, y compris les relations à durée déterminée et les relations intérimaires, mais laisse aux Etats membres une certaine marge dans la définition de ces concepts. Le droit luxembourgeois de son côté inclut expressément les intérimaires, mais vise à l'article L. 127-3 (1) tant les « contrats de travail » que les « relations de travail » sans expliciter la différence et il définit pour le surplus le concept de salarié de manière plus large que le contrat de travail classique comme étant « toute personne physique, à l'exception de celle disposant d'un statut de fonctionnaire ou employé public, occupée par un employeur en vue d'effectuer des prestations rémunérées, accomplies sous un lien de subordination » (L 127-2). Des contrats d'indépendant, non caractérisés par un lien de subordination, ne sont pas transférés¹³²⁹.

SECTION 2. – EFFETS DU TRANSFERT

649. Plan. Selon l'article L. 127-3 (1) al. 1^{er}, les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire (§ 1^{er}), le cessionnaire étant obligé de maintenir les conditions de travail (§ 2). Il appartient à celui qui invoque le transfert d'entreprise à l'appui de sa demande de l'établir; la charge revient ainsi en pratique le plus souvent au salarié¹³³⁰.

§ 1^{er}. – Transfert des contrats

650. Reprise des contrats. L'article L. 127-3 prévoit le transfert automatique des contrats de travail, ce qui a les conséquences suivantes : **(a)** Le cessionnaire est obligé de reprendre les contrats de travail en cours au moment du transfert. **(b)** Le contrat avec le cédant cesse automatiquement, sans préavis et sans indemnités. **(c)** Le transfert s'impose au salarié, qui doit accepter son nouvel employeur et ne peut pas opter pour un maintien auprès de son ancien patron. S'il refuse, il devra démissionner en respectant le préavis légal.

En cas de transfert de tout ou partie d'une entreprise ou d'un établissement, les contrats de travail y attachés sont transférés de l'employeur cédant vers le cessionnaire. Bien qu'il soit lié envers son employeur, la relation de travail du salarié est ainsi plus fortement liée à la structure dans laquelle il travaille qu'à l'identité juridique de l'employeur exploitant cette structure.

Lorsqu'il y a un transfert d'une entité économique, le cessionnaire reprend les contrats de travail existants. Il va de soi qu'il ne reprend que les contrats rattachés à l'activité

¹³²⁷ CSJ, 3e, 13 novembre 2008, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁸ CSJ, 3e, 13 juin 2013, 38327, Répertoire IV.3.1.

¹³²⁹ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 41006, Répertoire IV.3.2. (à propos d'un entraîneur sportif).

¹³³⁰ CSJ, 8e, 30 mai 2016, 41615, Répertoire IV.3.1.

transférée; en pratique, l'identification des salariés effectivement concernés peut cependant poser problème, ce d'autant plus que certains salariés peuvent n'y avoir été affectés que partiellement. En cas de contestation, il appartient au salarié d'établir qu'il y a eu transfert d'entreprise et qu'il était attaché à l'activité transférée. Un problème particulier se pose si un salarié est affecté à plusieurs activités. Il nous semble que par principe, un contrat est transféré en entier ou il ne l'est pas. Prenons l'exemple d'un serveur qui travaille trois jours par semaine dans un premier restaurant et les deux jours restants dans un autre restaurant du même employeur, ce dernier établissement étant cédé. Ce transfert aurait-il pour effet que le contrat de travail est scindé en deux contrats à temps partiel avec l'ancien (3/5) et le nouvel (2/3) employeur? Cette solution paraît difficile à appliquer en pratique, et dans la plupart des cas, il semble préférable de se référer à l'activité principale du salarié. Néanmoins, la jurisprudence luxembourgeoise a reconnu l'existence d'un transfert partiel de contrat¹³³¹.

Le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert (L. 127-3 (1) al. 3).

Ce transfert automatique s'impose tant au cédant qu'au cessionnaire et au salarié. Cédant et cessionnaire ne peuvent convenir dans le cadre de leur accord commercial que les contrats ne seraient pas repris, tout comme le salarié ne peut s'opposer au changement d'employeur. Le refus par le cessionnaire de continuer la relation de travail s'analyserait en licenciement (nécessairement abusif car sans préavis et non motivé), tout comme le refus opposé par un salarié constituerait une démission avec effet immédiat (injustifiée). Ces règles ne peuvent être contournées que par l'accord des trois parties concernées.

Il y a également reprise des contrats de travail dans le cadre du contrat de travail maritime; le marin sera lié envers le nouvel armateur; un changement de pavillon du navire lui permet cependant de résilier le contrat avec effet immédiat¹³³².

652. Non-respect du transfert du contrat. Un refus de la part du cessionnaire de reprendre le contrat peut s'analyser en licenciement¹³³³. Il est plus délicat d'interpréter un refus du salarié de travailler pour le nouvel employeur comme valant démission, puisque les juges sont réticents à reconnaître des démissions implicites; l'employeur peut cependant y voir un refus d'exécuter le contrat, donc une absence injustifiée, qui au bout de quelques jours l'autorise à licencier avec effet immédiat.

653. Protection contre le licenciement. Si certaines conventions collectives (p.ex. celle des banques) prévoient une garantie d'emploi pendant une certaine période suite au transfert d'entreprise, le Code n'impose pas à l'employeur qui reprend les contrats de les maintenir pendant une certaine durée. Il prévoit uniquement que « le transfert d'une

¹³³¹ Il s'agissait toutefois d'une affaire spécifique, puisque les employeurs changeaient, mais pas la structure globale dans laquelle le salarié était intégré. Dans cette affaire, le salarié travaillait pour un cabinet de radiologie dont les associés ont changé successivement. Les nouveaux radiologues ont à chaque fois repris le matériel. Les juges ont décidé qu'il y avait à chaque fois transfert d'entreprise et ont reconnu une situation de « co-emploi » entre les différents associés, qui avaient la qualité d'employeur. On peut déduire de cet arrêt que le contrat peut être transféré pour partie seulement, de sorte que le nombre d'employeurs se démultiplie. CSJ, 8e, 30 juin 2016, 41597 et 43180, Répertoire I.2.2.2.

¹³³² Art. 82 (2) et 84 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

¹³³³ CSJ, 3e, 20 octobre 2016, 41831, Répertoire IV.3.2.

entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement » (L. 127-4 (1)). Pour licencier, il ne suffit dès lors pas d'invoquer la simple existence d'un transfert d'entreprise; un tel licenciement serait abusif. Mais la législation ne s'oppose pas à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi¹³³⁴. S'il n'est pas possible de licencier *à cause* du transfert d'entreprise, rien n'interdit cependant de licencier *suite* au transfert d'entreprise, par exemple parce que ce dernier a rendu certains postes redondants ou a permis des rationalisations.

La protection est ainsi limitée, puisqu'elle interdit simplement d'indiquer comme unique motif de licenciement le transfert d'entreprise. Cette disposition protectrice trouve peu de reflet dans la pratique judiciaire¹³³⁵.

§ 2. – Maintien des conditions de travail

654. Conditions de travail individuelles. Le transfert d'entreprise entraîne transfert des droits et obligations résultant du contrat de travail. Les contrats sont par conséquent repris « tels quels », avec tous les droits et obligations y attachés (L. 127-3 (1)). Les clauses individuelles et autres avantages doivent dès lors rester acquis aux salariés transférés. Les contrats qui devaient expirer à une certaine date (p.ex. CDD, ou lorsqu'un préavis de licenciement ou de démission est en cours), cesseront à la date prévue. L'ancienneté reste acquise aux salariés transférés. Le contrat de travail est dès lors transféré tel quel et les avantages en découlant pour le salarié doivent être maintenus, sauf à recourir à la procédure de modification unilatérale (→ I.610). En particulier, le droit au congé acquis est maintenu (L. 233-13 al. 2). Cette disposition ne vise cependant que les conditions réellement contractuelles et non les simples usages ou pratiques qui, de toute manière, relèvent du pouvoir patronal unilatéral. Tout comme un simple changement de supérieur hiérarchique, un transfert d'entreprise peut dès lors être accompagné d'un nouveau style de direction. Sont à notre avis cependant transférés tous les « droits acquis » (→ Tome II), puisque par l'usage constant, ceux-ci sont entrés dans le champ contractuel. Des règles spécifiques régissent l'effet du transfert sur les régimes complémentaires de pension¹³³⁶.

655. Conditions de travail collectives¹³³⁷. Au niveau des conditions de travail garanties par une convention collective, la situation est plus complexe puisqu'il faut allier d'un côté le principe de maintien des avantages pour les salariés, mais d'un autre côté aussi celui de l'unicité de la convention collective, principe qui cherche à éviter que dans une même entreprise, plusieurs conventions collectives trouvent application. A titre de compromis, il est prévu que ces avantages collectifs ne sont maintenus que temporairement, jusqu'à ce qu'une nouvelle convention collective entre en vigueur pour l'ensemble du personnel (L. 127-3 (3)). En pratique, pour de nombreux transferts, cette problématique ne se pose pas, notamment lorsque le transfert est opéré entre deux

¹³³⁴ Art. 4 (1) de la Directive 2001/23/CE précitée.

¹³³⁵ Sur les derniers dix ans de jurisprudence de la Cour d'appel, une seule décision se rapporte à l'article L. 127-4 (CSJ, 8e, 11 juillet 2013, 38942, Répertoire IV.3.1.), et ce encore pour conclure que le licenciement est valable, parce qu'il n'y a pas eu de transfert d'entreprise.

¹³³⁶ Art. 14 de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension.

¹³³⁷ Voir en détail: Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 234 et suivantes.

entités d'un même secteur soumis à une même convention collective sectorielle, ou encore entre entités non couvertes par une convention collective.

656. Renonciations de la part du salarié. Tel qu'il vient d'être dit, le salarié ne peut renoncer aux effets du transfert, sauf accord non équivoque des trois parties¹³³⁸. Il a aussi été décidé que le salarié ne peut renoncer à son ancienneté¹³³⁹; ce même arrêt a précisé que le transfert des droits et obligations est automatique et indépendant de la volonté des parties; « en conséquence, il ne peut être dérogé par des conventions particulières qui tendent à faire échec dans un sens plus défavorable pour le salarié ». La question mérite d'être soulevée s'il faut en déduire que, même d'un commun accord, employeur et salarié ne peuvent pas modifier le contrat de travail dans un sens « défavorable »¹³⁴⁰. Une telle interdiction des accords défavorables ne pourra en tout cas pas s'appliquer éternellement, la loi ne fixant cependant aucune durée durant laquelle les anciennes conditions devraient être maintenues.

657. Non-respect du maintien des conditions de travail. Si le repreneur ne maintient pas les conditions de travail, les salariés ont tout d'abord la possibilité d'opposer un refus (p.ex. à un changement d'horaire ou de lieu de travail contractuellement figé) ou d'agir en justice pour obtenir leur dû (p.ex. en cas de non-paiement d'une prime). L'article L. 127-4 (2) prévoit en outre que si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du salarié, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur; elle devra donc être traitée comme un licenciement. Les conséquences sont donc les mêmes qu'en matière de modification unilatérale du contrat de travail (voir ci-avant). Cette requalification, qui instaure une sorte de « prise d'acte de la rupture », n'aura cependant plus de grand intérêt pratique¹³⁴¹ dès lors que les conséquences indemnitaires d'une démission pour faute grave et d'un licenciement abusif avec effet immédiat seront prochainement égalisées (Projet de loi n° 7060 suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle¹³⁴²).

658. Renaissance en cas de reprise d'activité. En principe, seuls les contrats en cours au moment de l'opération sont transférés¹³⁴³. Les contrats en cours de préavis sont également transférés, le préavis expirant dans ce cas à la date prévue auprès du nouvel employeur; il en est de même pour les contrats de travail à durée déterminée.

En cas de décès, d'incapacité physique ou encore de faillite de l'employeur, les contrats de travail cessent en principe de plein droit. L'article L. 125-1 (1) prévoit cependant que

¹³³⁸ Puisqu'il est à notre avis toujours possible de résilier d'un commun accord un contrat, puis d'en signer un autre.

¹³³⁹ CSJ, 3e, 20 octobre 2016, 41831, Répertoire IV.3.2.

¹³⁴⁰ La question se poserait encore ce qu'il faut entendre par « défavorable ». Si une telle modification était interdite, faudrait-il refuser une demande d'un salarié qui – par exemple pour raisons familiales – sollicite un travail à mi-temps ? Répondre par la négative reviendrait cependant à abolir toute protection, puisqu'il suffirait de stipuler au préambule de l'avenant que la modification intervient sur demande expresse du salarié et dans son intérêt pour que la modification soit valable. Une telle affirmation est plausible, sauf en cas de réduction pure et simple du salaire.

¹³⁴¹ Sauf le cas échéant en matière d'admission aux indemnités de chômage.

¹³⁴² Cour constitutionnelle, 8 juillet 2016, n° 124.

¹³⁴³ CSJ, 8e, 12 juillet 2007, 31730, Répertoire IV.3.2.

ces contrats peuvent « renaître » si les affaires sont reprises, c'est-à-dire si l'activité est continuée. Il va sans dire que cette « renaissance » peut poser des difficultés pratiques, notamment si le salarié a entretemps retrouvé du travail. Cet article ne profite probablement qu'au seul salarié, qui est libre de décider s'il veut reprendre le travail ou non ; l'employeur reprenant l'activité ne saurait l'y forcer¹³⁴⁴.

Art. L. 125-1 (1). (...) *En cas de transfert d'entreprise au sens des dispositions du même chapitre VII, les contrats résiliés renaissent de plein droit au moment de la reprise des affaires suite au transfert, dans les conditions visées aux articles L. 127-3 à L. 127-5. Dans cette dernière hypothèse, la reprise des affaires doit cependant intervenir dans les trois mois à partir de la cessation des affaires. Ce délai peut être prolongé ou réduit par la convention visée au paragraphe (2) de l'article L. 127-5.* (...)

659. Incidence sur la délégation du personnel. Si on fait abstraction du régime de la cogestion dans les grandes sociétés anonymes, qui ne concerne qu'une dizaine d'entreprises au Luxembourg, le régime des représentants du personnel a fait l'objet d'une réforme majeure entrée en vigueur en 2016¹³⁴⁵. Le comité mixte, établi dans des entreprises de plus de 150 salariés et disposant de certains pouvoirs de codécision a été aboli. Ses compétences ont été transférées aux délégués du personnel, dont le statut a également été substantiellement renforcé.

Tant avant qu'après la réforme, les délégués n'étaient soumis à aucune règle dérogatoire en ce qui concerne le principe de leur transfert vers l'entreprise d'accueil. Dès lors qu'ils sont affectés à l'activité transférée, leur contrat se poursuit avec le reprenneur. En particulier, le transfert vers un nouvel employeur ne saurait être considéré comme un licenciement à l'initiative de l'ancien employeur, qui ouvrirait au délégué l'action en nullité de son congédiement¹³⁴⁶. On ne saurait contester ce transfert que dans l'hypothèse – rarissime ou du moins difficile à prouver – dans laquelle le transfert d'activité en soi serait un montage pour se séparer d'un délégué en contournant sa protection spéciale contre le licenciement.

Par contre, en ce qui concerne leur statut de délégué, la législation antérieure à 2016 ne réglait que partiellement leur sort¹³⁴⁷. A l'époque, les délégations étaient implantées au niveau de l'« établissement » et non de l'« entreprise »¹³⁴⁸; la loi prévoyait qu'en cas de transfert d'un établissement ayant une délégation du personnel propre et conservant son autonomie, la délégation allait continuer à fonctionner de manière autonome; si l'établissement ne conservait pas son autonomie, les délégués rejoignaient la délégation qui existait le cas échéant dans le nouvel établissement (ancien Art. L. 413-2 (5)). La loi restait cependant muette quant aux cas dans lesquels il n'y avait pas transfert d'un établissement entier ayant une délégation propre, mais que seule une partie de l'établissement ou de l'activité est transférée et que des membres isolés de la délégation

¹³⁴⁴ Et donc exiger une indemnité compensatoire de préavis si le salarié devait refuser d'exécuter ce contrat de travail qui est « rené de plein droit ».

¹³⁴⁵ Loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le Code du travail et la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

¹³⁴⁶ CSJ, 16 octobre 1997, Pas. 30, 266.

¹³⁴⁷ Voir en détail : Le droit du travail collectif, Tome 2 : Institutions représentatives du personnel, p. 160 et suivantes.

¹³⁴⁸ Distinction qui n'était cependant pas rigoureusement appliquée et n'avait que peu d'impact pratique.

étaient affectés; dès lors le mandat de ces délégués prenait fin puisqu'ils cessaient de faire partie du personnel de la société dans laquelle ils avaient été élus¹³⁴⁹.

Depuis 2016, les règles sont plus protectrices et, quel que soit le type de transfert, les délégués conserveront leur statut de délégué. L'article L. 413-2 (5) distingue trois hypothèses, qui sont inspirées par le droit européen: **(a)** Si l'entité transférée¹³⁵⁰ conserve son autonomie, le statut et la fonction de la délégation du personnel subsistent. Autrement dit, l'entité continue à fonctionner séparément au niveau de la délégation. Il pourrait donc y avoir une seule « entreprise » avec deux délégations, situation complexe à gérer. **(b)** si l'entité transférée ne conserve pas son autonomie, il faut distinguer comme suit : • Si l'entité d'accueil a une délégation du personnel, les délégués transférés feront partie de plein droit de la délégation de l'entité d'accueil pour former une « délégation élargie », qui devra procéder « dans le mois »¹³⁵¹ à la désignation d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire et d'un bureau. • Si l'entité d'accueil n'a pas de délégation du personnel, la délégation de l'entité transférée fait office de délégation commune. Cette disposition suppose qu'une délégation soit transférée dans son ensemble. En pratique, il arrive cependant souvent que seulement quelques délégués soient transférés; ceux-ci formeront-ils alors la délégation ? Il semble par ailleurs que la délégation subsiste, même si l'entité d'accueil compte moins de 15 salariés¹³⁵².

La loi ne s'intéresse pas au sort de la délégation dans l'entreprise cédante. Si quelques délégués sont transférés vers un autre employeur, les délégués suppléants viendront prendre leur place. Par ailleurs, il est constant que le changement d'effectifs dans l'entreprise cédante n'aura, jusqu'à la prochaine échéance électorale, pas d'incidence sur la composition numérique de la délégation (L. 413-2 (4)). Il se pourrait cependant que le nombre de délégués transférés soit tel qu'il n'y ait plus de suppléants en nombre suffisant, voire qu'il n'y ait plus de délégués du tout dans l'entreprise cédante (si tous les délégués étaient affectés à l'activité transférée). La question de la nécessité d'élections (partielles) intermédiaires se poserait dans ce cas. Cette nouvelle législation n'a pas encore donné lieu à des recours en justice.



¹³⁴⁹ CSJ, 5 juillet 2007, 31707.

¹³⁵⁰ La terminologie de la loi soulève de multiples interrogations. Le premier alinéa vise seulement l'« établissement » conservant son autonomie, tandis que le second alinéa vise le cas dans lequel « l'entreprise, l'établissement, la partie d'entreprise ou la partie d'établissement » conservent leur autonomie. Il s'agit d'un copier-coller d'une Directive européenne, qui aurait pu être mieux transposée. On pourrait donc se retrouver avec le cas d'une entreprise accueillant un autre établissement conservant son autonomie, et dans laquelle fonctionneront deux délégations, l'une pour l'entreprise, l'autre pour un établissement de cette entreprise. Or, toute la nouvelle législation n'est plus adaptée pour des représentations au niveau des établissements.

¹³⁵¹ Commission du Travail et de l'Emploi, Procès-verbal de la réunion du 8 octobre 2014, p. 9 : « une précision d'ordre technique qui s'avère utile dans la pratique afin d'éviter que les nouvelles désignations d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire et d'un bureau seront reportées indûment ».

¹³⁵² CSJ, ordonnance, 30 septembre 2014 : « Le fait que la nouvelle entreprise avait un effectif de huit ou neuf salariés au début de son activité et que la législation ne prescrit pas de représentants du personnel pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 15 personnes ne constitue pas une cause de cessation des fonctions du délégué du personnel ».

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie reprend les principaux ouvrages publiés en droit du travail luxembourgeois. Elle reprend aussi quelques articles référencés dans les notes de bas de page. La plupart des références sont cependant citées directement dans les notes de bas de page.

Ouvrages à vocation doctrinale

SCHINTGEN Romain FABER Joseph	Le Contrat de Travail, Droit et Jurisprudence Ministère du Travail et de l'Emploi, janvier 2010
CASTEGNARO Guy CLAVERIE Ariane	Droit du Travail Luxembourgeois Éditions Paul Bauler, 2007
SCHINTGEN Romain	Droit du Travail Service Information et Presse du Gouvernement, 1996.
PUTZ Jean-Luc	Le nouveau statut de la délégation du personnel Éditions Promoculture-Larcier, 2016
PUTZ Jean-Luc	Luxemburgisches Arbeitsrecht Éditions Promoculture, 2006
PUTZ Jean-Luc	Droit du travail collectif – Tome I : relations professionnelle Éditions Promoculture-Larcier, 2012.
PUTZ Jean-Luc	Droit du travail collectif – Tome II : institutions représentatives du personnel Éditions Promoculture-Larcier, 2012.

Recueils de jurisprudence

PUTZ Jean-Luc WIRTZ Georges	Droit du travail – Répertoire de jurisprudence luxembourgeoise, 2017 (www.repertoire.lu)
FEYEREISEN Marc	Code du Travail luxembourgeois annoté Éditions Promoculture-Larcier, 2017.
LEGITECH	Base de données Lexnow (incluant l'ancienne base de données Legiwork) (www.lexnow.lu)

Manuels et guides

FEYEREISEN Marc	Guide pratique du droit du Travail, 3 ^e édition Éditions Promoculture-Larcier, 2016
PUTZ Jean-Luc	Comprendre et appliquer le droit du travail Éditions Promoculture-Larcier, 2016 (édition 2018 en préparation)
MARC André	Droit du travail au Luxembourg Allen & Overy, 2009
CASTEGNARO Guy	Arbeitsrecht in Luxemburg, 2 ^e édition Éditions Paul Bauler, 2010
SCHILTZ Pierrot PUTZ Jean-Luc,	Droit du Travail – Mode d’emploi, 3 ^e édition Éditions Promoculture, 2009

Ouvrages abordant un sujet particulier

PUTZ Jean-Luc	Le travail flexible et atypique Éditions Promoculture-Larcier, 2016
PUTZ Jean-Luc	Aux origines du droit du travail – La loi, les libertés et les acteurs, Éditions Promoculture-Larcier, 2013
HAAS Armand	Le salaire, Manuel pour le service RH et l’administration des salaires dans les entreprises du secteur privé Imprimerie Centrale Luxembourg, 2013
PUTZ Jean-Luc	Le salarié face au patrimoine intellectuel de l’entreprise Éditions Promoculture, 2011.
PUTZ Jean-Luc	Discrimination au travail Éditions Promoculture, 2010
PUTZ Jean-Luc	Harcèlement moral et sexuel Éditions Promoculture, 2010
PUTZ Jean-Luc	Mobbing am Arbeitsplatz Éditions Promoculture, 2010
PUTZ Jean-Luc AULLO José	Recueil Sécurité et Santé au Travail, Recueil de la législation, réglementation et jurisprudence luxembourgeoise, Editions Promoculture-Larcier, 2018

- CASTEGNARO Guy Employment in Luxembourg,
Éditions Mike Koedinger, 2010
- MARÉCHAL Benoît
PHILIPPE Denis-Emmanuel Le statut des travailleurs frontaliers au
Luxembourg : aspects sociaux et fiscaux
Anthémis, 2015
- SCHILTZ Pierrot L'Alcool, les drogues et le travail
Editions Promoculture-Lacrier, 2018

Périodiques

- FEYEREISEN Marc Jurisnews – Droit du Travail
Éditions Promoculture-Larcier, Périodique, 8
numéros par an

Autres contributions

- BODRY Alex L'engagement à l'essai
Bulletin du Cercle François Laurent, 1987-I
- BRAUN Michael Entwicklungsphasen der luxemburgischen
Sozialversicherung bis zum zweiten Weltkrieg
In : Hémecht n° 34, Editions Saint-Paul, 1982
- DIDERICH Gaston,
ENNESCH Alfons Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz
Auf Grund des Gesetzes vom 31. Oktober 1919
betreffend die gesetzliche Regelung des
Dienstvertrages der Privatangestellten
3e édition, Imprimeur WORRE-MERTENS,
Luxembourg, 1920
- GONTIER-DENIS Antoine Codes de la législation du Grand-Duché de
Luxembourg
Contenant, outre la Constitution et les articles
annotés des codes ordinaires des codes spéciaux
sur chacune des autres matières du droit
1e édition, Luxembourg, Imprimerie de J.
Lamort, Place d'Armes, 1843
- HAAS Armand,
FOLSCHIED Simone Salaires et traitements
Compagnie Fiduciaire Luxembourg, 1983
- HUBERTY François,
WILWERTZ Paul Le Ministère du travail au Service des victimes de
guerre
Conférence nationale du travail n° 12, 1946
- KAYSER Armand Les sources du droit du travail dans le Grand-
Duché de Luxembourg
In : Etude comparative des sources du droit du
travail dans les pays de la communauté

- européenne du charbon et de l'acier,
Luxembourg, 1957
- KAYSER Armand Le contrat de travail en droit luxembourgeois
In : Le contrat de travail dans le droit des pays
membres de la C.E.C.A., Dalloz et Sirey, 1965
(texte date à juillet 1962)
- KAYSER Armand Das Arbeitsrecht im Grossherzogtum Luxemburg
Gesetze, Beschlüsse und Rechtsprechung
Luxemburger Kunstdruckerei, M. Huss, 1929
- KRAVARITOU-MANITAKIS Le droit des conventions collectives au Grand-
Panayota Duché de Luxembourg
In : Kollektivverträge in Europa – Conventions
collectives de travail, Vorträge der
Sommersession 1970 der Faculté Internationale
du droit comparé in Luxemburg, WILHELM
FINK Verlag, 1972
- MAJERUS Nicolas Histoire du droit dans le Grand-Duché de
Luxembourg
Tome I et Tome II
Imprimerie Saint Paul, 1949
- PAUL Mes
ELVINGER André Etapes de l'évolution législative du statut des
employés privés
In : Cinquantième anniversaire: 1924-1974,
Chambre des employés privés, Luxembourg, 1974
- PEMMERS Tony Le contrat de travail des employés dans le Grand-
Duché de Luxembourg,
1^e édition (1928) et 2^e édition revue, adaptée à la
législation nouvelle et augmentée par Paul
ELVINGER (1952)
- TRAUSCH Gérard Les mutations économiques et sociales de la
société luxembourgeoise depuis la révolution
française
Cahier Economique n° 113, STATEC, juillet
2012
- VAN WERVEKE Gust Vom individuellen zum kollektiven Arbeitsvertrag
In : L'Ecole Supérieure du Travail, Résumé des
cours du premier semestre, 1946

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les références renvoient aux numéros de paragraphe.

- abus de droit**
 - pouvoir patronal 233
- accès**
 - d'un tiers aux données personnelles 182
 - du salarié à ses données personnelles 181
- accessibilité du droit**
 - codification du droit du travail 100
- accord**
 - d'entreprise 111
 - subordonné 112
- accroissement d'activité**
 - recours au CDD 519
- accueil au-pair**
 - qualification du contrat 52
- action**
 - en interprétation 113
 - suite à un changement unilatéral 622
- action positive**
 - discrimination positive 244
- actionnaire**
 - cumul avec statut de salarié 75
- activité occasionnelle et isolée**
 - exclusion partielle 20
- activités syndicales**
 - critère de discrimination 245
- ADEM**
 - intervention dans le recrutement 325
- administrateur**
 - cumul avec statut de salarié 72
- administrateur-délégué**
 - cumul avec statut de salarié 71
- adolescents**
 - protection des adolescents 159
- âge**
 - critère de discrimination 245
 - interdiction du travail des enfants 295
 - protection des jeunes et adolescents 159
- agence**
 - de recrutement 326
- agent diplomatique**
 - incompatibilité 68
- agents commerciaux indépendants**
 - statut 56
- agriculture**
 - emploi saisonnier 516
- allaitement**
 - protection des femmes 158
- allègement**
 - → charge de la preuve
- ancienneté**
 - du salarié 162s.
 - transfert d'entreprise 650
- annonce**
 - offre d'emploi 322s.
- antécédents judiciaires**
 - → casier judiciaire
- apparence**
 - contrat de travail apparent 15
 - mandat apparent 226
 - mandat apparent, signature du contrat 363
- appel téléphonique**
 - usage et restrictions 187
- apprentissage**
 - qualification du contrat 52
- appui-emploi**
 - contrat d'~ 52
- aptitude physique**
 - à l'embauche 345s.

ascendance nationale		caméra	
critère de discrimination	245	surveillance des salariés	183
associé		candidat	
cumul avec statut de salarié	75	protection des données	350
atelier protégé		recherche de ~	320s.
salariés handicapés	161	caractéristiques génétiques	
atypique		critère de discrimination	245
formes de travail atypiques	50s., 57	cas d'ouverture	
au-pair		recours au CDD	512s.
qualification du contrat	52	casier judiciaire	
autonomie		demande lors de l'embauche	351
appréciation de la subordination	28s.	interdiction de travailler avec des enfants	302
définition du cadre supérieur	155	mention dans l'offre d'emploi	323
sort de la délégation en cas de transfert	659	CDD	
autorisation		 → contrat à durée déterminée	
administrative pour embaucher	303	CDI	
de travail, étrangers	298s.	 → contrat à durée indéterminée	
avenant		CEDH	
modification du contrat de travail	600s.	→ Convention européenne des droits de l'homme	
avocat		certificat	
appréciation de la subordination	27	durée de la période d'essai	450
incompatibilité	68	cession	
badge social		transfert d'entreprise	645
notion	371	chaîne de sous-traitance	
base de données		incidence et responsabilités	209
..... → données informatiques, personnelles		Chambre des salariés	
bénévolat		contrôle du respect du droit du travail	83
cumul avec contrat de travail	65	changement de sexe	
qualification du contrat de travail	18	critère de discrimination	245
bonne foi		charge de la preuve	
mandat apparent	226	contrat de travail et contenu	380
obligations de non-concurrence	431s.	en matière de discrimination	250
réponses lors de l'embauche	342	présomption par contrat apparent	15
branches juridiques		chef d'entreprise	
définition du salarié	9s.	 → employeur	
voisins du droit du travail	82s.	chercheur	
cadre de travail		recours au CDD	524, 526
intégration dans un ~, subordination	29	clause	
cadre supérieur		attributive de juridiction	474
notion et incidence	155		

choix du droit applicable.....	119	appréciation de la subordination.....	26
d'ancienneté.....	164	commun accord	
d'essai.....	440s.	modification du contrat d'un ~	601s.
d'exclusivité.....	473	communication	
de discrétion, de secret.....	178	usage des moyens de ~	185s.
de fidélisation.....	475	compétence	
de flexibilité.....	420s.	clause attributive de ~ juridictionnelle	474
de non-concurrence.....	434s.	embauche et ~ requise.....	300
de non-recrutement.....	297	vérification à l'embauche.....	347s.
de remboursement des frais de formation.....	472	conclusion	
de renouvellement d'un CDD.....	546	du contrat de travail.....	360s.
essentielle/substantielle, mod. unilat.....	615	concurrence	
facultative.....	470s.	 → non-concurrence	
non valable.....	477s.	concurrence déloyale	
obligatoire du contrat.....	403	débauchage de salariés	321
obligatoire du contrat, CDD	531	condamnations	
preuve du contenu du contrat.....	379s.	 → casier judiciaire	
relative au CDD.....	530s.	conditions de travail	
suspensive.....	404 (2)	maintien, transfert d'entreprise.....	654
clientèle		modification unilatérale	616
obligation de non-concurrence	434	confidentialité	
club sportif		clause de ~	178
..... → sportif		congé annuel payé	
Code civil		mention obligatoire du contrat	404 (8)
branche voisine.....	82	remplacement par CDD	515
et contrat de travail	4	congé de maternité	
Code du travail		remplacement par CDD	515
notion, genèse, contenu.....	96s.	conjoint	
co-décision		 → mariage	
partage du pouvoir patronal.....	228	consentement	
surveillance sur le lieu de travail.....	183	vice du ~, formation du contrat.....	364
codification		Constitution	
notion.....	97	source de droit.....	94
co-emploi		contenu du contrat	
multiplicité d'employeurs	202	 → clauses, ordre public, 400s.	
notion et effets.....	208	contrat	
commencement de preuve		fondement contractuel.....	3
par écrit, preuve du contrat.....	382s.	limitation du pouvoir patronal au ~	230
commerciaux		sources de droit conventionnelles.....	110s.
agents commerciaux indépendants.....	56	contrat à durée déterminée	

égalité de traitement	238	transfert d'entreprise.....	650
information sur les postes en CDI.....	307	contrat de travail maritime	
maintien de l'ancienneté	166	notion et régime	54
notion et régime	500s.	livret de marin.....	371
contrat à durée indéterminée		contrat intermittent	
contrat par défaut	502	interdiction de principe	58
contrat atypique		intermittent du spectacle.....	525
.....	50s., 57	contrats d'insertion	
contrat d'apprentissage		qualification.....	52
qualification	52	recours au CDD	521
contrat d'indépendant		contrats-types	
distinction avec travail subordonné	22s.	de contrat de travail	402
contrat d'insertion		contrôle	
priorité d'embauche.....	306	du respect du droit du travail	83
contrat d'occupation		pouvoir de ~	222
d'élèves et d'étudiants	55	ponctuel, surveillance des salariés.....	184
contrat de mariage		convention collective	
.....	→ mariage	• notion.....	110
contrat de mise à disposition		codification.....	107
travail intérimaire	53	maintien après transfert d'entreprise.....	655
contrat de mission		mention obligatoire du contrat	404 (12)
travail intérimaire	53	prévoyant une clause d'essai.....	445
contrat de stage		Convention européenne des droits de l'homme	
qualification	52	libertés fondamentales.....	169s.
contrat de travail		convictions	
• définition.....	2, 6s.	critère de discrimination.....	245
contenu.....	400s.	corruption	
contrat apparent.....	15	droit de dénonciation	179
contrats ordinaires et atypiques	51s.	couleur de peau	
contrats-types	402	critère de discrimination.....	245
critère de la prestation de travail.....	19	Cour constitutionnelle	
critère de la rémunération.....	18	notion.....	94
critère de la subordination.....	21	courrier électronique	
cumul de contrats de travail	62s.	usage et restrictions.....	189
encadrement	juridique	co-working	
80s.			→ travail collaboratif, co-emploi
exigence d'un écrit	373s.	crime	
formalités post-contractuelles.....	390s.	obligation de dénonciation	179
formation du ~.....	360s.	critères de discrimination	
preuve de l'existence et du contenu.....	379s.		

énumération	245	à la sécurité et à la santé.....	225
cumul		délit	
d'activités et de statuts	60s.	droit de dénonciation	179
d'employeurs	202	demandeur d'asile	
date de début		embauche	298
mention obligatoire du contrat.....	404 (2)	démarche	
débauchage		précontractuelle.....	340s.
de salariés	321	démission	
début d'exécution		irrégularité du contrat de travail	378
mention obligatoire du contrat.....	404 (2)	pour refus d'un changement unilatéral.....	621
déclaration		dépendance	
d'obligation générale	110	 → subordination	
défense		dérogação	
contre une discrimination	249	 → ordre public, principe de faveur	
délai		détachement	
d'attente, CDD	547	• temporaire à l'étranger	120s.
de prévenance, clause de flexibilité.....	421	badge social.....	371
délai de préavis		mentions obligatoires au contrat	404 (16)
clause relative au ~	471	dialogue social	
mention obligatoire du contrat.....	404 (9)	 → syndicats, délégation, négociation	
modification unilatérale du contrat.....	613	accords en matière de ~ interprof.....	111
délégation		diplôme	
du pouvoir patronal	225s.	durée de la période d'essai	450
délégation du personnel		direction	
accès aux données	182	pouvoir de ~	221
implication dans le recrutement.....	289	directive	
modification du contrat d'un délégué	633	droit européen	93
modification unilatérale collective	614	discrétion	
moyens de communication.....	186	obligations de ~	178
partage du pouvoir patronal, codécision .	228	discrimination	
pouvoir patronal envers la ~	234	actions positives	244
recours au CDD	503	contenu de l'offre d'emploi.....	323
règlement intérieur	114	modification discriminatoire.....	632
sort de la ~, transfert d'entreprise	659	notion et régime juridique	239s.
accords collectifs	110s.	questions interdites à l'embauche.....	343
statut des délégués du personnel.....	157	division	
surveillance sur le lieu de travail.....	183	subdivision de l'entreprise	212
transfert d'entreprise, consultation	643	transfert d'entreprise	646
délégué		dol	
à la protection des données	225	vice du consentement.....	364

domestique	
personnel ~	156
données informatiques	
comme outil de travail, subordination	33
données personnelles	
..... → protection des données	
dossier personnel	
accès du salarié à son ~	181
double exemplaire	
contrat de travail	376
mention au contrat	404 (14)
droit	
de dénonciation	179
droit administratif	
notion	82
droit applicable	
au contrat de travail	118s.
droit civil	
..... → Code civil, liberté contractuelle	
droit d'accès	
aux données personnelles	181
droit de l'emploi	
notion	82
droit de l'Union	
droit européen	93
droit du travail	
Code du travail	96s.
droit applicable	118s.
notion	81s.
origine et historique	84
sources de droit	88s.
droit étranger	
choix d'un ~	119
droit européen	
définition des notions	7
discrimination par la nationalité	246
droit fiscal	
notion de salarié	11
droit international	
privé, droit applicable	118s.
source de droit	92
droit pénal	
notion	82
droits fondamentaux	
Constitution	94
du salarié	169s.
liberté d'opinion	177s.
liberté de travail	282
normes supralégales	92s.
vie privée	171s.
durée	
conservation des données personnelles... 180	
d'un CDD	540
de la période d'essai	449s.
durée de travail	
incidence sur la qualification du contrat de travail	20
limitation du pouvoir patronal à la ~	231
mention obligatoire du contrat	404 (5)
modification unilatérale	618
travail à la demande	58
écrit	
absence de contrat écrit	362, 377
exigence d'un contrat écrit	373s.
forme du CDD	530s.
modification du contrat de travail	602
EES	
..... → entité économique et sociale	
effectifs	
taille de l'entreprise	203
égalité de traitement	
• principe	235s.
salarié sous CDD	552
travailleurs intérimaires	53
électronique	
→ courrier électronique, données personnelles, Internet	
électronique	
contrat de travail ~	373
élève	

occupation durant les vacances scolaires... 55	• notion et incidence.....214
email	maintien de l'ancienneté 168
..... → courrier électronique	nouvelle période d'essai 460
embauche	entraide familiale et amicale
formalités après ~ 390s.	exclusion partielle 20
honorabilité et casier judiciaire..... 351s.	entraîneur sportif
information sur les postes disponibles.....307	appréciation de la subordination 38s.
interdictions et restrictions..... 290s.	entrée en vigueur
obligation d'~ 284s.	mention obligatoire du contrat 404 (2)
offre d'emploi 322s.	entreprise
priorité d'~ 304s.	ancienneté d'~ 163
promesse unilatérale..... 365	de travail intérimaire.....53
protection des données 350	familiale 156
recherche de candidats 320s.	incidence de la taille.....203
ressortissants d'un pays tiers.....298s., 344	politique d'emploi.....289
tests et essais avant ~ 348	subdivisions 212
vérifications précontractuelles..... 340s.	transfert d'~ 640s.
employé privé	entretien d'embauche
historique 85	notion et procédure 341s.
notion 153	entretien préalable
employeur	à la modification du contrat 613
cumul avec le statut de salarié 61	époux
en situation irrégulière 291	 → mariage
identification 205s.	équité
notion et définition 200	principe d'égalité de traitement..... 235s.
pouvoir patronal 216s.	erreur
preuve du contrat de travail 383	vice du consentement.....364
encadrement juridique	essai
du contrat de travail 80s.	• période d'~, régime 440
enfant	avant embauche 348
critère de discrimination..... 245	modification contractuelle à l'~ 603
interdiction de travailler avec des enfants 302	période d'~, CDD 533
interdiction du travail des enfants..... 295	essentiel
engagement	clause essentielle, modification unilatérale615
..... → clause	établissement
enregistrement	subdivision de l'entreprise 212
surveillance des salariés 183	transfert d'entreprise 646
ensemble organisé de moyens	état de santé
transfert d'entreprise..... 644	aptitude physique à l'embauche..... 345s.
entité économique et sociale	critère de discrimination 245

ethnie	
critère de discrimination	245
étranger	
ressortissants d'un pays tiers	298s.
recours au CDD	523
travail à l'~, mentions au contrat	404 (16)
étudiant	
occupation durant les vacances scolaires ...	55
recours au CDD	526
Europe	
droit européen	93
évolution	
du Code du travail	109
exclusivité	
appréciation de la subordination	30
clause d'~	473
exemplaires	
rédaction du contrat de travail	376
exercice	
du pouvoir patronal	224s.
exigence professionnelle essentielle	
discrimination	243
expiration	
d'un CDD	504, 540s.
expression	
liberté d'~	177s.
externalisation	
transfert d'entreprise	645
faisceau d'indices	
qualification du salarié	13
famille	
entreprise familiale	156
femme	
critère de discrimination	245
égalité de rémunération entre sexes	252
femme enceinte	
modification du contrat d'une ~	633
priorité d'embauche	306
protection	158
	suspension de l'essai
fidélisation	
clause de ~	475
fin	
d'un CDD	504, 540s.
fiscalité	
.....	→ droit fiscal
flexibilité	
flexicurité	57
travail flexible	→ travail atypique
fonctionnaire	
incompatibilité	68
statut non-contractuel	3
fondement contractuel	
de la relation de travail	3
formalités	
après la conclusion du contrat	390s.
formation	
égalité de traitement	244
remboursement des frais de ~	472
usage de recourir au CDD	517
forme	
de la clause d'essai	443s.
du CDD	530s.
du contrat de travail, écrit	373s.
modification du contrat de travail	602
fortune	
critère de discrimination	245
frais professionnels	
remboursement des frais de formation	472
freelance	
.....	→ indépendant
fusion	
transfert d'entreprise	645
gardiennage	
autorisation avant embauche	303
géolocalisation	
surveillance des salariés	183
gérant	
cumul avec statut de salarié	73

grande entreprise

incidence de la taille 203

grossesse

modification du contrat durant la ~ 633

protection des femmes enceintes 158

remplacement par CDD 515

suspension de l'essai 454

groupe de sociétés

maintien de l'ancienneté 168

notion d'employeur 213

nouvelle période d'essai 460

transfert d'entreprise 640s.

handicap

critère de discrimination 245

quotas d'embauche 286

salariés handicapés 161

hiérarchie

des normes 89

principe de faveur 91

homme

critère de discrimination 245

égalité de rémunération entre sexes 252

honorabilité

vérification lors de l'embauche 351s.

horaire de travail

clause de flexibilité 422

mention obligatoire du contrat 404 (6)

modification unilatérale 618

identification

de l'employeur 205s.

identité des parties

mention obligatoire du contrat 404 (1)

incapacité de travail

modification du contrat durant la ~ 633

remplacement par CDD 515

suspension de l'essai 453

indemnisation

pour refus d'un changement unilatéral 622

indépendance financière

critère d'appréciation de la subordination . 36

indépendant

agents commerciaux indépendants 56

cumul avec le statut de salarié 63

distinction avec travail subordonné 22s.

information

lors de l'embauche 342

sur les postes disponibles 307

informatique→ courrier électronique, données
personnelles, Internet**ingénieur**

appréciation de la subordination 27

incompatibilité 68

initiation à l'emploi

contrat d'~ 52

Inspection du travail

accès aux données 182

contrôle du respect du droit du travail 83

détachement à l'étranger 120s.

responsabilité pour le sous-traitant 209

interdiction

d'embauche 290s.

de prester certains travaux 302

questions interdites à l'embauche 343

travail des enfants 294

interdiction de conduire

..... → permis de conduire

intérimaire

égalité de traitement 238

information sur les postes disponibles 307

mention dans l'offre d'emploi 323

régime juridique 53

intermittent

du spectacle, recours au CDD 525

Internet

usage et restrictions 188

interprétation

des accords collectifs 113

du contrat, changement législatif 604

ITM

..... → Inspection du travail	liberté d'expression 177s.
jeunes	libre circulation
protection des jeunes.....159	au sein de l'Union européenne..... 298
quotas d'embauche.....287	licéité
service volontaire.....52	du traitement de données personnelles ... 180
job-description	licenciement (général)
clause de flexibilité.....423	requalification d'un CDD en CDI..... 556
mention obligatoire du contrat.....404 (4)	transfert d'entreprise..... 653
juridiction	licenciement discriminatoire
clause attributive de ~ 474	notion et sanction 251
jurisprudence	licenciement économique
source de droit.....88	priorité d'embauche 305
justification	lieu de travail
d'une discrimination 243	clause de flexibilité 424
lanceur d'alerte	détachement à l'étranger 120s.
statut 179	mention obligatoire du contrat 404 (3)
langue	surveillance sur le ~ 183
critère de discrimination 245	livret
rédaction du contrat de travail.....375	d'ouvrier, notion et historique 370s.
légitimité	de marin..... 371
du traitement de données personnelles 180	loyauté
liberté	obligation de non-concurrence 434
appréciation de la subordination 27	maladie
liberté contractuelle	modification du contrat durant la ~ 633
implications générales 5	remplacement par CDD 515
lors du recrutement 281, 320	suspension de l'essai 453
ordre public..... 90s.	mandat
restrictions à la ~ 281s.	délégation du pouvoir patronal..... 225
liberté d'expression	mandat apparent
moyens de télécommunication 185s.	notion..... 226
notion et portée..... 177s.	mandat social
opinions et discrimination.....245	cumul avec le contrat de travail 69s.
liberté de travail	mariage
au sein du mariage 292	critère de discrimination..... 245
obligation de travailler.....282	cumul avec contrat de travail..... 67
liberté du commerce	droit d'opposition du conjoint..... 292
et de l'industrie.....217	maritime
libertés fondamentales	 → contrat de travail maritime
de l'employeur.....217	maternité
du salarié.....169 s.	 → grossesse, femme enceinte

critère de discrimination.....	245	modification unilatérale collective du contrat	614
mention		sources de droit conventionnelles, conventions collectives.....	110s.
obligatoire du contrat.....	403	non-concurrence	
obligatoire du contrat, CDD	531	embauche d'un salarié sous clause de ~..	290, 296
minorité nationale		obligation et clause de ~	430s.
critère de discrimination.....	245	non-recrutement	
mise à disposition		clause de ~	297
égalité de traitement	238	normes conventionnelles	
travail intérimaire.....	53	sources de droit.....	110s.
mission		normes non-contraignantes	
intérimaire.....	53	source de droit.....	88
mobilité		normes unilatérales	
clauses de flexibilité.....	420s.	modification unilatérale du contrat.....	610s.
modèle		promesse d'embauche.....	365
contrats-types.....	402	source de droit.....	88
modification		notaire	
du contrat de travail	600s.	incompatibilité.....	68
favorable ou défavorable.....	612	nullité	
mœurs		du contrat pour vice du consentement.....	364
critère de discrimination.....	245	objet	
moment		du contrat de travail.....	19
clause d'essai.....	447	du CDD, mention précise	533
de la rédaction du contrat	374	obligation	
moyen de preuve		après conclusion du contrat	390s.
admissibles, preuve du contrat	382s.	d'embaucher	284s.
moyens de communication		d'information à l'embauche.....	342
usage et restrictions.....	185s.	de dénonciation.....	179
naissance		de discrétion	178
critère de discrimination.....	245	de non-concurrence.....	431s.
nationalité		de non-concurrence, recrutement.....	290
critère de discrimination.....	245, 246	de travailler, liberté de travail	283
ressortissants d'un pays tiers.....	298s.	précontractuelle.....	340s.
nature de l'emploi		obligation de résultat	
clause de flexibilité	423	appréciation de la subordination	32
critère d'appréciation de la subordination .	25	obligation de travailler	
mention obligatoire du contrat.....	404 (4)	appréciation de la subordination	31
navire		occupation	
..... → contrat de travail maritime		d'élèves et d'étudiants	55
négociation			
d'embauche	341s.		

occupation temporaire	
notion et formes	505
offre d'emploi	
notion et contenu.....	322s.
OIT	
source de normes.....	92
on-call	
travail à la demande	58
opinion	
critère de discrimination	245
opposabilité	
du règlement intérieur.....	116
opposition	
droit d'~ du conjoint.....	292
ordinateur	
usage et restrictions	185s.
ordre public	
choix du droit applicable	119
clauses non valables.....	477s.
notion et hiérarchie des normes	90s.
statut du salarié.....	12
organisation	
intégration dans une ~, subordination	29
Organisation internationale du travail	
source de normes.....	92
orientation sexuelle	
critère de discrimination	245
origine	
critère de discrimination	245
outils de travail	
propriété des ~, subordination	33
ouvrier	
historique	86
livret d'~	370s.
notion	153
paiement du salaire	
critère d'appréciation de la subordination..	34
parasubordonné	
notion	22
paris sportifs	
autorisation avant embauche.....	303
partenaire contractuel	
choix du ~	288
passe-temps	
cumul avec contrat de travail.....	65
patron	
.....	→ employeur
pavillon	
.....	→ contrat de travail maritime
pension complémentaire	
mention obligatoire du contrat	404 (13)
période	
de carence, CDD.....	547
période d'essai	
dans un CDD.....	533
notion et régime	440s.
pour une modification contractuelle.....	603
permis de conduire	
mention dans l'offre d'emploi.....	323
vérification à l'embauche	352
permis de travail	
ressortissants d'un pays tiers	298
personne morale	
employeur.....	206, 211
personne physique	
salarié.....	152
personnel domestique	
notion et statut.....	156
petite entreprise	
incidence de la taille	203
placement	
par des tiers	324s.
plan de maintien dans l'emploi	
notion.....	111
plan social	
modification unilatérale collective.....	614
notion.....	111
plateformisation	
appréciation de la subordination.....	29
travail atypique.....	57

pluralité	transfert d'entreprise 643
d'employeurs 202	
politique d'emploi	professions libérales
de l'entreprise..... 289	appréciation de la subordination 27
poste de travail	profilage
..... → nature de l'emploi	surveillance des salariés.....183
pourparlers	promesse
d'embauche 341s.	d'embauche.....365
pouvoir patronal	propriété
abus de droit..... 233	outils de travail, subordination 33
contenu 218s.	protection
égalité et discrimination..... 235s.	protection spéciale de certains salariés . 157s.
généralités 216s.	protection des données
partage avec les délégués..... 228	• notion et régime..... 180s.
préavis	candidats au recrutement.....350
clause relative au ~ 471	casier judiciaire 351
délai de ~, mention obligatoire 404 (9)	délégué à la ~ 225
modification unilatérale du contrat..... 613	droit d'accès.....181
précarité	règlement européen.....175
..... → CDD, intérimaire, travail atypique	surveillance des salariés.....183
préretraite	protection internationale
cumul avec contrat de travail..... 66	demandeur de ~, embauche.....298
présomption	publication
contrat de travail apparent 15	d'une offre d'emploi..... 322s.
prestation de travail	qualification
élément constitutif du contrat de travail.... 19	qualité de salarié 12s.
preuve	vérification à l'embauche..... 347s.
charge de la preuve..... → ce terme	quota
du contrat de travail 379s.	actions positives 244
obtenue par un moyen de surveillance..... 184	embauche d'handicapés 286
primauté des faits	race
qualification du salarié 13	critère de discrimination 245
principe de faveur	reclassement
notion 91	modification unilatérale du contrat 630
priorité	salariés reclassés 160
d'embauche 304s.	recommandation
prise d'intérêts	de l'OIT.....92
droit de dénonciation..... 179	de l'Union européenne.....93
procédure	source de droit.....88
modification unilatérale du contrat..... 613	reconduction
	d'un CDD 546

recrutement		résiliation	
agence de ~	326	irrégularité du contrat de travail	378
référéndum		responsabilité	
d'entreprise	229	co-emploi et sous-traitance	207s.
réfugié		ressortissants de pays tiers	
embauche	298	embauche de ~	298s., 344
régime de pension		recours au CDD	523
complémentaire, mention au contrat 404 (13)		responsabilité de l'entrepreneur principal	210
règlement		ressources humaines	
droit européen	93	politique d'emploi	289
sur la protection des données	175	restriction	
règlement grand-ducal		d'embauche	290s.
codification	107	restructuration	
source de droit	88	transfert d'entreprise	640s.
règlement intérieur		retraite	
notion, source de droit	114	cumul avec contrat de travail	66
relation à durée globale indéterminée		révision	
emploi saisonnier	516	modification du contrat de travail	600s.
religion		rupture du contrat	
critère de discrimination	245	maintien de l'ancienneté	167
remboursement		nouvelle période d'essai	459
clause de ~ des frais de formation	472	saison	
rémunération		emploi saisonnier	516
..... → salaire		salaire	
renaissance		critère d'appréciation de la subordination .	34
du contrat par reprise d'activité	658	définition du cadre supérieur	155
renouvellement		égalité de rémunération entre sexes	252
d'un CDD	546	égalité de traitement, CDD	552
d'une période d'essai	456s.	égalité de traitement, intérimaires	53
renversement		élément constitutif du contrat de travail	18
..... → charge de la preuve		en cas de requalification d'un CDD en CDI	556
représentant du personnel		incidence sur la durée de l'essai	450
délégation du personnel	→ ce terme	mention obligatoire du contrat	404 (7)
partage du pouvoir patronal	228	modification unilatérale	617
reprise d'activité		principe de non-discrimination	239s.
renaissance du contrat	658	seuil pour sportifs et entraîneurs	40
requalification		salaire	
d'un CDD en CDI	554	• définition et notion	151s.
réserve de la loi		ancienneté	162s.
Constitution	95		

cumul avec le statut d'employeur.....	61	contrôle du respect du droit du travail.....	83
débauchage de ~	321	formalités après embauche.....	390
détaché	120s.	notion de salarié	10
expatrié, mentions au contrat	404 (16)	responsabilité de l'entrepreneur principal	210
handicapé, quotas	286	service	
handicapé, statut	161	subdivision de l'entreprise	212
preuve du contrat de travail	382	transfert d'entreprise	646
protection de la vie privée	171s.	service organisé	
reclassé, statut	160	intégration dans un ~, subordination.....	29
ressortissant d'un pays tiers	298s.	service volontaire	
statut d'ordre public	12s.	des jeunes	52
salle de jeu		sexe	
autorisation avant embauche	303	critère de discrimination	245
sanction		protection des femmes enceintes	158
absence de clause d'essai écrite	448	sexe sous-représenté	
absence de contrat écrit	377	actions positives	244
contrôle du respect du droit du travail.....	83	signature	
d'une discrimination.....	247s., 254	du règlement intérieur	117
embauche d'étrangers	299	élément nécessaire au contrat	404 (15)
modification unilatérale irrégulière	619s.	situation de famille	
omission d'une mention obligatoire au		critère de discrimination	245
contrat.....	406	société	
pouvoir disciplinaire.....	223	cumul contrat de travail et mandat social	69s.
recours illégitime au CDD	553s.	socle européen	
violation d'une obligation de non-		des droits sociaux.....	93
concurrence.....	432, 437	soft-law	
santé		source de droit.....	88
données relatives à la santé	180	source de droit	
scission		Code du travail	96s.
transfert d'entreprise	645	en droit du travail.....	88s.
secret des lettres		hiérarchie des normes	89
courrier électronique.....	189	normes conventionnelles.....	110s.
secret professionnel		règlement intérieur.....	114
obligations de discrétion.....	178	sous-traitance	
sécurité et santé		incidence et responsabilités	209
après conclusion du contrat.....	390	spectacle	
au niveau de l'embauche	302	intermittent du ~, recours au CDD.....	525
sécurité sociale		usage de recourir au CDD.....	517
accès aux données	182	sportif	
affiliation, critère d'appréciation de la		appréciation de la subordination	38s.
subordination.....	37		

usage de recourir au CDD.....	517	téléphone	
stage		usage et restrictions.....	187
qualification du contrat.....	52	télétravail	
statut unique		égalité de traitement.....	238
notion et historique	153	information sur les postes disponibles.....	307
structure		témoignage	
du Code du travail	103s.	preuve du contrat de travail.....	382s.
subdivision		temps partiel	
de l'employeur, de l'entreprise	211	égalité de traitement.....	238
subordination		information sur les postes à temps plein.	307
cumul avec mandat social.....	69s.	terme	
exceptions pour sportifs et entraîneurs ...	38s.	d'un CDD.....	541
notion, critère du contrat de travail	21s.	test médical	
substantiel		à l'embauche	345s.
clause substantielle, modification unil.	615	tests	
succession		avant embauche	348
transfert d'entreprise	645	tourisme	
succession de contrats		emploi saisonnier	516
nouvelle période d'essai	458	traitement	
surcroît exceptionnel d'activité		de données	→ protection des données
recours au CDD	519	égalité de ~	→ ce terme
surveillance		transfert d'entreprise	
des salariés.....	183	maintien de l'ancienneté.....	166
suspension		notion et régime	640s.
de la période d'essai.....	453	travail à la demande	
syndicat		interdiction de principe	58
contrôle du respect du droit du travail.....	83	travail atypique	
critère de discrimination	245		50s., 57
liberté d'expression.....	177	travail clandestin	
modification unilatérale collective du contrat	614	consistance minimale du travail.....	20
moyens de communication	186	employeur en situation irrégulière	291
sources de droit conventionnelles,		travail collaboratif	
conventions collectives.....	110s.	appréciation de la subordination.....	29
tâche occasionnelle et non durable		travail atypique.....	57
recours au CDD	518	travail de nuit	
tâche précise et non durable		femmes enceintes	158
recours au CDD	512	travail de valeur égale	
taille		égalité de rémunération entre sexes.....	253
de l'entreprise, incidence	203	travail forcé	
		liberté de travail	282

travail intérimaire	occupation d'élèves et d'étudiants.....55
notion et principes	53
travail personnel	vente
appréciation de la subordination.....	30
travailleur	transfert d'entreprise 645
définition européenne du salarié	151
travaux urgents	vérification
recours au CDD	520
tribunal	précontractuelle.....
clause attributive de juridiction	474
unicité	vices du consentement
d'employeur.....	202
Union européenne	formation du contrat.....
droit de l'Union européenne.....	93
université	vie privée
recours au CDD	524
usage	• protection de la vie privée.....
de recourir au CDD	517
source de droit	88
vacances scolaires	violences
	vice du consentement.....
	364
	viticulture
	emploi saisonnier
	516
	whistleblower
	statut
	179
	zero hour contract
	travail à la demande
	58

TABLE DES MATIÈRES

<i>Avant-propos</i>	7
TITRE PREMIER. – LE CONTRAT DE TRAVAIL	11
CHAPITRE 1 ^{ER} . – NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL.....	13
<i>Section 1. – Fondement contractuel</i>	13
<i>Section 2. – Définition du contrat de travail</i>	15
§ 1 ^{er} . – Définitions des différentes branches juridiques.....	16
§ 2. – Un statut d'ordre public.....	19
<i>Section 3. – Critères du contrat de travail</i>	22
§ 1 ^{er} . – Critère de la rémunération.....	22
§ 2 – Critère de la prestation de travail.....	23
§ 3. – Critère de la subordination.....	25
1. Critères d'appréciation.....	28
2. Sportifs et entraîneurs.....	37
CHAPITRE 2. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES ET CONTRATS ATYPIQUES.....	40
<i>Section 1. – Relations contractuelles spécifiques</i>	40
<i>Section 2. – Cumul d'activités</i>	50
§ 1 ^{er} . – Cumul de statuts.....	51
§ 2. – Cumul entre contrat de travail et mandat social.....	54
CHAPITRE 3. – ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	60
<i>Section 1. – Le droit du travail</i>	60
§ 1 ^{er} . – Notion.....	60
§ 2. – Origines du droit du travail.....	63
<i>Section 2. – Sources de droit</i>	65
§ 1 ^{er} . – Normes supralégales.....	70
§ 2. – Le Code du travail de 2006.....	74
1. La codification du droit du travail.....	74
2. Finalités et principes de la codification.....	78
3. Structure et contenu du Code.....	80
§ 3. – Encadrement conventionnel.....	84
§ 4. – Le règlement intérieur.....	87
<i>Section 3. – Droit applicable et détachement</i>	89
TITRE II. – LES PARTIES AU CONTRAT DE TRAVAIL : SALARIÉ ET EMPLOYEUR	95
CHAPITRE 1 ^{ER} . – LE SALARIÉ.....	97
<i>Section 1. – Définition du salarié</i>	97
<i>Section 2. – Catégories de salariés</i>	98

§ 1 ^{er} . – Salariés exclus de certaines règles protectrices.....	101
§ 2. – Salariés bénéficiant d'une protection spécifique.....	104
<i>Section 3. – L'ancienneté.....</i>	<i>108</i>
<i>Section 4. – Libertés et droits fondamentaux sur le lien de travail.....</i>	<i>112</i>
§ 1 ^{er} . – Protection de la vie privée.....	114
§ 2. – Liberté d'expression, obligations de discrétion et de dénonciation.....	119
§ 3. – Protection des données et surveillance électronique.....	126
§ 4. – Internet et moyens de communication.....	135
CHAPITRE 2. – L'EMPLOYEUR.....	139
<i>Section 1. – Définition de l'employeur.....</i>	<i>139</i>
§ 1 ^{er} . – Identification de l'employeur.....	144
§ 2. – Coemploi et sous-traitance.....	146
§ 3. – Subdivisions et ensembles d'employeurs.....	148
<i>Section 2. – Pouvoir patronal.....</i>	<i>152</i>
§ 1 ^{er} . – Contenu du pouvoir patronal.....	154
§ 2. – Exercice du pouvoir patronal.....	156
1. Délégation au sein de l'entreprise.....	156
2. Partage du pouvoir patronal.....	159
3. Limitation au champ contractuel.....	161
§ 3. – Egalité et non-discrimination.....	164
1. Principes d'égalité.....	164
2. Discrimination.....	167
3. Egalité de rémunération entre hommes et femmes.....	176
TITRE III. – CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	179
CHAPITRE 1 ^{ER} . – RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE.....	181
<i>Section 1. – Obligations de contracter.....</i>	<i>181</i>
§ 1 ^{er} . – Obligation du salarié de travailler.....	181
§ 2. – Obligations de l'employeur d'embaucher.....	183
<i>Section 2. – Choix du partenaire contractuel.....</i>	<i>184</i>
§ 1 ^{er} . – Restrictions du choix du salarié quant à l'employeur.....	185
§ 2. – Restrictions du choix de l'employeur quant au salarié à embaucher.....	186
1. Restrictions découlant du statut du salarié.....	187
2. Travail des étrangers.....	188
3. Restrictions découlant de la nature de l'emploi.....	190
4. Priorités d'embauche.....	192
CHAPITRE 2. – RECHERCHE DE CANDIDATS.....	195
<i>Section 1. – Offres d'emploi.....</i>	<i>196</i>
<i>Section 2. – Intervention de tiers.....</i>	<i>197</i>
CHAPITRE 3. – DÉMARCHES ET VÉRIFICATIONS PRÉCONTRACTUELLES.....	199
<i>Section 1. – Entretien et pourparlers d'embauche.....</i>	<i>199</i>
<i>Section 2. – Aptitude physique.....</i>	<i>200</i>

<i>Section 3. – Compétences et qualification</i>	201
<i>Section 4. – Honorabilité et antécédents judiciaires</i>	203
CHAPITRE 4. – FORMATION DU CONTRAT	205
CHAPITRE 5. – FORME ET PREUVE DU CONTRAT.....	209
<i>Section 1. – Historique</i>	209
<i>Section 2. – Exigence d'un écrit</i>	213
<i>Section 3. – Preuve du contrat de travail</i>	216
CHAPITRE 6. – FORMALITÉS ET OBLIGATIONS POSTCONTRACTUELLES	220
TITRE IV. – CONTENU DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	223
CHAPITRE 1 ^{ER} . – MENTIONS OBLIGATOIRES.....	225
CHAPITRE 2. – CLAUSES DE FLEXIBILITÉ	232
CHAPITRE 3. – CLAUSE DE NON-CONCURRENCE	235
<i>Section 1. – Durant l'exécution du contrat</i>	236
<i>Section 2. – Après la fin du contrat</i>	237
CHAPITRE 4. – PÉRIODE D'ESSAI	240
<i>Section 1. – Forme de la clause d'essai</i>	241
<i>Section 2. – Durée de la période d'essai</i>	244
<i>Section 3. – Renouvellement de la période d'essai</i>	247
CHAPITRE 5. – AUTRES CLAUSES FACULTATIVES	249
TITRE V. – CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE	255
CHAPITRE 1 ^{ER} . – HISTORIQUE	259
CHAPITRE 2. – CAS D'OUVERTURE	262
CHAPITRE 3. – FORME DU CDD.....	270
CHAPITRE 4. – DURÉE ET RENOUVELLEMENT	273
CHAPITRE 5. – CONDITIONS DE TRAVAIL.....	278
CHAPITRE 6. – SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DES RÈGLES SUR LE CDD.....	280
TITRE VI. – MODIFICATION ET TRANSFERT DU CONTRAT	285
CHAPITRE 1 ^{ER} . – MODIFICATION D'UN COMMUN ACCORD	287
CHAPITRE 2. – MODIFICATION UNILATÉRALE.....	291
<i>Section 1. – Procédure</i>	294
<i>Section 2. – Notion de substantiel</i>	296
<i>Section 3. – Conséquences de la modification unilatérale</i>	299
CHAPITRE 3. – SITUATIONS SPÉCIFIQUES.....	304
CHAPITRE 4. – TRANSFERT D'ENTREPRISE	307
<i>Section 1. – Champ d'application</i>	309
<i>Section 2. – Effets du transfert</i>	311
§ 1 ^{er} . – Transfert des contrats.....	311
§ 2. – Maintien des conditions de travail.....	313

BIBLIOGRAPHIE..... 317

INDEX ALPHABÉTIQUE..... 321

TABLE DES MATIÈRES..... 339