

# Premier regard

## SUR LE PROJET DE LOI N° 8070 TRANSPOSANT LA DIRECTIVE N° 2019/1152 RELATIVE À DES CONDITIONS DE TRAVAIL TRANSPARENTES ET PRÉVISIBLES

**JEAN-LUC PUTZ**

AVOCAT À LA COUR  
ARENDE & MEDERNACH



**LORRAINE CHÉRY**

AVOCAT À LA COUR  
ARENDE & MEDERNACH



**Le projet de loi n° 8070 vient d'être déposé en date du 7 septembre 2022. Il a pour objet de transposer une directive européenne de 2019 relative « à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne »<sup>1</sup> (ci-après, la « Directive »), Directive qui aurait dû être transposée au plus tard le 1<sup>er</sup> août 2022. Les changements apportés par ce projet impacteront tous les employeurs, puisque les clauses obligatoires dans les contrats de travail et de certains autres types de contrats sont modifiées. De même, la validité de certaines clauses – notamment des clauses d'exclusivité – pourrait être remise en cause.**

**Pour se préparer à ces nouvelles formalités, rien n'interdit aux employeurs d'adapter dès à présent leurs contrats et cela est même d'ores et déjà conseillé au regard du fait que la Directive prévoit que les droits et obligations qu'elle contient s'appliquent à toutes les relations de travail dès le 1<sup>er</sup> août 2022.**

**La présente contribution a pour objectif de donner un premier aperçu du projet de loi. Elle se concentre sur le contrat de travail à proprement parler et n'aborde notamment pas les aspects concernant la fonction publique.**

L'objectif de la Directive est « d'améliorer les conditions de travail en favorisant un emploi plus transparent et plus prévisible tout en assurant la capacité d'adaptation du marché du travail »<sup>2</sup>. L'idée est donc de renforcer les

droits des travailleurs en leur donnant une information plus transparente à leur sujet. En effet, le travailleur laissé dans l'ignorance de ses droits aura des difficultés à les faire respecter. L'information est donc considérée comme une première condition nécessaire pour protéger les travailleurs.

On peut cependant s'interroger si la Directive va produire l'effet souhaité dans le contexte spécifique du Grand-Duché, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, depuis 1989, tout contrat de travail doit être fixé par écrit dès l'entrée en service. En pratique, la signature d'un contrat est quasi-systématique ; les salariés sont dès lors en général informés de leurs droits et conditions de travail. Ensuite, le droit luxembourgeois est à de nombreux égards relativement exigeant et protecteur, par exemple en ce qui concerne l'interdiction des formes de travail ultra-flexibles (*zero-hour contracts*), le recours aux contrats à durée déterminée ou encore au niveau de la procédure de licenciement. C'est pour cette raison que le projet de loi n'envisage même pas la transposition de l'article 10 (rythme de travail entièrement ou majoritairement imprévisible), et de l'article 11 (contrats à la demande) de la Directive.

Un des principaux soucis de la Directive est de poser des limites aux nouvelles formes d'emploi, moins prévisibles que les relations de travail traditionnelles, qui naissent

1. Directive (UE) 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne.

2. La Directive se réfère notamment à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'aux principes n° 5 et 7 du socle européen des droits sociaux.

de la dématérialisation de l'économie<sup>3</sup>. D'un autre côté, il s'agit de laisser suffisamment de souplesse aux emplois atypiques pour qu'ils continuent de présenter des avantages pour les travailleurs et les employeurs<sup>4</sup>. À notre connaissance, le développement de telles formes de travail reste pour l'instant limité au Luxembourg.

## I. CHAMP D'APPLICATION

La Directive de 2019 prend la relève d'une directive antérieure qui remonte à 1991<sup>5</sup> et qui avait déjà amené le législateur à élargir en 1995<sup>6</sup> la liste des clauses obligatoires du contrat de travail.

Tout comme l'actuelle Directive, celle de 1991 s'appliquait à tous les travailleurs salariés ayant un contrat ou une relation de travail. Or, l'ancien texte laissait une large marge d'interprétation aux États en ce qui concerne cette notion. Entre-temps, tant la terminologie utilisée par les différentes directives concernant le droit du travail, que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union ont évolué. La Directive de 2019 s'applique également aux « *travailleurs... qui sont liés par un contrat ou une relation de travail* » en renvoyant au droit de chaque État membre, mais également « *en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice* »<sup>7</sup>. Or, celle-ci a une interprétation large de la notion de travailleur qui ne se limite pas à celle de « salarié » en droit luxembourgeois.

Le législateur luxembourgeois a tenu compte de cette extension, de sorte que le projet de loi prévoit d'adapter les règles régissant :

- Les contrats de travail à proprement parler (salariés) ;
- Les contrats d'apprentissage (apprentis) ;
- Les contrats d'intérimaire (contrat de mission) ;
- Les contrats d'engagement conclus avec les élèves ou étudiants ;
- Les contrats d'engagement maritimes (marins).

Nous constatons que ne sont pas visés les contrats de stage rémunérés, bien que selon la jurisprudence européenne, les stagiaires sont dans certains cas à considérer comme travailleurs. Ainsi, notamment, « *les travailleurs des plateformes, les stagiaires... pourraient entrer dans le champ d'application* » de la Directive<sup>8</sup>. Les indépendants ne sont également pas concernés à condition qu'il s'agisse de travailleurs réellement indépendants.

La Directive prévoit une certaine souplesse en faveur des employeurs de petite envergure notamment en ce qu'elle permet aux États-membres :

- d'exempter totalement des nouvelles formalités, les relations de travail dont le temps de travail est inférieur ou égal à une moyenne de trois heures par semaine au cours d'une période de référence de 4 semaines consécutives<sup>9</sup> ;
- d'exempter de certaines obligations, les personnes physiques agissant en qualité d'employeurs lorsque le travail est effectué pour ces ménages<sup>10</sup>.

Le Luxembourg n'a fait usage d'aucune de ces exceptions. Ainsi, le foyer qui embauche une femme de ménage pour deux heures par semaine doit se soumettre à l'ensemble des contraintes et formalités prévues par le projet de loi. Le projet reste donc fidèle à la tradition du Code du travail d'imposer un même cadre à tous les employeurs, du ménage privé à la multinationale.

Le projet modifie aussi les règles régissant les fonctionnaires étatiques et communaux. Ceux-ci ne se trouvent pas engagés dans une relation contractuelle. Ils pourront prétendre à un document écrit comportant certaines informations concernant leur statut.

## II. ADAPTATION DES CLAUSES OBLIGATOIRES

### A. Le contrat de base

Les clauses qu'un contrat de travail doit contenir sont redéfinies comme suit :

1. l'identité des parties **à la relation de travail** ;
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 selon lequel le salarié sera occupé à divers endroits et plus particulièrement à l'étranger **ou sera libre de déterminer son lieu de travail** 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 **et des modalités relatives à la prestation d'heures supplémentaires et à leur rémunération ainsi que, le cas échéant, toutes les modalités relatives au changement d'équipe** ;

3. Considérant n° 4 de la Directive.

4. Considérant n° 6 de la Directive.

5. 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.

6. 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.

7. Art. 1 (2) de la Directive.

8. Considérant n° 8 de la Directive.

9. Art. 1 (3) de la Directive.

10. Art. 1 (7) de la Directive.

6. l'horaire normal du travail ;
7. **la rémunération, y compris** le salaire de base et, le cas échéant, **tous** les compléments de salaire, les accessoires de salaire, les gratifications ou participations **éventuellement** convenues **qui devront être indiqués séparément**, ainsi que la périodicité **et les modalités** 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 procédure** à observer par l'employeur et le salarié en cas de résiliation du contrat de travail, **y compris les conditions de forme et de délais de préavis à respecter** 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 **et les conditions d'application** de la période d'essai éventuellement prévu ;
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. **l'identité du ou des organismes de sécurité sociale percevant les cotisations sociales et le régime de protection sociale y relatif, ainsi que**, 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 afférents ainsi que l'existence éventuelle de cotisations personnelles ;
14. **le cas échéant, le droit à la formation octroyée par l'employeur.**

Si certains changements sont mineurs, d'autres méritent notre attention :

- La Directive évoque **la liberté de choisir son lieu de travail**. Mais ce « principe »<sup>11</sup> (droit/faculté ?) est purement facultatif. Le projet n'apporte donc rien de nouveau à part de préciser que si le salarié est libre de choisir son lieu de travail, il faut le mentionner dans le contrat. Sous l'actuelle législation, rien n'empêchait les parties de convenir d'une telle clause ;
  - **Modalités relatives à la prestation d'heures supplémentaires**. Cette clause obligatoire est introduite « *afin que le salarié puisse être informé par l'employeur, tant des situations dans lesquelles il pourrait être amené à prêter des heures supplémentaires, que des majorations de salaire qui s'appliquent en cas de prestations d'heures supplémentaires* »<sup>12</sup>. Le contrat devra dès lors définir les cas dans lesquels les heures supplémentaires peuvent être prestées. Il faudra s'orienter vers le cadre légal, qui est très restrictif en la matière, même s'il n'est pas toujours respecté en pratique. Une telle clause soulève en outre plusieurs questions tel que par exemple le contrat peut-il prévoir que le salarié s'engage à prêter les heures supplémentaires lorsque l'employeur le lui demande ? Pour l'instant, la jurisprudence est éparse quant au fait de savoir si un salarié peut être contraint à prêter de telles heures. Inversement, lorsque le contrat ne prévoit rien à ce sujet, alors qu'il devrait, le salarié sera-t-il automatiquement en droit de refuser des heures supplémentaires ?
- Concernant la rémunération des heures supplémentaires, il faut rappeler qu'en principe, les heures supplémentaires sont compensées par du repos compensatoire, et que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elles sont censées être rémunérées avec majoration (art. L. 211-27 du Code du travail). Si la pratique ne s'y conforme pas toujours, l'idée de base reste cependant que le législateur veut éviter tout effet négatif des heures supplémentaires sur le marché de l'emploi ;
- Sur le plan de la **rémunération**, la nouvelle formulation insiste sur une distinction claire entre ce qui relève du salaire de base et ce qui relève des compléments (accessoires, primes, gratifications, participations, etc.). Le projet de loi indique en effet que le contrat de travail devrait indiquer tous les compléments de salaire qui devront être mentionnés séparément du salaire de base ;
  - En ce qui concerne la **résiliation du contrat**, le contrat de travail ne devra plus simplement faire référence à « *la durée des délais de préavis* » mais devra prévoir « *la procédure* » à respecter pour la résiliation, ce qui est plus large et couvre l'ensemble de la procédure à suivre, y compris les conditions de forme et le préavis<sup>13</sup>. Selon les travaux parlementaires, il faut également inclure le délai pour introduire une action en contestation de la résiliation du contrat (donc 3 mois pour le salarié, 10 ans ou 30 ans pour l'employeur) ;
  - Au niveau de la **période d'essai**, il ne faudra plus seulement indiquer sa durée, mais il conviendra également de mentionner ses « *conditions d'application* ». Selon les auteurs du projet de loi, ceci peut inclure, par exemple, le délai de préavis au cas où l'employeur ou le salarié souhaite mettre fin à la relation de travail avant la fin de la période d'essai ou le moment auquel l'employeur doit au plus tard informer le salarié s'il a l'intention de mettre fin à la relation de travail, ou encore les conditions dans lesquelles la période d'essai peut être prolongée<sup>14</sup> ;
  - À titre de clause nouvelle, le contrat de travail devra contenir « le cas échéant, **le droit à la formation octroyée par l'employeur** ». Les termes « *le cas échéant* » témoignent de ce que la clause n'est pas automatiquement obligatoire ; elle ne l'est que si l'employeur octroie une formation. La finalité est que le salarié soit informé

11. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 35 : « *Il est inséré un nouveau principe selon lequel le salarié sera libre de déterminer son lieu de travail. Si les parties conviennent d'un tel principe, ils devront alors le mentionner dans le contrat de travail [...]* ».

12. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 35.

13. *Ibidem*.

14. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 36.

sur son droit à la formation : « *si une formation doit être octroyée au salarié par l'employeur, celle-ci doit être précisée au contrat* »<sup>15</sup>.

À notre avis, cela n'interdit cependant pas à l'employeur de proposer des formations qui ne sont pas prévues par écrit ; on peut cependant s'interroger si dans ce cas, l'employeur peut obliger le salarié à y participer ;

Selon le commentaire, ces informations sur le droit à la formation devaient comprendre, le cas échéant, le nombre de jours de formation auxquels le salarié a droit par an, et des informations sur les conditions générales de la politique de formation de l'employeur<sup>16</sup>.

L'identité du ou des **organismes de sécurité** sociale percevant les cotisations sociales devront également être mentionnés dans le contrat de travail, ce qui pourra poser des difficultés si le travail est accompli dans plusieurs pays et que la législation de sécurité sociale applicable n'a pas encore été établie de manière définitive. La référence au pluriel pour la détermination des organismes de sécurité sociale nous semble en tout état de cause douteuse par rapport au principe d'unicité en matière de sécurité sociale, un seul organisme de sécurité sociale étant compétent pour percevoir les cotisations sociales.

En principe, le contrat de travail comportant ces mentions doit être constaté par écrit au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié.

Néanmoins, le projet de loi vise le cas dans lequel les informations n'auraient pas été communiquées préalablement. Dans ce cas, elles sont à fournir au salarié sous la forme d'un ou de plusieurs documents au cours d'une période débutant le « *premier jour de travail* »<sup>17</sup> et se terminant le septième jour calendaire au plus tard ; certaines informations doivent seulement être fournies dans un « *délai d'un mois* »<sup>18</sup>.

Que signifie ce texte ? D'un côté, le contrat doit contenir ces informations dès le départ, et d'un autre côté un délai est accordé à l'employeur pour fournir ces informations ultérieurement. La rédaction *ab initio* d'un contrat de travail complet ne serait-elle donc plus « vraiment » obligatoire ? Se pose aussi la question du contrat non écrit qui vaut CDI, quels seraient alors les termes convenus par rapport aux nouveautés ?

En outre, si l'employeur procède par une telle déclaration unilatérale (conformément à l'esprit de la Directive), quelle en est la valeur ? Le salarié peut-il la contester s'il estime que l'information n'est pas conforme à la loi ou ne reflète pas ce qui a été convenu ?

À titre de sanction d'une information incomplète<sup>19</sup>, il est prévu que si l'employeur ne s'est pas exécuté dans les délais maximums, le salarié peut le mettre en demeure, et si la mise en demeure reste infructueuse pendant 15 jours, il peut demander au président de la juridiction du travail, selon une procédure accélérée, d'enjoindre à l'employeur, y compris sous peine d'astreinte, à lui fournir les informations manquantes.

Cette procédure paraît très hypothétique : quel salarié qui estime que son contrat de travail est incomplet s'aventurera à attaquer son nouvel employeur en justice dès les premières semaines de la relation de travail – et probablement en période d'essai ? Quel est le résultat à attendre d'une telle injonction ?

Par ailleurs, d'après une jurisprudence constante, le président statuant d'urgence, n'est pas forcément compétent pour décider s'il existe réellement une relation de travail ou non. Dans le cas d'une personne qui a effectué certaines tâches sans qu'il n'y ait d'écrit, celle-ci pourrait tenter d'utiliser cette nouvelle procédure pour faire documenter la relation de travail par écrit. Mais ne suffira-t-il pas à l'employeur d'affirmer qu'il n'y a pas de relation de travail pour faire échec à la demande du salarié ?

## B. Le travail à l'étranger

Sont également adaptées les informations que l'employeur est tenu de délivrer au salarié, avant son départ, si ce dernier est amené à exercer son travail pendant plus de quatre semaines consécutives hors du territoire du Grand-Duché de Luxembourg :

1. **les ou les pays dans lequel la prestation de travail doit être effectuée et la durée de travail exercé à l'étranger ;**
2. la devise servant au paiement du salaire, **ainsi que la rémunération à laquelle il a droit en vertu des dispositions de l'État membre d'accueil ;**
3. le cas échéant les avantages en espèces et en nature liés à l'expatriation, **ainsi que les allocations propres au détachement et les modalités de remboursement des dépenses de voyage, de logement, de nourriture ;**

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*.

17. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 37 : « *La référence au "premier jour de travail" doit être compris comme le début effectif de l'exécution du travail par le salarié. Cela signifie que si un salarié a son premier jour de travail un dimanche, le délai expire le samedi de la semaine suivante* ».

18. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 37 : « *En outre, "dans un délai d'un mois" doit être compris comme un mois calendaire, c'est-à-dire*

la période allant d'une date particulière d'un mois à la même date du mois suivant ».

19. Notons qu'en matière maritime, après la mise en demeure, le marin ne peut pas s'adresser au tribunal du travail, mais au Commissaire aux affaires maritimes. Celui-ci peut enjoindre à l'armateur de fournir le document modificatif, et prononcer en outre une amende administrative d'un montant de 251 à 5 000 euros. En parallèle le projet de loi introduit une amende délictuelle du même montant, sans se soucier des problèmes de non bis in idem pouvant en découler.

4. le cas échéant, les conditions de rapatriement du salarié ;
5. **le lien vers le site internet national officiel mis en place par l'État membre d'accueil conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la 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 et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).**

La principale nouveauté est l'obligation de fournir l'indication du lien vers le site internet national officiel mis en place par l'État membre d'accueil. Les contrats à durée déterminée

Pour les constats à durée déterminée, la liste des clauses obligatoires n'est que très légèrement modifiée comme suit :

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 **et les conditions d'application** de la période d'essai éventuellement prévue ;
5. le cas échéant, la clause de renouvellement vidée à l'article L. 122-5, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Les changements importants concernant les CDD sont le droit de solliciter un passage en CDI (voir point VIII), ainsi que la limitation des périodes d'essai (voir point VII).

### C. Le sort des contrats existants

Les contrats existants ne doivent pas obligatoirement être adaptés, et il n'est pas requis de signer un avenant. Néanmoins, les salariés qui bénéficiaient d'un contrat de travail signé avant l'entrée en vigueur de la future loi, auront la possibilité de demander un document écrit conforme aux nouvelles dispositions de l'article L. 121-4 du Code du travail. L'employeur devra remettre un tel écrit dans le délai de deux mois.

Certains auteurs recommandent de préparer des formulaires types à remettre aux salariés, afin d'éviter toute sanction<sup>20</sup>.

La question de la valeur juridique d'un tel écrit reste cependant ouverte. S'il s'agit de conditions favorables au salarié, on peut y voir un engagement unilatéral de l'employeur. Par contre, des conditions défavorables ne s'imposent pas nécessairement sur base d'un simple écrit unilatéral. Que faire en effet si le salarié n'est pas d'accord avec le contenu du document qui lui est remis ?

### Le contrat de travail électronique

À notre avis, il est possible sous l'actuelle législation de recourir à un contrat de travail électronique. En effet, le Code civil assimile la signature électronique (art. 1322-1 du Code civil) à la signature classique, et en principe tout contrat sous seing privé peut prendre une forme numérique. Un prérequis est en principe de recourir à une véritable signature électronique. Les signatures simplement « scannées » dans un document PDF ne satisfont pas à ces exigences.

Le projet de loi aborde la question du numérique, mais dans notre interprétation, le nouveau texte ne concerne pas l'établissement et la signature du contrat en soi, mais la transmission d'un exemplaire au salarié. Futur et ancien textes rappellent les règles du double exemplaire, qui figurent également à l'article 1325 du Code civil : Le contrat doit être passé en double exemplaire, le premier étant remis à l'employeur, le second étant remis au salarié. Le projet ajoute que le contrat doit en principe être transmis sous forme de papier. Il peut être transmis sous forme électronique « à condition que le salarié y ait accès, qu'il puisse être enregistré et imprimé et que l'employeur conserve un justificatif de sa transmission ou de sa réception »<sup>21</sup>.

Ce texte reflète ici encore la formulation de la Directive. Or, rappelons que la Directive est rédigée dans l'optique d'un document que l'employeur transmet unilatéralement au salarié. La transposition en droit luxembourgeois aurait mérité d'être plus précise.

Il faut observer en outre que cette possibilité de remise d'un exemplaire électronique n'est prévue ni pour la modification d'un commun accord du contrat de travail (art. L. 121-4 (4) du Code du travail), ni pour la modification unilatérale (art. L. 121-7 du Code du travail).

La question se pose ensuite si cette version électronique remise au salarié peut être une simple copie numérisée d'un contrat papier ou s'il doit comporter une véritable signature électronique authentifiée. Si on se contente de remettre au salarié une version numérique, sa situation

20. A. CLAVERIE, A. BORDON, A. PHILIPP, « Projet de loi modifiant les conditions de travail : de nouveaux droits pour les travailleurs ? », *Lexnow*, 2022, p. 5.

21. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 35.

probatoire en cas de procès est fragilisée. Il ne disposera pas d'un acte sous seing privé original. L'employeur aura plus d'angles d'attaque pour contester l'authenticité du document et de sa signature.

### III. L'AUTEUR DU CONTRAT DE TRAVAIL

Les obligations d'information contenues dans la Directive incombent évidemment à l'employeur. L'article L. 121-4 précisera désormais que le contrat de travail doit être constaté par écrit « *par l'employeur* ». L'idée est de préciser que « *l'obligation de rédiger et de transmettre au salarié un contrat de travail incombe à l'employeur* »<sup>22</sup>.

Il est vrai que jusqu'ici, la pratique généralisée était que l'employeur fournissait le contrat de travail et que le salarié n'avait en général que peu d'influence sur les clauses standardisées. Néanmoins, il ne s'agissait jusqu'ici pas d'une obligation légale, et l'on peut imaginer des situations dans lesquelles le salarié rédigeait le contrat ou du moins l'une ou l'autre clause importante pour lui.

Le projet de loi interdit-il désormais cette pratique ? À notre avis, non. Contrairement à l'esprit de la Directive qui se base sur un document unilatéral que l'employeur remet au salarié, les informations essentielles figurent suivant le droit luxembourgeois dans le contrat de travail, qui est un instrument contractuel bilatéral. Il faut donc laisser de la place à la négociation, et rien n'interdit que le salarié influe sur la rédaction du contrat de travail.

Néanmoins, le changement apporté par le projet officialise le fait que les contrats de travail sont le plus souvent des « *contrats d'adhésion* »<sup>23</sup> sur lesquels le salarié n'a en général que peu d'influence pour en modifier le contenu.

### IV. LA MODIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Rappelons qu'un contrat de travail peut être modifié soit d'un commun accord, soit de façon unilatérale par l'employeur.

Dans le cadre de la modification d'un **commun accord**, celle-ci doit en principe se faire par écrit. Tout comme pour le contrat initial, le projet de loi introduit une procédure lorsque l'employeur n'établit pas d'écrit. Le salarié peut le mettre en demeure et ensuite, le président du tribunal peut être saisi pour prononcer une injonction.

Il est difficile d'imaginer comment cette procédure sera mise en pratique. Le président du tribunal du travail devra probablement apprécier s'il y a eu un accord oral sur une modification et prononcer ensuite une injonction. L'employeur aura des facilités pour contester l'existence et le contenu d'un tel accord. Le président du Tribunal, statuant selon la procédure sommaire, ne recourra en principe pas à l'audition de témoins. En pratique, le salarié aura donc peu de chances pour obtenir gain de cause.

Il est en tout état de cause regrettable que le législateur n'ait pas pris l'occasion de la Directive pour introduire une action au bénéfice de l'employeur pour enjoindre le salarié récalcitrant à signer le document modifiant son contrat de travail.

En outre, le texte est modifié en ce sens que le document modificatif doit être établi par l'employeur, et ce « *afin de déterminer qui a la charge et la responsabilité de rédiger et de transmettre le document écrit comportant les modifications des éléments* »<sup>24</sup> en question. À notre sens, il n'est cependant pas interdit qu'un salarié soumette à l'employeur un projet d'avenant au contrat.

Pour la modification **unilatérale**, le projet n'apporte pas de changements, sauf à préciser que ce mécanisme ne peut être utilisé à titre de représailles (voir point VI).

### V. DE NOUVELLES SANCTIONS PÉNALES

Le futur nouvel article L. 121-11 du Code du travail sanctionne d'une amende les employeurs qui ne se conforment pas aux exigences en matière de contrat de travail écrit. Plus précisément, la sanction trouvera application lorsque l'employeur « *ne se conforme pas aux obligations qui incombent en vertu des dispositions de l'article L. 121-4* ». Constituera dès lors désormais une infraction :

- Le fait de ne pas faire constater par écrit le contrat de travail au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié ;
- Le fait de ne pas passer le contrat en double exemplaire ;
- Le fait de ne pas remettre un des exemplaires au salarié, respectivement de ne pas respecter les conditions sous lesquelles cette transmission peut se faire sous format électronique ;
- Le fait de ne pas remettre le document requis en cas de travail à l'étranger ;
- Le fait de modifier le contrat de travail sans dresser un écrit en deux exemplaires (par exemple en accordant

22. *Ibid.*, p. 34.

23. Cf. Art. 1110 du Code civil français : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

24. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 38.

une augmentation de salaire acceptée par le salarié sans la fixer par écrit ?) ;

- Le fait de ne pas fournir aux salariés existants qui en font la demande, et dans le délai de deux mois, un écrit conforme aux nouvelles exigences ;
- Probablement le fait de ne pas proposer, au plus tard au moment de l'entrée en service, un contrat contenant toutes les clauses obligatoires (une certaine incertitude subsiste cependant du fait que des délais sont prévus pour permettre à l'employeur de fournir encore ultérieurement ces informations, voir point II) ;
- Probablement le fait de ne pas se conformer à l'injonction sous astreinte donnée par le président du tribunal du travail ;
- Peut-être le fait de faire figurer au contrat de travail une clause d'exclusivité qui n'est pas objectivement justifiée (voir point VII) ;
- Peut-être aussi le fait de faire remettre des contrats et documents qui contiennent des clauses qui ne reflètent pas la réalité de la législation et de l'accord entre parties.

On constate à nouveau que la prévision d'infractions pénales par un simple renvoi à un article du Code induit de nombreuses incertitudes sur ce qui est effectivement incriminé. On peut s'interroger si cette manière de procéder est conforme au principe de légalité pénale, le Conseil d'État ayant critiqué par le passé cette approche.

Le futur article L. 122-9bis incriminera encore l'employeur qui ne se conforme pas aux articles L. 122-2 et L. 122-10bis alinéa 2 du Code du travail en matière de contrat à durée déterminée, et donc :

- Le fait que le contrat à durée déterminée ne comporte pas les clauses obligatoires (voir point II) ;
- Le fait de ne pas répondre dans le délai d'un mois par un écrit motivé à une demande du salarié sous CDD de convertir le contrat en CDI (voir point VIII) ;

Finalement, le futur article L. 123-9 du Code du travail sanctionne :

- Le fait de ne pas répondre dans le délai d'un mois par un écrit motivé à une demande du salarié de passer à un temps plein, respectivement à un temps partiel (voir point VIII).

Nous observerons que jusqu'ici, le non-respect des formalités était sanctionné pénalement pour le contrat de travail intérimaire (art. L. 134-3 du Code du travail), tandis qu'en matière de contrats à durée déterminée, le législateur s'est toujours refusé à toute approche répressive et s'est limité à des sanctions de nature civile (essentiellement la requalification). Ce changement de paradigme

aurait mérité une explication dans les travaux parlementaires.

Au niveau de la sanction encourue, il s'agit d'une amende de 251 à 5 000 euros dans le chef de l'employeur.

Dans la plupart des cas, l'employeur est une personne morale, telle une société commerciale. Dans ce cas, l'amende encourue est de 500 à 10 000 euros. La responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique. Ainsi, le dirigeant pourra également être condamné pour ne pas avoir établi d'écrits conformes au Code du travail. S'il a effectivement délégué cette tâche, par exemple à un directeur des ressources humaines, ce sera ce dernier qui devra se justifier devant le juge correctionnel.

En cas de récidive dans le délai de deux ans, ces peines peuvent être portées au double du maximum. Il s'agit dès lors d'une amende de 251 à 10 000 euros pour les personnes physiques et d'une amende de 500 à 20 000 euros pour les personnes morales.

Au niveau des règles sur le concours d'infraction, le projet de loi déroge à ce qui est généralement pratiqué en droit pénal. En effet, pour celui qui commet plusieurs délits sanctionnés d'une amende, seule l'amende plus forte sera prononcée, mais cette amende peut être élevée au double<sup>25</sup> (art. 60 du Code pénal). Autrement dit, quel que soit le nombre d'infractions, l'amende peut tout au plus être du double. Or, selon le projet de loi, l'amende sera encourue pour chacun des salariés<sup>26</sup>, de sorte qu'il y a cumul d'amendes sans limitation.

On peut s'interroger s'il est justifié que le Code du travail s'éloigne ainsi des principes de base de notre droit pénal. Les auteurs ont choisi ce cumul d'amendes puisqu'il permet « *outré son caractère plus dissuasif, de tenir compte de la taille de l'entité employeuse, alors que plus l'employeur occupe de salariés, plus la charge financière résultant des amendes prononcées à son encontre en cas de manquement à ses obligations risque d'être élevée* »<sup>27</sup>. Si le raisonnement peut convaincre, la question se pose toutefois pourquoi il ne vaut pas pour toutes autres infractions, par exemple celles en matière de durée de travail, de congés ou d'entrave à la délégation du personnel.

Des sanctions similaires trouveront application notamment aux organismes de formation pour les apprentis, aux employeurs en matière d'engagement d'élèves et d'étudiants et aux intérimaires.

25. Plus précisément au double du maximum, sans pouvoir toutefois excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

26. Il s'agit ici en fait de la règle de concours qui prévaut généralement pour les contraventions ; les amendes contraventionnelles se cumulent.

27. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 40.

## VI. UNE PROTECTION CONTRE LES REPRÉSAILLES REMANIÉE

Le projet de loi entend adapter l'article L. 010-2 du Code du travail qui n'existe pas encore, mais qui figure pour l'instant dans un projet de loi parallèle<sup>28</sup>. Il s'agit d'une démarche pour le moins inhabituelle.

Ce projet antérieur prévoit qu'« aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles en réaction à une action en justice visant à faire respecter ses droits au titre du présent Code ». Or, le projet de loi en discussion indique qu'« aucun salarié ne peut faire l'objet d'un traitement défavorable ou de représailles, ni en raison de protestation, ni en réaction à une plainte ou à l'exercice d'un recours visant à faire respecter ses droits prévus à l'article L. 010-1 ». Ce texte vise à la fois « les plaintes déposées auprès de l'employeur et les procédures, judiciaires ou administratives, engagées à l'extérieur »<sup>29</sup>.

L'article L. 010-1 du Code du travail énumère les parties du droit du travail qui sont considérées comme étant d'ordre public. Toutefois, cette énumération quand bien même large, ne couvre pas tout le « Code du travail ». La protection instaurée par l'actuel projet de loi est donc moins large que celle dans le projet de loi antérieur. Une régression en cours de procédure législative ?

Le projet de loi ajoute encore qu'aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné à son tour du traitement défavorable ou de représailles dont un autre salarié fait l'objet. Toute clause contraire à cette protection est nulle.

Le précédent projet de loi prévoyait que tout licenciement est nul et prévoyait la possibilité de saisir le tribunal du travail dans les 15 jours pour faire constater cette nullité. Il s'agit ici de la solution adoptée par le Code du travail pour d'autres types de protection contre les représailles, notamment pour ceux qui dénoncent des faits de corruption (art. L. 271-1 du Code du travail), ainsi que dans la future loi sur les lanceurs d'alerte<sup>30</sup> et la protection contre le harcèlement moral<sup>31</sup>.

Dans le présent projet de loi, un chemin différent est emprunté. La notification de la résiliation du contrat (donc

le licenciement), tout comme la notification d'une modification<sup>32</sup> d'une clause essentielle de ce contrat, à titre de représailles est « interdite ».

Le salarié qui considère avoir été licencié à titre de représailles<sup>33</sup> peut « demander à l'employeur de oui communiquer les motifs justifiant sa décision » et ensuite « introduire l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive de son contrat de travail ».

Il est difficile de comprendre pourquoi les auteurs du projet de loi ne suivent pas le schéma habituel en matière de protection spéciale.

Le projet de loi n'apporte au fond rien de concret, puisque pour tout licenciement avec préavis et toute modification avec préavis, le salarié peut demander les motifs par écrit et introduire une action en licenciement abusif. En outre, même sans précision, il est évident qu'aucune sanction ne se justifie à l'égard d'un salarié qui, de bonne foi, cherche à défendre ses droits issus du Code du travail.

Le seul cas dans lequel le texte semble apporter un changement est celui du salarié licencié en période d'essai. Normalement, il ne peut exiger une motivation écrite si l'employeur décide de résilier le contrat avec préavis. Si le salarié affirme avoir fait l'objet de représailles, l'employeur sera désormais obligé de justifier la résiliation, ce qui est à déplorer de notre point de vue.

Pour toutes les formes de représailles autres que le licenciement ou la modification du contrat, aucune sanction concrète n'est prévue.

Le futur article L. 010-2 du Code du travail ne vaut donc pas le papier sur lequel il est écrit.

Le but était probablement simplement de se mettre à l'abri de tout reproche de transposition incomplète de la Directive. Mais ici encore, il faut s'interroger si ce but est atteint. En effet, la protection contre les représailles ne bénéficie qu'aux « salariés » et non aux autres catégories, tels que par exemple les apprentis et intérimaires. Or, la Directive n'exige-t-elle pas une protection pour toutes catégories de travailleurs ?

28. Projet de loi n° 7901 portant modification : 1° du Code du travail en vue de la transposition de la directive (UE) 2020/1057 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2020 établissant des règles spécifiques en ce qui concerne la directive 96/71/CE et la directive 2014/67/UE pour le détachement de conducteurs dans le secteur du transport routier et modifiant la directive 2006/22/CE quant aux exigences en matière de contrôle et le règlement (UE) n° 1024/2012 ; 2° de certaines autres dispositions du Code du travail.

29. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 28.

30. Projet de loi n° 7945 portant transposition de la Directive (UE) 2019-1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

31. Projet de loi n° 7864 portant modification du Code du travail en vue d'introduire un dispositif relatif à la protection contre le harcèlement moral au travail.

32. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 28 ; les auteurs rappellent que la modification d'une clause essentielle est un « équivalent au licenciement ».

33. Ou qui a fait l'objet d'une modification de son contrat de travail. Le texte exempte le licenciement avec effet immédiat et la modification du contrat avec effet immédiat. Rappelons que dans ces deux cas, l'employeur doit dès le départ motiver sa décision dans sa lettre de licenciement/modification.



## VII. INCIDENCE SUR CERTAINES CLAUSES

### A. Les clauses d'exclusivité

Selon le futur article L. 121-4 (8) du Code du travail, sera nulle et de nul effet toute clause de nature à interdire à un salarié d'exercer, en dehors de l'horaire normal de travail convenu au contrat de travail une autre relation de travail auprès d'un ou de plusieurs employeurs. Il en est de même pour toute clause ou tout acte qui aurait pour objet de soumettre le salarié à un traitement défavorable pour ce motif.

Jusqu'ici, la jurisprudence semble considérer la validité des clauses d'exclusivité et plus particulièrement en ce qu'elles interdisent l'exercice d'un emploi rémunéré dans un même secteur durant la relation de travail<sup>34</sup>.

D'après le projet de loi, les clauses d'exclusivité seront interdites par principe ; il s'agit d'un « principe général de prohibition »<sup>35</sup> de ce type de clause. Par exception, elles ne sont admises que si le « cumul d'emploi est incompatible avec des motifs objectifs ». À titre d'exemple de « motifs objectifs », le projet de loi reprend les quatre cas figurant dans la Directive, à savoir :

1) **La sécurité et la santé au travail.** Il s'agit probablement du cas qui sera le plus fréquemment invoqué pour justifier une clause d'exclusivité. Pour les salariés à temps plein, la question se pose par principe s'il est compatible avec les règles de sécurité et de santé d'exercer des fonctions salariées qui, cumulativement, dépassent les limites journalières et hebdomadaires de travail. La question peut être sujette à débat, mais en principe, il faut admettre que les limites maximales de la durée de travail ne s'appliquent pas employeur par employeur, mais tous employeurs confondus<sup>36</sup>. Le résultat serait que pour tout salarié à temps plein, une clause d'exclusivité est valable. Le principe d'interdiction serait donc retourné dans son contraire, et les clauses d'exclusivité seraient admises. Ce ne serait que pour les travailleurs à temps partiel qu'il faudrait trouver une justification objective (ceci reflète finalement la jurisprudence actuelle qui semble remettre en question la validité des clauses d'exclusivité dans les contrats à temps partiel<sup>37</sup>).

- 2) **La protection de la confidentialité des affaires.** Cette exception ne peut à notre sens jouer que si le second emploi est lié au premier, de sorte qu'il y a un risque de contrariété. Or, en se basant sur le principe de bonne foi inhérent à tout contrat, la jurisprudence admet de longue date que – même en l'absence de clause explicite – le salarié ne peut cumuler des emplois auprès d'employeurs concurrents.
- 3) **La prévention de conflits d'intérêts.** Cette exception est proche de la précédente et vise essentiellement le cas dans lequel le salarié serait actif dans deux entreprises du même secteur.
- 4) **L'intégrité de la fonction publique.** Cette exception justifie tout d'abord le principe selon lequel les fonctionnaires ne sont en principe pas autorisés à occuper un emploi parallèle. Pour des salariés sous contrat de droit privé travaillant dans le secteur public, les clauses d'exclusivité peuvent aussi se justifier selon leurs fonctions.

Au final, le projet de loi n'apporte donc que peu de précisions utiles, et il est à craindre qu'il augmente même l'insécurité juridique quant à la validité des clauses d'exclusivité. Selon les travaux parlementaires, l'exception est formulée de manière générale afin d'apprécier au cas par cas si les motifs invoqués sont ou non justifiés, tout en tenant compte de l'énumération des motifs donnés à titre d'exemple<sup>38</sup>.

Des auteurs se sont aussi interrogés quant à savoir si le contrat doit mentionner les raisons objectives justifiant le recours à une clause d'exclusivité ou, s'il est suffisant que l'employeur se justifie en cas de litige<sup>39</sup>. À notre sens le projet de loi n'oblige pas à mentionner ces raisons dans le contrat.

Le projet de loi ne devrait pas affecter les clauses qui obligent simplement le salarié à déclarer tout emploi ou activité parallèle qu'il occupe.

Le projet de loi ne couvre pas non plus le cas dans lequel le travailleur voudrait cumuler son contrat de travail avec une activité indépendante parallèle. L'ancienne

34. Cf. notamment l'arrêt de la Cour d'appel du 31 octobre 2019, n° CAL-2018-00698 du rôle.

35. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 39.

36. Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail : « La directive sur le temps de travail fixe des prescriptions minimales pour les « travailleurs ». Toutefois, elle n'indique pas explicitement si les dispositions fixent des limites absolues en cas de contrats de travail simultanés avec un ou plusieurs employeur(s) ou si elles s'appliquent séparément à chaque relation d'emploi. La Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur ce point. Comme indiqué dans de précédents rapports (44), la Commission estime qu'à la lumière de l'objectif de la directive qui est d'améliorer la santé et la sécurité des travailleurs, les limites en matière de temps de travail hebdomadaire moyen ainsi que de repos

journalier et hebdomadaire devraient s'appliquer dans la mesure du possible par travailleur ».

37. Voir p.ex. CSJ, 8e, 1er avril 2021, CAL-2019-00360 : « En effet, contrairement à ce qui était le cas dans les affaires citées par le salarié (Cass. soc. 11 juillet 2000, n° 98-40.143 et Cass. soc. 16 septembre 2009, n° 07-45.346), le salarié travaille en l'espèce à temps plein (et non à temps partiel) et il ne s'est pas engagé à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur, mais uniquement à obtenir son accord écrit au cas où il voudrait traiter des affaires dans la même branche que lui. La clause énoncée à l'article 5 précité est justifiée par l'intérêt légitime de l'employeur de ne pas voir son salarié lui nuire en travaillant pendant la période contractuelle pour une entreprise concurrente et elle est proportionnée au but recherché ».

38. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 39.

39. A. CLAVERIE, A. BORDON, A. PHILIPP, « Projet de loi modifiant les conditions de travail : de nouveaux droits pour les travailleurs ? », *op. cit.*, p. 3.

jurisprudence devrait donc continuer à s'appliquer à ce type de clause.

L'interdiction des clauses d'exclusivité vaudra aussi pour les apprentis. Il nous semble toutefois qu'en pratique, il est plutôt rare de cumuler apprentissage et emploi parallèle. Cette interdiction n'est toutefois pas prévue pour les étudiants et les intérimaires.

### B. La clause d'essai dans un CDI

La Directive a pour but d'assurer que les périodes d'essai aient une durée raisonnable<sup>40</sup>.

Elle pose ainsi le principe général que la période d'essai ne doit pas excéder six mois<sup>41</sup>. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les États peuvent prévoir des périodes d'essai plus longues, lorsque la nature de l'emploi le justifie ou lorsque cela est dans l'intérêt du travailleur<sup>42</sup>.

Curieusement, le projet de loi n'introduit aucun changement sur ce point et les travaux parlementaires ne laissent apparaître aucune interrogation quant à savoir si le droit luxembourgeois reste conforme au droit européen.

Rappelons que la durée maximale normale de la période d'essai est de 6 mois (art. L. 121-5 (2) du Code du travail). Elle peut par contre être portée jusqu'à 12 mois « pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal ». Ce seuil est fixé à 21 622 francs à l'indice 100<sup>43</sup>, soit 536 euros à l'indice 100, soit 4 700,12 euros, à l'indice de 877,01<sup>44</sup>.

Or, le salaire mensuel brut moyen au Luxembourg est de 5 411 euros<sup>45</sup>. Peut-on raisonnablement soutenir dans ce cas que gagner un salaire mensuel brut au-delà de 4 700 euros est « exceptionnel ». Par ailleurs, peut-on conclure du simple salaire à la nature de l'emploi et donc à la justification de la période d'essai dépassant 6 mois ?

### C. La clause d'essai dans un CDD

Une autre limitation des clauses d'essai vient s'ajouter pour les CDD. Jusqu'ici, la clause d'essai d'un CDD était soumise au même régime que pour un CDI. La conséquence en était que l'essai pouvait couvrir l'intégralité,

voire la majorité de la durée du contrat. Désormais, la loi assurera « que la durée de la période d'essai qui est prévue dans un contrat à durée déterminée soit proportionnée à la durée de ce contrat »<sup>46</sup>. En effet, pour les CDD, la période d'essai doit être proportionnée à la durée prévue du contrat<sup>47</sup>.

L'article 122-11 du Code du travail précisera désormais que la période d'essai éventuellement convenue ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à « un quart »<sup>48</sup> de la durée fixée au contrat de travail à durée déterminée, respectivement de la durée minimale pour laquelle ce contrat est conclu.

Pour un contrat à durée déterminée de 18 mois en raison du démarrage d'une nouvelle activité, la période d'essai sera donc limitée à  $18/4 = 4,5$  mois. Or, les règles de l'article L. 121-5 resteront applicables. Dès lors :

- Si le salarié n'a pas au moins le niveau dit « CATP », la limite sera de 3 mois ;
- La période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers ; pour un salarié diplômé, le maximum sera donc de 4 mois.

Pour un contrat conclu pour couvrir l'absence d'un salarié malade jusqu'au retour de celui-ci, mais avec une durée minimale de 2 mois, la durée maximale de la période d'essai sera de 0,5 mois. Puisqu'elle doit être exprimée « en semaines entières », le maximum sera probablement de 2 semaines.

Pour les contrats conclus pour une durée (totale ou minimale) inférieure à 2 mois, la période d'essai devrait être inférieure à 2 semaines, ce qui est cependant interdit. Reste à savoir si cela a pour conséquence que la période d'essai peut malgré tout être de deux semaines ou si elle est tout simplement non admise dans ce type de contrat très court. Le projet mériterait de le préciser.

Un contrat conclu avec un enseignant-chercheur de l'Université peut, par exception, durer jusqu'à 60 mois. La limite de la période d'essai serait donc de  $60 / 4 = 15$  mois. Néanmoins, les limites ordinaires de 6 respectivement 12 mois continuent à s'appliquer et représentent un plafond à ne pas dépasser.

40. Considérant n° 27 de la Directive.

41. Art. 8 (1) de la Directive. cf. Art. 1110 du Code civil français : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

42. Art. 8 (3) de la Directive.

43. 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.

44. Ces chiffres sont fournis à titre indicatif. Nous n'entrons pas dans le débat de savoir quel est l'indice exact applicable à cette clause, et notamment

quant à savoir si le report temporaire de l'indice ne vaut que pour le calcul des salaires ou également pour les autres clauses.

45. 64 932 euros par an ; STATEC, Regards n° 10/2021, Les salaires au Luxembourg.

46. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 42.

47. Art. 8 (2) de la Directive.

48. Le législateur luxembourgeois a choisi la proportion du quart pour tenir compte de la situation d'une période d'essai de six mois au maximum lorsque le contrat à durée déterminée est conclu pour la durée maximum, à savoir 24 mois ; Projet de loi n° (NO), Commentaire des articles, p. 42.

### D. Moment de la fixation de la période d'essai

Une autre question est de savoir quand la période d'essai doit être fixée. Selon l'article L. 121-5 (1) du Code du travail, elle doit, sous peine de nullité, être constatée dans le contrat de travail écrit au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié. La jurisprudence en a déduit l'invalidité de clauses d'essai fixées ultérieurement, notamment si le salarié a commencé à travailler avant que le contrat ne soit signé.

Or, désormais le futur article L. 121-4 (2) du Code du travail prévoit que lorsque les informations visées au point 10 (la durée et les conditions d'application de la période d'essai) n'ont pas été communiquées préalablement, elles peuvent être fournies entre le premier et le 7<sup>e</sup> jour de travail. La période d'essai pourrait donc être fixée par écrit, voire imposée unilatéralement après le premier jour de travail ? Il nous semble qu'il y a ici une contradiction à redresser.

### E. Le sort des clauses de flexibilité

La jurisprudence luxembourgeoise admet très largement les clauses de flexibilité, c'est-à-dire les clauses par lesquelles l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement certains aspects de la relation de travail. Tel est notamment le cas pour le lieu de travail, l'horaire de travail et la nature du travail. En ce qui concerne la durée hebdomadaire de travail, les clauses de flexibilité ne sont en principe pas permises.

Des clauses de flexibilité rendent les conditions de travail moins fixes et prévisibles et vont donc à l'encontre des buts recherchés par la Directive. Au sens de la Directive, les différentes mentions obligatoires forment les « éléments essentiels de la relation de travail » (art. 4 (1) de la Directive).

- Pour le **lieu de travail**, il est indiqué qu'il faut fixer un lieu de travail fixe ou prédominant, ou prévoir alternativement que le travailleur est employé à divers endroits. Faut-il en conclure que le contrat de travail ne peut pas prévoir que lieu de travail se trouve à un certain endroit de façon assez permanente, mais que l'employeur peut le modifier unilatéralement. De telles clauses de mobilité satisfont-elles aux exigences européennes ?
- Pour la **nature du travail**, le texte luxembourgeois n'est pas aligné sur la Directive. L'actuel article L. 121-4 du Code du travail prévoit que le contrat doit définir « la nature de l'emploi occupé... sans préjudice d'une nou-

velle affectation ultérieure sous réserve du respect » des dispositions relatives à la modification du contrat. La Directive ne prévoit pas cette possibilité d'affectation ultérieure ; elle exige au moins la définition de la catégorie de l'emploi ou une description sommaire du travail ;

- Concernant l'**horaire de travail**, la Directive prévoit qu'il est possible, si le rythme de travail est imprévisible, de fixer le principe selon lequel l'horaire de travail est variable. Le texte luxembourgeois exige de fixer « l'horaire normal du travail » sans envisager un changement ultérieur.

## VIII. LE PASSAGE VERS DES FORMES PLUS STABLES

La Directive oblige les États membres à prévoir des transitions vers une autre forme d'emploi, à savoir « Une forme d'emploi comportant des conditions de travail plus prévisibles et plus sûres ». Les auteurs du projet de loi ont identifié deux cas qu'ils ont jugés pertinents, à savoir le passage du CDD vers le CDI, ainsi que des transitions vers un temps partiel ou un temps plein<sup>49</sup>. D'autres formes de transition ne sont toutefois pas couvertes<sup>50</sup>.

Le projet de loi n'introduit pas un « droit au CDI », ni un « droit au temps partiel » ou au « temps plein » mais simplement un droit de demander le passage vers ces formes de travail (ce que tout salarié peut de toute manière faire), et un droit à une réponse motivée (ce qui est nouveau). Ce droit suppose une ancienneté d'au moins six mois auprès du même employeur et la période d'essai doit être venue à expiration. Le salarié peut dans ce cas demander par écrit de convertir son contrat de travail, avec maintien de tous les autres droits et obligations y attachés.

La Directive permet de « limiter la fréquence des demandes »<sup>51</sup>, et le Luxembourg choisit de limiter ce droit à une demande tous les douze mois. Puisque, sauf exception, les CDD ne peuvent pas excéder une durée de 24 mois, le salarié qui souhaite passer en CDI peut donc tout au plus demander deux fois ce changement. Le but de cette limitation est de ne pas imposer une charge trop lourde pour les employeurs en cas de multitude de demandes de la part des salariés<sup>52</sup>.

Les demandes qui peuvent être formulées sont les suivantes (futurs articles L. 122-10bis et L-123-3bis du Code du travail) :

- Un salarié sous CDD peut demander de passer en CDI ;
- Un salarié à temps partiel peut demander de passer à temps plein ;

49. On peut cependant s'interroger si un temps plein est une forme d'emploi avec des conditions de travail « plus prévisibles et plus sûres » qu'un temps partiel, et inversement.

50. Par exemple celle de l'intérimaire vers un emploi fixe ou celle de salarié d'une entité publique vers le statut de fonctionnaire.

51. Art. 12 (1) de la Directive.

52. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 42.

- Le salarié à temps plein peut demander de passer à temps partiel. Il faut supposer que le salarié est censé formuler une demande concrète quant au nombre d'heures par semaine qu'il veut travailler, sinon ce sera difficile pour l'employeur d'y répondre.

Ce qui n'est pas couvert par le texte est le cas d'un salarié à temps partiel qui aimerait changer vers le haut ou vers le bas le nombre d'heures travaillées par semaine sans être à temps plein.

Rappelons qu'un droit similaire existe d'ores et déjà en matière de télétravail<sup>53</sup>.

Si le salarié a formulé une demande valable et recevable, l'employeur doit lui répondre :

- soit en procédant « à la modification du contrat d'un commun accord des parties ». Il est quelque peu contradictoire d'« obliger » l'employeur à faire quelque chose « d'un commun accord ». Néanmoins, on peut supposer que la demande du salarié vaut offre de modifier le contrat, que l'employeur peut ainsi accepter. Pour le temps partiel, il reste cependant un certain nombre de modalités pratiques qui devront encore être convenues ;
- Soit en énonçant avec précision et par écrit les motifs de son refus d'accéder à la demande du salarié.

Pour ce qui concerne le temps partiel ou temps plein, l'employeur devra apprécier en fonction des besoins de son service si la modification est possible. Le refus d'un temps plein peut par exemple être justifié par l'absence de travail suffisant à attribuer. Le refus d'un temps partiel pourrait être motivé par la nature du travail ou la difficulté de recruter des personnes à temps partiel pouvant assumer la charge restante.

Pour le passage d'un CDD vers un CDI, on se retrouve ici encore face à une transposition peu réussie de la Directive, qui ne tient pas compte de la situation en droit luxembourgeois. Contrairement à de nombreux autres pays, le droit luxembourgeois ne permet pas de conclure des contrats à durée déterminée sans motifs, par exemple pour une première embauche. Le recours au CDD est très limité et doit correspondre à une tâche précise et non durable (art. L. 122-1 (1) du Code du travail). Tout contrat à durée déterminée doit indiquer les raisons qui justifient le recours à cette forme de contrat, par exemple le nom du

salarié malade à remplacer ou les raisons détaillées d'un surcroît exceptionnel d'activité.

Dès lors, si l'employeur ne faisait qu'envisager la conversion du CDD en CDI, cela prouverait que le CDD ne se justifie pas, puisqu'il ne correspond pas une tâche non durable, mais à une tâche faisant partie de l'activité permanente de l'entreprise.

Il est difficile de comprendre quelle information complémentaire l'employeur devrait donner à la demande de son salarié autre que de simplement répéter les motifs déjà contenus dans le contrat. En effet, s'il a respecté la loi, le contrat contient d'ores et déjà avec précision les motifs justifiant le recours au CDD – et donc également les motifs justifiant le refus de convertir le contrat en CDI.

Plus inquiétant, ce nouveau texte interdit-il à un employeur de proposer à une personne sous CDD de maintenir la relation de travail sous CDI, mais à des conditions différentes, voire moins favorables ? On peut imaginer une personne qui a été embauchée à un certain poste parce qu'il y avait un besoin temporaire, mais que suite à la démission d'un salarié sur un autre poste, l'employeur veuille proposer ce poste au salarié dont le CDD viendra prochainement à échéance. Devra-t-il forcément proposer le même salaire et les mêmes conditions, même si le poste est différent. Ou ferait-il mieux de ne pas prendre de risque et de se mettre à la recherche d'un candidat externe ? D'après les travaux parlementaires, il ne doit y avoir de perte des avantages concédés, et tous les droits et obligations doivent être maintenus<sup>54</sup>. Au final, cette exigence pourrait donc se retourner contre les salariés sous CDD, l'employeur préférant proposer le poste à des candidats externes.

Au niveau des sanctions, l'employeur qui ne répond pas de manière motivée à une demande du salarié encourt une amende sur le plan pénal. On peut s'interroger si cette amende est seulement encourue en l'absence de toute réponse ou également si la réponse est jugée imprécise ou non fondée<sup>55</sup>. Sur le plan civil, aucune conséquence concrète n'est prévue. Il ne nous semble pas que le salarié puisse exiger la transformation de son contrat si l'employeur n'a pas répondu dans le délai ou si ses motifs de refus sont insuffisants. Tout au plus le salarié pourrait demander des dommages-intérêts pour ne pas avoir obtenu de réponse à sa demande légitime.

53. Art. 13 de la Convention du 20 octobre 2020 relative au régime juridique du télétravail conclue entre l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL), d'une part et les syndicats LCGB et OGBL, d'autre part.

54. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 41.

55. A. CLAVERIE, A. BORDON, A. PHILIPP, « Projet de loi modifiant les conditions de travail : de nouveaux droits pour les travailleurs ? », *op. cit.*, p. 4 : « Le Projet

de loi... n'envisage une quelconque contestation des motifs par le salarié. Dans cette situation, la motivation de l'employeur pourrait en principe être sommaire, un écrit n'étant utile qu'à des fins de preuve ».

## IX. INFORMATIONS ET MODÈLES SUR INTERNET

Le projet de loi prévoit la publication d'informations « en matière de conditions de travail transparentes et prévisibles », ainsi que la publication de modèles de contrats sur Internet. Cette information devra être publiée :

- Sur le site internet « national officiel et unique » de l'Inspection du travail et des mines pour les salariés et pour les intérimaires (donc [www.itm.lu](http://www.itm.lu)) ; le contrat-type d'engagement pour étudiants et élèves est établi par le Ministre du travail, et publié sur le site de l'ITM ;
- Sur le site des chambres professionnelles en ce qui concerne les contrats d'apprentissage ;
- Sur le site Internet du commissariat aux affaires maritimes pour les contrats d'engagement marin ;

Le but des modèles est d'aider les employeurs à fournir les informations dans les délais<sup>56</sup>. Notons qu'il s'agit selon la Directive d'une simple faculté pour les États membres<sup>57</sup>, mais le Luxembourg obligera les autorités à élaborer des modèles.

Le recours à ces modèles ne sera pas obligatoire<sup>58</sup>. Les employeurs pourront dès lors continuer à utiliser leurs propres contrats, à conditions qu'ils soient conformes au Code du travail.

D'un autre côté, est-ce que l'utilisation du contrat-modèle mettra l'employeur à l'abri de toute critique ? Nous ne le pensons pas ; en effet, il s'agit de simples « modèles » publiés par des acteurs publics qui n'ont aucune valeur légale ou réglementaire<sup>59</sup>. S'ils contiennent des erreurs, un Tribunal pourra toujours remettre en cause la validité de l'une ou de l'autre clause.

Les mêmes questions se posent pour les informations publiées sur Internet. Dans le doute, ce sera toujours la loi qui prévaut, et la juridiction de travail aura le dernier mot sur son interprétation.

## X. QUELQUES AUTRES POINTS

### A. La gratuité des formations

Une autre nouveauté du projet de loi est le principe que lorsque l'employeur est tenu<sup>60</sup> de fournir une formation au salarié pour l'exécution du travail pour lequel il est

engagé, cette formation doit être dispensée gratuitement au salarié « pendant ses heures de travail »<sup>61</sup>. Les heures consacrées à cette formation doivent être considérées comme du temps de travail effectif. Il s'agit d'un « principe général de gratuité des formations »<sup>62</sup>.

En matière de sécurité et de santé, ce principe est inscrit de longue date à l'article L. 312-2 du Code du travail.

Quelles autres formations pourraient être visées<sup>63</sup> ? Les formations aux nouveaux outils électroniques, machines ou autres outillages utiles à la réalisation du travail, aux nouvelles obligations réglementaires, etc.

Sur le plan formel, on peut s'interroger si cette règle trouve réellement sa place dans l'article L. 121-4 du Code du travail qui concerne le contenu du contrat de travail et cela d'autant plus que les besoins en termes de formation ne sont pas si évidents à définir en début de relation de travail.

### B. La présomption de temps plein

À l'avenir, à défaut d'écrit mentionnant la durée du travail du salarié à temps partiel, ainsi que sa répartition, le salarié est présumé engagé à temps plein (futur article L. 123-4 (2) du Code du travail). Ceci constitue une nouveauté importante alors que précédemment aucune sanction n'était prévue de ce chef.

Il paraît s'agir d'une présomption simple, donc la preuve contraire est permise. Il semble que l'employeur puisse l'invoquer, donc insister pour que le salarié travaille à temps plein si celui-ci soutient qu'un temps partiel aurait été convenu. Le salarié peut également invoquer la présomption s'il estime avoir droit à un emploi à temps plein mais que l'employeur soutient qu'un temps partiel aurait été convenu. Mais en principe seul le salarié est admis à prouver le contenu du contrat de travail par tous moyens (art. L. 121-4 (5) du Code du travail) ; l'employeur est-il dès lors en droit d'établir un accord oral sur le temps partiel ou la présomption devient-elle pour lui une présomption irréfutable ?

56. Considérant n° 25 de la Directive.

57. Art. 5 (2) de la Directive.

58. Sauf pour les élèves et les étudiants.

59. Sauf probablement pour les élèves et les étudiants.

60. En vertu de dispositions légales, réglementaires, administratives ou statutaires ou de conventions collectives. En lisant ce texte conjointement avec l'alinéa 2 du futur article L. 121-4 (9), il faudrait conclure que (1) il importe peu que cette convention collective soit déclarée d'obligation générale ou non, mais (2) les formations obligatoires en vertu d'un accord en matière de dialogue social interprofessionnel ne sont pas visées.

61. La Directive exige simplement que la formation soit organisée « dans la mesure du possible, pendant les heures de travail ». Le projet de loi ne reprend pas cette exception et exige de manière ferme que la formation se fasse pendant les heures de travail.

62. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 39.

63. Le texte exclut explicitement les formations professionnelles « que doivent suivre les salariés pour obtenir, conserver ou renouveler leur qualification professionnelle, à moins que l'employeur ne soit tenu de les assurer en vertu d'une disposition légale, réglementaire, administrative, ou d'une disposition issue d'une convention collective déclarée d'obligation générale ou d'un accord en matière de dialogue social interprofessionnel déclaré d'obligation générale ».

### C. Des implications non voulues ?

Une première interrogation est de savoir si le projet de loi **étend le champ d'application des conventions collectives**. Les conventions collectives ne bénéficient en principe qu'aux salariés au sens strict<sup>64</sup>. Il était notamment admis jusqu'ici que les conventions collectives n'étaient pas applicables aux apprentis. Pour les élèves et étudiants sous contrat d'engagement, la question méritait au moins d'être discutée. À la lecture du projet de loi, on constate cependant qu'à plusieurs reprises, il est question des « conventions collectives » régissant ces contrats. Le législateur envisage-t-il d'étendre le champ d'application de ces conventions ou s'agit-il d'une simple imprécision ?

Une autre question qui mérite d'être soulevée est celle des **heures supplémentaires à prester par les apprentis**. Leur contrat est censé en prévoir leurs modalités. Mais il n'existe pas de régime des heures supplémentaires des apprentis. En outre, les apprentis sont souvent des adolescents pour lesquels toute dérogation aux heures de travail normales est strictement encadrée pour des raisons de sécurité et de santé.

Pour le **contrat d'étudiant**, nous observons que leur contrat est censé contenir des informations relatives au préavis à respecter en cas de résiliation. Mais ne s'agit-il pas par nature de contrats à durée déterminée qui ne peuvent pas être résiliés avec préavis ?

### D. Quelques observations sur les choix techniques du projet

Le projet est très pointilleux en ajoutant des virgules par-ci et en supprimant des parenthèses par-là, pour « *tenir compte des dernières règles en matière de légistique* ».

De manière plus globale cependant, on peut se poser la question si cette énergie n'aurait pas été mieux investie dans des efforts pour maintenir la lisibilité et l'accessibilité du Code du travail. La Directive est transposée à différents endroits par des textes qui se répètent en partie. À 11 reprises, le Code du travail précise par exemple que « *l'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision* ». Le projet de loi ajoutera 4 fois ce même texte. N'est-il pas possible de regrouper les règles générales au lieu de les répéter, et d'introduire des nuances qui ne peuvent conduire qu'à l'insécurité juridique ?

Les travaux parlementaires procèdent d'ailleurs de même, alors que dans le commentaire des articles, certaines explications sont reprises plusieurs fois mot pour mot.

On observe aussi que parfois seuls quelques mots d'un article changent, mais le projet ne procède pas moins à son remplacement intégral, par exemple en ce qui concerne l'article L. 010-1 du Code du travail.

Il est donc à espérer que le projet de loi ne soit pas voté tel quel et que le Conseil d'État propose des modifications qui allègent le texte actuel. ■

64. J.-L. PUTZ, *Le droit du travail collective*, t.1 – Relations professionnelles, 2<sup>e</sup> édition, Larcier 2021, n<sup>os</sup> 538 et s.