

Doctrine

NOUVELLE LOI SUR LES CONDITIONS DE TRAVAIL TRANSPARENTES ET PRÉVISIBLES

JEAN-LUC PUTZ
AVOCAT À LA COUR



Par une loi du 24 juillet 2024, le Luxembourg vient de transposer une Directive européenne dont l'objectif est de rendre les conditions de travail plus transparentes et prévisibles. Son principal apport est de compléter la liste des mentions obligatoires dans les contrats de travail, les contrats d'apprentissage, les contrats d'étudiants et les contrats de mission intérimaire. Toutes les entreprises sont dès lors concernées.

La formalisation de la relation de travail, que ce soit par un document unilatéral remis par l'employeur ou – comme au Luxembourg – par la signature préalable d'un contrat écrit en bonne et due forme est une garantie essentielle, et souvent une condition préalable pour que sur le fond, les droits des travailleurs soient respectés.

Si les contrats existants ne doivent pas être modifiés, l'employeur doit cependant fournir diverses informations sur demande de ses salariés. En outre, certaines clauses dans les contrats existants pourraient perdre leur validité. La nouvelle loi a en effet aussi un impact sur le fond du droit du travail, en particulier sur les clauses d'exclusivité, les clauses d'essai et les frais de formation. L'objectif de cette contribution¹ est de fournir un aperçu critique des nouvelles dispositions.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION.....	2
A. Finalité de la directive	3
1) Pas de droits sans information sur les droits	3
2) Cantonner les formes atypiques de travail	3
B. Modalités de transposition	4
C. Les points non transposés	4
D. Champ d'application personnel	4
II. NOUVEAUX PRINCIPES EN MATIÈRE D'ÉTABLISSEMENT DES CONTRATS	5
A. Forme et moment de l'information.....	5
1) Conclusion au moment de l'entrée en service	5
2) Possibilité de fournir des informations par après.....	6
B. Information papier ou électronique	7
1) Transmission des documents contractuels.....	8
2) Transmission des informations unilatérales	8
C. Personnes responsables du respect des formalités	8
1) L'employeur, responsable exclusif.....	9
2) Des modèles proposés par les autorités	9
III. NOUVELLES RÈGLES SUR LE CONTENU DES CONTRATS.....	10
A. Impact sur les contrats existants	10
B. Nouvelles clauses obligatoires.....	10
1) Mentions obligatoires pour les contrats de base.....	10
2) Nouvelles mentions pour le travail à l'étranger	11

1. Certaines parties de cette contribution reposent sur une analyse antérieure publiée par l'auteur à propos du projet de loi initial.

C. Commentaire des principales nouveautés	11
1) Mention ou référence ?	12
2) Principales nouvelles mentions à prévoir	12
IV. MISE EN ŒUVRE ET SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT	13
A. Présomptions favorables.....	14
B. Conséquences civiles	14
1) Résiliation du contrat.....	14
2) Procédure d'injonction.....	15
C. Sanctions pénales	15
1) Éléments constitutifs.....	16
2) Peine encourue	18
D. Protection contre les représailles.....	19
1) Étendue de la protection.....	19
2) Procédure et sanctions en cas de représailles	21
3) Appréciation critique de la protection contre les représailles.....	22
V. CHANGEMENT AU FOND POUR CERTAINES CLAUSES.....	23
A. Clauses d'essai.....	23
1) Clause d'essai dans un CDI.....	24
2) Clause d'essai dans un CDD	24
B. Clauses d'exclusivité et cumul d'emplois.....	24
1) Principe d'interdiction des clauses d'exclusivité.....	25
2) Exceptions pour les clauses d'exclusivité	25
VI. NOUVEAUX DROITS CONFÉRÉS AUX TRAVAILLEURS.....	27
A. Droit de passer vers une forme d'emploi plus sûre et plus prévisible.....	27
1) Objet de la demande.....	27
2) Modalités et conditions de la demande	27
3) Réponse de l'employeur	28
B. Principe de gratuité des formations obligatoires	29

I. INTRODUCTION

C'est avec près de deux ans de retard², par une loi du 24 juillet 2024³, que le Luxembourg transpose enfin en droit national la directive n° 2019/1152 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne⁴ (ci-après la « Directive »). Cette Directive met en

œuvre les garanties de la Charte européenne des droits fondamentaux⁵ et les garanties du socle social européen des droits sociaux⁶.

Elle prend la relève d'une précédente directive de 1991⁷, qui – en 1995⁸ – avait été transposée avec un retard similaire de près de deux ans⁹. Cette ancienne directive

2. Selon l'article 21 (1) de la Directive, les États membres devaient prendre les mesures nécessaires au plus tard le 1^{er} août 2022. Le projet de loi n° 8070 n'avait été déposé que le 7 septembre 2022, soit après la date de transposition.

3. Loi du 24 juillet 2024 portant modification : 1° du Code du travail ; 2° de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État ; 3° de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, en vue de la transposition de la 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.

4. 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.

5. Notamment son article 31 garantissant à tout travailleur a le droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité, de même qu'à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.

6. Notamment le 7^e principe du socle européen de droits sociaux, garantissant une information concernant les conditions d'emploi et protection en cas de licenciement en ces termes : « a. Les travailleurs ont le droit d'être informés par écrit, lors de leur entrée en fonction, des droits et obligations qui résultent de la relation de travail, y compris durant la période d'essai. b. Les travailleurs ont le droit d'être informés des raisons conduisant à leur licenciement, préalablement à celui-ci, et de recevoir un préavis raisonnable. Ils ont le droit d'avoir accès à un système de règlement des litiges efficace et impartial et de bénéficier, en cas de licenciement injustifié, d'un droit de recours, assorti d'une compensation adéquate ».

7. 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.

8. 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.

9. Le délai de transposition était fixé au 30 juin 1993.

se limitait à fixer certaines informations minimales dont devait bénéficier tout travailleur, et tout particulièrement les travailleurs « expatriés »¹⁰.

La nouvelle Directive étend non seulement cette liste d'informations, mais la complète encore par des règles du fond concernant les droits et obligations des travailleurs. Elle cherche à moderniser le dispositif existant notamment au regard des « lacunes en matière de protection [qui] sont apparues pour de nouvelles formes d'emploi qui ont vu le jour à la suite de l'évolution du marché du travail depuis 1991 »¹¹. Par ailleurs, de nombreux États membres démultipliaient les exceptions qui étaient permises sous l'ancienne directive, ce que le nouveau texte cherche à encadrer davantage¹². Il faut encore souligner que la directive est un compromis européen *a minima*, alors que les initiatives pour réglementer plus en détail le fond du contrat de travail n'ont pas abouties.

A. Finalité de la directive

La finalité de la Directive est avant tout d'assurer l'information des travailleurs quant à leurs droits, à titre de condition préalable pour que ces droits puissent être exercés et respectés (titre 1). Il s'agit également de poser des limites au développement de nouvelles formes de travail atypiques et de rendre les conditions de travail plus prévisibles en limitant le pouvoir de décision unilatéral de l'employeur (titre 2).

1) Pas de droits sans information sur les droits

Le premier but 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* ». L'idée est donc de renforcer les droits des travailleurs en leur garantissant une information plus transparente. En effet, le travailleur laissé dans l'ignorance de ses droits ne pourra les faire respecter. L'information est donc considérée comme une préalable nécessaire pour protéger les travailleurs et assurer l'application du droit social.

On peut cependant s'interroger si cette approche produit l'effet souhaité dans le contexte spécifique du Grand-Duché. En effet, 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.

Néanmoins, il reste sur le terrain des travailleurs qui sont privés de ce droit. Pour l'Inspection du travail et des mines (ci-après « ITM »), l'absence de contrat de travail écrit est même un indice de traite des êtres humains¹³. Il s'agit aussi d'un indicateur de travail clandestin ou de travail non-déclaré, sous-déclaré ou mal déclaré. « En 2023, 581 contrôles inopinés ont été effectués par les agents de l'ITM. Lors de 182 de ces contrôles, il a été constaté pour 334 salariés qu'aucun contrat de travail ne pouvait être présenté et qu'ils n'étaient pas affiliés auprès du Centre commun de la sécurité sociale. Sur ces 334 salariés, 105 ont été régularisés par la société concernée suite aux contrôles effectués par l'ITM. Pour les salariés qui n'ont pas été régularisés, 74 amendes ont été prononcées pour un montant de 342.000 euros »¹⁴.

L'absence de contrat de travail ou une information incomplète ou inexacte sur les conditions contractuelle affecte avant tout les travailleurs les plus fragiles. C'est à eux, et non à ceux qui ont les capacités intellectuelles et/ou financières de s'informer et de défendre leurs droits, que la Directive s'adresse en tout premier. Reste cependant à savoir si le fait de mettre un bout de papier entre leurs mains change réellement leur situation...

2) Cantonner les formes atypiques de travail

Un autre objectif de la Directive est de poser des limites aux nouvelles formes d'emploi, moins prévisibles que les relations de travail traditionnelles, qui naissent de la dématérialisation de l'économie¹⁵. 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 employeurs¹⁶.

La nouvelle Directive peut donc être vue comme un complément d'autres initiatives européennes pour encadrer le travail atypique, à savoir les directives sur le travail à temps partiel¹⁷ (1997), sur les contrats à durée déterminée¹⁸ (1999) et sur le travail intérimaire¹⁹ (2008), ainsi que la toute récente proposition de directive sur le travail de plateforme²⁰.

10. Ce terme d'« expatrié » était utilisé par la Directive de 1991, mais ne se retrouve plus dans celle de 2019. Le Conseil d'État fera par ailleurs retirer ce terme du texte luxembourgeois, le jugeant inapproprié pour un travail presté temporairement à l'étranger. Projet de loi n° 8070, Avis du Conseil d'État du 24 octobre 2023, p. 3.

11. 5^e Considérant de la Directive.

12. 11^e Considérant de la Directive.

13. Rapport annuel de l'Inspection du travail et des mines, 2023, p. 53.

14. Rapport annuel de l'Inspection du travail et des mines, 2023, p. 55.

15. 4^e Considérant de la Directive.

16. 6^e Considérant de la Directive.

17. 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.

18. Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

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

20. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme.

B. Modalités de transposition

Le Luxembourg a transposé la Directive par voie législative (titre 1), en estimant que certaines dispositions européennes n'avaient pas besoin d'être implémentées puisque la problématique ne pourrait se poser (titre 2). La portée de la transposition mérite aussi d'être questionnée au regard du champ d'application personnel aux « travailleurs » (titre 3).

Comme d'habitude, le Luxembourg a choisi d'implémenter la Directive par voie législative. La Directive permet certes de déléguer cette tâche aux partenaires sociaux et aux conventions collectives²¹, tout en ouvrant la possibilité de négocier certaines modalités qui diffèrent de la Directive²². Or, il n'est pas dans la tradition luxembourgeoise²³ de conférer aux partenaires sociaux une autonomie leur permettant de déroger à la loi. De toute manière, les droits des travailleurs sont une matière que notre Constitution réserve à la loi²⁴ - le législateur devait donc assumer ses responsabilités.

Les nouvelles dispositions du Code du travail forment ainsi un minimum incompressible à respecter, et les conventions collectives ne peuvent qu'ajouter des règles qui sont plus favorables aux salariés²⁵. Une convention collective pourrait par exemple ajouter des mentions obligatoires pour les contrats de travail ou accorder des droits plus étendus pour le passage vers un contrat de travail fixe ou à temps plein. Il serait également concevable de prévoir des clauses plus favorables dans le contrat de travail individuel, mais de telles clauses sont rares en pratiques.

C. Les points non transposés

Le droit luxembourgeois est à de nombreux égards relativement exigeant et protecteur, par exemple en ce qui concerne l'interdiction des formes de travail ultraflexibles (*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 les articles 10 et 11 n'ont pas été transposés.

- L'article 10 de la Directive cherche à protéger les salariés lorsque leur rythme de travail est « entièrement ou majoritairement imprévisible », en obligeant de fixer des heures et jours de référence prédéterminés et un délai de prévenance raisonnable. Si l'une de ces exigences n'est pas remplie, le travailleur a le droit de refuser une tâche sans s'exposer à des conditions défavorables.
- L'article 11 de la Directive ne concerne que les États membres qui autorisent le recours à des contrats à la demande. Sont visés les « travailleurs qui ne bénéficient pas d'une durée de travail garantie, y compris les travailleurs « zéro heure » ou titulaires de certains contrats à la demande », « en vertu desquels l'employeur dispose d'une grande flexibilité pour appeler le travailleur selon les besoins »²⁶, qui se trouvent de ce fait dans une situation particulièrement vulnérable²⁷.

Le Luxembourg a estimé ne pas devoir spécifiquement transposer ces règles ni introduit de mesures pour lutter contre le recours abusif à de tels contrats, et ce parce que notre législation n'autorise pas une telle flexibilité – mais est-ce vraiment le cas²⁸ ?

On peut, inversement, se demander s'il n'y a pas surtransposition à d'autres égards. Par exemple, le contrat d'apprentissage et le contrat d'engagement d'élèves ou étudiants sont censés indiquer les conventions collectives applicables. Or, les conventions collectives ne bénéficient en principe qu'aux salariés au sens strict²⁹. Il était toujours admis qu'elles n'étaient pas applicables aux apprentis³⁰. Le législateur aurait-il souhaité étendre le champ d'application de ces conventions ou s'agit-il d'une simple imprécision ?

D. Champ d'application personnel

La Directive bénéficie à tous les « travailleurs », notion qui a une certaine autonomie sur le plan européen³¹. Les indépendants ne sont pas concernés à condition qu'il s'agisse de travailleurs réellement indépendants.

21. Choix qui avait déjà été explicitement, et pour des raisons clairement exposées, fait en 1995 à propos de la précédente directive de 1991. 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'État 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 ».

22. Art. 13 de la Directive ; il faut cependant que la « protection globale des travailleurs » soit maintenue.

23. Sauf dans certains domaines spécifiques, notamment la durée de travail.

24. Art. 34 de la Constitution : « La sécurité sociale, la protection de la santé et les droits des travailleurs sont réglés par la loi quant à leurs principes ».

25. L'article 20 (2) de la Directive prévoit explicitement la possibilité de permettre l'application de conventions collectives qui sont plus favorables aux travailleurs.

26. 35^e Considérant de la Directive.

27. 12^e Considérant de la Directive.

28. Une certaine marge de flexibilité est cependant permise, par exemple en termes de contrats à travail partiel. Certaines entreprises ne manquent par ailleurs pas de créativité. Il n'est donc pas certain que le Luxembourg pouvait effectivement se dispenser entièrement de la transposition des articles 10 et 11 de la Directive.

29. J.-L. Putz, *Le droit du travail collectif, Tome 1 – Relations professionnelles*, 2^e éd., Larcier 2021, n° 538 et s.

30. Pour les élèves et étudiants sous contrat d'engagement, la question méritait au moins d'être discutée.

31. L'article 1 (2) de la Directive vise ceux qui sont liés par un contrat de travail ou une « relation de travail au sens du droit, des conventions collectives ou de la pratique en vigueur dans chaque État membre, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice ».

Si la directive de 1991 n'avait été transposée que pour les seuls « salariés », il en est autrement pour la Directive de 2019. La Loi de transposition couvre certes les salariés – mais également les apprentis, les élèves et étudiants, ainsi que les fonctionnaires. Les gens de mer étaient initialement inclus dans le projet, mais ont été sortis en raison d'un projet de réforme plus global du contrat de travail maritime, projet dans lequel ces règles seront reprises³².

La question pourrait se poser si cette transposition est assez large, alors que d'autres catégories de « travailleurs » pourraient encore tomber sous la Directive, tels des stagiaires rémunérés ou les personnes sous contrats spéciaux de (ré)insertion proposés aux demandeurs d'emploi³³.

Par ailleurs, la Directive aurait permis d'exclure les personnes dont le temps de travail est inférieur, en moyenne, à trois heures par semaine³⁴. Elle aurait encore permis d'exempter de certaines obligations les personnes physiques qui recrutent pour leur ménage, par exemple une femme de charge ou du personnel de soin³⁵. Le Luxembourg a cependant choisi de ne pas lever ces options. Les mêmes règles seront donc applicables pour tous. Ainsi, le foyer qui embauche une femme de ménage pour deux heures par semaine doit se soumettre à l'ensemble des contraintes et formalités prévus par le nouveau texte. 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. Ce choix politique avait été pris en 1995 à propos de la directive précédente et semble avoir été implicitement maintenu³⁶. Il a été critiqué par la suite en 2003 par le patronat³⁷, mais les travaux parlementaires laissent ces critiques sans réponse.

Dans la suite de notre contribution, nous nous concentrons avant tout sur les salariés ; nous n'analyserons pas en détail les règles sur la fonction publique. On peut cependant s'interroger si la transposition de la Directive est complète pour les fonctionnaires, puisque certaines règles de protection n'ont en tout cas pas été explicitement transposées.

II. NOUVEAUX PRINCIPES EN MATIÈRE D'ÉTABLISSEMENT DES CONTRATS

La forme classique de transmission des informations exigées par la Directive reste le contrat signé entre parties avant l'entrée en fonctions, même si désormais, dans certains cas, un document unilatéral peut suffire (titre 1). Quant à la forme, le nouveau texte aborde la question de la transmission digitale (titre 2) et clarifie les responsabilités en termes de respect des formalités (titre 3).

A. Forme et moment de l'information

La Directive est construite autour d'une logique unilatérale : l'employeur communique au travailleur certaines informations. Le Luxembourg a cependant une longue tradition de contrats de travail écrits. L'écrit est imposé depuis 1989 à toute relation de travail, quelle que soit son importance ou sa durée³⁸. Tout comme la directive de 1991, la présente Directive a donc été transposée en ce sens que le contrat de travail doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires, et ce avant l'entrée en service. L'employeur n'est pas autorisé à les fournir simplement de façon unilatérale.

Toutefois, une information unilatérale est prévue dans certains cas :

- L'information fournie aux personnes partant temporairement à l'étranger reste unilatérale³⁹ ;
- L'information fournie en cas de modification unilatérale du contrat ;
- Les informations pouvant être fournies dans la période suivant le début du travail.

À notre avis, le principe de fixation contractuelle avant l'entrée en service (titre 1) est en contradiction avec la nouvelle possibilité offerte de compléter par après certaines des mentions obligatoires (titre 2).

1) Conclusion au moment de l'entrée en service

Comme par le passé, le contrat de travail (L. 121-4 (1)⁴⁰), le contrat d'apprentissage (L. 111-3 (1)) et le contrat

32. Voir à ce sujet Projet de loi n° 8070, Amendements gouvernementaux, 20 mars 2023, p. 2.

33. Ainsi, notamment, « les travailleurs des plateformes, les stagiaires... pourraient entrer dans le champ d'application » de la Directive (8^e Considérant de la Directive).

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

35. L'article 1 (7) de la Directive permet certaines exemptions pour les « personnes physiques appartenant à des ménages qui agissent en qualité d'employeurs lorsque le travail est effectué pour ces ménages ».

36. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 3 : « Le Gouvernement continue à s'opposer fondamentalement à l'introduction de seuils conditionnant l'application du droit du travail. Si de tels seuils peuvent se justifier en matière de prestations sociales voire d'avantages sociaux. Tel n'est pas le cas en matière de droit du travail. Pourquoi la protection d'un salarié, découlant en l'espèce de la simple rédaction d'un contrat de travail et n'imposant guère de charges ni financières ni administratives nouvelles, serait-elle

moindre pour un salarié engagé pour trois semaines ou pour une durée hebdomadaire de sept heures que pour un salarié engagé pour six semaines ou pour une durée hebdomadaire de douze heures ? ».

37. Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 3 : « les deux chambres professionnelles insistent en premier lieu que soit appliqué le principe de proportionnalité de manière à ce que les employeurs "de petite envergure", respectivement les ménages privés agissant en tant qu'employeurs, soient exemptés des nouvelles formalités, dans un souci de simplification administrative mais également de bon sens et de pragmatisme. Elles demandent partant des auteurs de lever l'option mise en avant par la Directive ».

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

39. Sur ce point la Loi ne change pas les textes antérieurs.

40. Sauf indication contraire, les références légales sont des références au Code du travail.

d'engagement d'élèves et d'étudiants (L. 151-3 (1)) doivent être constatés par écrit au plus tard au moment de l'entrée en service ou en apprentissage. Chaque travailleur doit bénéficier d'un contrat individuel.

Pour le contrat de mission intérimaire, l'article L. 131-6 (1) impose la signature dans les deux jours ouvrables de sa mise à disposition.

2) Possibilité de fournir des informations par après

Le Code du travail prévoit désormais que, si certaines informations n'ont pas été communiquées au préalable au salarié ou à l'apprenti, elles « sont fournies » individuellement sous la forme d'un ou de plusieurs documents endéans un certain délai qui court à partir du « premier jour de travail »⁴¹. Ce délai est de sept jours calendaires pour certaines informations et d'« un mois »⁴² dans d'autres cas (L. 121-4 (2) al. 3 ; L. 111-3 (1) al. 7 ; L. 151-3 (1) al. 4).

Il s'agit des informations suivantes :

Informations à fournir	
dans les 7 jours	dans le mois
Identité des parties, début du travail, lieu de travail ⁴³ , nature du travail (objectif de formation), horaire de travail, rémunération, période d'essai	Congés, modalités de résiliation, conventions collectives, organismes de sécurité sociale, droit à la formation

De même, pour les contrats à durée déterminée, sont à fournir dans les sept jours les informations sur la déchéance du terme, sinon la durée minimale, ainsi que la période d'essai éventuelle (L. 122-2 (1) al. 2).

Pour d'autres mentions contractuelles, il n'est pas prévu que l'information puisse être fournie par après⁴⁴.

Ces nouvelles règles trouvent leur origine dans la Directive⁴⁵. Les auteurs de cette norme européenne ont estimé que « les travailleurs devraient avoir le droit d'être informés par écrit de leurs droits et obligations résultant de la relation de travail à leur entrée en fonction »⁴⁶, mais le concept d'« entrée en fonction » est entendu de façon large comme s'étendant à la période après l'entrée en relation. Ainsi, ce sont les informations considérées comme « informations de base » qui doivent être fournies dans les 7 jours, et les autres dans le délai d'un mois.

Initialement, les auteurs de la loi de transposition luxembourgeoise ne voulaient – à juste titre⁴⁷ – pas reprendre ces règles. C'est en tout cas le choix qui a été fait en 1995 à propos de la directive antérieure de 1991⁴⁸. À l'époque, les auteurs se limitaient à prévoir le contrat de travail comme seul document d'information ; ils voyaient l'avantage de la clarté et de la simplicité pour l'employeur, tout comme pour le salarié qui connaît en temps utile les éléments de sa relation de travail ; « un écrit venant [...] après le début de la relation de travail a souvent perdu toute utilité »⁴⁹.

Cette fois-ci toutefois, sur insistence du Conseil d'État, cette possibilité d'une information *ex-post* a été introduite par voie d'amendements⁵⁰.

Or, ces nouvelles disposition créent un conflit avec l'approche luxembourgeoise qui ne repose pas sur une communication unilatérale d'informations, mais sur une fixation contractuelle par écrit avant même de mettre un pied au travail. Quelles sont dès lors les implications de la co-existence de ces deux textes ? Nous ne pouvons qu'émettre des hypothèses, et la jurisprudence devra trancher.

D'un côté, le contrat doit contenir ces informations dès le départ, et d'un autre côté un délai est accordé à

41. 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 » ; voir dans le même sens le 23^e Considérant de la Directive. À noter encore que le terme de « premier jour de travail » est aussi utilisé pour le contrat d'apprentissage (L. 111-3 (1) al. 7), bien qu'il soit question par ailleurs de l'« entrée en apprentissage ».

42. 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 ».

43. Sauf pour l'apprentissage, le « lieu d'apprentissage » ne figure pas dans la liste.

44. Il s'agit notamment : (a) pour le contrat de travail : clauses dérogatoires ; (b) pour le contrat d'apprentissage : le lieu d'apprentissage (il pourrait s'agir ici d'une erreur de transposition, puisque le lieu d'apprentissage est assimilable au lieu de travail) ; (c) pour les élèves et étudiants : le lieu du logement (facultatif), l'identité du tuteur. À notre avis, le fait que ces clauses ne soient pas visées par les délais de sept jours ou d'un mois ne découle pas d'une réflexion approfondie ou d'un choix volontaire, mais simplement du fait qu'il s'agit de clauses non prévues par la Directive, et les amendements se sont limités à fidèlement reprendre la logique et les références du texte européen.

45. Art. 5 de la Directive.

46. 23^e Considérant de la Directive.

47. Puisque dans la logique du droit luxembourgeois, toutes les informations sont à fournir à l'avance. Par conséquent, la transposition aurait été plus favorable que les exigences de la Directive, ce qui est expressément autorisé par la Directive même.

48. 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 de travail. Cette façon de procéder (a) permet de transposer la directive moyennant simple modification de l'article 4 de la loi du 24 mai 1989, (b) réduit le surplus de charges administratives pour les entreprises à un minimum insignifiant, et (c) facilite la tâche du salarié en lui rendant les choses facilement intelligibles. Ces trois avantages disparaîtraient si la loi reprenait la faculté offerte par la directive d'ajouter un nouvel écrit, endéans les deux mois, contenant les mentions non exigées au contrat de travail. (...) 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 fonction ».

49. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 3 ; à l'époque, le délai était de deux mois.

50. Projet de loi n° 8070, Amendements parlementaires du 14 mars 2024.

l'employeur pour fournir ces informations ultérieurement. La rédaction *ab initio* d'un contrat de travail complet ne serait-elle donc plus « vraiment » obligatoire ? Est-ce que l'employeur qui ne fournit qu'un contrat incomplet, mais se rattrape dans les délais en fournissant un complément d'information échappe à toute sanction, civile ou pénale ?

Qu'en est-il des clauses qui, traditionnellement ne sont valables qu'à condition d'être fixées par écrit au moment de l'entrée en service⁵¹ ? Il en était ainsi des contrats à durée déterminée, le terme devant être fixé d'un commun accord dans le contrat avant le début du travail⁵². Il en était aussi ainsi de la clause d'essai qui n'était valable qu'à condition de figurer dans un écrit signé par les deux parties avant l'essai. L'employeur peut-il désormais rattraper le coup et envoyer ces informations dans les sept jours⁵³ ?

Cette possibilité de fournir des preuves ex-post s'accomode aussi mal de la règle selon laquelle « À défaut d'écrit, le salarié peut établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige ». En effet, en termes de preuve, le Code du travail instaure une asymétrie entre l'employeur et le salarié, afin de forcer l'employeur à respecter l'exigence de l'écrit. Ainsi, le salarié peut établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve, tandis que l'employeur est lié aux règles de la preuve civile ou commerciale⁵⁴. Mais que faire de ces principes si, en l'absence de contrat écrit, l'employeur peut tout simplement envoyer une notice d'information ? Peut-il ainsi constituer sa propre preuve écrite ? Telle semble être l'interprétation des auteurs du projet de loi⁵⁵.

La seule explication que nous avons trouvée dans les travaux parlementaires consiste à dire que l'employeur ne devrait utiliser cette procédure que pour les informations dont il n'aurait pas encore connaissance au moment de la conclusion du contrat⁵⁶. Or, non seulement cette idée ne trouve pas son reflet dans le texte légal, mais elle est encore surprenante : pourquoi l'employeur au moment de la conclusion du contrat l'employeur n'aurait-il pas encore connaissance de l'identité des parties (aberrant !), de

l'horaire, de la nature du travail ou de la rémunération ? Et même si tel était le cas, qu'est-ce qui garantirait qu'il en aura connaissance dans les sept jours ?

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 ? Ne faudrait-il pas distinguer deux types d'informations, à savoir :

- les informations essentielles, déterminantes de l'accord des parties, telles que la nature du travail, la rémunération, mais aussi la période d'essai et le choix entre CDD et CDI. Pour ceux-ci nous pensons que l'employeur ne saurait les imposer ou modifier unilatéralement et que l'information post-signature du contrat ne peut que fixer par écrit un accord oral antérieur qui a été trouvé... avec évidemment d'importants problèmes de preuve et un potentiel de conflit à la clef.
- les informations « moins essentielles » (p. ex. la durée des congés ou la procédure de fixation des congés) voire imposées par la loi (p. ex. les organismes de sécurité sociale, la procédure de démission), pour lesquelles l'employeur est à l'abri de tout reproche s'il fournit les informations immédiatement après l'entrée en service ?

Par ailleurs, la loi introduit une procédure pour le cas où l'employeur n'aurait pas fourni les informations dans les délais impartis (voir *infra* IV.B.2.).

B. Information papier ou électronique

La Directive prévoit tout d'abord que les informations requises sont à transmettre par écrit ; une information orale contreviendrait à l'évidence aux finalités de la Directive⁵⁷.

La Directive prévoit ensuite que « [c]es informations sont communiquées et transmises sur papier ou, à condition que le travailleur y ait accès, qu'elles puissent être enregistrées et imprimées, et que l'employeur conserve un justificatif de la transmission et de la réception, sous format électronique »⁵⁸. On lit dans les Considérants qu'« eu égard à l'utilisation croissante des outils de communication

51. Voir aussi les critiques du patronat à ce sujet, avec la suggestion d'abandonner le principe d'invalidité de ces clauses en l'absence de fixation écrite dès la signature du contrat ; Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 11.

52. Le fait même qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée semble toujours devoir être fixé par écrit avant l'entrée en service. Jusqu'ici toutefois, l'absence de mention du terme pouvait conduire à une requalification en contrat à durée indéterminée. Ce principe pourrait être remis en cause.

53. À condition du moins de prouver qu'il existe un accord entre parties sur ces points. Nous ne pensons en tout cas pas que le nouveau texte puisse être interprété en ce sens qu'il permettrait à l'employeur d'imposer ex-post une limitation de la durée du contrat ou une période d'essai sans accord préalable du salarié. Par contre, pour le contrat d'apprentissage par exemple, pour lequel l'essai est prévu par le Code du travail, le fait que le contrat

d'apprentissage ne la mentionne pas pourrait probablement être rattrapé par l'employeur dans les sept jours – et même par après si on admet que la période d'essai est de toute façon prévue par la loi.

54. Il s'agit d'une règle d'intérêt privé à laquelle les parties peuvent renoncer, même tacitement ; CSJ, 8^e, 19 juin 2014, n° 39710 (Référence LexNow / ID L2633B7D9).

55. L'article L. 121-4 (5) n'est pas modifié par la loi. Par contre, pour les contrats d'apprentissage, le même principe est repris à l'article L. 111-3 qui vise un « écrit conforme aux dispositions des paragraphes 1^{er} à 1^{er} ter », incluant les documents unilatéraux.

56. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 29 : « Cet alinéa ne doit cependant pas avoir pour objet de permettre à l'employeur de retenir l'information manquante s'il en a déjà connaissance ».

57. Art. 3 1^{er} phrase de la Directive.

58. Art. 3 2^e phrase de la Directive.

numériques, les informations qui doivent être fournies par écrit en vertu de la présente directive peuvent l'être sous forme électronique»⁵⁹. La transmission numérique est donc permise, mais doit être encadrée de certaines garanties.

Le projet de loi initial implémentait partiellement cette règle, mais elle a été étendue suite aux oppositions formelles du Conseil d'État dans un souci de transposition conforme de la Directive. Mais encore une fois, la différence d'approche entre le droit européen et le droit luxembourgeois pose problème, et il faut distinguer entre les documents contractuels (titre 1) et les documents unilatéraux (titre 2).

1) Transmission des documents contractuels

Le contrat de travail (L. 121-4 (1) al. 3), le contrat d'apprentissage (L. 111-3 (1) al. 2) et le contrat d'engagement d'élèves ou d'étudiants (L. 151-3 (1)) doivent désormais être transmis « sous format papier ou, à condition que le salarié/l'apprenti y ait accès, qu'il puisse être enregistré et imprimé et que l'employeur (organisme de formation) conserve un justificatif de sa transmission ou de sa réception, sous format électronique ».

Dans notre analyse, ce texte ne se prononce pas sur la *signature* d'un contrat de travail numérique qui devrait déjà avoir été admissible avant la nouvelle Loi⁶⁰.

Le texte ne semble concerner que la *remise* d'un exemplaire du contrat au salarié, une fois qu'il est signé⁶¹. Cette charge est mise sur les épaules de l'employeur.

- En cas de contrat électronique, c'est donc l'employeur qui au final devrait s'assurer de la preuve que le salarié dispose d'un exemplaire.
- En cas de contrat papier, la solution classique consistait à établir deux exemplaires, dont un est remis à chaque partie. Désormais, il semble donc y avoir la possibilité de signer un contrat papier en un exemplaire et d'envoyer une version numérisée au salarié, avec preuve de réception. Mais est-ce que le législateur voulait réellement déroger au principe du double exemplaire⁶²? Dans le doute, mieux vaut ne pas s'aventurer et maintenir la pratique antérieure.

Le texte ne définit pas non plus le « justificatif de la transmission et de la réception ». Un simple courrier électronique ne paraît pas suffisant, au moins faut-il exiger un accusé de réception électronique.

En somme, le nouveau texte s'accommode mal pour le cas d'un contrat signé par les deux parties.

2) Transmission des informations unilatérales

Pour les documents unilatéraux, l'approche est plus cohérente et fait du sens. La possibilité d'une transmission soit par papier, soit par format numérique est prévue pour les documents à fournir en cas de travail prolongé à l'étranger (L. 121-4 (3) al. 3, L. 111-3 (1bis) al. 3) et en cas de modification (L. 111-3 (1ter) al. 1 ; L. 151-3 (2)), les mêmes règles prévalent. L'employeur peut donc remettre un document papier ou recourir à la voie électronique.

Inutile de préciser que ce n'est pas seulement pour la version numérique qu'il a intérêt à se ménager une preuve de la remise, mais aussi pour la version papier, par exemple sous forme d'accusé de réception ou d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

On cherche cependant en vain ces mêmes règles de transmission pour les informations que l'employeur peut fournir dans les sept jours ou dans le mois du début du travail. Quel doit être leur mode de transmission ? Les nouveaux textes se contentent de prévoir que l'employeur « fournit » ces informations⁶³.

C. Personnes responsables du respect des formalités

La loi de 1989, qui avait rendu la signature d'un contrat écrit obligatoire et mettait fin à une longue tradition de contrats de travail oraux, plaçait employeur et salarié formellement à égalité en ce qui concerne la signature d'un contrat⁶⁴. Dans une relation entre deux personnes en position équivalente, il appartient en effet à chacune d'entre elles d'insister sur la rédaction d'un écrit et de négocier et de proposer le contenu. Nous savons cependant que, sauf cas exceptionnels, cet équilibre des forces n'existe pas dans les contrats de travail, dont le contenu est le plus souvent imposé par l'employeur, la discussion

59. 24^e Considérant de la Directive.

60. 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, ce qui n'exclut cependant pas qu'un juge puisse s'en satisfaire à titre de preuve.

61. Que signifie en effet « transmettre... le contrat » ? À notre avis, il s'agit de la transmission du contrat dûment signé par les deux parties, pas d'un exemplaire revêtu de la signature du seul employeur.

62. Le double exemplaire ne figure désormais plus à l'article L. 121-4 (1), mais il est toujours prévu à l'article 1325 du Code civil comme condition de validité des actes sous seing privé.

63. Il serait cependant cohérent d'admettre par analogie tant la transmission sur papier que la transmission sous format électronique.

64. L'article L. 121-4 (6) permet la résiliation « lorsqu'une des parties refuse la signature d'un écrit conforme ».

se limitant à quelques points essentiels (nature du travail, salaire, période d'essai, etc.).

Sous le nouveau texte, il ne fait plus aucun doute que c'est l'employeur qui est exclusivement responsable du respect des formalités (titre 1). Néanmoins, une certaine aide doit être fournie par les autorités publiques, contraintes d'élaborer des modèles (titre 2).

1) L'employeur, responsable exclusif

La Directive permet aux États membres de déterminer quelles personnes sont responsables de l'exécution des obligations imposées aux employeurs, même à l'égard de personnes qui ne seraient pas partie de la relation de travail⁶⁵. Le Luxembourg n'a pas fait usage de cette possibilité. Notre droit du travail reste cantonné dans une approche classique dualiste, à savoir que la relation de travail se déroule entre un employeur clairement identifié et un salarié.

La pratique remet certes en cause cette séparation, notamment avec des employeurs multiples (contrat de travail global) ou avec des employeurs éloignés (pratique du *secondment*, à la limite de la mise à disposition illégale). Ce n'est pas à l'occasion de la transposition de la présente directive que le législateur a choisi de résoudre cette problématique plus générale.

En tout cas, la Directive et la Loi sont claires en ce que, désormais, la responsabilité pour veiller à la préparation et à la rédaction du contrat de travail incombe à l'employeur⁶⁶. Cette approche est cohérente dans la logique de la Directive visant un employeur informant unilatéralement le travailleur de ses conditions de travail. Elle l'est un peu moins dans l'approche contractuelle luxembourgeoise.

Tandis que l'article L. 121-4 (1) prévoyait jusqu'ici que le contrat de travail « doit être constaté par écrit », il énonce désormais qu'il « doit être constaté par l'employeur par écrit »⁶⁷. La formule peut surprendre. Certes, la Directive prévoit que c'est « l'employeur communique par écrit » les informations sur les conditions de travail⁶⁸. Mais dire qu'une relation contractuelle est « constatée » par l'une des parties fait peu de sens, puisque chacune des parties doit signer le document. En réalité, le nouveau texte exprime ainsi que la responsabilité pour dresser cet écrit

incombe à l'employeur – approche qui reflète la réalité sur le terrain. Ainsi par exemple, selon notre analyse, c'est seulement l'employeur et non le salarié qui encourt une sanction pénale si aucun écrit n'est dressé ou s'il manque des mentions obligatoires au contrat (voy. ci-après).

On peut toutefois imaginer des situations dans lesquelles le salarié proposerait ou rédigerait le contrat ou du moins l'une ou l'autre clause importante pour lui. Le projet de loi interdit-il désormais cette pratique ? L'employeur commettrait-il une infraction en l'acceptant ? La réponse est à notre avis négative. Il faut 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 »⁶⁹ sur lesquels le salarié n'a en général que peu d'influence pour en modifier le contenu.

2) Des modèles proposés par les autorités

« Afin d'aider les employeurs à fournir les informations dans les délais »⁷⁰, les États membres peuvent élaborer des documents types et des modèles⁷¹. Bien qu'il s'agisse ainsi d'une simple faculté, le Luxembourg a choisi de l'implémenter et d'imposer aux autorités de publier des modèles de contrats sur Internet, plus précisément :

- pour les contrats de travail et contrats de mission intérimaire, la charge incombe à l'ITM (L. 121-10 al. 2, L. 131-22). La loi vise à chaque fois « différents modèles » de contrat, de sorte que l'ITM semble devoir offrir un choix de plusieurs modèles, mais chacun conforme aux exigences légales ;
- le contrat-type d'engagement pour étudiants et élèves est établi par le ministre du travail, et publié sur le site de l'ITM (L. 151-3 (1) al. 9) ;
- pour l'apprentissage, il faut que « différents modèles de contrat d'apprentissage ainsi qu'un modèle de convention de lieux pluriel » soient fixés par les chambres professionnelles, le nouveau texte ajoutant que ces modèles doivent être publiés sur leur site Internet (L. 111-3 (7)).

Le recours à ces modèles ne sera pas obligatoire⁷². Les employeurs pourront dès lors continuer à utiliser leurs propres contrats, à condition évidemment qu'ils soient conformes au Code du travail.

65. Art. 1 (5) de la Directive.

66. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 34 : « l'obligation de rédiger et de transmettre au salarié un contrat de travail incombe à l'employeur ».

67. Un changement similaire est introduit pour les modifications au contrat de travail (L. 121-4 (4) al. 1^{er}), ainsi que pour les contrats de mission intérimaire (L. 121-6 (1) al. 1^{er} – pour l'entrepreneur de travail intérimaire). La précision n'est pas ajoutée à l'article L. 151-3 (1) pour les contrats d'engagement d'élèves et étudiants. Pour le contrat d'apprentissage, la mention n'y figure pas non plus.

68. Art. 3 de la Directive.

69. 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. »

70. 25^e Considérant de la Directive.

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

72. Sauf pour les élèves et les étudiants.

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 réglementaire⁷³. S'ils contiennent des erreurs, un Tribunal pourra toujours remettre en cause la validité de l'une ou de l'autre clause. Se poserait ensuite la question de la responsabilité des acteurs concernés pour avoir publié des modèles inexacts ou incomplets.

Au-delà de ces modèles, les mêmes autorités sont appelées à publier sur leur site internet officiel « les renseignements relatifs aux obligations d'information en matière de conditions de travail transparentes et prévisibles » pour les apprentis (chambre professionnelles ; L. 111-13), les salariés (ITM, L. 121-10 al. 1^{er}), les intérimaires (ITM, L. 131-22) et les élèves et étudiants (ITM, L. 151-3 (1) al. 9). Ici encore se pose la question de la responsabilité en cas d'erreur.

III. NOUVELLES RÈGLES SUR LE CONTENU DES CONTRATS

Les nouvelles règles sur le contenu du contrat (titre B) n'impactent en principe que les contrats futurs et non les contrats existants (titre A). Certaines des nouvelles mentions obligatoires méritent un regard plus détaillé (titre C).

A. Impact sur les contrats existants

Les contrats existants ne doivent pas obligatoirement être adaptés, et il n'est pas requis de signer un avenant. Cette solution avait déjà été retenue en 1995⁷⁴ et est explicitement prévue par la Directive⁷⁵.

Néanmoins, les salariés qui bénéficiaient d'un contrat de travail signé avant le 4 août, 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. Les mêmes principes sont applicables aux

apprentis (L. 111-3 (9)) et aux travailleurs intérimaires (L. 131-6 (5)). Le texte n'a pas été transposé pour les élèves et étudiants, probablement en raison du caractère très éphémère de ces contrats⁷⁶.

Comme nous le verrons plus loin, l'employeur qui ne satisfait pas à la demande du travailleur dans les délais encourt une amende,

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. Mais que faire en effet si le salarié n'est pas d'accord avec le contenu du document qui lui est remis ?

B. Nouvelles clauses obligatoires

De nouvelles mentions obligatoires sont prévues pour les contrats de base (titre 1) et en cas de départ du travailleur à l'étranger pendant une certaine durée (titre 2). Pour les mentions additionnelles obligatoires spécifiques aux contrats à durée déterminée, les changements sont mineurs⁷⁷.

1) Mentions obligatoires pour les contrats de base

De façon générale, la réforme étend le nombre de mentions obligatoires et conduit à une plus grande harmonisation entre le contrat de travail, le contrat d'apprentissage et l'engagement d'élèves et étudiants.

Dans le cadre de cet article, nous focaliserons sur le contrat de travail pour lequel l'article L. 241-1 (2) prévoit désormais les mentions obligatoires suivantes (nous relevons en **gras** les changements par rapport au texte antérieur) :

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 »⁷⁸ selon lequel le salarié sera occupé à divers endroits et plus particulièrement à l'étranger **ou sera libre de déterminer son lieu de**

73. Sauf probablement pour les élèves et les étudiants.

74. Projet de loi n° 3928, Amendement adopté par la Commission du travail et de l'emploi, 15 mars 1995 : « Compte tenu du fait que les modifications apportées par la nouvelle loi au contenu des contrats sont plutôt d'un ordre formel, la commission a jugé opportun de renoncer à l'insertion dans le projet d'une disposition générale requérant l'adaptation obligatoire de tous les contrats en vigueur. La commission estime qu'une telle disposition contraignante ne s'impose pas en l'occurrence, contrairement à ce qui fut retenu dans le cadre de la loi de base sur le contrat de travail du 24 mai 1989 (Article 57) ».

75. Voir les dispositions transitoires de l'article 22 de la Directive.

76. Leur non-inclusion a été critiquée par le patronat ; Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 3 : « Les deux chambres professionnelles relèvent encore que le Projet de loi est silencieux concernant le sort des contrats d'engagement

(des élèves ou étudiants) existants et, pour des raisons de sécurité juridique, demandent que cette omission soit réparée en insérant la même clause que celle applicable aux autres types de contrat (travail, apprentissage, mission) mutatis mutandis ».

77. Les mentions concernant le contrat à durée déterminée concernent les salariés ainsi que, par renvoi, les intérimaires. Le contrat d'étudiant, tout comme le contrat d'apprentissage sont par nature des contrats limités dans le temps. Pour les contrats à durée déterminée, la liste des clauses obligatoires n'est que très légèrement modifiée au point 4 de l'article L. 122-2, qui se lit désormais comme suit : « la durée **et les conditions d'application** de la période d'essai éventuellement prévue ». Les changements importants concernant les CDD sont le droit de solliciter un passage en CDI, ainsi que la limitation des périodes d'essai.

78. Lisez plutôt « la mention » ; voir la version allemande de la Directive : « der Hinweis darauf... ».

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 supplémentaires⁷⁹ et à leur rémunération ainsi que, le cas échéant, toutes les modalités relatives au changement d'équipe** ;
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 respecter⁸⁰** 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 collectives⁸¹ 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 octroyé par l'employeur.**

2) Nouvelles mentions pour 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 **« au déplacement temporaire »⁸², ainsi que les allocations propres au détachement et les modalités de remboursement des dépenses de voyage, de logement, de nourriture** ;
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 (une certaine disposition européenne⁸³).**

C. Commentaire des principales nouveautés

Des changements sont à observer non seulement en ce qui concerne les mentions obligatoires (titre 2), mais également quant à savoir si elles doivent figurer *in extenso* dans le contrat/document ou si une référence suffit (titre 1).

79. Cette mention est aussi reprise pour les contrats d'apprentissage. Leur contrat est censé prévoir les modalités des heures supplémentaires. 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.

80. Cette mention ne fait pas de sens pour les contrats à durée déterminée, alors que la démission et le licenciement sont exclus. Cette mention est également censée figurer dans les contrats d'engagement pour élèves ou étudiants. Mais ne s'agit-il pas par nature de contrats à durée déterminée qui ne peuvent pas être résiliés avec préavis ? Cette critique a aussi été soulevée par les chambres patronales ; voy. Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 3.

81. Le pluriel « conventions collectives », copié de la Directive ne fait à notre avis pas de sens dans le contexte luxembourgeois en vertu du principe d'unicité de la convention collective, une seule convention collective régissant l'entreprise (voy. cependant *contra*, Projet de loi n° 3928, Avis du Conseil d'État, p. 3). Comme nous l'avons relevé antérieurement, il ne fait pas de sens de prévoir une référence à une convention collective pour les contrats d'apprentissage (et probablement aussi pour les contrats d'engagement d'élèves ou étudiants), puisque les conventions collectives ne leur sont pas applicables. Voir aussi Projet de loi n° 8070, Avis commun de

la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 3 ; les chambres professionnelles « s'interrogent quant à la pertinence pour les employeurs de communiquer les conventions collectives de travail lorsqu'il en existe. [...] Elles sont d'avis que les auteurs ont procédé par symétrie en dupliquant machinalement les nouvelles mentions obligatoires du CDI non pertinentes pour ces deux autres types de contrat, sans en apprécier la pertinence et praticabilité » ; *ibid.*, p. 9 : « Les deux chambres professionnelles donnent à considérer qu'actuellement ni les apprentis ni les élèves ou étudiants ne sont soumis aux conventions collectives de travail lorsqu'il en existe ». La Chambre des salariés de son côté note qu'en pratique, certaines règles des conventions collectives bénéficient aux apprentis, et « approuverait si désormais la situation juridique devienne plus claire avec l'indication de l'application d'une convention collective ou non » ; Projet de loi n° 8070, Avis de la Chambre des salariés du 20 octobre 2022, p. 3.

82. Le Conseil d'État avait suggéré de remplacer les termes d'« expatriation » par « déplacement temporaire ».

83. Il s'agit de 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 »).

1) Mention ou référence ?

Pour les points marqués par un symbole (◆ ou ❖), l'information peut résulter d'une référence aux dispositions légales, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant ces matières. Il s'agit donc des règles relatives à la durée de travail, à la rémunération, aux congés, aux modalités de résiliation, à la période d'essai⁸⁴, aux organismes de sécurité sociale et du droit à la formation.

La Directive précise en effet que certaines informations « peuvent, le cas échéant, résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant ces points »⁸⁵.

Jusqu'ici, le législateur avait choisi de ne permettre les références que pour deux mentions, à savoir les congés et les modalités de résiliation du contrat (marqués ❖), bien que l'ancienne directive lui aurait permis d'aller plus loin. Les auteurs de la précédente loi de 1995 avaient en effet estimé que « l'efficacité du système et la protection du salarié ne sont garanties » en ce qui concerne la rémunération et la durée de travail, « que si la mention en figure in extenso dans le contrat de travail. [...], 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. »⁸⁶.

La nouvelle loi par contre exploite l'intégralité de la Directive et autorise très largement les références⁸⁷. Les travaux parlementaires n'expliquent pas ce changement de cap. Mais comment une rémunération ou un droit de formation peuvent-ils être fixés par renvoi à un texte réglementaire ?

2) Principales nouvelles mentions à prévoir

Sur le fond des mentions obligatoires, si certains changements sont mineurs, d'autres méritent notre attention :

- La Directive évoque **la liberté de choisir son lieu de travail**. Mais ce « principe »⁸⁸ 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 prester des heures supplémentaires, que des majorations de salaire qui s'appliquent en cas de prestations d'heures supplémentaires »⁸⁹. Le contrat devra dès lors définir les cas dans lesquels les heures supplémentaires peuvent être prestées. Il faudra s'orienter au cadre légal, qui est très restrictif en la matière, même s'il n'est pas toujours respecté en pratique. De nombreuses questions se posent. Le contrat peut-il prévoir que le salarié s'engage à prester 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 prester 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 toute heure supplémentaire ?

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 peuvent être rémunérées avec majoration (L. 211-27). 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 contrat de travail doit désormais 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 préavis⁹⁰. Selon

84. Pour le contrat de travail la durée de cette période ne peut cependant pas être fixée par renvoi (sauf pour les essais prévus dans une convention collective) et doit donc être fixée par contrat. Pour les élèves et étudiants le principe d'une période d'essai n'est pas prévu. Pour l'apprentissage, le contrat comporte de par l'effet de la loi (L. 111-3 (1) al. 2) une période d'essai de trois mois.

85. Art. 4 (3) de la Directive.

86. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 4.

87. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 29 : « Cet article permet d'élargir la liste des informations pouvant être données moyennant une référence aux dispositions légales, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives, en tenant compte des exigences de l'article 4, paragraphe 3, de la 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 ». Nous ne comprenons pas en quoi cela explique une dérogation aux choix antérieurement faits par le Luxembourg.

88. 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 [...] ». Nous avons relevé ci-dessus que dans la version allemande les termes « *Hinweis darauf* » sont utilisés. Il ne s'agit donc pas d'un principe de droit quant au fond, mais il faut que le salarié soit informé sur le principe qu'il peut choisir son lieu de travail, si c'est l'accord qui a été trouvé par les parties.

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

90. *Ibid.*

les travaux parlementaires⁹¹, 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)⁹².

- 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 prolongée⁹³. Mais que dire de plus que ce qui est contenu dans le Code du travail ?
- 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 sur son droit à la formation : « *si une formation doit être octroyée au salarié par l'employeur, celle-ci doit être précisée au contrat* »⁹⁴.

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'employeur⁹⁵.

- L'identité du ou des **organismes de sécurité sociale** percevant les cotisations sociales devra également être mentionnée 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 (le Centre commun de la sécurité sociale, CCSS).

IV. MISE EN ŒUVRE ET SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT

Il se peut qu'un employeur, en violation des règles énoncées ci-avant, entame la relation de travail sans signature préalable d'un écrit. Il se peut aussi que le contrat écrit soit signé, mais qu'il ne comporte pas l'ensemble des mentions exigées. Quelles sont les sanctions appliquées ? Comment les droits du salarié sont-ils garantis ?

Comme la plupart des directives européennes, la Directive de 2019 exige la mise en place de sanctions en cas d'infractions aux dispositions d'implémentation nationales, sanctions qui doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »⁹⁶.

Les auteurs de la Directive ont constaté que des sanctions consistant simplement dans la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts sont rarement efficaces ; ce d'autant plus que les travailleurs demandent rarement réparation au cours de la relation de travail⁹⁷. Il fallait donc réfléchir à d'autres mécanismes de sanction.

Une voie encouragée est celle des présomptions favorables aux travailleurs. Notre Code du travail contenait déjà plusieurs de ses présomptions, liste qui a été complétée (titre A). Par ailleurs, le législateur luxembourgeois a opté pour l'introduction de nouvelles sanctions pénales (titre C), qui viennent compléter le dispositif civil (titre B).

Sur le plan procédural, la Directive requiert en outre que le travailleur ait la possibilité d'introduire une plainte auprès d'une autorité ou d'un organisme compétent, et de disposer d'une voie de recours adéquate en temps utile et de manière efficace »⁹⁸, ainsi qu'un « système de règlement des litiges efficace et impartial » y compris après la fin de la relation de travail⁹⁹. Ces exigences n'ont pas été explicitement transposées dans la Loi. Il faut admettre que le système actuel¹⁰⁰, et notamment la possibilité de s'adresser à l'Inspection du travail¹⁰¹ et/ou de déposer une requête devant le Tribunal du travail (le cas échéant en référé), satisfont à ces exigences¹⁰².

91. Projet de loi n° 8070, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 20.

92. Voir aussi le 18^e Considérant de la Directive : « Il convient que les informations relatives à la procédure à suivre par l'employeur et le travailleur en cas de cessation de la relation de travail précisent le délai d'introduction d'un recours contre le licenciement ».

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

94. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 36 ; *ibid.*, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 21.

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

96. Art. 19 de la Directive.

97. 39^e Considérant de la Directive.

98. Art. 15 (1) pt. b de la Directive.

99. Art. 16 de la Directive.

100. La question a été explicitement discutée lors de la transposition de la directive antérieure de 1991. Les auteurs du texte qui aboutira à la loi de 1995

ont renvoyé aux dispositions relatives aux tribunaux du travail, compétent pour toutes contestations relatives au contrat de travail ; « ces contestations comprennent évidemment celles résultant des dispositions sur les éléments d'information devant être mentionnés au contrat de travail ». Ils ont également considéré la possibilité d'introduire un référé et ont souligné les compétences de l'ITM. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 5.

101. Respectivement les chambres professionnelles pour les contrats d'apprentissage.

102. Si le travailleur opte pour la voie pénale, en déposant plainte, les autorités compétentes pour instruire le dossier seront la police judiciaire, le Parquet, voire le juge d'instruction. Un juge pénal devra ensuite décider si l'employeur a respecté ou non ses obligations. Le juge pénal pourra uniquement se prononcer sur la peine à infliger à l'employeur et sur les dommages-intérêts à allouer au salarié, et qui sont en lien causal direct avec l'infraction. Il n'a pas de pouvoir allant au-delà, par exemple pour se prononcer sur les conséquences pour la relation de travail.

En effet, l'Inspection du travail a pour mission de faire respecter les règles relatives aux formalités contractuelles. Les inspecteurs du travail sont régulièrement saisis de doléances relatives à des contrats manquants ou incomplets. Ainsi par exemple, en 2023, sur un total de 54 740 de dossiers, 3 086 (soit 5,6 %) concernaient du moins en partie le contrat de travail en tant que tel, en dehors de considérations telles que le salaire, la durée de travail ou le licenciement¹⁰³.

A. Présomptions favorables

De par l'effet probatoire qu'elles développent, les présomptions créent un risque pour l'employeur et sont dès lors un instrument l'incitant à respecter les formalités légales.

La Directive encourage la définition par les États membres de présomptions favorables lorsque les formalités n'ont pas été respectées¹⁰⁴. Au Luxembourg, de telles présomptions étaient déjà en place, à savoir¹⁰⁵ :

- a) à 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 admissible¹⁰⁶ (L. 122-2 (2)).
- b) à 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 (L. 121-5 (1) al. 4).

La nouvelle Loi vient ajouter une nouvelle présomption :

- c) « à défaut d'écrit mentionnant la durée du travail du salarié à temps partiel, ainsi que sa répartition, le salarié est présumé être engagé à temps plein » (L. 123-4 (2)).

La jurisprudence à propos des présomptions sub a) et b) admet qu'elles sont destinées à protéger le salarié, de sorte que seul le salarié peut les invoquer en justice. Il serait logique d'admettre qu'il en est de même pour la nouvelle présomption de temps plein. En l'absence de fixation écrite, l'employeur ne saurait donc imposer un temps plein à un salarié en invoquant cette présomption, ce d'autant plus que l'employeur est en faute pour ne pas avoir veillé à l'établissement d'un écrit.

Selon la Directive, « les employeurs ont la possibilité de réfuter » ces présomptions ; il s'agit donc de présomptions

réfragables. En droit luxembourgeois toutefois, les présomptions mentionnées ci-dessus sub a) et b) sont clairement irréfragables. Il n'est pas permis à l'employeur de rapporter la preuve contraire, par exemple qu'une période d'essai ou une limitation de durée auraient été convenues oralement. On peut considérer que cette approche reste en accord avec la Directive, qui permet aux États membres des règles plus favorables aux travailleurs.

Qu'en est-il de la nouvelle présomption sub c) pour la durée de travail ? Est-elle réfragable ou non ? Le texte n'exclut pas la preuve du contraire, et en l'interprétant à la lumière de la Directive et de la volonté du législateur¹⁰⁷, il faut admettre qu'elle est réfragable. Toutefois, la « preuve contraire » que l'employeur doit rapporter est soumise à l'exigence... de l'écrit (L. 121-4 (5)), seules quelques exceptions étant permises. Par conséquent, la présomption semble « quasi-irréfragable »¹⁰⁸.

Rappelons dans ce cadre qu'une nouvelle présomption sera probablement introduite prochainement dans le cadre de la Directive « plateformes », à savoir une présomption de salariat¹⁰⁹.

B. Conséquences civiles

Qui dit sanctions civiles pense tout d'abord aux dommages-intérêts. Or, l'absence d'écrit ou l'absence d'information dans les délais ne crée que rarement un préjudice matériel certain et établi. Un éventuel préjudice moral se résumera aussi à des sommes peu dissuasives. Dans le contexte qui nous intéresse, à savoir les formalités relatives aux conditions de travail, notre Code de travail propose tout d'abord un mécanisme obscur de résiliation du contrat (titre 1), que la nouvelle Loi a complété par une procédure surprenante de mise en demeure suivie d'une injonction judiciaire (titre 2). Rien donc qui, à notre avis, serait bien utile et offrirait un véritable remède.

1) Résiliation du contrat

Selon l'article L. 121-4 (6), « lorsque l'une des parties refuse la signature d'un écrit conforme aux dispositions du « paragraphe 2 »¹¹⁰ du présent article, l'autre partie

¹⁰³. Rapport annuel de l'Inspection du travail et des mines, 2023, p. 16.

¹⁰⁴. Art. 15 (1) pt. a de la Directive.

¹⁰⁵. On peut encore mentionner la présomption figurant à l'article L. 151-3 selon laquelle, à défaut de contrat d'engagement écrit pour un élève ou étudiant, l'engagement est réputé fait sous contrat de louage de service (donc de contrat de travail classique), la preuve du contraire n'étant pas admissible.

¹⁰⁶. Sous réserve des incertitudes discutées plus haut induites par le fait que les nouvelles dispositions semblent autoriser l'employeur à fournir certaines informations dans les sept jours de calendrier.

¹⁰⁷. Projet de loi n° 8070, commentaire des articles, p. 34 : « Dans un tel cas, le salarié est présumé engagé à temps plein et il appartient à l'employeur de rapporter la preuve contraire ».

¹⁰⁸. L'employeur ne peut en principe prouver le contenu du contrat de travail par d'autres moyens que l'écrit, sauf les exceptions prévues pour la preuve civile, tel le commencement de preuve par écrit.

¹⁰⁹. Résolution législative du Parlement européen du 24 avril 2024 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme (COM(2021)0762 – C9-0454/2021 – 2021/0414(COD)).

¹¹⁰. La nouvelle loi n'a pas changé ce paragraphe quant au fond, mais elle a pris le soin de le modifier sur base de considérations législatives : « Au paragraphe 6, les parenthèses entourant le chiffre 2 sont supprimées » – et si on s'intéressait au fond ?

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 »¹¹¹.

Nous n'avons connaissance d'aucun cas ni d'aucune jurisprudence qui aurait fait application de cet article depuis son introduction il y a plus d'un tiers de siècle¹¹². Quel salarié démissionnerait pour ne pas avoir de contrat conforme ?

Ce qui mérite cependant d'être relevé, c'est que ce texte est en parfaite harmonie avec la logique contractuelle de notre droit et en désaccord avec la Directive, qui met toutes les obligations à charge de l'employeur. Ici, le salarié est mis sur un plan d'égalité avec l'employeur au niveau de l'établissement du document contractuel ; si le salarié refuse de signer, l'employeur peut mettre un terme au contrat après trois jours. D'un autre côté, l'employeur aurait désormais eu la possibilité de simplement lui envoyer dans les sept jours les informations requises.

Nous relevons que ce mécanisme est spécifique au contrat de travail et ne s'étend pas au contrat d'apprentissage et probablement pas non plus au contrat d'étudiant.

2) Procédure d'injonction

Comme nous l'avons vu ci-dessus, les informations obligatoires doivent figurer dans le contrat, avec une nouvelle possibilité de se rattraper dans un bref délai de sept jours ou un mois après le début du travail.

La loi introduit une procédure pour le cas où l'employeur n'aurait pas fourni les informations ni dans le contrat, ni endéans le délai de « rattrapage » (L. 121-4 (2) al. 4 ; CDD : L. 122-2 (1) al. 3 ; L. 111-3 (1) al. 8 ; L. 151-3 (1) al. 5). Ainsi, le salarié, apprenti, élève ou étudiant doit d'abord mettre l'autre partie en demeure. Si celle-ci reste infructueuse, il doit, dans la quinzaine de cette mise en demeure¹¹³, s'adresser par simple requête au président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière sommaire. L'employeur peut être condamné, sous peine d'astreinte, à fournir les informations manquantes¹¹⁴.

La procédure est également applicable au document que l'employeur doit remettre en cas de modification des éléments obligatoires (L. 121-4 (4) al. 3 ; L. 111-3 (1ter), al. 3, L. 151-3 (2) al. 3) ; elle ne semble pas s'étendre au document obligatoire en cas de travail à l'étranger.

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 ? Quel employeur se laisserait condamner sans fournir au moins devant le juge les informations requises ?

Par ailleurs, au vu de la jurisprudence, le président statuant d'urgence, risque de se déclarer incompétent 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 ?

En outre, si le litige porte sur le contenu des clauses, comment le juge pourra-t-il décider dans une procédure accélérée du contenu approprié des informations à fournir ? Si le juge se contente d'une injonction générale (« ordonne à l'employeur de fournir des informations sur la rémunération »), il ne fera que déplacer le problème sur le plan du contentieux de l'exécution. Statuer sur le fond par contre pourrait l'obliger à analyser l'accord trouvé entre parties.

Nous ajoutons enfin qu'à côté de cette procédure, le salarié pourrait aussi tenter de passer par la voie classique du référé-urgence devant le président du Tribunal du travail lorsqu'il ne dispose pas d'un contrat de travail écrit ou si celui-ci est manifestement incomplet.

En tout état de cause, le juge civil qui conclut que le contrat est manquant ou incomplet doit en informer le Parquet, en vertu du devoir général incombant à tout fonctionnaire qui a connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, de faits susceptibles de constituer un délit pénal¹¹⁵.

C. Sanctions pénales

Les auteurs de la Directive avaient songé notamment à des sanctions administratives et financières, telles que des amendes ou le paiement d'une compensation¹¹⁶, sans cependant viser spécifiquement des sanctions pénales. Les auteurs du texte luxembourgeois ont toutefois décidé d'emprunter la voie pénale.

Jusqu'ici, le législateur s'est toujours refusé à toute approche répressive et s'est limité à des sanctions de

111. Une question encore non tranchée par la jurisprudence est de savoir si ce mécanisme est une *lex specialis* excluant la démission ou le licenciement pour faute grave au motif que l'autre partie refuse de signer un écrit. Ceci étant, l'absence d'écrit constitue désormais une infraction pénale pour l'employeur ; a-t-il réellement le choix de garder le salarié à ses services en l'absence d'écrit ?

112. Par la loi de 1989 sur le contrat de travail.

113. On doit probablement admettre que si le délai de 15aine est dépassé, il n'est plus possible de se ménager un nouveau recours au moyen d'une deuxième mise en demeure.

114. Le texte précise en outre que l'ordonnance est exécutoire par provision et susceptible d'appel dans les 40 jours.

115. Art. 23 (2) du Code de procédure pénale.

116. 45^e Considérant de la Directive.

nature civil en cas de non-respect des formalités inhérentes au contrat de travail, sauf pour les contrats intérimaires (L. 134-3). Ce changement de paradigme aurait mérité une explication dans les travaux parlementaires, explication qu'on y cherche cependant en vain.

Le choix n'est pas évident, puisque jusqu'ici, tout ce qui concerne le volet purement contractuel de la relation de travail, n'était quasiment pas pénalisé, contrairement aux règles d'exécution et de protection (par exemple le non-respect de la durée de travail ou des règles de sécurité et de santé). Puisque la répression a été jugée nécessaire, la loi aurait encore pu opter pour des sanctions administratives à prononcer par l'ITM, solution plus pragmatique et probablement plus efficace. Mais ce sont des sanctions

pénales qui ont été introduites¹¹⁷. Faute de comprendre ce choix, il ne nous reste plus qu'à analyser les nouvelles infractions dans leurs éléments constitutifs (titre 1) et au niveau de la peine encourue (titre 2).

1) Éléments constitutifs

L'analyse des nouvelles dispositions pénale doit commencer avec les faits qui sont désormais incriminés (titre a) avant de s'intéresser au potentiel auteur de l'infraction (titre b).

a) Inventaire des nouvelles infractions

Les infractions en matière de formalité des contrats peuvent se résumer comme suit¹¹⁸ :

Infraction (résumé)	Type de contrat			
	Contrat de travail	Contrat d'apprentissage	Contrat intérimaire	Contrat élèves et étudiants
	L. 121-11	L. 111-14	L. 134-3 (4)	L. 151-3 (3)
Non-respect des formalités de base de la conclusion du contrat				
Absence de constat de l'écrit au plus tard au moment de l'entrée en service/ apprentissage (ou dans les 2 jours pour les missions intérimaires)	L. 121-4 (1) ¹¹⁹	L. 111-3 (1) al. 1 ¹²⁰ et 2	L. 131-6 (1) al. 1	L. 151-3 (1) al. 1
Omission de mentions obligatoires au contrat	L. 121-4 (2) al. 1	L. 111-3 (1) al. 4	L. 131-6 (1) al. 3	L. 151-3 (1) al. 2
Pour certaines informations, ne devant pas être communiquées préalablement, omission de les fournir dans les formes dans les 7 jours respectivement dans le mois à compter du premier jour de travail	L. 121-4 (2) al. 3	L. 111-3 (1) al. 7	Probablement L. 131-6 (1) al. 3 ¹²¹	L. 151-3 (1) al. 4
En cas de travail pendant plus de 4 semaines consécutives à l'étranger, omission de délivrer le document contenant certaines informations additionnelles	L. 121-4 (3) al. 1	L. 111-3 (1bis) al. 1	L. 131-6 (1) al. 3	N/A
Dans le cas précité (travail à l'étranger) ne pas avoir respecté les formes pour l'écrit ou le format électronique	L. 121-4 (3) al. 3	L. 111-3 (1bis) al. 3		N/A

117. Voy. aussi les critiques du patronat à ce sujet, dénonçant une « approche résolument répressive », une « généralisation de l'amende comme mode de sanction... au détriment des sanctions civiles » et le risque de doubles sanctions ; Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 16.

118. Le texte de loi initial incriminait de façon très large le non-respect de certains paragraphes. Le Conseil d'État s'y opposait toutefois en vertu de l'exigence de légalité pénale. Projet de loi n° 8070, Avis du Conseil d'État du 24 octobre 2023, par exemple à la page 4 : « Concernant le renvoi aux dispositions de l'article L. 111-3, paragraphes 1^{er} à 4, le Conseil d'État rappelle qu'une disposition qui incrimine indistinctement et sans autre précision toute infraction aux dispositions d'un ou de plusieurs paragraphes du dispositif ne répond pas aux exigences constitutionnelles en la matière lorsque tous les alinéas des paragraphes visés ne contiennent pas clairement des faits susceptibles

d'être sanctionnés. En l'espèce, il constate que plusieurs alinéas des paragraphes 1^{er} à 4 de l'article L. 111-3, ne contiennent pas de faits susceptibles d'être sanctionnés (voire des faits susceptibles d'être reprochés à l'organisme de formation). [...] Le Conseil d'État demande dès lors, sous peine d'opposition formelle pour violation de l'article 19 de la Constitution, de ne citer que les alinéas qui contiennent des faits susceptibles d'être sanctionnés ».

119. Le fait de ne pas avoir constaté le contrat par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service ; le fait de ne pas avoir respecté les formalités pour le format papier ou électronique.

120. Notamment le fait de ne pas avoir conclu le contrat d'apprentissage entre les bonnes personnes, notamment de ne pas l'avoir conclu avec le représentant légal s'il s'agit d'un mineur

121. Le renvoi de l'article L. 131-6 (1) al. 3 vers l'article L. 121-4 ne nous semble pas certain quant à sa portée.

Infraction (résumé)	Type de contrat			
	Contrat de travail	Contrat d'apprentissage	Contrat intérimaire	Contrat élèves et étudiants
	L. 121-11	L. 111-14	L. 134-3 (4)	L. 151-3 (3)
Omission de fixer les modifications du contrat par écrit dans les formes au moment de la prise d'effet des modifications concernées	L. 121-4 (4) al. 1 et 2	L. 111-3 (1 ^{ter}) al. 1	L. 131-6 (1) al. 3	L. 151-3 (2) al. 1
Pour les contrats existants, omission de fournir sur demande dans le délai de deux mois un document conforme	L. 121-4 (7)	L. 111-3 (9)	L. 131-6 (1) al. 5	N/A
Omission de dispenser les formations obligatoires pour l'exécution du travail pour lequel le salarié est engagé gratuitement et pendant les heures de travail.	L. 121-4 (9)	N/A	L. 121-4 (9) ¹²²	N/A

En termes de mentions obligatoires pour les contrats de travail, la sanction pénale englobe également les mentions additionnelles obligatoires pour les contrats de mission intérimaire¹²³, les contrats à durée déterminée (L. 122-2(1); L. 122-9bis), les contrats à temps partiel (L. 123-4; L. 123-9), mais non celles pour les contrats de télétravail¹²⁴.

Ces infractions visent clairement l'omission de certaines mentions obligatoires. Le texte n'est pas clair s'il sanctionne également des mentions erronées, par exemple une fausse indication des délais de préavis ou des organismes de sécurité sociale compétents.

À cela s'ajoutent quelques cas particuliers, en matière d'apprentissage¹²⁵ et surtout, en matière de contrats de travail, le fait de ne pas avoir dispensé gratuitement et pendant les heures de travail ou de ne pas avoir considéré comme temps de travail effectif les formations que l'employeur doit obligatoirement fournir au salarié pour l'exécution du travail pour lequel il est engagé (L. 121-4 (9)).

De même, constituent des infractions le fait pour l'employeur de ne pas avoir répondu dans un délai d'un mois à compter de la demande du salarié d'accepter ou de refuser par écrit une demande du salarié de convertir son CDD en CDI (L. 122-9bis et L. 122-10bis al. 2) ou de passer en temps complet ou en temps partiel (L. 123-3bis al. 2; L. 123-9).

b) Élément moral

Les textes d'incrimination sont muets quant à l'élément moral. D'après la jurisprudence, dans le silence de la loi sur l'élément moral requis, « la faute, consiste dans la transgression matérielle de la disposition légale commise librement et consciemment »¹²⁶. Par le seul constat de l'omission (de réponse, de contrat, de mention au contrat...), l'employeur sera présumé se trouver en infraction, cette transgression/omission constituant la « faute infractionnelle »¹²⁷. Il appartient à l'employeur « de renverser cette présomption en faisant valoir qu'il n'a pas agi librement et consciemment, c'est-à-dire en rendant crédible une cause de justification ». Pour de simples formalités à respecter, une telle défense est quasiment impossible. En somme donc, il ne faut établir ni acte volontaire, ni même une négligence. L'ignorance de la loi ne vaut pas non plus excuse, puisque nul n'est censé ignorer la loi et que l'erreur de droit n'est admise que très restrictivement par les juridictions.

À noter que si le contenu est volontairement inexact, la qualification de faux en écritures privées est à envisager, un contrat de travail étant – comme tout document contractuel – un écrit protégé par la loi¹²⁸.

c) Auteur de l'infraction

L'infraction s'adresse à l'employeur (« organisme de formation » pour les apprentis). Il s'agit donc d'un « délit de

122. Probablement, puisque l'intérimaire est aussi un salarié.

123. L'article L. 134-3 (4) renvoie à l'article L. 131-6 (1) al. 3, qui énonce certaines mentions additionnelles pour les contrats de mission et renvoie tant à l'article L. 131-4 qu'à l'article L. 121-4.

124. Règlement grand-ducal du 22 janvier 2021 portant déclaration d'obligation générale de la convention du 20 octobre 2020 relative au régime juridique du télétravail; clause 5 de la Convention.

125. En particulier le fait de ne pas avoir conclu de conventions séparées en cas de système pluriel de lieux de formation (L. 111-3 (1) al. 3).

126. Jurisprudence constante, voir p. ex. Cass., 19 décembre 2019, n° 170/2019, n° CAS-2019-00012 du registre (Référence LexNow / ID 20210507920); Cass., 11 juin 2020, n° 81/2020, n° CAS-2019-00097 du registre (Référence LexNow / ID 20200715781).

127. Voy. par exemple en ce sens, après la non-publication des bilans par des dirigeants; Cass., 25 février 2010, n° 11/2010, n° 2734 du registre (Référence LexNow / ID 14732).

128. Voy. par exemple CSJ, corr., 29 mai 2018, n° 199/18 V; CSJ, corr., 3 novembre 2021, n° 345/21 X (à propos de la copie d'un contrat de travail); CSJ, corr., 10 juillet 2018, n° 283/18 V.

fonction », exigeant une certaine qualité. Des personnes n'ayant pas cette qualité ne peuvent en principe être auteurs ou co-auteurs de ces infractions. Toutefois, la jurisprudence admet qu'ils peuvent être complices. Dès lors, la question pourrait se poser par exemple si l'avocat ou le prestataire qui fournit un contrat incomplet ou inexact devient complice de cette infraction. Il est toutefois rappelé que la complicité ne se conçoit que pour les infractions volontaires et non pour des faits de négligence¹²⁹.

Puisque le salarié est la personne protégée par ces infractions pénales, il paraîtrait absurde de considérer le salarié qui (consciemment) accepte de travailler sans contrat ou signe un contrat qu'il sait incomplet, comme complice de cette infraction.

Dans la plupart des cas, l'employeur est une personne morale, telle une société commerciale. Depuis 2010, le droit luxembourgeois connaît la responsabilité des personnes morales¹³⁰. La société est ainsi responsable si l'infraction a été commise à son nom et dans son intérêt. La jurisprudence tend à considérer que cette condition est remplie si l'entreprise néglige de se conformer à des formalités légales.

Mais cette responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques. 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.

2) Peine encourue

La sanction prévue est une amende de 251 à 5.000 euros. Pour les personnes morales, l'amende est de 500 à 10.000 euros¹³¹. Bien qu'ainsi aucun emprisonnement et seule une amende est prévue, l'infraction est un délit et non une simple contravention.

En cas de récidive dans le délai de deux ans, ces peines peuvent être portées au double du maximum, soit aller

jusqu'à 10.000 euros pour les personnes physiques, voire 20.000 euros pour les personnes morales.

Quelle est la sanction en cas de pluralité de faits ? Les règles classiques de la procédure pénale sur le cumul (dit 'concours') d'infractions ne prévoient pas une addition des peines ; en principe, la peine maximale peut tout au plus être doublée, quel que soit le nombre d'infractions commises¹³². Les nouvelles infractions pénales dérogent à ce principe en prévoyant que l'amende est encourue¹³³ par salarié (apprenti, élève, étudiant) concerné. Pour une entreprise qui a oublié une mention dans ses contrats, la sanction maximale peut dès lors très vite atteindre des sommes importantes.

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 opté pour un cumul d'amendes puisqu'il permet « *outre 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* »¹³⁴. Si le raisonnement peut convaincre, la question se pose toutefois pourquoi il n'est pas étendu à toutes autres infractions, par exemple celles en matière de durée de travail, de congés ou d'entrave à la délégation du personnel.

Les travaux parlementaires sont muets quant au choix de ces peines, et notamment du maximum de l'amende¹³⁵. Abstraction faite de l'absence de cohérence visible en ce qui concerne les peines des différentes infractions prévues par le Code du travail, deux exemples témoignent de l'incohérence dans ce cas particulier :

– On notera tout d'abord que pour les intérimaires, l'entrepreneur de travail intérimaire qui a embauché sans avoir conclu dans le délai de deux jours un contrat de mission écrit, s'expose à une amende de 10.000 euros, voire à un emprisonnement en cas de récidive (L. 134-3 (1) 2^o pt. c). La même disposition légale – l'article L. 131-6 – est désormais punie de deux dispositions différentes – une fois d'une amende de 5.000 euros (par intérimaire) et une fois d'une amende de 10.000 euros (en tout)¹³⁶.

129. Voir p. ex. CSJ, crim., 13 juillet 2016, n° 22/16 : « Pour que la participation criminelle soit punissable, il faut que l'agent coopère consciemment et volontairement, en accomplissant un acte positif selon l'un des modes prévus par les articles 66 ou 67 du Code pénal, à l'exécution d'un acte principal qui constitue une infraction. Pour être punissable, il faut que l'agent sache qu'il coopère à la perpétration d'un fait délictueux ou criminel et doit avoir la volonté d'agir en vue de réaliser l'infraction ».

130. Loi du 3 mars 2010 1. introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle, 2. modifiant le Code pénal, le Code d'instruction criminelle et certaines autres dispositions législatives.

131. Art. 36 du Code pénal.

132. Plus précisément, l'article 60 du Code pénal énonce : « En cas de concours de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits ».

133. Ce qui est le principe en matière de contraventions (Art. 58 du Code pénal), mais non en matière de délits.

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

135. La Chambre des salariés a pris position comme suit : « La CSL estime que le montant de 251€ n'est absolument pas suffisant pour dissuader les employeurs de ne pas fournir les informations nécessaires aux salariés. Le montant maximum de 5,000 € semble plus raisonnable. » ; Projet de loi n° 8070, Avis de la Chambre des salariés du 20 octobre 2022, p. 7.

136. Il en découle un potentiel problème de constitutionnalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel français a décidé que « la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi », et donc une violation du principe d'égalité devant la loi (Cons. Const., 28 juin 2013, n° 2013-328).

– Ensuite, l'employeur qui ne répond pas de façon motivée et dans les délais à une demande de « formule souple de travail » d'un salarié devenu parent, encourt une amende limitée à 2.500 euros (L. 236-2). S'il demande de passer en contrat à temps partiel, l'amende est de 5.000 euros. L'amende dépend-elle de la base juridique que le salarié invoque pour sa demande ?

D. Protection contre les représailles

La Directive exige des États membres de prendre les mesures nécessaires pour interdire le licenciement de travailleurs, et toute mesure équivalente, au motif qu'ils ont exercé les droits prévus par la Directive¹³⁷ ; en cas de licenciement, les travailleurs doivent pouvoir demander à leur employeur les motifs du licenciement et en cas de recours, l'employeur doit prouver que le licenciement était fondé sur d'autres motifs¹³⁸.

Ces exigences ne correspondent pas à la logique du droit luxembourgeois. En effet, depuis 1989, tout licenciement doit de toute façon être motivé et en cas de contestation, il appartient à l'employeur de prouver la réalité des motifs.

Le droit luxembourgeois aurait donc probablement été conforme aux exigences de la Directive. Néanmoins, la Loi modifie la protection spéciale contre les représailles, qui s'étend largement au-delà du champ d'application de la Directive. L'article L. 010-2 subit ainsi des changements substantiels¹³⁹. Pourtant, il venait tout juste d'être introduit dans le Code en 2022¹⁴⁰ en transposition d'une autre directive européenne et n'avait, selon nos recherches, pas encore donné lieu à une application jurisprudentielle. Le prochain changement de ce texte est d'ailleurs déjà à l'horizon, dès que la Directive « plateformes » entrera en vigueur.

Cet article met en place une protection assez large des salariés contre les représailles en réaction à l'exercice de

leurs droits (titre 1), protection dont la violation est assortie de sanctions civiles (titre 2). Le nouveau texte n'est cependant pas exempt de critique (titre 3).

1) Étendue de la protection

La finalité de l'article L. 010-2 reste inchangée ; il s'agit de protéger le salarié qui défend ses droits contre des mesures de rétorsion. Si le champ des droits défendus par le salarié ne change pas (titre c), le nouveau texte est toutefois plus large tant en ce qui concerne les actes de rétorsion prohibés (titre a) qu'en ce qui concerne les actions que le salarié peut mener (titre b).

a) Actes prohibés : les représailles

L'ancien article L. 010-2 visait la protection du salarié contre les « représailles ». Dans sa nouvelle mouture, il vise tant le « traitement défavorable » que les « représailles », sans cependant définir la différence entre ces deux concepts qui semblent proches.

Le terme de « représailles » est utilisé à plusieurs reprises par le Code du travail. Les représailles pourraient être définies, par analogie à la récente loi sur les lanceurs d'alerte comme étant « tout acte ou omission direct ou indirect qui intervient dans un contexte professionnel [...] et qui cause ou peut causer un préjudice injustifié » au salarié¹⁴¹.

Le terme de « traitement défavorable » par contre apparaît pour la première fois dans le Code du travail, et semble inspiré du texte de la Directive¹⁴², qui va même plus loin et vise non seulement une protection contre le « traitement » mais également contre les « conséquences » défavorables pour le salarié¹⁴³.

Un employeur pourrait par exemple réduire les responsabilités du salarié en lui attribuant des tâches subalternes

137. En effet, la mise en œuvre de la Directive « requiert une protection judiciaire et administrative adéquate contre tout traitement défavorable en réaction à une tentative d'exercer les droits prévus [...], à toute réclamation auprès de l'employeur ou à toute procédure judiciaire ou administrative visant à faire respecter » les droits de la Directive (42^e Considérant). « Lorsque des travailleurs considèrent qu'ils ont été licenciés ou ont subi un préjudice équivalent pour un tel motif, les travailleurs et les autorités ou organismes compétents devraient pouvoir exiger de l'employeur qu'il justifie dûment le licenciement ou la mesure équivalente » (43^e Considérant).

138. Art. 18 de la Directive.

139. Contrairement à l'article L. 010-1 qui définit les règles d'ordre public en droit du travail. L'article L. 010-1 du Code pénal, qui d'ailleurs est entièrement remplacé par la loi sans apporter de véritable changement, définit les matières qui sont d'ordre public. Alors qu'il aurait suffi d'insérer quelques dispositions modificatives, la loi remplace l'article L.010-1 dans son intégralité. Le seul changement est cependant une mise à jour au pont 1^o de la référence de l'ancienne directive de 1991 vers la nouvelle Directive de 2019. Dans la liste de l'article L. 010-1 on trouve par exemple la durée de travail, les congés, le travail à temps partiel, les règles d'égalité de traitement et de non-discrimination ou encore la sécurité et la santé des travailleurs. Le

cadre de la présente contribution serait dépassé si on voulait analyser en quoi ces règles sont « d'ordre public », alors que de nombreuses matières du droit du travail qui n'y sont pas énumérées, le sont tout autant. Par exemples les règles sur le licenciement, les règles sur le télétravail ou la protection des personnes en situation de handicap. Il n'est pas possible d'y déroger par convention. En outre, certaines matières non énumérées sont assorties de sanctions pénales. La justification de cette liste est donc difficile à cerner.

140. Loi du 23 décembre 2022 portant modification 1^o 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^o de certaines autres dispositions du Code du travail.

141. Art. 3 pt. 11 de la loi du 16 mai 2023 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.

142. Art. 17 de la Directive.

143. La transposition de la Directive pourrait donc considérée comme n'étant pas parfaite.

ou non conformes à ses compétences, dans le but de le démotiver ou de le pousser à la démission. Une autre mesure de représailles pourrait consister à priver le salarié de certaines primes ou avantages. Enfin, un employeur pourrait aussi exercer des pressions psychologiques en créant un environnement de travail hostile, par exemple en isolant le salarié de ses collègues ou en multipliant les remarques négatives et les blâmes injustifiés.

À noter que ces dispositions n'exigent pas explicitement que les représailles soient l'œuvre de l'employeur. La protection serait-elle applicable si le salarié s'estime victime d'un traitement défavorable de la part de l'administration, de collègues de travail, de clients ou de tiers ?

b) Actes protégés des salariés : la défense de droits

L'ancien texte ne visait que les « actions en justice » de la part du salarié. Le nouveau texte couvre non seulement l'exercice de voies de recours, mais également la « réaction à une plainte ».

L'« action en justice » est un terme large qui devrait englober toute forme de recours judiciaire devant les tribunaux civils, administratifs ou pénaux.

Le terme de « plainte » ne devrait pas seulement viser la plainte pénale, mais toute forme de plainte « auprès d'une autorité ou d'un organisme compétent »¹⁴⁴, par exemple auprès de l'ITM, de la CNPD ou de la médecine du travail. À notre sens, il faudrait aussi inclure le fait de s'adresser pour la défense de droit à des organisations associatives, tels les syndicats ou les associations d'aide aux salariés (p. ex. en faveur des victimes de harcèlement, de protection des salariés handicapés, de protection de la main-d'œuvre étrangère).

Le nouveau texte complète la liste par les « protestations », sans cependant définir la notion. On peut probablement y voir une sorte de plainte ou d'opposition manifestée en interne ou de façon non formelle. Ne devraient cependant pas être inclus des actes allant au-delà de simples déclarations, tel par exemple un arrêt de travail en protestation de la violation des droits¹⁴⁵.

Le nouveau texte couvre également les témoignages ou le fait d'avoir relaté des faits. La protection ne joue donc pas seulement si le salarié défend ses propres droits, mais également s'il défend les droits de ses collègues de travail,

et probablement même s'il défend ceux de salariés d'une autre entreprise.

Quant à son champ d'application personnel, l'article L. 010-2 reste cependant très étroit en ce qu'il ne vise que les salariés, et exclut ainsi d'autres catégories, tels les apprentis. La transposition de la Directive semble donc incomplète.

c) Droits défendus

Le champ protecteur de l'article L. 010-2 va au-delà des sujets couverts par la seule Directive. Notre législateur a souhaité définir un « principe général d'interdiction de tout traitement défavorable ou de représailles envers des salariés qui auraient protesté ou déposé plainte ou un recours »¹⁴⁶.

Ancien et nouveau texte visent de façon générale les cas dans lesquels le but du salarié est de faire respecter les droits « prévus au titre du présent code »¹⁴⁷, donc au Code du travail. Cette définition est très large et couvre ainsi presque l'intégralité du droit du travail, depuis les règles sur l'embauche en passant par les règles sur la rémunération, la durée de travail, les conditions de travail, la sécurité et la santé au travail, et enfin la procédure de résiliation du contrat.

À notre avis, vu que le Code du travail protège indirectement le respect des conventions collectives et contrats individuels, l'article L. 010-2 peut aussi être invoqué lorsque le salarié cherche à défendre des droits ne découlant pas directement du Code du travail, mais d'une convention collective ou de son contrat. Il en est probablement de même si les droits figurent dans un règlement intérieur ou une charte d'entreprise.

Par contre, l'article L. 010-2 ne semble pas jouer si les droits sont ancrés dans d'autres textes que le Code du travail, et notamment tout ce qui découle du Code de la sécurité sociale.

d) Une condition sous-entendue : la bonne foi ?

L'article L. 010-2 reste muet sur une condition essentielle de la protection contre les représailles : doit-il effectivement y avoir une violation des droits du salarié ? Il serait à notre sens excessif de subordonner la protection à cette condition.

Prenant inspiration de la législation récente sur les lanceurs d'alerte, nous proposons de considérer que la

144. Voir en ce sens l'article 15 (1) pt. b) de la Directive.

145. Une telle interprétation de l'article L. 010-2 légitimerait la grève dite « sauvage » en dehors d'une procédure de conciliation.

146. Projet de loi n° 8070, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 6.

147. Le texte initial du projet de loi n° 8070 ne visait que les droits prévus à l'article L. 010-1 du Code du travail.

protection contre les représailles protège le salarié dès lors qu'il était de bonne foi ; autrement dit, il faudrait que le salarié « ait eu des motifs raisonnables de croire que la violation des droits était véridique au moment de l'action en justice, du témoignage ou de la plainte »¹⁴⁸.

2) Procédure et sanctions en cas de représailles

Si la Directive impose la protection contre les représailles, elle laisse cependant aux États membres une large marge d'appréciation pour déterminer les sanctions.

Tout d'abord, l'article L.010-2 (1) précise qu'« est considérée comme nulle et non avenue toute disposition figurant dans un contrat, une convention individuelle¹⁴⁹ ou collective ou un règlement intérieur d'entreprise qui serait contraire aux interdictions » des représailles. Ce texte, inspiré de textes préexistants¹⁵⁰, exclut ainsi toute clause qui interdirait ou attacherait des conséquences négatives au fait qu'un salarié défende ses droits, agisse en justice ou porte plainte¹⁵¹. Or, de telles clauses auraient très probablement été considérées comme nulles auparavant.

Se pose ensuite la question de la sanction encourue lorsque des représailles ou un traitement défavorable ont effectivement eu lieu. La violation par l'employeur de la protection contre les représailles n'a pas été assortie de sanctions pénales. Le salarié victime de rétorsions devra donc trouver son réconfort dans le droit civil.

Tandis que pour le licenciement et la modification du contrat, une solution claire est prévue (titre a), tel n'est pas le cas pour d'autres formes de représailles (titre b).

a) Sanction en cas de licenciement ou modification

L'article L. 010-2 prévoit désormais que sont « interdites » :

- la notification au salarié de la résiliation de son contrat de travail (donc le licenciement)
- la convocation à l'entretien préalable au licenciement
- la modification d'une clause essentielle du contrat de travail¹⁵²

La suite de l'article L. 010-2 nous semble très mal rédigée, et même superflue, puisqu'elle ne fait que renvoyer à la procédure ordinaire du licenciement et ne semble rien y ajouter. Il semble évident qu'en cas de licenciement avec

effet immédiat, le salarié ne puisse demander les motifs, puisque ceux-ci doivent être fournis d'office dans la lettre de résiliation. En cas de licenciement avec préavis, il a de toute manière le droit de demander les motifs. Et enfin, l'action en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail lui est de toute manière ouverte.

L'article L. 010-2 pourrait cependant avoir un impact pour les salariés en période d'essai. Impliquerait-t-il que le salarié licencié avec préavis durant l'essai, et qui allègue avoir été victime de représailles parce qu'il a exercé ses droits, peut exiger la communication des motifs de son licenciement ? La jurisprudence devra trancher la question.

Comment est sanctionné un tel licenciement « interdit » ? Le texte n'énonce aucune nullité, mais renvoie aux règles sur le licenciement abusif. Même s'il s'avère que le licenciement était fondé sur des représailles, le salarié ne pourra exiger sa réintégration dans l'entreprise. Il ne pourra prétendre qu'à des dommages-intérêts en réparation de son préjudice matériel et moral. *Money wins*.

En cas de modification d'une clause essentielle du contrat, les conséquences sont en principe les mêmes lorsque l'employeur a respecté la procédure de l'article L. 121-7 : le salarié peut décider de ne pas poursuivre la relation de travail, décision qui équivaut à un licenciement, donne lieu à une motivation patronale et ouvre un recours en dommages-intérêts pour licenciement abusif. Une nullité est cependant encourue, selon l'article L. 121-7, si la modification n'est pas notifiée dans les formes et délais légaux ; cette nullité est cependant indépendante de la question des représailles.

b) Sanction pour d'autres formes de représailles

Quelle est la sanction encourue à l'égard de représailles autres qu'un licenciement ou une modification du contrat ? On peut imaginer le cas d'un harcèlement par l'employeur suite à une plainte, telle une mise au placard. Un autre exemple serait la modification d'une clause non essentielle du contrat¹⁵³ ou l'attribution de tâches moins valorisantes.

En vertu du principe « pas de nullité sans texte », la sanction encourue ne devrait pas consister dans la nullité. Il faut donc se tourner vers les remèdes plus classiques, tels

148. Formulation inspirée de l'article 4(1) de la loi précitée du 16 mai 2023.

149. Il n'est pas précisé en quoi une « convention individuelle » se distingue du « contrat ».

150. Art. L. 241-9 et L. 253-3 du Code du travail, en matière d'égalité de traitement. Ces textes reposent à leur tour sur des directives européennes qui exigent explicitement une telle nullité dans « les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises... » (voir p. ex. Art. 16 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). La Directive de 2019 ne contient pas de telle exigence explicite.

151. Il en serait naturellement de même d'une clause (absurde) qui préciserait explicitement que le salarié peut faire l'objet de représailles.

152. 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 ».

153. Il peut s'agir par exemple d'une clause de flexibilité sur le lieu de travail, l'horaire ou la nature de la tâche.

des dommages-intérêts ou des injonctions de cessation que le juge pourrait prononcer.

3) Appréciation critique de la protection contre les représailles

D'expérience, les règles de protection contre les représailles s'avèrent plutôt inefficaces en pratique. La première raison en est qu'en pratique, la protection légale n'enlève que rarement au salarié la peur de passer à l'action : osera-t-il faire valoir ses droits ? croit-il réellement pouvoir agir ensuite contre d'éventuelles représailles dont il serait victime ? Faire reconnaître ses droits par les administrations ou en justice est fastidieux et coûteux pour les salariés. Faire reconnaître sa qualité de victime de représailles pour avoir exercé ces droits l'est encore bien plus.

À cela s'ajoutent des raisons juridiques. L'article L 010-2 n'offre pas de véritable solution aux problèmes probatoires auxquels le salarié risque de se heurter (titre a). En outre, son agencement avec d'autres régimes de protection n'est pas clair (titre b).

a) L'obstacle probatoire

Si la Directive est construite dans la logique d'une défense à présenter par l'employeur et d'une altération de la « charge de la preuve »¹⁵⁴, cette protection ne développe pas d'effet efficace en droit luxembourgeois. De toute manière, tout licenciement avec effet immédiat ou avec préavis doit être motivé. Il n'appartient jamais à l'employeur de prouver que le licenciement n'est pas fondé sur des représailles, mais de prouver des motifs réels et suffisants¹⁵⁵ à la base de sa décision de résilier le contrat.

Ce qui aurait réellement pu aider les salariés victimes de représailles aurait été une modulation de la charge de la preuve. Ainsi, sans aller forcément jusqu'à un renversement de la charge de la preuve, le salarié aurait pu bénéficier d'un allègement de la charge de la preuve, l'obligeant simplement à fournir des indices qu'il a été victime de représailles pour que l'employeur doive se justifier. Or, un tel mécanisme – tel qu'il existe par exemple en matière de discrimination et de harcèlement sexuel¹⁵⁶ – n'a pas été introduit. Le législateur luxembourgeois se montre réticent à ce type d'allègement de la charge de la preuve,

comme il l'a récemment montré dans la loi sur le harcèlement moral.

Ainsi, la protection contre les représailles risque dans la plupart des cas de se heurter à un obstacle probatoire. Sauf cas exceptionnels, un employeur mal intentionné ne motivera jamais un licenciement explicitement par le fait que le salarié a exercé ses droits. Les autres formes de représailles ne donnent pas lieu à une motivation explicite. Il appartiendra donc au salarié de rapporter la preuve d'un lien entre la mesure dont il fait l'objet et l'action en justice, la plainte ou le témoignage qu'il a fait. Cet obstacle est souvent insurmontable.

b) Co-existence avec d'autres régimes de protection

Autre critique de l'article L. 010-2 : ce régime général vient se super- ou juxtaposer avec d'autres régimes spécifiques de protection contre les représailles¹⁵⁷.

Tout d'abord, le travailleur pourra dans certains cas être protégé par les règles sur les lanceurs d'alerte lorsqu'il subit des représailles pour avoir défendu ses droits ou les droits de ses collègues. Cette protection ne couvre pas les actions en justice, ni les plaintes pénales, mais elle s'applique à des « plaintes » (signalements) auprès d'autorités telle que l'ITM, la CNPD ou le Centre pour l'égalité de traitement. Toute forme de représailles dans ce cadre permet non seulement d'agir en nullité, mais fait encore bénéficier le salarié d'une présomption que le traitement défavorable est lié à sa plainte (signalement)¹⁵⁸. En outre, une action pénale est ouverte à l'encontre de l'employeur. Le salarié a donc tout intérêt à se positionner en lanceur d'alerte.

Ensuite, le Code du travail prévoit d'ores et déjà les régimes de protection suivants :

- article L. 236-1, protection contre les représailles des salariés ayant formulé une demande de formule souple de travail ;
- article L. 241-8, protection contre les représailles en lien avec l'égalité de traitement (sexe) ;
- article L. 245-5, protection contre les représailles en lien avec un harcèlement sexuel ;
- article L. 245-4, protection contre les représailles en lien avec un harcèlement moral ;

154. Article 18 de la Directive (texte et intitulé).

155. Graves ou sérieux, selon qu'il s'agit d'un licenciement avec effet immédiat ou avec préavis.

156. Ou encore en matière de représailles en cas de dénonciation de faits de corruption, Art. L. 271-2.

157. Le Conseil d'État avait d'ailleurs relevé que dans la nouvelle teneur proposée pour l'article L.010-2, « le salarié ne dispose plus de la possibilité d'initier une action devant le juge des référés pour voir constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien [...] » et qu'aucune explication y relative n'est fournie » ; Projet de loi n° 8070, Avis du Conseil d'État du

24 octobre 2023, p. 2 ; dans le cadre d'un amendement, les auteurs du projet expliquent que le délai de 15 jours pour demander cette nullité n'est pas en adéquation avec le délai d'un mois endéans lequel l'employeur doit notifier les motifs du licenciement. Ils ont jugé que par rapport à l'action en nullité, une action en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail « est donc plus appropriée » pour se conformer à la directive ; Projet de loi n° 8070, Amendements parlementaires du 14 mars 2024, p. 7 ; *ibid.*, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 7.

158. Art. 26 et 27 de la loi précitée du 16 mai 2023.

- article L. 241-8, protection contre les représailles en lien avec le principe de non-discrimination (religion, opinions, orientation sexuelle...);
- article L. 271-1, protection contre les représailles en cas de dénonciation de faits de corruption, trafic d'influence etc.

La manière dont ces dispositions spécifiques s'agencent avec le nouvel article L.010-2 (qui couvre tout le Code du travail, donc également ces cas spécifiques) n'est pas claire. Probablement le salarié a-t-il le choix de la disposition protectrice sur laquelle il entend fonder son action.

Mais surtout, ces règles spécifiques prévoient la nullité de toute forme de représailles, et notamment d'un licenciement. Elles mettent en place une procédure accélérée permettant au salarié de faire constater cette nullité et son maintien dans l'entreprise.

La question se pose dès lors pourquoi le législateur a opté pour deux régimes différents. Pourquoi celui qui est victime de représailles parce qu'il a témoigné en faveur d'un collègue de travail harcelé peut-il agir en nullité de son licenciement, mais non le salarié qui témoigne pour un collègue rémunéré en-dessous du salaire minimum ? Cette différenciation semble difficilement justifiable, y compris face au principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

Quant au fond, le nouvel article L. 010-2 n'apporte 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 cet article, 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 nouvel article L. 010-2 du Code du travail ne vaut au final pas le papier sur lequel il est écrit¹⁵⁹.

V. CHANGEMENT AU FOND POUR CERTAINES CLAUSES

La Directive et la Loi ne se limitent pas seulement à augmenter les formalités à respecter par les entreprises, mais ont également un impact sur le fond de certaines clauses, notamment les clauses d'essai (titre A) et les clauses d'exclusivité (titre B).

A. Clauses d'essai

Selon le socle européen des droits sociaux, « toute période d'essai devrait avoir une durée raisonnable »¹⁶⁰. La Directive concrétise ce principe : « Les périodes d'essai permettent aux parties à la relation de travail de vérifier que les travailleurs et les postes pour lesquels ils ont été engagés sont compatibles, et de fournir aux travailleurs un accompagnement. Toute arrivée sur le marché du travail ou toute transition vers un nouveau poste ne devrait pas s'accompagner d'une longue période d'insécurité »¹⁶¹. « Il devrait être possible de prévoir, à titre exceptionnel, que les périodes d'essai soient supérieures à six mois lorsque cela est justifié par la nature de l'activité, comme l'exercice d'une fonction managériale, de direction ou d'un poste dans le service public »¹⁶².

La problématique ne se pose que pour les contrats de travail. Pour les contrats d'apprentissage, la période d'essai est fixée légalement à trois mois (L. 111-3 (1)). La période d'essai des missions intérimaires a toujours été strictement encadrée et ne peut dépasser, en fonction de la durée de la mission, trois, cinq ou huit jours (L. 131-7 (2)). Pour les contrats d'élèves et d'étudiants, il n'est pas prévu qu'ils puissent contenir une période d'essai.

Pour les contrats de travail, le Code du travail autorisait jusqu'ici des clauses d'essai allant jusqu'à six mois, avec toutefois un maximum à trois mois pour les non-diplômés et un maximum de douze mois à partir d'un certain seuil de rémunération.

La Loi transpose la Directive en adaptant la période d'essai dans les contrats à durée déterminée (titre 2), mais dans notre analyse, la Directive impactera aussi les clauses d'essai dans les contrats à durée indéterminée (titre 1).

À défaut de dispositions transitoires claires, ces nouvelles limitations de la période d'essai pourraient impacter les contrats en cours et créer ainsi de l'insécurité juridique.

Nous rappelons aussi nos interrogations antérieures sur l'impact des nouvelles dispositions en matière de fixation par écrit de la période d'essai. Jusqu'ici, celle-ci devait être convenue avant l'entrée en fonctions¹⁶³. Désormais, il semblerait que l'employeur puisse encore fournir l'information

159. Le but était probablement simplement de se mettre à l'abri de tout reproche de transposition incomplète de la Directive.

160. Principe 5 point d du socle européen de droits sociaux.

161. 27^e Considérant de la Directive.

162. 28^e Considérant de la Directive. Le texte ajoute « lorsque cela est dans l'intérêt du travailleur, comme dans le cadre de mesures spécifiques visant à favoriser un emploi stable notamment pour les jeunes travailleurs ». Au Luxembourg, il n'a jamais été considéré qu'une période d'essai plus longue

pourrait être plus favorable au salarié. La jurisprudence a toujours sanctionné une telle argumentation.

163. 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.

relative à la durée de l'essai dans les sept jours du début du travail.

1) Clause d'essai dans un CDI

La Directive pose le principe général que la période d'essai ne doit pas excéder six mois¹⁶⁴. 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 travailleur¹⁶⁵.

Curieusement, la nouvelle 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 six mois (L. 121-5 (2)). 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 100¹⁶⁶, soit 536 euros à l'indice 100 ou 5.062,14 euros, à l'indice de 944,43.

Or, le salaire mensuel brut moyen au Luxembourg est de 6 659 euros dans la commune la plus riche du pays (Niederanven) et de 3.167 euros dans la commune la moins bien classée (Wiltz)¹⁶⁷. Le salaire médian brut est de 4.843 euros¹⁶⁸. Peut-on raisonnablement soutenir dans ce cas que gagner un salaire mensuel brut au-delà de 5.000 euros est « exceptionnel ». Par ailleurs, est-ce qu'un salaire élevé en soi est un motif « exceptionnel » au sens de la Directive ? Est-ce qu'il traduit nécessairement une fonction managériale ou une autre raison qui justifie une prolongation de l'essai au-delà de six mois ?

À notre avis, beaucoup de salariés sous période d'essai supérieure à six mois pourraient remettre en cause leur essai en justice. Il se poserait toutefois la question de l'effet direct de la Directive.

2) Clause d'essai dans un 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 »¹⁶⁹.

D'après le nouvel article L. 122-11 (1) al. 3, la période d'essai éventuellement convenue ne peut être ni inférieure à deux semaines, ni supérieure à « un quart »¹⁷⁰ de la durée fixée au contrat de travail à durée déterminée, respectivement de la durée minimale pour laquelle ce contrat est conclu.

D'apparence simple, cette nouvelle limitation cache toutefois certaines difficultés d'application pratique comme en témoignent les illustrations suivantes :

- Pour un contrat à durée déterminée de 18 mois, 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 : (a) Si le salarié n'a pas au moins le niveau dit « CATP » (DAP), la limite sera de 3 mois ; (b) 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 par exemple 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 d'une durée (totale ou minimale) inférieure à 2 mois, la période d'essai devrait être inférieure à 2 semaines, ce qui est cependant interdit. À notre avis, c'est le minimum de 2 semaines qui peut dans ce cas être convenu.
- 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 semblent rester d'application et représentent un plafond à ne pas dépasser.

B. Clauses d'exclusivité et cumul d'emplois

Les clauses d'exclusivité sont des dispositions contractuelles par lesquelles un travailleur s'engage à ne pas exercer d'activité professionnelle parallèle. Elles permettent à l'employeur de protéger ses intérêts économiques et son savoir-faire en évitant toute concurrence déloyale. Cependant, ces clauses peuvent poser des problèmes en

164. 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. »

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

166. 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.

167. STATEC, Statnews n° 30 du 19 juin 2023, Salaires par commune au Luxembourg.

168. Salaire annuel médian de 58.126, le salaire moyen étant de 75.919 ; STATEC, Regards 09/24 – Salaires au Luxembourg.

169. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 42. En effet, pour les CDD, la période d'essai doit être proportionnée à la durée prévue du contrat, Art. 8 (2) de la Directive.

170. 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° 8070, Commentaire des articles, p. 42.

limitant la liberté de travail du salarié, voire en créant une situation de dépendance économique.

La Directive oblige les États membres à veiller à ce qu'un employeur n'interdise pas à un travailleur d'exercer un emploi auprès d'autres employeurs, en dehors de l'horaire de travail établi avec cet employeur, et qu'il ne le soumette pas à un traitement défavorable pour cette raison¹⁷¹.

La nouvelle loi introduit par conséquent une interdiction de principe des clauses d'exclusivité (titre 1), tout en prévoyant toutefois des exceptions assez larges (titre 2).

1) Principe d'interdiction des clauses d'exclusivité

Le Code du travail ne réglait pas explicitement les clauses d'exclusivité interdisant ou limitant un cumul d'emplois, de sorte qu'il appartenait à la jurisprudence d'en déterminer la validité et les limites. La limitation des clauses d'exclusivité a pour but de protéger la liberté du travail, objectif à valeur constitutionnelle¹⁷². Les quelques décisions en la matière semblaient tolérer ces clauses pour le principe, et plus particulièrement en ce qu'elles interdisent l'exercice d'un emploi rémunéré dans un même secteur durant la relation de travail¹⁷³. Ainsi par exemple, il avait été décidé qu'à l'égard d'un salarié à temps plein, la clause obligeant ce dernier à obtenir l'accord de l'employeur pour traiter des affaires dans la même branche, est proportionnée et ne viole pas la liberté de travail du salarié¹⁷⁴. Par contre, une clause d'exclusivité a été jugée 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 employeur¹⁷⁵.

« Un employeur ne devrait pas interdire à un travailleur d'exercer un emploi auprès d'autres employeurs en dehors de l'horaire de travail établi avec cet employeur, ni le désavantager pour l'avoir fait. »¹⁷⁶

Selon le nouvel article L. 121-4 (8), 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. Il s'agit d'un « principe général de prohibition »¹⁷⁷ de ce type de clause.

L'interdiction des clauses d'exclusivité vaut aussi pour les apprentis (L. 111-3 (3)). Il nous semble toutefois qu'en pratique, il est plutôt rare de cumuler apprentissage et emploi parallèle¹⁷⁸. Cette interdiction n'est toutefois pas prévue pour les étudiants et les intérimaires.

L'interdiction ne couvre pas certaines autres clauses :

- a) Ne sont pas visées les clauses interdisant le cumul entre l'emploi salarié et un travail indépendant. L'ancienne jurisprudence devrait donc continuer à s'appliquer à ce type de clause.
- b) Le nouveau texte ne semble pas non plus s'opposer à une obligation d'informer l'employeur de toute activité professionnelle accessoire ou complémentaire.

Sont cependant couvertes les clauses qui exigent un accord préalable, puisque l'exigence d'un accord vaut à la base interdiction.

Si l'article L. 121-4 (8) ne vise que le contrat de travail, l'interdiction s'applique cependant à notre avis par ricochet tant pour les normes inférieures (p. ex. un règlement interne) que pour les normes hiérarchiquement supérieures (p.ex. une convention collective). Les clauses générales contenues dans certaines conventions collectives et qui soumettent toute activité extérieure à une information préalable de l'employeur qui doit décider s'il l'autorise ou non, risquent ainsi d'être invalidées¹⁷⁹.

2) Exceptions pour les clauses d'exclusivité

Le Code du travail prévoit que l'interdiction susmentionnée « ne s'applique pas lorsque le cumul d'emploi est incompatible pour des motifs objectifs, tel que la sécurité et la santé au travail, la protection de la confidentialité des affaires, l'intégrité de la fonction publique ou la prévention de conflit d'intérêts ».

Cette disposition ne fait en fait que reprendre le texte de la Directive¹⁸⁰, et ne constitue ainsi qu'une transposition imparfaite. En effet il aurait appartenu en principe

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

172. Art. 38 de la Constitution : « L'État garantit le droit au travail et veille à assurer l'exercice de ce droit ».

173. Voy. p. ex. CSJ, 31 octobre 2019, CAL-2018-00698 (Référence LexNow / ID 20191112455). Une clause d'exclusivité est en principe licite, mais elle ne peut porter sur l'exercice d'une activité de bénévolat pour autrui. Ne constitue pas une activité bénévole une activité dont la personne tire un avantage financier, telle notamment la gratuité d'une prestation.

174. CSJ, 8^e, 1^{er} avril 2021, CAL-2019-00360 (Référence LexNow / ID L2D6DB79E).

175. CSJ, 3^e, 30 mars 2017, 43156 (Référence LexNow / ID 25631).

176. 29^e Considérant de la Directive.

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

178. Voy. en ce sens : Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 4 : « les conditions de validité de la clause d'exclusivité dans un contrat d'apprentissage ne sont guère applicables aux contrats d'apprentissage et devraient dès lors être supprimées du projet de loi, pour des raisons de cohérence juridique ».

179. Voy. p. ex. l'article 11 de la Convention collective des salariés des entreprises d'assurance 2021-2023 : « Les salariés ne peuvent avoir d'emploi en dehors de celui dans l'entreprise d'assurance sans en informer préalablement la direction qui appréciera, après consultation de la délégation du personnel, si cette activité est ou non compatible avec la profession de salarié d'assurance ».

180. Art. 9 (2) de la Directive.

aux États membres de fixer des motifs objectifs, et non à chaque employeur individuel de les déterminer et aux juges de l'apprécier au cas par cas. D'après les auteurs du projet de loi, 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'exemple¹⁸¹. Ils ont en quelque sorte fui leur responsabilité de faire ce choix et l'ont délégué aux employeurs et à la justice.

La question se pose tout d'abord à quel stade la justification doit avoir lieu. Est-ce que la clause au contrat doit d'ores et déjà mentionner les raisons objectives ? Ou bien suffit-il que l'employeur justifie la validité de la clause lorsqu'elle est remise en cause en justice ? La première solution serait plus protectrice des droits des salariés et obligerait les employeurs à réfléchir concrètement si l'exclusivité répond à une nécessité absolue. La seconde solution éviterait de devoir mettre à jour tous les contrats existants pour sauver les clauses d'exclusivité.

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 confondus¹⁸². 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. 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 partiel¹⁸³).

2) **La protection de la confidentialité des affaires.** Cette exception ne peut à notre sens jouer que si les deux emplois sont liés et s'exercent dans le même secteur, 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.

Une clause d'exclusivité peut s'avérer essentielle pour protéger la confidentialité des affaires en empêchant les salariés d'utiliser ou de divulguer des informations sensibles à des concurrents. Elle contribue à réduire le risque de fuite de données stratégiques, telles que les plans de développement ou les secrets commerciaux. Cette mesure permet également de maintenir un avantage concurrentiel en s'assurant que les innovations et les procédés internes ne soient pas partagés ou exploités par d'autres entreprises.

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.

La clause d'exclusivité aide ainsi à prévenir les conflits d'intérêts en évitant que le salarié se trouve dans une situation où ses obligations envers un autre employeur pourraient interférer avec ses devoirs actuels. Par exemple, un employé travaillant pour deux entreprises concurrentes pourrait être tenté de favoriser l'une au détriment de l'autre, ce qui nuirait à la loyauté et à l'intégrité nécessaires dans une relation de travail saine.

4) **L'intégrité de la fonction publique.** Ce volet est réglé depuis longtemps dans le statut des fonctionnaires, qui adopte une approche restrictive pour toute activité accessoire¹⁸⁴. Pour le surplus, il est difficile de voir pourquoi un employeur sous contrat de droit privé devrait se soucier ou aurait pour mission de protéger l'intégrité de la fonction publique¹⁸⁵. C'est à l'État et aux communes de veiller que leurs fonctionnaires se comportent de façon intègre. Par ailleurs, le nouvel article L. 121-4 (8) ne permet que d'interdire une « relation de travail » avec un autre « employeur » ; il ne couvre donc pas une clause contractuelle qui interdirait au salarié d'accepter en parallèle un poste dans la fonction publique. « Fonction publique » ne doit par ailleurs pas être confondu avec « service public ». Qu'une administration ou un établissement public veille interdire à ses salariés sous contrat de travail d'avoir d'autres activités peut être légitime – mais tomberait dans ce cas plutôt sous l'exception des conflits d'intérêt.

181. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 39 ; *ibid.*, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 25.

182. 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 ».

183. Voy. p. ex. CSJ, 8^e, 1^{er} avril 2021, CAL-2019-00360 (Référence LexNow / ID L2D6DB79E) : « 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 [Référence LexNow / ID L2D6A98EE] et Cass. soc. 16 septembre 2009, n° 07-45.346 [Référence LexNow / ID L2E7AB393]), 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 ».

184. Art. 14 (1) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État ; art. 16 (1) de la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux.

185. Il s'agit d'un exemple de plus d'une transposition littérale et irréfléchie de la Directive.

Au final, le texte n'apporte donc que peu de précisions utiles, et il est à craindre qu'au lieu de la réduire, il augmente même l'insécurité juridique quant à la validité des clauses d'exclusivité.

VI. NOUVEAUX DROITS CONFÉRÉS AUX TRAVAILLEURS

La nouvelle Loi introduit un droit de passer vers une forme d'emplois plus sûre et prévisible (titre A). Elle se prononce également sur la gratuité des formations obligatoires (titre B).

A. Droit de passer vers une forme d'emploi plus sûre et plus prévisible

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 ».

Notre législation contenait d'ores et déjà certains droits en ce sens¹⁸⁶ :

- Les salariés qui ont manifesté le souhait soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps partiel, soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps complet, sont informés en priorité des emplois à temps partiel ou à temps complet disponibles et correspondant à leur qualification ou expérience professionnelles (L. 123-3).
- Lorsque l'employeur recrute sous CDI, il doit en informer au moment de la vacance de poste les travailleurs sous CDD (L. 122-10 al. 2)
- Le télétravailleur peut à tout moment demander un passage ou retour à un travail suivant la formule de travail classique¹⁸⁷.
- Les salariés ayant un enfant à charge n'ayant pas encore atteint l'âge de neuf ans ou qui apporte des soins ou une aide personnel à un membre de famille, peuvent demander une « formule souple de travail » (aménagement du régime de travail, travail à distance, horaires flexibles, réduction du temps de travail), l'employeur devant examiner la demande et fournir en cas de refus une réponse motivée (L. 236-1)¹⁸⁸.

La nouvelle loi complète ce dispositif. 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 entre temps partiel et temps plein¹⁸⁹ (L. 122-10bis

et L. 123-3bis). D'autres formes de transition ne sont pas couvertes¹⁹⁰.

Ces nouvelles dispositions n'introduisent ni 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).

Après avoir concrètement analysé ce qui peut être demandé (titre 1), nous nous pencherons sur les conditions encadrant la demande du salarié (titre 2) et la réponse de l'employeur (titre 3).

1) Objet de la demande

Les demandes qui peuvent être formulées sont les suivantes :

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

2) Modalités et conditions de la demande

L'exercice de ces droits suppose tout d'abord une ancienneté d'au moins six mois auprès du même employeur et la période d'essai doit être venue à expiration.

Quant à la forme de la demande du salarié, le projet de loi initial exigeait un écrit. Sur opposition du Conseil d'État, qui craignait une transposition incorrecte de la Directive, cette mention a été supprimée. Le salarié peut donc formuler sa demande de façon orale, ce qui le poserait cependant devant des difficultés de preuve.

¹⁸⁶. À noter que les informations obligatoires des salariés à temps partiel / à temps complet ne sont pas soumises à ces conditions d'ancienneté. L'employeur devra donc les informer, sans qu'ils n'aient droit à une réponse écrite.

¹⁸⁷. 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. Ce droit est reconnu tant au télétravailleur qu'à l'employeur.

¹⁸⁸. Ce droit vient d'être introduit en 2023 (Loi du 15 août 2023 portant modification du Code du travail) en transposition de la Directive (UE) 2019/1158

du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil.

¹⁸⁹. 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.

¹⁹⁰. Par exemple celle de l'intérimaire vers un emploi fixe ou celle de salarié d'une entité publique vers le statut de fonctionnaire.

Le fait que les demandes orales soient admises pourrait cependant créer des problèmes. Lorsque le salarié explique lors d'une pause-café à son supérieur hiérarchique qu'il voudrait bien travailler un peu moins, est-ce déjà une demande à laquelle l'employeur doit répondre sous peine de sanction ? À notre avis, les entreprises peuvent encadrer la forme de la demande, par exemple dans le règlement intérieur¹⁹¹ et il est préférable de donner un cadre plus formel.

La Directive permet de « limiter la fréquence des demandes »¹⁹², et le Luxembourg a choisi de limiter ce droit à une demande tous les douze mois. 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 salariés¹⁹³. 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. Des salariés ayant un CDD d'une durée inférieure à six mois ne pourront jamais formuler de telle demande.

Si ces conditions ne sont pas respectées, l'employeur n'est pas obligé de répondre et il n'encourt ni sanction civile ni sanction pénale s'il ne le fait pas. Si la demande a été faite dans les formes, le salarié a droit à une réponse motivée.

3) Réponse de l'employeur

Si le salarié a formulé une demande valable et recevable, l'employeur doit lui répondre, et ce dans le délai d'un mois à compter de la demande :

- 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 au-delà de la simple fixation du nombre d'heures par semaine.
- 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 (L. 122-1 (1)). 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, dans la plupart des cas¹⁹⁴, si l'employeur ne fait qu'envisager la conversion du CDD en CDI, cela prouverait que le CDD ne se justifie pas, puisqu'il ne correspond pas à une tâche non durable, mais à une tâche faisant partie de l'activité permanente de l'entreprise. Le passage en CDI devrait donc s'accompagner d'un changement des tâches et missions.

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. Si la loi a été respectée, le contrat indique en effet 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 ? Le texte vise un « maintien de tous les... droits et obligations »¹⁹⁵ (L. 122-10bis). D'après les travaux parlementaires, il ne doit y avoir de perte des avantages concédés, et tous les droits et obligations doivent être maintenus¹⁹⁶. On peut imaginer une personne qui a été embauchée à un certain poste parce

191. La jurisprudence admet par exemple que des demandes de congés ou des demandes de remboursement de frais puissent être encadrées par l'employeur.

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

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

194. Dans la plupart des hypothèses, le CDD n'est autorisé que parce que la mission est par nature temporaire, tel un surcroît temporaire d'activité, un salarié malade, etc. Ce n'est que dans quelques hypothèses que l'employeur a réellement un choix ; tel est par exemple le cas du « démarrage ou de l'extension de l'entreprise » - la loi offre la possibilité de recruter dans

un premier temps par CDD, mais rien n'interdit à l'employeur de recruter également en CDI. Une conversion du CDD en CDI est dès lors possible sans redéfinition de la tâche et de la raison de la présence du salarié dans l'entreprise.

195. Cela ne vise que certes que la demande du salarié, mais il serait cohérent de l'étendre à l'obligation patronale. L'employeur est-il obligé de maintenir ces conditions ? Ou doit-il étendre sa motivation écrite aux conditions de travail s'il peut proposer un CDI, mais pas aux mêmes conditions ?

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

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 préférer le recrutement externe ? 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. 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.

Évidemment, en vertu des règles de protection contre les représailles que nous venons de décrire, le salarié ne doit subir aucun traitement négatif du fait d'avoir formulé une demande de changer de mode de travail.

B. Principe de gratuité des formations obligatoires

Les auteurs avaient encore souhaité que « les États membres devraient prendre les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre les pratiques abusives en matière de formation »¹⁹⁷. Aucune mesure spécifique n'a cependant été mise en place par la loi. Nous n'avons par ailleurs pas non plus connaissance d'une majeure problématique d'abus en termes de formation.

De façon plus concrète, la Directive s'intéresse aux formations obligatoires. Pour les auteurs du texte européen, il était « important de veiller à ce que cette formation soit fournie de manière égale et non discriminatoire à tous les travailleurs, y compris aux travailleurs exerçant une forme d'emploi atypique »¹⁹⁸. Ainsi, la Directive prévoit que les États membres doivent veiller à ce que, lorsque l'employeur est tenu de fournir une formation à un travailleur pour l'exécution du travail pour lequel il

s'est engagé, cette formation soit fournie gratuitement au travailleur, soit considérée comme du temps de travail et soit organisée – dans la mesure du possible – pendant les heures de travail¹⁹⁹.

La loi ne transpose ce principe que pour les salariés, à l'exclusion des apprentis, élèves et étudiants. Ainsi l'article L. 121-4 (9) énonce : « Lorsque l'employeur est tenu, en vertu de dispositions légales, réglementaires, administratives ou statutaires, de conventions collectives, de dispositions issues de conventions collectives ou d'accords en matière de dialogue social interprofessionnel déclarées d'obligation générale, 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, les heures consacrées à cette formation devant être considérées comme du temps de travail effectif. »

Sur le plan formel, on peut se demander 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.

Sur le fond, les auteurs ont voulu consacrer « principe général de gratuité des formations que l'employeur est tenu de faire suivre au salarié »²⁰⁰. La violation de cette règle est assortie d'une sanction pénale. L'amende est donc encourue par exemple lorsque la formation n'a pas lieu pendant le temps de travail ou lorsque l'employeur exige une contrepartie.

Quelles formations pourraient être visées ? En matière de sécurité et de santé, ce principe de gratuité est inscrit de longue tant en droit européen²⁰¹ que dans notre Code du travail (L. 312-2). La nouvelle loi l'ajoute de façon explicite à l'article L. 312-4 (2) alinéa 3 pour les formations en matière de premiers secours, de lutte contre l'incendie et d'évacuation²⁰².

D'autres formations pourraient concerner par exemple des formations à des logiciels spécialisés ou à de nouvelles technologies utilisées dans l'entreprises, des formations sur un équipement spécifique ou encore des formations d'apprentissage ou de perfectionnement d'une langue requise. Mais ce type de formation est rarement obligatoire en vertu de normes supérieures.

Devraient être incluses toutes les formations que doivent suivre les salariés pour obtenir, conserver ou renouveler

197. 37^e Considérant de la Directive.

198. 37^e Considérant de la Directive.

199. Art. 13 de la Directive.

200. Projet de loi n° 8070, Commentaire des articles, p. 39 ; *ibid.*, Rapport de la Commission du travail, 5 juin 2024, p. 26.

201. Art. 12 (4) de la Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de

la sécurité et de la santé des travailleurs au travail : « La formation prévue aux paragraphes 1 et 3 ne peut être mise à la charge des travailleurs ou de représentants des travailleurs. La formation prévue au paragraphe 1 doit se passer durant le temps de travail. »

202. Matières englobées dans la directive précitée du 12 juin 1989, Art. 8. On consacre donc ici un principe obligatoire depuis 35 ans.

leur qualification professionnelle²⁰³. On peut songer par exemple la formation et l'agrément requis dans le domaine des assurances, ou les Cours complémentaires que doit passer tout avocat. Or, les entreprises d'assurance ou cabinets d'avocats recrutent souvent des personnes n'ayant pas encore ces formations. Doivent-elles désormais assumer les frais et libérer leurs salariés ? Une solution pourrait consister dans la rédaction habile du contrat et de la nature du travail ; l'accès aux fonctions nécessitant la formation ne doit être qu'une option future et non la tâche actuellement convenue au contrat.

Le texte paraît ainsi particulièrement restrictif. Il limite inutilement l'autonomie des partenaires sociaux²⁰⁴. Il risque aussi de désavantager les salariés non-expérimentés ou non-diplômé par rapport aux autres. Une entreprise ne peut plus donner sa chance aux candidats qui ont encore besoin d'une formation en convenant que celle-ci se fera en partie sur le temps libre du candidat ou donnera lieu à un remboursement (même partiel ou dégressif) en cas de démission durant les premières années. Même si l'entreprise voudrait faire une telle offre, elle ne le pourra plus – et risquera donc de privilégier les candidats n'ayant pas ou plus besoin de formation.

Certes, le Luxembourg n'avait pas beaucoup de marge de manœuvre puisqu'il fallait transposer la Directive. Pour le moins la règle selon laquelle la formation doit avoir lieu « dans la mesure du possible » pendant les heures de travail aurait pu être reprise. Mais le droit luxembourgeois est désormais intransigeant sur ce point et ne permet pas d'exception.

Ne tombent toutefois pas sous la nouvelle restriction légale toutes les formations autres que celles qui sont en lien avec l'exécution du travail, par exemple celles requises si le salarié voulait changer de poste ou bénéficier d'une promotion. Ici encore, tout dépendra de la rédaction habile du contrat et de ses avenants.



De façon générale, cette nouvelle loi nous paraît d'une utilité discutable. Elle donne l'impression d'une transposition sans réflexion approfondie d'une Directive

européenne, vécue comme un exercice de style forcé. Ce nouveau texte soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses. Il est donc source de conflits et d'incertitudes. Or, les incertitudes en droit du travail œuvrent souvent en défaveur des salariés, offrant aux employeurs – qui sont en général du côté de la défense – des moyens juridiques à exploiter. La loi était censée transposer une Directive dont le but était de garantir les droits des salariés en leur fournissant une information claire sur leurs droits. Mais si la loi elle-même n'est pas claire, ce but est compromis dès le départ.

Le patronat avait dénoncé de manière générale « le manque de lisibilité dans le travail de transposition de la Directive en droit national, dû notamment à la transposition quasi systématique des nouvelles dispositions dans tous les différents types de contrats sans tenir compte de la spécificité de chacun d'eux »²⁰⁵. Il soulignait « des incohérences potentielles et des redondances inutiles, qui constituent autant d'obstacles à la bonne application du droit »²⁰⁶.

La Chambre des salariés de son côté critiquait l'absence de dialogue avec les partenaires sociaux dans le cadre de la préparation de la loi de transposition²⁰⁷. Il faut reconnaître que salariat et patronat ont formulé de nombreuses remarques et critiques pertinentes, et n'ont quasiment pas obtenu de considération.

L'exposé des motifs se limite pour l'essentiel à décrire le contenu de la Directive sans expliquer les choix concrets qui ont été faits sur les points pour lesquels la Directive laisse une marge de manœuvre aux États. Les commentaires des articles semblent s'intéresser davantage au calcul des délais durant les années bissextiles, plutôt qu'au fond et à l'application pratique du texte. Les commentaires sont répétitifs et se limitent le plus souvent à paraphraser le contenu de la loi. Dans ces conditions, il est difficile de connaître les intentions du « législateur », ce qui rend l'interprétation et l'application du texte encore plus difficile. Rien de transparent ou de prévisible de ce côté...

Lorsque la directive de 1991 a été transposée, les auteurs étaient encore guidés par la volonté de créer un « tout

203. Le projet de loi initiale voulait prévoir une exception à l'article L. 121-4 (9) formulée comme suit : « Ne sont pas visées par l'alinéa 1^{er}, 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 ». Celle-ci ne figure cependant plus dans la version finale.

204. Dans une convention collective ou un accord national, employeurs et syndicats pourraient tomber d'accord que certaines formations seraient organisées en

dehors du temps de travail. Puisque les partenaires sociaux n'ont cependant pas la possibilité de déroger dans un sens défavorable au Code du travail, un tel accord se heurterait à l'article L. 121-4 (9).

205. Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 3.

206. Projet de loi n° 8070, Avis commun de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers du 6 mars 2023, p. 4.

207. Projet de loi n° 8070, Avis de la Chambre des salariés du 20 octobre 2022, p. 8 : « En outre, elle regrette vivement qu'aucune discussion n'ait eu lieu avec les partenaires sociaux quant à la mise en œuvre de cette directive au Luxembourg ».

cohérent » qui soit « juridiquement correct » et efficace²⁰⁸. De nos jours le seul but semble être d'éviter une action en manquement d'État, au mieux pour transposition tardive et au pire pour transposition incomplète ou non-conforme. La transposition se fait en copiant-collant les textes européens, en les démultipliant et en les introduisant de force dans notre législation. Le tout au détriment de la réflexion, de la cohérence et en acceptant une inflation législative²⁰⁹. Le Code du travail était

censé être un texte de référence, tant soit peu accessible et lisible pour ceux qu'il concerne, mais il l'est de moins en moins.

En somme, ce texte vient malheureusement encore davantage perturber le Code du travail qui est déjà à la base un *patchwork* de textes émanant d'époques très différentes et qui subit les impacts successifs des textes européens et des initiatives nationales.

208. Projet de loi n° 3928, Exposé des motifs, p. 4 : « Pour que le système préconisé par le Gouvernement constitue un **tout** cohérent et soit juridiquement correct, ainsi que pour assurer une protection efficace au salarié, le projet de loi prévoit que la modification écrite des éléments contenus au contrat de travail doit faire l'objet d'une modification écrite, par exemple moyennant un avenant au contrat de travail, à signer et à remettre aux parties avant la prise d'effet de la modification. En ce qui concerne les éléments contenus dans l'information remise au salarié avant son départ

pour l'étranger, leur modification doit être communiquée par écrit au salarié avant leur prise d'effet. Le Gouvernement n'estime pas opportun de prévoir un délai d'un mois endéans lequel les modifications doivent seulement être communiquées par écrit ».

209. À coups d'interventions isolées, la pratique s'est aussi perdue d'énoncer certains principes de façon groupée, au lieu de les reprendre et de les copier à différents endroits du Code – ce qui à la longue ne peut conduire qu'à la catastrophe.