

Le contrat de travail

Tome II – Exécution du contrat

Jean-Luc PUTZ

2018

PLAN SOMMAIRE

TITRE PREMIER. - LA PRESTATION DE TRAVAIL	11
CHAPITRE PREMIER. - NATURE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL	17
CHAPITRE 2. - BÉNÉFICIAIRE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL.....	23
CHAPITRE 3. - DURÉE DE TRAVAIL.....	31
CHAPITRE 4. - CONGÉS ET JOURS FÉRIÉS.....	80
CHAPITRE 5. - MALADIE DU SALARIÉ	115
TITRE II. - SALAIRE ET RÉMUNÉRATION	159
CHAPITRE PREMIER. - NOTION ET FORMES DE SALAIRE	162
CHAPITRE 2. - FIXATION DU MONTANT DU SALAIRE	182
CHAPITRE 3. - DROIT AU SALAIRE.....	208
CHAPITRE 4. - PAIEMENT DU SALAIRE	221
TITRE III. CONDITIONS DE TRAVAIL, SÉCURITÉ ET SANTÉ.....	241
CHAPITRE PREMIER. - LE CADRE PROTECTEUR.....	244
CHAPITRE 2. - LES ACTEURS.....	300
CHAPITRE 3. - LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES EN MATIERE DE SÉCURITÉ.....	344
TITRE IV. - RESPONSABILITÉS.....	359
CHAPITRE PREMIER. - RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE.....	361
CHAPITRE 2. - RESPONSABILITÉ PÉNALE.....	379
CHAPITRE 3. - RESPONSABILITÉ CIVILE.....	387
BILBIOGRAPHIE.....	397
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	403
TABLE DES MATIÈRES.....	431

**TITRE PREMIER. - LA
PRESTATION DE
TRAVAIL**

001. Un échange. Le contrat de travail se caractérise par un échange d'une prestation de travail fournie par le salarié contre une rémunération payée par l'employeur. Ces deux obligations centrales structurent les deux premières parties du livre. Lorsqu'une des parties à un contrat reste en défaut d'exécuter une des obligations à sa charge, l'autre partie peut suspendre l'exécution de son obligation formant la contrepartie directe de celle que l'autre partie n'exécute pas (Art. 1134-2 CCiv). Si le salarié n'est pas payé, il ne commet dès lors pas de faute s'il cesse de son côté son travail. Il faut cependant rappeler que le salarié n'est payé qu'à la fin du mois de travail ; il ne peut dès lors suspendre sa prestation que pour l'avenir.

Il faut cependant rappeler que malgré cet échange et ce caractère rémunéré, « le travail n'est pas une marchandise »¹.

002. Caractère interdépendant : l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution contractuelle (*exceptio non adimpleti contractus*) est le droit d'un cocontractant de refuser d'exécuter totalement ou partiellement la prestation à laquelle il est tenu tant qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui est due. L'exception d'inexécution permet, dans les contrats synallagmatiques, au contractant qui ne reçoit pas de son cocontractant l'exécution des obligations qui incombent à ce dernier, de différer l'exécution de ses propres obligations jusqu'au moment où l'autre partie exécutera, ou offrira d'exécuter les siennes². L'exception d'inexécution est destinée à obtenir du cocontractant qu'il exécute son obligation, elle ne peut être utilisée que de manière limitée dans le temps ; il s'agit d'un moyen temporaire destiné à obtenir du cocontractant qu'il exécute son obligation³.

Les jurisprudences en matière de droit du travail sont rares ; la plupart des décisions sur l'exception d'inexécution concernent le contrat de bail. En cette matière, il est de jurisprudence que l'exception d'inexécution ne peut être admise qu'avec prudence ; elle implique un équilibre entre les obligations réciproques non exécutées. Elle n'est admise que si elle correspond équitablement aux nécessités morales de la situation⁴ ; pour justifier l'exception, il faut un manquement grave⁵. Pour être admise, elle suppose l'existence d'obligations interdépendantes ainsi que l'inexécution par un des cocontractants de ses obligations ; il s'ensuit que pour que l'exception d'inexécution puisse être utilement invoquée, il faut une inexécution de l'obligation corrélative⁶.

Il ne fait cependant nul doute que cette exception peut trouver application en matière de droit du travail. En effet, « le contrat de travail s'analyse en substance suivant la doctrine et en l'absence de définition légale, comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération. Le contrat de travail se détermine partant par trois éléments caractéristiques et présente de plus un caractère synallagmatique, les obligations réciproques des deux parties étant

¹ Point I.(a) de la déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail (Déclaration de Philadelphie), 1944 (*Labour is not a commodity*).

² TA Lux., 5 février 2004, 68634.

³ RAVARANI Georges, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2^e édition, n° 487.

⁴ TA Lux., 25 octobre 1995, 51744 ; TA Lux., 13 mai 2005, 90307.

⁵ TA Lux., 27 juin 2008, 115138.

⁶ JP Lux., 15 juillet 2003, 3444/2003, LJUS n° 99857738.

interdépendantes ... l'inobservation de ses obligations par l'une des parties justifie le recours par l'autre à l'exception d'inexécution ou à la résiliation »⁷.

L'exception d'inexécution est communément admise par la jurisprudence du travail lorsqu'il s'agit de conclure que le salarié qui a été en absence injustifiée ne peut prétendre à être rémunéré. Ainsi la Cour a retenu que « le contrat de travail est un contrat synallagmatique et un employeur n'engage pas, dans une intention libérale, des salariés qu'il rémunère sans exiger de contre-prestation de leur part ; ... leur travail lui est nécessaire et utile et il constitue la contrepartie requise pour le paiement du salaire »⁸. « Pour que le salaire soit dû, il faut que la prestation de travail qui en est la cause juridique et la mesure, ait été accomplie. Le salaire est la contrepartie du travail accompli et le principe de la corrélation travail-salaire veut qu'aucun salaire ne soit dû lorsque le travail n'a pas été accompli »⁹.

Le raisonnement inverse est tout aussi valable. Ainsi, lorsque l'employeur ne s'exécute pas de ses obligations, le salarié est en droit de suspendre les siennes. Il a été décidé que « l'employeur qui n'a pas exécuté à l'égard du salarié les obligations résultant du contrat synallagmatique de travail n'est pas fondé à exiger de lui qu'il continue à remplir les siennes sans contrepartie »¹⁰. Dès lors, et sans qu'une mise en demeure ne soit nécessaire, confronté à des retards de paiement suffisamment graves, le salarié peut suspendre en contrepartie l'exécution de son obligation de travailler¹¹.

Pour que le salarié puisse s'en prévaloir, il faut cependant que les violations de l'employeur soient suffisamment graves et correspondent à une obligation équivalente. Or, l'obligation de travailler est la contrepartie de la rémunération ; l'exception d'inexécution ne se conçoit dès lors à notre sens qu'en cas de non-paiement ou en cas d'importants retards de tout ou d'une partie essentielle du salaire ; la violation par l'employeur d'obligations annexes (p.ex. refus du droit au congé, défaut d'assurer la sécurité¹²) ne saurait que difficilement justifier l'invocation de l'exception.

Dès lors que ces conditions sont réunies, le salarié peut suspendre sa prestation de travail, sans préavis et sans mise en demeure préalable, ce qui équivaut à un arrêt de travail. Ce droit appartient à chaque salarié individuellement. Son arrêt de travail n'est pas fautif, étant donné qu'il se base sur une exception légale et que c'est le comportement fautif de l'employeur qui en est à l'origine. L'arrêt de travail n'est ni une faute, ni une grève.

Plus complexe est cependant la question de savoir si le salarié a droit à son salaire pendant la durée où il suspend son travail ; la jurisprudence n'a pas encore répondu à la question. En droit civil général, l'exception d'inexécution se limite à autoriser l'autre partie à ne pas s'exécuter. En droit du travail, l'approche plus protectrice pourrait cependant consister à dire que c'est par la faute de l'employeur que le salarié a en

⁷ TT Lux., 5 juin 1992, 2000/92, LJUS n° 99215481.

⁸ CSJ, 27 février 2003, 26969.

⁹ CSJ, 17 février 2005, 28657.

¹⁰ TT Lux., 12 novembre 1992, 3599/92, LJUS n° 99216419.

¹¹ CSJ, 3e, 14 juillet 2016, 41926, Répertoire V.3.

¹² Le manquement de l'employeur à son obligation de garantir la sécurité au travail ne justifie un arrêt de travail qu'en présence d'un danger grave et immédiat (droit de retrait ; → II.567).

quelque sorte été contraint d'arrêter de travailler, de sorte qu'il peut néanmoins prétendre à sa rémunération¹³.

003. Obligation et droit de travailler. Si le travail est avant tout une obligation à charge du salarié, on peut cependant également y voir un droit. Ce « droit au travail » découle du droit d'acquérir une qualification et expérience professionnelles et de maintenir ainsi son employabilité. **(a)** Un contrat qui ne porterait sur aucune prestation de travail ne qualifierait probablement pas de contrat de travail. S'il est convenu que le salarié ne doit pas travailler, mais sera néanmoins rémunéré (p.ex. parce qu'il met à disposition son autorisation d'établissement ou pour favoriser un membre de la famille), le contrat de travail est fictif, ce qui peut entraîner des conséquences civiles et pénales. **(b)** Les cas dans lesquels l'employeur peut unilatéralement décider de dispenser le salarié de tout travail, avec maintien de la rémunération, sont en principe limités par la loi, par exemple durant le préavis de licenciement ou en cas de mise à pied avant licenciement. **(c)** Il existe également des situations dans lesquelles l'employeur prive volontairement le salarié de tout travail ; une telle « placardisation » peut s'analyser en harcèlement moral et abus du droit de direction. Aucun reproche ne saurait toutefois être fait à l'employeur s'il ne dispose pas de travail suffisant. **(b)** Le droit au travail est également d'intérêt dans des situations de grève partielle : en principe, l'employeur est obligé de continuer à employer et à rémunérer les non-grévistes, sauf si la grève constitue pour lui un cas de force majeure ou qu'il décrète – situation plutôt théorique – le « lock-out »¹⁴.

004. Travail et formation. Au-delà du droit au travail se pose aussi la question de savoir si le salarié dispose d'un droit à la formation ou qualification professionnelle. En France, les entreprises sont obligées d'affecter un certain pourcentage de la masse salariale à la formation professionnelle continue. Au Luxembourg, seules les formations en matière de sécurité au travail sont obligatoires et à charge de l'employeur (→ II.488). Pour le surplus, le droit luxembourgeois incite à la formation professionnelle par de multiples mesures de soutien, notamment des aides versées à l'entreprise et par des congés spéciaux. Il n'existe cependant aucune obligation de principe pour les employeurs d'investir dans la formation de leurs salariés. Dans certains secteurs, des accords collectifs ont mis en place des contributions patronales obligatoires à des organismes de formation sectoriels (bâtiment, artisanat, secteur intérimaire). Un projet de directive européen prévoit de clarifier l'obligation des employeurs de fournir une formation aux travailleurs pour l'exécution du travail pour lequel ils sont engagés, et ce à titre gratuit¹⁵.

On pourrait s'inspirer de la jurisprudence française, qui déduit du principe de bonne foi une obligation d'adaptation à l'emploi, notamment aux évolutions technologiques. Cette obligation est réciproque en ce qu'elle oblige l'employeur à offrir les possibilités de formation requises, mais aussi les salariés à suivre ces formations et à fournir un effort personnel d'adaptation. Si un salarié peut refuser un changement de poste qui dépasse le cadre de son contrat de travail (sauf procédure de modification unilatérale → I.613),

¹³ Par analogie notamment à la jurisprudence française qui admet que si une grève est déclenchée par la faute de l'employeur (qui ne respecte pas ses obligations légales ou conventionnelles), les grévistes peuvent prétendre au salaire (ou à un montant équivalent sous forme de dommages-intérêts).

¹⁴ Voir à ce propos : Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 406.

¹⁵ Art. 11 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

nous sommes cependant d'avis qu'il est obligé de suivre l'évolution normale du métier. S'il refusait de faire les efforts nécessaires, ses compétences – suffisantes dans le passé – deviendraient obsolètes, ce qui justifierait un licenciement qui se baserait tant sur des considérations relatives à la personne du salarié (refus d'évoluer, de suivre des formations, désintérêt pour la tâche) qu'économiques (impossibilité d'affecter le salarié à un travail utile).

Selon le rapport dit « Rifkin » sur l'avenir de l'économie luxembourgeoise: « Au cours des prochaines décennies, la mise en place d'une infrastructure TIR nécessitera une main-d'oeuvre qualifiée, non seulement dans le commerce, la construction et l'industrie, mais aussi en R&D afin de développer des technologies et des matériaux adéquats. Le personnel qualifié sera indispensable pour entretenir et gérer ces infrastructures. Une fois la Troisième Révolution Industrielle entièrement mise en oeuvre, le circuit économique sera largement automatisé et un transfert d'emplois vers le secteur social est susceptible de se produire, y compris vers la santé et les soins, l'éducation, l'activité culturelle et artistique, la protection de l'environnement, le sport et le divertissement »¹⁶.

005. Obligations accessoires. Si l'obligation de travailler est l'obligation principale du salarié, il assume cependant – comme dans tout contrat – toute une série d'obligations annexes, définies par le Code, convenues entre parties ou fondées sur le principe de bonne foi. **(a)** Si le Code du travail met avant tout des obligations à charge de l'employeur, certaines obligations annexes n'en sont pas moins définies pour le salarié, comme par exemple l'obligation de veiller à la sécurité de ses collègues et de dénoncer des problèmes de sécurité, ou encore l'obligation d'informer l'employeur sur une maladie endéans certains délais sur sa maladie. **(b)** Les juges peuvent également déduire des obligations de loyauté du principe de bonne foi, tel qu'inscrit à l'article 1135 du Code civil selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Sur ce fondement, une obligation de non-concurrence pendant la durée du travail (→ I.431), une obligation d'informer à l'avance d'un événement donnant lieu à un congé extraordinaire (→ II.152) ou encore une obligation de discrétion (→ I.178) ont été déduites à charge du salarié. On pourrait aussi songer à une obligation d'informer l'employeur d'un changement d'adresse ou de dénoncer les situations de harcèlement dont il devient témoin.

006. Plan. La prestation de travail à fournir par le salarié se caractérise essentiellement par la nature de la tâche (chapitre 1er) et par son volume, c'est-à-dire la durée de travail (chapitre 3). La prestation bénéficie en principe à l'employeur (chapitre 2). L'obligation de travailler est suspendue, avec maintien d'une rémunération ou indemnité, dans les divers cas de congés, jours fériés et autres absences justifiées (chapitre 4), en particulier en cas de maladie du salarié (chapitre 5).

¹⁶ Etude stratégique de la troisième révolution industrielle pour le Grand-Duché de Luxembourg, version résumée en langue française, p. 132.

CHAPITRE PREMIER. - NATURE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL

007. Disponibilité pour l'employeur. La prestation de travail consiste dans la mise à disposition par le salarié de sa force de travail, pour une durée convenue et dans le cadre des compétences et du type de poste défini. Pour cette raison, la durée de travail est aussi définie comme étant le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur (L. 211-4).

L'obligation du salarié est ainsi avant tout celle d'être disponible pour travailler. S'il est présent, disposé à exécuter des ordres, il est « au travail », remplit ses obligations et a droit à sa rémunération, même si l'employeur ne lui attribue pas de travail. Le fait que l'employeur n'ait pas suffisamment de travail à faire effectuer au salarié relève en principe du risque entrepreneurial, de sorte que l'employeur est obligé de rémunérer le salarié. Il peut cependant réagir à un manque de travail notamment comme suit : **(a)** en recourant à des mécanismes de flexibilité horaire pour déplacer les heures de travail de périodes creuses vers des périodes plus chargées ; **(b)** en recourant aux mécanismes légaux de chômage partiel, notamment en cas d'intempéries, de difficultés conjoncturelles ou d'accident ; **(c)** en modifiant unilatéralement le contrat du salarié pour motif économique¹⁷ ; **(d)** en licenciant le salarié pour motif économique.

008. Nature du travail. Simple moyen de subsistance pour de nombreux salariés, le contenu du travail n'est pas toujours intéressant, ni de nature à donner un « sens » au travail. Bien que la législation sur la sécurité au travail oblige à réduire le travail monotone (→ II.512), il subsiste beaucoup de tâches répétitives, sans grandes responsabilités et peu valorisantes pour le salarié.

Le salarié est obligé de fournir le travail que l'employeur lui ordonne dans le cadre de ce qui a été contractuellement fixé au contrat, dont la formulation peut être plus ou moins restrictive.

Au fur et à mesure que le travail du salarié évoluera (promotions, changements de poste) sans que cela ne donne lieu à contestation, ce changement forme à notre avis – bien qu'en principe un écrit soit nécessaire (→ I.602) – un accord tacite entre employeur et salarié et sera ancré contractuellement; l'employeur ne peut dès lors revenir sur ce qui avait été initialement convenu au contrat écrit. La jurisprudence admet les clauses de flexibilité, fréquentes en pratique, prévoyant que le salarié peut être affecté à d'autres tâches en fonction des besoins de l'entreprise ; ces clauses sous-entendent que la réaffectation tienne compte des qualifications et compétences du salarié (→ I.423). Une affectation à un poste inférieur, que ce soit comme mesure de réorganisation ou à titre de sanction, suppose en principe de recourir à la procédure de modification unilatérale du contrat (→ I.613). Une réaffectation peut également s'imposer pour motifs de santé.

009. Qualité du travail. Un salarié est censé fournir une prestation de qualité moyenne (voir en ce sens Art. 1246 CCiv). Les jurisprudences en matière de licenciement pour insuffisance professionnelle¹⁸ montrent que le critère de référence est en effet celui du rendement et de la qualité moyenne des autres salariés. L'appréciation peut être différente s'il est établi que le salarié a été engagé en raison de ses capacités spécifiques,

¹⁷ Par exemple en réduisant sa durée de travail hebdomadaire ou en adaptant ses tâches et fonctions.

¹⁸ Voir les jurisprudences dans Répertoire XII.5.4.

respectivement s'il est connu que ses capacités sont amoindries (salariés reclassés, salariés handicapés, etc.). On ne peut exiger du salarié une motivation ou qualité extraordinaire, la référence étant une qualité de travail moyenne.

010. Travail pour compte de l'employeur. Le salarié s'est engagé aux services de l'employeur et non de n'importe quel tiers. Pour assurer que la législation sociale soit respectée et pour éviter une dilution des liens entre employeur et salarié, la loi interdit la mise à disposition de main-d'œuvre à des tiers. Il y a mise à disposition lorsque ce tiers exerce sur le salarié une part « de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur » (L. 133-1 (1)), c'est-à-dire lorsque ce tiers donne les ordres et consignes quant au travail à exécuter et exerce l'autorité disciplinaire (contrôle et sanctions). Le portage salarial, c'est-à-dire le fait que les salariés se fassent embaucher en vue d'être mis à disposition d'entreprises tierces, est prohibé¹⁹. Toutes ces démarches ne constituent en fait rien d'autre qu'une activité de travail intérimaire. Cette forme de travail est strictement encadrée ; elle doit être autorisée et l'employeur ne peut en principe la cumuler avec d'autres formes d'activité. Pour le surplus, un prêt temporaire de main-d'œuvre n'est autorisé que dans des cas strictement limitatifs (voir en détail ci-après → II.027).

011. Travail personnel. Aux débuts du développement du droit du travail (droit ouvrier), on incluait longtemps des personnes tels que les ouvriers des mines payés au wagonnet mais pouvant avoir recours à l'aide de tiers, ou encore les travailleurs à domicile qui réalisaient des commandes en ayant recours à l'ensemble des membres de la famille. Tout ce qui importait était que le travail fût fait. Aujourd'hui, ces personnes seraient probablement à considérer comme sous-traitants, économiquement dépendants mais juridiquement indépendants.

Le travail salarié, tel que nous le concevons aujourd'hui, doit être presté personnellement par le salarié, le salarié ne pouvant substituer un tiers. L'article 1237 du Code civil précise que l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. En droit du travail toutefois, même de l'accord de l'employeur, la substitution d'un tiers n'est pas admissible puisqu'elle constituerait une voie détournée pour mettre à disposition de la main-d'œuvre et éluderait de nombreuses règles protectrices.

En raison de son statut de salarié subordonné, un salarié ne peut pas se faire remplacer et faire exécuter le travail par du personnel choisi et payé par lui, le cumul des fonctions de salarié et d'employeur n'étant pas admis²⁰. En raison du caractère personnel de la relation de travail, le salarié ne peut dès lors ni se subsister ni se faire assister dans l'exécution de son obligation de fournir une prestation de travail.

¹⁹ TA Lux., corr., 10 juillet 2012, n° 2494, confirmé sur ce point en appel par CSJ, 14 mai 2013, n° 263/13, pourvoi en cassation rejeté par CSJ, cassation, 13 mars 2014, n° 14/2014, n° 3284 du registre.

²⁰ CSJ, 3e, 14 janvier 1999, 21267, Répertoire I.1.1. ; CSJ, 3e, 22 avril 2010, 34342, Répertoire I.1.2.1. : « Le fait qu'un travailleur recrute et rémunère une personne exécutant une prestation sous sa direction et sa responsabilité exclusives, permet de mettre en doute la réalité d'un contrat de travail. En effet, la relation subordonnée est annihilée si le travailleur a la possibilité comme en l'espèce d'engager et de rétribuer lui-même du personnel ou de se faire remplacer ».

SECTION 1. - TRAVAUX INTERDITS

012. Travail illégal par son objet. Une relation de travail peut être illégale en raison du statut de l'employeur (p.ex. une entreprise sans autorisation d'établissement ; → I.291) ou du salarié (p.ex. un ressortissant étranger sans autorisation ; → I.298) ou encore parce que le salarié n'est pas déclaré. Elle peut aussi l'être en raison de la nature même du travail. Chacune de ces violations emporte ses propres sanctions.

Tout comme le salarié peut refuser un ordre illégal, un contrat de travail ne saurait être valablement conclu pour un travail illégal ; un tel contrat serait nul en raison de l'illicéité de son objet. En effet, il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions (Art. 1128 du Code civil). Rappelons que la jurisprudence ne tend pas à annuler les contrats de travail s'ils sont simplement illégaux en raison du statut de l'employeur ou du salarié. Si l'objet même du contrat se heurte cependant à l'ordre public, la nullité est incontournable. Le salarié doit à l'évidence refuser tout travail qui constituerait une infraction pénale. Les règles de sécurité et de santé interdisant ou restreignant certains travaux doivent également être respectées.

013. Importantes restrictions pour l'employeur. Un entrepreneur ne peut exercer le travail qu'il veut. De nombreux métiers et professions nécessitent une autorisation d'établissement²¹ ; cette procédure administrative permet de vérifier si l'entrepreneur dispose des diplômes requis et que son honorabilité n'est pas entachée, notamment par des condamnations pénales ou des implications dans des faillites. S'il se livre de manière répétée et à titre professionnel à de telles activités, il encourt une condamnation pénale et son entreprise pourra être fermée.

Un employeur n'est ainsi pas en droit d'engager du personnel pour l'exécution d'un travail étranger au ménage ou à l'objet de son entreprise, si cette activité relève de la législation sur les autorisations d'établissement²² (L. 571-2). Cette disposition d'apparence rigoureuse n'est cependant que rarement invoquée devant nos juridictions. Il faut en outre que le salarié soit embauché pour travailler pour les clients ; personne ne songerait en effet d'interdire à une entreprise de construction d'embaucher un comptable bien que la comptabilité soit une profession réglementée. Mais ce comptable ne pourra que s'occuper de la comptabilité interne à l'entreprise et ses services ne pourront être proposés et facturés à des tiers (y compris, en principe, à des sociétés du groupe).

Art. L. 571-2. Il est également défendu: (...) 2. d'engager du personnel salarié pour l'exécution d'un travail étranger au ménage ou à l'objet de l'entreprise de l'employeur, lorsque ledit travail ressortit à l'une des professions énumérées à l'article 1er de la loi du 2 septembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Le travail ainsi presté doit être d'une certaine importance²³. La Cour a acquitté un particulier qui avait embauché des ouvriers pour réaliser des travaux de destruction dans

²¹ Loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

²² Projet de loi n° 2081, Commentaire des articles, p. 1567 : « Cette précision s'avère nécessaire pour éviter que des personnes ne soient engagées par une entreprise, soit par des particuliers pour effectuer une des activités prévues à l'article 2 de la présente loi sans que celui qui les embauche ne soit habilité légalement à exercer cette activité ».

²³ Projet de loi n° 2081, Avis du Conseil d'Etat, p. 1567 : « une activité ne peut être considérée comme clandestine si elle est à la fois occasionnelle et de moindre importance. Il en résulte cependant que toute activité exercée par une personne non établie légalement est à considérer

sa maison, au motif que le dossier n'établissait pas à suffisance la nature et l'ampleur et l'importance des travaux²⁴. Contrairement à la législation sur les autorisations d'établissement, l'incrimination du travail clandestin ne requiert cependant pas de répétition d'actes professionnels, mais peut concerner des prestations isolées, à condition qu'elles soient suffisamment importantes²⁵.

014. Peu de restrictions pour le salarié. En principe tout travail peut être presté dans le cadre d'un contrat de travail. Le droit du travail est, dans ses principes, unitaire et ne distingue pas en fonction de la tâche exercée. Très exceptionnellement, un travail légal devient une infraction s'il est exécuté dans le cadre d'un contrat de travail (p.ex. la prostitution est légale en soi, mais l'employeur serait proxénète). Il n'existe pas non plus de travail qui devrait obligatoirement être exercé en qualité de salarié et ne pourrait pas l'être en tant qu'indépendant ou bénévole. En particulier pour les professions libérales (avocats, architectes, médecins, etc.), la compatibilité avec le statut de salarié est généralement admise, avec certaines restrictions.

La liberté du travail laisse au salarié en principe le libre choix du métier à exercer. On peut mentionner les restrictions suivantes : **(a)** Des restrictions en raison de l'honorabilité ne s'imposent qu'occasionnellement au salarié (p.ex. en matière de gardiennage → I.303 ; des condamnations pénales interdisant un travail avec des enfants → I.302). **(b)** Il est également rare que la loi exige un certain diplôme pour exercer un travail²⁶. Un employeur peut embaucher sur un poste de juriste une personne sans formation juridique, tout comme il peut embaucher comme maçon une personne qui n'a aucun diplôme ni aucune expérience professionnelle. La responsabilité de veiller à l'exécution conforme du travail appartient à l'employeur. Dans certains cas toutefois, l'acte même suppose un diplôme (p.ex. actes médicaux), une autorisation

comme clandestine si elle est exercée à plusieurs reprises ou si elle est occasionnelle tout en présentant une certaine importance, peu importe si la législation sociale ou fiscale est observée ou non. Reste à savoir comment interpréter les termes de "moindre importance". A ce sujet, il importe de laisser une certaine liberté d'interprétation au pouvoir judiciaire qui doit apprécier les cas concrets soulevés dans le contexte général des professions considérées en ayant soin d'atteindre les objectifs visés par la présente loi. Or, parmi ces objectifs il y a lieu de garantir la protection des personnes légalement établies contre les agissements de nature à causer préjudice à un particulier ou à une profession sans que ce dommage ne doive être prouvé expressément par le plaignant. C'est ainsi qu'un travail, pour l'exécution convenable duquel il faut posséder des connaissances professionnelles plus ou moins approfondies, ne pourra normalement pas être considéré comme étant de moindre importance. Dans cet ordre d'idées, il convient de tenir compte des caractéristiques des différentes professions et du degré de qualification requis pour l'exécution de l'acte en cause. Ainsi, la simple réparation d'un mur ne demande pas le même degré de qualification que des travaux de construction. Dès lors la réparation du mur peut être considérée comme travail de moindre importance, alors que tel ne peut pas être le cas pour les travaux de construction proprement dits. Il résulte de ce qui précède que ni la durée d'exécution ni le montant de la rémunération ne permettent de conclure qu'il s'agit d'une activité de moindre importance. Enfin, les prestations doivent avoir lieu dans un but de lucre ».

²⁴ CSJ, correctionnel, 24 février 2014, 101/14 VI.

²⁵ P.ex. CSJ, correctionnel, 18 février 2015, 58/15 X et 59/15 X.

²⁶ En pratique, formation et diplômes conditionnent par contre généralement l'embauche sur un poste déterminé. Pour les jeunes, il a été constaté que le nombre de salariés déclarés (niveau d'enseignement achevé dépassant celui requis pour l'emploi) est de 15 % chez les détenteurs d'un niveau d'études secondaires ou d'un diplôme de technicien et de 6 % pour ceux diplômés au niveau BAC + 4. FRISING Armande, LANGERS Jean, REICHMANN Liliane, Les jeunes face au marché du travail, Bulletin du Statec n° 7-2007, p. 272.

(p.ex. port d'armes), une formation (p.ex. formation de cariste pour chariots élévateurs²⁷) ou un permis (p.ex. permis poids-lourd). **(c)** Les ressortissants de pays tiers n'obtiennent dans un premier temps qu'une autorisation de travailler valable pour une seule profession déterminée²⁸ (→ I.298). **(d)** Il en est de même pour les demandeurs d'asile²⁹.

015. Limitations pour certaines catégories de salariés. Pour certaines catégories de salariés, la nature du travail qu'ils peuvent exercer est limitée. **(a)** Dans un souci de protection, le législateur avait interdit aux femmes certains travaux. En 1877, les « filles et les femmes de tout âge » sont interdits à l'embauche pour les travaux tous-terrains des mines, minières et carrières³⁰. En 1907, le législateur luxembourgeois approuve une Convention internationale interdisant le travail de nuit aux femmes³¹. L'obligation d'une autorisation pour embaucher une femme dans un café n'a pas été formellement abrogée, mais est évidemment contraire aux principes d'égalité (→ I.303). Il n'existe dès lors aujourd'hui plus de travail qu'un salarié ne pourrait exercer au seul motif qu'il est un homme ou une femme. L'employeur est uniquement autorisé de faire une différenciation lors du recrutement si le sexe est une « exigence professionnelle et déterminante » pour le poste à pourvoir (L. 241-3). **(b)** La situation est différente pour les femmes enceintes, qui bénéficient d'une protection spéciale (→ I.158, II.495) pouvant comporter une interdiction d'effectuer certaines tâches. **(c)** Il en est de même pour les adolescents (→ II.496). **(d)** De manière plus générale, il est interdit d'affecter un salarié à une tâche pour laquelle il a été déclaré inapte par le médecin du travail. **(e)** L'employeur n'est évidemment pas non plus en droit d'affecter un salarié à des tâches dangereuses ou potentiellement préjudiciables à sa santé sans lui avoir fourni la formation et l'équipement requis.

SECTION 2. - LIEU GÉOGRAPHIQUE DU TRAVAIL

016. Fixation conventionnelle. Le lieu de travail est en principe fixé au contrat. Pour le surplus, le lieu peut être librement fixé entre parties, étant entendu qu'une fixation permanente à l'étranger entraînera l'applicabilité de la loi étrangère. Dans de nombreux cas, il est prévu au contrat que le lieu de travail peut changer en fonction des besoins de l'entreprise ; la validité de ces clauses de mobilité géographique est reconnue par la jurisprudence (→ I.424). Une flexibilité du lieu de travail peut également avoir été convenue implicitement, mais nécessairement en fonction de la nature du travail que le salarié s'est engagé à prester, tels par exemple un représentant commercial ou un chauffeur routier.

017. Incidence. Le lieu de travail a une incidence sur la loi applicable au contrat et sur la compétence des tribunaux du travail, que ce soit sur le plan international ou sur le

²⁷ Il s'agit cependant plutôt d'une recommandation que d'une véritable obligation, cf. recommandation de l'AA pour la conduite d'engins en sécurité.

²⁸ Art. 43 de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

²⁹ Art. 14 de la loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire.

³⁰ Art. 3 de la loi du 6 décembre 1876, concernant le travail des enfants et des femmes ; cette interdiction est confirmée par l'article 2 de la loi du 30 avril 1890, concernant l'exploitation des mines, minières et carrières.

³¹ Loi du 3 août 1907 concernant l'approbation de la Convention internationale de Berne du 26 septembre 1906 sur l'interdiction du travail de nuit des femmes employées dans l'industrie.

plan national (Luxembourg, Diekirch ou Esch). Il n'a cependant en principe pas d'incidence sur la durée de travail, puisqu'il relève de la responsabilité du salarié de se rendre au travail et que la durée de travail n'est en principe décomptée qu'à partir du moment où il est à disposition de l'employeur, c'est-à-dire arrivé sur son lieu de travail (→ II.062).

018. Travail à domicile. Le travail à domicile est souvent présenté comme un moyen facilitant l'accord entre vie familiale et vie professionnelle. Cette forme de travail n'est cependant pas nouvelle et remonte aux débuts de l'industrialisation ; le système domestique consistait à faire fabriquer des produits en masse par des travailleurs individuels, payés à la pièce, le matériel étant selon les cas mis à disposition par l'employeur ou non ; ces travailleurs étaient mal payés et mettaient à contribution tous les membres de la famille, y compris les jeunes enfants. Aujourd'hui on parlerait de « sous-traitants » effectuant le travail à domicile. Il faut voir que pourtant, le travail à domicile tend à isoler le salarié, qui est seul face à l'autorité patronale. En 1935, la Chambre du Travail propose de réglementer le travail à domicile (*Heimarbeit*), notamment en veillant à ce que les salaires soient payés de manière correcte et dans les délais³². Ce projet n'a cependant pas abouti.

Actuellement, le travail à domicile n'est pas autrement réglementé. Il faut cependant être critique quant à l'appréciation de la subordination, puisque le travail ne s'exerce plus dans les locaux appartenant à l'employeur, que ce dernier ne peut que difficilement exercer ses pouvoirs de contrôle et de direction et que le salarié ne se trouve pas nécessairement soumis à un horaire et à des consignes fixes. Il faut s'interroger aussi comment l'employeur peut assurer au salarié des conditions de travail sécuritaires. Il n'enmoins, un lien de subordination suffisant existe, rien ne s'oppose qu'employeur et salarié conviennent d'un travail à domicile. La loi prévoit comme unique règle applicable aux travailleurs à domicile que la législation protectrice en matière de durée de travail cesse de s'appliquer (L. 211-3 ; voir aussi → II.051). On peut s'interroger si cette exclusion est conforme au droit européen³³.

019. Télétravail. Si le salarié se sert d'un outil informatique pour être connecté à son entreprise, il qualifie de télétravailleur et des règles protectrices viennent à jouer. Même s'il se peut que le travailleur n'ait pas de lieu de travail fixe, la plupart des télétravailleurs prestent leur travail depuis leur domicile et qualifient dès lors également de « salariés à domicile ». La convention sur le télétravail de 2006³⁴ poursuit deux objectifs principaux : d'un côté, par le biais d'une sorte de période d'essai, appelée « période d'adaptation », elle assure que le télétravail est un choix volontaire du salarié ; d'un autre côté, elle cherche à éviter l'isolement social du télétravailleur. Plus de 7% des salariés font du télétravail, mais celui-ci se réduit en général à une partie très limitée de

³² Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 155.

³³ En outre, il n'est pas clair ce qu'il faut entendre par travail à domicile. A notre sens, il s'agit tout d'abord d'une personne qui travaille entièrement ou du moins majoritairement à son domicile. Les heures qu'un salarié preste occasionnellement chez lui devraient compter comme durée de travail sans qu'on puisse argumenter que durant ces heures, il serait un « travailleur à domicile ». Enfin, il faut exiger probablement aussi que domicile et lieu de travail ne coïncident pas.

³⁴ Règlement grand-ducal du 15 mars 2016 portant déclaration d'obligation générale d'une convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'une part et les syndicats OGB-L et LCGB, d'autre part.

leur travail hebdomadaire et ne constitue ainsi qu'un mode de travail d'appoint³⁵. L'importante part du travail frontalier dans l'emploi luxembourgeois freine le recours au travail à domicile puisque le fait que le lieu de travail se trouve à l'étranger entraînera l'application de la législation sociale et fiscale étrangère. En dépit de ces difficultés, l'encouragement au télétravail à la fois comme moyen pour faciliter la compatibilité avec les activités privées, mais aussi comme moyen pour résoudre les problèmes liés aux transports, reste un débat d'actualité.

La Convention insiste sur le caractère volontaire du télétravail (Clause 3). Le refus par le salarié d'une proposition de télétravail ne constitue pas un motif de résiliation de son contrat et l'employeur ne peut l'imposer par voie de modification unilatérale du contrat. Un écrit contenant certaines mentions spécifiques doit être établi (Clause 4). Si le télétravail est mis en place en cours d'exécution du contrat, il doit être précédé d'une « période d'adaptation » d'une durée minimale de deux semaines, durant laquelle tant l'employeur que le salarié peuvent revenir sur le télétravail (Clause 5). La Convention assure aussi que le télétravailleur ne soit pas traité moins favorablement que les autres salariés, notamment au niveau des conditions de travail (Clause 8), de sa charge de travail (Clause 13) et de la formation (Clause 9). Si l'employeur est responsable en principe de procurer les équipements de travail (informatique) et d'assurer la santé et la sécurité du télétravailleur, il faut cependant également protéger ce dernier au niveau de l'utilisation de données personnelles (Clause 9) et contre des intrusions injustifiées dans sa vie privée (Clause 10). Enfin, il s'agit de lutter contre l'isolement social du télétravailleur, notamment en lui assignant un responsable hiérarchique et des personnes de contact clairement déterminées (Clause 4), en veillant qu'il reçoive les informations circulant dans l'entreprise (Clause 7) et en lui donnant la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues (Clause 13).

Sur le régime du télétravail et sa mise en œuvre au Luxembourg, voir en détail :
- Le travail flexible et atypique, n° 91 et suivants

CHAPITRE 2. - BÉNÉFICIAIRE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL

020. Plan. Le « travail » n'est pas un bien juridique en soi qui pourrait être attribué en propriété à quelqu'un ; la situation juridique est plus complexe si le travail du salarié aboutit à une création intellectuelle susceptible d'être protégée par des droits de propriété intellectuelle (section 1). Par contre, c'est toujours pour son employeur que le salarié travaille ; l'employeur en tire le profit économique, tout en assumant également l'essentiel des risques résultant de l'activité du salarié. Il est en principe interdit d'affecter le salarié au service d'un tiers par un prêt de main-d'œuvre (section 2).

SECTION 1. - DROIT AU PRODUIT DU TRAVAIL

021. Contexte. Jadis on disait que la force de travail est la propriété des pauvres ; le salarié n'a que son corps et sa force pour subsister. La sujétion du salarié découle tout d'abord du fait qu'il n'est en principe pas propriétaire des outils et installations de travail ; ce critère peut même être pris en considération comme indice en faveur d'un état de subordination (→ I.33). La dépendance économique du salarié découle du fait qu'il n'est en principe pas propriétaire de la matière et du résultat du travail.

³⁵ REIFF Paul, Regards sur la flexibilité des heures de travail et le travail à domicile, avril 2012.

L'employeur a droit à une prestation de travail de la part du salarié qui est généralement déterminée en fonction d'un certain nombre d'heures que le salarié doit être à la disposition de son employeur et exécuter un travail sous ses ordres. Le droit à la prestation de travail implique en général le droit au fruit du travail du salarié. L'employeur peut, mais n'est pas obligé, exploiter pour son compte le travail réalisé par le salarié en le revendant au client ou en en faisant un quelconque autre usage. Il n'existe en particulier, sauf en matière de brevets (voir ci-dessous) pas d'obligation de faire participer les salariés financièrement aux bénéfices que l'employeur tire de leurs efforts (→ II.270).

022. Absence d'effets réels. Il est souvent affirmé, y compris par le législateur³⁶, que le fruit du travail du salarié « appartiendrait » à l'employeur. Mais l'objectif du droit du travail n'a jamais été de régler la propriété des choses sur lesquelles le salarié intervient. La relation d'emploi ne confère à l'employeur aucun droit de propriété ; le droit que l'employeur acquiert en payant la rémunération au salarié est celui de disposer de sa force de travail durant un certain nombre d'heures et de pouvoir donner des instructions. Si l'employeur peut profiter de la plus-value éventuelle résultant de ce travail, cela n'équivaut pas à l'attribution d'un quelconque droit de propriété. Souvent d'ailleurs, le travail du salarié – que ce soit un réceptionniste ou un masseur – ne donne lieu à aucun bien sur lequel il pourrait exister un droit de propriété.

Pour les choses matérielles, la question de savoir à qui elles appartiennent lorsque celui qui les travaille n'est pas leur propriétaire est réglementée par des règles souvent ignorées du Code Civil, qui sont restées inchangées depuis la promulgation du Code Napoléon³⁷ en 1804. Le juge devra en décider selon les « principes de l'équité naturelle »³⁸, le Code ne fournissant pour le surplus que des exemples devant guider le tribunal. La règle qui intéressera la relation de travail est notamment la suivante : « Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre »³⁹. Or, c'est précisément ce que fait l'employeur lorsqu'il met à disposition du salarié des choses et paye en échange une rémunération. Telle est la véritable raison pour laquelle l'employeur devient propriétaire des choses que ses salariés produisent, mais à condition qu'il ait été à la base le propriétaire de la matière première. Il est intéressant de noter que, dans un projet de loi sur le contrat de travail datant de 1908 mais qui n'a pas abouti, il était prévu que « le fait que l'ouvrier fournit la matière en même temps que le travail n'empêche pas la convention d'être un contrat rentrant dans les termes de l'article 1^{er}, pourvu que la

³⁶ Projet de loi n° 3011, Amendements gouvernementaux du 15 septembre 1988, p. 2 : « le principe en vertu duquel les ouvrages, créations et réalisations d'un travailleur manuel ou intellectuel, qui touche un salaire en rémunération de ses prestations, appartiennent à l'entreprise est si largement retenu qu'il est lieu de s'étendre longuement sur les motifs d'ordre social, économique et financier qui sont à l'origine de cette situation de fait »; dans le même sens, ibidem, p. 5 : « L'article 13 du projet de loi accorde le droit au brevet à l'employeur lorsqu'il s'agit d'une invention de salarié. Il convient de rappeler que ce principe est d'application dans d'autres matières relevant du domaine de la propriété intellectuelle ».

³⁷ Articles 565 et suivants du code civil des Français (code Napoléon) promulgué le 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

³⁸ Art. 565 alinéa 1^{er} du Code Civil.

³⁹ Art. 570 du Code Civil.

matière puisse être considérée comme l'accessoire du travail »⁴⁰ ; les auteurs s'étaient laissés guider par la considération qu'il « arrive fréquemment que l'ouvrier fournit une partie de la matière ; ces cas se présentent notamment dans le travail à domicile, p.ex. une ouvrière fournit le fil et les boutons, parfois l'étoffe de la doublure »⁴¹.

023. Droit à la clientèle. La « clientèle » n'est pas un bien clairement défini. Si pour les professions libérales (médecins, avocats, etc.), la clientèle ne peut être vendue, mais qu'il peut être convenu tout au plus un « droit de présentation », dans le domaine commercial, elle fait partie du fonds de commerce et peut avoir une valeur considérable. Il paraît découler de la nature de la relation de travail que la clientèle se rattache à l'employeur-entrepreneur et non au salarié. Les contrats avec les clients sont bel et bien conclus par l'employeur et non par le salarié. Mais la clientèle ne se résume pas aux contrats existants ; elle s'étend à la confiance et réputation qui peuvent donner lieu à des commandes futures. Pour les juges, il semble moins clair si c'est nécessairement l'employeur qui en profite. Une banque a par exemple été déboutée d'une action en responsabilité contre son ancien salarié, les juges ayant souligné le fort attachement qui existe entre le client et son gestionnaire de patrimoine⁴². Il se peut donc que la clientèle soit légitimement attachée au salarié et non à l'employeur. Les agents commerciaux (→ I.56) de leur côté ont droit, après la cessation du contrat d'agence, à une indemnité d'éviction tenant compte de leur apport de nouveaux clients ou du développement sensible des opérations avec les clients existants⁴³ ; cette règle n'a pas son équivalent en droit du travail. Un salarié peut cependant négocier à l'embauche une prime pour la clientèle qu'il apporte ou exiger qu'une indemnité de spécifique lui soit versée en cas de résiliation du contrat.

024. Propriété intellectuelle. En matière d'attribution du fruit du travail du salarié à l'employeur, des conflits peuvent apparaître avec le droit de la propriété intellectuelle, donc la législation qui protège certaines créations intellectuelles en conférant un monopole à une personne : les droits d'auteur et droits assimilés, les brevets, les marques, etc.. (a) En matière de droits d'auteur, les législations successives dont s'est doté le Luxembourg sont restées muettes quant aux créations artistiques ou littéraires, tels des textes, images, dessins, plans, réalisés dans le cadre d'une relation de travail. En principe, les droits d'auteur reviennent à la personne qui a créé l'œuvre, donc en cas de création salariale, au salarié. Contrairement à une position souvent défendue, en

⁴⁰ Art. 3 du Projet de loi sur le contrat de travail (non abouti), C.R. 1907/1908, Annexes, p. 299.

⁴¹ Projet de loi sur le contrat de travail (non abouti), C.R. 1907/1908, Annexes, Commentaire des articles, ad Art. 3, p. 317.

⁴² CSJ, 29 octobre 2009, 312235 et 31262 : « En matière de gestion de patrimoine une relation particulièrement étroite de confiance existe entre le gestionnaire de portefeuille et ses clients qui ont tendance à confier leurs avoirs à une banque en raison d'un gestionnaire de patrimoine particulier qu'ils ont choisi pour son savoir et ses connaissances spécifiques dans la matière et la confiance qu'ils ont en lui. En l'occurrence, ce sont les clients eux-mêmes qui ont clôturé leurs comptes auprès de la Banque B S.A. et fait transférer leurs avoirs auprès de la Banque C (Luxembourg) S.A. en raison de la personne de A qui gérait leur patrimoine déjà en grande partie avant son contrat de travail avec la Banque B S.A. et qu'ils avaient suivi auprès de cette dernière. Les agissements retenus ci-avant contre A ne sont dès lors pas à considérer comme étant à l'origine du transfert de clientèle, mais c'est plutôt le désir des clients, majoritairement membres de famille et connaissances de longue date, à suivre leur gestionnaire de patrimoine A, qui a déterminé ces agissements. ».

⁴³ Art. 19 (1) de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants.

l'absence de clause de cession expresse, c'est le salarié qui devient titulaire des droits d'auteur sur les créations de nature artistique ou littéraire (textes, graphismes, mise en page, etc.) qu'il crée durant son temps de travail. Certaines décisions de justice s'étaient opposées à cette façon de voir et avaient décrété, sans autre raisonnement ou précision, que les créations reviendraient à l'employeur puisque ce dernier payerait la rémunération. La jurisprudence actuelle semble cependant s'être ralliée à la jurisprudence et doctrine majoritaire en Belgique et en France, à savoir que le droit d'auteur revient aux salariés, même si la création a été réalisée pendant le temps de travail et/ou sur instruction de l'employeur. Il est toutefois loisible aux parties de convenir du contraire, dans une clause du contrat de travail ou dans une convention annexe. Des exceptions légales sont par ailleurs prévues pour le cas spécifique des programmes d'ordinateur⁴⁴. **(b)** En matière de dessins et modèles, il est prévu que, s'ils sont créés par un salarié dans l'exercice de son emploi, l'employeur sera, sauf clause contraire, considéré comme créateur⁴⁵. **(c)** Il en est de même en matière de topographies de semi-conducteurs⁴⁶. **(d)** En matière de brevets, le salarié a droit à une part du bénéfice si le brevet a permis à l'employeur de réaliser un bénéfice notable. La jurisprudence en la matière est éparse⁴⁷. Ainsi les brevets appartiennent en principe à l'inventeur, donc à celui qui est à l'origine de l'invention⁴⁸. Sous la législation datant de 1880, la question des inventions salariales n'avait pas été réglementée. Lors d'amendements élaborés en 1922, l'introduction de règles spécifiques avait été discutée, mais finalement abandonnée au profit du droit commun⁴⁹. Lors des travaux de réforme ayant abouti à la loi du 20 juillet 1992, il avait également été envisagé dans un premier temps de ne pas légiférer dans ce domaine et d'abandonner la question au contrat de travail et aux conventions collectives. Sur insistance du Conseil d'Etat, qui a suggéré de reprendre la solution française, une réglementation a été élaborée⁵⁰. La solution finalement retenue est nettement moins favorable pour les salariés que celle qui a été retenue dans les pays voisins, et ce à deux égards. Tout d'abord, le cercle des inventions qui reviennent d'office à l'employeur est très large ; le moindre lien avec le travail

⁴⁴ Art. 32 (2) de la loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, textuellement repris de l'article 2 (3) de la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur : « lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf dispositions contractuelles contraires ».

⁴⁵ Art. 3.8. de la Convention BENELUX en matière de propriété intellectuelle.

⁴⁶ Art. 3 de la loi du 29 décembre 1988 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs.

⁴⁷ Voir le titre « I.3.4. Droit à la prestation de travail » dans le Répertoire.

⁴⁸ Art. 12 (1) de la loi du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention ; Art. 60 (1) de la Convention BENELUX.

⁴⁹ Projet de loi n° 3011, Amendements gouvernementaux du 15 septembre 1988, p. 2 : « En 1922, lors de la dernière révision majeure de la loi des brevets de 1880, la Chambre des Députés a longuement discuté sur l'opportunité d'introduire une disposition spécifique sur le droit des inventeurs salariés dans la loi des brevets mais décida de laisser aux tribunaux le soin de "faire la part des bénéfices résultant de l'application des inventions entre tous ceux qui ont contribué à les réaliser". Les droits de tous les intéressés devraient être établis d'après les principes du droit commun ».

⁵⁰ Projet de loi n° 3011, Avis du Conseil d'Etat du 18 février 1986, p. 94.

suffit⁵¹, le domaine des inventions dites 'libres' qui restent acquises au salarié étant limité. Par ailleurs, les conditions pour que le salarié puisse bénéficier d'une rémunération séparée en raison de son invention sont très restrictives au Luxembourg. Le principe de la rémunération spéciale part de l'idée que les dirigeants d'entreprise se doivent d'honorer les mérites des salariés qui, par leur engagement et leur savoir-faire, contribuent au développement des activités industrielles et commerciales de l'entreprise⁵². Elle n'est cependant due que si l'employeur réalise un « bénéfice notable » grâce au brevet ; dans ce cas, le salarié peut prétendre à une « part équitable du bénéfice ».

Le lecteur trouvera une analyse plus détaillée en droit luxembourgeois dans :

- Le salarié face au patrimoine intellectuel de l'entreprise.

Le lecteur trouvera des développements plus précis quant au régime des droits d'auteur, ainsi que des jurisprudences en matière de propriété intellectuelle dans les publications suivantes de l'auteur :

- Le droit d'auteur au Luxembourg, Editions Promoculture-Larcier, 2013
- Recueil de propriété intellectuelle, Editions Promoculture-Larcier, éditions annuelles

SECTION 2. - MISE A DISPOSITION ILLEGALE

025. Contexte. Le salarié est embauché pour travailler pour compte de son employeur. Il est en principe interdit à l'employeur de le mettre à disposition d'autrui, pareille démarche constituant une « mise à disposition illégale de main-d'œuvre » entraînant des conséquences tant civiles que pénales. Cette règle a un double intérêt. Dans un premier temps, elle protège le monopole des entreprises de travail intérimaire, qui peuvent s'adonner à cette activité, mais sous un régime de surveillance et de contrôle renforcé. Dans un second temps, elle garantit la sécurité juridique pour le salarié en évitant des incertitudes quant à l'identité réelle de l'employeur conduisant à l'éclatement et à la dilution des responsabilités patronales (voir aussi → I.202). Le salarié doit clairement savoir qui est son employeur, responsable de sa sécurité, de sa santé et du paiement de son salaire. L'approche du Code du travail est restrictive, mais son application jurisprudentielle semble assez souple.

026. Cas autorisés. La mise à disposition est autorisée dans quelques hypothèses spécifiques. **(a)** Tout d'abord, les entreprises de travail intérimaires dûment autorisées peuvent y procéder ; leur activité consiste précisément à recruter du personnel en vue de sa mise à disposition à un utilisateur. Pour cette raison, elles font l'objet d'un contrôle et d'une surveillance accrus et qu'elles n'ont en principe pas le droit d'exercer d'autres activités. **(b)** Pour certaines associations à caractère social dûment agréées (L. 133-1 (2) pt. 1). **(c)** Pour certaines mesures de politique d'emploi, permettant

⁵¹ Un lien suffisant avec le contrat de travail est donné si l'invention est faite par le salarié : (a) soit dans l'exécution d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, (b) soit dans l'exécution d'études ou de recherches qui lui sont explicitement confiées, (c) soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, (d) soit dans le domaine des activités de l'entreprise, (e) soit par la connaissance ou l'utilisation de techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise ou de données procurées par elle.

⁵² Projet de loi n° 3011, Amendements gouvernementaux du 15 septembre 1988, p. 5.

d'affecter temporairement des salariés à d'autres tâches pour éviter leur licenciement (L. 133-1 (2) pt. 2). **(d)** En cas de prêt temporaire de main-d'œuvre.

027. Prêt temporaire de main-d'œuvre. Le prêt temporaire de main-d'œuvre (fourniture de main-d'œuvre « à prix coûtant »⁵³) peut être considéré comme une alternative au chômage partiel ou comme alternative au licenciement économique. L'entreprise en difficultés peut externaliser temporairement une partie de ses salariés. Le salarié conserve son employeur et son statut (contrat de travail, convention collective, ancienneté, etc.). L'entreprise de son côté n'est pas obligée de recruter et de former du nouveau personnel en cas de reprise d'activité. Les cas d'ouverture du recours au prêt temporaire de main-d'œuvre sont énoncés à l'article L. 132-1 (1) : **(a)** la menace de licenciement ou de sous-emploi ; **(b)** l'exécution d'un travail occasionnel dans la mesure où l'entreprise utilisatrice n'est pas à même d'y répondre par l'embauche de personnel permanent ; **(c)** les restructurations au sein d'un groupe d'entreprises ; **(d)** dans le cadre d'un plan de maintien dans l'emploi homologué.

L'article L. 132-1 (2) prévoit encore la possibilité pour le Ministre d'accorder exceptionnellement d'autres dérogations. Le législateur ciblait notamment « les transferts de mobilité et les mutations internes ayant un certain caractère de durabilité et s'opérant à l'intérieur d'un même groupe d'entreprises (ARBED), ainsi que la mise à disposition de personnel entre entreprises de branches économiques distinctes »⁵⁴.

En pratique, ce mécanisme juridique présente certains avantages, mais aussi de nombreux obstacles à sa mise en œuvre pratique, notamment parce que des entreprises du même secteur d'activité éprouvent souvent des difficultés en même temps et que les règles concrètes (choix des salariés détachés, paiement du salaire, date du retour) ne sont pas encadrées par la loi mais doivent être individuellement négociées. Le nombre de cas d'application n'est pas très élevé; la fondation EUROFUND a procédé à l'analyse et à la description de quelques projets de prêt temporaire de main-d'œuvre qui ont été mis en pratique au Luxembourg.

Pour des développements complémentaires sur la mise à disposition de salariés et le prêt temporaire et un résumé des projets décrits par EUROFUND, voir :
- Le travail flexible et atypique, n° 174, n° 178 et suivants

028. Mise à disposition interdite. Il est tout à fait habituel et normal qu'un salarié aille travailler « chez » ou « pour » les clients, tel un peintre qui se rend au domicile du client ou un conducteur de taxi qui transporte un passager. Il est tout aussi commun que le client communique avec le salarié et exprime certains désirs, pouvant être vus comme des « ordres », tel le client demandant au peintre de commencer par le salon ou le passager indiquant l'endroit où le chauffeur de taxi doit le conduire.

⁵³ Projet de loi n° 3346 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre, Commentaire des articles, p. 16 : « La fourniture ou le prêt de main-d'œuvre visés par les articles 25, 26 et 27 du projet visent exclusivement la fourniture de main-d'œuvre effectuée de façon non lucrative 'à prix coûtant'. Le prêt de main-d'œuvre effectué avec une finalité non lucrative permet aux employeurs connaissant une baisse conjoncturelle d'activité à mettre à la disposition momentanée d'une autre entreprise les travailleurs inoccupés sous réserve que cette dernière rembourse à l'employeur les charges salariales relatives aux travailleurs concernés ».

⁵⁴ Projet de loi n° 3346 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'œuvre, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi, 12 avril 1994, p. 15.

Selon l'article L. 133-1, la limite de la mise à disposition est franchie lorsque ce client/tiers « utilise ce salarié et exerce sur lui une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur ». Cette autorité patronale n'est autre que les trois pouvoirs qui ont été détaillés (→ I.216), à savoir le pouvoir de direction (donner des ordres), le pouvoir de contrôle (surveiller l'exécution du travail) et le pouvoir disciplinaire (prononcer une sanction). « Dès lors que la prestation de services suppose une obligation de résultat, il appartient à l'entreprise prestataire seule de s'organiser pour parvenir à cette fin. L'entreprise utilisatrice ne doit donc pas s'immiscer a priori dans la réalisation de cette mission. Lorsque c'est à l'entreprise utilisatrice qu'incombe pour partie la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés, l'opération est interdite au sens de l'article L. 133-1 du Code du travail. Il en est de même si les salariés de l'entreprise prestataire de services se trouvent placés sous l'autorité directe du personnel d'encadrement de l'entreprise utilisatrice et sont soumis à la discipline de cette entreprise »⁵⁵. Le juge appelé à statuer sur le caractère licite ou illicite est ainsi amené à rechercher si l'opération constitue une fourniture de main-d'œuvre déguisée ou si, au contraire, le prêt de personnel se justifie par la nature du contrat qui lie l'entreprise prestataire à l'entreprise utilisatrice ; pour le déterminer, il retient un certain nombre d'indices dont le faisceau lui permettra de donner sa véritable qualification juridique à l'opération en cause, étant entendu que cet examen relève de son pouvoir souverain d'appréciation⁵⁶.

Un arrêt de 2016 a ajouté une condition supplémentaire en considérant qu'il n'y a mise à disposition que si l'employeur agit en vue de réaliser un bénéfice ou du moins s'il est remboursé des coûts salariaux⁵⁷. Nous doutons de la pertinence de cette approche, qui légaliserait toute forme de mise à disposition à titre gratuit. Cette jurisprudence serait en tout cas de nature à légitimer les mises à disposition intra-groupe de salariés.

029. Surveillance. Solution classique, la surveillance des règles de mise à disposition est assurée par l'ITM ; la loi précise toutefois également que l'ADEM est censée y contribuer (L. 134-2). La mise à disposition et le recours au prêt de main-d'œuvre requièrent la consultation préalable de la délégation du personnel (L. 134-1).

030. Sanctions civiles. L'article L. 133-2 traite des conséquences civiles encourues pour un « contrat par lequel un salarié a été engagé pour être mis à la disposition d'un utilisateur », donc d'un contrat visant explicitement et dès le départ une mise à disposition. Dans ce cas, le contrat tel que conclu est nul, mais le salarié peut se prévaloir d'un contrat à durée indéterminée avec l'utilisateur dès le début de sa prestation de travail. La loi instaure pour le surplus une solidarité entre l'utilisateur et la personne qui met le salarié à disposition pour le paiement des salaires et de leurs accessoires, des indemnités⁵⁸ et des charges sociales et fiscales (L. 133-3).

⁵⁵ CSJ, travail, 5 mars 2009, 32539, 32540, 32541, 32542 et 32543, Répertoire II.4. ; voir aussi CSJ, 20 mai 2010, 34041, Répertoire II.4. : « Le contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise se caractérise par la prestation d'un travail ou d'une mission déterminé(e), d'ordre intellectuel ou manuel, à titre onéreux qui implique une exécution sans aliénation de l'indépendance de celui qui est appelé à l'exécuter. Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération ».

⁵⁶ CSJ, 8e, 20 mai 2010, 34041, Répertoire II.4.

⁵⁷ CSJ, 8e, 3 novembre 2016, 42559, Répertoire II.4.

⁵⁸ Notion incluant probablement des indemnités dues en cas de licenciement.

Aucune disposition ne précise toutefois le sort d'un contrat qui s'est exécuté normalement, mais qu'à un moment donné, les instructions patronales et l'exécution du travail prennent la forme d'une mise à disposition. Il serait à notre avis plausible d'argumenter qu'un contrat tacite se noue avec l'entreprise utilisatrice, puisque celle-ci a accepté de reprendre et d'exercer une partie de l'autorité patronale et s'est donc comportée en employeur.

031. Sanctions pénales. L'employeur qui met illégalement à disposition ses salariés est passible d'une amende de 500 à 10.000 euros et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de 2 à 6 mois et/ou d'une amende de 1.250 à 12.500 euros (L. 134-3 (1) ; équivalent du 'délit de marchandage' en droit français). Il n'y a cependant que peu de condamnations dans ce domaine⁵⁹. Les tribunaux correctionnels luxembourgeois se sont déclarés compétents pour toute mise à disposition à l'étranger depuis le Luxembourg⁶⁰.

032. Application pratique. En pratique, la limite n'est pas facile à tracer et les cas-limite sont nombreux. Une mise à disposition a été confirmée à propos de salariées envoyées dans un hôtel dans le cadre d'un contrat de prestation pour le nettoyage des chambres, et ce parce que la gouvernante de l'hôtel donnait des ordres, en contrôlait l'exécution et s'est immiscée dans la gestion des congés⁶¹. Par conséquent, les salariées pouvaient se prévaloir d'un contrat de travail avec l'hôtel, et le refus de ce dernier valait licenciement. Par contre, pour un salarié qui assurait à raison de 40 heures par semaines la gestion des ressources humaines dans une autre entreprise, il a été décidé qu'il n'y avait pas de mise à disposition au vu notamment des dispositions contractuelles⁶². Autant dire qu'en principe, en veillant à bien formuler les clauses contractuelles, une mise à disposition peut *de facto* être mise en place.

⁵⁹ Un entrepreneur a été condamné à une amende de 750 euros pour mise à disposition illégale de 4 salariés depuis une société luxembourgeoise à une société allemande, ensemble avec multiples autres infractions (exercice non autorisé de transport routier, défaut de publication des bilans, omission de soumettre 4 salariés à l'examen médical d'embauche) (TA Lux., 22 avril 2010, n° 1452/2010). Dans une autre affaire de mise à disposition illégale de 2 salariés, conjointement avec un défaut d'autorisation d'établissement, les deux gérants ont été condamnés chacun à une amende de 2.000 euros (TA Lux., 13 juillet 2011, n° 2545/2011).

⁶⁰ CSJ, cassation, 13 mars 2014, 3284 : « Attendu que l'article L.133-1 du Code du travail interdit à l'employeur établi au Luxembourg de mettre des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers en dehors des règles régissant le travail intérimaire et le prêt temporaire de main d'oeuvre ; Que l'infraction, qui est constituée par la mise à disposition de main d'oeuvre travaillant au Luxembourg ou à l'étranger, est consommée dans le chef de l'employeur qui met le salarié à la disposition d'un tiers à partir du Luxembourg ; Attendu qu'en prenant en considération comme critère de localisation de l'infraction à l'article L.133-1 du Code du travail retenue à charge des demandeurs en cassation leur activité de mise à disposition de tiers établis à l'étranger des salariés engagés dans le cadre d'un contrat de travail conclu au Luxembourg et relevant de la législation luxembourgeoise pour conclure que la juridiction répressive luxembourgeoise est compétente pour connaître de la prévention leur reprochée, les juges d'appel n'ont pas violé, mais ont correctement appliqué les textes de loi visés au moyen ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

⁶¹ CSJ, 8^e, 5 mars 2009, 32539, Répertoire II.4.

⁶² Les juges ont retenu qu'il n'y avait pas de mise à disposition illicite : « Dès lors que la demanderesse était en charge d'exécuter une tâche définie (la gestion du personnel), rémunérée de façon forfaitaire et au vu du fait qu'elle maintient l'autorité sur son personnel, il y a lieu de conclure que les parties étaient liées par un contrat de prestation de services ». TA Lux., com., 11 juillet 2012, n° 898/2012 XV.

033 à 039. Réservés.

Sur le régime de la mise à disposition de tiers, des exemples jurisprudentiels, des cas d'application du prêt temporaire de main-d'œuvre et l'interdiction du 'portage salarial', voir :

- Le travail flexible et atypique, n° 174 et suivants

Pour d'autres exemples jurisprudentiels, voir :

- Répertoire II.4.

CHAPITRE 3. - DURÉE DE TRAVAIL

040. Principes généraux. Le salariat se caractérise en principe par une certaine fixité tant de la durée que de l'horaire de travail. La durée de travail est également souvent le critère principal pour déterminer la rémunération du salarié (→ II.262). La durée de travail légale est de 8 heures par jour et de 40 heures par semaines. Il ne s'agit pas d'un maximum ou d'un minimum, mais d'un seuil de référence. De manière très schématique, on peut dire qu'en-dessous, le régime du temps partiel s'applique ; au-delà, le régime des heures supplémentaires s'applique. Les exceptions et mécanismes de flexibilité sont cependant très nombreux.

041. Une responsabilité incombant à l'employeur. La limitation de la durée de travail, tout comme les différents repos et congés, ne constituent pas seulement un droit que le salarié peut réclamer, mais une obligation d'ordre public, l'employeur devant veiller au respect des dispositions relatives au temps de travail, au repos et aux congés⁶³. Il appartient dès lors à l'employeur de surveiller activement si les salariés ne travaillent pas trop et observent les pauses obligatoires, etc.. Depuis 2017, il est obligé de tenir un registre détaillé sur la durée de travail de chaque salarié (→ II.064). Il incombe le cas échéant à l'employeur, qui voit qu'un salarié est en surmenage ou travaille trop d'heures, de lui enjoindre de faire une pause ou de rentrer à la maison. L'employeur encourt des sanctions pénales s'il ne veille pas au respect de la durée de travail et des repos (voir ci-après). Surtout s'il résulte du surmenage ou de la fatigue un accident de travail, la responsabilité (pénale) de l'employeur pourrait être mise en cause ; l'argument que le salarié agit de son propre gré et qu'il n'était pas forcé de travailler, risque d'être rejeté. Ces principes valent aussi dans les systèmes d'organisation du travail accordant une certaine autonomie et flexibilité aux salariés ; l'autonomie ne décharge pas l'employeur de toutes ses responsabilités. La problématique rejoint aussi celle du « droit à la déconnexion » des salariés, qui en principe ne doivent pas être joignables durant la soirée, le weekend et les congés.

042. Sanctions. (□) La plupart des dispositions concernant la durée de travail sont assorties d'une sanction pénale. En particulier, l'article L. 211-36 sanctionne d'une amende de 251 à 15.000 euros toute infraction ou tentative d'infraction au régime général de la durée de travail (durées journalière et hebdomadaire, travail de nuit, temps de repos, heures supplémentaires, etc.). Contrairement à la plupart des textes pénaux, cette disposition vise toute personne obligée au respect de la durée de travail et non seulement l'employeur ; en pratique, il est cependant difficile à imaginer qu'un salarié soit poursuivi parce qu'il a omis de demander le congé qu'il est censé obligatoirement prendre. La logique des sanctions n'est pas toujours transparente : dans le secteur hôtelier et dans la restauration, l'amende est plus élevée (L. 212-10) ; une peine d'emprisonnement vient s'ajouter dans le secteur des transports routiers (L. 214-10),

⁶³ CSJ, 3^e, 1^{er} juin 2017, 43432, Répertoire VII.5.

mais pas dans le transport sur rail (L. 215-12). **(b)** Sur le plan civil, relevons une affaire dans laquelle de multiples violations des règles sur la durée de travail (maxima journaliers, hebdomadaires et mensuels, repos hebdomadaire, remise tardive du planning) étaient établies ; le Tribunal a alloué au salarié une indemnité pour « préjudice au niveau de sa sécurité et de sa santé », en raison notamment de la perturbation de l'organisation de sa vie privée⁶⁴. Dans une autre affaire, la prestation quasi-systématique d'heures supplémentaires a été considérée comme un des éléments formant le harcèlement moral dont le salarié a été reconnu victime⁶⁵.

043. Durée de travail mensuelle et annuelle. Les règles du Code du travail raisonnent en termes de durée de travail journalier et hebdomadaire et non sur une base mensuelle ou annuelle. **(a)** Il n'existe pas de règles qui régleraient la durée de travail mensuelle. Dans la mesure où toutes les entreprises peuvent opter pour une période de référence d'un mois dans le cadre d'une organisation flexible du travail (→ II.112), une mensualisation de la durée de travail est cependant possible. **(b)** La durée de travail annuelle n'est pas non plus réglée. Ainsi la durée de travail ne peut en principe être convenue sur une base annuelle ; a été jugée invalide une embauche d'un salarié pour « un minimum de 100 heures par an »⁶⁶. Une « annualisation du temps de travail » n'est possible que de l'accord des syndicats, si une période de référence de 12 mois est fixée dans la convention collective ; la flexibilité ainsi obtenue reste cependant limitée par les contraintes que l'employeur doit respecter en ce qui concerne la durée de travail maximale par semaine. Une mensualisation ou annualisation s'accompagne en principe d'un lissage des salaires, le salarié recevant le même salaire mensuel malgré les variations de sa durée de travail. Plusieurs dispositions du Code du travail partent du principe, lorsqu'il s'agit de convertir un salaire mensuel en salaire horaire, qu'un mois compte en moyenne 173 heures (L. 211-27, L. 222-9, L. 232-7, L. 233-14, L. 533-11).

La durée de travail annuelle est souvent utilisée dans les statistiques, puisqu'elle permet une comparaison tenant compte de tous les facteurs, tels les congés payés et autres absences justifiées, ou encore les heures supplémentaires. On constate ainsi d'importantes disparités par secteur ; en 2008, la moyenne pour un ouvrier était de 1.814 heures de travail, allant de 1.623 heures dans le secteur de la santé et de l'action sociale, à 1.914 heures dans le secteur des transports et de l'entreposage⁶⁷. De manière générale, on peut observer une tendance à la hausse du nombre d'heures travaillées⁶⁸. Le fait qu'au Luxembourg, le nombre d'heures travaillées par année soit parmi les plus élevés en Europe fait en sorte que, malgré des salaires élevés, le coût horaire moyen au Luxembourg est moins élevé qu'il n'y paraît. Avec une moyenne de 37,7 heures de travail par semaine, tous types de contrats confondus, le Luxembourg se situe en effet dans la moyenne haute en Europe ; le Luxembourg compte parmi les rares pays dans lesquels la durée de travail est en hausse, tant pour les salariés à temps plein qu'à temps partiel⁶⁹. Par ailleurs, la grande majorité des salariés travaillent au moins 40 heures par semaine.

⁶⁴ Le montant a été évalué à 800 euros ; TT Lux., 1^{er} juin 2015, 2173/2015, Recueil Sécurité et Santé au Travail, D.2.2.99.

⁶⁵ CSJ, 3^e, 28 juin 2007, 30994, Répertoire VI.3.2.1.

⁶⁶ CSJ, 3^e, 10 juin 2010, 34261, Répertoire VII.2.3.

⁶⁷ Le coût de la main-d'œuvre 2008, Bulletin du STATEC n° 7/2010, p. 379 et p. 384

⁶⁸ Le coût de la main-d'œuvre 2008, Bulletin du STATEC n° 7/2010, p. 379 et p. 391.

⁶⁹ Panorama social 2017, p. 85.

044. Plan. L'encadrement de la durée de travail ne se fait ainsi pas sur une base mensuelle et annuelle, mais essentiellement par une limitation de la durée de travail hebdomadaire (section 2) et de la durée de travail journalière (section 3), sujettes à certaines possibilités de flexibilisation (section 4). Il faudra cependant dans un premier temps s'intéresser au cadre réglementaire de la durée de travail et à la notion de durée de travail (section 1).

SECTION 1. - RÉGLEMENTATION DE LA DURÉE DE TRAVAIL

§ 1^{er}. - Cadre légal

045. Champ d'application. Certaines règles limitant la durée de travail s'appliquent indépendamment du statut du travailleur, qu'il soit indépendant ou salarié. Tel est le cas notamment le cas des chauffeurs routiers ou pilotes. En général cependant, le travail des indépendants n'est pas encadré dans un cadre rigide. Parmi les indépendants, la moitié déclare travailler plus de 50 heures par semaine, la durée moyenne étant de 46 heures pour les professions libérales de de plus de 55 heures pour les autres indépendants⁷⁰. Aucune disposition n'interdit à un médecin de pratiquer une opération après une nuit de garde. La plupart des règles sur la durée de travail ne s'appliquent qu'aux travailleurs effectuant un travail subordonné.

046. Un droit fondamental. L'article II-31 (2) CDFUE inscrit le droit à une limitation de la durée du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire parmi les droits sociaux de tout travailleur. La Constitution luxembourgeoise fait mention de la protection de la santé des travailleurs (Art. 11 (5)), et on peut raisonnablement soutenir que celle-ci inclut la limitation de la durée de travail.

047. Cadre juridique. L'encadrement juridique de la durée de travail est complexe et nuancé. **(a)** Sur le plan international, la durée de travail fait l'objet d'une série de conventions OIT, dont notamment la toute première remontant à 1919⁷¹. **(b)** Elle est encadrée de manière plus précise par le droit européen, qui, outre une directive-cadre⁷², compte une série de directives d'application (jeunes travailleurs, aviation civile, transport routier, liaison ferroviaire transfrontière, navigation intérieure). **(c)** Sur le plan national, la matière est régie aux articles L. 211-1 et suivants. **(d)** En fonction du secteur, une autonomie plus ou moins grande est accordée aux partenaires sociaux pour mettre en place un régime négocié par le biais de conventions collectives ou autres formes d'accords.

048. Rôle de la négociation collective. La durée de travail est un des principaux thèmes de la négociation collective, permettant l'individualisation et l'ajustement des règles sur la durée de travail en fonction des différents secteurs économiques ou

⁷⁰ BOUSSELIN Audrey, CEPS/Instead, Vivre au Luxembourg, Chroniques de l'enquête PSELL-3/2007, Portrait sociodémographique des travailleurs indépendants, n° 64, novembre 2009.

⁷¹ Convention OIT n° 1 du 28 novembre 1919 tendant à limiter à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine le nombre des heures de travail dans les établissements industriels ; suivi en 1930 par la Convention OIT n° 30 concernant la réglementation de la durée du travail dans le commerce et dans les bureaux.

⁷² Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

entreprises individuelles⁷³. De manière générale, le contrat individuel et des conventions collectives (L. 211-30) peuvent déroger au régime légal dans un sens favorable aux salariés.

Au-delà toutefois, le législateur accorde une certaine confiance aux partenaires sociaux négociant des conventions collectives et d'autres formes d'accords : **(a)** dans certains secteurs, ces accords peuvent déroger aux règles sur le travail de nuit, les pauses et le repos journalier et le repos hebdomadaire de 44 heures, à condition de définir des dispositions garantissant « des périodes équivalentes de repos compensatoire » (L. 211-31) ; **(b)** de manière plus générale, la réglementation de la durée de travail est confiée aux partenaires sociaux pour le personnel des services domestiques, le personnel occupé dans les entreprises de type familial de l'agriculture, de la viticulture et de l'horticulture et celui occupé dans des établissements ayant pour objet le traitement ou l'hospitalisation des malades et des infirmes, les maisons de retraite, orphelinats, etc. (L. 211-2).

Pour plus de détails concernant l'implication des partenaires sociaux et la négociation collective en matière de durée de travail, voir :
- Le droit du travail collectif, Tome 1 : Relations professionnelles, p. 257 et suivantes

049. Rôle de la délégation du personnel. La délégation du personnel, disposant d'une compétence consultative générale en matière de conditions de travail, est en particulier appelée à rendre son avis sur les questions relatives au temps de travail (L. 414-3 (1) pt. 10). La délégation est encore appelée à intervenir pour un certain nombre d'aspects particuliers (travail du dimanche, plan d'organisation du travail, etc.). De manière générale, des changements de la durée ou de l'horaire de travail peuvent avoir un impact sur la sécurité et la santé des salariés, ce qui requiert également une implication de la délégation dans son ensemble et du délégué à la sécurité en particulier. Une compétence de codécision pourrait être donnée dans les grandes entreprises, si on considère que l'horaire de travail fait partie du règlement intérieur. Certaines conventions collectives prévoient par ailleurs explicitement un tel pouvoir de codécision.

Pour plus de détails concernant l'implication de la délégation du personnel en matière de durée de travail, voir :
- Le nouveau statut de la délégation du personnel, n° 134 et suivants, n° 241

050. Salariés visés. Les règles européennes ont un champ d'application très large et n'excluent en principe que les gens de mer. Les règles luxembourgeoises figurant dans le Code du travail visent tant le secteur privé que public (L. 211-1), mais uniquement pour ceux qui travaillent sous statut privé. Les fonctionnaires disposent de leur propre statut, encadrant la durée de travail ; il en est de même dans le secteur maritime, qui se base également sur 8 heures par jour et 40 heures par semaine, mais comporte des dispositions adaptées à la nature du travail⁷⁴. Il faut rappeler en outre que l'essentiel de la législation sur le droit du travail est fondé sur une directive européenne se référant

⁷³ ETIENNE-ROBERT Fanny, Flexibilité du temps de travail et dérogations compensatoires à la durée de travail : aspects légaux et conventionnels, Les cahiers du CEPS/Instead, juillet 2012.

⁷⁴ Art. 92 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

aux « travailleurs ». Bien que la directive ne contienne pas de définition propre, la CJUE souligne qu'elle revêt une portée autonome propre au droit de l'Union⁷⁵.

051. Salariés exclus de l'article L.211-2. Certaines catégories de salariés sont exclues des règles du Code du travail sur la durée de travail. L'article L. 211-2 énumère notamment le personnel des services domestiques chez des particuliers, les entreprises de type familial de l'agriculture, de la viticulture et de l'horticulture, les hôpitaux et dispensaires et les salariés mobiles. Pour ces salariés, il est prévu que des lois spéciales, des conventions collectives ou des règlements prendront la relève. Ces dernières exceptions ont été introduites en 1970⁷⁶ et les travaux parlementaires sont muets à leur sujet. Traditionnellement, les travailleurs à domicile et dans l'agriculture ont été considérés comme catégories à part, historiquement exclus de certaines dispositions protectrices (accès au Tribunal du travail ; droit au SSM), exclusion dont il subsiste à ce jour des résidus. Il avait été estimé que les partenaires sociaux allaient remplir le vide⁷⁷ et qu'en cas de besoin, le gouvernement interviendrait par la voie réglementaire⁷⁸, mais de tels accords ou règlements n'ont jamais vu le jour pour l'agriculture et les services domestiques. La jurisprudence luxembourgeoise a longtemps confirmé que ces salariés sont exclus de la législation sur le temps de travail⁷⁹, mais ces décisions concernent essentiellement les heures supplémentaires (et non p.ex. la question de savoir si une femme de ménage peut travailler 14 heures par jour), et la question du droit européen n'a pas encore été soulevée devant le juge. Une décision récente a estimé que les salariés

⁷⁵ Voir à ce propos Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, 2017, titre III.A.1.

⁷⁶ Loi du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée du travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie.

⁷⁷ Projet de loi n° 1450, Commentaire des articles, p. 591 : « Pour ces catégories de salariés, le Gouvernement entend laisser aux organisations professionnelles et syndicales toute liberté pour déterminer le régime sur base de conventions collectives ».

⁷⁸ Projet de loi n° 1450, Rapport de la Commission des affaires sociales, p. 647 et 648 : « D'après les auteurs du projet de loi, l'intervention du pouvoir réglementaire n'a qu'un caractère strictement subsidiaire alors qu'il n'est appelé qu'à suppléer à la carence éventuelle des organisations syndicales et professionnelles en la matière. Si la Commission [parlementaire] est d'accord avec le principe de la réglementation par voie de convention collective ou par voie réglementaire de la durée du travail des catégories d'ouvriers ci-avant énoncées, elle demande cependant avec insistance au Gouvernement d'intervenir pour que les dispositions de l'article 2 ne restent pas lettre morte. Dans cet ordre d'idées elle prend acte des déclarations faites par Monsieur le Ministre du Travail et de la Sécurité Sociale aux termes desquelles des règlements d'administration publique seront élaborés, dès le vote du projet, pour le personnel des services domestiques et le personnel occupé dans les entreprises de type familial de l'agriculture, de la viticulture et de l'horticulture. »

⁷⁹ CSJ, 8e, 25 juin 2009, 33550, Répertoire VII.1.4. et VII.3.5.3. ; TT Lux., 16 janvier 2012, 204/2012, Répertoire VII.1.4. : « Or, et à défaut d'une convention collective de travail ou d'un règlement grand-ducal ayant réglé la durée de travail dans les entreprises de type familial, le personnel occupé dans les entreprises de type familial de l'agriculture est exclu du champ d'application des dispositions réglementant la durée du travail. L'ouvrier agricole n'étant dès lors pas protégé ni par voie de convention collective, ni par voie réglementaire du point de vue de la durée de travail, n'est donc pas autorisé à réclamer des majorations de rémunération pour les heures supplémentaires prestées. (cf. C.S.J., 8e, 25 juin 2009, rôle no 33550). » ; TT Lux., 15 juillet 2014, n° 3137/14, Répertoire VII.1.4. : « Par ailleurs, la durée normale du travail de l'ouvrier agricole n'est pas limitée à 8 heures par jour, à 40 heures par semaine ou encore à 173 heures par mois. » ; CSJ, 13 janvier 2005, 28899, Répertoire VII.1.4.

de l'article L. 211-3 sont bel et bien exclus de la législation sur la durée de travail (voir ci-après), tandis que ceux de l'article L. 211-2 sont, puisqu'aucun texte spécifique n'a été pris les concernant, actuellement soumis au régime de droit commun de la durée de travail⁸⁰.

052. Salariés exclus de l'article L. 211-3. L'article L.211-3 exclut totalement de la réglementation sur la durée de travail certaines catégories de salariés : **(a)** Tel est notamment le cas des personnes occupant un poste de direction effective ainsi que de certains **cadres supérieurs**, plus précisément les « cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance » (L. 211-3 pt. 6). La notion de « cadre supérieur » est définie dans d'autres dispositions du Code (→ I.155) ; en pratique, elle devrait largement se recouper avec celle de « poste de direction effective ». La directive européenne parle des « cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ». Ces personnes sont « entièrement exclus et n'ont pas droit au repos compensateur ». Il faut en outre que pour ces personnes « en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, la durée de travail n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée » « dans son intégralité »⁸¹ « par les travailleurs eux-mêmes »⁸², ce qui implique une absence d'obligation d'être présent au lieu de travail à des heures fixes⁸³. Certains arrêts luxembourgeois ont cependant pu retenir qu'un cadre est néanmoins censé prester environ 40 heures par semaine⁸⁴ ; l'absence d'horaire strict n'implique pas qu'une présence insuffisante au travail ne pourrait être sanctionnée. **(b)** Les « entreprises familiales dans lesquelles sont seuls occupés les ascendants, les descendants, frères et sœurs ou alliés au même degré de l'employeur » (le droit européen vise la « main-d'œuvre familiale ») ne sont soumises à aucune réglementation de la durée de travail. Cette dérogation familiale a une longue tradition. La réglementation de 1913⁸⁵ excluait

⁸⁰ CSJ, 8e, 9 novembre 2017, 41734, Répertoire VII.1.4. : Le législateur, contrairement à ce qu'il a fait pour les activités énumérées à l'article L.211-3 précité, n'a pas formellement exclu les activités énumérées à l'article L.211-2 du domaine d'application du Titre 1 relatif à la durée du travail. Conscient des spécificités des activités concernées, il a laissé aux acteurs concernés une certaine liberté pour réglementer leurs activités, éventuellement dans un sens moins favorable pour les salariés, mais par des accords négociés respectant les intérêts tant de l'employeur que du salarié et en s'appuyant sur les règles communautaires.

⁸¹ CJUE, 7 septembre 2006, Commission c/ Royaume-Uni, C-484/04 ECLI:EU:C:2006:526 : « S'agissant de la portée de la dérogation figurant à l'article 17, paragraphe 1, de la directive 93/104, il ressort du libellé même de cette disposition, ainsi que la Commission l'a fait valoir à bon droit, qu'elle ne s'applique qu'aux travailleurs dont le temps de travail dans son intégralité n'est pas mesuré ou prédéterminé ou peut être déterminé par les travailleurs eux-mêmes en raison de la nature de l'activité exercée » ; dans le même sens CJUE, 14 octobre 2010, Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612.

⁸² Exigence de l'article 17 de 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.

⁸³ Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, 2017, titre IX.A.1. : « À la lumière de ces éléments, la Commission considère que la dérogation pourrait s'appliquer à certains gestionnaires de haut niveau dont le temps de travail, dans son intégralité, n'est pas mesuré ou prédéterminé, étant donné qu'ils ne sont pas tenus d'être présents sur leur lieu de travail selon des horaires fixes et qu'ils peuvent décider de leur horaire de travail de façon autonome ».

⁸⁴ CSJ, 3e, 12 janvier 2017, 42539, Répertoire VII.3.4.1. ; CSJ, 3e, 12 janvier 2007, 42438, Répertoire VII.3.4.1.

⁸⁵ Loi du 21 août 1913 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers.

les « membres de la famille du chef d'entreprise ». La Convention OIT n° 1 excluait les établissements « dans lesquels sont seuls employés les membres d'une même famille »⁸⁶. **(c)** Sont encore exclues les entreprises familiales⁸⁷ et de transport fluvial et entreprises foraines. **(d)** Ce même article exclut encore les salariés à domicile (notion couvrant en partie celle de télétravailleur ; voir à leur propos → I.156) et les voyageurs et représentants de commerce.

Il faut s'interroger sur la conformité de certaines de ces dérogations avec le droit européen. En effet, il est difficile d'affirmer que ces personnes aient toute l'autonomie requise pour justifier la dérogation prévue par la Directive⁸⁸, et celle-ci exige en outre le respect de principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, que le législateur luxembourgeois n'a pas précisés.

053. Régimes spéciaux. Sont soumis à un régime spécial en raison de la nature de leur fonction: **(a)** les salariés pour lesquels la convention collective a pu déroger en tout ou en partie au régime légal (voir ci-avant) ; **(b)** les salariés mobiles (personnel roulant ou naviguant) (L. 211-32) et ceux exécutant des activités mobiles de transport routier (L. 214-1s.) ; **(c)** le personnel occupé dans l'hôtellerie et la restauration (L. 212-1s.) ; **(d)** les conducteurs d'engins sur rail et accompagnateurs de train (L. 215-1s.)

Des règles spécifiques, généralement plus restrictives, s'appliquent encore pour protéger certaines catégories de salariés vulnérables. De telles règles existent pour **(a)** les jeunes et adolescents ; **(b)** les femmes durant leur grossesse ; **(c)** les salariés handicapés orientés vers un atelier protégé (L. 563-4 (1) C.T.).

§ 2. - Finalité de la réduction de la durée de travail

054. Vue d'ensemble. Face à un vide réglementaire complet, la législation limitant la durée du travail s'est progressivement mise en place, d'abord au profit de catégories particulières, notamment les enfants, puis pour de larges catégories d'ouvriers, en particulier dans l'industrie. Comme nous venons de le voir, à ce jour, certaines catégories socioprofessionnelles ne sont soumises à aucune réglementation nationale. Au début des années 1970, introduisant la semaine de 40 heures, le législateur s'exclame que « la tendance à la réduction de la durée de travail est un des faits les plus marquants de l'évolution sociale au vingtième siècle »⁸⁹. Mais c'était sans savoir qu'il s'agira de la dernière réduction substantielle et que la tendance s'inversera même, nombre de réformes postérieures étant favorables au patronat en assouplissant la loi dans un souci de flexibilité. Dans les faits, le nombre d'heures de travail effectives par salarié est en hausse au Grand-Duché.

055. Raisons historiques de la réduction. Dans ses réflexions menées en 1912, les arguments pour et contre exposés à l'égard d'une intervention légale pour limiter la durée de travail laissent perplexe aujourd'hui. Dans son rapport, RENÉ BLUM est d'avis que la cherté extraordinaire des vivres entraînant une alimentation insuffisante et incompatible avec le système des longues journées représente un argument principal en

⁸⁶ Art. 2 de la Convention OIT n° 1 sur la durée du travail (industrie), 1919.

⁸⁷ La directive européenne vise la « main-d'œuvre familiale ».

⁸⁸ Art. 17 de 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.

⁸⁹ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 556.

facteur d'une telle intervention⁹⁰. A l'époque, la nourriture laissait à désirer, nombre de denrées vendues dans le petit commerce étant frelatées⁹¹. RENÉ BLUM expose également les arguments des anti-interventionnistes, qui estiment que « le niveau général de la classe ouvrière n'est pas actuellement suffisamment préparé à un bon et salubre emploi des loisirs prolongés ». Il réplique cependant à cet argument que « l'ouvrier luxembourgeois est dans un état de maturité plutôt favorable à une limitation raisonnée de la durée du travail ». D'autres encore ont considéré qu'une réduction de la durée de travail permet à l'ouvrier de consacrer quelques heures par jour à sa famille⁹², qui est censée être « le point d'ancrage de la régénération morale de l'ouvrier »⁹³. L'idée était donc de contrôler cette nouvelle masse ouvrière ; un ouvrier qui rentre fatigué le soir n'est pas une menace pour la sécurité. L'argument militaire, à savoir que l'usure de l'ouvrier dans l'industrie affaiblit la force militaire enrôlable, ne semble pas avoir joué de rôle au Grand-Duché. En 1970, le législateur note qu'il est admis que dans une très large mesure, la fatigue industrielle à laquelle s'ajoute la fatigue des transports se trouve à l'origine de l'accroissement des pertes de temps dues à la maladie et aux accidents de travail⁹⁴.

Pour d'autres détails concernant l'histoire de cette législation, voir :
- Aux origines du droit du travail, n° 265 et suivants

056. Finalités actuelles. Actuellement, le motif principal pour limiter la durée de travail est de garantir la sécurité du salarié et des tiers, la fatigue et l'épuisement diminuant la vigilance et augmentant ainsi le risque d'accidents. De même, l'absence de temps de repos fatigue le corps et conduit à une usure prématurée. Le repos est avant tout un temps de récupération de la force de travail. C'est la sécurité qui donne également le fondement juridique ayant permis aux instances européennes de réglementer cette matière. L'harmonisation de la durée de travail en Europe permet également d'éviter des distorsions de concurrence au sein du marché unique.

De plus en plus, la réglementation et réduction de la durée de travail est cependant également vue comme un moyen pour assurer le bien-être des salariés pour favoriser un équilibre entre vie professionnelle et vie privée (culturelle, personnelle et familiale). Il est intéressant de constater que dans le Code de travail de 2016, la durée de travail a été intégrée au livre sur les « conditions de travail » et non dans celui sur la sécurité et la santé des salariés.

057. Outil de la politique de l'emploi. La réduction de la durée de travail peut aussi être un outil de la politique d'emploi, pour répartir le travail disponible parmi toute la population active. L'approche du législateur varie selon qu'il y a pénurie de main-d'œuvre ou une situation de chômage et de sous-emploi, cette dernière situation marquant notre économie depuis une quarantaine d'années.

⁹⁰ BLUM René, La durée légale du travail au Grand-Duché de Luxembourg, Etude d'histoire législative et économique, ONS HEMECHT, 1912, p. 20.

⁹¹ BRASSEUR Alexis, Le travail des ouvriers, femmes et enfants dans le Grand-Duché de Luxembourg, p. 2.

⁹² ou d'autres activités ; « Das stetige Aufblühen der Kleintierzucht in unserem Lande fällt zeitlich zusammen mit der gesetzlichen Einführung des Achtsturentages im Jahre 1919 » (Die soziale und volkswirtschaftliche bedeutung der Kleintierzucht, in : Ausstellung für Genossenschaften, Arbeiterbildung und soziale Fürsorge, Düdelingen, 9. – 17. August 1930).

⁹³ SCUTO Denis, La naissance de la protection sociale au Luxembourg, p. 52.

⁹⁴ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 564.

La Charte sociale européenne énonce d'ailleurs que les Etats signataires s'engagent « à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent »⁹⁵. Il ne faut cependant pas oublier le revers de la médaille, à savoir que le patronat répond à chaque réduction de la durée de travail par une « chasse aux temps morts », conduisant à une intensification du travail. L'employeur cherche à faire évacuer un même travail en moins d'heures moyennant accélération du rythme ou réorganisation.

Déjà en 1935, la Chambre du Travail avait exprimé des doutes : « die Verkürzung der Arbeitszeit würde eben ihren Zweck : Mehreinstellung von Arbeitskräften, verfehlen, wenn allgemein bei gleicher Arbeiterzahl höhere Produktionsmengen erzielt würden »⁹⁶. Lors de la généralisation de la semaine de 40 heures dans les années 1970, en situation de plein emploi, voire de pénurie de main-d'œuvre, le gouvernement, tout comme le C.E.S. se disaient persuadés « que les perspectives de la limitation des temps de travail constituent un facteur d'incitation des entreprises retardataires pour développer et orienter leurs investissements, pour améliorer leurs méthodes d'organisation industrielle ou pour hâter leur conversion ou leur adaptation. Envisagé dans le cadre d'une politique active de l'emploi la réduction de la durée de travail doit constituer un élément dynamique de modernisation des entreprises »⁹⁷. Or, l'intensification progressive du travail est souvent identifiée comme étant un facteur clé de l'augmentation des phénomènes de stress et d'autres souffrances psychologiques au travail, et donc contraire à l'objectif premier poursuivi par la réduction de la durée de travail, à savoir de ménager la santé du salarié. Il est donc permis de s'interroger si une réduction supplémentaire de la durée de travail est dans l'intérêt des salariés.

Aujourd'hui, beaucoup d'instruments cherchent à limiter le volume de travail en vue d'une meilleure répartition parmi la population voulant travailler, que ce soit par une sortie prématurée du marché du travail (préretraites), soit par une limitation de la durée de travail. Il en est de même pour la limitation des heures supplémentaires, qui ne sont en principe admissibles que si elles sont « sans incidence directe sur le marché du travail » (L. 211-23 al. 3 ; → II.105). Une nouvelle réduction généralisée de la durée du temps de travail ne semble pas être d'actualité au Luxembourg. Par contre, les multiples instruments destinés à allier vie privée et professionnelle (temps partiel, congés spéciaux) ont aussi pour effet de libérer des postes sur le marché de l'emploi. L'approche est donc plutôt celle d'une individualisation de la durée de travail. Une proposition de directive européenne concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée projette de fournir un cadre ; un des principaux objectifs est de réduire l'écart du taux d'emploi entre hommes et femmes, face au constat que pour élever les enfants ou soigner des proches, les femmes tendent à prendre une plus grande part de responsabilité⁹⁸.

058. Vers une nouvelle réduction du temps de travail ? Face à l'évolution historique caractérisée par une réduction progressive de la durée de travail, la question d'une réduction supplémentaire de la durée de travail hebdomadaire se pose. Depuis des

⁹⁵ Art. 2 (1) de la Charte sociale européenne (1961).

⁹⁶ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Teil 4.

⁹⁷ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 566.

⁹⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants, COM (2017) 253 final.

décennies, aucune modification de la durée de travail mensuelle n'a été introduite ; le juste équilibre serait-il atteint ? Selon l'enquête « Quality of Work », plus de 70 % des salariés sont satisfaits de leur durée de travail contractuelle ; environ 10 % souhaiteraient travailler moins d'heures rémunérées⁹⁹. Des revendications relatives à une réduction de la durée de travail avaient passagèrement resurgies sur le plan politique en 2016. Le but serait tant de libérer du temps de travail pour les loisirs, que de faire bénéficier les salariés du gain en productivité et de répartir l'emploi disponible pour lutter contre le chômage. Sur la période récente, le Luxembourg ne s'est cependant pas encore engagé dans cette voie par une intervention législative. Toutefois, diverses dispositions du Code envisagent la réduction de la durée de travail dans une optique de répartition de l'emploi: **(a)** L'article L. 211-34 envisage la réduction de la durée de travail par l'octroi de journées de repos compensatoires ; dans cette optique par exemple, les « jours de repos » accordés par la CCT-Banques peuvent être considérés comme une mesure de réduction du temps de travail, tout comme d'ailleurs tout octroi de jours de congé complémentaires. **(b)** L'article L. 162-12 (4) pt. 1 fait de la réduction du temps de travail un sujet obligatoire lors des négociations collectives ; le sujet doit donc être abordé et même si aucun accord n'est trouvé sur ce point, les partenaires sociaux n'en sont pas moins censés consigner le résultat des pourparlers – disposition peu respectée en pratique. **(c)** Lorsque les licenciements se multiplient et qu'un plan de maintien dans l'emploi est négocié, la réduction du temps de travail devra obligatoirement être abordée (et le résultat consigné), à titre de mesure de maintien dans l'emploi (L. 513-3 (1)). **(d)** En cas de licenciement collectif, les négociations sur le plan social doivent également porter sur une « réduction temporaire de la durée de travail », en vue d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre (L. 166-2 (2)). **(e)** L'article L. 526-1 prévoit la possibilité pour l'employeur de bénéficier de primes si par convention collective, la durée de travail est réduite en vue de rendre possible l'embauche de chômeurs et que de tels chômeurs sont embauchés.

Il faut enfin mentionner le travail à temps partiel (→ II.077), qui est également une forme de réduction du temps de travail, qui présente la spécificité d'être individualisée. Cette forme de travail est en augmentation et concerne avant tout les femmes. Son côté positif consiste dans la plus grande liberté dont dispose le salarié pour organiser sa vie en dehors du domaine professionnel ; le revers de la médaille réside dans le temps partiel non choisi, affectant ceux qui aimeraient travailler plus mais n'ont pas trouvé de poste, et qui rejoignent ainsi la catégorie des personnes en sous-emploi.

§ 3. - Notion de durée de travail

059. Volume de travail = durée de travail ? Avant de pouvoir encadrer la durée de travail, il faut d'abord la définir. Dans l'économie actuelle, la simple durée de travail, calculée en jours et en heures, n'est pas toujours le meilleur critère de référence pour déterminer le salaire. Pour les tâches manuelles qui caractérisent le travail artisanal et ouvrier, la durée de travail est une mesure adaptée pour mesurer le volume de travail presté par le salarié. Pour les prestations intellectuelles, la corrélation est par contre moins évidente et les limites entre travail et loisir sont moins étanches. Du repas d'affaires à l'effort de réflexion durant le trajet de retour au domicile, le cerveau ne s'éteint pas comme on peut éloigner un ouvrier de sa machine ou de son chantier. Les nouvelles technologies et l'évolution des modes de production et de travail posent des défis à la notion de durée de travail et à sa limitation. « La numérisation entraîne une

⁹⁹ Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 67.

augmentation de la fragmentation du travail, à la fois en ce qui concerne la localisation et le temps »¹⁰⁰. Tant qu'un salarié est simplement joignable, il n'est pas au travail, mais tout au plus en stand-by (voir ci-après). Par contre, si l'employeur souhaite (donc exige) qu'il consulte son courrier électronique durant le weekend ou qu'il réponde à un appel téléphonique portant sur le travail, le salarié est au travail. A appliquer strictement la législation, ce salarié aura donc travaillé le dimanche et ne pourra pas reprendre le travail le lundi matin, faute d'avoir respecté un repos ininterrompu d'une durée suffisante. Pour cette raison, certaines voix exigent un véritable « droit à la déconnexion du salarié ». Si des plages de non-joignabilité sont certainement bénéfiques pour la santé et le repos du travailleur, il paraît cependant également difficile de les limiter à 8 heures par jour, 40 heures par semaine, et de considérer que tout appel et tout message géré par le salarié en dehors de ces limites constitue une heure supplémentaire devant être autorisée par la délégation ou l'ITM, et une période de travail interrompant le repos journalier et hebdomadaire. D'autres voix dénoncent une législation qui n'est adaptée qu'au monde industriel et plaident en faveur d'un abandon de la limitation de l'effort salarial calcul en unités de temps.

Pour l'instant, la législation ne tient pas compte de ces considérations, sauf pour les cadres supérieurs, dont l'encadrement horaire est moins rigide. La réglementation actuelle pose des limites claires au volume de travail qu'un salarié est en droit de fournir, et ces limites sont exprimées en heures et en jours. Cette approche reste pertinente pour un grand nombre des postes de travail ; il est difficile de voir quel autre critère utiliser, les risques d'abus étant par ailleurs élevés si on voulait revenir sur cette limitation de la durée de travail durement conquise par les salariés au fil des décennies.

060. Présence et travail effectif¹⁰¹. Longtemps, seul le « travail effectif » était visé par les textes légaux, ce qui permettait d'en exclure les activités préparatoires. Actuellement, l'article L. 211-4 al. 1^{er} précise qu'« on entend par durée de travail le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son ou de ses employeurs, s'il en a plusieurs; sont exclues les périodes de repos pendant lesquelles le salarié n'est pas à la disposition de son ou de ses employeurs. ». Le droit européen, tout en se référant aux législations nationales, le définit comme étant « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions »¹⁰². Ni l'intensité du travail, ni la discontinuité du travail ne sont des critères pertinents, tant que le salarié est à disposition du patron.

Le problème se pose aussi au niveau des pauses au travail. En principe, la journée de travail ne peut être entrecoupée que d'une seule période de temps de repos non rémunérée (L. 211-16 (2)). D'autres pauses nécessaires pour des raisons de sécurité, en raison de l'organisation de travail ou pour d'autres motifs, sont dès lors à rémunérer. Même si on pouvait argumenter que ceci ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit de durée de travail, la pratique tend largement à le computer ainsi.

Le texte légal prévoit que des conventions collectives ou des règlements grand-ducaux peuvent déterminer la notion de durée de travail, donc le « temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son ou de ses employeurs » pour les « salariés occupés à

¹⁰⁰ Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, titre I.A.

¹⁰¹ Communication interprétative, op. cit., titre IV.A.1.

¹⁰² Art. 2 pt. 1 de 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.

des travaux essentiellement intermittents »¹⁰³. En pratique, de tels règlements grand-ducaux n'existent pas et les conventions collectives n'exploitent pas cette faculté. Le législateur visait à l'époque des professions concernées par de fortes coupures de service, notamment dans la restauration ou dans le secteur artistique¹⁰⁴. L'intermittence est donc à regarder au cours d'une seule journée¹⁰⁵ et vise plutôt les « activités caractérisées par des périodes de travail fractionnées dans la journée »¹⁰⁶. Mais de toute manière, puisque la journée de travail ne peut être entrecoupée que d'une seule pause non-rémunérée (L. 211-16 (2) al. 2) et que par ailleurs, une période de repos de 11 heures est à respecter, la durée maximale de la pause est de $24-8-11 = 5$ heures.

061. Astreintes, gardes et permanences¹⁰⁷. Le droit du travail tant européen que luxembourgeois distingue entre temps de travail et temps de repos et ne prévoit pas de catégorie intermédiaire entre les périodes de travail et celles de repos.

¹⁰³ Il avait été initialement envisagé de préciser qu'en aucun cas, plus de 10 heures ne pouvaient séparer l'heure de début et l'heure de fin du travail, mais il a été jugé préférable d'abandonner la question aux partenaires sociaux, le gouvernement intervenant en cas de besoin. Projet de loi n° 1515, Avis de la Chambre des employés privés, p. 1632 : « Par rapport au travail intermittent, la Chambre des Employés Privés tient à faire encore les deux remarques suivantes à intégrer dans le texte du projet de loi : l'intervalle entre le début et la fin de la journée de travail ne pourra dépasser 10 heures ; si la journée de travail est divisée en deux parties sensiblement égales, séparées par une pause d'une heure au moins, ce repos n'est pas à prendre en considération pour le calcul de la durée du travail. La première remarque a pour but de prévenir aux abus pouvant résulter de ce que l'employé est obligé, à la suite d'interruptions nombreuses de son travail, de consacrer par exemple 12 heures et plus à l'accomplissement de sa tâche journalière ne comportant 8 heures seulement. Une telle répartition du travail, même limitée à 40 heures, neutralise les effets de la réduction de la durée de travail, étant donné que l'intéressé ne peut disposer d'une façon continue de ses heures de loisir (...) ». Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 568 : « Le Gouvernement se réserve de déterminer pour ces catégories d'ouvriers le temps pendant lequel l'ouvrier se trouve à la disposition de l'employeur au sens de l'alinéa 1 er et celui pendant lequel il ne s'y trouve pas ».

¹⁰⁴ Projet de loi n° 1515, Avis du Conseil d'Etat du 9 juillet 1971, p. 1650 : « Par ailleurs, le nombre des employés occupés à ce genre de travail semble être des plus réduit et les diverses particularités exigent des solutions individuelles. Puisque la discussion porte sur un problème mineur, on peut éclairer les idées par trois exemples. Le cas du préposé au courrier d'une grande entreprise qui doit être le premier sur place pour le distribuer, et le dernier pour en assurer l'expédition, trouve une compensation sans problème dans une pause prolongée du midi. Le cas de la caissière de restaurant ne se laisse pas enfermer dans dix heures, quitte à jouir de 5 à 6 heures libres d'intervalle, elle doit être avant midi à un poste qui la retiendra généralement jusqu'à 23 heures. Un orchestre pourrait rapprocher aisément les répétitions de ses performances. Mais les membres préfèrent peut-être pour celles-là une heure matinale, pour disposer de toute leur journée ».

¹⁰⁵ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 568 : « Pour certaines catégories d'ouvriers, tels que par exemple ceux de la construction ou ceux occupés à des travaux soumis à l'influence des saisons le travail revêt en effet un caractère intermittent, en ce sens qu'il se trouve coupé de périodes creuses pendant lesquelles l'ouvrier est présent dans l'établissement, mais se trouve en réalité momentanément inoccupé ».

¹⁰⁶ Pour lesquelles le droit européen autorise certaines dérogations ; Art. 17 (4) b) de 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.

¹⁰⁷ Voir à ce propos la Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, 2017, titre IV.A.2.a.

Les juges européens ont tracé la limite entre temps d'astreinte et temps de travail (et de garde) dans un arrêt notoire rendu en 2003 à propos d'un médecin : « qu'il convient de considérer un service de garde (*Bereitschaftsdienst*) qu'un médecin effectue selon le régime de la présence physique dans l'hôpital comme constituant dans son intégralité du temps de travail au sens de cette directive, alors même que l'intéressé est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités »¹⁰⁸.

Au Luxembourg, la Cour d'appel a eu à connaître en 2006 et en 2012 de pilotes qui devaient se tenir disponibles ; puisqu'ils pouvaient vaquer à des activités privées, ces heures n'ont pas été considérées comme du temps de travail effectif. La Cour a rappelé que la notion de temps de travail effectif se définit à l'aide de deux critères, à savoir la mise à disposition du salarié et l'atteinte à sa liberté de choisir ses activités¹⁰⁹ : « Le fait qu'aux termes de son contrat de travail il devait habiter dans un périmètre de 60 km de son lieu de travail et ne pouvait dès lors pas non plus s'éloigner davantage durant les heures de « stand-by » le but de cette clause étant qu'il puisse rapidement rejoindre son lieu de travail en cas d'appel d'urgence et la considération qu'il devait veiller à ne pas trop se fatiguer ou encore pas boire de l'alcool durant le « stand-by », si cela constitue certes une contrainte, n'est cependant pas de nature à conférer à ces heures le caractère d'un véritable travail effectif ».

Un récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union apporte toutefois une nuance¹¹⁰. Il s'agissait d'un pompier qui pouvait rester à son domicile, mais avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de 8 minutes. Les juges ont estimé qu'une telle obligation « restreint très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités », de sorte que le temps passé au domicile n'était pas une astreinte, mais du véritable temps de travail. Reste à savoir quelle est la limite à fixer en matière de liberté ; par exemple, au Luxembourg, la Convention collective du secteur social prévoit une obligation d'être joignable et de se présenter au poste 30 minutes après l'appel téléphonique : astreinte ou temps de travail ?

Est-ce que la durée de l'astreinte compte dès lors comme temps de repos (à prendre en compte pour les repos minima journaliers et hebdomadaires) ? Si la question a pu être débattue par le passé, il est cependant aujourd'hui largement admis que le temps d'astreinte équivaut à du repos tant que le salarié n'aura pas été appelé à fournir un travail effectif. En effet, la directive européenne se base sur une distinction bipolaire entre « repos » et « travail », sans catégorie intermédiaire : « on entend par 'période de repos' : toute période qui n'est pas du temps de travail »¹¹¹.

En l'absence de convention collective ou de clause individuelle explicite, les heures d'astreinte ne sont pas rémunérées¹¹². Dans les domaines dans lesquels de nombreuses astreintes sont imposées aux salariés, les conventions collectives organisent cependant en général un régime précis et prévoient une indemnité ou compensation.

062. Temps de trajet. La question se pose si le temps de trajet pour se rendre sur le lieu de travail compte comme temps de travail ou non. Le sujet est certes d'importance,

¹⁰⁸ CJCE, 9 septembre 2003, C-151/02, Jaeger, ECLI:EU:C:2003:437.

¹⁰⁹ CSJ, 8e, 19 janvier 2012, 35093, Répertoire VII.1.3.

¹¹⁰ CJUE, 21 février 2018, Ville de Nivelles c/ Rudy Matzak, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82.

¹¹¹ Art. 2 pt. 2 de 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.

¹¹² CSJ, 3e, 4 mai 2006, 26440, Répertoire VII.1.3.

en raison de la durée et des imprévus du trajet professionnel, les salariés préférant la voiture¹¹³. Néanmoins, l'arrivée sur le lieu de travail relève de la responsabilité du salarié. La présence à l'heure convenue au lieu de travail constitue quasiment une obligation de résultat pour le salarié, tout retard le constituant en faute. Les difficultés de trafic sont difficiles à qualifier d'inévitables, et encore moins d'imprévisibles, de sorte que l'argument de la force majeure ne peut valoir que dans des circonstances exceptionnelles. Le salarié ne commence en principe à travailler qu'une fois qu'il arrive sur son lieu de travail.

Si le droit du travail se désintéresse ainsi largement de la manière dont le salarié parvient à son lieu de travail, il en est autrement du droit de la sécurité sociale, en particulier de l'assurance accident. Ainsi, l'accident survenant lors du trajet professionnel est reconnu et indemnisé au même titre que les accidents de travail, et ce de longue date.

Le trajet professionnel ne compte en principe pas pour la durée de travail. Ainsi par exemple, le temps de transport des ouvriers vers les chantiers n'est en principe pas inclus dans leur temps de travail¹¹⁴. Tel est le cas s'ils sont libres de s'y rendre par des moyens propres, sans être obligés de passer par le siège de l'entreprise ou un autre endroit pour se livrer à des travaux préparatoires ou pour amener du matériel. Si les salariés doivent se rendre directement sur chantier, ce temps de trajet ne constitue en principe pas du temps de travail, même si la convention collective oblige l'employeur à organiser ce le transport des travailleurs de certains points de rassemblement vers des chantiers¹¹⁵.

Dans des cas particuliers, le temps de trajet vers le lieu de travail compte cependant comme temps de travail : **(a)** Faisant suite à une revendication ancienne des syndicats¹¹⁶, la loi a précisé pour les salariés occupés dans les mines et carrières que le temps nécessaire pour monter et descendre est inclus dans la durée de travail (L. 211-4 al. 3). **(b)** Si le travail commence au siège (passage obligatoire), le trajet entre le siège et le lieu de travail est à inclure dans l'horaire de travail, les salariés ayant été à disposition de l'employeur¹¹⁷. **(c)** Même si le salarié ne doit pas passer au siège, mais doit se rendre directement de son domicile auprès du client, il peut s'agir de temps de travail (même si son lieu de travail est stipulé variable) au regard de la jurisprudence de la CJUE, notamment si les déplacements vers le client ou le lieu de travail sont longs. En l'espèce, il s'agissait d'activités de maintenance pour alarmes, le déplacement des techniciens excédait parfois 100 kilomètres ; l'employeur considérait que le trajet vers le premier client et le retour du dernier client n'étaient pas à rémunérer comme temps de travail¹¹⁸.

¹¹³ Près de 85 % des travailleurs frontaliers et 72 % des résidents utilisent la voiture pour se rendre à leur travail ; La mobilité résidentielle des personnes travaillant au Luxembourg (1995-2005), Bulletin du STATEC n° 2-2008.

¹¹⁴ CSJ, 8e, 17 janvier 2008, 32422, Répertoire VII.1.2.

¹¹⁵ CSJ, 8e, 17 janvier 2008, 32422, op. cit.

¹¹⁶ Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 163.

¹¹⁷ CSJ, 8e, 23 mars 2015, 40684, Répertoire VII.1.2.

¹¹⁸ CJUE, 10 septembre 2015, C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.) / Tyco Integrated Security SL et Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA., ECLI:EU:C:2015:578.

[La directive¹¹⁹] concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprétée en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, dans lesquelles les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, constitue du « temps de travail », au sens de cette disposition, le temps de déplacement que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier clients désignés par leur employeur.

063. Durée de travail et heures indemnisées. Il n'est pas tout à fait clair dans quelle mesure les heures d'absence autorisée et payées (congé, maladie, etc.) par l'employeur sont à considérer comme étant également de la durée de travail. En pratique, beaucoup d'entreprises le comptent ainsi, mais cela ne découle pas nécessairement du texte de loi. Il faut à notre avis tenir compte au cas par cas de la finalité recherchée par le texte.

Pour les pauses d'allaitement, le texte énonce clairement qu'elles ne sont pas seulement indemnisées, mais comptent également comme temps de travail (L. 336-3). Il en est de même pour les examens médicaux (L. 326-10). Les heures passées pendant les heures normales de travail à des actions de formation devraient aussi compter comme temps de travail (L. 542-10 (3) a contrario). Les jours fériés (L. 232-4) et les jours de congé (L. 233-1) comptent pour la computation de la durée de travail hebdomadaire.

Par contre, qu'en est-il si la sécurité au travail exige le respect de plusieurs pauses dont une seule peut être non rémunérée (L. 211-16 (1)) ? A notre avis, ces pauses complémentaires, même si elles doivent être rémunérées, n'en sont pas pour autant du temps de travail, même si la pratique est généralisée en ce sens. Mais il serait probablement admissible de faire travailler un salarié 4 heures, puis après une pause non rémunérée, encore 2 heures, suivies de 30 minutes de pause rémunérée et de 2 heures de travail. Il serait donc payé durant 8h30 mais sa durée de travail n'aurait été que de 8 heures.

Pour les heures de délégation, donc le temps passé par les délégués du personnel à des travaux relevant de leur mission, ces heures sont seulement à « rémunérer comme temps de travail » (L. 415- (1) ; L. 415-6). Cela n'implique cependant pas qu'elles doivent aussi entrer dans le décompte horaire ; un délégué ne pourrait-il pas réaliser 7 heures de travail puis 3 heures de délégation payées durant la même journée¹²⁰ ?

064. Suivi et enregistrement de la durée de travail. De longue date, l'employeur était tenu d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier (L. 211-29) : **(a)** toutes les prolongations de la durée normale du travail ; **(b)** les heures prestées les dimanches (L. 231-10) ; **(c)** les heures prestées les jours fériés légaux (L. 232-8) ; **(d)** les heures prestées la nuit **(e)** les dépassements de durée de travail dans le secteur Horesca (L. 212-4 (4)) ; **(f)** les jours de congé (L. 233-17) ; **(g)** tous ces dépassements ainsi que certains autres cas pour les adolescents (L. 344-3).

Une obligation générale d'enregistrer toute heure de travail prestée n'existait jusqu'ici que dans des domaines spécifiques (Horesca, transport routier, L. 214-7). Depuis 2017 cependant, l'employeur est tenu d'inscrire le début, la fin et la durée du travail journalier de manière générale. Ce registre ou fichier est à présenter à toute demande de la part des agents de l'Inspection du travail et des mines.

¹¹⁹ Plus précisément l'article 2, point 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003.

¹²⁰ Il est difficile de considérer que pendant les heures de délégation, le délégué soit « à la disposition de l'employeur ».

Ces registres et fichiers constituent des données de nature personnelle soumises à la législation afférente (→ I.180). Si la légitimité du traitement ne pose pas de problème, puisqu'il y a une obligation légale, l'employeur devra cependant limiter la durée de conservation de ces données et respecter ses obligations d'information envers les salariés.

065. Application employeur par employeur ? Mis à part les cas précités, aucun texte ne régit combien d'heures une personne a le droit de travailler ou de se fatiguer physiquement. Si le salarié s'adonne à côté de son travail à une activité de loisirs ou sportive, il ne se repose pas, mais ces heures comptent néanmoins comme « heures de repos ». Il en est de même pour une activité parallèle sous véritable statut d'indépendant.

La question est plus complexe en cas de cumul de plusieurs activités salariées : faut-il calculer la durée de travail par employeur ou par travailleur ? Le nombre de personnes cumulant des emplois est faible au Luxembourg, mais en nette augmentation¹²¹. La question n'est pas définitivement résolue, en l'absence de jurisprudence luxembourgeoise, et surtout européenne, sur le sujet. Deux solutions sont possibles : **(a)** On peut soutenir que les limitations de la durée de travail s'appliquent uniquement envers **un seul « employeur »**¹²². Un premier argument en faveur de cette approche réside dans le constat que le respect de la législation sur la durée de travail relève avant tout de la responsabilité patronale ; or, si le salarié travaille pour plusieurs employeurs, ces employeurs n'ont que peu de moyens pour vérifier le respect d'une durée de travail globale. Il n'existe aucun mécanisme de centralisation. Par ailleurs, en cas de cumul d'emplois excédant 40 heures, l'article L. 213-1 précise que le salarié est obligé d'en informer l'Inspection du Travail et des Mines. Cet article n'indique pas ce que l'ITM devrait faire dans ce cas ou quelles en seraient les conséquences. Néanmoins, on peut en déduire que le législateur ne considère pas qu'une telle situation soit automatiquement illégale. **(b)** D'autres arguments plaident en faveur d'une application **par travailleur**. Tout d'abord, la définition même de la durée de travail se réfère au temps pendant lequel « le salarié est à la disposition de son ou de ses employeurs » et il n'y a temps de repos que si le salarié n'est pas à disposition « de son ou de ses employeurs » (L. 211-4). Le travail auprès d'un autre employeur ne peut dès lors être comptabilisé comme temps de repos. En tenant compte de ce texte, ainsi que de la finalité de la directive européenne, consistant dans la protection de la santé du salarié, la Commission européenne estime qu'il faut interpréter le droit européen en ce sens que la durée maximale s'applique par travailleur et non par employeur¹²³. En outre, les organismes de sécurité sociale risquent de refuser l'affiliation d'un salarié cumulant plus de 40 heures par semaine, respectivement en informeront l'employeur.

Si le cumul d'emplois finit par créer des risques au niveau de la santé et de la sécurité du travailleur, l'employeur devra en tout état de cause réagir ; le médecin du travail pourra rendre un avis global utile. Si le cumul d'emploi fait par ailleurs en sorte que le salarié n'accomplisse plus correctement son travail, des sanctions disciplinaires peuvent être prises.

066 à 069. Réservés.

¹²¹ Panorama social 2017, p. 89.

¹²² Il faudrait étendre la limite à toute l'entité économique et sociale ; le salarié travaille dans ce cas en effet sous une direction commune qui peut et doit veiller au respect de la législation.

¹²³ Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, 2017, titre III.A.2.

SECTION 2. - DURÉE DE TRAVAIL HEBDOMADAIRE

§ 1^{er}. - Limitation de la durée de travail hebdomadaire

070. Eléments historiques. Pour les employés privés, la semaine de 44 heures est introduite en 1962¹²⁴ ; les conventions collectives conclues depuis favorisent l'évolution vers la semaine de 40 heures. Pour les ouvriers, la possibilité d'une réduction jusqu'à 40 heures par semaine est envisagée par la réglementation dès 1938¹²⁵. Après-guerre, l'introduction de la semaine de 40 heures est une des principales revendications formulées par la Fédération Nationale des Ouvriers Luxembourgeois¹²⁶. La réduction légale n'aura cependant lieu que dans les années 1970¹²⁷. Un régime progressif est mis en place, comportant un système transitoire d'heures supplémentaires. Sous les effets de la crise de l'emploi, la Conférence tripartite décide de l'introduction anticipée de la semaine effective de la semaine de 40 heures¹²⁸.

En passant de la semaine de 48 heures à une semaine de 40 heures dès 1970, les pouvoirs politiques visaient explicitement « la diminution de la fatigue industrielle et l'accroissement des loisirs » ; ils ont considéré que la prolongation excessive de la durée du travail jointe au rythme général de vie des personnes actives risque d'avoir des effets nocifs sur la santé et l'équilibre psychique des travailleurs¹²⁹. Sur le plan économique, la réduction de la durée de travail a été justifiée par le progrès de la productivité grâce à l'introduction des techniques de la mécanisation et de l'automatisation dans les structures de production ; « le développement du progrès industriel résulte en principe du perfectionnement de l'outillage et des méthodes techniques, et non de la durée et de l'effort imposé aux salariés »¹³⁰. Aujourd'hui on y ajouterait sans nul doute l'informatisation. La commission parlementaire espérait finalement que le temps libre ainsi libéré permettrait de diminuer la frustration des travailleurs qui ne peuvent pas profiter à suffisance des nouveaux acquis technologiques : « l'automobile, la télévision et le disque »¹³¹.

071. Réglementation actuelle. Actuellement, la durée de travail hebdomadaire ordinaire est de 40 heures (L. 211-5). La durée réelle des salariés à temps plein paraît se situer plutôt autour de 42 heures par semaine¹³². Il peut y être dérogé vers le bas par une réduction volontaire de la durée de travail dans l'ensemble de l'entreprise (voir-ci

¹²⁴ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 556.

¹²⁵ Art. 1^{er} de l'arrêté grand-ducal du 17 octobre 1938, concernant la réduction de la durée du travail : « La durée du travail effectif peut être réduite progressivement jusqu'à quarante heures par semaine par des règlements d'administration publique, en ce qui concerne les ouvriers occupés dans les industries, sections d'industrie, catégories d'établissements ou parties d'établissements où le travail s'effectue dans des conditions dangereuses, insalubres ou particulièrement pénibles, et par des accords collectifs du Conseil national du Travail dans toutes les branches de l'industrie et du commerce ».

¹²⁶ KRIER Pierre, La première étape de la reconstruction sociale, p. 10.

¹²⁷ Loi du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée du travail des ouvriers occupés dans les secteurs public et privé de l'économie.

¹²⁸ Projet de loi n° 2118, Avis de la Commission Spéciale du 15 décembre 1977, p. 753.

¹²⁹ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 564.

¹³⁰ Projet de loi n° 1450, Rapport de la Commission des affaires sociales, p. 645.

¹³¹ Projet de loi n° 1450, Rapport de la Commission des affaires sociales, p. 641.

¹³² Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 64.

avant), soit individuellement pour certains salariés, qui tombent dans ce cas sous le régime du travail à temps partiel. Il peut y être dérogé vers le haut : **(a)** par des mécanismes de flexibilité que sont l'horaire mobile et le P.O.T. (→ II.113) ; **(b)** par des heures supplémentaires (→ II.101).

La durée de travail maximale ne peut dans ces cas dépasser 48 heures par semaine (L. 211-12 (1)¹³³) ; exceptionnellement le Ministre peut autoriser jusqu'à 60 heures par semaine (L. 211-13) Le Code prévoit encore une série d'autres exceptions (L. 211-33 : médecins en formation ; L-214-3 (1) : travailleurs mobiles ; L. 215-5 (5) : circonstances imprévues dans le transport ferroviaire).

§ 2. - Répartition sur la semaine ; repos dominical

072. Historique. Le repos dominical ayant en général été observé par coutume, la problématique n'a surgi qu'avec le développement de l'industrie¹³⁴. La question s'il fallait introduire un repos dominical a ainsi été abordée en 1890 à propos de la réglementation du travail dans les mines et en considération du caractère « foncièrement catholique » du pays qui dicterait un tel repos¹³⁵ ; l'idée s'est cependant heurtée à l'objection que la Constitution s'opposerait à une telle démarche.

Un débat sur la question enflamme la Chambre des députés en 1903. A nouveau, la question de la constitutionnalité d'un repos dominical obligatoire est soulevée. Le député XAVIER BRASSEUR souligne que le problème du travail du dimanche ne se poserait pas tellement dans la grande industrie, mais plutôt dans les commerces du centre-ville¹³⁶. Plusieurs députés se prononcent en faveur d'un repos d'au moins un jour entier, dans l'intérêt de la santé et de la vie de famille de l'ouvrier, ainsi que pour éviter les accidents de travail¹³⁷.

En 1906, le législateur constate que le Luxembourg est en retard en la matière, puisque tous les pays voisins ont introduit une législation afférente¹³⁸. En 1913¹³⁹, le Luxembourg finit par introduire le repos hebdomadaire des employés et ouvriers. Il était interdit en principe de travailler les dimanches de minuit à minuit dans l'industrie,

¹³³ Règle imposée par l'article 6 de 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.

¹³⁴ Projet de loi établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat, C.R. 1906/1907, Annexes, p. 158 : « Cette règle a été longtemps pratiquée, et pendant des siècles les hommes ont pu interrompre le dimanche la besogne qui les occupait pendant la semaine. Ce n'est que depuis le développement de l'industrie que la concurrence effrénée qui en fut la conséquence a fait brèche aux traditions antiques, et que le travail du dimanche fut imposé à un grand nombre d'êtres humains ».

¹³⁵ C.R. 1889/1890, Séance du 22 avril 1890, p. 1072.

¹³⁶ Séance du 9 juin 1903, C.R. 1902/1903, p. 1532 : « On a prétendu, dans le temps, que la grande industrie faisait travailler le dimanche. Pour autant que je suis au courant, je crois que le reproche n'est pas fondé. Dans la grande industrie on ne travaille pas le dimanche. Dans les hauts-fourneaux, il est vrai qu'on travaille, mais vous ne pouvez pas éteindre un haut-fourneau le samedi et le rallumer le lundi. Mais où on travaille surtout le dimanche, c'est ici en ville, et dans les petites villes du pays, où les commerçants obligent leurs employés ou ceux qui sont à leur service de se présenter le dimanche et de rester pour travailler toute la journée ».

¹³⁷ Séance du 9 juin 1903, C.R. 1902/1903, p. 1538.

¹³⁸ Projet de loi établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat, C.R. 1906/1907, Annexes, p. 158

¹³⁹ Loi du 21 août 1913 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers.

le commerce et l'artisanat. Les exceptions qui sont introduites sont encore sensiblement les mêmes actuellement (L. 231-2), la liste des activités exemptées ayant cependant été modernisée (L. 231-6). Dans le commerce de détail, quatre heures de travail étaient autorisées le dimanche matin ; de même, certaines activités artisanales et industrielles pouvaient être réalisées le dimanche¹⁴⁰.

Le législateur avait en effet constaté que sur ce point, il était en retard sur les pays voisins et que l'industrie a battu en brèche les anciennes traditions en imposant le travail du dimanche, y compris pour des travaux qui ne sont pas strictement nécessaires dans les usines à feu continu. « L'homme ne saurait impunément travailler sans relâche ; ses forces sont limitées, et le repos quotidien séparant la fin du labeur et la reprise du travail n'est pas, à la longue, suffisant pour rétablir la résistance aux efforts de celui qui doit régulièrement s'adonner à la besogne pendant six jours de suite ... C'est le délassement intellectuel, c'est la possibilité d'oublier pour un jour les préoccupations journalières, de donner au cœur et à l'esprit un essor plus élevé, de permettre surtout à l'ouvrier et à l'employé de vivre une vraie vie de famille, de jouir au moins pendant un jour des joies de l'intérieur qui leur sont généralement refusées en semaine »¹⁴¹.

La constitutionnalité de cette loi a été débattue, puisqu'il a été soutenu qu'elle pourrait contrevenir à l'article 20 de notre Constitution selon lequel nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et aux cérémonies d'un culte ni d'en observer les jours de repos. Il a cependant été jugé absurde de libérer l'ouvrier un autre jour que le dimanche, dont il jouirait par conséquent seul, sans ses enfants, sa femme et ses amis ; la loi ne se heurterait pas à l'ordre constitutionnel puisqu'elle laisserait « absolument de côté tout ce qui touche à l'exercice de l'un ou de l'autre culte » et que le dimanche est choisi pour des « motifs tirés de la tradition et de l'usage général »¹⁴². Le Conseil d'Etat y a vu une « coïncidence fortuite d'un intérêt religieux avec les tendances purement sociologiques »¹⁴³.

En 1919, le repos hebdomadaire minimal des employés est fixé à 38 heures, coïncidant dans la mesure du possible avec le dimanche¹⁴⁴. En 1937, la durée est augmentée à 43 heures, sauf pour les petits établissements de certains secteurs¹⁴⁵ ; le petit commerce avait en effet déclaré absolument inacceptable la fermeture du samedi après-midi ou du lundi matin¹⁴⁶. En 1920, GASTON DIDERICH et ALFONS ENSCH écrivent : « Eine lobenswerte Bewegung seitens der Geschäftswelt ist jedoch im Gange sich zu

¹⁴⁰ Arrêté du 21 août 1914 pris en exécution des Art. 4, 5, 6, 7, 8 et 9 de la loi du 21 août 1913 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers.

¹⁴¹ Projet de loi n° 22 concernant le repos dominical et hebdomadaire des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat du 29 septembre 1906, C.R. 1911/1912, Annexes, p. 950.

¹⁴² Projet de loi n° 22 concernant le repos dominical et hebdomadaire des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat du 29 septembre 1906, C.R. 1911/1912, Annexes, p. 956.

¹⁴³ Projet de loi n° 22 concernant le repos dominical et hebdomadaire des employés et ouvriers, Avis du Conseil d'Etat du 29 septembre 1906, C.R. 1911/1912, Annexes, p. 978.

¹⁴⁴ Art. 9 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés.

¹⁴⁵ Art. 9 de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés.

¹⁴⁶ Projet de loi n° 35 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés, Rapport de la Section centrale, C.R. 1936/1937, Annexes, p. 169.

vollziehen und schon teilt eine große Anzahl von Geschäftsinhabern in den letzten Tagen mit, dass in Zukunft ihre Geschäfte an den Sonntagen geschlossen werden »¹⁴⁷.

Une loi de 1988 généralise pour les ouvriers et les employés l'interdiction de travailler le dimanche, de minuit à minuit¹⁴⁸.

073. Réglementation actuelle – travail du dimanche¹⁴⁹. Si le samedi est un jour ouvré comme les autres, il n'en est pas ainsi du dimanche. Il est en principe interdit aux employeurs d'occuper des salariés les jours de dimanche de minuit à minuit (L. 231-1). Les exceptions en la matière sont cependant très nombreuses et figurent aux articles L. 231-1 (représentants de commerce, établissements familiaux), L. 231-2 (surveillance, nettoyage, etc.¹⁵⁰)¹⁵¹, L. 231-3 (travaux urgents), L. 231-4 (vente au détail), L. 231-6 (1) (restaurants, débits de boissons, spectacles, agriculture, transport, hôpitaux, services domestiques) et L. 231-6 (2) (travail par équipes successives), chaque exception étant soumise à son propre régime. Dans la plupart des cas, le travail du dimanche donne lieu à un repos compensatoire à une autre date et à une majoration de salaire de 70 %. Pour certains salariés (hôtels, restaurants, agriculture), le travail dominical est compensé par un congé supplémentaire. Un régime plus restrictif est aussi applicable aux adolescents (L. 344-13), qui bénéficient d'une majoration de 100 %.

074. Repos hebdomadaire. Actuellement, tout salarié doit en principe bénéficier, au cours de chaque période de 7 jours, d'une période minimale de repos sans interruption de 44 heures (L. 231-11). Le droit luxembourgeois va ainsi au-delà des exigences européennes, tant en ce qui concerne la durée de ce repos¹⁵² qu'en imposant que « dès la fin d'un repos hebdomadaire, le prochain repos hebdomadaire doit intervenir endéans les prochains sept jours »¹⁵³. Les adolescents doivent bénéficier d'un repos périodique de deux jours consécutifs (L. 344-12 (2)). Si le service ne le permet pas, les salariés ont droit à un congé supplémentaire de 6 jours ouvrables par an (L. 231-11). Plus précisément, il est dû un jour de congé supplémentaire pour chaque période

¹⁴⁷ DIDERICH Gaston, ENNESCH Alfons, Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz, p. 73.

¹⁴⁸ Loi du 1er août 1988 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers.

¹⁴⁹ Voir aussi la Convention OIT n° 14 du 17 novembre 1921 sur le repos hebdomadaire (industrie).

¹⁵⁰ Cette exception exige une information préalable de la délégation et de l'PTM. En 2016, l'PTM a enregistré 6731 demandes, Rapport annuel du Ministère du travail, 2016, p. 199.

¹⁵¹ Projet de loi établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat, C.R. 1906/1907, Annexes, p. 168 : « Les travaux de nettoyage sont ceux qui s'appliquent aux locaux de l'exploitation, aux machines, appareils, chaudières, conduites, etc., mais pas à ceux qui ont pour objet la matière première. Les travaux de conservation ont pour but de tenir en état les mêmes locaux, machines, etc. Les travaux autres que ceux de la production sont surtout les travaux de de préparation. Le n° 4 vise non seulement la décomposition totale, mais encore une simple diminution de la qualité des matières premières ou des produits ; par matières premières il faut également entendre tous autres objets nécessaires à la fabrication ».

¹⁵² Le droit européen impose un repos hebdomadaire de 24+11 = 35 heures ; article 5 de 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.

¹⁵³ Les dispositions de la directive « doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'exigent pas que la période minimale de repos hebdomadaire sans interruption de vingt-quatre heures, à laquelle un travailleur a droit, soit accordée au plus tard le jour qui suit une période de six jours de travail consécutifs, mais imposent que celle-ci soit accordée à l'intérieur de chaque période de sept jours » ; CJUE, 9 novembre 2017, C-306/16, ECLI:EU:C:2017:844.

entière de huit semaines, successives ou non, pendant laquelle le repos ininterrompu de 44 heures par semaine n'est pas accordé¹⁵⁴.

075. Un problème lié : l'heure de fermeture légale des magasins. En 1906, le législateur avait encore estimé que, si le travail salarié pouvait être interdit le dimanche, la Constitution interdirait cependant d'imposer une telle interdiction aux commerçants voulant ouvrir leur magasin¹⁵⁵. Depuis l'introduction du repos hebdomadaire en 1913 se pose, comme problématique parallèle et intimement liée, la question des heures de fermeture des magasins¹⁵⁶. Il semblait injuste que ceux qui avaient recours à des salariés devaient fermer, tandis que ceux qui ne travaillaient qu'avec les membres de la famille pouvaient rester ouverts pendant toute la journée du dimanche¹⁵⁷. Sur base de cette considération, une loi de 1932 obligeait la plupart des locaux de vente de fermer les dimanches, ainsi que les jours de fête légale, à partir de midi¹⁵⁸. Le gouvernement fera cependant droit à de nombreuses demandes de dérogation, réduisant à zéro l'effet de cette législation¹⁵⁹, qui sera par conséquent abrogée dès 1933¹⁶⁰.

Dès 1939, le gouvernement impose cependant à nouveau la fermeture des magasins les dimanches et jours fériés à partir de 13 heures¹⁶¹, principe confirmé en 1952¹⁶² et

¹⁵⁴ Art. 1 du règlement grand-ducal du 26 juillet 1966 pris en exécution de l'article 4 alinéa 6 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé.

¹⁵⁵ Projet de loi établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, Dépêche au Conseil d'Etat, C.R. 1906/1907, Annexes, p. 160 : « Ceci est d'autant plus vrai qu'il n'est pas question d'imposer la fermeture des magasins aux commerçants et industriels mêmes, mais qu'il leur sera seulement interdit d'imposer du travail à autrui. On ne saurait insérer pareille défense dans une loi luxembourgeoise, parce qu'on se heurterait à l'article 20 de notre Constitution ».

¹⁵⁶ Projet de loi concernant le repos hebdomadaire commercial, C.R. 1931/1932, Annexes, Rapport de la Section centrale, p. 58 : « Le projet de loi qui nous occupe est une revendication des commerçants de détail qui date du jour de l'entrée en vigueur de la loi du 21 août 1913 sur le repos dominical en faveur des employés dans les maisons de détail ».

¹⁵⁷ Projet de loi sur le repos hebdomadaire commercial, C.R. 1930/1931, Annexes, Dépêche au Conseil d'Etat du 14 novembre 1930 : « L'application de ces dispositions (...) implique pour les magasins de détail occupant du personnel salarié l'obligation de fermer le dimanche à midi, alors que les commerçants ayant à leur disposition des membres de leur famille peuvent tenir leur magasin ouvert pendant toute la journée du dimanche. Il en résulte au préjudice de la première catégorie de détaillants une espèce de concurrence déloyale qui, à maintes reprises, a donné lieu à des réclamations et protestations de la part des organisations commerciales (...) La limitation légale de la durée de travail journalière, resp. hebdomadaire des travailleurs a d'ailleurs créé au profit des classes laborieuses des facilités qui leur permettent dans la majorité des cas de faire leurs achats dans le courant de la semaine ».

¹⁵⁸ Loi du 14 juin 1932 concernant le repos hebdomadaire commercial.

¹⁵⁹ Projet de loi portant abrogation de la loi du 14 juin 1932 concernant le repos hebdomadaire commercial, C.R. 1932/1933, Annexes, Dépêche au Conseil d'Etat du 14 juin 1933, p. 252 : « Il n'en restera rien, si le Gouvernement fait droit aux innombrables demandes en dérogation, dont il est saisi encore à l'heure actuelle et auxquelles il paraît très difficile de ne pas faire droit. Dans ces circonstances, et en attendant des temps meilleurs, il nous a paru être dans l'intérêt du pays, de son commerce et de son tourisme, d'abolir la loi dont s'agit ».

¹⁶⁰ Loi du 25 juillet 1933 portant abrogation de la loi du 14 juin 1932 sur le repos hebdomadaire commercial.

¹⁶¹ Arrêté grand-ducal du 4 septembre 1939, portant fixation de l'heure de fermeture des magasins de détail ; Arrêté grand-ducal du 22 septembre 1939, remplaçant l'arrêté du 4 septembre 1939, portant fixation de l'heure de fermeture des magasins de détail ; Arrêté grand-ducal du 23

1995¹⁶³, cette dernière législation soulignant clairement que les règles relatives à la durée de travail et au repos hebdomadaire doivent être observées. Une récente réforme de 2012 ne change rien à ce principe, mais mérite d'être soulignée en ce qui concerne la possibilité d'ouvrir une fois par semaine jusqu'à 20 heures au lieu de 19 heures, alors que cette faculté suppose un accord entre partenaires sociaux¹⁶⁴. Même si ce n'est que sur un point spécifique, on observe donc que désormais les syndicats sont associés aux décisions relatives aux heures de fermeture des commerces.

§ 3. - Travail à temps partiel

076. Eléments historiques. Tant que le travail à temps partiel n'était pas réglementé et que la loi ne fixait qu'une durée maximale de travail hebdomadaire, les parties pouvaient librement convenir d'une durée inférieure. Ce n'est qu'en 1993 que la loi vient réglementer cette forme de travail¹⁶⁵. Déposé en janvier 1983, ce projet de loi avait mis plus de 10 ans à passer les rouages de la procédure parlementaire, du fait que les discussions à propos de ce texte important ont été animées et ont donné lieu à de multiples remaniements du projet initial¹⁶⁶.

En réglementant cette forme atypique de travail, le législateur voulait avant tout tenir compte de l'intérêt des salariés désireux de disposer d'une plus grande liberté dans l'aménagement de leur temps de travail. Ce n'est que dans un ordre subsidiaire qu'il était motivé par la volonté d'accorder davantage de flexibilité aux entreprises et de stimuler la création d'emplois. En effet, le législateur avait estimé que la situation au Grand-Duché différait de celle des pays voisins dans lesquels la création d'emplois constituerait la première finalité recherchée¹⁶⁷.

Le législateur était animé par la double préoccupation tendant, d'une part, à ne pas dissuader les employeurs à offrir des emplois à temps partiel lorsqu'ils n'y sont pas spontanément incités et, d'autre part, à conférer des garanties suffisantes aux salariés qui choisissent la formule du temps partiel¹⁶⁸.

novembre 1939 remplaçant celui du 22 septembre 1939, concernant l'heure de fermeture des magasins de détail.

¹⁶² Arrêté grand-ducal du 29 mai 1952 concernant l'heure de fermeture des magasins de détail.

¹⁶³ Loi du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat.

¹⁶⁴ Art. 3 de la loi du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, telle que modifiée par une loi du 21 juillet 2012.

¹⁶⁵ Loi du 26 février 1993 concernant le travail volontaire à temps partiel.

¹⁶⁶ Projet de loi n° 2671, Rapport de la Commission du Travail et de l'Emploi du 26 janvier 1993, p. 3.

¹⁶⁷ Projet de loi n° 2671 concernant le travail volontaire à temps partiel, Rapport de la Commission du travail et de l'emploi, 26.1.1993, p. 4 : « Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que la demande pour des postes à temps partiel répond au Luxembourg à d'autres critères qu'à l'étranger. Dans notre pays, la demande pour cette formule de travail émane principalement de travailleurs – féminins en grande majorité – qui optent délibérément pour un horaire de travail réduit convenant le mieux à l'organisation de leur vie privée et familiale. En revanche, dans les pays connaissant un taux de chômage élevé, la promotion du travail à temps partiel est bien souvent conçue comme moyen de réintégration progressive des chômeurs sur le marché de l'emploi. Dans ces pays, le souci du législateur est donc prioritairement la création d'emplois par la formule du travail à temps partiel (job sharing), alors qu'au Luxembourg, le législateur vise surtout l'encadrement législatif de cette forme atypique de travail ».

¹⁶⁸ Projet de loi n° 2671, Exposé des motifs, p. 2.

La finalité de la loi de 1993, dont les principales dispositions sont encore en vigueur, consistait à faire du travail à temps partiel une forme d'emploi qui assure aux salariés qui la pratiquent un statut comparable à celui des salariés à temps complet ; il s'agissait d'éviter que le travail à temps partiel ne se traduise par la marginalisation du salarié dans l'entreprise. Les travailleurs à temps partiel sont ainsi assurés d'une égalité de traitement par rapport à leurs collègues à temps plein. Au niveau des droits des salariés en général, le Code précise que les salariés à temps partiel doivent bénéficier des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi et les conventions collectives (L. 123-6). Concernant la rémunération, le Code exige que « compte tenu de la durée de leur travail et de leur ancienneté dans l'entreprise, la rémunération des salariés occupés à temps partiel [soit] proportionnelle à celle des salariés qui, à qualification égale, occupent à temps complet un emploi équivalent dans l'entreprise ou l'établissement » (L. 123-7 (1)).

1. TEMPS PARTIEL VOLONTAIRE, CHOISI OU IMPOSÉ

077. Cas spécifiques de travail à temps partiel. Il existe différentes raisons juridiques pour lesquelles un salarié ne travaille qu'à temps partiel : **(a)** pour des raisons d'insertion au marché du travail, notamment par les formules d'alternance-formation ; **(b)** le mi-temps thérapeutique (→ II.171) permet une reprise d'activité progressive à la suite d'une maladie ; **(c)** pour une sortie progressive du marché du travail par le biais d'une préretraite progressive (L. 584-1) ; son impact pratique est cependant quasiment nul¹⁶⁹ ; **(d)** pour des raisons familiales ; ainsi, le congé parental à mi-temps concilie intérêts professionnels et familiaux. La forme de base reste toutefois le travail à temps partiel volontaire, c'est-à-dire librement convenu entre employeur et salarié. **(e)** Une réduction de la durée de travail peut être une mesure pour adapter le poste de travail à la capacité de travail résiduelle du salarié dans le cadre d'un reclassement professionnel, cette réduction ne pouvant en principe être supérieure à la moitié du temps de travail antérieur (L. 551-1 (3)).

078. Travail à temps partiel choisi ou subi. En principe, les parties sont libres de recourir au travail à temps partiel dit 'volontaire' et de convenir de la durée hebdomadaire de travail. Le législateur de 1993 a voulu s'assurer que le travail à temps partiel soit volontaire. Quelques règles cherchent ainsi à faciliter la transition, l'employeur étant censé proposer les postes libres dans un premier temps en interne aux salariés qui ont manifesté leur souhait de passer d'un temps plein vers un temps partiel ou inversement (L. 123-3 ; → I.307). « Volontaire » n'est cependant en pratique pas toujours synonyme de « choisi » ; seulement 73 % des salariés concernés le font par choix, et parmi ces-derniers 61 % estiment effectivement maîtriser leur durée de travail sans devoir régulièrement travailler plus que ce qui a été convenu¹⁷⁰. Une autre étude estime que la part du travail à temps partiel involontaire est d'environ 10 % au Luxembourg, et ainsi nettement inférieure à la moyenne européenne (24,4 %), et notamment à la France (30 %), à l'Allemagne (21,9%) et à la Belgique (14,3 %) ; ce sont surtout l'assistance d'enfants, d'adultes incapables ou d'autres responsabilités familiales

¹⁶⁹ BESCH Sylvain, *Discrimination à l'emploi*, p. 129 ; ce document fait état d'un nombre de demandes oscillant entre 1 et 4 pour les années 1998 à 2004 et conclut que cette forme de préretraite n'a, pour ainsi dire, pas été utilisée, les salariés âgés n'appréciant pas l'idée du mi-temps.

¹⁷⁰ BLOND-HANTEN Carole, ETIENNE-ROBERT Fanny, LEJEALLE Blandine, *Vivre au Luxembourg, Chroniques de l'enquête PSELL-3/2007, Choisi, subi, stable, précaire : le temps partiel se décline au pluriel*, n° 50, octobre 2008.

ou personnelles qui expliquent le choix du temps partiel¹⁷¹. Selon l'étude « Quality of Work », deux tiers des femmes travaillant à temps partiel se disent satisfaites de leur temps de travail¹⁷². Le cumul des emplois reste un phénomène marginal, mais en forte profession ; environ 3 % des salariés ont un deuxième emploi, taux comparativement faible¹⁷³.

079. Principe : temps partiel convenu d'un commun accord. Les parties peuvent, au début de leur relation de travail et à tout moment ultérieur, convenir de passer d'un temps plein à un temps partiel ou inversement, ou encore de modifier la durée de travail hebdomadaire, en respectant les formalités afférentes à la modification du contrat de travail (→ I.613). Ce changement peut se faire à la demande d'une des parties ou suite à l'information que l'employeur est obligée de fournir aux personnes intéressées (voir ci-dessus). Il n'existe actuellement pas de droit au temps partiel, ni de droit de retour si la nouvelle formule ne convient pas au salarié ou à l'employeur. En cas de changement, tous les avantages acquis au salarié sont à maintenir, et notamment les droits aux congés ; les congés acquis sous régime à temps plein ne peuvent être réduits en proportion si le salarié passe à un temps partiel¹⁷⁴.

080. Temps partiel imposé unilatéralement par l'employeur. La question se pose si l'employeur peut unilatéralement imposer un travail à temps partiel, un travail à temps plein ou encore modifier la durée de travail hebdomadaire. Des clauses fixant à ce titre une flexibilité, de sorte que l'employeur peut unilatéralement décider d'un tel changement, ne sont admissibles que dans des limites étroites. Se pose toutefois la question si l'employeur peut imposer un tel changement en recourant à la procédure de modification unilatérale du contrat. Nous serions tenté de répondre par la négative, puisque la loi cherche à protéger les salariés à temps partiel contre de tels changements affectant l'organisation de leur vie privée, de même qu'un refus de passer à temps partiel ou à temps plein n'est pas un motif valable de licenciement¹⁷⁵. Rappelons que la loi de 1993 s'intitulait « travail *volontaire* à temps partiel » ; le législateur semble donc vouloir s'assurer qu'un temps partiel (ou temps plein) ne puisse être imposé contre le gré du salarié. La jurisprudence adopte cependant généralement¹⁷⁶ une approche

¹⁷¹ ZAHLEN Paul, Regards sur le travail à temps partiel, STATEC, septembre 2010 ; voir aussi LEJEALLE Blandine, Evolution et place des femmes sur le marché du travail, CEPS/Instead, Population & Emploi, février 2008.

¹⁷² Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 68.

¹⁷³ ZAHLEN Paul, Regards sur le travail 'atypique' des résidents, STATEC, novembre 2010 ; Panorama Social 2017, p. 97.

¹⁷⁴ CJUE, 22 avril 2010, C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, ECLI:EU:C:2010:215.

¹⁷⁵ Tandis qu'en cas de refus d'une modification unilatérale notifiée par l'employeur, ce refus équivaut à un licenciement par l'employeur.

¹⁷⁶ Voir en sens contraire : CSJ, 3e, 12 décembre 2002, 26147, Répertoire VII.4. : Les modifications en matière de durée du travail ne se conçoivent que d'un commun accord des parties et le salarié ne peut ntre licencié du fait du refus opposé au changement préconisé ; CSJ, 5 juin 2003, 26527 : « Cette loi ayant pour but d'assurer que le travail à temps partiel ne peut se pratiquer que sur la base d'un choix volontaire du salarié et de protéger au même titre les salariés à mi-temps qui refusent d'accepter un travail à temps complet l'employeur ne saurait imposer au salarié un tel changement de son régime de travail (dérogation à l'article 37 de la loi sur le contrat de travail), ni justifier le licenciement du salarié ayant refusé d'accepter une proposition de modification afférente de son contrat de travail par une mesure de réorganisation, aussi souhaitable qu'elle fût pour une gestion efficace et rentable de l'entreprise, consistant dans la

différente : la règle selon laquelle un salarié ne peut être licencié pour avoir refusé un travail à temps partiel n'empêche pas l'employeur de recourir à la procédure de modification unilatérale du contrat pour réduire la durée de travail hebdomadaire¹⁷⁷. Il a par exemple été décidé que des motifs économiques peuvent justifier une réduction du temps de travail de 50 %¹⁷⁸. Si l'employeur dispose de motifs suffisants, il peut dès lors imposer un tel changement, impliquant une baisse corrélative du salaire. S'agissant d'une modification substantielle, l'employeur est obligé de respecter la procédure afférente (→ I.613); la question de savoir si elle est favorable (travailler plus pour gagner plus) ou défavorable est difficile à apprécier, mais en l'absence d'accord du salarié, on peut admettre qu'il la considère comme étant défavorable.

081. Temps partiel imposé par le salarié : droit au temps partiel ? Même si des propositions en ce sens sont avancées, il n'existe pour l'heure actuelle dans le secteur privé pas de droit du salarié d'exiger un travail à temps partiel. Il a toujours le droit de le demander, mais l'employeur peut refuser sans devoir motiver sa décision et sans qu'un juge ne puisse la remettre en question. Il faut toutefois relever que l'employeur est censé tenir compte des désirs de ses salariés : **(a)** Les travailleurs à temps partiel souhaitant occuper ou reprendre un emploi à temps plein, tout comme ceux occupés à temps plein souhaitant travailler à temps partiel, doivent être informés en priorité des emplois afférents disponibles dans l'établissement et correspondant à leur qualification ou leur expérience professionnelle (→ I.307). **(b)** Le congé parental à temps partiel n'est pas de droit, mais requiert l'accord de l'employeur. Après le congé parental, le salarié a toutefois droit à une réponse motivée à une demande d'aménagement de son horaire (→ II.157). **(c)** Une proposition de directive européenne envisage d'introduire le droit de demander une formule souple de travail (travail à distance, horaires souples, réduction du temps de travail) pour les travailleurs ayant des enfants jusqu'à un âge de 12 ans, l'employeur devant justifier le refus¹⁷⁹.

2. RÉGIME DU TEMPS PARTIEL

082. Champ d'application. Le temps partiel dit « volontaire » est celui qui figure au contrat, donc normalement il résulte d'un accord entre employeur et salarié, mais il peut exceptionnellement aussi être imposé par une modification unilatérale du contrat (voir ci-dessus). Cette forme de travail est réglementée aux articles L. 123-1 du Code du travail. Pour les autres hypothèses de travail à temps partiel que nous venons d'évoquer (congé parental, mi-temps thérapeutique, reclassement, etc.), il n'est pas clair dans quelle mesure ces dispositions s'appliquent. Au vu de la définition de l'article L. 123-1, tel ne devrait pas être le cas, du moins pour les cas où le temps partiel est imposé à une des parties. Au vu de la définition européenne par contre, les règles sur le temps partiel devraient s'appliquer tout simplement du fait que le salarié travaille moins que les autres, sans distinction si cela résulte d'un accord entre parties ou d'un texte de loi¹⁸⁰. Il

suppression de l'emploi à mi-temps en vue de son remplacement par un emploi à temps plein, étant donné qu'un tel licenciement trouverait manifestement sa cause réelle dans le refus du salarié d'accepter l'emploi à plein temps lui offert par l'employeur et serait dès lors contraire à la loi ».

¹⁷⁷ CSJ, 3^e, 29 mars 2007, 30057 et 30400, Répertoire IV.2.2.3..

¹⁷⁸ CSJ, 3^e, 9 novembre 2006, 25115, Répertoire VII.4.

¹⁷⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et aidants, COM (2017) 253 final.

¹⁸⁰ Voir la définition du travailleur à temps partiel, Clause 3 point 1) de l'accord rendu obligatoire par la Directive 97/81/CE.

faut encore relever que si le droit luxembourgeois ne vise que les « salariés », le régime de base européen concerne la notion plus large des « travailleurs ». Il n'est pas non plus clair dans quelle mesure il y a temps partiel lorsque le salarié travaille moins d'heures que ses collègues parce qu'il dispose de congés spéciaux lui permettant de quitter le travail à intervalles réguliers (p.ex. un élu bénéficiant d'un congé politique, un délégué qui prend chaque semaine un certain nombre d'heures de délégation).

083. Définition. Le travail à temps partiel se définit en effet de manière relative par rapport à la durée normale de travail au sein de l'établissement (L. 123-1¹⁸¹). Vu que la majorité des entreprises au Luxembourg travaillent sur base de 40 heures/semaine, il y a temps partiel dès lors que le salarié ne travaille que 39 heures par semaine. Les formes les plus répandues sont le mi-temps (50 %), mais aussi p.ex. les 4/5, offrant un jour de libre de plus.

Comparé aux hommes, les femmes présentent une durée de travail moyenne inférieure et avec une plus grande amplitude ; si dans toute l'Europe, le travail à temps partiel est très féminisé, cette proportion est particulièrement élevée au Luxembourg (>80 %)¹⁸². Les jeunes sont également affectés par une croissance des occupations de courte durée, inférieures au mi-temps¹⁸³. Avec une part de personnes travaillant à temps partiel de l'ordre de 18,5 % (2015), le Luxembourg se situe légèrement en-dessous de la moyenne européenne.

084. Cadre juridique. Le travail à temps partiel est réglementé aux articles L. 123-1 et suivants du Code du travail. Il fait par ailleurs l'objet d'un encadrement européen par une directive de 1997¹⁸⁴. La mise en place de postes à temps partiel suppose la consultation préalable de la délégation du personnel (L. 123-2). Les salariés à temps partiel manifestant le souhait de reprendre un emploi à temps plein ou inversement, doivent être informés en priorité des emplois disponibles correspondant à leur qualification ou expérience professionnelles (L. 123-3 ; voir aussi → I.307). Le contrat de travail devra comporter certaines mentions complémentaires (L. 123-4).

085. Incertitudes quant à la durée de travail. Il n'existe pour l'instant¹⁸⁵ pas de présomption qu'un contrat soit conclu à temps plein si le contraire n'a pas été explicitement convenu. Si la durée de travail doit en principe être fixée par écrit au contrat de travail (L. 121-4 (2) pt. 5 et L. 123-4 pt. 1), l'absence d'écrit n'implique ainsi pas qu'il s'agit d'un contrat à temps plein et que le salarié devrait d'office être rémunéré sur base de 40 heures par semaine ; il incombera toujours au salarié d'établir le quantum du travail presté¹⁸⁶. De même, dans une affaire dans laquelle le contrat écrit prévoyait un travail à temps partiel, mais que le salarié avait oralement admis qu'il était passé à

¹⁸¹ « Est considéré comme salarié à temps partiel le salarié qui convient avec un employeur, dans le cadre d'une activité régulière, un horaire de travail dont la durée hebdomadaire est inférieure à la durée normale de travail applicable dans l'établissement en vertu de la loi ou de la convention collective de travail sur cette même période ».

¹⁸² Panorama social 2017, p. 85.

¹⁸³ Panorama social 2017, p. 85.

¹⁸⁴ 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 - Annexe : Accord-cadre sur le travail à temps partiel.

¹⁸⁵ Une telle présomption pourrait cependant voir le jour en transposition de l'article 14 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

¹⁸⁶ CSJ, 8e, 21 juin 2007, 31212, Répertoire VII.4. ; CSJ, 3e, 4 mai 2006, 29246, Répertoire VII.4.

temps plein, la Cour a refusé d'indemniser le différentiel horaire en tant qu'heures supplémentaires¹⁸⁷ – bien qu'en principe une modification non écrite du contrat ne soit pas opposable au salarié.

086. Durée de travail. Les salariés à temps partiel font souvent ce choix parce qu'ils doivent concilier leur activité professionnelle avec des obligations privées ou d'autres activités professionnelles. Pour cette raison, toute modification au niveau de la durée et des horaires de travail peut s'avérer néfaste pour le salarié, qui se mettra en faute face à son deuxième patron ou qui verra sa vie privée désordonnée. La législation est ainsi plus restrictive concernant la flexibilité de la durée et de l'horaire de travail. Les heures supplémentaires ne peuvent être prestées que d'un commun accord, le contrat de travail doit en prévoir les modalités et elles ne peuvent avoir pour effet de porter la durée de travail au-delà de la durée normale applicable dans l'entreprise (L. 123-5 ; concernant la période de référence → II.113). La durée de travail journalière et hebdomadaire ne peut pas varier de plus de 20% ; le contrat de travail peut cependant déroger à ce seuil tant en faveur qu'en défaveur du salarié¹⁸⁸. Une heure travaillée couverte par ce pourcentage n'est pas une heure supplémentaire¹⁸⁹ ; celle dépassant cette flexibilité maximale constituera une heure supplémentaire¹⁹⁰. La loi luxembourgeoise exige cependant en principe qu'un quantum horaire soit fixé par semaine, qui devra être respecté en moyenne. Il est douteux s'il est possible de convenir d'une fourchette ; si certaines décisions ont pu l'admettre¹⁹¹, d'autres ont déclaré nulle une clause prévoyant que le contrat est conclu pour « environ 20 heures »¹⁹² ou stipulant de manière générale que la durée de travail est variable¹⁹³. Mais même si de telles clauses ont pu être déclarées nulles, les juges n'ont jamais accordé que le salaire correspondant au travail effectivement presté, de sorte que les conséquences de la nullité sont peu dissuasives.

087. Egalité de traitement. En raison de leur moindre intégration à l'entreprise, les travailleurs à temps partiel risquent d'être victimes d'un traitement défavorable. La finalité de la loi de 1993, dont les principales dispositions sont encore en vigueur, consistait à faire du travail à temps partiel une forme d'emploi qui assure aux salariés qui la pratiquent un statut comparable à celui des salariés à temps complet ; il s'agissait d'éviter que le travail à temps partiel ne se traduise par la marginalisation du salarié dans l'entreprise. Les travailleurs à temps partiel sont ainsi assurés d'une égalité de traitement par rapport à leurs collègues à temps plein. Au niveau des droits des salariés en général, le Code précise que les salariés à temps partiel doivent bénéficier des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi et les conventions collectives (L. 123-6). Concernant la rémunération, le Code exige que « compte tenu de la durée de leur travail et de leur ancienneté dans l'entreprise, la rémunération des salariés occupés à temps

¹⁸⁷ CSJ, 3e, 19 janvier 2006, 29938, Répertoire VII.4.

¹⁸⁸ Voir p.ex. pour une clause prévoyant des variations jusqu'à 50 % de la durée de travail, CSJ, 3e, 2 mars 2017, 43656, Répertoire VII.4.

¹⁸⁹ CSJ, 3e, 17 février 2011, 35535, Répertoire VII.3.5.1.

¹⁹⁰ CSJ, 3e, 6 décembre 2007, 31624, Répertoire VII.3.3.

¹⁹¹ CSJ, 3e, 20 janvier 2000, 22497, Répertoire VII.2.3. : « l'indication dans le contrat de travail d'une fourchette minima/maxima d'heures hebdomadaires au lieu de l'indication de la durée hebdomadaire fixe de travail, n'est pas sanctionnée, et plus spécialement par la transformation en contrat de travail à temps plein ».

¹⁹² CSJ, 3e, 26 juin 2008, 33313, Répertoire VII.2.3.

¹⁹³ CSJ, 8e, 30 mai 2016, 39962, Répertoire VII.2.3.

partiel est proportionnelle à celle des salariés qui, à qualification égale, occupent à temps complet un emploi équivalent dans l'entreprise ou l'établissement » (L. 123-7 (1)).

Les salariés à temps partiel bénéficient des mêmes droits reconnus aux salariés à temps complet (L. 123-6). De manière générale, le principe du *prorata temporis s'applique*, notamment : **(a)** En matière de congé. Conformément à la jurisprudence européenne, en cas de changement de la durée de travail, notamment en cas de passage d'un temps plein à un temps partiel, les droits acquis sous l'ancien régime restent acquis et ne peuvent être proratisés¹⁹⁴. **(b)** L'indemnité de départ est également à calculer proportionnellement aux périodes d'occupation à temps plein et à temps partiel (L. 123-7 (3)). **(c)** Les salariés à temps partiel peuvent prétendre, compte tenu de leur durée de travail, et de leur ancienneté dans l'entreprise, à un salaire proportionnel à celui d'un salarié à temps complet qui, à qualification égale, occupe un emploi équivalent (L. 123-7 (1)). Cette disposition est à interpréter en ce sens que les travailleurs à temps partiel ne doivent pas percevoir, au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, un salaire de base qui, calculé proportionnellement sur une base horaire, au rendement ou à la pièce, soit inférieur au salaire de base, calculé selon la même méthode, des travailleurs à plein temps se trouvant dans une situation comparable¹⁹⁵.

Par ailleurs, de manière plus générale, un traitement défavorable des salariés à temps partiel est à considérer selon la jurisprudence européenne comme étant une discrimination indirecte fondée sur le sexe en raison de la très haute proportion de femmes occupant un tel poste.

Parfois, il est fait exception au principe de proratisation, et ce en faveur du salarié à temps partiel : **(a)** Ainsi, l'ancienneté est calculée comme si le salarié avait travaillé à temps plein (L. 123-7 (3)). **(b)** La période d'essai ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle des salariés à temps plein (L. 123-8). **(c)** Pour pouvoir bénéficier du salaire social minimum, le nombre d'années d'expérience professionnelle se détermine sans égard à un temps plein ou partiel (→ II.319).

Pour un aperçu plus détaillé quant au régime de la durée de travail des salariés à temps partiel, et notamment les heures supplémentaires, la variation journalière et hebdomadaire de la durée de travail et l'instauration d'un régime de durée de travail flexible (travail à la demande, zero-hour-contract) voir aussi :
- Le travail flexible et atypique, n° 115 et suivants

SECTION 3. - DURÉE DE TRAVAIL JOURNALIÈRE

§ 1^{er}. - Limitation de la durée de travail journalière

088. Absence de réglementation initiale. Longtemps, le Luxembourg ne connaissait pas de réglementation en matière de durée de travail. Il n'était pas rare que hommes, femmes et enfants cumulent 14 heures de présence sur le lieu de travail. La longue durée de travail permettait aussi d'attacher les salariés à l'usine et de rendre impossible une polyactivité rurale¹⁹⁶, très fréquente au Luxembourg.

¹⁹⁴ Voir notamment : Communication interprétative relative à la directive 2003/88/CE, Commission européenne, 2017, titre VII.A.1.

¹⁹⁵ Art. 5 de la Convention OIT n° 175 concernant le travail à temps partiel du 24 juin 1994.

¹⁹⁶ OLSZAK Norbert, Histoire du droit du travail, Economica 2011, p. 57.

Par exemple, en 1890, les heures de travail aux hauts-fourneaux de l'usine d'Eich étaient fixées « le jour, de 6 heures du matin à 6 heures du soir ; la nuit, de 6 heures du soir à 6 heures du matin »¹⁹⁷ ; dans les ateliers, « les heures de travail sont fixées de 6 ½ heures du matin à 6 ½ heures du soir. Défense est faite aux ouvriers sous peine d'amende de quitter leur travail avant l'heure indiquée »¹⁹⁸.

En 1892, PAUL EYSCHEN estime que la question du travail à huit heures par jour n'aurait pas le même intérêt pour les ouvriers luxembourgeois, en l'absence de grandes industries insalubres¹⁹⁹ ; le Luxembourg n'aurait nullement solutionné la question de la limitation des heures de travail des adultes et que la question d'une réduction des heures de travail reste à l'état embryonnaire. Il fait état de la limitation de la durée de travail pour les femmes et les enfants, mais constate que cette législation est « trop peu connue »²⁰⁰. Il estime qu'une première cause du manque d'intervention réside dans le fait qu'en raison de son développement tardif, l'industrie luxembourgeoise n'a pas connu « la période chaotique de l'industrie » ; il voit un autre motif dans le manque presque absolu de groupements syndicaux ouvriers et de grèves²⁰¹. Il est d'avis qu'une réglementation risquerait de se heurter à la résistance des ouvriers eux-mêmes, qui aimeraient conserver leur liberté quant à leur horaire.

Des statistiques de 1907 montrent que « dans l'industrie, la majorité des salariés masculins travaillaient entre 10 et 11 heures. Un peu plus d'un quart d'entre eux ont une journée de travail dépassant les 11 heures et seulement quelque 8 % travaillent moins de 10 heures »²⁰².

089. Premières initiatives législatives. « La journée de huit heures, impliquant la semaine de quarante-huit heures constituait la grande revendication des classes ouvrières »²⁰³. La première convention de l'OIT porte sur la durée du travail dans l'industrie et a pour objectif de limiter à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine le nombre des heures de travail dans les établissements industriels ; elle remonte à 1919 et a été ratifiée par le Luxembourg en 1928. Par un arrêté de 1932, qui vient abroger l'arrêté de 1918, cette convention est mise en œuvre sur le plan national²⁰⁴. Notons que le Luxembourg a fortement et intentionnellement tardé à approuver cette convention, dans le souci d'attendre pour voir si ses principaux concurrents industriels allaient en faire de même²⁰⁵.

¹⁹⁷ Règlement ouvrier des usines de la société des forges d'Eich (1890), art.30.

¹⁹⁸ Règlement ouvrier des usines de la société des forges d'Eich (1890), Art. 36.

¹⁹⁹ C.R. 1892/1893, Séance du 15 décembre 1892, p. 245.

²⁰⁰ BLUM René, La durée légale du travail au Grand-Duché de Luxembourg, Etude d'histoire législative et économique, ONS HEMECHT, 1912, p. 5 et 13.

²⁰¹ BLUM René, op.cit., p. 14 et 15.

²⁰² STATEC, L'économie luxembourgeoise au 20^e siècle, p. 229.

²⁰³ Projet de loi n° 1450, Exposé des motifs, p. 556.

²⁰⁴ Arrêté grand-ducal du 30 mars 1932, concernant l'application de différentes conventions adoptées par la Conférence Internationale du Travail au cours de ses dix premières sessions.

²⁰⁵ Projet de loi concernant la ratification des conventions qui ont été adoptées par la Conférence internationale du Travail au cours des dix premières sessions, C.R. 1927/1928, Annexes, Dépêche au Conseil d'Etat du 26 novembre 1927, p. 165 : « Cette situation paradoxale [la non-ratification des premières conventions OIT malgré une législation sociale avancée] s'explique cependant par deux faits qui ont retardé jusqu'ici la ratification desdites conventions. Vu l'état très avancé de sa législation, le Luxembourg avait envisagé, dès le premier moment, de comprendre dans un seul et

En 1918, une proposition de loi est déposée pour introduire la journée de huit heures de « travail effectif »²⁰⁶. On lit dans l'exposé des motifs que « c'est dans ce but que les partis ouvriers des deux hémisphères ont formulé la grande revendication des huit heures, pour laquelle le prolétariat mondial manifeste chaque année lors de sa fête du 1^{er} mai. Il me semble acquis qu'un travail journalier de huit heures doit suffire pour faire vivre le travailleur et sa famille. Cette restriction du travail lui fournira les loisirs dont il a besoin pour affiner son intelligence et pour profiter à son tour des bienfaits, des beautés de la culture moderne ».

C'est cependant par un *arrêté* de la même année que la semaine de 8 heures sera rendue obligatoire dans certains secteurs, notamment dans les mines et minières, les usines, manufactures et fabriques et les établissements classés comme dangereux, insalubres ou incommodes, ainsi que dans ceux où le travail se fait à l'aide de chaudières à vapeur ou de moteurs mécaniques²⁰⁷. L'introduction de la journée de 8 heures devait se faire sans réduction de salaire²⁰⁸. C'est la durée de travail « effectif » des ouvriers qui est limitée à 8 heures. La petite industrie et le métier occupant moins de 20 ouvriers étaient dispensés de cette limitation de la durée de travail²⁰⁹. La pratique des dérogations ministérielles semble avoir été modérée²¹⁰. Mais la mise en œuvre sur le terrain de cette limitation à 8 heures par jour se heurtait à de nombreux obstacles²¹¹.

même projet la ratification des différences conventions. Or, parmi les premières conventions (...) figure celle qui a pour objet la limitation à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine du nombre des heures de travail dans les établissements industriels. (...). Le Luxembourg, dont l'activité économique et industrielle est très intense et dont les produits rencontrent une concurrence des plus sérieuses sur le marché mondial, ne pouvait se lier dans ces conditions par un accord international, sans avoir la certitude que cet accord trouverait également l'approbation de ses grands voisins, notamment de la France et de la Belgique ».

²⁰⁶ Proposition de loi concernant la journée de huit heures dans les grandes entreprises industrielles et de transport, C.R. 1917/1918, Annexes, p. 306.

²⁰⁷ Arrêté grand-ducal du 14 décembre 1918, concernant l'introduction de la journée de huit heures.

²⁰⁸ Art. 2 de l'arrêté grand-ducal du 14 décembre 1918 précité.

²⁰⁹ Art. 1 de l'arrêté du 14 décembre 1918, concernant l'introduction de la journée de travail de huit heures (quoique de la même date et de même nom, il s'agit d'un arrêté distinct de celui cité précédemment, Mémorial A n° 80 de 1918).

²¹⁰ Projet de loi concernant la ratification des conventions qui ont été adoptées par la Conférence internationale du Travail au cours des dix premières sessions, C.R. 1927/1928, Annexes, Dépêche au Conseil d'Etat du 26 novembre 1927, p. 173 : « Il n'existe dans le Grand-Duché aucune industrie ou branche d'industrie, qui, sous le régime de l'arrêté-loi du 4 décembre 1918, ait obtenu du Gouvernement une dérogation permanente pour dépasser la journée de huit heures. En ce qui concerne les dérogations temporaires que la convention permet d'accorder aux entreprises pour pouvoir faire face à des surcroîts de travail extraordinaires, des dispenses de l'espèce n'ont été consenties jusqu'ici par le Gouvernement grand-ducal que dans des cas tout à fait exceptionnels ».

²¹¹ Séance du 7 mars 1919, C.R. 1918/1919, p. 1946, député KRIER : « Bei der Ausführung dieses Beschlusses hat die Regierung bis jetzt versagt. Sie war nicht imstande, den Achtstundentag einzuführen, trotz der hohen Strafen, die auf die Nichtbefolgung des Beschlusses gesetzt sind. ... [wir] sehen, dass derselbe in vielen Betrieben noch nicht eingeführt ist, sogar in Gemeindebetrieben, wie hier in Luxemburg. In Hollerich besteht er überhaupt nicht ; in sämtlichen Brauereien und in verschiedenen Sägewerken besteht er nicht ».

Du côté des employés privés, la loi de 1919 précisait que « le temps normal de la journée de travail de l'employé est de huit heures »²¹². Le but de cette réglementation n'était pas de limiter strictement la durée de travail à huit heures²¹³ ; avec leur accord, l'employeur pouvait faire travailler davantage ses employés, mais devait rémunérer ces heures supplémentaires avec une majoration de 50 %; « da dem geistigen Arbeiter ein höheres und geläutertes Pflichtempfinden vorausgesetzt wird, scheint es nicht angängig, bezüglich der Arbeitsdauer eine allzustarre Regelungsform vorzusehen, welche eine Anpassungsfähigkeit an gegebene wirtschaftliche Verhältnisse unmöglich machen würde »²¹⁴.

Une proposition de loi déposée en 1927, qui n'aboutira pas, proposait une réduction progressive de la durée de travail, qui va de pair avec les gains en productivité de l'économie²¹⁵.

Dès 1931, le législateur voulait que, par la ratification de la Convention OIT concernant la réglementation de la durée du travail dans le commerce et dans les bureaux, la limitation de travail à 8 heures, déjà en place pour les employés, soit étendue aux ouvriers occupés dans ce domaine²¹⁶. Cette convention ne sera cependant finalement ratifiée qu'en 1953²¹⁷.

Il est intéressant de noter que si aujourd'hui, la réduction de la durée de travail est présentée comme un moyen pour atteindre le plein emploi, en répartissant le travail disponible parmi toute la population active, les soucis étaient inverses en 1918, alors qu'on s'inquiétait si l'industrie allait trouver la main-d'œuvre nécessaire suite à la journée de 8 heures²¹⁸. Vingt ans plus tard, la donne change cependant.

²¹² Art. 6 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés.

²¹³ DIDERICH Gaston, ENNESCH Alfons, Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz, p. 99 : « Diese Bestimmung schreibt nicht notwendigerweise den Achtstundearbeitstag für den Privatangestellten vor, sondern gestattet ihm, seinem Dienstgeber, über dieses Zeitmaß hinaus, Dienste zu leisten, sichert ihm aber für die, dieses Maß übersteigenden Arbeitsstunden, eine spezielle Entlohnung, deren Ausmaß (Satz) gesetzlich festgelegt ist. Es kann als allgemeiner Gesichtspunkt festgehalten werden, dass der Dienstnehmer Dienste über die normale Arbeitsdauer von 8 Stunden zu leisten nicht verpflichtet ist ».

²¹⁴ DIDERICH Gaston, ENNESCH Alfons, Leitfaden zum Privatangestellten-Gesetz, p. 100.

²¹⁵ Gesetzesprojekt betreffend Regelung der Arbeitszeit, C.R. 1926/1927, Annexes, déposé par KRIER, p. 367 : « Anstatt dass man aber die Einschränkung der Arbeitszeitdauer mit der Rationalisierung der Wirtschaft gleichen Schritt halten lässt und dadurch die gleichmäßige Beteiligung aller Arbeitskräfte am Produktionsprozess ermöglicht, will man versuchen, möglichst viele Abweichungen von der achtstündigen Normalarbeitszeit zu erreichen und diese statt als Maximal-, als Minimalarbeitszeitdauer betrachten ».

²¹⁶ Projet de loi portant approbation des Conventions qui ont été adoptées par la Conférence internationale du Travail au cours de sa quatorzième session et sa quinzième session, C.R. 1934/1935, Annexes, Dépêche au Conseil d'Etat du 15 décembre 1932, p. 183 : « Au moment où la convention aura acquis force de loi dans le Grand-Duché, ses dispositions s'appliqueront au personnel occupé dans le commerce et dans les bureaux, même si ce personnel ne revêt pas le caractère d'employé privé ».

²¹⁷ Loi du 10 février 1958 portant approbation de la Convention N° 30 concernant la réglementation de la durée du travail dans le commerce et dans les bureaux, adoptée par la Conférence Internationale du Travail en sa 14e session, le 28 juin 1930.

²¹⁸ Proposition de loi concernant le travail des luxembourgeois dans les entreprises commerciales et industrielles du pays, C.R. 1918/1919, Annexes, Avis du Conseil d'Etat, p. 833 :

Dès 1938, il est précisé pour les employés que le temps normal de la journée de travail est limité à huit heures²¹⁹.

En 1939, « considérant qu'en raison de l'aggravation constante du chômage et du manque de travail dans le bâtiment il importe d'établir une répartition équitable des possibilités de travail pour la durée de la crise actuelle », la durée de travail des ouvriers dans les établissements industriels et dans tous les travaux de bâtiment neufs est limitée à 8 heures par jour. Cette règle sera abolie par la commission administrative au bénéfice d'un retour à la durée de travail normale (« *normale Arbeitszeit* ») sous l'occupation allemande, en considération que « *die wirtschaftlichen Umstände die dem vorerwähnten Beschluss zugunde lagen nicht mehr bestehen* »²²⁰.

090. Réglementation actuelle. Actuellement, la durée de travail maximale ordinaire est de 8 heures (L. 211-5 C.T. Elle peut être étendue : **(a)** par des mécanismes de flexibilité que sont l'horaire mobile et le P.O.T. (→ II.112) ; **(b)** par des heures supplémentaires (→ II.101) ; **(c)** par application de l'article L. 211-8 qui autorise l'employeur à porter la durée du travail journalier à 9 heures à condition que le travail ne se répartisse pas sur plus de 5 jours sur la semaine ; **(d)** par les exceptions visées à l'article L. 211-19 qui vise notamment le travail par équipes successives²²¹ ; **(e)** par des dérogations ministérielles exceptionnelles (L. 211-20).

Même par application de ces dérogations, la durée de travail journalière ne peut dépasser 10 heures par jour, sauf dérogations exceptionnelles dans lesquelles une durée de travail journalière de 12 heures peut être autorisée (L. 211-12 (2) ; L. 211-13). Pour les adolescents, la limite est en principe fixée à 9 heures par jour (L. 344-9 (3)).

§ 2. - Répartition sur la journée : horaire et pauses

091. Pauses quotidiennes. Pour protéger sa santé et sa sécurité, tout salarié doit bénéficier d'un ou de plusieurs temps de repos si la durée de travail journalière est supérieure à six heures, mais une seule coupure de l'horaire peut être non rémunérée (L. 211-16 (1)). Initialement, la durée de cette pause avait été fixée à un minimum de 30 minutes²²². Puisque pour de nombreuses entreprises, la mise en œuvre de cette pause

« L'introduction de la journée de 8 heures aura pour conséquence d'augmenter le nombre d'ouvriers dont la grande industrie aura besoin, de 25 % au moins. ... Il est manifeste que le déficit sera comblé par des ouvriers étrangers ... ».

²¹⁹ Arrêté grand-ducal du 21 octobre 1938, concernant l'exécution de l'Art. 6 de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés.

²²⁰ Beschluss betreffend Abschaffung des Grossherzoglichen Beschlusses vom 16. Oktober 1939 über die Begrenzung der Arbeitszeit, 20 juillet 1940, Pasinomie luxembourgeoise, Période d'occupation 1940-44, p. 46.

²²¹ Dans l'industrie métallurgique, organisée par équipes, d'abord 2 équipes se relayaient nuit et jour, travaillant 12 heures, et le changement d'équipe nécessitait une journée de travail de 24 heures. Par la suite, ce changement ne nécessitera plus qu'un travail continu de 16 heures. Ce phénomène a été appelé dans le langage courant luxembourgeois « de laangen Tour ».

²²² Loi du 12 février 1999 concernant la mise en oeuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998 : « (1) Tout travailleur bénéficie, dans le cas où la durée de travail journalière est supérieure à six heures, d'un temps de repos non rémunéré de trente minutes au minimum. (2) Les modalités d'application du temps de repos peuvent être précisées par la convention collective de travail applicable ».

s'avérait difficile, la loi a été changée en 2002²²³ et aucune durée n'a été fixée. Puisque la législation européenne s'inscrit dans une optique de sécurité et de santé au travail²²⁴, il a toutefois été précisé que la durée des pauses doit être adaptée « à la nature de l'activité exercée », dans l'espoir douteux²²⁵ que cette ajoute suffise aux exigences européennes de sécurité²²⁶. Nous n'avons pas connaissance de jurisprudences qui préciseraient la durée adéquate d'une pause.

Pour les adolescents, une pause d'au moins 30 minutes s'impose après 4 heures de travail (L. 344-11 (1)). Dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, la durée de la pause ne peut excéder 3 heures (L. 212-7).

Le cas échéant, des considérations de sécurité et de santé au travail peuvent imposer le respect d'autres pauses, qui dans ce cas doivent être rémunérées. Si la loi ne dit pas expressément qu'elles doivent aussi être comptabilisées comme durée de travail²²⁷ (→ II.063), la pratique va cependant dans le sens d'une assimilation, et on pourrait argumenter que durant une pause rémunérée, le salarié n'est pas entièrement libre de sorte qu'il reste à disposition de l'employeur.

Comme pour toutes les questions de durée de travail, l'employeur doit veiller à ce que le salarié respecte les pauses obligatoires²²⁸.

²²³ Loi du 8 mars 2002 portant révision de la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998.

²²⁴ Projet de loi n° 4763, Commentaire des articles, p. 19 : « La version initiale de la loi du 12 février 1999 prescrivait un temps de repos non rémunéré de trente minutes au minimum pour chaque salarié dont la durée de travail journalière est supérieure à six heures. Cette disposition a été insérée dans le texte notamment en vue de transposer l'article 4 de la directive 93/14/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, qui ne prévoit cependant pas de durée minimale. Il s'avère que l'application pratique de ce temps de repos non rémunéré pose problème à trois niveaux: a) Beaucoup de conventions collectives, surtout dans les entreprises à cycle continu, prévoient des pauses rémunérées de quinze ou vingt minutes. Par ailleurs d'autres pauses (cigarettes, etc.) sont tolérées. (...) Or la finalité de cette disposition est de garantir aux travailleurs une interruption de travail pour des motifs de santé et sécurité, que cette interruption soit rémunérée ou non. La directive européenne de base est en effet une directive en matière de santé et de sécurité qui ne pouvait imposer une rémunération de l'interruption.

Au vu de ce qui précède et afin de clarifier le texte, le présent projet modifie le texte initial dans le sens qu'il ne contient plus de durée minimale de la pause, qu'il fait un renvoi à l'objectif premier du temps de repos, à savoir la santé et la sécurité des travailleurs, en prescrivant une ou plusieurs pauses adaptées à l'activité exercée et qu'il précise que le temps de repos peut être soit rémunéré soit non rémunéré. ».

²²⁵ Selon le Considérant n° 5 de 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 notion de repos doit être exprimée en unités de temps, c'est-à-dire en jours, heures et/ou fractions de jour ou d'heure ». Les pauses sont prévues par l'article 4 de la directive.

²²⁶ Projet de loi n° 4763, Rapport de la commission spéciale du 15 janvier 2002, p. 19 : « Pour des raisons d'application pratique, cette durée minimale a été remplacée par une référence à la santé et la sécurité des travailleurs qui sont les objectifs premiers des temps de repos. Le projet de loi se contente de prévoir que les salariés occupés pendant plus de 6 heures par jour bénéficient d'une ou de plusieurs pauses rémunérées ou non ».

²²⁷ On pourrait imaginer une personne présente 11 heures, dont 8 heures de travail, 1 heure de pause non rémunérée et 2 heures de pause rémunérée.

²²⁸ Dans sa contribution quant au travail des enfants, SERGE HOFFMANN retrace notamment le rapport d'un inspecteur du travail, estimant que les enfants cherchent à abrégier autant que

092. Repos quotidien. Tout salarié doit en outre bénéficier au cours de chaque période de 24 heures d'une période de repos de 11 heures consécutives²²⁹ au moins (L. 211-16 (3) ; 12 heures pour les adolescents, L. 344-12 (1)). Les onze heures de repos journalier doivent être consécutives. Cela signifie que les travailleurs ne doivent pas être interrompus pendant leur période de repos, mais pas nécessairement au cours d'une période correspondant à une journée de calendrier (de 0h à 0h), cette période pouvant se situer à tout moment de la nuit ou, plus exceptionnellement, de la journée.

093. Travail de nuit et travail posté. Le travail de nuit et le travail posté²³⁰ peuvent être classés parmi les formes atypiques de travail dans la mesure où la grande majorité des salariés travaillent de jour. Rappelons que dans un premier temps, il a été décidé que les femmes devaient être préservées du travail de nuit avant que cette disposition n'ait été abolie par souci de non-discrimination²³¹. Le travail de nuit reste cependant un phénomène majoritairement masculin.

Le travail de nuit n'est pas interdit et n'est soumis à aucune autorisation, sauf pour les adolescents (L. 344-15). En effet, le Luxembourg a un taux de travail de nuit relativement faible, avec environ 13 % des salariés appelés à travailler de nuit (5 % à titre habituel)²³². Il s'agit dès lors d'un travail ordinaire qui peut être librement convenu entre employeur et salarié.

En raison de la pénibilité de cette forme de travail, qui va a priori à l'encontre de notre rythme biologique, certaines règles spécifiques - fondées sur le droit international et le droit européen²³³ - s'intéressent au travail de nuit. Les mesures mises en place pour les travailleurs de nuit doivent être prises « en vue de protéger leur santé, de leur faciliter l'exercice de leurs responsabilités familiales et sociales, de leur assurer des chances de développement de carrière et de leur accorder les compensations appropriées », ainsi que sur le plan de la sécurité²³⁴.

Certaines limitations horaires s'appliquent pour tous les salariés (L. 211-5), tandis que les adolescents (L. 344-15) et les femmes enceintes (L. 333-1) sont soumis à un dispositif plus protecteur. A l'instar des salariés occupant un poste à risques, les

possible leurs pauses parce qu'ils sont payés à la pièce ; HOFFMANN Serge, *Le travail des enfants (et des femmes) dans les entreprises luxembourgeoises*, in : Galerie, Revue Culturelle et Pédagogique n° 2, 1993, p. 196.

²²⁹ Le minimum de 11 heures est imposé par l'article 3 de 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.

²³⁰ Défini comme étant « tout mode d'organisation du travail en équipe selon lequel des travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un certain rythme, y compris le rythme rotatif, et qui peut être de type continu ou discontinu, entraînant pour les travailleurs la nécessité d'accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours ou de semaines » (Art. 2 pt. 5 de la Directive 2003/88/CE).

²³¹ Voir à ce propos : *Aux origines du droit du travail*, n° 435.

²³² *Panorama social 2017*, p. 99.

²³³ 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 s'intéresse au travail nocturne et au travail posté parce que « l'organisme humain est plus sensible pendant la nuit aux perturbations environnementales et à certaines formes pénibles d'organisation du travail et que de longues périodes de travail de nuit sont préjudiciables à la santé des travailleurs et peuvent compromettre leur sécurité au travail » (Considérant n° 7).

²³⁴ Art. 3 (1) de la Convention OIT n° 171 du 26 juin 1990 concernant le travail de nuit.

travailleurs de nuit sont également soumis à un régime différent en ce qui concerne leur surveillance médicale, impliquant un examen médical avant l'entrée en service (L. 326-1 al. 2), des examens périodiques (L. 326 pt. 4), tout comme un droit au reclassement à un travail de jour (L. 326-9 (8)), ainsi qu'un accès facilité à la préretraite (L. 583-1). De par la loi, le travail de nuit ne donne droit à aucune majoration de rémunération²³⁵. Si une convention collective de travail s'applique, celle-ci doit toutefois prévoir une majoration minimale de 15 % pour le travail de nuit (L. 162-12 (3)). La mise en place du travail de nuit implique toutefois une consultation préalable des délégués du personnel²³⁶. Chacune de ces règles propose cependant sa propre définition de ce qu'il faut entendre par « nuit ».

094 à 099. Réservés

SECTION 4. - MÉCANISMES DE FLEXIBILITÉ

100. PIn. Les impératifs de production exigent une adaptation de la main-d'œuvre disponible aux besoins de l'entreprise. Cette flexibilité peut être externe au contrat de travail, par le recours à des effectifs volatiles (CDD, intérimaires, sous-traitance et autres formes nouvelles de contrat de travail), ou interne, c'est-à-dire s'appuyer sur le personnel existant mais en adaptant le nombre d'heures prestées. **(a)** Le mécanisme classique et traditionnel pour aboutir à une certaine flexibilité de la durée de travail au bénéfice des entreprises et déroger à l'horaire normal sont les heures supplémentaires (§ 1^{er}). Cette forme de travail est cependant censée rester exceptionnelle, ce qui explique son régime juridique restrictif. En outre, l'employeur est obligé de compenser (+50 %) ou de rémunérer ces heures (+ 40%) avec une majoration. **(b)** Ne répondant que très partiellement aux besoins des entreprises, ce mécanisme a été complété par l'introduction d'une période de référence permettant d'organiser de manière plus flexible la durée de travail sur une période dépassant la semaine et pouvant aller jusqu'à 12 mois (§ 2). Cette organisation prendra la forme d'un plan d'organisation du travail (P.O.T.) ou d'un horaire mobile. Depuis 2017, l'employeur doit compenser dans certains cas ce gain de flexibilité par une majoration de salaire (+ 20%) et/ou par des jours de congé supplémentaires. **(c)** Rappelons que, sauf selon quelques jurisprudences isolées, il n'est pas permis au Luxembourg de convenir de contrats de travail à durée hebdomadaire flexible, ni de contrats à la demande (*on-call-work*, *zero-hour-contract*). La jurisprudence majoritaire permet cependant à l'employeur invoquant les besoins économiques de son entreprise, de recourir à la procédure de modification unilatérale du contrat pour adapter le nombre d'heures de travail hebdomadaires des salariés (→ II.080). En raison des formalités et préavis à observer, ce mécanisme ne se conçoit cependant que pour des adaptations sur le long terme.

§ 1^{er}. - Heures supplémentaires

101. Contexte. Les heures supplémentaires sont le mécanisme classique pour adapter ponctuellement et exceptionnellement la durée de travail à un surplus de besoin en main-d'œuvre. La législation sur les heures de travail est restrictive et procédurière. Elle n'est pas toujours appliquée à la lettre, souvent de connivence entre l'employeur et le salarié, chacun y trouvant son intérêt : l'employeur gagne en flexibilité, le salarié peut

²³⁵ CSJ, 8e, 19 janvier 2012, 35093, Répertoire VII.6.

²³⁶ Art. L. 414-3 (1) pt. 10 C.T. ; Art. 10 (1) de la Convention OIT n° 171 du 26 juin 1990 concernant le travail de nuit.

arrondir ses fins de mois avec un salaire majoré et défiscalisé. Certaines études ont montré que face à la crise, les entreprises ont commencé par réduire substantiellement le nombre d'heures supplémentaires – ce qui démontre que celles-ci sont loin d'être exceptionnelles. En 2008, on avait en effet relevé une moyenne annuelle de 44 heures supplémentaires prestées par salarié, ce qui correspond à presque une heure par semaine ouvrée ; elles sont particulièrement nombreuses dans les secteurs du transport, du commerce et de la construction²³⁷.

Selon le « Panorama social »²³⁸, près de la moitié des personnes interrogées déclarent avoir une durée de travail effective plus longue que contractuellement définie. Parmi ces travailleurs, 22% déclarent même devoir travailler entre 5 et 10 heures de plus que prévu par leur contrat de travail. Selon l'enquête « Quality of Work Index », même en dehors des cadres, un grand nombre d'employés de bureau et du secteur tertiaire déclarent prester des heures supplémentaires non rémunérées²³⁹.

102. Eléments historiques. Sous le régime employé de 1919, les heures supplémentaires étaient censées être rémunérées avec une majoration de 50 %²⁴⁰. Cette règle est maintenue en 1937, avec la précision toutefois que des heures supplémentaires ne peuvent être demandées que dans des cas exceptionnels²⁴¹.

Pour les ouvriers, aucune réglementation spécifique n'était prévue ; vu que les ouvriers étaient généralement payés à l'heure et non au mois, ces heures étaient rémunérées. En l'absence de toute réglementation, bien que la journée de 8 heures ait été introduite dans certains secteurs, il subsistait des entreprises qui faisaient travailler leurs ouvriers entre 10 et 12 heures par jour²⁴².

Sous l'effet de la crise des années 1970, la tripartite a pris l'initiative de limiter strictement le recours aux heures supplémentaires en les soumettant à autorisation²⁴³. Les heures supplémentaires seront désormais vues non seulement sous l'angle de la santé du travailleur, mais également sous celui de la politique de l'emploi : elles ne sont admissibles que si elles n'ont pas d'incidence sur le marché du travail. Sur le terrain, la pratique d'heures supplémentaires s'est cependant assez largement maintenue. En 2006, ce régime sera à nouveau assoupli « dans un souci de simplification administrative »²⁴⁴, l'accord de la délégation valant autorisation des heures supplémentaires ; puisque souvent salariat et patronat sont favorables aux heures supplémentaires, ce nouveau régime risque de réduire à néant les ambitions de politique d'emploi y associées.

²³⁷ Le coût de la main-d'œuvre 2008, Bulletin du STATEC n° 7/2010, p. 379 et p. 387.

²³⁸ Panorama social 2017, p. 89.

²³⁹ Rapport Quality of work Luxembourg, 2016, p. 65.

²⁴⁰ Art. 6 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés : « Le temps normal de la journée de travail de l'employé est de huit heures. Pour le travail fourni en plus, l'employé aura droit à un salaire supplémentaire supérieur de moitié au prorata à celui convenu au contrat ».

²⁴¹ Art. 6 de la loi du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919, portant règlement légal du louage de service des employés privés.

²⁴² Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, Art. 71.

²⁴³ Projet de loi n° 2118, Avis de la Commission Spéciale du 15 décembre 1977, p. 753.

²⁴⁴ Projet de loi n° 5611 (Tripartite 2006), Rapport de la Commission spéciale du 14 décembre 2006, p. 11.

103. Exclusion des cadres et de certains salariés. Rappelons que certaines personnes sont exclues de la législation sur la durée de travail (→ II.051). Pour certaines de ces personnes, notamment les femmes de ménage au domicile privé, la jurisprudence confirme dès lors qu'elles n'ont pas droit à des heures supplémentaires, mais de nombreux employeurs les paient sur une base volontaire.

En pratique, le cas d'exclusion le plus fréquent est celui de certains cadres supérieurs, plus précisément des « personnes occupant un poste de direction effective » et les « cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance ». Ces personnes ne bénéficient donc pas du régime des heures supplémentaires²⁴⁵. Cela implique qu'une prestation de travail supplémentaire de leur part ne doit être ni spécialement autorisée, ni indemnisée. Les autres cadres supérieurs (donc ceux qui satisfont à la définition générale, mais qui n'ont pas de poste de direction effective et dont la présence à l'entreprise n'est pas indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance) ne satisfaisant pas à la définition précitée sont soumis aux restrictions en matière d'autorisation préalable des heures supplémentaires ; ils peuvent, dans notre lecture du texte, prétendre à rémunération, mais pas à un taux majoré (L. 211-27 (5)²⁴⁶). Il semble cependant possible de prévoir pour les cadres que leur rémunération inclue les heures supplémentaires ou de prévoir un forfait afférent²⁴⁷ ; il faudrait dans ce cas prévoir une clause afférente dans le contrat. Sur la notion de cadre, voir en détail → I.155.

104. Notion d'heure supplémentaire. L'heure supplémentaire est définie comme étant « tout travail effectué au-delà des limites journalières et hebdomadaires de la durée normale de travail déterminée par la loi ou les parties » (L. 211-22 (1)). En cas de travail à temps partiel, la loi prévoit une flexibilité hebdomadaire de 20 % avec possibilité d'y déroger conventionnellement (→ II.086) ; une heure travaillée couverte par ce pourcentage n'est pas une heure supplémentaire²⁴⁸ ; celle dépassant cette flexibilité maximale constituera une heure supplémentaire²⁴⁹. En cas de P.O.T. ou d'horaire mobile, seules les heures sortant du cadre de ces régimes de flexibilité seront considérées comme étant des heures supplémentaires. Le P.O.T. connaît par ailleurs une forme de travail rémunérée à 120 % du salaire normal, qui n'est pas pour autant une heure supplémentaire (→ II.113).

105. Caractère exceptionnel. Les heures supplémentaires sont censées rester exceptionnelles, et ce pour plusieurs raisons : d'un côté, il y a lieu de protéger les salariés contre une durée de travail excessive compromettant leur sécurité et leur santé et contre des variations imprévisibles de la durée de travail ; d'un autre côté, il y a également lieu d'éviter que les entreprises prestent de nombreuses heures supplémentaires au lieu de recruter du personnel puisque, dans l'intérêt du plein emploi, il y a lieu de répartir le travail disponible parmi toute la population active. Du moins sur le papier, les heures supplémentaires doivent dès lors être spécialement justifiées et ne sont autorisées que dans les cas suivants : **(a)** pour des travaux en vue de faire face à un

²⁴⁵ Sauf dans le cadre du contrat de travail maritime ; CSJ, 11 mai 2006, 29310, Répertoire II.7.

²⁴⁶ Selon l'article L. 211-27 (5), les « conditions » de salaire spécial des heures supplémentaires ne leur sont pas applicables, mais le principe que toute heure prestée mérite salaire devrait continuer à s'appliquer.

²⁴⁷ Voir p.ex. CSJ, 8e, 29 mars 2012, 36991, Répertoire VII.3.5.2.

²⁴⁸ CSJ, 3e, 17 février 2011, 35535, Répertoire VII.3.5.1.

²⁴⁹ CSJ, 3e, 6 décembre 2007, 31624, Répertoire VII.3.3.

accident survenu ou imminent; **(b)** pour des travaux d'urgence à effectuer aux machines et à l'outillage ou des travaux commandés par un cas de force majeure, dans la mesure nécessaire pour éviter une entrave sérieuse à la marche normale de l'établissement ; **(c)** pour prévenir la perte de matières périssables ou éviter de compromettre le résultat technique du travail; **(d)** pour permettre des travaux spéciaux tels que l'établissement d'inventaires ou de bilans, les échéances, les liquidations et les arrêtés de comptes ; **(e)** dans des cas dûment justifiés et sans incidence directe sur le marché du travail. Ce dernier cas est assez imprécis et donc large et le plus fréquemment invoqué pour justifier les heures supplémentaires.

106. Autorisation préalable. Sauf dans les cas mentionnés sous (a) et (b) pour lesquels une information *ex post* de l'ITM est suffisante, toute prestation d'heures supplémentaires doit être autorisée. L'employeur doit consulter sa délégation du personnel ou, à défaut, les salariés concernés et ensuite adresser à l'ITM une requête motivée indiquant les circonstances exceptionnelles. Il doit également expliquer pourquoi il n'est pas possible d'embaucher des salariés complémentaires. Si l'avis de la délégation (ou des salariés) est favorable, la requête vaut autorisation. En cas d'avis défavorable, le ministre statue sur base d'un rapport établi par l'ITM. Ce dernier cas se présente rarement : en 2015, l'ITM a reçu 5022 demandes pour travail supplémentaire, dont 28 demandes (soit 0,5 %) étaient avisées défavorablement par la délégation du personnel²⁵⁰. En 2016, le nombre de demandes s'élevait à 8.014²⁵¹. Si on considère que rien que la population active résidente de plus de 200.000 salariés effectue en moyenne 30 heures supplémentaires par an (2012), on peut s'imaginer que les 5.000 demandes annuelles n'en couvrent qu'une petite partie.

107. Limites maximales. Pour les heures supplémentaires prestées en dehors des cas particulièrement urgents énumérés sous (a) et (b), il ne peut être effectué plus de 2 heures supplémentaires par jour et la durée journalière de travail ne doit pas excéder 10 heures (L. 211-26). S'il était par exemple prévu selon l'horaire normal que le salarié allait travailler durant 9 heures, une seule heure supplémentaire est admissible.

108. Obligation de prester des heures supplémentaires. Tant qu'il n'y a pas de demande auprès de l'ITM et d'avis de la délégation du personnel, le salarié est à notre avis en droit de refuser les heures supplémentaires, vu que celles-ci seraient illégales²⁵² ; en acceptant de travailler, il se ferait complice d'un délit. Il en est de même si l'horaire de travail légal maximal était dépassé. Certaines catégories de salariés peuvent par ailleurs également d'office refuser la prestation d'heures supplémentaires, même si la délégation ou l'ITM ont donné leur aval, à savoir : **(a)** les adolescents, sauf cas exceptionnels, impliquant notamment qu'il ne peut être légitimement recouru à des salariés adultes (L. 344-10); **(b)** les femmes enceintes et allaitantes ne peuvent pas être tenues de prester des heures supplémentaires (L. 336-1) ; **(c)** en fonction du contenu exact de leur contrat de travail, les salariés à temps partiel sont soumis à un régime plus strict (→ II.086). Pour eux, la prestation d'heures supplémentaires n'est admise que si le contrat le prévoit explicitement (en ce sens Art. L. 123-4 point 3²⁵³). **(d)** Selon le site

²⁵⁰ Rapport annuel du Ministère du travail, 2015, p. 175.

²⁵¹ Rapport annuel du Ministère du travail, 2016, p. 199.

²⁵² Sauf dans les cas prévus à l'article L. 211-24.

²⁵³ Projet de loi n° 2671 concernant le travail volontaire à temps partiel, Rapport de la Commission du travail et de l'emploi, 26.1.1.1993, p. 6 : « La prestation d'heures de travail supplémentaires par le salarié n'est possible que si le contrat de travail le prévoit. Dès la première

Internet (FAQ) de l'ITM, l'entreprise utilisatrice ne peut exiger la prestation de la part d'intérimaires ; le formulaire officiel de l'ITM prévoit cependant les catégories 'salariés' et 'intérimaires'. (e) Certaines conventions collectives interdisent explicitement à l'employeur d'imposer les heures supplémentaires contre le gré des salariés²⁵⁴.

En dehors de ces cas, il se pose toutefois la question si l'employeur peut unilatéralement imposer – le cas échéant à bref délai – des heures supplémentaires. On pourrait admettre que les heures supplémentaires relèvent du pouvoir unilatéral de l'employeur : pas plus que le salarié ne saurait s'octroyer des heures supplémentaires sans disposer de l'accord au moins implicite de l'employeur, il ne saurait refuser d'en prester. Une telle obligation entraînerait cependant d'importants inconvénients pour le salarié, notamment au niveau de l'organisation de son trajet professionnel ou de sa vie privée et familiale.

En l'absence de texte légal, il y a lieu de se référer à la jurisprudence. Selon la jurisprudence de la CJUE, l'obligation du salarié de prester des heures supplémentaires est censée figurer explicitement dans la documentation écrite qu'il a reçue, donc au Luxembourg dans le contrat de travail ; l'absence de cette mention n'implique cependant pas automatiquement que le salarié puisse refuser toute prestation de travail supplémentaire²⁵⁵. Une clause explicite dans le contrat de travail permettrait toutefois d'éviter bon nombre de contestations. Une proposition de directive européenne pourrait introduire un délai de prévenance et un droit de refus s'il n'a pas été respecté²⁵⁶. En l'absence de telles prévisions, il faut relever quelques décisions qui ont abordé la problématique. Dans un arrêt de 2011, la Cour avait retenu que le salarié n'avait pas d'obligation de prester des heures supplémentaires et que, par conséquent, un refus ne vaut pas subordination et ne saurait donc fonder un licenciement²⁵⁷. La

heure de travail supplémentaire, le salarié a droit aux majorations de rémunération prévues par la loi en matière d'heures supplémentaires ».

²⁵⁴ Voir p.ex. Art. 12.3. CCT-Intérimaires : « Personne ne peut être obligé de prester des heures supplémentaires ».

²⁵⁵ La directive 91/533/CEE a été transposée au Luxembourg en ce sens que les informations à fournir au salarié doivent figurer au contrat de travail. CJUE, C-350/99, 8 février 2001, *Wolfgang Lange*, ECLI:EU:C:2001:84 : « il résulte de l'article 2, paragraphe 1, de ladite directive que l'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié une stipulation qui présente le caractère d'un élément essentiel du contrat ou de la relation de travail, en vertu de laquelle ce dernier est obligé d'effectuer des heures supplémentaires sur la simple demande de l'employeur. (...) Aucune disposition de la directive 91/533 n'impose de considérer comme inapplicable un élément essentiel du contrat ou de la relation de travail qui n'a pas été mentionné dans un document écrit remis au travailleur salarié ou n'y a pas été mentionné avec une précision suffisante. » ; selon un projet de directive, cet arrêt sera transposé en droit positif, de sorte que l'obligation d'information patronale (donc au Luxembourg le contenu du contrat de travail) devra porter sur « les modalités concernant les heures supplémentaires et leur rémunération », Art. 3 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

²⁵⁶ Voir les considérants n° 23 et 24 de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final : « Les travailleurs devraient avoir la possibilité de refuser une tâche si celle-ci arrive en dehors des heures et jours de référence ou n'a pas été notifiée dans le délai de prévenance minimal, sans avoir à subir de conséquences défavorables du fait de ce refus. Les travailleurs devraient également avoir la possibilité d'accepter cette tâche s'ils le souhaitent ».

²⁵⁷ CSJ, 3e, 7 avril 2011, 35211, Répertoire VII.3.1. : « Quant au bien-fondé des motifs du licenciement, la Cour constate que l'analyse du tribunal du travail est correcte dans la mesure où il

jurisprudence récente adopte des solutions différentes et reconnaît une obligation de principe de faire des heures supplémentaires. La Cour retient ainsi que le salarié ne peut refuser la prestation d'heures supplémentaires sans motif, surtout lorsqu'il connaît l'importance pour l'employeur de terminer le chantier. Le refus peut valoir motif de licenciement²⁵⁸. Ou encore²⁵⁹ : « L'employeur peut obliger le salarié, en vertu de son pouvoir de direction, et pour autant qu'il agisse dans le cadre légal, à prester, pour les besoins du service, des heures supplémentaires que ce dernier ne peut refuser d'accomplir. L'employeur commettrait un abus de droit s'il imposait de façon systématique au chauffeur professionnel d'exécuter contre son gré des heures supplémentaires dans une mesure non raisonnable ».

109. Indemnisation. C'est dans le cadre du statut unique de 2009 que la règle de la compensation des heures supplémentaires par du temps de repos rémunéré a été introduite. Le législateur a explicitement exclu la possibilité pour le salarié de revendiquer le paiement des heures supplémentaires en espèces²⁶⁰. Le Conseil d'Etat avait même proposé de limiter une compensation en espèces au seul cas où le salarié quitte l'entreprise²⁶¹, comme en matière de congé annuel, proposition qui n'a pas été retenue.

Les modes de compensation possibles sont dès lors : **(a)** Les heures supplémentaires sont censées être indemnisées en principe par un temps de repos rémunéré à hauteur de 1,5 heure par heure de travail supplémentaire. **(b)** Le Code prévoit aussi la possibilité de comptabiliser l'heure à ce taux dans un compte épargne temps, dont le fonctionnement est cependant abandonné aux conventions collectives (L. 211-27). **(c)** Exceptionnellement, si pour des raisons inhérentes à l'organisation de l'entreprise, la récupération ne peut pas se faire par un tel repos compensatoire ou si le salarié quitte l'entreprise, il a droit à un paiement avec une majoration de 140 % (125% en matière maritime²⁶²). Le critère des « raisons inhérentes à l'organisation de l'entreprise » est extrêmement vaste et donne une large liberté à l'employeur, ce d'autant plus qu'il n'est pas clair comment le respect de ce critère est contrôlé et sanctionné, mis à part par l'amide de l'article L. 211-36. Si le salarié insiste sur une compensation par du repos, l'employeur devra probablement fournir une motivation. **(d)** La Cour a aussi admis un accord spécifique selon lequel un congé pris par le salarié sera compensé par des heures supplémentaires futures²⁶³ ou que les heures supplémentaires serviront au prolongement futur du congé collectif²⁶⁴.

Les paiements pour heures supplémentaires sont à renseigner sur la fiche de salaire ; les heures supplémentaires sont également à inscrire dans un registre spécial (→ II.064). La

est arrivé à la conclusion, concernant tout d'abord le reproche tenant au refus du salarié de prester des heures supplémentaires le soir du 17 octobre 2006, en appliquant la jurisprudence constante en la matière, que ce refus, même s'il a pu mettre l'employeur dans l'embarras, ne constitue pas un refus de travail ou une insubordination, dès lors une faute grave ».

²⁵⁸ CSJ, 3e, 11 juillet 2013, 37573, Répertoire VII.3.1.

²⁵⁹ CSJ, 8e, 28 février 2013, 37736, Répertoire VII.3.1.

²⁶⁰ Projet de loi n° 5750, Rapport de la Commission de la santé et de la sécurité sociale et de la commission du travail et de l'emploi du 24 avril 2008, p. 14.

²⁶¹ Projet de loi n° 5750, Avis du Conseil d'Etat du 19 février 2008, p. 8.

²⁶² Art. 4 ; Règlement grand-ducal du 1er novembre 2014 portant déclaration d'obligation générale de la convention collective de travail sur les conditions de travail des gens de mer.

²⁶³ CSJ, 8e, 16 mai 2013, 38104, Répertoire VII.3.5.2.

²⁶⁴ CSJ, 3e, 3 mars 2005, 28687, Répertoire VII.3.5.2.

rémunération pour heures supplémentaires est entièrement exemptée d'impôts et partiellement exemptée de cotisations sociales (L. 211-27 (3)) Il semble assez incohérent de limiter les cas de recours aux heures supplémentaires et de préférer une compensation par du repos à une compensation financière, puis d'accorder des avantages fiscaux à cette dernière option.

Une certaine incertitude plane sur la rémunération des heures supplémentaires qui sont illégales, soit parce qu'il n'y a pas eu d'autorisation, soit parce que la durée de travail admissible a été dépassée. D'un côté, on pourrait considérer comme injuste qu'un salarié ne soit pas payé pour une heure qu'il a travaillé le cas échéant sous la contrainte patronale et sans possibilité réelle de refuser. D'un autre côté, l'employeur est censé être le principal mais pas le seul garant du respect de la législation et les salariés peuvent également être responsabilisés ; le fait de ne pas rémunérer ces heures illégales pourrait aboutir à une prise de conscience afférente et un refus des salariés de se laisser faire, donc un meilleur respect de la législation. Dans un arrêt de 2012, la Cour a retiré du décompte présenté par le salarié les heures supplémentaires qui n'étaient pas légalement autorisées parce qu'elles dépassaient la 10^e heure journalière²⁶⁵ ; elle a donc considéré d'office qu'il importe peu de savoir si ces heures ont été prestées ou non, puisque le salarié ne peut réclamer le salaire d'une telle prestation illégale. Dans un arrêt de 2011, une offre de preuve portant sur 8 heures supplémentaires par jour avait été admise²⁶⁶. La jurisprudence ne semble donc pas avoir de ligne claire.

110. Preuve des heures supplémentaires. La charge de la preuve en matière d'heures supplémentaires appartient au salarié²⁶⁷, et ce même si l'employeur a omis de tenir le registre obligatoire des heures supplémentaires²⁶⁸. Le Tribunal vérifie si une preuve suffisante est donnée, même si l'employeur ne se présente pas à l'audience, et accorde défaut²⁶⁹. Le salarié qui soutient avoir presté des heures supplémentaires doit prouver tant la réalité de ces heures de travail que le fait qu'elles ont été prestées à la demande de l'employeur et qu'il a donné son accord²⁷⁰. Il appartient ensuite, conformément aux principes généraux en matière de preuve, à l'employeur de prouver qu'il s'est acquitté de la rémunération due²⁷¹ ; il ne suffit pas qu'il établisse qu'il y aurait eu un paiement, mais

²⁶⁵ CSJ, 8e, 6 décembre 2012, 37427, Répertoire VII.3.5.1.

²⁶⁶ CSJ, 8e, 26 mai 2011, 35987 et 36090, Répertoire VII.3.5.1.

²⁶⁷ CSJ, 3e, 23 avril 2015, 41073, Répertoire VII.3.2.1. ; CSJ, 3e, 11 avril 2002, 25941, Répertoire VII.3.2.1.

²⁶⁸ CSJ, 8e, 12 décembre 2013, 38752, Répertoire VII.3.2.1. ; CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41657, Répertoire VII.3.2.1. : L'absence de la tenue d'un registre des heures travaillées ou encore l'absence d'un décompte détaillé quant au mode de calcul de son salaire n'a pas d'incidence au niveau de la charge de la preuve et n'est pas de nature à rendre impossible la preuve du salarié quant au bien-fondé de ses prétentions relatives à la rémunération d'heures de travail supplémentaires. ; voir aussi CSJ, 8e, 29 juin 2017, 43544, Répertoire VII.3.2.1. : S'il est vrai que le code du travail oblige l'employeur à tenir un registre reprenant l'horaire journalier et hebdomadaire de travail de son personnel, toujours est-il que le texte ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de cette disposition par l'employeur. CSJ, 3e, 20 octobre 2016, 42801, Répertoire VII.3.2.2.2. : Si l'absence de la tenue d'un registre reprenant l'horaire journalier et hebdomadaire de travail du salarié constitue un manquement de l'employeur à ses obligations légales, ce manquement à lui seul n'est cependant pas de nature à prouver l'existence d'heures supplémentaires alléguées.

²⁶⁹ CSJ, 3e, 12 janvier 2017, 43761, Répertoire VII.3.2.1.

²⁷⁰ CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41657, Répertoire VII.3.2.1.

²⁷¹ CSJ, 3e, 24 janvier 2013, 37683, Répertoire VII.3.2.1.

encore que ce paiement était destiné à compenser les heures supplémentaires²⁷². **(a)** Concernant la preuve de la **prestation**, le salarié est obligé de formuler une demande et de fournir des preuves ou offres de preuves d'une précision suffisante pour permettre au Tribunal d'apprécier le bien-fondé de la demande, mais aussi pour que l'employeur puisse se défendre. Il faut que le salarié indique avec précision non seulement le nombre d'heures prestées en sus de son horaire normal de travail, mais encore la date à laquelle il les a prestées, ainsi que les circonstances ayant occasionné la prestation des heures supplémentaires revendiquées²⁷³. Les juges ont cependant pu accueillir une demande portant sur un montant approximatif²⁷⁴, le salarié devant concrétiser sa demande en cours d'instance. A condition que la demande soit formulée avec précision²⁷⁵ et que l'existence des documents ne prête pas à discussion²⁷⁶, il peut être demandé au tribunal d'enjoindre à l'employeur de produire des documents en sa possession, notamment les relevés du système de pointage²⁷⁷, le registre des heures supplémentaires²⁷⁸ ou le planning des salariés²⁷⁹. Le Tribunal peut considérer comme preuve suffisante notamment les heures renseignées dans les fiches de salaire²⁸⁰ ou les données de pointage²⁸¹, vu que ces données émanent de l'employeur. Un P.O.T. (plan d'organisation du travail), bien qu'il émane de l'employeur, n'a pas été reconnu comme suffisant, au motif qu'il n'établirait pas que les heures y renseignées ont effectivement été prestées²⁸². Des relevés unilatéraux²⁸³ ou un agenda personnel²⁸⁴ n'ont aucune valeur probante, puisqu'ils sont établis par le salarié. Des témoignages pourraient en théorie constituer une preuve valable du travail presté ; en pratique toutefois, les témoignages sont en général trop imprécis et généraux, voire contredits par d'autres éléments du

²⁷² CSJ, 3e, 27 juin 1996, 18344, Répertoire VII.3.5.2.

²⁷³ CSJ, 3e, 21 mai 2015, 41177, Répertoire VII.3.2.1.

²⁷⁴ CSJ, 3e, 24 mars 201, 36028, Répertoire VII.3.2.1. (pas de rejet pour libellé obscur).

²⁷⁵ CSJ, 3e, 15 mars 2007, 31351, Répertoire VII.3.2.1. : Pour être admissible, une offre de preuve doit présenter un minimum de précision et ce non seulement afin d'être susceptible d'établir des faits concrets, mais également pour rendre possible la preuve contraire.

²⁷⁶ CSJ, 8e, 7 janvier 2010, 34021, Répertoire VII.3.2.2.1. ; CSJ, 3e, 10 juillet 2014, 40107, Répertoire VII.3.2.2.1.

²⁷⁷ CSJ, 3e, 27 novembre 2008, 32972, Répertoire VII.3.2.2.1. : Si l'employeur a mis en place un système de pointage pour relever les heures travaillées, il peut être condamné à produire ces documents pour permettre au salarié d'établir la prestation d'heures supplémentaires. Voir cependant, pour un refus d'injonction parce que la demande était trop générale et vaste, l'injonction ne pouvant servir à pallier une carence dans l'administration de la preuve : CSJ, 3e, 16 février 2017, 43242, Répertoire VII.3.2.2.1.

²⁷⁸ CSJ, 8e, 8 mai 2014, 38954, Répertoire VII.3.2.2.1. ; CSJ, 8e, 22 décembre 2016, 43175, Répertoire VII.3.2.2.1. ; CSJ, 8e, 13 juillet 2017, 43175, Répertoire VII.3.2.2.1.

²⁷⁹ CSJ, 3e, 26 janvier 2006, 29993, Répertoire VII.3.2.2.1.

²⁸⁰ CSJ, 3e, 16 février 2006, 29470, Répertoire VI.3.2.2.2.

²⁸¹ CSJ, 3e, 24 novembre 2016, 42896, Répertoire VII.3.2.2.2.

²⁸² CSJ, 8e, 15 juillet 2010, 34357, Répertoire VI.3.2.2.2.

²⁸³ CSJ, 3e, 11 avril 2002, 25941, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 8e, 31 mars 2011, 35380, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 3e, 3 décembre 2015, 40680, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41657, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 3e, 1er décembre 2016, 42895, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 8e, 14 juillet 2016, 43521, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 8e, 3 novembre 2016, 43077, Répertoire VI.3.2.2.2.

²⁸⁴ CSJ, 3e, 21 mai 2015, 41177, Répertoire VI.3.2.2.2. ; CSJ, 3e, 10 décembre 2015, 40009, Répertoire VI.3.2.2.2.

dossier, pour pouvoir être pris en considération par le juge²⁸⁵. Si un expert peut être chargé de missions spécifiques et techniques, un expert ne peut cependant pas être chargé de manière générale avec la mission de déterminer s'il y a eu des heures supplémentaires²⁸⁶. En pratique, de nombreuses décisions accordent une expertise pour l'exploitation des données tachygraphiques d'un bus ou camion, ces disques étant en général considérés comme ayant une valeur probante suffisante et l'employeur devant les conserver pendant un certain délai²⁸⁷. **(b)** Concernant la preuve de l'**accord patronal**, la demande de l'employeur d'exécuter des heures supplémentaires ne doit pas être expresse, mais peut résulter des circonstances de la cause²⁸⁸. Ont été reconnues comme preuves suffisantes d'un accord patronal : • le fait que l'employeur ait signé sans réserve un relevé indiquant les heures prestées²⁸⁹ ; • un accord implicite du fait que l'employeur était au courant du travail presté²⁹⁰ et n'a par le passé jamais critiqué les heures prestées²⁹¹ ; selon d'autres décisions par contre, il ne suffit pas que l'employeur ait su que le salarié prestait les heures pour en déduire un accord²⁹² ; • un accord implicite découlant du fait que le volume de travail rendait les heures supplémentaires indispensables et que l'employeur n'avait jamais critiqué les heures prestées constatées sur base du pointage²⁹³ ou des disques tachygraphiques²⁹⁴ ; • un accord nécessaire en raison du volume de travail important²⁹⁵ ; • un accord nécessaire de l'employeur si le salarié a régulièrement travaillé les weekends pour des événements et portes-ouvertes²⁹⁶ ; • un accord nécessaire si l'horaire pratiqué par l'employeur implique des heures supplémentaires²⁹⁷ ; • un accord implicite peut aussi découler de la nature du travail (p.ex. encadrement d'enfants lors d'un voyage²⁹⁸), solution fréquemment retenue en matière de transport routier en raison des aléas du trafic²⁹⁹ : « *Les heures supplémentaires prestées dans le domaine du transport routier sont générées par la nature particulière du travail à accomplir qui est partiellement tributaire des aléas du trafic routier, de sorte que la nécessité et l'accord de l'employeur sont à présumer. Il incombe au salarié qui allègue avoir presté des heures supplémentaires, heures de nuit, heures de dimanche et heures de jours fériés non rémunérées par son*

²⁸⁵ Voir les exemples repris dans Répertoire VII.3.2.2.3.

²⁸⁶ CSJ, 3e, 23 octobre 2014, 39510, Répertoire VII.3.2.2.4.

²⁸⁷ Voir les jurisprudences reprises dans Répertoire VII.3.6.

²⁸⁸ CSJ, 3e, 7 janvier 2016, 41657, Répertoire VII.3.2.1.

²⁸⁹ CSJ, 3e, 15 novembre 2007, 31625, Répertoire VII.3.3.

²⁹⁰ CSJ, 8e, 12 janvier 2015, 40228, Répertoire VII.3.3.

²⁹¹ CSJ, 8e, 19 décembre 2013, 39328, Répertoire VII.3.3.

²⁹² CSJ, 3e, 26 mai 2005, 29255, Répertoire VII.3.3.

²⁹³ CSJ, 3e, 13 décembre 2007, 30354, Répertoire VII.3.3.

²⁹⁴ CSJ, 8e, 3 mars 2016, 40738, Répertoire VII.3.6.

²⁹⁵ CSJ, 8e, 29 juin 2017, 43544, Répertoire VII.3.2.1. : Il y a accord implicite de l'employeur si la prestation d'heures supplémentaires était indispensable en raison du volume de travail.

²⁹⁶ CSJ, 3e, 27 novembre 2014, 40009, Répertoire VII.3.3.

²⁹⁷ CSJ, 3e, 19 décembre 2013, 37701, Répertoire VII.3.3. ; CSJ, 3e, 19 décembre 2013, 38829, Répertoire VII.3.3. ; CSJ, 3e, 6 décembre 2007, 31624, Répertoire VII.3.3.

²⁹⁸ CSJ, 8e, 26 mai 2011, 35987 et 36090, Répertoire VII.3.3.

²⁹⁹ CSJ, 8e, 18 novembre 2010, 34263, Répertoire VI.3.6. ; CSJ, 8e, 3 mars 2011, 34617, Répertoire VI.3.6. ; CSJ, 8e, 31 mars 2011, 35380, Répertoire VI.3.6. ; CSJ, 8e, 26 mai 2011, 35565, 35566 et 35567, Répertoire VI.3.6. ; CSJ, 8e, 9 novembre 2015, 40343, Répertoire VI.3.6.

employeur d'en rapporter la preuve. Il incombe cependant à l'employeur qui allègue que le salarié a effectué des trajets privés avec le camion pendant le week-end d'en rapporter la preuve »³⁰⁰.

La question se pose aussi parfois si la charge de travail en soi permet d'établir tant la réalité des heures supplémentaires que l'accord patronal. La jurisprudence est variable. Certains arrêts admettent que la preuve d'une surcharge de travail n'établit pas la prestation d'un nombre d'heures supplémentaires³⁰¹. D'autres arrêts admettent qu'une charge de travail excessive implique un accord patronal de prester des heures supplémentaires³⁰², et, si le nombre exact reste incertain, il peut y avoir une indemnisation évaluée en équité³⁰³.

En principe, il appartient ainsi au salarié d'établir le nombre exact d'heures supplémentaires qu'il a prestées, faute de quoi sa demande est rejetée³⁰⁴. Il arrive cependant aussi que les juges considèrent que la réalité des heures supplémentaires ne fait aucun doute, et accorde – en l'absence d'un chiffre précis – une indemnisation évaluée en équité³⁰⁵. Cette solution a notamment été retenue dans des affaires dans lesquelles l'heure d'ouverture d'un commerce que le salarié devait assurer dépassait les heures fixées dans son contrat³⁰⁶.

Dans le cadre d'un horaire mobile, il appartient au salarié de veiller, dans la mesure du possible, à gérer au mieux le temps de travail de façon à éviter que les heures prestées ne soient excessives. Ayant connaissance des dispositions réglementant l'horaire mobile, il ne saurait reprocher à l'employeur de ne pas l'avoir utilement conseillé quant à la gestion de son temps de travail³⁰⁷.

Si par le passé, les heures supplémentaires étaient soumises à une prescription réduite d'une année, elles sont actuellement soumises à la prescription triennale applicable à tous les salaires. Le fait que le salarié ne réclame pas le paiement des heures supplémentaires, même pendant une durée prolongée, est sans incidence, les renoncations ne se présumant pas³⁰⁸. La pratique montre en effet que – le contentieux du travail étant un contentieux de rupture – les heures supplémentaires ne sont souvent réclamées que lorsque le contrat a pris fin. L'écoulement du temps pose le salarié cependant fréquemment devant des difficultés de preuve.

Il faut relever l'existence d'affaires dans lesquelles, après décompte ou expertise, il s'avère que trop d'heures supplémentaires avaient été payées. Dans ce cas, il y a lieu à restitution du trop-payé par le salarié à l'employeur, si ce dernier formule une demande afférente³⁰⁹.

³⁰⁰ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 42363, Répertoire VI.3.6.

³⁰¹ CSJ, 3e, 5 juin 2008, 32522, Répertoire VII.3.3.

³⁰² CSJ, 8e, 6 décembre 2012, 37427, Répertoire VII.3.3.

³⁰³ CSJ, 8e, 2 mai 2013, 38843, Répertoire VII.3.3.

³⁰⁴ P.ex. CSJ, 8e, 13 juin 2013, 38339, Répertoire VII.3.5.4.

³⁰⁵ CSJ, 8e, 10 novembre 2011, 35988, Répertoire VII.3.5.4. ; CSJ, 3e, 16 novembre 2006, 30390, Répertoire VII.3.5.4. ; CSJ, 3e, 14 décembre 2006, 30091, Répertoire VII.3.5.4..

³⁰⁶ CSJ, 3e, 21 avril 2016, 42667, Répertoire VII.3.5.4. ; CSJ, 3e, 21 avril 2016, 42668, Répertoire VII.3.5.4.

³⁰⁷ CSJ, 8e, 19 janvier 2012, 36280, Répertoire VI.3.2.2.2.

³⁰⁸ CSJ, 3e, 13 juillet 2006, 30033, Répertoire 3.99.

³⁰⁹ CSJ, 3e, 21 décembre 2006, 30996, Répertoire V.7. ; Si suite au décompte établi à la demande du salarié il s'avère que ce dernier a trop touché à titre de rémunération, la demande

111. Compte épargne-temps. « Les comptes épargne-temps constituent (...) une formule nouvelle permettant au salarié d'opter librement pour une organisation de travail lui donnant l'opportunité de réaliser un projet personnel au moyen d'une période de congé plus longue, sans devoir recourir à un congé sans solde »³¹⁰. « Il s'agit d'éviter que les comptes épargne-temps ne deviennent en fait un nouvel instrument de flexibilisation des horaires de travail. En effet, tout fractionnement excessif des périodes d'utilisation des congés imputés sur le compte épargne-temps risquerait d'aboutir à une situation contraire à l'idée des comptes épargne-temps »³¹¹.

Pour l'instant, les comptes-épargne temps ne sont mentionnés qu'à deux endroits dans le Code du Travail, sans que leur régime légal ne soit cependant détaillé. Ainsi, l'article L. 513-3 prévoit qu'en cas de négociation sur un plan de maintien dans l'emploi, le recours à des comptes épargne-temps est un des sujets à aborder ; l'idée est donc que l'entreprise en difficultés reporte vers le futur une partie du travail actuellement chôme (ou, inversement, que les salariés travaillent plus dans l'immédiat mais n'en tirent les fruits que dans le futur). L'article L. 211-27 (1) prévoit que les heures supplémentaires peuvent être comptabilisées (avec une majoration d'une demi-heure) sur un compte épargne-temps « dont les modalités peuvent être fixées par la convention collective applicable ou par tout autre accord entre partenaires sociaux conclu au niveau approprié ».

En 2011, un projet de loi sur les comptes épargne-temps avait été déposé³¹² ; en 2014, ce projet de loi a été retiré du rôle de la Chambre des Députés³¹³. Selon le programme gouvernemental (2013), un nouveau projet de loi devrait être déposé³¹⁴. Une des problématiques liées aux comptes épargne-temps est la garantie des droits du salarié au-delà des changements d'employeur et des éventuelles insolvabilités des entreprises. Il s'agit donc d'un domaine propice à la mutualisation. Pour l'instant, seules quelques conventions collectives ont mis en place des plans d'épargne-temps. Dans la fonction publique, un projet de loi prévoit la mise en place de comptes d'épargne-temps (projet n° 7171).

§ 2. - Au-delà de la semaine : période de référence

112. Généralités. Les durées maximales de travail sont en principe à respecter rigoureusement, mais la loi autorise une certaine flexibilité en prévoyant qu'il peut être suffisant qu'elles ne soient respectées qu'en moyenne sur une certaine durée, appelée « période de référence ». Une sorte de période de référence d'une semaine est autorisée par l'article L. 211-18 permettant de travailler certains jours pendant neuf heures et de

reconventionnelle relative à la répétition de l'indu a été, à juste titre, déclarée fondée; le paiement sans réserves de la part de l'employeur n'exclut pas qu'il y ait eu erreur.

³¹⁰ Avis du Conseil Economique et Social, CES/Epargne-Temps (2004), p. 18.

³¹¹ Avis du Conseil Economique et Social, CES/Epargne-Temps (2004), p. 33.

³¹² Projet de loi n° 6234 portant introduction d'un compte épargne-temps pour les salariés de droit privé.

³¹³ Arrêté grand-ducal de retrait du rôle des affaires de la chambre des députés du 10 mars 2014.

³¹⁴ « L'introduction de comptes épargne-temps permettra une meilleure flexibilité dans la gestion du temps de travail tant pour les entreprises que pour les salariés, notamment en ce qui concerne la formation continue et la conciliation entre travail et famille. L'avis du Conseil économique et social du 23 juillet 2004, en vue de l'introduction de comptes épargne-temps concernant les salariés sous contrat de droit privé d'une part et les agents sous statut public d'autre part servira de base pour l'élaboration d'un nouveau projet de loi. »

le compenser durant d'autres jours de la semaine, à condition que le salarié ne travaille qu'au maximum sur 5 jours ouvrés. Le maximum de 40 heures par semaine était cependant longtemps considéré comme rigide, tout dépassement constituant nécessairement une heure supplémentaire. Dans le cadre du Plan National pour l'Emploi (1998), un système de période de références pouvant aller jusqu'à 12 mois (annualisation de la durée de travail) a été introduit³¹⁵. Ce mécanisme de flexibilisation avait pour objectif « de trouver un équilibre garantissant la protection des droits des travailleurs en introduisant une nécessaire flexibilité devant favoriser la compétitivité de nos entreprises »³¹⁶. Le régime mis en place en 1998 était censé être provisoire. Bien que les partenaires sociaux aient été d'accord sur la nécessité de modifier le texte, aucun accord au fond n'a pu être trouvé. Ces dispositions ont dès lors été régulièrement prolongées. Finalement, les discussions tripartites n'ayant pas porté leurs fruits³¹⁷, le gouvernement a soumis un projet de réforme qui a été voté fin 2016³¹⁸. Ce nouveau régime, critiqué notamment par le patronat pour être trop complexe et inapplicable en pratique, devra désormais faire ses preuves. Divers guides d'application pratique ont été publiés. La jurisprudence devra encore éclairer les nombreuses zones d'ombre laissées par le nouveau texte. Dans l'attente, nous nous contenterons d'en présenter les grandes lignes.

La loi distingue deux mécanismes : **(a)** Le plan d'organisation du travail (P.O.T.) est un plan établi par l'employeur pour organiser le travail de ses salariés, services ou équipes. Il est adapté notamment pour les entreprises artisanales et industrielles en vue d'organiser le travail au regard du carnet de commandes. **(b)** L'horaire mobile par contre se caractérise par une plus grande autonomie accordée au salarié dans la gestion de la durée de travail.

Sur l'historique du régime de la durée de travail flexible, voir aussi :
- Le travail flexible et atypique, n° 105

113. Plan d'organisation du travail. Avant la réforme, toutes les entreprises pouvaient mettre en place une période de référence de 4 semaines ou d'un mois, période qui pouvait être étendue avec agrément ministériel selon une procédure complexe (ancien article L. 211-9), voire portée à douze mois en cas d'accord des partenaires sociaux dans une convention collective. Depuis 2017, l'agrément ministériel est supprimé. **(a)** Toute entreprise peut opter pour une période de référence allant jusqu'à quatre mois (soit le maximum autorisé par le droit européen³¹⁹), exprimée en semaines ou en mois, après consultation préalable de la délégation ou, à défaut, des salariés, l'ITM devant être informée de la décision retenue (L. 211-6). Le choix d'une période de référence peut

³¹⁵ voir aussi ETIENNE-ROBERT Fanny, L'organisation du temps de travail, in : Le temps de travail, l'emploi, la formation et l'égalité des genres dans les conventions collectives de travail en 2005 et 2006, CEPS/Instead, mai 2012, p. 23 et suivantes.

³¹⁶ Projet de loi n° 4459 (PAN 1998), Rapport de la Commission spéciale du 28 janvier 1999, p. 3.

³¹⁷ Projet de loi n° 7016, Rapport de la Commission du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, 16.12.2016, p. 4 : « Il a dû être constaté que malgré certains rapprochements, un compromis sur un texte n'était pas possible ».

³¹⁸ Loi du 23 décembre 2013 concernant l'organisation du temps de travail et portant modification du Code du travail.

³¹⁹ Art. 16 pt b) de 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.

donner lieu à des congés supplémentaires pour les salariés concernés, conformément au tableau ci-après.

Endéans la période de référence, l'horaire de travail pourra varier avec les restrictions générales (10 heures/jour et 48 h/semaine), sans que ces heures déplacées ne deviennent des heures supplémentaires, à condition qu'à la fin de la période de référence, la moyenne de la durée de travail normale soit respectée. Tout dépassement de cet horaire qui serait prévu dès le départ dans le P.O.T. constituerait *ab initio* une heure supplémentaire, sujette à autorisation et à majoration. La réforme a par ailleurs encore limité la variation maximale de la durée mensuelle de travail légale ou conventionnelle au-delà de laquelle le régime des heures supplémentaires trouve application, « sans possibilité de récupération à l'intérieur de la période de référence »³²⁰ :

Durée de la période de référence	Congé supplémentaire	Heure supplémentaire au-delà d'une variation mensuelle de
<= 1 mois	0 jours / an	/
> 1 mois et <=2 mois	1,5 jours / an	12,5 %
> 2 mois et <= 3 mois	3 jours / an	
> 3 mois et <=4 mois	3,5 jours / an	10 %

Le P.O.T. doit être établi cinq jours francs avant son début et couvrir en principe une durée minimale d'un mois, contenir certaines mentions obligatoires et être soumis à l'avis préalable de la délégation du personnel³²¹ (sinon des salariés), un désaccord afférent relevant d'un recours non suspensif devant le directeur de l'ITM, puis d'une saisine de l'Office National de Conciliation³²². La réforme ne prévoit cependant plus l'obligation de notifier chaque P.O.T. à l'ITM, cette règle ayant été peu suivie en pratique³²³. A l'avenir, le contrat de travail devra probablement prévoir les modalités d'organisation du planning de travail³²⁴.

Le P.O.T. est censé être respecté ; la réforme de 2017 facilite cependant les possibilités pour l'employeur pour modifier le plan en remplaçant l'ancien critère souvent litigieux de l'« événement imprévisible » par un délai de préavis de 3 jours : **(i)** l'employeur peut procéder à une modification s'il la notifie au moins trois jours avant ; on peut déduire *a*

³²⁰ Projet de loi n° 7016, Rapport de la Commission du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, 16 décembre 2016, p. 15.

³²¹ L'exigence d'un avis consultatif préalable de la délégation est cependant interprétée de manière très large par la jurisprudence, selon laquelle il suffit que le président de la délégation en ait eu connaissance et le fait qu'il ne soit pas établi que chaque POT ait été individuellement soumis pour avis à la délégation n'est pas à sanctionner ; CSJ, 26 mars 2015, 38441 à 38451, Répertoire XXI.1.3.2.

³²² Il semblerait donc s'agir de la procédure du « litige collectif en matière de conditions de travail » devant l'O.N.C., qui est d'application rarissime en l'espèce. La conciliation serait à mener entre l'employeur et la délégation du personnel (sinon les salariés dans leur ensemble) et pourrait en cas d'échec – pure hypothèse d'école – ouvrir la voie à une grève légale menée par la délégation.

³²³ Pour 2016, l'ITM a enregistré 874 plans d'organisation du travail, Rapport annuel du Ministère du travail, 2016, p. 199.

³²⁴ Voir en ce sens Article 3 points k) et l) de la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, COM (2017) 797 final.

contrario du texte légal que le salarié est en principe obligé d'accepter le changement. **(ii)** si l'employeur prend l'initiative d'un changement moins de 3 jours avant, le salarié peut demander de ne pas se voir appliquer ce changement « pour des raisons impérieuses et fondées », avec possibilité de recours devant le directeur de l'ITM. Il en découle que le salarié doit accepter le changement et qu'il lui incombe de se justifier s'il veut le refuser. Il convient ensuite de distinguer comme suit : • si le changement se limite à un changement d'horaire, les deux premières heures changées ne sont pas spécialement indemnisées³²⁵ et les heures subséquentes sont compensées à raison de 1,2 heure pour une heure travaillée (avec un traitement fiscal et social équivalent à des heures supplémentaires) ; • si le changement affecte la durée de travail (et donc nécessairement aussi l'horaire), cette heure est considérée comme véritable heure supplémentaire. La loi renvoyant aux articles L. 211-22 et suivants en général, ceci implique dans la plupart des cas non seulement une compensation majorée (50% de repos compensatoire ou 40 % de majoration de salaire), mais aussi un accord préalable de la délégation, sinon une autorisation de l'ITM (→ II.106).

(b) Par voie de convention collective ou d'accord en matière de dialogue social interprofessionnel, les partenaires sociaux peuvent fixer une période de référence allant jusqu'à 12 mois. Par le passé, toutes les entreprises, resp. tous les secteurs n'ont pas fait usage de cette faculté³²⁶. La loi énonce clairement que les jours de congés supplémentaires et les majorations d'heures supplémentaires figurant au tableau prédécrit ne sont pas d'application ; ces aspects relèvent de l'autonomie des partenaires sociaux³²⁷ afin de « revaloriser les conventions collectives de travail »³²⁸. Il en est de même pour les « principes applicables à l'établissement des plans d'organisation du travail, quant à la périodicité, au contenu et aux modalités du plan ». A notre avis, le terme « modalités » inclut également les attributions de la délégation ainsi que les conditions de modification du plan et les compensations afférentes.

Le mécanisme du P.O.T. peut être appliqué aux salariés à temps plein et aux salariés à temps partiel. Pour ces derniers, il faut cependant que le P.O.T. les considère à part (L. 123-1 (4)) et respecte la variation maximale hebdomadaire de 20 % (sauf dérogation conventionnelle ; → II.086). Pour les adolescents, la période de référence ne peut en principe dépasser 4 semaines (L. 344-9 (1)). Des règles dérogatoires existent notamment

³²⁵ Projet de loi n° 7016, Exposé des motifs, p. 20 : « puisque le dérangement causé par un décalage aussi marginal de l'horaire prévu (...) est considéré comme ne justifiant pas un supplément ».

³²⁶ Il faut attendre les nouvelles négociations pour voir l'impact de la réforme. Pour un tour d'horizon concernant la pratique sous l'ancien régime, voir : ETIENNE-ROBERT Fanny, L'organisation du temps de travail, in : Le temps de travail, l'emploi, la formation et l'égalité des genres dans les conventions collectives de travail en 2005 et 2006, CEPS/Instead, mai 2012, p. 23 et suivantes.

³²⁷ A en croire le texte de loi, l'autonomie des partenaires sociaux permet une dérogation dans un sens moins favorable que le régime applicable aux salariés sans convention collective (même s'il est peu probable que les syndicats acceptent). Le législateur semble pourtant avoir voulu faire prévaloir le principe de faveur, qui ne se reflète cependant pas dans la loi ; Projet de loi n° 7016, Rapport de la Commission du Travail, de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, 16.12.2016, p. 5 : « ce qui signifie en pratique que les compensations prévues par une convention collective ou un règlement d'horaire mobile doivent au moins être équivalentes aux compensations prévues par le droit commun » ; d'un autre côté, il est également fait référence à l'autonomie tarifaire pour expliquer que les jours de congé supplémentaires ne sont pas nécessairement dus (ibidem, p. 9).

³²⁸ Projet de loi n° 7016, Exposé des motifs, p. 8.

dans la restauration et l'hôtellerie (L. 212-1 et suivants), ainsi que dans tous les secteurs dans lesquels la loi accorde une plus grande autonomie aux partenaires sociaux (voir ci-avant).

114. Horaire mobile. Le Code du travail contient très peu de règles concernant l'horaire mobile, qu'il définit comme étant « un système d'organisation du travail qui permet d'aménager au jour le jour la durée et l'horaire individuels de dans le respect tant des limites légales de la durée de travail que des règles à préétabli dans le cadre du règlement de l'horaire mobile » (L. 211-8). Il appartient dès lors à chaque entreprise d'établir son propre règlement d'horaire mobile ; parfois, les conventions collectives contiennent également un cadre afférent. Il est précisé que le salarié a la faculté d'aménager l'horaire et la durée de travail journalière selon ses convenances personnelles, dans le respect toutefois des besoins de service et des désirs justifiés des autres salariés. Il faut à notre sens en déduire d'un côté que le règlement d'horaire mobile peut définir des règles générales (plages horaires de fermeture de l'entreprise, plages horaires de présence obligatoire), mais aussi qu'à titre exceptionnel, l'employeur peut invoquer les besoins du service pour exiger la présence du salarié à un moment donné. L'horaire mobile est ainsi un instrument essentiellement favorable au salarié.

Le règlement d'horaire mobile peut être institué et modifié soit par diverses formes d'accords collectifs, soit d'un commun accord avec la délégation ou, à défaut, avec l'accord des salariés concernés. Il s'agit dès lors, dans ce dernier cas, d'une compétence de co-décision, peu importe la taille de l'entreprise. Il existe de bons arguments pour considérer qu'un règlement d'horaire mobile relève du « règlement intérieur », ce qui implique que dans les entreprises de 150 salariés ou plus, la véritable procédure de co-décision soit à mettre en œuvre (L. 414-9).

Les maxima de 10 heures par jour et de 48 heures par semaine restent d'application. Si en fin de période de référence, un déficit horaire apparaît, le salarié devra le compenser endéans un délai fixé par le règlement. Un excédent peut dans certains cas être reporté à la période de référence suivante. A défaut, il s'agit d'heures supplémentaires (qui sont dès lors à compenser comme telles), « pour autant que la prestation d'heures excédentaires puisse être justifiée par des raisons de service ». A notre avis, il convient d'interpréter cette condition en ce sens que le salarié ne peut unilatéralement s'organiser des heures supplémentaires, mais devra – tout comme pour le régime de droit commun (voir ci-dessus) – prouver que l'employeur a du moins implicitement demandé ce travail supplémentaire.

Depuis 2017, tout employeur est de toute manière obligé d'enregistrer avec précision la durée de travail (→ II.064). En matière d'horaire mobile cependant, le suivi des heures prestées est important. La jurisprudence admet des contrôles pour éviter des abus³²⁹. La CNPD prévoyait jusqu'ici la possibilité d'autoriser par décision unique des systèmes de contrôle d'accès et de gestion de l'horaire mobile.

115 à 119. Réservés.

³²⁹ CSJ, 8e, 26 janvier 2006, 29384, Répertoire VII.2.2. : Compte tenu de ce qu'un contrôle des heures de travail prestées par le salarié constitue le corollaire des avantages résultant pour ce dernier de l'aménagement de l'horaire mobile en ce qu'il a pour but d'éviter des abus, l'utilisation occasionnelle d'une installation de sécurité pour effectuer ce contrôle n'est pas de nature à faire échec à la prise en compte des données ainsi recueillies dans le cadre de l'administration de la preuve en justice.