

Rencontre avec Guy Castegnaro, Avocat à la Cour, spécialisé en droit social

# Modernisation du droit du travail au Luxembourg

Les emplois au Luxembourg sont-ils assez protégés?

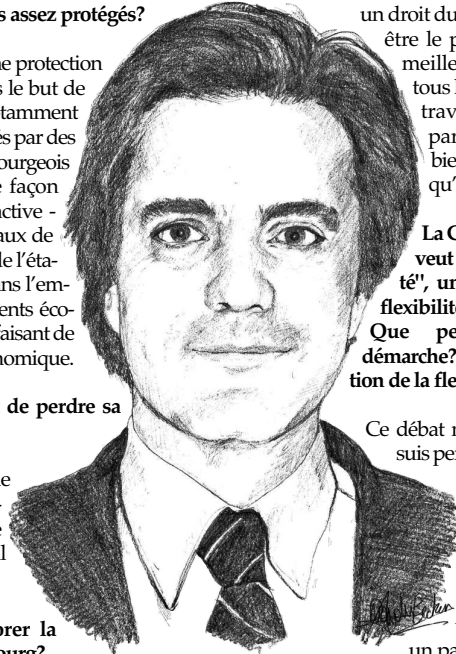
Notre droit social garantit une certaine protection des salariés. A cela s'ajoute que dans le but de sécuriser les salariés et de garantir notamment l'"employabilité" des salariés concernés par des restructurations, le législateur luxembourgeois a récemment mis en place - d'une façon d'ailleurs tout à fait positive et proactive - l'obligation pour les partenaires sociaux de discuter, dans certains cas de figure, de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi destiné à prévenir les licenciements économiques et à assurer un niveau satisfaisant de l'emploi en période de récession économique.

Le contrat de travail est-il en train de perdre sa valeur?

Tout au contraire, force est de noter que le contrat de travail à durée indéterminée est et semble rester le principe au Luxembourg et le contrat de travail à durée déterminée l'exception.

Comment peut-on encore améliorer la législation sur le travail au Luxembourg?

Un droit du travail rénové devrait à mon avis être plus adapté aux nouvelles techniques d'information et de communication et au développement du secteur des prestations de services. Il en est de même du principe de la responsabilité sociale des entreprises, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement qui devrait être mieux intégré dans le droit social. Afin d'éviter des situations de désordre juridique, une meilleure interaction entre le droit du travail et la réglementation en matière de sécurité sociale et /ou en matière fiscale devrait être réalisée. On peut citer comme exemple la législation existant en matière de télétravail où une telle interaction fait manifestement défaut. Enfin,



un droit du travail moderne devrait être le produit d'une étroite et meilleure coopération entre tous les acteurs du monde du travail et surtout entre les partenaires sociaux, aussi bien aux niveaux nationaux qu'au niveau européen.

**La Commission Européenne veut promouvoir la "flexicurité", un concept qui combine flexibilité et sécurité de l'emploi. Que pensez-vous de cette démarche? Quelle est votre conception de la flexicurité?**

Ce débat n'est pas sans danger. Je suis personnellement d'avis que notre droit du travail - qui pourrait certes être amélioré - offre déjà pas mal de flexibilité, notamment en matière de durée du travail. Le télétravail est également un pas en avant en matière de flexibilité, même si son application transfrontalière pose de sérieux problèmes en matière de sécurité sociale.

**L'enjeu européen joue-t-il un rôle trop important dans les modifications de la législation du travail au Luxembourg?**

Nous assistons actuellement à une avalanche d'initiatives venant de la Commission européenne. Il suffit de citer les nombreuses directives en matière de droit du travail, les livres verts et les consultations lancées par la Commission. Cela ne rendra certainement pas plus facile la compréhension et la lisibilité du droit du travail. Il faut également noter que la qualité des textes légaux en la matière laisse

de plus en plus à désirer, ce qui est en partie dû à la charge de travail créée par les sources européennes de droit du travail et la modeste taille de notre pays et par conséquent de nos organes administratifs et législatifs.

**Que pensez-vous de la loi sur le statut unique des employés et ouvriers? Est-elle correctement adaptée?**

Cette loi, qui est un grand progrès en matière de droit social luxembourgeois, constitue un élément substantiel de la modernisation de notre droit du travail. Reste à espérer que le législateur profitera de ce projet de loi pour corriger des incohérences qui existent jusqu'à ce jour dans notre droit social, notamment en matière de protection des salariés en cas d'incapacité de travail.

**Quelle est la vocation de l'association dénommée "Employment Law Specialists Association, Luxembourg" dont vous faites partie?**

Cette association - dont je suis l'un des membres fondateurs et membre du conseil d'administration - est destinée à rassembler des personnes de tous horizons, qu'ils soient avocats, juristes au sein d'entreprises ou d'associations professionnelles, magistrats, conseillers fiscaux ou responsables de ressources humaines, ayant en commun une pratique régulière du droit social luxembourgeois. ELSA a notamment pour ambition de contribuer à la diffusion de la connaissance du droit social, notamment par l'organisation de conférences, par exemple sur le transfert d'entreprise ou la protection des données personnelles des salariés. ELSA entend aussi suivre les évolutions législatives et jurisprudentielles en droit social, participer au processus d'élaboration des lois sociales en commentant du point de vue juridique les projets de loi, et ainsi contribuer au développement du droit social luxembourgeois. Ainsi, récemment et dans le cadre du projet de loi sur le statut unique, l'association a adressé une note à tous les protagonistes (législateur, ministre, Conseil d'Etat, etc.) contenant ses observations et recommandations relatives au contenu du projet de loi en question.

**Vous êtes partenaire de Legiwork (www.legiwork.lu). Qu'offre ce produit? A qui est-il destiné?**

Legiwork est un produit élaboré et créé par Legitech, en partenariat avec notre cabinet d'avocats. Il donne accès à la législation consolidée luxembourgeoise ou intéressant le Luxembourg, à la jurisprudence y relative (textes en extenso) et à des commentaires et notes. Ce nouveau produit est organisé autour du Code du Travail, du Codes des Assurances sociales et des Conventions collectives en vigueur au Luxembourg. Il sera très prochainement complété par un code du travail annoté sous format papier. Legiwork est destiné à tous les praticiens du droit social à savoir les responsables RH, les juristes d'entreprises, les avocats, les magistrats, les fiduciaires, etc).

**Pourriez-vous présenter, en quelques mots, votre cabinet d'avocats?**

Notre cabinet est un cabinet niche en droit social luxembourgeois, composé d'une demi-douzaine d'avocats et de juristes spécialisés en droit du travail et de la sécurité sociale et consultant exclusivement les employeurs. Le cabinet est membre fondateur de Ius Laboris, une alliance internationale de cabinets d'avocats spécialisés en droit social.

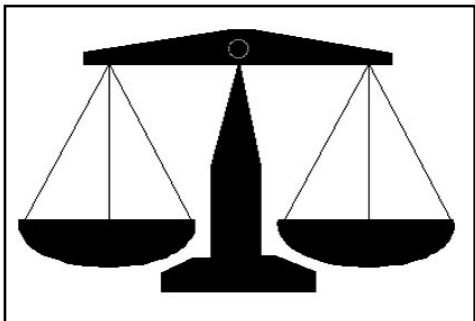
**En quoi consiste votre travail?**

Notre travail consiste à conseiller et à défendre les entreprises dans toutes les situations liées au monde du travail et ayant des répercussions en droit social, telles que les restructurations, les fonds de pension, les licenciements, les salaires et rémunération, etc. Par ailleurs, notre cabinet avait été chargé par le Ministère du Travail et de l'Emploi d'aider ce dernier à mettre en place le nouveau code du travail luxembourgeois. La partie réglementaire du Code du travail (partie II) suivra sous peu. A côté de ce travail de conseil, nous donnons également beaucoup de conférences. J'enseigne par ailleurs le droit de la sécurité sociale à l'Université du Luxembourg.

L'actualité du droit du travail:

## Grossesse, accouchement, insolvabilité de l'employeur: quelles protections?

**Cette rubrique, à paraître tous les mois, a pour but d'informer le lecteur, avisé ou non, de manière claire et concise des sujets d'actualité et des nouveautés en matière de droit du travail aussi bien au niveau des législations luxembourgeoise et européenne qu'au niveau des décisions de justice et cela chaque fois que la nouveauté en question est censée avoir des répercussions sur la vie et le fonctionnement des entreprises luxembourgeoises.**



### Notion de "travailleuse enceinte" et insémination artificielle

La législation autrichienne prévoit qu'une salariée ne peut être licenciée pendant la grossesse et les quatre mois suivant l'accouchement, sauf si l'employeur était dans l'ignorance de la grossesse ou de l'accouchement. Les salariées qui ne sont pas encore enceintes, mais qui bénéficient d'une fécondation in vitro, sont-elles protégées contre le licenciement dès le moment où les ovules ont

été fécondés in vitro, et avant que ces ovules aient été transférés dans l'utérus? Peut-on considérer que la salariée est enceinte, dès lors qu'il y a fécondation, même si c'est, à ce stade, uniquement in vitro? Le Landesgericht Salzburg avait accueilli favorablement le recours de Mme Mayr sur cette base, estimant que la protection contre le licenciement devait commencer avec la fécondation de l'ovule. La juridiction d'appel en revanche considéra qu'il est impossible de concevoir une grossesse dissociée de la femme et que, par conséquent, dans l'hypothèse d'une fécondation in vitro, la grossesse ne peut commencer qu'avec le transfert de l'ovule fécondé dans le corps de la femme.

L'Oberster Gerichtshof saisit alors la Cour de justice des Communautés européennes afin de déterminer ce qu'il faut entendre par "travailleuse enceinte" au sens de la directive 92/85 du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Pour répondre à cette délicate question, la Cour de justice des Communautés européennes<sup>(1)</sup> replace en premier lieu la situation de Mme Mayr dans le cadre de la finalité de la directive 92/85, qui est de promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes au travail, en prévenant le risque qu'un éventuel licenciement ferait peser sur la situation physique et psychique des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes, et notamment "le risque particulièrement grave d'inciter la travailleuse enceinte à interrompre volontairement sa grossesse". Or, en Autriche comme dans d'autres Etats membres, il est légalement possible de conserver les ovules fécondés pendant un délai plus ou moins long, et précisément pendant 10 ans pour ce qui concerne l'Autriche. Dès lors, si l'on devait estimer que la salariée était protégée contre le licenciement dès avant le transfert des ovules fécondés dans l'utérus de la salariée, cela signifierait qu'elle ne pourrait être licenciée pendant plusieurs années, ou même jamais, si elle devait renoncer

définitivement à un tel transfert, lorsque par exemple la fécondation in vitro aurait été pratiquée à titre de simple précaution. La Cour de justice européenne exclut donc cette situation de l'application de la directive 92/85, au nom du respect du principe de sécurité juridique. En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes tient à souligner que dans l'hypothèse où l'employeur avait licencié sa salariée pour le motif qu'elle s'était soumise à un tel traitement, le licenciement pourrait dans certains cas constituer une discrimination directe fondée sur le sexe, au sens de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail: "la directive 76/207 s'oppose au licenciement d'une travailleuse qui, dans des circonstances telles que celles au principal, se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro, à savoir entre la ponction folliculaire et le transfert immédiat des ovules fécondés in vitro dans l'utérus de cette travailleuse, pour autant qu'il est démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l'intéressée a subi un tel traitement."

### Protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur

Par un arrêt du 21 février 2008<sup>(2)</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes vient également de prendre position quant à l'éventuelle obligation des institutions de garantie nationales de régler aux salariés licenciés par une société insolvable les indemnités transactionnelles de licenciement abusif. Avant d'être déclarée insolvable, une société espagnole avait conclu avec un salarié un accord de conciliation extrajudiciaire, prévoyant le paiement au salarié d'une indemnisation en raison d'un licenciement irrégulier. Selon le droit espagnol applicable au moment des faits, le Fogasa, institut espagnol de garantie des salaires (au Luxembourg, il s'agit de

l'Administration de l'emploi), garantit le paiement des indemnités dues au titre de la cessation des relations de travail lorsque l'employeur a fait l'objet d'un jugement d'insolvabilité. Cette garantie des salaires englobe-t-elle les indemnités dues en vertu d'un accord de conciliation extrajudiciaire? Non, selon l'institut espagnol de garantie, car l'indemnité de licenciement n'a été reconnue par aucun jugement ni aucune décision administrative.

La Cour de justice des Communautés européennes donne raison à l'institut de garantie des salaires, alors que la procédure de conciliation extrajudiciaire espagnole ne permet pas à l'institut espagnol de garantie d'effectuer un contrôle contre d'éventuels abus:

- L'élaboration d'un tel accord intervient en l'absence de tout organe judiciaire. Cette procédure n'est pas surveillée par un juge, et l'institut de garantie n'est pas autorisé à y participer;
- Les organes du Centre de médiation ne sont pas habilités à contrôler le contenu de l'accord, comme pourrait le faire un organe judiciaire;
- L'institut de garantie ne pouvant participer à la procédure, il lui est difficile de prouver d'éventuels abus.

En conséquence, "un Etat membre a la faculté d'exclure des indemnités accordées pour licenciement irrégulier de la garantie de paiement assurée par l'institution de garantie en vertu de cette disposition lorsque celles-ci ont été reconnues par un acte de conciliation extrajudiciaire et qu'une telle exclusion, objectivement justifiée, constitue une mesure nécessaire en vue d'éviter des abus."

Guy Castegnaro & Ariane Claverie  
(Avocats à la Cour, spécialisés en droit social,  
Castegnaro Cabinet d'Avocats, membre de Ius Laboris,)

1) CJCE, 26 février 2008, *Mayr / Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, affaire C-506/06, n° Legiwork ID 6881  
2) CJCE, 21 février 2008, *Mairia Maria Robledillo Núñez / Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, affaire C-498/06.

## De quelles compétences les Européens auront-ils besoin les prochaines années?

**Le Cedefop (Centre européen pour le développement de la formation professionnelle) présente ses premières prévisions concernant les besoins en compétences à l'horizon de 2015. L'étude intitulée "Future skill needs in Europe: medium-term forecast" arrive à la conclusion que la demande en compétences et en qualifications augmente dans la plupart des domaines professionnels, y compris dans les emplois peu qualifiés, en raison du développement croissant du secteur des services et de changements technologiques et organisationnels radicaux.**

Les prévisions du Cedefop portent sur la période allant jusqu'à 2015. Elles montrent que la longue transition des pays européens vers une économie de moins en moins axée sur le secteur primaire et l'industrie et de plus en plus tournée vers les services n'est pas encore achevée. Les nouveaux Etats membres, notamment, sont toujours en pleine transformation. Cette transition est toutefois progressi-

ve: les secteurs traditionnels emploient toujours un grand nombre de personnes et continueront de le faire à moyen terme. Cette donnée reste inchangée quel que soit le scénario envisagé ("optimiste" ou "pessimiste"). Ján Figel, commissaire européen à l'éducation, à la formation, à la culture et à la jeunesse, a déclaré: "L'économie mondiale est en évolution constante, tout comme les compétences nécessaires sur le marché du travail. Nos citoyens se demandent quelles sont les compétences dont ils auront besoin. C'est pourquoi je me réjouis que nous disposions aujourd'hui d'une étude qui nous donne des indications sur les secteurs dans lesquels des déficits de compétences sont susceptibles de survenir dans les prochaines années. Grâce à ces informations, les jeunes et les moins jeunes pourront évaluer leurs objectifs et déterminer leurs besoins de formation et d'apprentissage".

En 2015, le secteur primaire devrait occuper 10 millions de travailleurs dans toute l'Europe - contre 12 millions en 2006 (et 15 millions en 1996) - tandis que l'industrie manufacturière devrait en employer 34,5 millions - contre 35 millions en 2006 et 38 millions en 1996. Toutefois, les véritables vecteurs de croissance seront les services. Prise dans son ensemble, l'économie générera plus de 13 millions de nouveaux emplois d'ici 2015 - alors qu'elle en perdra plus de 2 millions dans le secteur primaire et un demi million

dans l'industrie. Les emplois créés seront au nombre de 3,5 millions dans les transports et la distribution, y compris dans le tourisme, tandis que le commerce et les divers services offriront les meilleures perspectives à moyen terme en générant 9 millions d'emplois nouveaux d'ici 2015.

L'éducation, la santé et les activités à caractère social créeront quant à elles 3 millions d'emplois supplémentaires. Un phénomène qui aura un impact encore plus significatif que la montée en puissance du secteur des services est le besoin croissant en compétences et en qualifications à tous les niveaux. La demande de savoir-faire hautement qualifié n'a pas encore atteint son niveau maximal. A l'heure actuelle, 80 des 210 millions de travailleurs européens exercent des métiers non manuels hautement qualifiés, et cette proportion devrait encore augmenter. Entre 2006 et 2015, l'Europe verra la création de 12,5 millions d'emplois au niveau de qualifications le plus élevé et de 9,5 millions d'emplois de niveau intermédiaire (qualifications professionnelles essentiellement). En revanche, les emplois destinés aux travailleurs peu qualifiés diminueront de 8,5 millions. Même les emplois de manœuvres requièrent toujours plus d'aptitudes et les ouvriers qualifiés auront de plus en plus besoin d'un niveau de formation moyen. Les conséquences sur l'emploi sont importantes. Le recul démographique signifie que des travailleurs doivent

constamment être remplacés, même dans les secteurs et les métiers en déclin. Mais étant donné que toujours plus de compétences sont demandées, les nouveaux travailleurs auront besoin de qualifications plus élevées pour faire "le même travail".

Ces prévisions se fondent sur une projection des tendances actuelles. Afin d'identifier les nouvelles évolutions en matière de compétences et d'activités professionnelles, le Cedefop, avec la participation de Skillsnet - son réseau international de chercheurs et de décideurs pour la détection précoce des besoins en compétences - réalise également des études détaillées dans des domaines spécifiques. Il a déjà réalisé des dossiers concernant le tourisme, les nanotechnologies, le secteur agro-alimentaire et l'industrie du bois, et lancera bientôt des études sur les secteurs de la santé et de l'environnement. En outre, il procédera à des enquêtes afin de déterminer les attentes des employeurs en ce qui concerne les futurs besoins en compétences. Cette étude couvre 25 Etats membres de l'Union européenne (la Bulgarie et la Roumanie n'ont pas été prises en compte), ainsi que la Norvège et la Suisse.