

LE DOMICILE EN DROIT
DU TRAVAIL ET EN DROIT SOCIAL

PAR

Pierre ELVINGER Anita LECUIT Rémi CHEVALIER
AVOCAT À LA COUR AVOCAT AVOCAT À LA COUR

SOMMAIRE

- I. — EN DROIT DU TRAVAIL : LE LIEU DE TRAVAIL HABITUEL COMME CRITÈRE DE RATTACHEMENT DÉTERMINANT
- A. — *Le lieu de travail habituel : pierre angulaire des droits et obligations du travailleur*
1. Compétence judiciaire et loi applicable lors d'un conflit de droit du travail
 - a) Compétence judiciaire
 - b) Loi applicable
 2. Légalité d'un changement d'affectation du lieu de travail
- B. — *Le lieu de la résidence habituelle : coïncidence avec le lieu de travail habituel due aux nouvelles formes de travail*
1. Le travail à domicile et le temps d'astreinte
 2. Le télétravail
- II. — EN DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE : L'IMPORTANCE RESPECTIVE DU LIEU DE RÉSIDENCE ET DU LIEU DE TRAVAIL HABITUEL
- A. — *Le détachement des salariés*
1. A l'intérieur de l'Espace Economique Européen
 2. A l'extérieur de l'Espace Economique Européen
- B. — *Le chômage des salariés*
1. La règle générale : les salariés autres que les travailleurs frontaliers
 2. Le cas particulier des travailleurs frontaliers

Le domicile est réglementé par les articles 102 à 111 du Code civil luxembourgeois. L'article 102 (1) définit le domicile comme le principal établissement de la personne. Il s'agit là d'une conception abstraite du domicile qui a donné lieu à une importante controverse doctrinale entre les partisans de l'aspect fictif du domicile, qui y voient un lien abstrait entre la personne et le lieu où elle est présumée présente pour l'exercice de ses droits et obligations (2), et ceux qui plaident en faveur d'une conception plus réaliste de la notion de domicile (3). Le sens de l'évolution semble cependant aller de l'abstrait au concret, de la fiction à la réalité.

En tant que fonction, le domicile est un élément de localisation géographique de la personne, un moyen de situer la personne dans l'espace (4). Il s'agit donc d'un élément nécessaire à la fois pour l'organisation sociale et pour la défense des tiers. Les caractères du domicile sont en droit luxembourgeois comme en droit français au nombre de trois. Le domicile doit être nécessaire, fixe et unique.

Qu'en est-il de ce dernier principe? Quelle relation existe-t-il entre la notion de domicile et de résidence? Ce sont là des notions qu'il faut préciser, des questions auxquelles il faut essayer de répondre avant d'en venir au cœur de la problématique de cette analyse.

Le principe de l'unité du domicile a une forte assise dans le droit luxembourgeois. Comme déjà indiqué ci-dessus, à l'article 102 du Code civil, le domicile est défini comme le principal établissement de la personne. Les articles 103 et 104 du Code civil (5) montrent que l'acquisition d'un nouveau domi-

(1) Article 102 du Code civil : «Le domicile de tout Luxembourgeois, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement».

(2) En ce sens v. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7^e éd., 1964 par ESMIN et PONSARD, t. 1, Litec, n° 141 cité in *Encyclopédie Dalloz*, Rép. civ., oct. 1996, *Recueil*, V^e Domicile, p. 2, n° 1.

(3) En ce sens v. DEMOLOMBE, cours de Code Napoléon, t. 1, 1854, n° 347 et s. cité in *Juriclasser de droit civil*, Domicile, articles 102 à 111, n° 4.

(4) v. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Sirey, 2^e éd., 1983, n° 63, cité in *Juriclasser de droit civil*, Domicile, articles 102 à 111, n° 2.

(5) Article 103 du Code civil : «Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement».

Article 104 du Code civil : «La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile».

cile ne peut se faire qu'à condition de perdre l'ancien. Le domicile en tant que principal établissement est ainsi nécessairement unique puisque tout cumul est exclu.

Ce principe existe également dans certaines législations étrangères comme par exemple à l'article 102 du Code civil français et à l'article 23, § 2 du Code civil suisse, mais il est loin d'être d'application universelle puisqu'il est récusé entre autres par l'article 7, § 2 du Code civil allemand (6) et par l'article 32 du Code civil brésilien.

Il faudrait néanmoins que cette règle soit précisée et affinée et qu'elle reçoive une interprétation plus différenciée puisqu'en réalité elle interdit simplement la pluralité des domiciles de même nature. C'est la pratique qui a rendu nécessaires certaines atténuations au principe général d'unité du domicile. Le droit positif admet donc aujourd'hui pour les personnes physiques à côté du domicile général un certain nombre de domiciles spéciaux (7) tels le domicile professionnel, le domicile élu, le domicile de secours, le domicile électoral, le domicile fiscal (8). Le premier «s'applique à la généralité des droits et des obligations», alors que les seconds se réfèrent «à des relations juridiques spécialement déterminées» (9).

Dans le cadre de cette analyse, nous nous concentrerons, pour ce qui est des domiciles spéciaux, sur le seul domicile professionnel (10) vu qu'il a une importance évidente en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

Pour les professions libérales, l'existence d'un tel domicile professionnel spécial semble s'imposer, puisque, d'une part, il paraît souhaitable dans l'intérêt du professionnel lui-même et

(6) Article 7, § 2 du Code civil allemand : «Le domicile peut exister simultanément dans plusieurs endroits».

(7) «Le domicile spécial est — par opposition au domicile général — un lieu autre que le principal établissement qui, spécialement dans les rapports avec certaines personnes, ou pour l'exercice de certains droits, peut, à titre exceptionnel, être considéré comme le domicile de l'intéressé. De sorte que cette personne a, en réalité, deux domiciles de nature différente, un domicile général et un domicile spécial». *Encyclopédie Dalloz*, Rép. civ., oct. 1996, *Recueil*, V^e Domicile, p. 24, n° 193.

(8) Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, n° 38775 du rôle.

(9) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7^e éd., 1964, t. 1, Litec, par ESMIN et PONSARD, n° 574, cité in *Juriclasser de droit civil*, Domicile, articles 102 à 111, n° 21.

(10) «Le domicile professionnel peut être défini comme le lieu où la personne est située pour tout ce qui touche à l'exercice de sa profession». *Juriclasser de droit civil*, Domicile, articles 102 à 111, n° 24.

surtout pour la protection des tiers qui souvent ne connaissent que le lieu d'exercice de la profession, d'autre part, la jurisprudence, du moins en France, a affirmé l'existence d'un tel domicile professionnel pour les avocats (11) et pour les médecins (12). Même si l'existence d'un domicile professionnel spécial semble moins évidente en ce qui concerne les salariés (13), il faut considérer que la mobilité toujours plus grande des travailleurs entraîne une autonomie de plus en plus affirmée du domicile professionnel qui est ainsi amené à jouer un rôle primordial en droit du travail.

Après cette brève réflexion sur la notion de domicile, il est important de préciser qu'à côté de la notion de domicile général le législateur se réfère parfois à la notion de résidence. Selon la doctrine classique, la résidence est le «lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon assez stable mais qui peut n'être pas son domicile et auquel la loi attache principalement, subsidiairement ou concurremment avec le domicile, divers effets de droit» (14). Cette définition permet de distinguer la résidence, notion de fait, «siège réel de la personne» (15), du domicile, notion de droit, siège légal de la personne.

Mais cette distinction a-t-elle encore un sens aujourd'hui? N'est-il pas vrai que de nos jours elle tend à s'estomper peu à peu? Tout d'abord, quant à sa localisation, la résidence coïncide ordinairement avec le domicile et ensuite, quant à ses conséquences, la résidence se voit reconnaître un nombre croissant d'effets de droit (16). Bien qu'il fût intéressant d'approfondir ce débat et de s'interroger sur la question de savoir si la distinction entre ces deux notions doit être conservée ou si

(11) D., 27 nov. 1991, art. 165, v. cependant Cass. 1^{re} civ., 15 jan. 1985 : D., 1985, p. 316, note A. BRUNOIS.

(12) D., 28 juin 1979, art. 63.

(13) «Il ne semble ni possible ni utile d'attribuer à toute personne, et notamment au salarié, un domicile spécial au lieu de son travail : ce domicile qui manquerait de stabilité ne produirait guère plus d'effets que ceux que procurent, d'ores et déjà, les textes relatifs à la compétence du Conseil de prud'hommes. On remarquera, en outre que si le lieu de travail semble parfois produire les effets d'un domicile en matière de signification [...] il s'agit en réalité d'une impression trompeuse, le lieu de travail n'ayant d'autre effet que de constituer un endroit où l'huissier a de bonnes chances de rencontrer la personne.» *Juriclassueur de droit civil*, Domicile, art. 102 à 111, fasc. 10, n° 28.

(14) *Encyclopédie Dalloz, Rép. civ.*, oct. 1996, *Recueil*, V° Domicile, p. 2, n° 3.

(15) BAUDRY-LACANTINIERRE, *Précis de droit civil*, 8^e éd., 1902, t. 1, n° 359.

(16) *Juriclassueur de droit civil*, Domicile, articles 102 à 111, n° 9.

au contraire il faudrait l'abolir, nous n'allons pas nous attarder plus longuement sur cette problématique. Nous n'allons d'ailleurs pas non plus prendre position dans l'absolu par rapport à cette question.

Simplement, dans le cadre de cette analyse centrée sur la personne en tant que travailleur, nous appellerons «domicile» le lieu de résidence habituelle de la personne et «domicile professionnel» son lieu de travail habituel. Autrement dit, nous choisissons donc d'infléchir, de restreindre quelque peu la définition du domicile, parce que ce sont ces deux lieux qui constituent les critères de rattachement essentiels en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

L'essentiel de cette étude portera en effet sur les questions de savoir pourquoi et dans quelle mesure le lieu de travail habituel et le lieu de la résidence habituelle sont les critères de rattachement déterminants lors d'un litige de droit du travail et de droit de la sécurité sociale.

Et plus précisément, comment ces deux critères de rattachement, pas forcément identiques, peuvent jouer complémentaiement pour donner aux travailleurs un maximum de possibilités de faire valoir leurs droits en jouant parfois sur cette double appartenance.

Nous nous concentrerons dans le cadre de cette analyse en grande partie sur les mécanismes européens mis en place en la matière. Néanmoins, les spécificités du droit luxembourgeois, lorsqu'elles existent, seront à chaque fois mises en lumière.

Les objectifs de la législation sociale européenne et de la législation luxembourgeoise sont évidents : sécurité juridique, justice sociale, respect des principes fondamentaux repris dans le Traité de l'Union européenne, tel par exemple le principe de libre circulation des travailleurs, sont les raisons majeures, les buts primordiaux de l'intervention communautaire.

Les législations dans ces domaines tentent ainsi toujours de concilier la sécurité juridique et la justice sociale en essayant de jouer sur les deux tableaux que constituent les deux critères de rattachement, à savoir le lieu de travail habituel et le lieu de la résidence habituelle, pour offrir à la relation de travail un maximum de justice dans la clarté.

Le problème qui se pose en l'espèce est d'autant plus important et plus actuel ces dernières années, que les conditions de travail ont changé profondément et cette tendance se renforcera sans aucun doute dans les années à venir.

Autrefois, les individus travaillaient pour la plupart à proximité de leur lieu de résidence, il n'y avait donc jamais de grandes distances entre leur résidence et leur domicile professionnel. Cette situation a changé avec l'essor des nouvelles technologies, l'amélioration des nouvelles conditions de transport et, d'une manière plus générale, avec les importants changements dans l'organisation de la société. L'accroissement de la mobilité des travailleurs, les nouvelles formes de travail, les nouvelles organisations des entreprises sont les raisons majeures d'un tel changement.

A l'heure actuelle, l'activité professionnelle apparaît comme l'une des raisons premières des déplacements des personnes. Ainsi, de nos jours, les législations européennes et nationales en la matière doivent être modifiées et adaptées en permanence pour en tenir compte. C'est pourquoi il s'agira dans le cadre de cette analyse d'étudier de plus près comment les législateurs ont trouvé un équilibre en droit du travail entre le domicile professionnel et la résidence pour répondre aussi bien que possible aux différents objectifs mentionnés ci-dessus.

Nous traitons séparément du droit du travail et du droit de la sécurité sociale parce que, bien que les deux se recoupent et se rejoignent sur beaucoup de points, ils présentent pourtant aussi un léger décalage à cause de la différence des problèmes posés et des objectifs poursuivis dans ces deux domaines. Cela se voit notamment dans le fait que les critères de rattachement se présentent de façon différente dans les deux cas.

Dans une première partie il sera question du droit du travail : le lieu de travail habituel comme critère de rattachement déterminant (I), et dans une deuxième partie nous nous pencherons sur le droit de la sécurité sociale : l'importance respective du lieu de résidence et du lieu de travail habituel comme critères de rattachement (II).

I. — EN DROIT DU TRAVAIL :
LE LIEU DE TRAVAIL HABITUEL
COMME CRITÈRE DE RATTACHEMENT DÉTERMINANT

Il s'agira d'évoquer tout d'abord en quoi et pourquoi le lieu de travail, c'est-à-dire le domicile professionnel, occupe une place essentielle en tant que critère de rattachement dans les relations de travail. (A. Le lieu de travail habituel : pierre angulaire des droits et obligations du travailleur). Et d'expliquer ensuite quelques cas, où, en raison de la forme de certains travaux, il peut y avoir coïncidence entre la résidence et le lieu de travail. (B. Le lieu de la résidence habituelle : un cas extrême où il s'identifie au lieu de travail habituel).

A. — *Le lieu de travail habituel :
pierre angulaire des droits et obligations
du travailleur*

La notion de domicile professionnel, qui se révèle être déjà utile pour désigner la loi applicable et le tribunal territorialement compétent lors des conflits de droit du travail nationaux, devient la notion clé, l'élément indispensable en droit international privé pour résoudre les conflits de lois et de juridiction qui risquent d'apparaître lorsqu'un élément d'extranéité est susceptible d'opposer plusieurs lois nationales. Par ailleurs, comme le lieu de travail est généralement un élément déterminant pour le travailleur qui doit s'y rendre tous les jours, la question qui s'impose est celle de savoir si et dans quelles conditions les mutations, c'est-à-dire les changements du lieu de travail peuvent lui être imposés.

Le premier point portera donc sur la compétence judiciaire et la loi applicable lors d'un conflit de droit du travail (1), et dans une deuxième partie nous nous interrogeons sur la légalité d'un changement d'affectation du lieu de travail (2).

1. *Compétence judiciaire et loi applicable lors d'un conflit de droit du travail*

Il s'agira tout d'abord de déterminer quel est le tribunal territorialement compétent pour connaître d'un conflit de droit

du travail (a), et de voir ensuite quelle est la loi applicable à un tel conflit (b).

a) *Compétence judiciaire*

Lorsque le lieu de travail se situe au Grand-Duché de Luxembourg, la détermination de la compétence juridictionnelle est facile. Selon l'article 42 de la loi du 6 décembre 1989 sur la juridiction du travail (17), la juridiction compétente est celle du lieu de travail principal. A défaut de lieu de travail principal, les juridictions siégeant dans la ville de Luxembourg sont compétentes.

La Cour supérieure de Justice, dans un arrêt «*Bausch c. SNCFL*» du 23 décembre 1999 (18), a ainsi décidé que,

«le litige étant dépourvu de tout caractère international, les règles de droit international privé [...] ne sauraient trouver application en l'espèce, [...] qu'il convient pour la détermination du lieu de travail, seul facteur attributif de compétence territoriale au Luxembourg, de se référer, dans la mesure où le lieu prévisionnel de la fourniture de travail par le salarié y est précisé, à l'écrit constatant l'embauchage du salarié, peu importe à ce sujet que le travail ait commencé ou non d'être exécuté».

Lorsque par contre le lieu de travail ne se situe pas au Grand-Duché de Luxembourg, c'est-à-dire dès lors que la relation de travail développe ses effets sur le territoire de plusieurs Etats membres de l'Union européenne, la juridiction compétente est déterminée par le règlement communautaire n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commer-

(17) Article 42 de la loi du 6 décembre 1989 concernant la juridiction du travail : « En matière de contestations relatives aux contrats de travail et aux contrats d'apprentissage, la juridiction compétente est celle du lieu de travail. Lorsque celui-ci s'étend sur le ressort de plusieurs juridictions, est compétente la juridiction du lieu de travail principal.

Lorsque le lieu de travail s'étend sur tout le territoire du Grand-Duché, est compétente la juridiction siégeant à Luxembourg.

Lorsque le lieu de travail n'est pas au Grand-Duché, la compétence est déterminée par les règles inscrites à la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. *Mémorial, A*, n° 83 du 27 déc. 1989, p. 1633.

(18) C.S.J., 23 déc. 1993, n° 21529 du rôle, cité in, FEYERHEISEN, *Droit du travail*, 2000, p. 538.

cial (le «Règlement Bruxelles I»). Ce règlement, qui est directement applicable, remplace la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (ci-après la «Convention»). Il est entré en vigueur au 1^{er} mars 2002 pour tous les Etats membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark qui a décidé de ne pas se soumettre à cette réglementation et à l'égard duquel la Convention de Bruxelles continuera à s'appliquer).

La détermination du juge compétent dans les litiges de travail internationaux est régie par les articles 18 à 21 du Règlement Bruxelles I. Il s'agit d'un régime spécial de protection (19) qui comporte trois caractéristiques :

— Il est autonome, c'est-à-dire qu'il constitue un système à part au sein de la Convention. Il s'agit donc en quelque sorte d'un îlot de protection qu'on peut appliquer directement sans passer par l'article 2 du règlement (en réalité c'est là plutôt une question de forme que de fond).

— L'option de compétence qu'il prévoit est unilatérale, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée que par la partie faible. Ainsi, selon l'article 19 du Règlement Bruxelles I,

«Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attiré :

1. devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile, ou
2. dans un autre Etat membre :
 - a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou,
 - b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur».

La jurisprudence communautaire avait déjà fait application de ces principes protecteurs des salariés bien avant l'entrée en vigueur du règlement communautaire n° 44/2001. Ainsi, selon un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes

(19) Il existe des régimes spéciaux de protection de la partie faible dans 3 types de contrats : contrat de travail, contrat de consommation, contrat d'assurance.

du 13 juillet 1993 *Mulox IBC Ltd c. Hendrick Geels* (20), il a été jugé que,

« compte tenu de la spécificité du contrat de travail, le lieu d'exécution de l'obligation pertinente, aux fins de l'application de l'article 5, point 1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, [...] doit, pour un tel contrat, être déterminé non pas par référence à la loi nationale applicable selon les règles de conflit de la juridiction saisie, mais, au contraire, sur la base de critères uniformes définis par la Cour au vu du système et des objectifs de la convention. Ce lieu est celui où le travailleur exerce en fait les activités convenues avec son employeur ».

Dans le même sens la Cour supérieure de Justice, dans un arrêt du 4 février 1999 « *Gohmann c. Wagener* » (21), a décidé que,

« pour déterminer la compétence territoriale, il convient [...] d'écarter les possibilités théoriques d'affectation en cours d'exécution du contrat et de s'en tenir uniquement au lieu auquel le salarié se trouvait objectivement attaché au moment où a surgi le litige. Si le salarié avait fait l'objet d'affectations ou de mutations successives, c'est le tribunal du travail dans le ressort duquel se trouve son dernier lieu de travail d'affectation qui doit se déclarer compétent pour en connaître ».

— Il protège la partie faible contre les clauses attributives de juridiction, c'est-à-dire que ces clauses sont interdites sauf lorsqu'elles jouent au profit de la partie faible. Ainsi, selon l'article 21 du règlement,

« Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions attributives de juridiction :

1. postérieures à la naissance du différend, ou
2. qui permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ».

La détermination de la compétence territoriale des juridictions du travail se fait ainsi selon des règles protectrices des salariés en raison de la force inégale des parties au contrat.

(20) Aff. C 125/92 : *Rec.*, C.J.C.E., 1993, p. 1 4075.

(21) C.S.J., 4 février 1999, n° 20239 du rôle, cité in, FEYERHISEN, *Droit du travail*, p. 538A.

L'idée étant que c'est l'employeur qui prépare les contrats de travail et les impose au salarié, ce dernier se contentant en général de les accepter tels quels. Les dispositions retenues aux articles 18 à 21 du Règlement Bruxelles I sont dès lors censées préserver les travailleurs de certaines clauses abusives susceptibles d'être contenues dans les contrats qu'ils ont signés. Ainsi, aux termes de l'article 19, en cas de litige, le salarié peut choisir entre le tribunal de son lieu de travail et le tribunal du domicile de l'employeur. Ce sont donc à la fois le domicile général et le domicile professionnel qui se révèlent être les critères de rattachement susceptibles de déterminer le tribunal territorialement compétent dans le cadre d'un litige de droit du travail.

b) Loi applicable

Afin d'instaurer des règles communes de désignation de la loi applicable aux obligations contractuelles, les Etats membres de l'Union européenne ont adopté la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Cette convention a un domaine d'application universel (selon l'article 2 de la Convention de Rome, la règle de conflit de loi joue même dans les cas où la loi applicable n'est pas la loi d'un Etat contractant; contrairement au règlement communautaire et à la Convention de Bruxelles dont le domaine d'application est limité à l'Union européenne).

La Convention de Rome, à l'instar du Règlement Bruxelles I, prévoit elle aussi un régime particulier pour les contrats impliquant une partie faible, comme c'est le cas en matière de contrat de travail.

La détermination de la loi applicable dans les litiges de travail internationaux est régie par l'article 6 de la Convention de Rome. Selon l'article 6, paragraphe 1^{er},

« [...] le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix [...] ».

Un arrêt de la Cour d'appel du 3 décembre 1992 «*Républicain Lorrain c. Mancini*» (22) a précisé cette disposition en affirmant que,

«pour les contrats de travail, la loi d'autonomie se voit ainsi reconnaître un rôle complémentaire aux dispositions protectrices de la loi du lieu de l'exécution du contrat. Il en résulte que l'intention des parties de se référer à une loi nationale autre que celle du pays où le contrat de travail est exécuté, n'est licite que dans la mesure où la loi choisie est plus avantageuse pour le salarié. Le but recherché est [...] de protéger le salarié contre l'éviction abusive de la loi applicable dans le pays où le contrat de travail est exécuté. Le contenu de la loi du lieu de l'exécution du contrat de travail devient un minimum pour le salarié dont il ne peut être privé par l'effet d'une loi d'autonomie que l'on présume imposée par l'employeur».

C'est donc l'idée d'un seuil minimal de protection impérative qui est prévue par l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention de Rome et réaffirmée par la jurisprudence. L'autonomie de la volonté s'en trouve fortement limitée vu qu'elle est subordonnée aux exigences de la loi de la «protection minimale».

L'identification de la loi applicable à défaut de choix des parties se fait selon l'article 6, paragraphe 2,

«[...] à défaut de choix [...] le contrat de travail est régi :

- a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou
- b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur».

On voit donc qu'ici encore, comme en matière de conflit de juridiction, le lieu de travail habituel est un critère de rattachement essentiel lors d'un conflit international de droit du travail.

Finalement, l'article 6 comporte cependant encore une clause d'exception selon laquelle les règles énoncées aux paragraphes 1^{er} et 2 de cet article s'appliquent,

(22) C.A. 3 déc. 1992, *Pasicrisie*, 29, p. 30.

«à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable».

Cette disposition permettra d'éviter les conséquences préjudiciables au travailleur résultant d'un rattachement rigide du contrat à la loi du lieu d'exécution.

On peut en conclure qu'en matière de contrat de travail le rattachement est un rattachement de proximité étant donné que la Convention de Rome essaie de déterminer le pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits.

Afin de remédier aux problèmes d'articulation que son texte soulève avec le droit dérivé, l'article 20 de la Convention de Rome retient qu'elle

«ne préjuge pas des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes».

L'objectif de cette disposition est de donner priorité aux directives communautaires contenant des dispositions de droit international privé dont le but est d'éviter que le travailleur européen ne se voie imposer le choix de la loi d'un pays tiers moins protectrice.

En matière de contrat de travail, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (23) est importante. C'est l'internationalisation constante des relations professionnelles qui a incité le législateur européen à coordonner les législations des différents Etats membres en matière de détachement des travailleurs pour l'accomplissement d'un travail temporaire sur le territoire d'un autre Etat membre. L'objectif était de prévoir un «noyau dur de règles impératives de protection minimale», ce qui signifie que, même si la loi du pays d'origine reste applicable à la relation contractuelle, conformément aux principes de la Convention de Rome, les travailleurs détachés

(23) J.O.C.E., n° L018 du 21 janvier 1997, pp. 0001-0006.

pourront se prévaloir de ce noyau dur de règles impératives de protection minimale applicables dans le pays d'accueil.

Dans son article 7, la directive prévoit que les Etats membres doivent transposer les dispositions de cette directive dans leur droit interne au plus tard le 16 décembre 1999.

Le législateur luxembourgeois ne s'est acquitté de cette obligation communautaire que tardivement par une loi du 20 décembre 2002 sur le détachement de travailleurs et le contrôle de l'application du droit du travail (24).

L'article 1^{er} de cette loi pose le principe de l'application territoriale du droit du travail, et dispose dans son paragraphe 1^{er} que,

« constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national, en ce qui concerne notamment les dispositions d'ordre conventionnel ou contractuel conformément aux termes de la loi du 27 mars 1986 portant approbation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et sont comme telles applicables à tous les travailleurs exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, y compris ceux qui font l'objet d'un détachement temporaire, quelle que soit sa durée ou sa nature, toutes les dispositions légales, réglementaires, administratives [...] ayant trait à [...] »

Selon le paragraphe 2 du même article, « les dispositions du paragraphe premier [...] s'appliquent aux travailleurs, quelle que soit leur nationalité, au service de toute entreprise, sans préjudice quant à la nationalité et au lieu juridique ou effectif du siège social de celle-ci ».

Cette nouvelle loi du 12 décembre 2002 a par ailleurs abrogé l'article IV de la loi du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et à la formation professionnelle, qui, en vertu des dispositions de la Convention de Rome, avait déclaré d'ordre public, donc territorialement applicable, de larges parties du droit du travail luxembourgeois.

Ce faisant, le législateur luxembourgeois avait déjà préfiguré la transposition de l'article 3 de la directive 96/71/CE qui rend applicables à tout travail effectué sur le territoire d'un Etat

(24) *Mémorial A*, n° 154 du 31 déc. 2002, p. 3722.

membre les dispositions fondamentales du droit du travail de cet Etat membre.

C'est en ce sens également que la Cour de Cassation avait déjà, dans un arrêt du 2 juillet 1959 « *Drapiers Rubens c. Meyers* » (25), soumis à la loi luxembourgeoise tout travail exécuté sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.

Comme souligné ci-dessus, ces dispositions protectrices instaurées par le droit dérivé et récemment transposées dans la législation luxembourgeoise ne s'appliquent que lorsque le travail est effectué au Luxembourg. Citons à cet égard une série de trois arrêts (26) qui illustrent qu'on ne peut déduire de la disposition de l'article IV de la loi du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et à la formation professionnelle (repris plus ou moins textuellement par l'article 1^{er} de la nouvelle loi du 12 décembre 2002 sur le détachement de travailleurs et le contrôle de l'application du droit du travail) que la loi luxembourgeoise est nécessairement applicable au contrat de travail au motif que l'article 7, paragraphe 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, disposant que « les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat », énonce le principe de l'application immédiate et indépendante des lois de police du for alors même que le contrat ne serait pas soumis à la « *lex fori* ».

La Cour de Cassation a en effet jugé dans son arrêt du 25 novembre 1999 qu'eu égard au champ d'application de la loi du 31 juillet 1995 (respectivement de la nouvelle loi du 12 décembre 2002), qui est limité aux seuls salariés travaillant sur le territoire du Luxembourg, la Cour d'appel aurait dû rechercher si, en vertu des différents critères de rattachement

(25) Cass. civ., 2 juillet 1959, *Pasicrisie*, 17, p. 443.

(26) Cour d'appel, 24 septembre 1998, *Pasicrisie* 31, p. 58, cassé par l'arrêt de la Cour de Cassation, 25 novembre 1999, *Pasicrisie* 31, p. 423, et l'arrêt de la Cour d'appel, 13 juillet 2000, *Pasicrisie* 31, p. 426 rendu à la suite de l'arrêt de cassation. Le litige portait notamment sur la question de savoir si un contrat de travail conclu par un consul luxembourgeois à l'étranger avec une salariée étrangère, domiciliée à l'étranger pour occuper un poste dans la mission consulaire est, à défaut de choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail, soumis à la loi locale ou si, dans l'hypothèse où la loi luxembourgeoise serait plus favorable au salarié, serait susceptible de s'appliquer en tant que loi de police.

principaux et subsidiaires découlant des articles 4 et 6 de la Convention de Rome, le contrat de travail ne présentait pas des liens plus étroits avec le pays du lieu de travail. La Cour d'appel, qui avait sur base des dispositions d'ordre public déclaré la loi luxembourgeoise applicable sans analyser le cas d'espèce par rapport aux articles de la Convention de Rome précités, s'est finalement ralliée à cette analyse par son arrêt du 12 juillet 2000 (27).

2. *Légalité d'un changement d'affectation du lieu de travail*

Le lieu de travail constitue souvent l'un des critères déterminants pour le salarié. Cependant, le bon fonctionnement des grandes entreprises complexes comprenant des établissements souvent dispersés exige parfois la mutation géographique des salariés. C'est pour cette raison que très souvent des clauses de mobilité géographique, c'est-à-dire des clauses par lesquelles l'employeur se réserve la possibilité de modifier le lieu de travail du salarié, sont insérées soit dans le contrat de travail, soit, quoique plus rarement, dans les conventions collectives. Dans le cas où seul l'un des deux envisage la mobilité, les dispositions plus favorables au travailleur prévaudront (28).

Ainsi, en l'absence d'une clause de mobilité géographique dans le contrat de travail ou dans la convention collective, la mutation géographique du salarié entraîne une modification de son contrat de travail que le salarié n'est pas tenu d'accepter (29). Dès lors, le salarié qui refuse la clause de mobilité

(27) L'arrêt du 13 juillet 2000, sub n° 26, retient que «conformément à l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le contrat de travail d'une salariée étrangère, engagée pour travailler à la mission consulaire luxembourgeoise à l'étranger et qui y a toujours travaillé, est soumis à la loi locale».

(28) Selon la jurisprudence des tribunaux français : Si la convention collective envisage la mobilité, mais que le contrat de travail prévoit de façon implicite que le lieu de travail ne peut être modifié, les dispositions du contrat de travail prévaudront sur celles de la convention collective puisqu'elles sont plus favorables au salarié, (cf. Cass. soc., 23 février 1977, n° 75-15.319). Si, inversement, la disposition conventionnelle encadrant les conditions de la mobilité géographique est plus favorable que la clause de mobilité prévue au contrat de travail, c'est la première qui doit s'appliquer (cf. Cass. soc., 4 février 2003, n° 01-40.384, n° 285P).

(29) Selon la jurisprudence des tribunaux français : L'introduction d'une clause de mobilité dans un contrat de travail en cours d'exécution constitue une modification que le salarié est fondé à refuser, (cf. Cass. soc., 2 juin 1992, n° 89-41.696; Cass. soc. 18 mars 1996, *R.J.S.*, 8-9/1996, n° 907; Cass. soc., 24 nov. 1999, n° 97-45.202).

introduite par l'employeur en cours d'exécution du contrat est présumé avoir été licencié. Dans le cas d'un changement d'affectation du lieu de travail, il faut alors respecter la procédure prévue par l'article 37 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. Cet article, qui traite de la révision du contrat de travail, dispose que,

«Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, à peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles 19 et 20 et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets. Dans ce cas, le salarié peut demander à l'employeur les motifs de la modification et l'employeur est tenu d'énoncer ces motifs dans les formes et délais prévus à l'article 22.

La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, à peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles 20 et 27.

La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article 28».

Lorsque par contre la clause de mobilité est prévue dans le contrat, l'employeur peut, pour des raisons de service, muter le salarié dans un autre établissement sans que celui-ci puisse s'y opposer en invoquant une prétendue modification de son contrat de travail. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le changement d'affectation du salarié en présence d'une clause de mobilité dans le contrat de travail constitue un simple changement des conditions de travail et non pas une modification du contrat de travail. Dès lors le salarié qui refuse une telle mutation commet en principe une faute grave (30).

Comme le principe selon lequel la preuve incombe au demandeur s'applique, c'est sur le salarié que repose la charge

(30) V. notamment les décisions des tribunaux français : Cass. soc., 7 oct. 1997, n° 95-41.857; Cass. soc., 28 oct. 1998, n° 96-43.855; Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-43.033; Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-43.055; Cass. soc., 12 fév. 2002, n° 99-45.610.

de la preuve d'un quelconque abus de la part de l'employeur, lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité (31).

Même s'il n'existe ni limitation légale, ni limitation jurisprudentielle quant à la distance ou à l'éloignement qui peut être imposé au salarié, la clause de mobilité ne peut cependant pas être mise en œuvre dans n'importe quelles conditions et de façon discrétionnaire. La décision de mutation ne doit donc pas révéler, de la part de l'employeur, un abus de droit ou un détournement de pouvoir et doit être dictée par l'intérêt de l'entreprise (32).

Ainsi, selon une décision rendue par le tribunal du travail de Luxembourg le 10 octobre 1991 (33),

« attendu que la faculté pour l'employeur de transférer à tout moment sans préavis son employé, ayant accepté la clause de mobilité, vers un autre poste de travail hors de l'entreprise où il travaille actuellement, n'est à déclarer licite que dans le cas où cette mutation s'opère dans un seul et même pays; que la clause de mobilité internationale est à déclarer illicite dans la mesure où elle permet, comme en l'espèce, le transfert d'un employé vers n'importe quel pays du monde, sans obligation pour l'employeur de respecter le moindre préavis; que l'application de pareille clause de mobilité internationale, avec observation d'un préavis légal tenant compte de l'ancienneté de service, n'est pas de nature à traumatiser la vie professionnelle et familiale du salarié en le forçant de partir vers l'étranger dans des conditions désagréables ».

En l'espèce, l'abus de droit n'est pas caractérisé par les conditions de mise en œuvre de la clause de mobilité, mais par l'absence de prise en considération de la contrainte subie par le salarié du fait qu'aucun délai de préavis n'a été respecté. L'abus de droit légitime alors le refus du salarié de se soumettre aux nouvelles conditions qu'on prétend lui imposer.

Dès lors, le travailleur est en principe tenu d'accepter une mutation à l'étranger si son contrat de travail contient une

(31) Principe confirmé par la jurisprudence française : C'est au salarié qui invoque un détournement de pouvoir d'en apporter la preuve et non à l'employeur de fournir des explications sur les raisons l'ayant conduit à mettre en œuvre la clause de mobilité (cf. Cass. soc., 10 juin 1997, n° 94 43.889).

(32) LAMY, *Droit social*, 2003, p. 246, n° 479.

(33) Trib. du travail de Luxembourg, 10 octobre 1991, n° 3087/91 du rôle.

clause de mobilité internationale. Cependant, l'employeur ne peut pas toucher aux éléments essentiels du contrat de travail tels que par exemple une diminution du salaire.

Lorsque le changement d'affectation entraîne un changement d'horaire et des conditions de travail, une telle modification ne peut pas être qualifiée de substantielle (34). En effet, même si en soi la modification des horaires de travail peut, suivant les circonstances, s'analyser en une modification du contrat de travail que le salarié a la faculté de refuser, il n'en est pas de même lorsque ce changement intervient à l'occasion de l'application d'une clause de mobilité. C'est une solution logique. Intégrant un nouveau service organisé avec tout ce que cela comporte, le salarié devra inévitablement se soumettre à de nouveaux horaires et à de nouvelles conditions de travail. Lui permettre d'invoquer une modification de son contrat de travail pourrait considérablement réduire la portée pratique de la clause de mobilité ainsi que la souplesse qu'elle procure à l'employeur dans la gestion de son personnel (35).

Les tribunaux français ont eu à prendre position sur des situations où l'employeur a introduit des clauses relatives au domicile personnel du salarié dans le contrat de travail.

Dans le cas où le contrat initial a prévu une clause de mobilité assortie d'une obligation de transfert de domicile, la Cour de Cassation a décidé dans un arrêt du 12 janvier 1999 « *Spi-leers c. Omni Pac (SARL)* » (36) qu'étant donné que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, selon lequel toute personne a droit au respect de son domicile, « une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ».

Il semble donc qu'une aliénation partielle du droit de chacun au respect de son domicile soit possible, à condition cependant d'être justifiée.

(34) Cass. soc., 30 sept. 1997, n° 95 43.187.

(35) LAMY, *Droit social*, 2003, p. 247, n° 479.

(36) Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96 40.755, *Bull. civ.* V, n° 7, p. 5.

Les clauses de mobilité et les clauses relatives au domicile personnel du salarié, qui sont introduites dans le contrat de travail dès sa conclusion, ce qui signifie qu'elles ont été acceptées par le salarié au moment de son embauche, sont en principe licites lorsqu'elles répondent à un besoin réel de l'entreprise et sont donc utiles à l'organisation et au bon fonctionnement de cette dernière. Cependant, même si elle est justifiée dans l'absolu, la mise en œuvre d'une telle clause peut se révéler abusive. Ainsi par exemple, en ce qui concerne les clauses de mobilité, l'employeur doit respecter un certain délai de préavis pour mettre à exécution la clause de mobilité contenue dans le contrat de travail. La loi ne prévoyant aucun délai minimum, tout dépend des circonstances de l'espèce. Il faut dès lors tenir compte de l'importance du changement pour le salarié, de son ancienneté, de l'ampleur de l'éloignement, de sa situation familiale etc.

Tous ces freins portés à l'application de ces clauses ont donc comme objectif principal de protéger le travailleur contre les changements trop brusques de son lieu de travail habituel et contribuent ainsi à garantir la stabilité de son domicile aussi bien privé que professionnel.

Il ressort de ces développements que le lieu de l'exécution du travail, généralement distinct du lieu de la résidence habituelle du travailleur, est le critère de rattachement essentiel dans les relations de travail. Cependant, ces derniers temps, en raison de certaines formes nouvelles de travail, les cas où le lieu de travail se confond avec le lieu de la résidence habituelle augmentent considérablement en nombre.

*B. — Le lieu de la résidence habituelle :
coïncidence avec le lieu de travail habituel
due aux nouvelles formes de travail*

Comme déjà souligné dans le cadre de l'introduction, il y a généralement une différence entre la résidence du travailleur, c'est-à-dire le lieu où il demeure habituellement, sa sphère intime et son lieu de travail, c'est-à-dire l'endroit où il s'adonne à son activité professionnelle. Ce principe connaît cependant un certain nombre d'exceptions, dues à de nou-

velles méthodes de travail. Pour ces nouvelles méthodes de travail, le lieu de travail se confond parfois avec le lieu de résidence du travailleur, l'objectif étant, d'une part, la modernisation de l'organisation du travail et, d'autre part, la conciliation entre vie professionnelle et vie sociale pour les travailleurs.

Le premier point portera sur le travail à domicile (1) et le deuxième point concernera le télétravail, forme nouvelle de travail qui occupe d'ores et déjà une place non négligeable sur le marché du travail (2).

1. Le travail à domicile et le temps d'astreinte

En matière d'astreinte, le domicile joue un rôle important dans la mesure où il est le critère déterminant pour distinguer l'astreinte du travail effectif.

La Cour de Cassation française a décidé dans un arrêt «EDF-GDF contre Paris-Pyramide» du 2 avril 2003 (37),

«que constitue un travail effectif, au sens de l'article L.212-4 du Code du travail, alors en vigueur, le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à des directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles. Constitue en revanche une astreinte et non un travail effectif une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise».

Il y a donc requalification du temps d'astreinte en temps de travail effectif lorsque le salarié ne peut pas effectuer ses heures d'astreinte à son domicile, ce qui entraîne une différence importante quant à la rémunération. Les juges considèrent en effet que la rémunération du travailleur qui effectue des périodes de permanence à son domicile général (lorsque ce dernier se confond avec sa résidence habituelle) doit être inférieure à celle des heures de permanence effectuées sur le lieu habituel du travail puisque la contrainte est beaucoup moins

(37) Cass. soc., 2 avril 2003, n° 01640.032, n° 1142, v. également Cass. soc. 3 juin 1998, n° 96-42.455.

importante dès lors que le travailleur se retrouve dans son entourage personnel.

Par ailleurs, la question de savoir si un salarié peut se voir imposer de travailler à domicile a été tranchée en France par un arrêt de la Cour de Cassation du 2 octobre 2001 « *Abram c. Sté Zurich Assurances* » (38). La Cour a retenu que l'ordre donné à un salarié, après fermeture des locaux de sa société, d'équiper son domicile pour y traiter les communications professionnelles et y détenir des dossiers, « constitue une modification unilatérale du contrat de travail autorisant le salarié à prendre acte d'une rupture du contrat s'analysant en un licenciement ». Le fait d'imposer en cours de contrat à un salarié de travailler à domicile constitue donc une modification d'un élément substantiel du contrat et ne peut être qualifié de simple changement dans les conditions de travail.

Même si la Cour motive sa décision sur base du principe de la modification du contrat, elle s'est pourtant placée sur le terrain des libertés puisque le visa évoque l'article L.120-2 du Code du travail (principe d'interdiction d'une atteinte aux libertés) et l'article 9 du Code civil (respect de la vie privée). C'est donc l'atteinte à la sphère privée telle que prévue à l'article 12 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et à l'article 7 de la Charte de Nice (droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications) qui est ici sanctionnée.

Cet arrêt apporte ainsi une limite importante à l'intrusion dans le domicile par l'employeur puisque le salarié peut désormais s'opposer à faire de son domicile un lieu d'activité professionnelle. Cet arrêt condamne donc le télétravail forcé. Le télétravail à domicile, s'il est accepté par les deux parties au contrat, demeure néanmoins tout à fait légitime.

2. Le télétravail

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont donné naissance à de nouvelles formes de travail

(38) Cass. soc., 2 oct. 2001, *Dr. soc.*, 2001, pp. 1039 et s., note J.-E. RAY; *J.C.P.*, 2002, II, n° 10035, note D. CORRIGANA-CARBIN.

rendant les relations de travail plus flexibles. Le télétravail en est le meilleur exemple. Il permet au travailleur de gérer librement son emploi du temps et de faire l'économie (à la fois en argent et en temps) des déplacements entre son domicile et son lieu de travail.

On peut s'attendre à ce que le télétravail à domicile se développe très rapidement dans les années à venir puisqu'il constitue un secteur d'importance croissante (les télétravailleurs représentent 5 % de l'ensemble des travailleurs en Europe (39)), progressant à un rythme de 17 % par an au sein de l'Union européenne (40). Le droit du travail doit donc s'adapter à ces nouveaux modes d'organisation des entreprises.

C'est dans cette perspective que le 16 avril 1997 la Commission européenne avait publié un Livre vert intitulé « Pour une nouvelle organisation du travail » (41), dont l'objectif était de souligner l'importance du télétravail et la nécessité d'un équilibre entre la flexibilité pour les entreprises et la sécurité pour les travailleurs dans une telle forme de travail. Ce Livre vert prévoit une longue liste des problèmes pratiques générés par le télétravail.

Finalement, très récemment un accord-cadre du 16 juillet 2002 (42) sur le télétravail a été négocié et signé par les partenaires sociaux.

Cet accord-cadre donne une définition large de cette nouvelle forme de travail qu'est le télétravail, c'est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est

(39) European Commission, Commission Staff Working Paper, *Information Society jobs quality for change. Exploiting the Information Society's contribution to managing change and enhancing quality in employment*, SEC (2002) 372, 3 avril 2002, cité in *Rev. d'Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 70.

(40) « Benchmarking Telework and E-commerce in Europe. ECATT Final Report, European Commission, IST programme, KATI, New Methods of Work and Electronic Commerce, août 2000, cité in *Rev. d'Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 70.

(41) European Commission, *Green Paper on Partnership for a New Organization of Work*, COM (97) 128 final, 16 avril 1997, disponible en ligne à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/employment-social/soc/dial/social/green-en.htm>

(42) Accord-cadre sur le télétravail, disponible en ligne à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/employment-social/news/2002/jul/telework-fr.pdf>

lité des travailleurs liée à l'exiguïté du territoire. Par ailleurs, ces deux aspects nous semblent d'une actualité toute particulière eu égard aux nouvelles formes d'organisation des entreprises et à la situation économique pour le moins instable dans toute l'Europe. Dans une première partie, nous parlerons donc des éléments de rattachement dans le cadre du détachement des salariés (A) alors que la deuxième partie portera sur le chômage des travailleurs (B).

A. — *Le détachement des salariés*

C'est l'organisation de la société caractérisée par une mobilité de plus en plus importante qui a encouragé bon nombre d'entreprises à détacher leurs travailleurs à l'étranger pour une durée plus ou moins longue. Afin de s'adapter à cette nouvelle situation et de régler les problèmes liés à ces mouvements de travailleurs, les Etats ont dû prendre les mesures appropriées pour garantir aux travailleurs migrants l'affiliation et le bénéfice de la sécurité sociale.

Comme ces migrations engendrent des conflits entre la loi nationale et les lois étrangères et que le droit interne luxembourgeois est insuffisant pour résoudre tous ces problèmes, l'analyse portera tout d'abord sur la législation communautaire en matière de sécurité sociale (1), par la suite on évoquera brièvement la situation des pays n'appartenant pas à l'Espace Economique Européen (2).

1. *A l'intérieur de l'Espace Economique Européen*

La législation communautaire en matière de sécurité sociale est une condition indispensable du principe de la libre circulation des travailleurs qui constitue l'un des fondements de l'Union européenne assurée par l'article 39 du Traité d'Amster-

dam (50) (ancien article 48 du Traité de Rome). Cette liberté garantie par le traité n'a de valeur réelle et tangible que si les personnes qui se déplacent à l'intérieur de l'Union peuvent avoir l'assurance de ne pas être lésées dans leurs droits de sécurité sociale (51).

Sous l'impulsion de cet article, le Conseil a adopté les règlements n° 3 et n° 4 du 25 septembre 1958 (52) qui établissent les mesures nécessaires au respect de ce principe en matière de sécurité sociale. Ces règlements ont par la suite été remplacés respectivement par le règlement 1408/71/CE du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (53), qui tranche la question du régime de sécurité sociale applicable aux travailleurs migrants au sein de la Communauté européenne et par le règlement 574/72/CE du 21 mars 1972 fixant les modalités de mise en œuvre (54). Ces deux règlements sont d'application directe et immédiate. Ils sont applicables au Luxembourg

(50) Article 39 du Traité d'Amsterdam,

*1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la communauté.

2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :

a) de répondre à des emplois effectivement offerts,
 b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des Etats membres,
 c) de séjourner dans un des Etats membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux,
 d) de demeurer dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un Etat membre, après y avoir occupé un emploi.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.

(51) «Inspection générale de la sécurité sociale», *Droit de la sécurité sociale Luxembourg*, 2001, p. 333.

(52) *J.O.C.E.*, n° 30, 16 décembre 1958.

(53) Dans sa version originelle : *J.O.C.E.*, n° L 149, 5 juillet 1971, p. 1 (vu les nombreuses modifications, la version consolidée de ce règlement est publiée régulièrement).

(54) Dans sa version originelle : *J.O.C.E.*, n° L 74, 27 mars 1972, p. 1 (vu les nombreuses modifications, la version consolidée de ce règlement est publiée régulièrement).

depuis le 1^{er} octobre 1972 (55). Ils ont depuis lors été modifiés et complétés à plusieurs reprises pour s'adapter à l'évolution de la législation nationale et communautaire et pour intégrer les interprétations de la Cour de Justice des Communautés européennes.

La législation communautaire ne cherche pas à harmoniser les législations nationales des différents Etats membres, c'est-à-dire leur modification selon un modèle commun, mais à les coordonner, c'est-à-dire à établir certaines règles communes palliant les discordances entre les législations nationales et garantissant la protection sociale des travailleurs détachés à l'étranger. L'objectif d'une telle coordination est de garantir aux personnes qui exercent leur droit à la libre circulation à l'intérieur de l'Union européenne afin qu'elles ne soient pas défavorisées par rapport à celles qui ont toujours résidé et travaillé dans un même Etat membre (56).

Les règles déterminant la législation applicable sont prévues au titre II du règlement 1408/71/CE. Ces dispositions constituent un système complet et uniforme de règles de conflit de loi, qui ont pour but non seulement d'éviter l'application simultanée de plusieurs législations nationales, mais également d'empêcher que les personnes entrant dans le champ d'application du règlement 1408/71 soient privées de protection en matière de sécurité sociale, faute de législation qui leur serait applicable (57).

Selon l'article 13, paragraphe 1^{er} de ce règlement,

«le travailleur auquel le présent règlement est applicable n'est soumis qu'à la législation d'un seul Etat membre [...]».

(55) «L'application des règlements européens n'est subordonnée à aucun acte de ratification ou d'approbation de la part des gouvernements intéressés; ils entrent en vigueur automatiquement et s'intègrent dans l'ordre juridique de chaque Etat membre, sauf dispositions contraires, vingt jours à dater de leur publication au Journal officiel des Communautés européennes». *Juriclassneur de droit international*, fasc. 578, n° 46.

Ainsi, au fur et à mesure de l'élargissement de l'Union européenne à 15 pays membres, ces règlements sont devenus applicables dans tous les Etats membres.

Par ailleurs, l'Accord sur l'Espace Economique Européen, en faisant référence aux règlements 1408/71 et 574/72, a permis d'intégrer l'Irlande, la Norvège et le Liechtenstein dans le système de la coordination européenne.

(56) «Inspection générale de la sécurité sociale», *Droit de la sécurité sociale Luxembourg*, 2001, p. 334.

(57) *Juriclassneur*, 2001, *Droit international*, fasc. 212-10, n° 57.

Selon l'article 13, paragraphe 2, alinéa a), «le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre est soumis à la législation de cet Etat, même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre».

Le principe général est donc celui de l'unicité de la législation applicable, le but étant d'éviter les complications et les injustices pouvant résulter de l'application simultanée de plusieurs législations nationales.

Le critère de détermination de la loi applicable est dans la plupart des cas le lieu de travail. Cette règle générale de rattachement connaît cependant un certain nombre d'exceptions énoncées par les articles 14 à 16 pour lesquels l'application du régime protecteur est étendue hors du territoire de l'Etat d'emploi.

Dans le cadre de cette analyse, ne seront prises en compte que les règles spéciales de rattachement prévues à l'article 14, paragraphe 1^{er}, alinéa a) qui prévoit des règles particulières pour les travailleurs détachés temporairement à l'étranger.

Pour garantir la protection sociale des travailleurs détachés à l'étranger, le règlement prévoit, sous réserve de certaines conditions de durée, la possibilité pour ces derniers de rester rattachés au régime de protection du pays d'envoi. Ainsi, selon l'article 14, paragraphe 1^{er}, alinéa a),

- i) «le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre [...] détaché sur le territoire d'un autre Etat membre [...] demeure soumis à la législation du premier Etat, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur parvenu au terme de la période de son détachement;
- ii) si la durée du travail à effectuer [...] vient à excéder douze mois, la législation du premier Etat demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'Etat sur le territoire duquel le travailleur est détaché ou l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois : Toutefois cet

accord ne peut être donné pour une période excédant douze mois» (58).

Il est néanmoins possible dans tous ces cas que des accords dérogatoires à la législation applicable soient obtenus dans le cadre de l'article 17 qui dispose que,

«deux ou plusieurs Etats membres ou les autorités compétentes de ces Etats peuvent prévoir d'un commun accord, dans l'intérêt de certains travailleurs ou de certaines catégories de travailleurs, des exceptions aux dispositions des articles 13 à 16».

Ces exceptions peuvent concerner aussi bien le principe de base d'assujettissement dans le pays de travail que le détachement et sa prolongation.

Un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes «*Raad van Arbeid c. Brussel*» du 17 mai 1984 (59) a ainsi retenu que l'article 17 donne aux deux Etats la possibilité, dans le cas d'un travailleur qui, durant un grand nombre d'années, n'a pas été affilié au régime dont il aurait dû norma-

(58) Comme déjà indiqué ci-dessus, on se concentrera dans le cadre de cette étude au seul cas des travailleurs détachés, néanmoins il peut être utile d'indiquer d'autres cas de rattachements spéciaux qui sont dans l'impossibilité de recourir à la loi du lieu de travail, soit parce qu'il y en a plusieurs, soit parce qu'il n'y en a aucune. Certaines de ces situations sont décrites dans la suite de l'article 14, paragraphe 1^{er}.

Ainsi, selon l'alinéa b), «le travailleur des transports internationaux [...] au service d'une entreprise [...] ayant son siège sur le territoire d'un Etat membre, est soumis à la législation de ce dernier Etat. Toutefois :

i) le travailleur occupé par une succursale ou une représentation permanente que ladite entreprise possède sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où elle a son siège est soumis à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel cette succursale ou représentation permanente se trouve;

ii) le travailleur occupé de manière prépondérante sur le territoire de l'Etat membre où il réside est soumis à la législation de cet Etat, même si l'entreprise qui l'occupe n'a ni siège, ni succursale, ni représentation permanente sur ce territoire.

Selon l'alinéa c), «le travailleur, autre que le travailleur des transports internationaux qui exerce normalement son activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres, est soumis :

i) à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, s'il exerce une partie de son activité sur ce territoire ou s'il relève de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège ou leur domicile sur le territoire de différents Etats membres;

ii) à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile, s'il ne réside pas sur le territoire de l'un des Etats où il exerce son activité.

Finalement, selon l'alinéa d), «le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre par une entreprise qui a son siège sur le territoire d'un autre Etat membre et qui est traversé par la frontière commune de ces Etats est soumis à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel cette entreprise a son siège».

(59) Aff. C-101/83, *Rec.*, C.J.C.E., I, p. 2223.

lement relever, de déclarer applicable, par accord, pour ces années, la législation de l'autre partie, pourvu qu'un tel accord corresponde à l'intérêt du travailleur.

La Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a par ailleurs attiré l'attention des Etats de l'Union sur la nécessité de conclure, en vertu de l'article 17, des accords en faveur des travailleurs qui, compte tenu de leurs connaissances et aptitudes particulières ou des objectifs de l'entreprise ou de l'organisation qui les occupe, sont détachés dans l'intérêt de cette entreprise ou de cette organisation et au nom ou pour le compte de celle-ci, pendant plus de douze mois dans un Etat membre autre que celui où ils sont normalement occupés. Ces accords doivent prévoir que, pendant toute la durée du détachement, les intéressés restent assujettis à la législation de l'Etat de détachement, à la condition qu'ils y consentent.

Ainsi, le règlement 1408/71/CE garantit l'application d'un seul régime de sécurité sociale, de sorte que le travailleur ne sera jamais amené à cotiser simultanément dans deux Etats.

Si on applique le règlement au Luxembourg, le travailleur cotisera en principe au régime de la sécurité sociale luxembourgeoise s'il travaille au Luxembourg et cela même s'il a sa résidence dans un autre pays.

Cependant, dans un souci de simplification aussi bien pour le travailleur que pour les Etats, le règlement prévoit un certain nombre de dérogations à ce principe (voir article 14, paragraphe 1^{er} ci-dessus). C'est notamment le cas du détachement, où le travailleur détaché au Luxembourg reste soumis (sous réserve des conditions de durée prévues aux points i) et ii) c'est-à-dire une durée de douze mois au plus, étant entendu que les rotations entre salariés sont interdites et une possible prolongation de douze mois au maximum, de l'article 14, paragraphe 1^{er}, alinéa a)) au régime du pays d'envoi. Pour pouvoir bénéficier de cette dérogation, le travailleur devra bien évidemment être affilié au régime de sécurité sociale du pays d'envoi et par conséquent avoir travaillé préalablement dans ce pays.

Les dispositions du règlement font la plupart du temps allusion à des situations où des ressortissants communautaires

sont détachés de leur pays d'origine vers un autre Etat membre. La situation des ressortissants communautaires détachés d'un autre Etat membre au Luxembourg est néanmoins globalement symétrique à celle du Luxembourgeois détaché du Luxembourg vers l'étranger.

Ces règles apparemment simples et complètes ont cependant dû être précisées à plusieurs reprises par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Ainsi, selon une décision de la Cour de Justice des Communautés européennes « *Anciens Etablissements D. Angenieux fils aîné et Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne c. Willy Hakenberg* » du 12 juillet 1973 (60),

« la résidence du représentant de commerce qui effectue des tournées régulières de prospection sur le territoire d'un Etat membre dans l'intérêt d'entreprises situées dans un autre Etat membre est le lieu où il a établi le centre permanent de ses intérêts et où il retourne dans l'intervalle de ses tournées ».

Dans un autre arrêt de la Cour « *Caisse primaire d'assurance maladie de Sélestat contre Association du Foot-Ball Club d'Andlau* » du 24 juin 1975 (61),

« un travailleur résidant dans un Etat membre et exerçant occasionnellement son activité sur le territoire d'un autre Etat membre, dans des conditions susceptibles d'entraîner son assujettissement au régime de sécurité sociale institué par ce dernier Etat pour les travailleurs salariés ou assimilés est [...] soumis à la législation de l'Etat de résidence, pour autant qu'il est affilié, en tant que travailleur salarié ou assimilé, au régime de sécurité sociale dudit Etat. A défaut d'une telle affiliation, il est [...] soumis à la législation sociale de l'Etat membre où il exerce occasionnellement son activité ».

2. A l'extérieur de l'Espace Economique Européen

Pour ce qui est de la protection sociale des travailleurs dans les pays ne faisant pas partie de la Communauté européenne, il faut se référer aux conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux de sécurité sociale. Le but principal de ces

(60) Aff. 13/73, *Rec.*, C.J.C.E., 1973, p. 935.

(61) Aff. 8/75, *Rec.*, C.J.C.E., 1975, p. 739.

conventions internationales est, de même qu'au niveau communautaire, la coordination des législations nationales pour garantir aux travailleurs migrants une protection efficace, complète et continue, et une égalité de traitement entre tous les ressortissants des Etats parties aux conventions et aux accords.

Même si le contenu de ces conventions coordonnant les législations de deux ou plusieurs pays ne se ressemblent pas toujours, le principe de la détermination de la loi applicable fait cependant partie des quelques principes fondamentaux qu'on retrouve la plupart du temps.

Le Luxembourg est lié par des conventions bilatérales avec les pays suivants : Brésil, Chili, Cap-Vert, Etats-Unis d'Amérique, Pologne, Suisse, Tunisie, Canada et Québec. Hormis quelques exceptions, les règles de coordination prévues par ces conventions sont identiques à celles retenues dans le règlement n° 1408/71 de l'Union européenne (62).

Ainsi, la majorité des conventions retiennent comme critère de détermination de la loi applicable le lieu de travail, c'est-à-dire le lieu où le travailleur exerce effectivement son activité professionnelle. Cependant, dans certains cas, cette règle générale ne convient pas. Il en va ainsi par exemple du détachement temporaire de salariés à l'étranger. Dans ces cas, les conventions conclues par le Luxembourg comportent des dispositions tendant à maintenir (sous réserve de certaines conditions de durée) le travailleur au régime de sécurité sociale du pays d'envoi. Tout ceci afin de remplir l'un des objectifs essentiels de ces conventions : la préservation des travailleurs contre toute incertitude quant à la législation de sécurité sociale qui s'applique à eux lors d'un détachement à l'étranger. Les règles de coordination qui suppléent les règles nationales d'assujettissement permettent dès lors d'éviter d'éventuels conflits de lois positifs ou négatifs.

Dans le cas d'un détachement de travailleurs sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et à défaut de convention entre le Luxembourg et le pays d'origine, le régime de

(62) « Inspection générale de la sécurité sociale », *Droit de la sécurité sociale Luxembourg*, 2001, pp. 349 et s.

sécurité sociale luxembourgeois s'appliquera dès le début de l'occupation, ce qui pourrait avoir pour conséquence le paiement de la part du salarié de cotisations sociales dans les deux pays. Il en va de même en cas de dépassement des limites de durée du détachement. Les systèmes protecteurs institués en faveur des travailleurs détachés sont ici encore susceptibles de générer des cumuls d'application de plusieurs systèmes nationaux de sécurité sociale.

En définitive, si, comme au Luxembourg, le champ d'application de la sécurité sociale se trouve dans certains cas (notamment en matière de détachement temporaire des travailleurs) élargi hors des frontières du territoire national, ces situations sont susceptibles de créer des conflits de lois.

Or, l'objet de l'action coordinatrice est justement d'empêcher les conflits de lois. Par ailleurs, ces conflits devraient être évités en raison de la hiérarchie établie par les Constitutions nationales entre les différents textes.

Au niveau communautaire, les conflits de lois sont moins nombreux qu'au niveau des relations bilatérales ou multilatérales avec les Etats n'appartenant pas à l'Espace Economique Européen, vu que la coordination instituée par les règlements européens est plus rodée et plus efficace.

B. — *Le chômage des salariés*

Le chômage en tant que risque couvert par la sécurité sociale est réglé aux articles 67 à 71 du règlement 1408/71/CE et précisé par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

L'augmentation du nombre des chômeurs durant ces dernières années est une des raisons majeures de la tendance actuelle des Etats membres de l'Union européenne à durcir de plus en plus les conditions d'obtention des prestations de chômage.

Puisque, d'une part, les travailleurs frontaliers occupent une place démesurée sur le marché du travail au Luxembourg et que, d'autre part, la détermination de la législation applicable et de l'institution compétente pour le versement de ces prestations est différente selon qu'il s'agit d'un travailleur frontalier

ou non, il nous semble judicieux d'analyser tout d'abord les critères de rattachement pour les salariés autres que les frontaliers, (1) pour en venir par la suite au cas particulier des travailleurs frontaliers (2).

1. *La règle générale : les salariés autres que les travailleurs frontaliers*

Lorsque le travailleur en chômage réside dans son pays d'emploi, ou s'il est présumé y résider (cas des travailleurs détachés temporairement à l'étranger), c'est en principe l'institution de chômage du pays où le travailleur privé d'emploi a travaillé en dernier lieu qui est compétente pour verser les prestations de chômage en application de sa propre législation.

Lorsque le travailleur en chômage résidait, au cours de son dernier emploi, dans un pays autre que l'Etat compétent, les dispositions de l'article 71, paragraphe 1^{er}, alinéa b) s'appliquent. Selon le point i) de cet article,

« un travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier, qui est en chômage partiel, accidentel ou complet et qui demeure à la disposition de son employeur ou des services de l'emploi sur le territoire de l'Etat compétent, bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de cet Etat, comme s'il résidait sur son territoire; ces prestations sont servies par l'institution compétente ».

Le principe général distingue donc la situation de chômage total de celle du chômage partiel, vu que les prestations de chômage sont servies par l'institution de l'Etat du dernier emploi du moment que l'intéressé se tient à la disposition des services pour l'emploi sur le territoire de l'Etat membre compétent.

Il existe une deuxième situation dans laquelle les prestations de chômage sont versées par l'Etat de résidence du travailleur privé d'emploi; cette situation est prévue au même endroit, au point ii) :

« un travailleur salarié autre qu'un travailleur frontalier, qui est en chômage complet et qui se met à la disposition des services de l'emploi sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou qui retourne sur ce territoire, bénéficie des prestations selon

les dispositions de la législation de cet Etat, comme s'il y avait exercé son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge [...].

La Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a précisé la portée de la notion de résidence invoquée au dernier point de l'article 71 dans une décision n° 160 du 28 novembre 1995 (63) en établissant une liste des travailleurs pouvant bénéficier des dispositions du point ii). Cette liste n'étant néanmoins pas exhaustive, la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé certains critères d'interprétation de la notion de résidence. Vu que cette disposition prévoit un transfert de charge de prestations, de l'Etat compétent vers l'Etat de résidence, elle ne peut être appliquée qu'aux travailleurs qui conservent des liens étroits avec leur Etat d'origine (64).

Ainsi, selon une décision de la Cour de Justice des Communautés européennes «*B. Reibold c. Bundesanstalt für Arbeit*» du 13 novembre 1990 (65), «pour déterminer si un Etat membre constitue un Etat de résidence d'un travailleur en dépit du fait que ce dernier exerce son activité salariée dans un autre Etat membre, il convient de considérer la durée et la continuité de la résidence avant que l'intéressé se soit déplacé, la durée, appréciée en fonction des éléments de fait propres au cas d'espèce, et le but de son absence, le caractère de l'occupation trouvée dans l'autre Etat membre, ainsi que l'intention de l'intéressé telle qu'elle ressort de toutes les circonstances».

2. Le cas particulier des travailleurs frontaliers

Vu le grand nombre de travailleurs frontaliers occupés au Luxembourg, ce point est d'un intérêt certain pour notre pays.

Le règlement 1408/71/CE du Conseil du 14 juin 1971 et le règlement d'application 574/72/CE, tous deux relatifs à la protection sociale des travailleurs migrants, sont étendus aux travailleurs frontaliers. La définition du terme «travailleur fron-

(63) J.O.C.E., n° L 49, 28 février 1996.

(64) *Juristat*, 2002, *Europe Traitée*, fasc. 631 ou *Droit international*, fasc. 164-260 ou *protection sociale Traitée*, fasc. 212-20, n° 380.

(65) Aff. C-216/89, *Rec.*, C.J.C.E., 1990, I, p. 4163.

talier» donnée à l'article 1^{er}, lettre b) est souple, il désigne «tout travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et réside sur le territoire d'un autre Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine; cependant, le travailleur frontalier qui est détaché par l'entreprise dont il relève normalement ou qui effectue une prestation de service sur le territoire du même Etat membre conserve la qualité de travailleur frontalier pendant une durée n'excédant pas quatre mois, même si, au cours de cette durée, il ne peut pas retourner chaque jour ou au moins une fois par semaine au lieu de sa résidence».

Afin de tenir compte de l'originalité de la situation des travailleurs frontaliers, un certain nombre de mesures spécifiques de coordination ont été prises en leur faveur (cf. article 71 du règlement).

La Cour de Justice des Communautés européennes a, dans un arrêt «*R. J. de Laat c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*» du 15 mars 2001 (66), jugé que,

«les critères servant à déterminer si un travailleur salarié frontalier doit être considéré comme étant en chômage partiel ou en chômage complet au sens de l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous a), [...] doivent être uniformes et communautaires. Cette appréciation ne peut se fonder sur les critères du droit national. Si, dans un Etat membre autre que celui sur le territoire duquel il réside, un travailleur salarié frontalier reste employé par la même entreprise, mais à temps partiel, tout en restant candidat à un travail à temps plein, il est en chômage partiel au sens de l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous a), i), [...] et les prestations sont servies par l'institution compétente de cet Etat. Par contre, si un travailleur frontalier n'a plus aucun lien avec cet Etat et se trouve en chômage complet au sens de l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous a), ii), [...] les prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer sur base de ces critères, dans le cas d'espèce dont elle a à connaître, la catégorie à laquelle le travailleur ressortit».

(66) Aff. C-444/98, *Rec.*, C.J.C.E., 2001, I, p. 2229.

effectué hors de ces locaux de façon régulière» (43). Cet accord doit être mis en œuvre par les organisations membres des parties signataires «dans les Etats membres et dans les pays de l'Espace Economique Européen» (44).

Selon cette définition, le télétravail repose donc sur trois facteurs cumulatifs, un facteur spatial (il est effectué à distance), un facteur matériel (il requiert l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication), un facteur temporel (il doit être exercé de façon régulière) (45).

Cet accord-cadre met par ailleurs l'accent sur le caractère volontaire du choix de la méthode de travail qu'est le télétravail, «Le télétravail est volontaire pour le travailleur et l'employeur concerné [...]» (46). On peut remarquer dès lors que l'accord-cadre s'aligne sur une des premières jurisprudences en la matière, où la Cour de Cassation française, dans l'arrêt susmentionné du 2 octobre 2001 «*Abram c. Sté Zurich Assurances*» (47) avait fondé sa solution sur ce principe du caractère volontaire du télétravail.

L'accord-cadre ne constitue cependant pas du droit communautaire positif pouvant être directement invoqué par les particuliers devant leur juge national puisque les pouvoirs publics communautaires ont délégué aux partenaires sociaux, c'est-à-dire aux acteurs privés, le soin d'organiser la régulation du télétravail.

Cet accord, dont les règles sont définies par les acteurs eux-mêmes, est donc de nature contractuelle. Il s'agit dès lors d'un

(43) Point 2 de l'accord cadre.

(44) Point 1 de l'accord cadre.

(45) Pour d'autres définitions du télétravail, v. notamment la définition proposée par Thierry BRETON : «Le télétravail se définit par trois facteurs : 1. Il s'effectue à distance, c'est-à-dire hors des abords immédiats de l'endroit où le résultat de ce travail est attendu ; 2. Le donneur d'ordre ne peut physiquement surveiller l'exécution de la prestation de travail ; 3. Cette dernière s'effectue au moyen de l'outil informatique et/ou des outils de télécommunication». «Le télétravail en France», rapport au ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire et au ministre des Entreprises, *Documentation Française*, avril 1994, cité in, J.-E. RAY, «Le droit du travail à l'épreuve du télétravail. Le statut du télétravailleur», *Droit social*, 1996, p. 121.

V. également la définition donnée par le Bureau International du Travail, selon laquelle le télétravail est «tout travail effectué en un lieu où, loin des bureaux ou des ateliers centraux, le travailleur n'a pas de contact personnel avec ses collègues, mais peut communiquer avec eux en faisant usage des nouvelles technologies».

(46) Point 3 de l'accord cadre.

(47) Cass. soc., 2 oct. 2001, *op. cit.*

exemple d'autorégulation, ce qui signifie que c'est un recours «aux normes volontaires développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. La nature première des règles autoréglementaires est d'être volontaires, c'est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l'est la règle de droit édictée par l'Etat. L'assujettissement à l'autoréglementation est généralement consenti par le sujet. Elle est fondamentalement de nature contractuelle» (48).

Comme le télétravail ne fait actuellement l'objet d'aucun texte légal, il relève pour l'essentiel de la volonté des deux parties contractantes, et ce sont donc, au-delà de l'accord-cadre, les règles du droit du travail classique qui s'appliquent.

Mais le droit commun du travail est-il vraiment adapté à cette nouvelle forme de travail ? La marge d'indépendance dont dispose le télétravailleur salarié n'appelle-t-elle pas une réglementation spécifique ?

Une réponse affirmative semble s'imposer étant donné qu'en droit du travail commun la responsabilité du commettant du fait de ses préposés est fondée sur l'autorité que l'employeur exerce sur ses salariés, or cette autorité n'a assurément pas la même portée s'agissant du télétravail. Il faudrait donc songer à l'insertion d'un régime juridique spécial dans le droit du travail luxembourgeois, permettant de tenir compte de toutes les particularités de cette nouvelle forme de travail (49).

II. — EN DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE : L'IMPORTANCE RESPECTIVE DU LIEU DE RÉSIDENCE ET DU LIEU DE TRAVAIL HABITUEL

Nous nous limiterons dans cette deuxième partie relative à la sécurité sociale à deux aspects qui nous paraissent particulièrement importants, parce que d'un côté les règles de rattachement y ont un caractère significatif, et parce que d'un autre côté ces deux aspects ont un impact plus marqué sur la situation juridique au Luxembourg à cause de la grande mobi-

(48) TRUDRI, ABRAN, BENVENUE, HEIN, *Droit du Cyberspace*, Ed. Thémis, Montréal, 1997, chap. 3, p. 34, cité in *Rev. d'Ubiquité*, 2003, n° 15, p. 82.

(49) En ce sens, EL HAGH, «Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail ?», *Droit social*, 2002, p. 42.

Pour les travailleurs frontaliers, l'institution compétente pour le versement des prestations de chômage dépend de ce qu'il se trouve en chômage partiel ou complet.

Selon l'article 71, paragraphe 1^{er}, alinéa a) :

- i) «le travailleur frontalier qui est en chômage partiel ou accidentel dans l'entreprise qui l'occupe bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat compétent, comme s'il résidait sur le territoire de cet Etat; ces prestations sont servies par l'institution compétente;
- ii) le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge».

Dans un arrêt «*Horst Miethe c. Bundesanstalt für Arbeit*» du 12 juin 1986 (67), la Cour de Justice des Communautés européennes a décidé que

«l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous a), ii), du règlement n° 1408/71 doit être interprété en ce sens qu'un travailleur frontalier en chômage complet relevant du champ d'application de ces dispositions peut exclusivement prétendre aux prestations de l'Etat membre de résidence, alors même qu'il remplirait les conditions exigées par la législation de l'Etat membre du dernier emploi pour l'octroi d'un droit à prestations».

Cette exception à la règle de l'Etat d'emploi pour le travailleur frontalier en chômage complet ne peut donc être interprétée comme une faculté d'option pour ce dernier, vu que l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous a), ii), ne donne droit qu'aux seules prestations de l'Etat de résidence. Vu que ce principe a été fixé dans la perspective que le travailleur frontalier en chômage complet bénéficie dans son Etat de résidence des conditions les plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi, étant sous-entendu que ses liens avec ce pays sont les plus étroits, la Cour a jugé que, exceptionnellement, «un travailleur en chômage complet qui, tout en répondant aux critères posés

(67) Aff. 1/85, Rec., C.J.C.E., 1986, p. 1837.

par l'article 1^{er}, sous b), [...] a conservé dans l'Etat membre du dernier emploi des liens personnels et professionnels tels qu'il y dispose des meilleures chances de réinsertion professionnelle doit être regardé comme un 'travailleur autre que frontalier', relevant du champ d'application de l'article 71, paragraphe 1^{er}, sous b). Il appartient à la seule juridiction nationale de déterminer si un travailleur se trouve dans une telle situation».

Dans une autre décision «*Joseph Rebmann c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*» du 29 juin 1988 (68), la Cour précise encore plus clairement les raisons de cette exception à la règle générale du rattachement à la loi de l'Etat d'emploi. Selon les points 14 et 15 de l'arrêt, «ces rattachements spécifiques au régime de sécurité sociale de l'Etat de résidence s'expliquent par des considérations sociales et d'efficacité pratique. Plus particulièrement, la disposition de l'article 71, mettant à la charge de l'Etat de résidence le paiement des indemnités de chômage, répond à la préoccupation d'éviter au travailleur frontalier les inconvénients pratiques qu'entraînerait, pour lui, un rattachement à l'Etat d'emploi. Son obligation de se mettre et de se tenir à la disposition des services de l'emploi s'exécute, en effet, plus aisément dans l'Etat de résidence. Par ailleurs, les services de cet Etat sont les mieux à même de verser les prestations de chômage, en s'assurant que l'intéressé remplit les conditions pour pouvoir en bénéficier, tout en facilitant sa réintégration professionnelle.

Il apparaît ainsi que le règlement 1408/71 n'a dérogé à la règle générale de rattachement à l'Etat d'emploi que dans des situations particulières et pour des considérations pratiques et d'efficacité qui faisaient apparaître un rattachement à l'Etat de résidence comme plus approprié et plus conforme à l'intérêt des travailleurs frontaliers».

Les exceptions à la règle générale selon laquelle les travailleurs dépendent au niveau social de leur pays d'emploi dont bénéficient les travailleurs frontaliers sont une preuve des difficultés que connaît l'intégration européenne dans bon nombre de domaines : liberté de circulation, libre accès à la profession,

(68) Aff. 58/87, Rec., C.J.C.E., 1988, p. 3467.

mouvement des personnes, des biens et des capitaux, harmonisation sociale etc.

Tout récemment, et en raison précisément de ces motifs de simplification de la coordination des règles communautaires rendues lourdes et complexes par les nombreuses mises à jour du règlement 1408/71, les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes et les modifications apportées aux législations nationales, le Conseil et le Parlement européen ont adopté, le 29 avril 2004, le règlement n° 883/2004 (69) portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Ce règlement sera applicable dès que les co-législateurs adopteront les nécessaires dispositions d'application, c'est-à-dire probablement pas avant la fin de l'année 2006.

Pour ce qui est de la teneur des nouvelles dispositions relatives aux chômeurs qui résidaient dans un Etat membre autre que l'Etat compétent prévues à l'article 65 du règlement 883/2004, le Luxembourg a joué un rôle non négligeant.

Ainsi, lorsqu'au cours de l'année 2003 la Commission européenne avait proposé d'indemniser les frontaliers ayant perdu leur emploi dans le pays où ils ont effectivement travaillé, le Luxembourg, préférant le maintien de la prise en charge des chômeurs dans leur pays de résidence, s'y est opposé. Les arguments étaient forts : avec plus du tiers des salariés frontaliers, le chiffre des chômeurs indemnisés aurait facilement doublé, ce qui aurait représenté une somme considérable et difficilement supportable pour le budget luxembourgeois. Dans ce contexte, le Luxembourg a également mis en garde contre le tourisme social qu'une telle réforme risquerait d'engendrer au Grand-Duché en raison du fait que les allocations de chômage sont plus élevées au Luxembourg qu'elles ne le sont en France ou en Belgique (70).

Finalement, lors du Conseil du 1^{er} décembre 2003, les ministres du Travail des quinze Etats membres se sont montrés sensibles au compromis proposé par le ministre du

(69) J.O.C.E., n° L166, 30 avril 2004.

(70) *Luxemburger Wort* du 21 octobre 2003, p. 4; *Le Quotidien* du 21 octobre 2003, p. 7; *La Voix du Luxembourg* du 21 octobre 2003, p. 5; *Le Jeudi* du 10 octobre 2003, p. 6, qui commentent et expliquent la contre-proposition du ministre du Travail luxembourgeois lors du Conseil Emploi et Affaires sociales de l'Union européenne des 20 et 21 octobre 2003 en réplique à la proposition de la Commission européenne.

Travail luxembourgeois, en décidant qu'à l'avenir (c'est-à-dire à partir de l'application du nouveau règlement 883/2004) l'Etat d'emploi versera à l'Etat de résidence trois mois d'allocations — voire cinq mois pour les personnes qui au cours des 24 derniers mois ont travaillé au moins douze mois — suivant les taux qui sont appliqués dans le pays de résidence (71). En somme, la compétence en la matière reste donc au pays de résidence, l'Etat d'emploi participe néanmoins aux charges.

Il faut cependant encore relever que cette dernière disposition ne s'appliquera pas au Luxembourg, où le principe retenu sera celui du versement de trois mois d'allocations à l'Etat de résidence des frontaliers qui ont perdu leur emploi. Le Luxembourg s'est néanmoins engagé à conclure des accords bilatéraux avec ses pays voisins afin d'y clarifier des détails spécifiques (72). De plus, après l'entrée en vigueur de cette réforme du règlement 1408/71, une période de transition spécifique de deux ans est prévue pour le Luxembourg (73).

A côté des dispositions particulières concernant l'Etat compétent pour le versement des prestations d'assurance chômage pour les travailleurs en chômage complet (frontaliers et dans certains cas non-frontaliers), il existe également un régime d'exception en matière d'assurance maladie-maternité et d'invalidité.

Pour ce qui est de l'assurance maladie-maternité, l'article 25, paragraphe 2, dispose qu'un travailleur en chômage complet auquel s'appliquent les dispositions de l'article 71, paragraphe 1^{er}, alinéa a), ii), première phrase bénéficie des prestations en nature et en espèces selon les dispositions de la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article 18; ces prestations sont à la charge de l'institution du pays de résidence.

Pour ce qui est de l'assurance invalidité, l'article 39, paragraphe 1^{er}, dispose que «l'institution de l'Etat membre dont la législation était applicable au moment où est survenu l'incapa-

(71) Article 64, paragraphes 6 et 7 du règlement 883/2004.

(72) Article 86 du règlement 883/2004.

(73) Article 78, paragraphes 10 du règlement 883/2004.

auté de travail suivie d'invalidité, détermine, selon les dispositions de cette législation, si l'intéressé satisfait aux conditions requises pour avoir droit aux prestations [...].

Selon le paragraphe 2 de ce même article, «l'intéressé qui satisfait aux conditions visées au paragraphe 1^{er} obtient les prestations exclusivement de ladite institution, selon les dispositions de la législation qu'elle applique».

Finalement, d'une manière générale, tous les travailleurs en chômage qui transfèrent leur résidence de l'Etat compétent pour verser les prestations de chômage dans un autre Etat membre aux fins d'y chercher un emploi peuvent conserver leur droit à ces prestations dès lors qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 69, paragraphe 1^{er} :

— L'alinéa a) dispose qu'«avant son départ, il doit avoir été inscrit comme demandeur d'emploi et être resté à la disposition des services de l'emploi de l'Etat compétent pendant au moins quatre semaines après le début du chômage. Toutefois, les services ou institutions compétents peuvent autoriser son départ avant l'expiration de ce délai». — Selon l'alinéa b), «il doit s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des services de l'emploi de chacun des Etats membres où il se rend et se soumettre au contrôle qui y est organisé. Cette condition est considérée comme remplie pour la période antérieure à l'inscription s'il est procédé à celle-ci dans un délai de sept jours à compter de la date à laquelle l'intéressé a cessé d'être à la disposition des services de l'emploi de l'Etat qu'il a quitté. Dans des cas exceptionnels, ce délai peut être prolongé par les services ou institutions compétents».

— L'alinéa c) fixe encore la durée dans le temps d'un tel transfert de résidence, puisque «le droit aux prestations est maintenu pendant une période de trois mois au maximum, à compter de la date à laquelle l'intéressé a cessé d'être à la disposition des services de l'Etat qu'il a quitté, sans que la durée totale de l'octroi des prestations puisse excéder la durée des prestations pendant laquelle il a droit en vertu de la législation dudit Etat».

Selon le paragraphe 2 du même article, «[...] Dans des cas exceptionnels, ce délai peut être prolongé par les services ou institutions compétents».

En ce qui concerne la possibilité de prolongation de ce délai de trois mois, la Cour de Justice des Communautés européennes a décidé, dans un arrêt «*Giovanni Coccioni c. Bundesanstalt für Arbeit*» du 20 mars 1979 (74), qu'«une prolongation du délai visé à l'article 69, paragraphe 2, du règlement n° 1408/71 ne limite pas la liberté des services et institutions compétents des Etats membres de prendre en considération, en vue de décider de la prolongation éventuelle du délai prévu par cette disposition, tous les éléments qu'ils estiment pertinents, inhérents tant à la situation individuelle des travailleurs concernés qu'à l'exercice d'un contrôle efficace».

Il ressort de cette analyse relative au domicile en droit du travail et en droit de la sécurité sociale que la double définition du domicile, à savoir le «domicile» au sens de résidence et le «domicile professionnel» au sens de lieu de travail habituel, délimite clairement le cadre à l'intérieur duquel se jouent l'ensemble des droits et obligations dans les relations de travail pour autant qu'ils ont un rapport avec les endroits où l'on vit et où l'on travaille.

Luxembourg, le 24 septembre 2004