



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 10/2016 30 novembre 2016

**1. SSM qualifié ou non qualifié :** p.1  
qualification du salarié appréciée d'après les fonctions réellement exercées et non d'après son titre.

**2. Contrat de travail :** p.3  
n'est pas à considérer comme salarié l'entraîneur de golf qui perçoit la majorité de ses revenus directement des membres du club et seulement une indemnité inférieure à 12 fois le SSM de la part du club.

**3. Compétence du Tribunal du travail :** p.4  
pour un chauffeur routier circulant sur l'ensemble du pays, tribunal du lieu de travail principal.

**4. Détachement de travailleurs :** p.5  
le maintien d'une relation de travail entre l'entreprise de détachement et son travailleur pendant toute la durée du détachement, le caractère temporaire de la prestation exécutée par le travailleur détaché et la volonté de retour dans le pays d'origine au terme du contrat de détachement sont les caractères déterminants du détachement.

**5. DROIT EUROPÉEN :** p.8  
l'exclusion des candidats âgés de plus de 35 ans d'un concours visant à recruter des agents de police destinés à assumer des fonctions opérationnelles et exécutives est compatible avec le droit de l'Union.

### 1. SSM qualifié ou non qualifié : salarié détenant un diplôme supérieur au poste énoncé dans le contrat de travail – Qualification du salarié appréciée d'après les fonctions réellement exercées et non d'après son titre - SSM qualifié que si les fonctions exercées correspondent au diplôme.

Arrêt de la Cour d'appel du 17 novembre 2016, n° 42747 du rôle

#### Faits

Le salarié a été engagé par la société B en qualité de « *clarkiste/préparateur* » en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée du 27 décembre 2004.

Licencié avec préavis en 2012, il a contesté son licenciement. Dans le cadre de ce litige, il a formulé une demande de majorations de salaire en prétendant qu'il aurait dû être considéré comme un salarié qualifié.

#### Position du salarié

Il se prévaut d'un CAP « *magasinage et messagerie* » français du 3 novembre 1979 lequel a été assimilé au CAP luxembourgeois en date du 7 décembre 2009 et soutient que sur cette seule base l'employeur aurait dû lui payer le salaire social minimum majoré de 20 % conformément à l'article L.222-4 du Code du travail.

Il fait valoir en outre qu'en pratique, il devait préparer les commandes qui lui étaient confiées, chercher les marchandises dans l'entrepôt avec son clark, préparer les palettes, emballer la marchandise, puis emmener cette dernière à l'expédition. Il devait aussi informer son employeur quand un produit manquait en stock et aider au déchargement des camions d'approvisionnement le matin, fonctions correspondant d'après lui, à celles d'un magasinier.

#### Article L. 222-4 du Code du travail:

(1) Le niveau du salaire social minimum des salariés justifiant d'une qualification professionnelle est majoré de 20%.

(2) Est à considérer comme salarié qualifié au sens des dispositions du présent chapitre, le salarié qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnée par un certificat officiel.



Sont à considérer comme certificats officiels au sens de l'alinéa qui précède, les certificats reconnus par l'Etat luxembourgeois et qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle (CATP) ou le diplôme d'aptitude professionnelle (DAP) de l'enseignement secondaire technique. L'équivalence des certificats qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle ou du niveau du diplôme d'aptitude professionnelle ou du diplôme d'aptitude professionnelle (DAP) au sens des dispositions du présent alinéa est reconnue par le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions, sur avis du ministre ayant le Travail dans ses attributions.

### **Position de l'employeur**

L'employeur relève que le certificat émis par le ministère de l'Education Nationale en date du 7 décembre 2009 manque de clarté. En effet, le représentant du Ministère mentionne expressément dans ledit certificat que le CAP français est assimilable au CATP luxembourgeois « *ceci cependant sous réserve de spécialité* ». Dès lors, on ne peut conclure définitivement que le diplôme du CAP français détenu par A est équivalent au CAP luxembourgeois, A n'ayant pas rapporté les preuves complémentaires nécessaires afin de lever la réserve émise par le ministère luxembourgeois.

L'employeur conteste que son ancien salarié ait effectué des tâches dévolues normalement à un magasinier, mais soutient qu'il accomplissait des travaux tels que décharger des camions, ranger des colis sur des étagères ou préparer ces colis, qui sont des travaux d'ordre

manuel ne nécessitant aucun travail intellectuel comme celui du magasinier qui est amené à réceptionner et contrôler les marchandises, à gérer les stocks, tenir des inventaires et à participer à la logistique d'un dépôt.

### **Position de la Cour d'appel**

A détient un CAP Français « *magasinage et messagerie* » qui a été assimilé au CAP luxembourgeois de magasinier par le ministère de l'Education Nationale avec effet au 7 décembre 2009. **La formule y référencée selon laquelle « *sous réserve de spécialité* » est une formule d'usage qui se retrouve dans tous les certificats d'équivalence provenant du ministère compétent et qui signifie que le CATP est délivré pour la spécialité du CAP à savoir « *magasinage et messagerie* ».**

A aurait partant en principe dû être **ré rémunéré en raison de son niveau de formation correspondant à celle de magasinier conformément à l'article L.222-4 du Code du travail et percevoir une majoration de 20%, à la condition toutefois d'avoir effectivement ou réellement exercé les fonctions de magasinier correspondantes, ce qui est formellement contesté par l'employeur.**

En effet, il résulte du contrat de travail signé le 27 décembre 2004 et qui fait la loi entre parties, que A a été engagé comme « *clarkiste/préparateur* ».

**Dans la mesure où un salarié est libre d'accepter un emploi requérant une qualification moindre que celle dont il est titulaire et que A a signé le susdit contrat de travail sachant partant qu'il acceptait non pas une tâche de magasinier mais celle de clarkiste-prépa-**

**rateur, qu'il ne soutient pas que son consentement a été vicié lors de la signature, il est malvenu actuellement de prétendre au paiement d'une majoration de salaire correspondant à celle de magasinier.**

**Néanmoins, pour pouvoir, dans les conditions données, quand même prétendre à une requalification de carrière, A qui soutient avoir effectué majoritairement des travaux rentrant dans la fonction de magasinier, doit en rapporter la preuve.**

En effet, en cas de contestation portant sur la qualification du salarié, celle-ci est appréciée par les juges du fond d'après les fonctions réellement exercées par l'intéressé et non d'après le titre qui lui est donné, le rôle des juridictions du travail étant celui de rechercher en fait quelle est la nature exacte de l'emploi effectivement occupé par le salarié et la qualification qu'il requiert (Droit du travail, le salaire, Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 2e édition, no.107 page 127).

De même, en vertu du principe selon lequel la rémunération est la juste contrepartie des services rendus, un salarié, qui se fait engager en vue d'une fonction déterminée, doit être rémunéré selon les fonctions effectivement exercées au sein de l'entreprise, indépendamment d'une qualification supérieure.

Dans la mesure où les fonctions énumérées par le salarié ne sont établies par aucun élément du dossier, il reste en défaut de prouver être en droit de toucher une rémunération correspondant à celle de magasinier, de sorte que sa demande est à rejeter.

## 2. Contrat de travail : n'est pas à considérer comme salarié l'entraîneur de golf qui perçoit la majorité de ses revenus directement des membres du club et seulement une indemnité inférieure à 12 fois le SSM<sup>1</sup> de la part du club lui-même.

### Arrêt de la Cour d'appel du 10 novembre 2016, n°43043 du rôle

#### Faits

Lié au club B par un contrat de travail à durée déterminée allant jusqu'au 31 décembre 2015, A s'estime abusivement licencié suivant lettre recommandée du 24 octobre 2012.

#### Arguments des parties devant le Tribunal du travail

B soulève l'incompétence d'attribution du Tribunal du travail pour connaître du litige. Il fait valoir que tout lien de subordination entre parties ferait défaut et que l'activité d'entraîneur prestée par A pour B échapperait aux règles de droit commun en matière de contrat de travail. A serait à considérer comme indépendant tel que cela résulterait des trois contrats successifs signés entre parties.

A, au contraire, se prévaut de son statut de salarié et invoque le bénéfice de l'article L.121-1 du Code du travail en soulignant qu'il exerçait l'activité d'entraîneur pour subvenir aux besoins de sa famille et que son revenu brut variait entre 39.000 euros jusqu'à 70.000 euros en 2013, et serait donc de loin supérieur au seuil fixé à l'article L.121-1 alinéa 2 du Code du travail. En outre, il aurait dû être présent 6 heures par jour pendant 6 jours de la semaine et aurait dû agir sur instruction de B.

#### Le jugement du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail se déclare incompétent pour connaître de la demande.

Il constate en effet que le revenu principal de A est constitué par les deniers versés directement par les membres du

club à A et que ce revenu annuel s'est élevé en 2013 à 40.748,87 euros et en 2012 à 37.600 euros, tandis que le revenu annuel touché de la part de B, variant entre 19.000 et 21.000 euros, est inférieur à 12 fois le seuil du salaire social minimum mensuel mentionné dans l'article L.121-1 alinéa 2 du Code du travail.

Le tribunal relève encore que les trois conventions d'agrément se réfèrent à des prestations en qualité d'entraîneur de golf pour des leçons de golf sous le statut d'indépendant et qu'après cessation des relations contractuelles fin 2013, l'entraîneur a continué à donner des leçons de golf et que B a dû l'accepter puisqu'elle n'est pas propriétaire du terrain.

#### L'arrêt de la Cour d'appel

A reproche aux premiers juges d'avoir fait une mauvaise qualification des relations contractuelles entre parties au regard des conditions prévues à l'article L.121-1 du Code du travail, notamment quant à la question de savoir si le dernier contrat conclu entre parties le 24 octobre 2012 intitulé « *Contrat d'agrément concernant le poste de professionnel Pro de Golf* » et portant sur une période du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2015 inclus, était susceptible de bénéficier de l'exception prévue à l'article L.121-1 alinéa 2 du Code du travail.

#### Article L. 121-1 du Code du travail :

« Sans préjudice des dispositions légales existantes, le contrat de louage de services et d'ouvrage visé par l'article 1779 1° du Code civil est régi, en ce qui concerne les salariés, par les dispositions du présent titre.

Par dérogation à l'alinéa qui précède, ne sont pas à considérer comme salariés ceux qui exercent une activité d'entraîneur ou de sportif en exécution d'un contrat qu'ils concluent avec une fédération agréée ou un club affilié, lorsque cette activité se déroule dans les deux circonstances cumulatives suivantes:

- l'activité en question n'est pas exercée à titre principal et régulier, et
- l'indemnité versée en exécution du contrat ne dépasse pas par an le montant correspondant à douze fois le salaire social minimum mensuel.»

La charge de la preuve que les deux conditions cumulatives prévues par l'article L.121-1 infime sont remplies incombe à la partie qui s'en prévaut, ici le club B.

Il résulte du contrat d'agrément signé entre parties le 24 octobre 2012, pour la période du 1er janvier 2013 au 31 décembre 2015 inclus que :

« *Le Pro touchera le produit total des revenus des leçons dispensées aux joueurs et élèves de golf et des réparations du matériel de golf effectuées pour le compte des membres du club.*

*Le Club garantit par an un minimum de 275 leçons pour membres au prix de 55 euros par heure. (...) ».*

*Le contrat prévoit en outre pour l'entraînement des juniors et des équipes du club « individuellement ou par groupe » que « Le Club garantit un minimum de 45 heures de leçons au prix de 4.500 euros ».*

1) Salaire social minimum non qualifié mensuel.

Il en résulte que A a pu bénéficier du produit total de son activité d'entraîneur de golf, B ne s'étant engagé à lui garantir qu'un minimum annuel de 275 leçons pour les membres au prix de 55 euros par heure et un minimum de 4.500 euros pour l'entraînement des juniors et des équipes du club individuellement ou par groupe, soit un montant total garanti de  $(275 \times 55) + 4.500 = 19.625$  euros par an.

Au vu des pièces versées, A a touché de la part de B un montant variant entre 19.000 et 21.000 euros, ce qui résulte du certificat de salaire pour 2013, rémunération brute de 26.326,21 euros.

Selon B, ce montant fut payé annuellement en trois tranches à A.

Il résulte des conclusions de A que toutes les heures dépassant les 320 heures

(= 275+45) prises en charge par B furent payées directement par les membres du B entre ses mains ; que pour l'année 2012, il a touché le montant de 18.255 de la part de B et le montant de 42.603 euros de la part de ses membres ; que pour l'année 2013, il a touché de la part de B le montant de 19.625 euros et le montant de 50.375 euros de la part de ses membres.

C'est dès lors à tort que A entend ajouter au minimum garanti par B les revenus provenant des leçons dispensées aux membres de B pour venir à la conclusion que son revenu annuel dépassait de loin le montant correspondant à 12 fois le salaire social minimum mensuel visé à l'article L. 121-1 alinéa 2 du Code du travail et qu'il s'agissait partant d'une activité principale et régulière pour le compte de B.

La présence de 6 heures par jour est par ailleurs inhérente à la nature des prestations et au fonctionnement des inscriptions des membres du club pour prendre des leçons de golf.

Enfin, il y a lieu de remarquer que l'affiliation de A en qualité de travailleur indépendant et l'inexistence de fiches de salaires sont de nature à corroborer que son activité prestée en faveur de B et rémunérée par B n'était qu'une activité accessoire par rapport à son activité principale consistant à dispenser des leçons de golf à des clients qui l'ont payé directement.

Il suit des développements qui précèdent que A n'était pas lié par un contrat de travail à B.

### 3. Compétence Tribunal du travail : pour un chauffeur routier circulant sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché de Luxembourg est territorialement compétent le Tribunal du lieu de travail principal, à savoir celui où est situé le siège de la société, centre névralgique à partir duquel sont organisées les activités des salariés.

#### Arrêt de la Cour du 27 octobre 2016, n° 43074 du rôle

##### Faits

Par jugement du 13 mars 2015, le Tribunal du travail de Luxembourg, saisi par requête du 27 juin 2014 d'une demande du salarié A en indemnisation des suites dommageables de son licenciement pour motif grave, s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande, aux motifs que le lieu de travail principal de A se situait dans le ressort du Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette.

##### Instance d'appel

Le salarié A a relevé appel de cette décision par acte d'huissier du 15 mai 2015.

Par son jugement du 13 mars 2015, le Tribunal du travail de Luxembourg s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître du litige en retenant que bien que le salarié A dût, en tant

que chauffeur routier, circuler sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché de Luxembourg, cela ne conférait pas une compétence territoriale à la juridiction de Luxembourg en application de l'article 47, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile<sup>2</sup>, mais qu'il y avait lieu de considérer comme lieu de travail principal celui où était situé le siège de la société, centre névralgique à partir duquel étaient organisées les activités de ses salariés.

##### Article 47 du nouveau Code de procédure civile :

« En matière de contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage, aux régimes complémentaires de pension et à l'assurance insolvabilité, 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. »

La Cour fait siens les motifs des premiers juges qui ont, à juste titre, retenu que le lieu de travail de A était déterminé par la situation du siège social de son employeur, endroit duquel étaient organisées les activités des salariés. Il y a, par conséquent, lieu de confirmer le jugement entrepris en ce que le Tribunal du travail de Luxembourg s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de l'affaire.

## 4. Détachement de travailleurs : le maintien d'une relation de travail entre l'entreprise de détachement et son travailleur pendant toute la durée du détachement, le caractère temporaire de la prestation exécutée par le travailleur détaché et la volonté de retour dans le pays d'origine au terme du contrat de détachement sont les caractères déterminants du détachement.

### Arrêt de la Cour d'appel du 27 octobre 2016, n°40954 du rôle

#### Faits

Le salarié A travaillait pour une banque établie au Portugal, la société de droit portugais B SA, depuis le 14 novembre 1994. Il a par la suite travaillé dans différentes succursales de cette banque à travers le monde.

A partir du 1<sup>er</sup> octobre 2008, il a été affecté à un poste au sein de la succursale luxembourgeoise de la Banque.

Deux contrats différents ont alors été signés par le salarié :

1. un contrat intitulé contrat de « commission de services » daté au 23 octobre 2008 avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> octobre 2008 avec la Banque (maison-mère) au Portugal pour une période de 3 ans commençant à courir à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2008, renouvelable pour des périodes successives d'un an à condition pour B SA d'informer le salarié de la prolongation du contrat au moins 30 jours avant la fin du contrat, sous réserve par l'employeur de pouvoir faire cesser le détachement à tout moment, moyennant un préavis de 90 jours. Ce contrat a été prolongé par avenant signé le 29 août 2011, pour la période allant du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 septembre 2012.
2. un contrat de travail à durée indéterminée du 1<sup>er</sup> octobre 2008, avec la succursale luxembourgeoise de la Banque.

Au cours du mois de décembre 2011, A a été dispensé de se rendre sur son lieu

de travail, mais son salaire et ses avantages en nature ont été maintenus.

Par courrier du 18 avril 2012, lui remis seulement le 25 mai 2012, la Banque (maison-mère) l'a informé que par décision de son conseil d'administration du 11 avril 2012, il avait été mis fin anticipativement à son contrat de « commission de services » à partir du jour de ladite décision.

La Banque n'a par après pas donné de suites au courrier du 19 juin 2012 de A dans lequel il avait demandé les motifs à la base de cette décision. Lors d'une entrevue à Lisbonne en date du 4 juillet 2012, la maison-mère a seulement invoqué la fin du contrat de détachement avec effet au 11 avril 2012, sans prendre en compte ses considérations quant à l'existence du contrat de travail à durée indéterminée signé avec la succursale luxembourgeoise toujours en cours et sans indiquer que le détachement allait prendre fin le 22 août 2012 et qu'il était censé reprendre son travail à Lisbonne à partir du 23 août 2012.

Au début du mois de septembre 2012, A a dû constater que le salaire complet pour le mois d'août ne lui a pas été versé. Par courrier du 7 septembre 2012, adressé à la succursale, il a alors demandé le redressement de l'erreur concernant sa fiche de salaire du mois d'août d'un montant manquant net de 3.215,66 euros et de lui remettre les chèques repas qui ne lui ont pas non plus été remis, sinon au moins de lui donner une explication écrite des motifs à l'origine de ces faits. La Banque ne lui a cependant pas répondu.

Par la suite, le salaire du mois de septembre 2012 ne lui a pas non plus été payé.

Suivant les renseignements obtenus par le Centre commun de la sécurité sociale au début du mois d'octobre 2012, son employeur l'avait désaffilié le 22 août 2012 et le propriétaire de l'appartement qu'il occupait, l'a informé du fait que la Banque avait cessé le paiement de son loyer dont elle prenait 80% en charge.

Le 4 octobre 2012, A a par conséquent résilié le contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur et lui a restitué les objets mis à sa disposition.

Par requête du 20 novembre 2012, le salarié A a finalement fait convoquer la société anonyme de droit portugais B SA, exploitant au Luxembourg une succursale sous la dénomination B SA, devant le tribunal de travail de Luxembourg aux fins de constater la résiliation du contrat de travail entre parties, sinon de prononcer la résiliation judiciaire du contrat aux torts exclusifs de la société B SA, de déclarer cette résiliation abusive dans le chef de l'employeur et de condamner la banque à lui payer différents montants.

#### La position des juges

L'employeur et le salarié sont en désaccord quant à la qualification du lien contractuel entre parties<sup>2</sup>.

L'employeur soutient que le salarié a travaillé au Luxembourg par suite d'un contrat de détachement.

2) Cette affaire a soulevé d'autres problèmes de droit qui ont été tranchés par la Cour dans la même décision, mais qui ne sont pas relatés dans le présent document.

Le salarié est d'avis qu'il s'agit d'un contrat de travail en bonne et due forme, soumis entièrement à la loi luxembourgeoise et conclu pour une durée indéterminée, incompatible avec la notion de détachement.

### **Les principes de droit applicables**

La Cour rappelle d'abord qu'à l'époque des faits, c'est la loi du 20 décembre 2002 portant transposition de 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, qui s'applique.

Cette loi définit la notion de détachement ainsi que celle du travailleur détaché.

De ces définitions, la Cour dégage plusieurs conditions essentielles déterminantes de l'existence d'une situation de détachement :

- le maintien d'une relation de travail entre l'entreprise de détachement et son travailleur pendant toute la durée du détachement ;
- la prestation exécutée par les travailleurs détachés doit être de nature temporaire par opposition au caractère définitif que requiert un changement du lieu habituel de travail ;
- la volonté de retour dans le pays d'origine au terme du contrat est ainsi le caractère déterminant du détachement en droit du travail. À défaut, le pays de détachement n'est plus à considérer comme un lieu de détachement temporaire, mais comme un nouveau lieu habituel de travail.

Au sens du droit de travail, le détachement d'un salarié à l'étranger vise donc la situation dans laquelle un salarié est envoyé temporairement à l'étranger pour le compte de son employeur d'origine avec lequel il conserve un lien contractuel pendant la durée de la mission.

Le détachement au sens du droit du travail se distingue encore du détachement au sens du droit de la sécurité sociale, suivant lequel on entend par détachement le fait de maintenir l'affiliation à la sécurité sociale du pays de

son lieu de travail d'origine un salarié qui va exécuter, de manière temporaire, son activité professionnelle à l'étranger.

La Cour relève ensuite que la directive 96/71/CE et la loi de transposition du 20 décembre 2002 ne prévoient pas de limites temporelles maximales pour le détachement.

Un détachement peut donc être mis en place pour une durée de plusieurs années et la durée alléguée comme excessive par l'appelant n'est pas de nature à préjuger de la qualification du contrat.

La directive et la loi ne précisent pas non plus la nature intrinsèque des fonctions qu'un travailleur détaché est autorisé à effectuer au cours de son détachement transnational, le caractère temporaire étant essentiellement déterminé par rapport à la volonté de retour après l'exécution de la mission du salarié et non quant au contenu même de sa mission.

L'activité que A a été amené à exécuter pour son employeur, à savoir l'exécution d'opérations de marketing, relations avec la clientèle privilégiée au moment de la crise économique est une activité précise qui n'est pas de nature à contredire l'existence d'un détachement eu égard aux critères retenus par la directive 96/71/CE et la loi du 20 décembre 2002, d'autant plus que le poste de directeur-adjoint occupé par le salarié était indispensable pour pallier les absences du directeur de la succursale pendant la durée des traitements contre son cancer qui s'est manifesté au début de l'année 2008.

### **Les principes de droit appliqués au cas d'espèce**

Pour qualifier la relation entre parties, la Cour vérifie, d'une part (1), si le lien de subordination entre A et B SA (maison-mère) a été maintenu pendant toute la durée de son séjour au Luxembourg, et, d'autre part (2), si le salarié était censé reprendre son activité auprès de la maison-mère à Lisbonne à la fin de sa mission au Luxembourg.

1. Il résulte des éléments du dossier que B SA à Lisbonne (maison-mère) a déterminé le cadre de la mission du salarié en le nommant directeur

adjoint de sa succursale au Luxembourg. Même si le directeur de la succursale a été le supérieur hiérarchique direct de A, l'employeur d'origine a gardé son pouvoir de direction et de surveillance sur l'employé par la politique générale et les stratégies à déployer par la succursale qui n'a d'ailleurs pas de personnalité juridique et qui a agi sous les ordres et la responsabilité de la maison-mère. L'article 8 du contrat de travail du 1<sup>er</sup> octobre 2008 signé avec la succursale luxembourgeoise de la banque retient d'ailleurs une interdiction formelle pour l'employé « *de traiter des affaires sans l'assentiment écrit de la banque, dans la branche de cette dernière* ».

B SA à Lisbonne (maison-mère) a, en outre, continué à payer à A l'entièreté de son salaire portugais avec les augmentations automatiques correspondant à son grade, même si l'exécution du travail au Luxembourg a été honorée par le paiement d'un supplément important par la succursale luxembourgeoise qui était destiné à compenser la différence du niveau de vie et du prix de logement au Luxembourg. La maison-mère a gardé le pouvoir d'octroyer des promotions au salarié et ce dernier a continué à bénéficier des avancements dus à l'ancienneté comme s'il avait continué à travailler à Lisbonne auprès de la maison-mère. Même si le salarié a été affilié au Luxembourg (son affectation à Luxembourg étant d'une durée supérieure à deux ans), il est resté affilié à la caisse de sécurité sociale privée portugaise de la maison-mère.

La Cour en déduit que la relation de travail entre B SA Lisbonne et A a été maintenue pendant toute la durée du séjour du salarié au Luxembourg.

2. Les éléments du dossier permettent également de retenir une volonté de retour au terme de la mission confiée au salarié à Luxembourg.

Ainsi, B SA a garanti au salarié dans le contrat signé le 23 octobre 2008 sa réintégration dans l'entreprise au Portugal à la fin de la mission dans une position compatible avec sa catégorie professionnelle (article 3 du contrat de commission de service).

B SA a continué à payer au salarié le salaire portugais correspondant à son statut rémunérateur. Le salarié a continué à bénéficier des avancements dus à l'ancienneté comme s'il avait continué à travailler à Lisbonne auprès de la maison-mère. La durée de sa mission devait être prise en compte pour le calcul de sa retraite. Le salarié est resté affilié à la sécurité sociale portugaise privée pendant toute la durée de son séjour au Luxembourg.

À cela s'ajoute que les frais de voyage au début et à la fin du détachement pour le salarié et sa famille ainsi que les frais de deux voyages annuels de vacance entre le Luxembourg et Lisbonne ont été pris en charge par la Banque.

Le salarié a eu, en outre, droit à une prime d'établissement correspondant à un maximum de deux mois de salaires et la succursale de B SA à Luxembourg a pris en charge les frais de loyer au Luxembourg à hauteur de 80%.

Le contrat de travail signé le 1<sup>er</sup> octobre 2008 avec la succursale luxembourgeoise de la Banque fait également référence au détachement proposé par le conseil d'administration de la maison-mère et accepté par le salarié dans son préambule dans les termes suivants :

- « B SA a proposé à l'employé de le détacher auprès de la succursale de Luxembourg ;

- *l'employé a accepté cette proposition de détachement ;*
- *Monsieur A faisant partie de l'effectif de B SA sise à (...) P-(...) Lisbonne, est détaché à la succursale du Luxembourg, sise (...) Luxembourg à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2008, en qualité de Directeur Adjoint pour une période de trois ans, renouvelable d'une année à condition d'en avoir informé l'employé au moins 30 jours avant l'expiration de la période de détachement initialement prévue;*
- *B SA est autorisée à demander à n'importe quel moment et moyennant un préavis de 90 jours à l'employé de reprendre ses activités au siège à Lisbonne, et ce sans devoir payer une quelconque indemnité ;*
- *le présent détachement est régi par la décision approuvée en Conseil d'Administration en date du 20 août 2008 ;*
- *le présent contrat de travail règle les conditions spécifiques du travail accompli pour la succursale luxembourgeoise. »*

Avant l'énumération des articles représentant les conditions de travail il est encore précisé: « Sur ce, les parties ont convenu le contrat de détachement suivant ... ».

Ce contrat exprime donc également une volonté de retour au terme de la mission à Luxembourg et ne permet pas de déceler une volonté de faire du Luxembourg le lieu habituel de travail du salarié.

En effet, même si les parties ont retenu que ce contrat était conclu pour une durée indéterminée, elles ont fait référence au préambule du contrat à une période triennale renouvelable pour une année et retenu à l'article 3 relatif à la durée du contrat qu' « en raison de la nature de l'emploi exercé par l'employé, il pourra être muté au siège à Lisbonne ».

Ce contrat, intimement lié au contrat de commission de services par son objet, n'est donc pas de nature à contredire l'existence d'un véritable détachement au sens du droit du travail.

La Cour vient donc à la conclusion que le contrat du 1<sup>er</sup> octobre 2008 n'a été rédigé que pour régler les conditions spécifiques du travail accompli par A pour la succursale luxembourgeoise afin de satisfaire aux obligations législatives de l'époque, d'autant plus que les parties ne versent pas le contrat de travail écrit conclu entre la maison-mère et le salarié.

## 5. DROIT EUROPÉEN : l'exclusion des candidats âgés de plus de 35 ans d'un concours visant à recruter des agents de police destinés à assumer des fonctions opérationnelles et exécutives est compatible avec le droit de l'Union<sup>3</sup>.

Arrêt de la CJUE (grande chambre) du 15 novembre 2016, Salaberria Solondo, affaire C-258/15

### Faits et procédure

M. Salaberria Solondo a contesté, devant la Cour supérieure de justice de la Communauté autonome du Pays basque, la légalité d'une décision du directeur général de l'Académie de police et des urgences du Pays basque (Espagne) fixant les modalités de participation à un concours de recrutement d'agents de la police. Cette décision exigeait en effet que les candidats n'aient pas encore atteint l'âge de 35 ans. Selon lui, cette exigence serait contraire au droit de l'Union en matière d'interdiction de la discrimination en fonction de l'âge.

Le 13 novembre 2014, la CJUE avait déjà rendu une décision concernant le recrutement d'agents de police en Espagne et avait estimé que la limite de 30 ans imposée dans le cadre du recrutement des agents de la police locale était contraire au droit de l'Union<sup>4</sup>. La juridiction espagnole considère cependant que cette décision n'est pas pertinente en l'espèce en raison des différences existant entre les fonctions exercées par la police locale et celles assignées aux membres des forces et des corps de sécurité de l'état. Ces dernières se voient en effet confier toutes les fonctions propres au maintien de l'ordre public et de la sécurité publique, ce qui rendrait nécessaire un niveau d'exigences plus élevé.

La juridiction estime néanmoins que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier les articles 2 paragraphe 2, 4 paragraphe 1 et 6 paragraphe 1 sous c) de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Elle a donc décidé de surseoir à

statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

### Article 2 paragraphes 1 et 2 de la directive 2000/78/CE :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1er.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des

mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. »

### Article 4 paragraphe 1 de la directive 2000/78/CE :

« Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

### Article 6 paragraphe 1 sous c) de la directive 2000/78/CE :

« Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre :

[...]

3) Communiqué de presse n°125/16, 15 novembre 2016, concernant l'affaire C-258/15

4) CJUE, 13 novembre 2014, Vital Pérez, Aff. C-416/13, publié au recueil numérique

c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »

## La question préjudicielle

« L'article 2, paragraphe 2, de la directive 2000/78, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 1, et l'article 6, paragraphe 1, sous c), de celle-ci, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les candidats aux postes d'agents d'un corps de police ne doivent pas avoir atteint l'âge de 35 ans ? »

## L'appréciation de la Cour

La Cour commence par rappeler que la situation d'espèce entre bien dans le champ d'application de la directive dans la mesure où la décision contestée établit « des règles en matière d'accès à l'emploi dans le secteur public » au sens de l'article 3 paragraphe 1 sous a) de la directive<sup>5</sup>.

La Cour précise ensuite que la décision contestée « a pour effet de réserver à certaines personnes un traitement moins favorable que celui dont bénéficient d'autres personnes se trouvant dans des situations comparables, au seul motif qu'elles ont atteint l'âge de 35 ans ». Elle établit donc bien une différence de traitement directement fondée sur l'âge au sens de la directive<sup>6</sup>.

Il faut ensuite examiner si cette différence de traitement constitue une discrimination au sens du texte. En effet, conformément à l'article 4 paragraphe 1 précité, une telle différence peut ne pas constituer une discrimination si la caractéristique en cause, en l'espèce un âge maximum de 35 ans, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante compte tenu de la nature de l'activité professionnelle

ou des conditions de son exercice, et ce pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

### Une exigence professionnelle essentielle et déterminante

Ce n'est pas l'âge qui constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante mais une caractéristique liée à l'âge. La possession de capacités physiques particulières est une caractéristique liée à l'âge. Or, la mission exercée par la police de la Communauté autonome du Pays basque, qui consiste essentiellement à protéger les personnes et les biens, garantir le libre exercice de leurs droits et libertés et veiller à la sécurité des citoyens sur tout le territoire de la communauté autonome, exige des capacités physiques particulières. Toutes « défaillances physiques lors de l'exercice desdites fonctions sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes non seulement pour les agents de la police eux-mêmes et pour les tiers, mais aussi pour le maintien de l'ordre public ». Les agents du premier grade de ce corps de police n'effectuent pas de tâches administratives, le personnel effectuant ces tâches étant recruté séparément et sans limite d'âge. Il en résulte que le fait de posséder de telles capacités physiques peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 paragraphe 1 de la directive.

### Un objectif légitime

En établissant la limite d'âge de 35 ans, les autorités basques entendent garantir « le caractère opérationnel et le bon fonctionnement de ce corps de police, en assurant que les fonctionnaires nouvellement recrutés soient en mesure d'effectuer les tâches les plus lourdes du point de vue physique pendant une période relativement longue de leur carrière. »

La Cour a déjà jugé qu'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionne-

ment des services de police constituait un objectif légitime au sens de l'article 4 paragraphe 1 de la directive<sup>7</sup>.

En l'espèce, il ressort des documents fournis à la Cour que dès 40 ans les agents subiraient une dégradation fonctionnelle se traduisant par une capacité de récupération réduite entraînant une incapacité à exercer toute autre tâche au même niveau d'exigence pendant un certain temps. Quant aux agents de plus de 55 ans, ils ne pourraient plus être considérés comme possédant les capacités physiques nécessaires pour exercer leur profession de façon adéquate, raison pour laquelle un mécanisme d'aménagement des conditions et du temps de travail est mis en place à partir de l'âge de 56 ans. Or, les prévisions statistiques relatives aux effectifs montrent que dès 2018, plus de la moitié des effectifs de ce corps de police aura entre 50 et 59 ans.

L'objectif de garantir le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du corps des agents de police exige de maintenir une certaine structure des âges en son sein permettant un équilibre entre les postes exigeants et moins exigeants pouvant être occupés par les agents plus âgés. L'âge, au-delà des capacités physiques qui y sont associées, détermine également la durée pendant laquelle un agent sera en mesure d'accomplir les tâches les plus exigeantes.

### Une exigence proportionnée

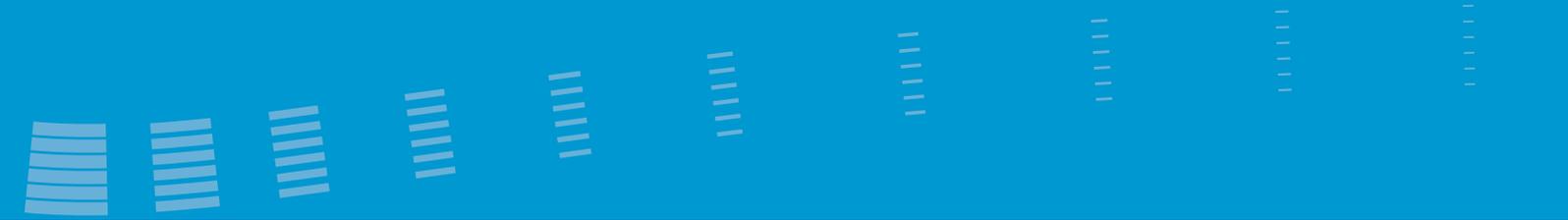
La possibilité d'organiser, lors du recrutement, des épreuves physiques exigeantes et éliminatoires ne peut pas ici constituer une mesure alternative moins contraignante, dans la mesure où l'objectif de rétablir une pyramide des âges satisfaisante impose d'envisager la possession de capacités physiques spécifiques de manière dynamique, et non pas statique lors d'un concours, compte tenu des années de services qui pourront être accomplies par l'agent après son recrutement.

5) « 1. Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne:

a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion; [...] »

6) L'article 1er vise expressément le critère de l'âge.

7) CJUE, 13 novembre 2014, Vital Pérez, précité.



Sous réserve que la juridiction de renvoi vérifie que les éléments de faits soumis à la Cour sont exactes, une décision imposant une limite d'âge de 35 ans lors du recrutement d'agents de police de la Communauté autonome du Pays basque est considérée comme propre à garantir l'objectif d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service de police concerné, et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

La différence de traitement ici établie ne constitue donc pas une discrimination au sens de la directive 2000/78/CE.

### **La décision de la Cour**

« L'article 2, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe

1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les candidats aux postes d'agents d'un corps de police qui assurent l'ensemble des fonctions opérationnelles ou exécutives incombant à celui-ci ne doivent pas avoir atteint l'âge de 35 ans. »