



Employment Law Specialists Association  
Luxembourg

# LIVRE BLANC

Commentaires sur le Livre I  
du Code du travail



Employment Law Specialists Association  
Luxembourg

# LIVRE BLANC

Commentaires sur le Livre I  
du Code du travail



## Le mot du Président

En tant que président de ELSA, l'honneur me revient de partager mes réflexions quant au Livre Blanc :

- Quel beau travail d'équipe !

ELSA a dès sa constitution toujours fonctionné comme une association collégiale, que ce soit au niveau de ses membres ou de son conseil d'administration. C'est cet esprit qui a permis de constituer 6 groupes de travail auxquels une trentaine de personnes mentionnées en page 5 de cette publication (dans le temps 1/3 de nos membres) ont participé pour discuter les articles du Livre 1 du Code du Travail, traitant des relations individuelles et collectives du travail pour ensuite commenter et transmettre leurs observations écrites au conseil d'administration. Celui-ci s'est ensuite, en tant qu'organe collégial, penché sur ces contributions, les a discutées et rediscutées pour ensuite les refléter dans le document que tenez en mains. Je ne compterai pas le nombre des réunions sur l'heure de midi et le soir après une journée de travail bien remplie qui ont été passées ensemble et qui ont permis de souder des liens entre nous tous et d'aboutir à ce résultat qui peut se laisser voir : un document de synthèse commentant et proposant des modifications de texte pour le Livre 1 du Code du Travail.

- ELSA fidèle à son objet !

Outre l'organisation des conférences et de *nouer et de développer des contacts avec d'autres associations similaires et/ou complémentaires, luxembourgeoises ou étrangères* dans le cadre de la diffusion des connaissances du droit social, ELSA s'est donnée comme objet de commenter des projets de loi par rapport à la législation existante ou à venir et de publier des articles et des ouvrages juridiques intéressants de droit social, le tout dans le respect de sa neutralité politique, idéologique et religieuse. Le Livre Blanc s'inscrit dans une même approche mais en sens inverse. C'est ELSA qui suggère afin d'améliorer la cohérence des dispositions légales des modifications au Livre 1 du Code du Travail qui pourront s'inscrire dans une réforme plus générale du droit du travail au Luxembourg afin de refléter les nouveaux défis au niveau de l'organisation du travail, notamment dans un contexte de digitalisation. Le Luxembourg est un petit pays qui ne peut se permettre de rater les échéances qui nous sont imposées par nous-mêmes dans le contexte de notre modèle économique et par les contraintes internationales, de sorte qu'il faut aussi adapter notre législation en matière de droit du travail à cet égard.

En espérant que ce Livre Blanc pourra inciter une telle réforme et servir de document de travail.

Vive ELSA !

**Pierre Elvinger**  
Président ELSA

*L'ELSA tient à remercier vivement tous les membres de l'association qui ont participé aux groupes de réflexion, à la rédaction et à l'élaboration de ce Livre Blanc :*

Me Sabrina ALVARO

Me Cindy ARCÉS

Me Yuri AUFFINGER

Mme Selma BATISTA DE SOUSA

Me Jean-Marie BAULER

Me Louis BERNS

Me Audrey BERTOLOTTI

Me Nadine BOGELMANN-KAISER

Me Christophe BRAULT

M. Gilles CABOS

Me Anne CHARTON

Me Ariane CLAVERIE

Me Isabelle COMHAIRE

Me Céline DEFAY

Me Sophie DEVOCELLE

Me René DIEDERICH

Me Annie ELFASSI

Me Pierre ELVINGER

Me Florence HOLTZ

Me Jean-Paul KILL †

Me Sandra MAROTEL

Me Harmonie MERAUD

Me Anne MOREL

Me Albert MORO

Mme Florence NAVARRO

Me Jean-Luc PUTZ

Me Pierre REUTER

Mme Fanny ROBERT

Me Patrice MBONYUMUTWA

Me Sabrina SALVADOR

Me Luc SCHANEN

Mme Louisa SILCOX

Me Marielle STEVENOT

Me Donald VENKATAPEN

Me Virginie VERDANET

## Table des matières

1. Art. L.010-1	8	32. Art. L.124-9(1)	78
2. Art. L.121-4(2)	9	33. Art. L.124-9(2)	80
3. Art. L.121-5	12	34. Art. L.124-10(3) et L.124-10(4)	81
4. Art. L.121-6	18	35. Art. L.124-11(2), 2 <sup>ème</sup> alinéa	83
5. Art. L.121-7	26	36. Art. L.124-11(7)	84
6. Art. L.121-8	29	37. Art. L.124-12(2), 3 <sup>ème</sup> alinéa	85
7. Art. L.121-9	30	38. Art. L.124-12(4), alinéa 2	86
8. Art. L.122-1(2)	31	39. Nouvelle Section 5 – nouvel Art. L.124-14	87
9. Art. L.122-1(3)	34	40. Art. L.125-1	88
10. Art. L.122-2(1)	38	41. Art. L.125-3	91
11. Art. L.122-3	40	42. Art. L.125-4	92
12. Art. L.122-4	42	43. Art. L.125-5	94
13. Art. L.122-5	44	44. Art. L.125-8	95
14. Art. L.122-6	48	45. Art. L.125-9	99
15. Art. L.122-9	49	46. Art. L.127-2	100
16. Art. L.122-11	50	47. Art. L.127-4	101
17. Art. L.122-13	52	48. Art. L.415-11	103
18. Art. L.123-1	54	49. Art. L.131-8	105
19. Art. L.123-2	57	50. Art. L.151-2	111
20. Art. L.123-3	58	51. Art. L.161-1(2)	112
21. Art. L.123-4	59	52. Art. L.162-2(1)	113
22. Art. L.123-5	61	53. Art. L.162-3	114
23. Art. L.123-6	62	54. Art. L.162-6	115
24. Remarque préliminaire concernant les termes utilisés dans le Livre I, Titre II, Chapitre IV (articles L.124-1 à L.124-13 du Code du travail)	63	55. Art. L.162-7(1)	117
25. Art. L.124-2(1)	64	56. Art. L.162-7(2)	119
26. Art. L.124-3(1)	67	57. Art.L.162-8(3)	120
27. Art. L.124-3(3)	68	58. Art. L.162-10(2)	122
28. Art. L.124-4	69	59. Art. L.162-10(4)	124
29. Art. L.124-5	70	60. Art. L.162-11	125
30. Art. L.124-6	72	61. Art. L.162-11, Art. L.163-2(2) et Art L.166-2(7)	126
31. Art. L.124-7	74	62. Art. L.166-1(1)	128

## 1. Art. L.010-1

1.1 L'article L.010-1 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.010-1.

(Loi du 11 avril 2010)

« (1) Constituent des dispositions d'ordre public applicables à tous les salariés exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg toutes les dispositions légales, réglementaires, administratives, ainsi que celles résultant de conventions collectives déclarées d'obligation générale ou d'une décision d'arbitrage ayant un champ d'application similaire à celui des conventions collectives d'obligation générale ou d'un accord en matière de dialogue social interprofessionnel déclaré d'obligation générale ayant trait :

(...)

11. aux conventions collectives de travail ; »

1.2 ELSA propose de supprimer dans l'article L.010-1 du Code du travail le point 11.

S'il est en effet vrai que les salariés qui exercent une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, doivent bénéficier non seulement des dispositions légales applicables dans les matières énumérées dans cet article L.010-1, mais également dans ces mêmes matières des dispositions des conventions collectives déclarées d'obligation générale, il n'est en revanche pas cohérent de vouloir également leur appliquer les dispositions légales « *ayant trait : (...) aux conventions collectives de travail* ». En effet, ces dispositions légales ayant trait aux conventions collectives ne concernent pas le salarié au niveau individuel, mais sont des règles qui déterminent de quelle façon les conventions collectives doivent être négociées et quel est l'objet de ces conventions collectives lorsqu'elles sont négociées au niveau collectif.

## 2. Art. L.121-4(2)

2.1 L'article L.121-4(2) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.121-4.

(2) Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-2, le contrat de travail doit comporter les mentions ci-après :

(...)

5. la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du salarié ;

6. l'horaire normal du travail ;

(...)

2.2 L'article L.121-4(2) du Code du travail énumère les mentions que le contrat de travail doit comporter. Aux termes des points 5. et 6. de l'article L.121-4(2) le contrat de travail doit ainsi indiquer la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du salarié (point 5.), ainsi que l'horaire normal du travail (point 6.).

Si cette exigence se justifie pour les salariés qui ne sont pas des cadres supérieurs, elle est cependant en contradiction avec l'article L.211-3 du Code du travail qui dispose que les dispositions du Titre Premier du Livre II (Durée de travail) ne sont pas applicables aux personnes occupant un poste de direction effective, ainsi qu'aux cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance.

2.3 ELSA propose dès lors d'ajouter un alinéa à la fin de l'article L.121-4(2) du Code du travail libellé comme suit :

**« Les mentions aux numéros 5. et 6. ne sont pas obligatoires pour les contrats de travail conclus avec des cadres supérieurs. »**

**Sont considérés comme cadres supérieurs, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisé par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires. »**

La définition du cadre supérieur est celle qui est actuellement prévue à l'article L.162-8(3) du Code du travail. ELSA propose cependant de définir le cadre supérieur déjà à l'article L.121-4 du Code du travail, puisqu'il semble préférable de prévoir la définition d'une notion dès sa première utilisation dans le Code du travail.

2.4 En ce qui concerne l'article L.162-8(3), ELSA propose de ne plus reproduire la définition du cadre supérieur, mais de se limiter à un renvoi à la définition donnée à l'article L.121-4(2).

2.5 ELSA préconise la même approche en ce qui concerne l'article L.211-27 du Code du travail, à savoir de supprimer au paragraphe 5. de cet article le 2<sup>ème</sup> alinéa. ELSA propose partant de compléter le 1<sup>er</sup> alinéa du paragraphe 5. comme suit :

*« Les conditions de salaire et des heures supplémentaires visées aux paragraphes (1) à (4) ci-dessus ne s'appliquent pas aux cadres supérieurs, **tels que définis à l'article L.121-4(2)** ».*

2.6 Enfin, il y a également lieu de modifier, dans un souci de cohérence, le point 6. de l'article L.211-3 du Code du travail. Cet article prévoit que les règles concernant la durée de travail ne sont pas applicables aux cadres supérieurs, en ajoutant cependant une condition supplémentaire, à savoir que « *la présence à l'entreprise de ces cadres supérieurs est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance* ».

Cette condition supplémentaire n'est cependant notamment pas prévue en ce qui concerne le droit à des majorations de salaire en cas de travail supplémentaire (cf. article L.211-27 du Code du travail) (ni appliquée par la jurisprudence), de sorte qu'il y a lieu, dans un souci de cohérence, d'aligner les régimes.

ELSA propose dès lors de modifier le point 6. de l'article L.211-3 du Code du travail comme suit :

*« 6. **aux cadres supérieurs tels que définis à l'article L.121-4(2).** »*

2.7 De plus, par la loi du 23 décembre 2016, a été introduite la notion de « *durée de travail mensuelle normale légale ou prévue par convention collective* » (cf. article L.211-7(4)).

Cette notion donne en effet du sens, notamment pour les organisations de travail qui prévoient une période de référence, mais n'a pas été définie par le législateur. Il semble utile à ELSA de compléter le point 5. de l'article L.121-4(2) par une référence à la durée de travail mensuelle, mais également d'introduire une définition de cette notion. La durée mensuelle normale de travail pourrait notamment être définie comme étant la durée correspondant aux jours de travail ouvrés durant un mois donné multipliés par la durée hebdomadaire normale de travail.

2.8 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.121-4(2) du Code du travail comme suit :

*« (2) Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-2, le contrat de travail doit comporter les mentions ci-après :*

*(...)*

5. *la durée de travail journalière, **ou** hebdomadaire **ou mensuelle** normale du salarié ;*

6. *l'horaire normal du travail ;*

*(...)*

*Les informations sur les éléments visées aux numéros 8 et 9 peuvent résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant les matières y visées.*

**Les mentions aux numéros 5. et 6. ne sont pas obligatoires pour les contrats de travail conclus avec des cadres supérieurs.**

**Sont considérés comme cadres supérieurs, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisé par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires.**

### 3. Art. L.121-5

#### 3.1 L'article L.121-5 du Code du travail est libellé comme suit :

#### **Section 3. - Période d'essai**

##### **Art. L.121-5.**

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-8, alinéa 2, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai.

La clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L.121-4, pour chaque salarié individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.

Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque la convention collective de travail applicable à l'établissement contient une disposition établissant que le contrat de travail de tout salarié nouvellement embauché est précédé d'une période d'essai conformément aux dispositions du présent article.

A défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclu pour une durée indéterminée ; la preuve contraire n'est pas admissible.

(2) La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa qui précède, la période maximale d'essai ne peut excéder : trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique ; douze mois pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.

La période d'essai n'excédant pas un mois doit être exprimée en semaines entières ; la période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.

En cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois.

(3) La clause d'essai ne peut être renouvelée.

(4) Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L.124-10.

Sans préjudice des dispositions de l'alinéa qui précède, il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L.124-4 ; dans ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur :

- à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines ;

- à quatre jours par mois d'essai convenue au contrat sans pouvoir être inférieure à quinze jours et sans devoir excéder un mois.

Sont applicables au cours de la période d'essai les dispositions de l'article L.121-6 et celles des articles L.337-1 à L.337-6.

(5) Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service.

3.2 L'article L.121-5(2) dispose que la période d'essai n'excédant pas un mois doit être exprimée en semaines entières, alors que la période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers. La conséquence de cette formulation est que le texte de loi ne prévoit pas la possibilité d'une période d'essai d'un mois. En effet, pour toute période d'essai supérieure à 4 semaines, il faudra prévoir une période d'essai de 2 mois minimum. Ceci se justifie cependant par le fait que pour une période d'essai d'un mois aucune résiliation durant la période d'essai ne serait possible puisque le délai minimum de résiliation est de 15 jours, et que durant les 2 premières semaines il ne peut être mis fin unilatéralement à la période d'essai.

3.3 L'article L.121-5(2) prévoit ensuite qu'en cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois.

La notion de « *suspension de l'exécution du contrat* » n'est pas définie, et se pose notamment la question si une suspension de l'exécution du contrat suite à des congés qui ont été accordés au salarié est à considérer comme une suspension qui permet de prolonger la période d'essai. La même question se pose également dans l'hypothèse où le salarié a droit à des congés extraordinaires tels que prévus à l'article L.233-16 du Code du travail, ainsi qu'en cas de congés collectifs. En l'état actuel de la jurisprudence (TT Esch-sur-Alzette, 14 décembre 2004, N° 2810/04) ni les congés de récréation, ni les congés extraordinaires, ni les congés collectifs, ne sont à considérer comme une suspension de l'exécution du contrat au sens de l'article L.121-5(2) du Code du travail. Il semble à ELSA que la finalité de la période d'essai, et de cette disposition, est de permettre à l'employeur de vérifier les aptitudes du salarié, ainsi que de permettre au salarié de vérifier si l'entreprise est une entreprise dans laquelle il a envie de continuer à travailler. C'est pour cette raison que la règle, qui permet d'étendre la période d'essai en cas de suspension de l'exécution du contrat, a été introduite. Pour la même raison, il semble à ELSA que cette notion de suspension d'exécution du contrat doit couvrir toute hypothèse dans laquelle le salarié n'a pu, pour une raison quelconque, prester son travail. ELSA propose dès lors de préciser que ce droit de prolongation de la période d'essai s'appliquera à chaque fois qu'il y aura une suspension de la prestation effective du travail pendant la période d'essai, pour quelque cause que ce soit.



ELSA est de plus d'avis qu'il n'y a pas lieu de limiter la prolongation de la période d'essai à un mois. En effet, le but de la période d'essai est de donner aux parties la possibilité d'examiner d'une part si les compétences du salarié correspondent aux besoins de l'employeur, et d'autre part en ce qui concerne le salarié, d'apprécier si l'entreprise est une entreprise dans laquelle il désire continuer sa carrière professionnelle. Ces appréciations ne sont pas possibles durant la période où le salarié est absent. De l'avis d'ELSA, il y a dès lors lieu de permettre aux parties de prolonger, en cas de suspension de l'exécution du contrat, la période d'essai pour une durée équivalente à la durée de suspension de l'exécution du contrat.

- 3.4 L'extension de la période d'essai est, selon les textes actuels, limitée à maximum 1 mois. Cette règle a été longtemps interprétée par les juridictions de façon à en déduire que si un salarié était absent pour raison de maladie durant plus d'un mois, l'employeur perdait en pratique le droit de mettre fin au contrat durant la période d'essai, puisque le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement durant la maladie, mais que d'autre part l'employeur ne peut pas étendre la période d'essai au-delà d'un mois.

Dans un 2<sup>ème</sup> temps, il y a eu un revirement jurisprudentiel dans le sens que les juridictions du travail ont estimé que telle ne peut pas avoir été l'intention du législateur. Ces mêmes juridictions ont dès lors autorisé les employeurs à mettre fin au contrat à l'essai du salarié en maladie (en dépit de la protection dont il devrait normalement bénéficier), sous condition que cette résiliation soit notifiée le plus tard possible. Cette jurisprudence oblige dès lors les employeurs à faire un calcul à rebours, assez délicat, pour s'assurer qu'ils résilient le contrat de façon à ce que la période de préavis se termine durant la période d'essai prolongée, sans toutefois pouvoir le faire de façon trop prématurée. Cette dernière exigence a été poussée à son paroxysme dans un arrêt de la Cour d'Appel du 30 avril 2015 (N° 40842 du rôle). Dans cet arrêt, la Cour a estimé que « *l'employeur ne peut licencier le salarié malgré sa maladie qu'au tout dernier moment, en vue d'empêcher que le contrat ne se transforme en contrat définitif* » (ELSA souligne).

Dans le cas d'espèce, la résiliation du contrat durant la période d'essai aurait encore pu être notifiée un samedi. L'employeur avait cependant déjà notifié la résiliation du contrat le vendredi, au motif que le salarié ne travaillait que du lundi au vendredi et que les bureaux de la société étaient fermés le samedi et le dimanche. La Cour a sanctionné cette façon de faire et a estimé que comme la résiliation du contrat à l'essai était intervenue la veille du dernier jour possible, elle devait être considérée comme abusive. ELSA est d'avis que ces jurisprudences, qui sont à approuver en ce qu'elles accordent à l'employeur le droit d'éviter qu'un contrat à l'essai ne se transforme en contrat définitif en raison de la maladie de son salarié, causent cependant des problèmes pratiques inutiles et qu'il est dans l'intérêt de toutes les parties de simplifier cette règle. ELSA propose dès lors de prévoir qu'en cas de maladie du salarié, ou dans le cas de toute autre hypothèse de suspension, l'employeur aura le droit de procéder à la résiliation du contrat à l'essai à partir du premier jour de la période de prolongation de la période d'essai.

- 3.5 L'article L.121-5(3) dispose que la clause d'essai ne peut être renouvelée.

Il est incontestable que cette disposition constitue une protection pour les salariés afin d'éviter qu'ils restent dans une relation de travail précaire suite à des renouvellements répétés de la période d'essai. ELSA n'a aucune intention de revenir sur cette règle. Elle s'interroge, cependant, si cette règle ne devrait pas être assouplie dans le sens de prévoir la possibilité de prolonger la période d'essai, mais uniquement dans l'hypothèse où la période d'essai initiale n'a pas été prévue pour la durée maximale légalement possible. Ceci aurait comme avantage d'éviter que les employeurs prévoient dès le départ comme durée de la période d'essai la durée maximale possible. Un autre avantage sera que, dans l'hypothèse où, à la fin de la période d'essai initialement convenue, l'employeur devait encore avoir quelques réticences pour valider cette dernière, au lieu de se séparer de son salarié, les parties peuvent décider d'un commun accord de prolonger cette période d'essai jusqu'à la durée maximale légalement possible, donnant par là-même au salarié la possibilité de bénéficier en fin de compte, et le cas échéant, d'un contrat définitif.

- 3.6 La jurisprudence décide, en se référant à la règle que la clause d'essai doit être convenue au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié, qu'il n'est pas possible, en cas de promotion du salarié durant la relation de travail, de prévoir une nouvelle période d'essai. ELSA estime que ceci n'est pas dans l'intérêt des parties. En effet, cette règle peut constituer des freins à des promotions ou à des changements de fonction. De plus, et surtout, en ce qui concerne le salarié, si, en fin de compte, il ne sera pas à la hauteur des exigences liées à sa nouvelle fonction, il risquera de faire l'objet d'un licenciement puisqu'une rétrogradation ne sera possible que soit avec l'accord du salarié, soit en appliquant les règles assez restrictives de l'article L.121-7 du Code du travail (cf. notamment Cour d'Appel, 5 décembre 2014, n° 38929 du rôle). ELSA estime dès lors qu'il serait, dans l'intérêt tant de l'employeur que du salarié, de pouvoir prévoir une nouvelle période d'essai en cas de promotion du salarié. Si, durant cette période d'essai, les prestations du salarié ne devaient pas être à la hauteur des attentes de l'employeur, ce dernier ne pourra évidemment pas résilier le contrat en appliquant les règles relatives à la période d'essai, mais pourra uniquement, durant cette même période d'essai, décider de revenir sur la promotion et de réintégrer le salarié dans sa fonction antérieure.

De plus, un droit de renoncer à la promotion ou à la nouvelle fonction serait par là-même également accordé au salarié, s'il devait aboutir à la conclusion que cette nouvelle fonction ne lui convient pas. Il va sans dire que la décision du salarié de retourner dans sa fonction initiale ne pourra pas constituer un motif de licenciement ni être considérée comme une résiliation du contrat de travail par le salarié (cf. Cour d'Appel, 17 décembre 1998, n° 21028 du rôle).

Une telle approche, à savoir de permettre un changement dans la relation de travail avec une période d'essai, n'est pas innovatrice. En effet, la convention du 15 décembre 2015 relative au régime juridique du télétravail, déclarée d'obligation générale par un règlement grand-ducal du 15 mars 2016, prévoyait dans son article 5 une période d'adaptation (qui s'est en fait inspiré des règles de la période d'essai) durant laquelle chacune des parties pouvait décider de revenir sur sa décision d'adopter le régime de télétravail.

3.7 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.121-5 du Code du travail comme suit :

« **Section 3. - Période d'essai**

« **Art. L.121-5**

(1) *Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-8, alinéa 2, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai.*

*La clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L.121-4, pour chaque salarié individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.*

*Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque la convention collective de travail applicable à l'établissement contient une disposition établissant que le contrat de travail de tout salarié nouvellement embauché est précédé d'une période d'essai conformément aux dispositions du présent article.*

*A défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclu pour une durée indéterminée ; la preuve contraire n'est pas admissible.*

(2) *La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois.*

*Par dérogation aux dispositions de l'alinéa qui précède, la période maximale d'essai ne peut excéder : trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique ; douze mois pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.*

*La période d'essai n'excédant pas un mois doit être exprimée en semaines entières ; la période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.*

*En cas de suspension de la prestation effective du travail pendant la période d'essai, **pour quelque raison que ce soit**, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension.  ~~sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois.~~*

(3) *La clause d'essai ne peut être renouvelée. **Néanmoins, dans l'hypothèse où la clause d'essai a été conclue pour une durée inférieure à la durée maximale prévue au paragraphe (2), les parties pourront d'un commun accord prolonger la clause d'essai sans que la durée de la période d'essai ainsi prolongée ne puisse cependant dépasser cette durée maximale.***

(4) *Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L.124-10.*

*Sans préjudice des dispositions de l'alinéa qui précède, il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L.124-4 ; dans*

*ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur :*

- *à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines ;*
- *à quatre jours par mois d'essai convenue au contrat sans pouvoir être inférieure à quinze jours et sans devoir excéder un mois.*

**En cas de résiliation avec préavis, le préavis prend effet le jour de la notification de la résiliation. Le délai de préavis devra expirer au plus tard le dernier jour de la période d'essai, le cas échéant prolongée.**

**Sans préjudice quant aux dispositions de l'alinéa suivant sont applicables, au cours de la période d'essai, les dispositions de l'article L.121-6 et celles des articles L.337-1 et L.337-6.**

**Durant la période de prolongation de la période d'essai telle que prévue au paragraphe (2) du présent article, l'interdiction de licencier prévue à l'article L.121-6 ne sera pas applicable et l'employeur pourra mettre fin au contrat à l'essai, avec préavis ou avec effet immédiat et dans les formes prévues à l'article L.124-3, à partir du premier jour de la prolongation de la période d'essai.**

**Sont applicables au cours de la période d'essai les dispositions de l'article L.121-6 et celles des articles L. 337-1 à L. 337-6.**

(5) *Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède **et lorsque le délai de préavis n'expire pas** avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service.*

(6) **Dans l'hypothèse d'un changement de fonction, les parties peuvent convenir d'une période d'essai relative à cette fonction. Elle devra être constatée, sous peine de nullité, dans un avenant au plus tard au moment de la prise d'effet de la nouvelle fonction, et devra être conforme aux dispositions des paragraphes (2) et (3) du présent article. Il ne peut être mis fin unilatéralement à cette période d'essai pendant une période minimale de 2 semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L.124-10.**

**Sans préjudice des dispositions de l'alinéa qui précède, il peut être mis fin par chacune des parties à cette période à l'essai conformément au paragraphe (4) du présent article. Lorsqu'il est mis fin à cette période d'essai, telle que prévue au présent paragraphe, le salarié reprendra la fonction qu'il occupait avant le début de la période d'essai dans les conditions qui étaient applicables avant la prise d'effet de la nouvelle fonction.**

**Le fait pour le salarié de mettre fin à l'essai ne peut constituer un motif de licenciement ni être considérée comme une résiliation du contrat de travail par le salarié. »**

## 4. Art. L.121-6

### 4.1 L'article L.121-6 du Code du travail est libellé comme suit :

#### **Section 4. - Protection en cas d'incapacité de travail du salarié**

##### **Art. L.121-6.**

- (1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.

L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

- (2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

- (3) L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

*(Loi du 13 mai 2008) (Loi du 7 août 2015) (Loi du 10 août 2018)* « Le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de dix-huit mois de calendrier successifs. Un nouveau droit à la conservation du salaire n'est ouvert qu'au début du mois suivant celui pour lequel cette limite n'est plus atteinte. Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail cesse pour le salarié en cas de décision de refus émise par la Caisse nationale de santé en vertu de l'article 47, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale, qui s'impose à l'employeur. La période d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède cesse à l'expiration du délai de recours de quarante jours courant à partir de la notification de la décision de la Caisse nationale de santé à l'assuré. La Caisse nationale de santé informe l'employeur en cas de recours exercé par le salarié contre la décision, auquel cas la période d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède est maintenue. Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail est rétabli en cas de révision de la décision de refus susvisée ayant mis fin au droit, l'employeur en étant informé par la Caisse nationale de santé. »

*(Loi du 8 avril 2018)* « Pour le salarié tombé malade qui disposait de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant

l'incapacité de travail on entend par maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail au sens de l'alinéa qui précède le salaire de base du mois concerné augmenté de toutes les primes et suppléments courants ainsi que des majorations auxquelles le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu pour la période d'incapacité de travail.

Pour le salarié tombé malade qui ne disposait pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail on entend par maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail au sens de l'alinéa qui précède le versement d'une indemnité journalière égale au salaire journalier moyen des six mois précédant immédiatement la survenance de la maladie.

Pour les salariés qui sont payés au rendement ou à la tâche ou dont le salaire est fixé en pourcentage, au chiffre d'affaires ou soumis à des variations prononcées, la moyenne du salaire des douze mois précédents sert de base au calcul de l'indemnité journalière à verser.

Si le salarié exerce son activité professionnelle auprès de cet employeur depuis moins de six respectivement douze mois, la période de référence pour établir la moyenne est réduite à la période d'occupation effective.

Au cas où les six respectivement douze mois précédant immédiatement la survenance de la maladie comprennent des périodes de congé, de congé maladie, de chômage partiel, de chômage dû aux intempéries, ou de chômage accidentel ou technique involontaire, celles-ci sont immunisées.

Le salaire journalier moyen est établi à partir du salaire mensuel brut du salarié.

Il est obtenu en multipliant le salaire horaire brut, qui est calculé en divisant le salaire mensuel brut par cent-soixante-treize heures respectivement par le nombre d'heures de travail mensuels normal résultant de la convention collective ou du contrat de travail applicable, par le nombre d'heures travaillées par jour.

Si pendant la période de référence prévue pour le calcul de l'indemnité de maladie ou pendant la durée de la maladie interviennent des majorations de salaire définitives résultant de la loi, de la convention collective ou du contrat individuel de travail, il doit, pour chaque mois, en être tenu compte pour le calcul de l'indemnité de maladie.

Pour le calcul de l'indemnité, il n'est pas tenu compte des avantages non périodiques, des gratifications et primes de bilan, des frais accessoires occasionnés par le travail ainsi que des heures supplémentaires. »

Les dispositions des alinéas 1 et 2 cessent d'être applicables à l'égard de l'employeur si la présentation du certificat médical n'est pas effectuée avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié.

La résiliation du contrat effectuée en violation des dispositions du présent paragraphe est abusive.

(4) Les dispositions du paragraphe (3) ne sont pas applicables :

- si l'incapacité de travail constitue la conséquence d'un crime ou d'un délit auquel le salarié a participé volontairement ;
- si l'avertissement sinon la présentation du certificat d'incapacité de travail sont effectués après réception de la lettre de résiliation du contrat ou, le cas échéant, après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable, sauf en cas d'hospitalisation urgente du salarié, auquel cas la présentation du certificat d'incapacité de travail dans les huit jours de l'hospitalisation rend nulle et sans effets la lettre de notification de la résiliation du contrat, ou, le cas échéant, la lettre de convocation à l'entretien préalable.

(5) L'employeur peut résilier le contrat de travail du salarié (*Loi du 7 août 2015*) « après l'expiration des périodes visées au paragraphe (3), alinéas 1 et 2. »

L'employeur qui ne résilie pas le contrat de travail du salarié après la période visée au paragraphe (3), alinéa 1<sup>er</sup>, est obligé de compléter l'indemnité pécuniaire de maladie ou l'allocation lui servie jusqu'à parfaire le montant de son salaire net au plus tard jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent celui de la survenance de l'incapacité de travail.

(6) Si le salarié peut réclamer à un tiers, en vertu d'une disposition légale, la réparation du dommage résultant pour lui de la maladie ou de l'accident, ce droit, pour autant qu'il concerne l'indemnisation pour pertes de salaire subies pendant les périodes visées aux paragraphes (4) et (5), passe à l'employeur jusqu'à concurrence du salaire et des indemnités par lui payées.

(*Loi du 13 mai 2008*) « Les dispositions de l'article 453 du Code de la sécurité sociale concernant l'intervention des institutions d'assurance dans l'action dirigée contre le tiers responsable sont applicables à l'égard de l'employeur. »

(*Loi du 23 juillet 2015*) « Les procédures en cas de reclassement professionnel externe, au sens du livre V, titre V, chapitre I<sup>er</sup> relatif à l'emploi des salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail, ne sauraient porter préjudice à l'application du présent article. »

4.2 L'article L.121-6(1) prévoit que l'avertissement de l'employeur doit se faire le jour même de l'empêchement.

Cette même disposition prévoit que l'employeur doit avoir reçu le certificat médical au plus tard le 3<sup>ème</sup> jour d'absence.

ELSA propose d'ajouter que la communication du certificat médical peut soit se faire en original, soit par une reproduction du certificat médical, et ceci afin de s'aligner sur la jurisprudence qui permet une communication du certificat par tous moyens de communication (original ou copie).

De plus, de nombreux salariés comprennent cette disposition légale comme leur permettant d'être absents les deux premiers jours sans certificat médical, et que ce n'est qu'à partir du moment où l'absence est de 3 jours ou plus, qu'ils seraient obligés de soumettre un certificat médical. ELSA propose dès lors de préciser

qu'un certificat médical est exigé pour toute absence, quelle que soit sa durée, sauf renonciation éventuelle de l'employeur.

Enfin, ELSA propose de modifier le texte de façon à prévoir que l'employeur doit avoir reçu le certificat médical ou sa reproduction au plus tard le 3<sup>ème</sup> jour d'absence, sauf si ce 3<sup>ème</sup> jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié. Dans ces hypothèses, le délai sera prolongé de façon à englober le 1<sup>er</sup> jour ouvrable qui suit. En effet, les salariés qui tombent malades le vendredi sont obligés, s'ils ne se rendent pas chez un médecin le premier jour de leur absence, à trouver un médecin durant le weekend, puisque le 3<sup>ème</sup> jour d'absence sera le dimanche.

4.3 Suite à la modification du paragraphe (3) de l'article L.121-6 par la loi du 7 août 2015, le droit au maintien du salaire cesse pour le salarié en cas de décision de refus émise par la Caisse nationale de santé. Dans l'hypothèse où le salarié exerce un recours contre cette décision de la Caisse nationale de santé, cette dernière doit en informer l'employeur, et « *auquel cas la période d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède est maintenue* ».

Il existe une incertitude entre praticiens sur la durée de maintien de la protection contre le licenciement. Est-ce que le législateur a voulu maintenir cette protection jusqu'au moment où le recours aura été vidé, ou est-ce qu'il voulait uniquement prévoir que la protection est maintenue, mais dans la limite des 26 semaines ? ELSA est d'avis que c'est la 2<sup>ème</sup> interprétation qui doit prévaloir, puisque le texte renvoie à la période d'interdiction « *visée à l'alinéa qui précède* », soit la période de protection de 26 semaines « *au plus* » prévue au paragraphe (3) de cet article. ELSA propose cependant de préciser ce point dans le texte.

4.4 Le paragraphe (3) de l'article L.121-6 interdit à l'employeur de convoquer un salarié à l'entretien préalable ou de notifier son licenciement une fois qu'il aura été averti de l'incapacité de travail par le salarié, ou aura reçu le certificat de maladie du salarié.

Le paragraphe (4) du même article prévoit quant à lui que le salarié ne bénéficie pas d'une protection contre le licenciement si l'avertissement oral de l'incapacité de travail, ou la présentation du certificat d'incapacité de travail, ont été effectués après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable, ou de la lettre de licenciement.

Le paragraphe (3) se place du point de vue de l'employeur, alors que le paragraphe (4) se place du point de vue du salarié. Il n'en reste pas moins qu'il subsiste une zone grise, à savoir l'hypothèse où l'employeur avait déjà envoyé la convocation à l'entretien préalable, respectivement la lettre de licenciement, avant d'être averti de la maladie du salarié (ou de recevoir son certificat de maladie), mais où d'un autre côté le salarié ne reçoit cette convocation à l'entretien préalable, respectivement la lettre de licenciement, qu'après avoir averti son employeur ou envoyé son certificat de maladie. En pratique, la jurisprudence vérifie que l'employeur a agi de bonne foi, ce qui est cohérent avec le libellé du paragraphe (3) de cet article, qui interdit uniquement à l'employeur qui a été « *averti* » de la maladie de son salarié

de procéder à un licenciement. Afin de mettre fin à toute insécurité juridique, ELSA propose d'aligner le libellé du paragraphe (4) sur celui du paragraphe (3), conformément à la position retenue par la jurisprudence.

4.5 L'article L.124-10(4) du Code du travail dispose que lorsque l'employeur soupçonne son salarié d'avoir commis une faute grave, il peut, afin de réaliser une enquête interne, suspendre avec effet immédiat ce salarié par le biais d'une mise à pied conservatoire. Suite à cette mise à pied conservatoire, l'employeur doit prendre une décision dans les huit jours, l'article L.124-10(5) disposant que le licenciement pour motif grave doit être notifié au plus tôt le jour qui suit la mise à pied et au plus tard huit jours après cette mise à pied. La jurisprudence quant à elle décide que ce délai de huit jours est suspendu en cas de maladie, l'employeur n'ayant pas le droit de licencier le salarié durant sa maladie. En effet, la jurisprudence estime que contrairement à ce qui est prévu en cas de convocation à l'entretien préalable, la procédure de licenciement n'est pas encore enclenchée. ELSA s'interroge sur la pertinence de cette solution et propose que dans l'hypothèse où le salarié informe son employeur de son incapacité de travail suite à une mise à pied conservatoire, le salarié ne bénéficie pas de la protection prévue à l'article L.121-6 du Code du travail. ELSA estime en effet qu'il faut éviter qu'une fois qu'une mise à pied a été notifiée, le salarié puisse retarder le processus en se portant malade. ELSA est d'avis qu'il n'y a pas de raison valable qui justifierait une différence de régime entre d'une part le salarié qui a été convoqué à un entretien préalable et d'autre part le salarié qui a fait l'objet d'une mise à pied conservatoire.

4.6 Le paragraphe (5) prévoit l'obligation pour l'employeur qui n'a pas résilié le contrat d'un salarié absent après expiration de la période de protection de 26 semaines, de compléter l'indemnité pécuniaire de maladie jusqu'à parfaire le montant de son salaire net. Il semble cependant à ELSA que rien ne justifie que l'employeur doive garantir un salaire net, la jurisprudence décidant de façon constante que le montant des impôts à payer est une obligation propre au salarié, et que l'employeur ne doit pas supporter les conséquences qui peuvent découler d'un changement de cette charge fiscale. Dans la même optique, il semble que l'obligation de parfaire le salaire devrait dès lors exister par rapport au montant brut du salaire (et non par rapport au montant net).

4.7 ELSA propose dès lors de modifier le libellé de l'article L.121-6 du Code du travail comme suit :

**« Art. L.121-6.**

(1) *Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.*

*L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.*

(2) **Sauf renonciation expresse de la part de l'employeur pour les absences inférieures à 3 jours, toute incapacité de travail devra être justifiée par un certificat médical.**

**Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical, ou une copie de ce certificat médical, attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.**

**Si ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, il est prolongé de façon à englober le premier jour ouvrable qui suit.**

(3) *L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.*

*(Loi du 13 mai 2008)*

*« Le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de douze mois de calendrier successifs. Un nouveau droit à la conservation du salaire n'est ouvert qu'au début du mois suivant celui pour lequel cette limite n'est plus atteinte. » (Loi du 7 août 2015) « Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail cesse pour le salarié en cas de décision de refus émise par la Caisse nationale de santé en vertu de l'article 47, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale, qui s'impose à l'employeur. La période **de 26 semaines** d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède cesse à l'expiration du délai de recours de quarante jours courant à partir de la notification de la décision de la Caisse nationale de santé à l'assuré. La Caisse nationale de santé informe l'employeur en cas de recours exercé par le salarié contre la décision, auquel cas la période **de 26 semaines au plus** d'interdiction de notification de la résiliation du contrat de travail ou de convocation à l'entretien préalable visée à l'alinéa qui précède est maintenue. Le droit au maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail est rétabli en cas de révision de la décision de refus susvisée ayant mis fin au droit, l'employeur en étant informé par la Caisse nationale de santé ».*

*(Loi du 8 avril 2018)*

*« Pour le salarié tombé malade qui disposait de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail on entend par maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail au sens de l'alinéa qui précède le salaire de base du mois concerné augmenté de toutes les primes et suppléments courants ainsi que des majorations auxquelles le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu pour la période d'incapacité de travail.*

Pour le salarié tombé malade qui ne disposait pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail on entend par maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail au sens de l'alinéa qui précède le versement d'une indemnité journalière égale au salaire journalier moyen des six mois précédant immédiatement la survenance de la maladie.

Pour les salariés qui sont payés au rendement ou à la tâche ou dont le salaire est fixé en pourcentage, au chiffre d'affaires ou soumis à des variations prononcées, la moyenne du salaire des douze mois précédents sert de base au calcul de l'indemnité journalière à verser.

Si le salarié exerce son activité professionnelle auprès de cet employeur depuis moins de six respectivement douze mois, la période de référence pour établir la moyenne est réduite à la période d'occupation effective.

Au cas où les six respectivement douze mois précédant immédiatement la survenance de la maladie comprennent des périodes de congé, de congé maladie, de chômage partiel, de chômage dû aux intempéries, ou de chômage accidentel ou technique involontaire, celles-ci sont immunisées.

Le salaire journalier moyen est établi à partir du salaire mensuel brut du salarié.

Il est obtenu en multipliant le salaire horaire brut, qui est calculé en divisant le salaire mensuel brut par cent-soixante-treize heures respectivement par le nombre d'heures de travail mensuels normal résultant de la convention collective ou du contrat de travail applicable, par le nombre d'heures travaillées par jour.

Si pendant la période de référence prévue pour le calcul de l'indemnité de maladie ou pendant la durée de la maladie interviennent des majorations de salaire définitives résultant de la loi, de la convention collective ou du contrat individuel de travail, il doit, pour chaque mois, en être tenu compte pour le calcul de l'indemnité de maladie.

Pour le calcul de l'indemnité, il n'est pas tenu compte des avantages non périodiques, des gratifications et primes de bilan, des frais accessoires occasionnés par le travail ainsi que des heures supplémentaires. »

Les dispositions des alinéas 1 et 2 cessent d'être applicables à l'égard de l'employeur si la présentation du certificat médical n'est pas effectuée avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié.

La résiliation du contrat effectuée en violation des dispositions du présent paragraphe est abusive.

(4) Les dispositions du paragraphe (3) ne sont pas applicables :

- si l'incapacité de travail constitue la conséquence d'un crime ou d'un délit auquel le salarié a participé volontairement ;
- **si l'avertissement sinon la présentation du certificat d'incapacité de travail sont effectués après réception de la lettre de si la lettre de résiliation du contrat ou, le cas échéant, après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable, ou la mise à pied conservatoire**

**au sens de l'article L.124-10, ont été notifiées avant la réception de l'avertissement, ou du certificat d'incapacité de travail, sauf en cas d'hospitalisation urgente du salarié, auquel cas la présentation du certificat d'incapacité de travail dans les huit jours de l'hospitalisation rend nulle et sans effets la procédure de licenciement la lettre de notification de la résiliation du contrat, ou, le cas échéant, la lettre de convocation à l'entretien préalable.**

(5) L'employeur peut résilier le contrat de travail du salarié (Loi du 7 août 2015) « après l'expiration des périodes visées au paragraphe (3), alinéas 1 et 2 ».

L'employeur qui ne résilie pas le contrat de travail du salarié après la période visée au paragraphe (3), alinéa 1<sup>er</sup>, est obligé de compléter l'indemnité pécuniaire de maladie ou l'allocation lui servie jusqu'à parfaire le montant de son salaire **brut** au plus tard jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent celui de la survenance de l'incapacité de travail.

(6) Si le salarié peut réclamer à un tiers, en vertu d'une disposition légale, la réparation du dommage résultant pour lui de la maladie ou de l'accident, ce droit, pour autant qu'il concerne l'indemnisation pour pertes de salaire subies pendant les périodes visées aux paragraphes (4) et (5), passe à l'employeur jusqu'à concurrence du salaire et des indemnités par lui payées.

(Loi du 13 mai 2008)

« Les dispositions de l'article 453 du Code de la sécurité sociale concernant l'intervention des institutions d'assurance dans l'action dirigée contre le tiers responsable sont applicables à l'égard de l'employeur. »

Les procédures en cas de reclassement « professionnel » externe, au sens du livre V, titre V, chapitre 1<sup>er</sup> relatif à l'emploi des salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail, ne sauraient porter préjudice à l'application du présent article. »

## 5. Art. L.121-7

5.1 L'article L.121-7 du Code du travail est libellé comme suit :

### *Section 5.- Révision du contrat de travail*

#### **Art. L.121-7.**

Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L.124-2 et L.124-3 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 L.124-5.

La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L.124-2 et L.124-10.

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 L.124-11.

(...) (abrogé par la loi du 23 juillet 2015)

L'article L.121-7 dispose que la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification substantielle constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11.

5.2 Depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 2009 (arrêt n° 38/09, n° 2645 du registre) et un arrêt de la Cour Constitutionnelle du 8 juillet 2016 (affaire n° 00124 du registre) qui a été rendu dans le cadre d'une démission pour faute grave dans le chef de l'employeur, mais dont la solution peut être transposée à la situation d'une démission suite à une modification substantielle des conditions d'emploi), il n'est plus contesté que dans l'hypothèse où la modification substantielle refusée par le salarié n'est pas basée sur des motifs valables, le salarié n'a pas seulement droit à des dommages et intérêts, mais également droit à l'indemnité de départ légale. Cette question ayant été débattue durant des années, et des juridictions ayant dans un premier temps refusé d'accorder l'indemnité de départ légale au salarié dans ces circonstances, ELSA propose de clarifier ce point dans le texte de l'article.

5.3 La jurisprudence actuelle considère ensuite que le refus du salarié d'accepter la modification, qui se traduit par une démission, a un effet rétroactif au jour de la notification de la modification unilatérale (cf. par exemple Cour d'Appel, 3 octobre 2013, n° 38026 du rôle). Une des conséquences en est que le salarié est obligé de protester contre la modification, respectivement les motifs communiqués suite à sa demande pour justifier la modification unilatérale, dans un délai de

3 mois, soit, en fonction de l'ancienneté du salarié avant que cette modification n'entre en vigueur, faute de quoi le salarié encourra la forclusion quand il agira ultérieurement en justice. Cette solution ne semble pas logique à ELSA, puisque par essence le salarié dispose de toute la durée du préavis avec lequel la modification unilatérale a été notifiée, pour décider s'il acceptera ou non cette modification. ELSA propose dès lors de préciser que le délai prévu à l'article L.124-11(2) ne prend effet qu'à partir de la date du refus de la modification par le salarié ou de sa démission.

5.4 Une question qui se pose est celle de savoir si la démission du salarié qui refuse une modification substantielle motivée par des raisons de nécessité de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui par une fiction de la loi est assimilée à un licenciement, doit être prise en considération pour calculer les seuils déclenchant la procédure de licenciement collectif et donc de l'obligation de négocier un plan social. ELSA estime que tel n'est pas le cas, puisque (i) l'initiative de la rupture du contrat n'émane pas de l'employeur, et (ii) au moment de notifier la modification substantielle l'employeur ignore si celle-ci sera refusée par le salarié. ELSA propose dès lors de préciser que cette démission n'est pas à prendre en considération pour le calcul des seuils déclenchant l'obligation de négocier un plan social. Elle pourra cependant être prise en considération en tant que résiliation assimilée à un licenciement au sens du paragraphe (2) de l'article L.166-1. Si par contre, au jour du refus de la modification, un plan social est en vigueur, ou une procédure a été engagée pour négocier un plan social, le salarié bénéficiera des stipulations de ce plan social.

5.5 L'article L.121-7 ne permet pas à l'employeur de dispenser son salarié durant le préavis avec lequel il notifie la modification substantielle.

De façon générale, le Code du travail ne permet *expressis verbis* une dispense de travail que lorsque le salarié est en préavis après avoir été licencié (ou en cas de mise à pied). Or, ELSA considère que permettre à l'employeur de dispenser son salarié durant le préavis avec lequel la modification a été notifiée, permettra d'éviter des tensions au sein de l'entreprise. En effet, de cette façon, le salarié aura le temps d'analyser s'il veut accepter cette modification qui est en sa défaveur, voire, pourra commencer une recherche d'emploi, tout en continuant à percevoir sa rémunération.

D'un autre côté, une telle dispense peut aussi être considérée comme une « *double peine* » par le salarié qui, d'une part, vient d'être informé d'une modification de son contrat de travail en sa défaveur, mais qui, en plus, est invité par son employeur de ne plus prêter son travail durant le préavis applicable. Cette situation peut être particulièrement délicate si, après le préavis que l'employeur a dû respecter lors de la notification de la modification unilatérale, le salarié décide d'accepter cette modification. Dans cette hypothèse, il devra reprendre son travail après avoir été dispensé de travail durant de nombreuses semaines, voire mois, ce qui peut compliquer le retour du salarié. ELSA ne proposera pas une modification de texte, mais invite les autorités politiques à débattre de l'opportunité d'une telle possibilité de dispense.

5.6 Dans l'hypothèse où une modification unilatérale a été imposée au salarié sans respecter les conditions et formes de l'article L.121-7, le salarié peut agir en nullité de la modification. Cette action n'est, d'une part, pas soumise à la condition de démission du salarié et, d'autre part, n'est pas soumise à un délai contraignant. La conséquence en est qu'un employeur risque de devoir faire face à une action en nullité de la modification des mois après que la modification est entrée en vigueur, ce qui n'est dans l'intérêt d'aucune des parties. ELSA propose dès lors de prévoir que le salarié qui veut agir en nullité de la modification devra agir en nullité dans le délai d'un mois commençant à courir à partir de la prise d'effet de la modification.

5.7 ELSA propose dès lors de modifier le libellé de l'article L.121-7 du Code du travail comme suit :

**Art. L.121-7.**

*« Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L.124-2 et L.124-3 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 L.124-5.*

*La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L.124-2 et L.124-10.*

*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 L.124-11, **et donne le cas échéant droit à l'indemnité de départ légale telle que prévue à l'article L.124-7.***

**Les délais prévus au paragraphe (2) de l'article L.124-11 courent à partir de la date de prise d'effet de la modification.**

**Dans l'hypothèse où la modification n'a pas été notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L.124-2 et L.124-3, le salarié dispose d'un délai d'un mois à partir de la prise d'effet de la modification pour agir en nullité.**

**La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification qui lui a été notifiée par l'employeur pour des raisons non inhérentes à la personne du salarié n'est pas à prendre en considération pour le calcul des seuils prévus au paragraphe (1) de l'article L.166-1, mais constitue une cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur au sens du paragraphe (2) de l'article L.166-1. Si, à la date de résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification précitée, un plan social est en vigueur ou en cours de négociation, le salarié bénéficiera des termes du plan social conclu le cas échéant.**

(... ) (Abrogé par la loi du 23 juillet 2015). »

## 6. Art. L.121-8

6.1 L'article L.121-8 du Code du travail est libellé comme suit :

### *Section 6.- Suspension du contrat de travail*

#### **Art. L.121-8.**

Sans préjudice des dispositions des articles L.125-1, paragraphe (1), et L.125-2, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail pendant la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte par le Contrôle médical de la sécurité sociale en application de l'article L.552-2 et le jour de la notification de la décision de la commission mixte. En cas de recours introduit par le salarié contre la décision de reclassement (*Loi du 23 juillet 2015*) « professionnel » interne conformément à l'article L.552-3, le contrat de travail est suspendu jusqu'au jour où le recours est définitivement vidé.

6.2 Cette disposition a été introduite à un moment où ni la saisine de la commission mixte par le médecin du travail, ni la nullité du licenciement, n'étaient encore prévues au Livre V du Code du travail. Au demeurant, le libellé actuel de l'article L.121-8 n'est plus tout à fait correct, puisqu'il ne vise que la situation d'une saisine de la commission mixte par le Contrôle médical de la sécurité sociale, alors que l'article L.551-2(2) est applicable quelque ce soit l'entité qui a saisi la commission mixte. De plus, l'article L.121-8 du Code du travail prévoit « *uniquement* » que le licenciement n'est pas autorisé à partir de la saisine de la commission mixte, et ce jusqu'à la notification de la décision de la commission mixte à l'employeur, alors que l'article L.551-2(2) prévoit quant à lui que le licenciement est nul et que cette protection s'applique durant une période de 12 mois à partir de la notification de la décision de la commission mixte à l'employeur.

6.3 Afin de mettre fin à cette incohérence, et puisque la situation est déjà réglée par l'article L.551-2(2) du Code du travail, ELSA propose de supprimer l'article L.121-8 du Code du travail. La Section 6 pourra être gardée en « réserve » pour un changement législatif ultérieur éventuel (et ceci pour éviter des renumérotations).



## 7. Art. L.121-9

7.1 L'article L.121-9 du Code du travail est libellé comme suit :

### *Section 7.- Responsabilité quant aux risques de l'entreprise*

#### **Art. L.121-9.**

L'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave.

7.2 Le principe selon lequel l'employeur doit supporter les risques engendrés par l'activité de l'entreprise, et dès lors les dégâts causés, à l'exception des dégâts causés par un salarié de façon volontaire ou suite à une négligence grave, est, dans la jurisprudence récente, également appliqué à certains avantages en nature. Ainsi, il existe toute une série de décisions (cf. notamment à titre d'exemples : Cour d'Appel, 26 octobre 2017, n° 43524 et 43699 du rôle ; Tribunal du Travail de Luxembourg, 8 janvier 2018, répertoire fiscal n° 69/2018), qui en relation avec des voitures de leasing qui avaient été mises à disposition du salarié en tant qu'avantage en nature (et non pas pour des déplacements professionnels), ont décidé que, si à la fin de la relation de travail, le véhicule était restitué avec des dommages, l'employeur ne pouvait faire supporter ces dommages (respectivement les coûts de réparation) par le salarié uniquement s'il prouvait que ces dommages étaient la conséquence d'un acte volontaire du salarié ou d'une négligence grave du salarié. ELSA estime que cette solution n'est pas conforme à l'esprit de cet article puisqu'un dommage causé à un véhicule qui a été mis à disposition du salarié à titre d'avantage en nature, ne relève pas des risques engendrés par l'activité de l'entreprise.

7.3 ELSA propose dès lors de reformuler l'article L.121-9 du Code du travail comme suit :

### **« Section 7. - Responsabilité quant aux risques de l'entreprise**

#### **Art. L.121-9.**

*L'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave. **Néanmoins dans l'hypothèse où un bien est mis à disposition du salarié en tant qu'avantage en nature, le salarié supporte, en toutes circonstances, les dégâts causés à ce bien dans le cadre d'une utilisation privée de ce dernier.*** »

## 8. Art. L.122-1(2)

8.1 L'article L.122-1(2) du Code du travail est libellé comme suit :

### **Art.L.122-1.**

(2) Sont notamment considérés comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1) :

1. le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu pour des motifs autres qu'un conflit collectif de travail ou le manque de travail résultant de causes économiques ou d'intempéries, ainsi que le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin ;
2. l'emploi à caractère saisonnier défini par règlement grand-ducal ;
3. les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de ces emplois, la liste de ces secteurs et emplois étant établie par règlement grand-ducal ;
4. l'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie et ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise ;
5. l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise ;
6. l'exécution de travaux urgents rendue nécessaire pour prévenir des accidents, pour réparer des insuffisances de matériel, pour organiser des mesures de sauvetage des installations ou des bâtiments de l'entreprise de manière à éviter tout préjudice à l'entreprise et à son personnel ;
7. l'emploi d'un chômeur inscrit à « l'Agence pour le développement de l'emploi » 1, soit dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion dans la vie active, soit appartenant à une catégorie de chômeurs déclarés éligibles pour l'embauche moyennant contrat à durée déterminée, définie par un règlement grand-ducal à prendre sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés. Les critères déterminant les catégories de chômeurs éligibles tiennent notamment compte de l'âge, de la formation et de la durée d'inscription du chômeur ainsi que du contexte social dans lequel il évolue ;
8. l'emploi destiné à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi ;
9. l'emploi pour lequel l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié.

Les emplois visés sous 8 et 9 doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre ayant le Travail dans ses attributions.

Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés peut compléter l'énumération du paragraphe qui précède ; il en est de même des conventions collectives de travail.

(Loi du 22 décembre 2006) « Le remplacement d'un salarié absent en raison d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé pour raisons familiales ne doit pas nécessairement se faire sur le poste même occupé par le salarié absent, mais peut s'opérer sur un autre poste libéré dans l'entreprise ou l'établissement concernés du fait de réorganisations ou mutations internes ayant eu lieu suite à l'absence en question. »

- 8.2 Le dernier alinéa de l'article L.122-1(2) (lequel permet que le remplacement du salarié absent puisse s'opérer sur un autre poste que celui du salarié absent) est limité aux absences pour cause de congé de maternité, de congé parental et de congé pour raisons familiales.

Pour des raisons de flexibilité, ELSA propose de généraliser la possibilité prévue à cet alinéa à toutes absences, de quelque nature qu'elles soient.

ELSA propose également d'insérer cet alinéa sous le point 1 de l'article L.122-1(2) puisque cette possibilité de remplacement « indirect » n'existe que dans l'hypothèse d'un contrat de travail à durée déterminée conclu dans les hypothèses visées au point 1.

- 8.3 ELSA est également d'avis qu'il conviendrait d'ajouter aux cas d'ouverture du contrat de travail à durée déterminée, la possibilité de recourir à ce type de contrat pour les salariés ayant atteint l'âge légal de la retraite. Se pose en effet régulièrement la question de la continuation du travail après l'âge légal de la retraite, le contrat de travail cessant de plein droit au titre de l'article L.125-3 à l'âge de 65 ans.

- 8.4 ELSA propose de modifier l'article L.122-1(2) du Code du travail comme suit :

« (2) Sont notamment considérés comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1) :

1. le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu pour des motifs autres qu'un conflit collectif de travail ou le manque de travail résultant de causes économiques ou d'intempéries, ainsi que le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin ; **Le remplacement d'un salarié absent ne doit pas nécessairement se faire sur le poste même occupé par le salarié absent, mais peut s'opérer sur un autre poste libéré dans**

**l'entreprise ou l'établissement concerné du fait de réorganisations ou mutations internes ayant eu lieu suite à l'absence en question ;**

2. l'emploi à caractère saisonnier défini par règlement grand-ducal ;
3. les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de ces emplois, la liste de ces secteurs et emplois étant établie par règlement grand-ducal ;
4. l'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie et ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise ;
5. l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise ;
6. l'exécution de travaux urgents rendue nécessaire pour prévenir des accidents, pour réparer des insuffisances de matériel, pour organiser des mesures de sauvetage des installations ou des bâtiments de l'entreprise de manière à éviter tout préjudice à l'entreprise et à son personnel ;
7. l'emploi d'un chômeur inscrit à « l'Agence pour le développement de l'emploi » 2, soit dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion dans la vie active, soit appartenant à une catégorie de chômeurs déclarés éligibles pour l'embauche moyennant contrat à durée déterminée, définie par un règlement grand-ducal à prendre sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés. Les critères déterminant les catégories de chômeurs éligibles tiennent notamment compte de l'âge, de la formation et de la durée d'inscription du chômeur ainsi que du contexte social dans lequel il évolue ;
8. l'emploi destiné à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi ;
9. l'emploi pour lequel l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié.

Les emplois visés sous 8 et 9 doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre ayant le Travail dans ses attributions

**10. l'emploi d'une personne ayant atteint l'âge de 65 ans à condition qu'elle ait droit à une pension de vieillesse.**

Un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des députés peut compléter l'énumération du paragraphe qui précède ; il en est de même des conventions collectives de travail.

**Le remplacement d'un salarié absent en raison d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé pour raisons familiales ne doit pas nécessairement se faire sur le poste même occupé par le salarié absent, mais peut s'opérer sur un autre poste libéré dans l'entreprise ou l'établissement concernés du fait de réorganisations ou mutations internes ayant eu lieu suite à l'absence en question »**

## 9. Art. L.122-1(3)

### 9.1 L'article L.122-1(3) du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.122-1.

(3) Par dérogation aux paragraphes (1) et (2) qui précèdent, peuvent être des contrats de travail à durée déterminée :

1. les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg ;
2. *(abrogé par la loi du 7 décembre 2016)*

*(Loi du 19 août 2008)* « 3. les contrats de travail conclus entre l'Université du Luxembourg, les centres de recherche publics créés sur base de la loi modifiée du 9 mars 1987 ayant pour objet :

- 1) l'organisation de la recherche et du développement technologique dans le secteur public ;
- 2) le transfert de technologie et la coopération scientifique et technique entre les entreprises et le secteur public, respectivement le Centre d'Etudes de Populations, de Pauvreté et de Politiques Socio-Economiques, d'une part, et des chercheurs, d'autre part ;

Aux fins du présent chapitre on entend par chercheur un spécialiste travaillant à la conception ou à la création de connaissances, de produits, de procédés, de méthodes et de systèmes nouveaux et à la gestion des projets concernés ;

4. les contrats de formation-recherche conclus par un chercheur en formation et un établissement d'accueil tels que définis à l'article 3 de la loi modifiée du 31 mai 1999 portant création d'un fonds national de la recherche dans le secteur public ;
5. les contrats de travail conclus entre un employeur et un étudiant inscrit :
  - a. soit dans une formation au brevet de technicien supérieur dispensée dans le cadre de la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue ;
  - b. soit dans une des formations visées à l'article 6, points (2), (3) et (6) de la loi du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg ;
  - c. soit dans une formation menant au grade de bachelor ou de master dispensée par un établissement d'enseignement supérieur autorisé en vertu de la loi du 14 août 1976 déterminant les conditions de création d'établissements privés d'enseignement supérieur ;

ainsi que les contrats conclus entre un employeur et un élève de l'enseignement secondaire et secondaire technique d'un établissement scolaire luxembourgeois sans préjudice de l'article L.342-1.

*(Loi du 8 avril 2018)* « Pour les contrats visés ci-dessus, la durée hebdomadaire ne peut pas dépasser quinze heures en moyenne, sur une période d'un mois ou de quatre semaines.

La limitation de la durée maximale de quinze heures par semaine prévue à l'alinéa qui précède ne s'applique pas aux activités salariées exercées durant les vacances scolaires. »

### 9.2 ELSA s'interroge sur la légalité des cas d'ouverture du contrat de travail à durée déterminée repris sous l'article L.122-1(3). Cette disposition instaure en effet une discrimination entre employeurs et ce sans raison objective apparente.

Cette interrogation quant à la légitimité des cas d'ouverture se pose notamment eu égard à l'arrêt rendu en date du 26 février 2015 par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) dans l'Affaire C-238/14 opposant la Commission européenne au Luxembourg sur l'utilisation successive de contrats de travail à durée déterminée (cet arrêt portant cependant uniquement sur la durée et le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée) en relation avec les intermittents du spectacle.

La CJUE a conclu dans son arrêt que le droit luxembourgeois ne contenait aucune raison objective justifiant une telle utilisation successive de contrats de travail à durée déterminée.

Par conséquent, la Cour a jugé que le Luxembourg avait manqué à son obligation de prévenir une utilisation abusive des contrats de travail à durée déterminée pour les intermittents du spectacle.

Dans son arrêt, la CJUE rappelle notamment qu'afin de prévenir l'utilisation abusive de contrats de travail à durée déterminée successifs, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée<sup>1</sup> impose aux États membres, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, d'indiquer les raisons objectives justifiant le renouvellement des contrats ou bien de déterminer la durée maximale totale des contrats ou le nombre de renouvellements de ceux-ci.

Dans ce contexte, le droit luxembourgeois prévoit que la durée des contrats de travail à durée déterminée ne peut, pour un même salarié, excéder 24 mois, renouvellements compris. Or, rappelle la Cour, une autre disposition du droit luxembourgeois prévoit cependant que les contrats de travail à durée déterminée conclus par les intermittents du spectacle peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale dépassant 24 mois, sans pour autant être considérés comme des contrats à durée indéterminée.

Pour justifier cette différence de traitement, le Luxembourg avance comme justification le fait que les intermittents du spectacle participeraient à des projets

<sup>1</sup> Accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 qui figure à l'annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

individuels et limités dans le temps, si bien que les besoins provisoires des employeurs en matière de recrutement constituent une « *raison objective* » justifiant un tel renouvellement.

De son côté, la Commission européenne considère en revanche que le droit luxembourgeois ne prévoit aucune raison objective permettant de prévenir une utilisation abusive de contrats de travail à durée déterminée successifs conclus avec les intermittents du spectacle. En maintenant des dérogations aux mesures visant à prévenir une utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs accordées aux intermittents du spectacle, la Commission estime que le Luxembourg a violé l'article 5 de l'accord-cadre en cause.

Dans son arrêt du 26 février 2015, la CJUE a suivi l'argumentation de la Commission européenne et a considéré que le renouvellement de contrats de travail à durée déterminée successifs conclus avec les intermittents du spectacle n'était pas justifié, dans le droit luxembourgeois, par une « *raison objective* ». La Cour constate en effet que le Luxembourg n'a pas expliqué en quoi la réglementation nationale exigerait que les intermittents du spectacle exercent des activités de nature temporaire. Ainsi, les employeurs peuvent conclure des contrats de travail à durée déterminée successifs avec des intermittents du spectacle pour satisfaire non seulement des besoins temporaires, mais également des besoins permanents et durables en matière de personnel, estime la CJUE.

La Cour conclut que, même à supposer que le droit luxembourgeois poursuive l'objectif invoqué par le Luxembourg (à savoir procurer une certaine flexibilité ainsi que des avantages sociaux aux intermittents du spectacle en offrant aux employeurs la possibilité de recruter ces travailleurs de façon récurrente sur la base de contrats de travail à durée déterminée), un tel objectif ne permet pas de démontrer l'existence de circonstances précises et concrètes caractérisant l'activité des intermittents du spectacle et, partant, justifiant dans ce contexte particulier, l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs.

Le raisonnement de la CJUE dans cette affaire pourrait, de l'avis d'ELSA, être étendu aux dispositions relatives aux enseignants-chercheurs de l'Université et au personnel des Centres de Recherches.

ELSA est, dès lors, d'avis qu'une réflexion est à mener par le Gouvernement luxembourgeois afin d'adresser cette problématique.

9.3 L'article L.122-1(3) 3. devrait en tout état de cause être amendé afin de refléter les changements législatifs opérés et le changement de dénomination du « Centre d'Etudes de Populations, de Pauvreté et de Politiques Socio Economiques ».

9.4 ELSA propose de modifier l'article L.122-1(3) 3 du Code du travail comme suit :

« 3. les contrats de travail conclus entre l'Université du Luxembourg et les centres de recherche publics créés **par la loi du 3 décembre 2014 sur base de la loi modifiée du 9 mars 1987** ayant pour objet : ***l'organisation des centres de recherches publics.***

**1) l'organisation de la recherche et du développement technologique dans le secteur public ;**

**2) le transfert de technologie et la coopération scientifique et technique entre les entreprises et le secteur public, respectivement le Centre d'Etudes de Populations, de Pauvreté et de Politiques Socio-Economiques, d'une part, et des chercheurs, d'autre part ;**

Aux fins du présent chapitre on entend par chercheur un spécialiste travaillant à la conception ou à la création de connaissances, de produits, de procédés, de méthodes et de systèmes nouveaux et à la gestion des projets concernés ; »

## 10. Art. L.122-2(1)

10.1 L'article L.122-2(1) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-2.

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article L.121-4, le contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit comporter, outre la définition de son objet, les indications ci-après :

1. lorsqu'il est conclu pour une durée précise, la date d'échéance du terme ;
2. lorsqu'il ne comporte pas de date d'échéance du terme, la durée minimale pour laquelle il est conclu ;
3. lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent (*Loi du 22 décembre 2006*) « au cas où il s'agit d'un remplacement indirect d'un salarié absent pour cause de congé parental, le contrat indiquera le nom de ce salarié, même si le remplacement s'effectue sur un autre poste ; »
4. la durée de la période d'essai éventuellement prévue ;
5. le cas échéant, la clause de renouvellement visée à l'article L.122-5, paragraphe (1).

10.2 Au vu des développements jurisprudentiels relatifs à la précision que doit revêtir l'objet du contrat de travail à durée déterminée, ELSA propose d'inclure, en tant qu'exigence formelle spécifique, le caractère précis et détaillé de l'objet du contrat. Cet ajout devrait permettre aux parties concernées d'être attentives, lors de la conclusion du contrat, à bien étayer l'objet de celui-ci, avec tous les détails requis et ainsi éviter une requalification de la relation de travail.

10.3 Pour plus de lisibilité et de cohérence (le recours à l'expression « *date d'échéance du terme* » étant jugé inopportun, le cumul de deux notions différentes « *date* » et « *terme* » pouvant créer de la confusion), ELSA propose également de ne plus utiliser la notion de terme pour la remplacer par celle de date.

10.4 Par souci de cohérence avec les modifications apportées à l'article L.122-1(2) point 1, ELSA propose dès lors de modifier l'article L.122-2(1) du Code du travail comme suit :

« (1) Sans préjudice des dispositions de l'article L.121-4, le contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit comporter, **outre la définition de son objet**, les **indications mentions** ci-après :

1. **L'objet du contrat, à savoir la raison pour laquelle il est recouru au contrat de travail à durée déterminée conformément à l'un des cas d'ouverture prévus à l'article L.122-1. L'objet doit être précis et détaillé.**
2. **la date d'échéance**, lorsqu'il est conclu pour une durée précise ~~la date d'échéance du terme~~ ;
3. **la durée minimale pour laquelle il est conclu**, lorsqu'il ne comporte pas de date ~~d'échéance du terme~~, ~~la durée minimale pour laquelle il est conclu~~ ;
4. lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent. (*Loi du 22 décembre 2006*) « **au cas où il s'agit d'un remplacement indirect d'un salarié absent pour cause de congé parental, le contrat indiquera le nom de ce salarié**, même si le remplacement s'effectue sur un autre poste **conformément à l'article L.122-1(2) point 1.** ; »
5. la durée de la période d'essai éventuellement prévue ;
6. le cas échéant, la clause de renouvellement visée à l'article L.122-5, paragraphe (1). »

## 11. Art. L.122-3

### 11.1 L'article L.122-3 du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.122-3.

« (1) »<sup>1</sup> Le contrat conclu pour une durée déterminée doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion.

Il peut toutefois ne pas comporter un terme fixé avec précision, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants :

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail, ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur ;
2. pour des emplois à caractère saisonnier ;
3. pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi.

Lorsque dans ces cas le contrat ne comporte pas de terme précis, il doit être conclu pour une durée minimale et il a pour terme la fin de l'empêchement du salarié absent ou la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu.

(Loi du 22 décembre 2006) « (2) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé parental et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.

(3) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental consécutif à un congé de maternité peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé de maternité et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé. »

### 11.2 Pour les raisons déjà exposées ci-avant, ELSA propose de remplacer la référence à la notion de terme par celle de « date ».

### 11.3 Par souci de cohérence et afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, ELSA propose également de ne pas reprendre au point 3 de l'article L.122-3(1) les mentions suivantes :

« 3. pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi. »

et de faire un renvoi au cas d'ouverture prévu à l'article L.122-1(2) 3.

### 11.4 ELSA considère également que les périodes de transition, telles qu'elles sont actuellement prévues pour le congé parental à l'article L.122-3(2) et (3), devraient

être généralisées à toutes les périodes d'absences. Quelle que soit la raison et la durée de l'absence, une période d'adaptation peut en effet s'avérer nécessaire. Restreindre cette possibilité au congé parental uniquement n'est, de l'avis d'ELSA, pas justifié par des raisons objectives. Afin d'encadrer cette possibilité d'avoir recours à des périodes de transition, lesquelles peuvent être justifiées tant pour la période précédant immédiatement le début du contrat de travail que pour celle suivant immédiatement la fin de celui-ci, ELSA propose de limiter ces périodes de transition à une fraction de la durée du contrat de travail à durée déterminée.

### 11.5 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.122-3(1), (2), et (3) du Code du travail comme suit :

« (1)<sup>1</sup> Le contrat conclu pour une durée déterminée doit **en principe** comporter une **date d'échéance terme** fixée avec précision dès sa conclusion.

Il peut toutefois ne pas comporter une **date d'échéance précise terme fixé avec précision**, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants :

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail, ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur ;
2. pour des emplois à caractère saisonnier ;
3. pour les emplois **pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi visés à l'article L.122-1(2) 3.**

Lorsque dans ces cas le contrat ne comporte pas de **date d'échéance terme précis**, il doit être conclu pour une durée minimale. **Le contrat prend alors fin avec le retour du et il a pour terme la fin de l'empêchement du** salarié absent ou **avec** la réalisation de l'objet pour lequel il a été **est** conclu.

(Loi du 22 décembre 2006)

(2) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent **peut être conclu pour la durée d'absence majorée de périodes de transition se situant immédiatement avant et/ou après la période d'absence. La ou les périodes de transition ne peuvent excéder au total 1/3 de la durée telle que prévue au contrat, hors renouvellement, ou, lorsque le contrat ne comporte pas de date d'échéance précise, de la durée minimale pour laquelle il a été conclu. pour congé parental peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé parental et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.**

**(3) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental consécutif à un congé de maternité peut débuter au plus tôt trois mois avant la date du début du congé de maternité et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé. »**

(1). Numérotation des paragraphes introduite par la Loi du 22 décembre 2006

## 12. Art. L.122-4

12.1 L'article L.122-4 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-4.

- (1) A l'exception du contrat à caractère saisonnier, la durée du contrat conclu pour une durée déterminée sur la base de l'article L.122-1 ne peut, pour un même salarié, excéder vingt-quatre mois, renouvellements compris.
- (2) Le contrat à caractère saisonnier ne peut être conclu pour une durée supérieure à dix mois pour une même période de douze mois successifs, renouvellements compris.
- (3) Le ministre ayant le Travail dans ses attributions peut exceptionnellement autoriser le relèvement de la période maximale visée au paragraphe (1) dans l'intérêt de salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation ainsi que pour les emplois visés à l'article L.122-1, paragraphe (2) sous 7, 8 et 9.

(Loi du 17 février 2009) « (4) Par dérogation au paragraphe (1) qui précède, peuvent avoir une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris, les contrats conclus conformément à l'article L.122-1, paragraphe (3) sous 1, 3 et 4. »

(Loi du 19 août 2008) « Ces contrats peuvent être conclus successivement entre un même employeur et un même chercheur pour une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris. »

12.2 Par souci de lisibilité, ELSA propose de modifier l'article L.122-4 du Code du travail comme suit :

« (1) ~~A l'exception du contrat à caractère saisonnier, la durée du contrat conclu pour une durée déterminée sur la base de l'article L.122-1 ne peut, pour un même salarié, excéder vingt-quatre mois, renouvellements compris.~~

(2) **Par dérogation au paragraphe (1) qui précède :**

1. Le contrat **de travail** à caractère saisonnier ne peut être conclu pour une durée supérieure à dix mois pour une même période de douze mois successifs, renouvellements compris.
2. **Les contrats conclus entre un même employeur et un même chercheur conformément à l'article L.122-1, paragraphe (3) sous 1, 3 et 4 Par dérogation au paragraphe (1) qui précède, peuvent avoir une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris. , les contrats conclus conformément à l'article L.122-1, paragraphe (3) sous 1, 3 et 4.**

~~Ces contrats peuvent être conclus successivement entre un même employeur et un même chercheur pour une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris.~~

- (3) Le ministre ayant le Travail dans ses attributions peut exceptionnellement autoriser le relèvement de la période maximale visée au paragraphe (1) dans l'intérêt de salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation ainsi que pour les emplois visés à l'article L.122-1, paragraphe (2) sous 7, 8 et 9. »

## 13. Art. L.122-5

### 13.1 L'article L.122-5 du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.122-5.

- (1) Le contrat conclu pour une durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée.

Le principe du renouvellement et/ou les conditions du renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur à ce contrat.

A défaut d'écrit conforme à cette disposition, le contrat de travail renouvelé est présumé conclu pour une durée indéterminée, la preuve contraire n'étant pas admissible.

- (2) Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-4, paragraphe (2), le contrat de travail à caractère saisonnier peut comporter une clause de reconduction pour la saison suivante.

Le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison constitue un contrat à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Il n'en est pas ainsi toutefois en cas de clause de reconduction, auquel cas la répétition des relations contractuelles pendant plus de deux saisons entre un employeur et un même salarié transforme l'ensemble de ces relations en une relation à durée globale indéterminée.

- (3) Par dérogation aux dispositions du présent article, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale dépassant vingt-quatre mois, sans être considérés comme contrats de travail à durée indéterminée, les contrats de travail à durée déterminée conclus :

1. avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg ;
2. *(abrogé par la loi du 7 décembre 2016)*

*(Loi du 19 août 2008)* « 3. sur base du point 5. du paragraphe (3) de l'article L.122-1 sans pouvoir dépasser cinq ans ; »

*(Loi du 22 décembre 2006)* « 4. entre l'Etat ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé d'éducation des lycées, l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, le chargé de cours du Service de la Formation des adultes, le chargé de cours du Service de la formation professionnelle et le chargé de cours du Centre de Langues Luxembourg, le chargé de cours des instituts et services de l'Education différenciée et le chargé de cours du Centre de logopédie d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois ; »

5. entre les communes, les syndicats de communes ou les organismes privés, mentionnés à l'article 5 de la loi du 28 avril 1998 portant a) harmonisation de l'enseignement musical dans le secteur communal ; b) modification de l'article 5 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ; c) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, d'une part, et un chargé de cours de l'enseignement musical, d'autre part ;

6. entre l'Archevêché, d'une part, et un chargé de cours de religion, d'autre part, en vue d'assurer les remplacements temporaires prévus aux articles 7 et 8.B de la Convention approuvée à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 juillet 1998 portant approbation de la Convention du 31 octobre 1997 entre le Gouvernement, d'une part, et l'Archevêché, d'autre part, concernant l'organisation de l'enseignement religieux dans l'enseignement primaire ;

7. entre une fédération ou un club sportif, d'une part, et un entraîneur ou un sportif, d'autre part.

*(Loi du 7 décembre 2016)* (4) « Par dérogation aux dispositions du présent article, peuvent être renouvelés plus de deux fois, les contrats de travail à durée déterminée conclus par les intermittents du spectacle, tels que définis à l'article 3 de la loi du 19 décembre 2014 relative

1. aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle
2. à la promotion de la création artistique. »

- 13.2 ELSA renvoie à ses commentaires généraux quant à la question de la légalité de la différence de traitement opérée entre les acteurs économiques (entreprises privées et Université, centres de recherches, etc.). A nouveau, ELSA invite le Gouvernement luxembourgeois à réfléchir sur la différence de traitement opérée entre les opérateurs au regard de la durée et du renouvellement des contrats de travail à durée déterminée.

- 13.3 ELSA s'interroge également sur les règles prévues à l'article L.122-5(2). En effet, pourquoi opérer une distinction et prévoir des conséquences différentes selon que le contrat saisonnier prévoit ou non une clause de reconduction ? Le simple fait de ne pas inscrire de possibilité de reconduction permet d'échapper à la qualification de contrat à durée indéterminée alors que le mentionner apporte simplement plus de clarté et de transparence dans la relation employeur-salarié. Pour cette raison, ELSA propose de supprimer, purement et simplement, cette distinction.

- 13.4 ELSA propose donc de modifier l'article L.122-5 du Code du travail comme suit :  
« (1) Le contrat conclu pour une durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée.



Le principe du renouvellement et/ou les conditions du renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur à ce contrat.

A défaut d'écrit conforme à cette disposition, le contrat de travail renouvelé est présumé conclu pour une durée indéterminée, la preuve contraire n'étant pas admissible.

**(2) Par dérogation au paragraphe (1), le contrat de travail à caractère saisonnier constitue un contrat à durée déterminée, même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-4, paragraphe (2), le contrat de travail à caractère saisonnier peut comporter une clause de reconduction pour la saison suivante.**

**~~Le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison constitue un contrat à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Il n'en est pas ainsi toutefois en cas de clause de reconduction, auquel cas la répétition des relations contractuelles pendant plus de deux saisons entre un employeur et un même salarié transforme l'ensemble de ces relations en une relation à durée globale indéterminée.~~**

(3) Par dérogation au **paragraphe (1) dispositions du présent article**, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale dépassant vingt-quatre mois, sans être considérés comme contrats de travail à durée indéterminée, les contrats de travail à durée déterminée conclus :

1. avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg ;
2. sur base du point 5. du paragraphe (3) de l'article L.122-1 sans pouvoir dépasser cinq ans ;
3. entre l'Etat ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé d'éducation des lycées, l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, le chargé de cours du Service de la Formation des adultes, le chargé de cours du Service de la formation professionnelle et le chargé de cours du Centre de Langues Luxembourg, le chargé de cours des instituts et services de l'Education différenciée et le chargé de cours du Centre de logopédie d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois ;
4. entre les communes, les syndicats de communes ou les organismes privés, mentionnés à l'article 5 de la loi du 28 avril 1998 portant
  - a) harmonisation de l'enseignement musical dans le secteur communal ;
  - b) modification de l'article 5 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ;
  - c) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat, d'une part, et un chargé de cours de l'enseignement musical, d'autre part ;

5. entre l'Archevêché, d'une part, et un chargé de cours de religion, d'autre part, en vue d'assurer les remplacements temporaires prévus aux articles 7 et 8 .B de la Convention approuvée à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 juillet 1998 portant approbation de la Convention du 31 octobre 1997 entre le Gouvernement, d'une part, et l'Archevêché, d'autre part, concernant l'organisation de l'enseignement religieux dans l'enseignement primaire ;

6. entre une fédération ou un club sportif, d'une part, et un entraîneur ou un sportif, d'autre part.

(4) Par dérogation au **paragraphe 1x dispositions du présent article**, peuvent être renouvelés plus de deux fois, **sans pouvoir excéder une durée totale de 24 mois**, les contrats de travail à durée déterminée conclus par les intermittents du spectacle, tels que définis à l'article 3 de la loi du 19 décembre 2014 relative

1. aux mesures sociales au bénéfice des artistes professionnels indépendants et des intermittents du spectacle
2. à la promotion de la création artistique. »

## 14. Art. L.122-6

14.1 L'article L.122-6 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-6.

Si la relation de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée.

14.2 Par souci de lisibilité et de cohérence avec les modifications suggérées aux articles précédents, ELSA propose de modifier l'article L.122-6 du Code du travail comme suit :

« **Le contrat à durée déterminée devient un contrat à durée indéterminée si** la relation de travail se poursuit :

1. **après la date d'échéance lorsque le contrat comporte une date d'échéance précise après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée.**
2. **après le retour du salarié absent, le cas échéant après la date prévue à l'article L.122-3(2) ou après la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, lorsque le contrat a été conclu sans date d'échéance précise. »**

## 15. Art. L.122-9

15.1 L'article L.122-9 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-9

Tout contrat conclu en violation des dispositions des articles L.122-1, L.122-3, L.122-4, L.122-5 et L.122-7 est réputé à durée indéterminée.

15.2 ELSA propose d'ajouter à la liste des dispositions visées à l'article L.122-9, les règles de forme imposées pour le recours au contrat à durée déterminée (article L.122-2).

L'article L.122-9 du Code du travail devrait dès lors être rédigé comme suit :

« *Tout contrat conclu en violation des dispositions des articles L.122-1, **L.122-2(1)**, L.122-3, L.122-4, L.122-5 et L.122-7 est réputé à durée indéterminée. »*

## 16. Art. L.122-11

16.1 L'article L.122-11 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-11.

(1) Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai conforme aux dispositions de l'article L.121-5.

Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

(2) La période d'essai est prise en compte pour le calcul de la durée maximale du contrat visée à l'article L.122-4.

(3) Il peut être mis fin au contrat comportant une clause d'essai dans les formes et sous les conditions prévues à l'article L.121-5.

(4) Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour la durée convenue au contrat à partir du jour de l'entrée en service.

~~durée minimale du contrat, terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.~~

(23) ~~La période d'essai est prise en compte pour le calcul de la durée maximale du contrat visée à l'article L.122-4.~~

(34) ~~Il peut être mis fin au contrat comportant une clause d'essai dans les formes et sous les conditions prévues à l'article L.121-5.~~

(45) ~~Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour la durée convenue au contrat à partir du jour de l'entrée en service. »~~

16.2 Afin d'éviter des abus dans l'utilisation de la période d'essai et notamment un contournement des règles concernant le principe de non-résiliation du contrat à durée déterminée sauf faute grave (hypothèses où la période d'essai a la même durée que le contrat de travail à durée déterminée), ELSA estime qu'il conviendrait de mieux encadrer la durée de la période d'essai.

Une solution pourrait consister à prévoir que la période d'essai ne peut pas dépasser un certain pourcentage de la durée du contrat lorsque le contrat comporte une date d'échéance précise. Lorsque le contrat ne comporte pas d'échéance précise, ELSA propose de prévoir que la durée de la période d'essai ne peut pas excéder une certaine durée et d'ajouter qu'en tout état de cause la période d'essai ne peut pas dépasser la durée minimale du contrat.

16.3 ELSA propose donc de modifier l'article L.122-11 du Code du travail comme suit :

« (1) Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai conforme aux dispositions de l'article L.121-5.

(2) **La période d'essai est fixée de la manière suivante :**

1. **[X] % de la durée du contrat, lorsque le contrat comporte une date d'échéance précise**

2. **[X] [semaines][mois], Lorsque le contrat ne comporte pas de date d'échéance précise. La période d'essai ne peut pas dépasser la**

## 17. Art. L.122-13

17.1 L'article L.122-13 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.122-13.

Hormis le cas visé à l'article L.124-10, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être résilié avant l'échéance du terme.

L'inobservation par l'employeur des dispositions de l'alinéa qui précède ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant égal aux salaires qu'il aurait perçus jusqu'au terme du contrat sans que ce montant puisse excéder le salaire correspondant à la durée du délai de préavis qui aurait dû être observé si le contrat avait été conclu sans terme.

Sont applicables en cas de rupture du contrat à durée déterminée par l'employeur les dispositions de l'article L.124-12, paragraphes (2) et (3) et celles de l'article L.124-2 dans les cas où la loi rend obligatoire l'entretien préalable.

L'inobservation par le salarié des dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice réellement subi, sans que ce montant puisse excéder le salaire correspondant à la durée du délai de préavis qui aurait dû être observé par le salarié si le contrat avait été conclu sans terme.

17.2 ELSA est d'avis que les règles régissant la cessation du contrat à durée déterminée devraient être revues. Les règles actuelles incitent en effet les employeurs à licencier avec effet immédiat les salariés sous contrat à durée déterminée, puisque le risque pris lors d'une telle résiliation jugée abusive est limité à des dommages et intérêts correspondant au maximum à 2 mois de salaires.

Le salarié est également doublement défavorisé en ce qu'il ne pourra pas bénéficier automatiquement des indemnités de chômage.

ELSA propose dès lors de sanctionner plus lourdement les résiliations anticipées abusives de contrats à durée déterminée.

17.3 ELSA propose donc de modifier l'article L.122-13 du Code du travail comme suit :

« Hormis le cas visé à l'article L.124-10, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être résilié avant **la date d'échéance du terme**.

L'inobservation par l'employeur **ou par le salarié** des dispositions de l'alinéa qui précède ouvre droit pour **l'autre partie le salarié** à des dommages et intérêts **d'un montant égal aux salaires qu'il aurait perçus jusqu'au terme du contrat sans que ce montant puisse excéder le salaire correspondant à la durée du délai de préavis qui aurait dû être observé si le contrat avait été conclu sans terme.**

correspondant au préjudice réellement subi, sans que ce montant **ne** puisse excéder, pour le salarié, un montant égal aux salaires que le salarié aurait perçus **jusqu'à la date d'échéance du contrat**.

Sont applicables en cas de rupture du contrat à durée déterminée par l'employeur les dispositions de l'article L.124-12, paragraphes (2) et (3) et celles de l'article L.124-2 dans les cas où la loi rend obligatoire l'entretien préalable. »

## 18. Art. L.123-1

18.1 L'article L.123-1 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.123-1.

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

*(Loi du 23 décembre 2016)*

(2) « Les salariés peuvent toutefois être occupés au-delà des limites journalières et hebdomadaires fixées dans leur contrat de travail, à condition que la durée hebdomadaire moyenne de travail, calculée sur une période de référence légale prévue à l'article L.211-6, ne dépasse pas la durée de travail hebdomadaire normale fixée au contrat de travail. Est applicable l'article L.211-9. »

(3) Sauf disposition contraire du contrat de travail, la durée de travail journalière et hebdomadaire effective du salarié à temps partiel résultant de l'application des dispositions du paragraphe (2) ne peut excéder de plus de vingt pour cent la durée de travail journalière et hebdomadaire normale fixée au contrat de travail.

L'application des dispositions qui précèdent ne peut avoir pour effet de porter la durée de travail effective du salarié à temps partiel au-delà de la durée de travail normale fixée par la loi ou une disposition conventionnelle pour un salarié à temps plein du même établissement ou de la même entreprise.

(4) Le plan d'organisation du travail établit avec précision les règles applicables aux salariés à temps partiel, notamment au regard des dispositions du paragraphe (3).

Est applicable l'article L.211-7.

18.2 Eu égard à l'évolution des pratiques et aux besoins croissants de flexibilité dans l'organisation du travail, tant dans le chef des salariés que dans celui des employeurs, ELSA est d'avis qu'il conviendrait de permettre plus de flexibilité dans l'encadrement du temps partiel pour les employeurs qui n'ont pas mis en place un plan d'organisation du travail ou un règlement sur le fonctionnement d'un horaire de travail mobile au sens des dispositions des articles 211-6 et suivants. Pour ces employeurs, ELSA est d'avis qu'une solution pourrait être d'encadrer le temps partiel en faisant référence à une durée hebdomadaire ou mensuelle moyenne. ELSA donne cependant lieu à considérer que dans l'hypothèse où la durée mensuelle moyenne de travail serait retenue, il conviendrait de définir la notion de « *durée de travail mensuelle légale* ». ELSA renvoie sur ce point à ses commentaires formulés sous l'article L.121-4.

18.3 ELSA est également d'avis que l'organisation du travail à temps partiel devrait être flexibilisée (par exemple, offrir la possibilité de travailler à plein temps durant une ou deux semaines, et ensuite sous un autre régime durant les semaines suivantes).

18.4 Pour plus de clarté, de sécurité juridique et de cohérence avec les articles L.211-6 et suivants ainsi qu'avec les modifications introduites par la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social dans les entreprises, ELSA propose également de remplacer dans cet article le terme « *établissement* » par le terme « *entreprise* ».

18.5 ELSA propose enfin d'exclure expressément les cadres supérieurs des sections 1, 3 et 4 du présent chapitre alors que les dispositions sur la durée du temps de travail ne s'appliquent pas aux cadres supérieurs.

18.6 ELSA propose dès lors de modifier le titre de la section 1 du chapitre 3 et de modifier l'article L.123-1(1) du Code du travail comme suit :

### « Section 1 : Définition **et champ d'application** »

(1) Est considéré comme salarié à temps partiel :

1. **Dans les entreprises (ou parties d'entreprise) qui font application des articles L.211-6 à 211-9**, le salarié qui convient avec un employeur, dans le cadre d'une activité régulière, un horaire de travail dont la durée hebdomadaire **moyenne** est inférieure à la durée normale de travail applicable dans l'**entreprise ou partie d'entreprise établissement** en vertu de la loi ou de la convention collective de travail sur cette même période.

2. **Dans les entreprises (ou parties d'entreprise) qui ne font pas application des articles L.211-6 à 211-9**, le salarié qui convient avec un employeur, dans le cadre d'une activité régulière, un horaire de travail dont la durée [hebdomadaire][mensuelle] **moyenne est inférieure à la durée [hebdomadaire][mensuelle] normale de travail applicable dans l'entreprise sur cette même période.**

(2) **Dans les entreprises (ou parties d'entreprises) qui font application des articles L.211-6 à 211-9**, les salariés peuvent toutefois être occupés au-delà des limites journalières et hebdomadaires fixées dans leur contrat de travail, à condition que la durée hebdomadaire moyenne de travail, calculée sur une période de référence légale prévue à l'article L.211-6, ne dépasse pas la durée de travail hebdomadaire normale fixée au contrat de travail.

Est applicable l'article L.211-9.

(3) Sauf disposition contraire du contrat de travail, la durée de travail journalière et hebdomadaire effective du salarié à temps partiel résultant de l'application des dispositions du paragraphe (2) ne peut excéder de plus de vingt pour cent la durée de travail journalière et hebdomadaire normale fixée au contrat de travail.

- (4) **Dans les entreprises (ou parties d'entreprises) visées au point (1).2, les salariés peuvent toutefois être occupés au-delà de la durée [hebdomadaire][mensuelle] fixée dans le contrat de travail à condition que la durée [hebdomadaire][mensuelle] moyenne de travail calculée sur la période de référence conventionnelle ne dépasse pas la durée [hebdomadaire][mensuelle] fixée dans le contrat de travail.**

L'application des dispositions qui précèdent ne peut avoir pour effet de porter la durée de travail effective du salarié à temps partiel au-delà de la durée de travail normale fixée par la loi ou une disposition conventionnelle pour un salarié à temps plein du même établissement ou de la même entreprise.

- (54) *Le plan d'organisation du travail établit avec précision les règles applicables aux salariés à temps partiel, notamment au regard des dispositions du paragraphe (3).*

Est applicable l'article L.211-7. »

- (6) **Les dispositions des sections 1,3 et 4 du présent chapitre ne sont pas applicables aux cadres supérieurs tels que définis à l'article L.121-4(2).** »

## 19. Art. L.123-2

- 19.1 L'article L.123-2 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. 123-2.

*(Loi du 23 juillet 2015) « Le chef d'entreprise est obligé de consulter préalablement la délégation du personnel s'il en existe, lorsqu'il envisage la création de postes de travail à temps partiel dans l'entreprise. »*

- 19.2 ELSA propose de clarifier le texte afin d'éviter que si un seul poste à temps partiel est créé au sein de l'entreprise, l'employeur n'échappe pas à son obligation de consultation préalable de la délégation du personnel.

- 19.3 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.123-2 du Code du travail comme suit :

**« Lorsqu'il envisage la création d'un ou de plusieurs postes de travail à temps partiel dans l'entreprise, Le chef d'entreprise est obligé de consulter préalablement la délégation du personnel s'il en existe, ~~lorsqu'il envisage la création de postes de travail à temps partiel dans l'entreprise.~~ »**

## 20. Art. L.123-3

20.1 L'article L.123-3 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.123-2.

Les salariés de l'établissement qui ont manifesté le souhait soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps partiel, soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps complet, sont informés en priorité des emplois à temps partiel ou à temps complet disponibles dans l'établissement et correspondant à leur qualification ou expérience professionnelles.

20.2 ELSA propose de remplacer le terme « *établissement* » par le terme « *entreprise* ». ELSA renvoie sur ce point à ses commentaires faits sous le point 18.3. sur l'article L.123-1.

20.3 ELSA propose donc de modifier l'article L.123-3 du Code du travail comme suit :

« *Les salariés de l'**entrepriseétablissement** qui ont manifesté le souhait soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps partiel, soit d'occuper ou de reprendre un emploi à temps complet, sont informés en priorité des emplois à temps partiel ou à temps complet disponibles dans l'**entrepriseétablissement** et correspondant à leur qualification ou expérience professionnelles.* »

## 21. Art. L.123-4

21.1 L'article L.123-4 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.123-4.

Sans préjudice des dispositions de l'article L.121-4, le contrat de travail du salarié à temps partiel doit mentionner :

1. la durée hebdomadaire du travail convenue entre parties ;
2. les modalités de la répartition de la durée de travail entre les jours de la semaine ; une modification éventuelle de cette répartition ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties du contrat ;
3. le cas échéant les limites, conditions et modalités dans lesquelles peuvent être effectuées par le salarié à temps partiel des heures supplémentaires conformément aux articles L.211-19 à L.211-24 ; une modification de ces limites, conditions et modalités ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties au contrat ;
4. les limites et les modalités s'appliquant à la mise en oeuvre des dispositions du paragraphe (2) de l'article L.123-1.

21.2 Pour tenir compte des modifications proposées à l'article L.123-1, ELSA propose de modifier l'article L.123-4 du Code du travail comme suit :

« *Sans préjudice des dispositions de l'article L.121-4, le contrat de travail du salarié à temps partiel doit mentionner :*

**(1) Dans les entreprises (ou parties d'entreprises) qui font application des articles L.211-6 à 211-9,**

1. la durée hebdomadaire du travail convenue entre parties ;
2. les modalités de la répartition de la durée de travail entre les jours de la semaine ; une modification éventuelle de cette répartition ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties du contrat ;
3. le cas échéant les limites, conditions et modalités dans lesquelles peuvent être effectuées par le salarié à temps partiel des heures supplémentaires conformément aux articles L.211-19 à L.211-24 ; une modification de ces limites, conditions et modalités ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties au contrat ;
4. les limites et les modalités s'appliquant à la mise en oeuvre des dispositions du paragraphe (2) de l'article L.123-1.

(2) **Dans les entreprises (ou parties d'entreprises) qui ne font pas application des articles L.211-6 à 211-9,**

1. **la durée [hebdomadaire][mensuelle] moyenne de travail convenue entre parties ;**
2. **les modalités de la répartition de la durée de travail [hebdomadaire][mensuelle] entre les semaines et les jours de chaque semaine ; une modification éventuelle de cette répartition ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties du contrat ;**
3. **le cas échéant, les limites, conditions et modalités dans lesquelles peuvent être effectuées par le salarié à temps partiel des heures supplémentaires conformément aux articles L.211-19 à L.211-24 ; une modification de ces limites, conditions et modalités ne peut avoir lieu que d'un commun accord des parties au contrat ; »**

## 22. Art. L.123-5

22.1 L'article L.123-5 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.123-5.

Est à considérer comme temps de travail supplémentaire au sens de l'article L.123-4, sous 3, le temps de travail effectué par le salarié à temps partiel au-delà des limites résultant de l'application des paragraphes (2) et (3) de l'article L.123-1.

Les heures supplémentaires ne peuvent être prestées que d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, dans les limites et selon les conditions et modalités fixées par le contrat de travail conformément à l'article L.123-4, sous 3.

La prestation d'heures supplémentaires au sens des dispositions qui précèdent par le salarié à temps partiel ne peuvent avoir pour effet de porter sa durée de travail effective au-delà de la durée de travail normale fixée par la loi ou la convention collective pour un salarié à temps plein du même établissement ou de la même entreprise.

Les heures de travail supplémentaires prestées par le salarié à temps partiel en application de l'alinéa 1 ouvrent droit aux majorations de salaire prévues par la loi en matière d'heures supplémentaires.

22.2 Pour tenir compte des modifications proposées à l'article L.123-4, ELSA propose de modifier l'article L.123-5 du Code du travail comme suit :

« Est à considérer comme temps de travail supplémentaire au sens de l'article L.123-4, sous 3, le temps de travail effectué par le salarié à temps partiel au-delà des limites résultant de l'application de **l'article L.123-1 paragraphes (1) à (4) s paragraphes (2) et (3) de l'article L.123-1.**

**Sauf commun accord des parties, les heures supplémentaires ne peuvent être prestées que d'un commun accord entre l'employeur et le salarié,** dans les limites et selon les conditions et modalités fixées par le contrat de travail conformément à l'article L.123-4 **(1) et (2),** sous 3.

La prestation d'heures supplémentaires au sens des dispositions qui précèdent par le salarié à temps partiel ne peuvent avoir pour effet de porter sa durée de travail effective au-delà de la durée de travail normale fixée par la loi ou la convention collective pour un salarié à temps plein **du même établissement ou de la même entreprise ou partie d'entreprise.**

Les heures de travail supplémentaires prestées par le salarié à temps partiel en application de l'alinéa 1 ouvrent droit aux majorations de salaire prévues **à l'article L.211-27 "par la loi en matière d'heures supplémentaires »**



## 23. Art. L.123-6

23.1 L'article L.123-6 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.123-6.

Les salariés occupés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi et les conventions collectives de travail applicables à l'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités particulières prévues pour leur exercice par la convention collective de travail applicable.

23.2 La formulation reprise dans cet article pour exprimer le principe d'égalité de traitement est différente de celle utilisée dans les chapitres concernant les travailleurs sous contrats de travail à durée déterminée et les salariés intérimaires. Par souci de cohérence, ELSA est d'avis qu'il conviendrait d'aligner les rédactions de ces clauses. Si on lit strictement l'article L.123-6 dans sa formulation actuelle, un traitement inégalitaire pourrait être fait au travers de règlements internes puisque seule la convention collective est visée.

23.3 ELSA propose donc de modifier l'article L.123-6 du Code du travail comme suit :

**« Sauf disposition légale contraire, les dispositions légales et conventionnelles applicables aux salariés à temps complet sont également applicables aux salariés occupés à temps partiel. bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi et les conventions collectives de travail applicables à l'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités particulières prévues pour leur exercice par la convention collective de travail applicable ».**

## 24. Remarque préliminaire concernant les termes utilisés dans le Livre I, Titre II, Chapitre IV (articles L.124-1 à L.124-13 du Code du travail)

24.1 ELSA se pose la question s'il n'y a pas lieu de définir, de manière uniforme du moins pour ce Chapitre IV, les termes de « notification » et de « réception ».

Pendant de longues années, il y a en effet eu des jurisprudences divergentes sur le terme de « notification » et s'il fallait appliquer aux envois recommandés de résiliation du contrat de travail la théorie dite de l'émission - théorie selon laquelle le délai de préavis prendra effet en fonction de la date d'envoi de la lettre de résiliation - ou celle dite de la réception - théorie selon laquelle le délai de préavis prendra effet en fonction de la date de réception, par le destinataire, de la lettre de résiliation.

La jurisprudence récente ayant unanimement appliqué, en matière de lettre de résiliation du contrat, la théorie de l'émission, ELSA propose de consacrer cette théorie en définissant le terme de notification en ce sens.

Dans l'hypothèse, par contre, où un délai court contre le destinataire de la lettre (p.ex. en cas de demande de motifs), la jurisprudence unanime décide que le délai ne commence à courir qu'à partir de la réception, par le destinataire de la lettre, cette réception étant réalisée par la remise effective de la lettre et, à défaut, par le fait que le destinataire de la lettre est avisé de l'existence de la lettre.

Afin de consacrer également cette approche, ELSA propose de définir également le terme de « réception ».

24.2 ELSA propose dès lors de prévoir un nouvel article à insérer au sein de ce Chapitre IV, article qui pourrait être libellé comme suit :

**« Aux fins du présent chapitre on entend par :**

- **« notification » la remise de la lettre à la poste ou la remise de celle-ci en mains propres du destinataire contre accusé de réception ;**
- **« réception » la remise effective de la lettre au destinataire ou, à défaut, le fait que le destinataire de la lettre est avisé de la lettre. »**

## 25. Art. L.124-2(1)

25.1 L'article L.124-2(1) alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-2.

*(Loi du 23 juillet 2015) (1) « Lorsque l'employeur qui occupe cent cinquante salariés au moins envisage de licencier un salarié, il doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par écrit dûment certifié par un récépissé en lui indiquant l'objet de la convocation ainsi que la date, l'heure et le lieu de l'entretien. Copie de la lettre de convocation doit être adressée à la délégation du personnel. »*

La lettre ou l'écrit de convocation à l'entretien préalable doivent informer le salarié qu'il a le droit de se faire assister lors de l'entretien préalable par un salarié de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un représentant d'une organisation syndicale représentative sur le plan national représentée au sein de la délégation du personnel de l'établissement.

Le jour de l'entretien préalable peut être fixé au plus tôt au deuxième jour ouvrable travaillé qui suit celui de l'envoi de la lettre recommandée ou de la remise contre récépissé de l'écrit visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent paragraphe.

(2) Au cours de l'entretien, l'employeur ou son représentant est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié ainsi que les observations de la personne qui l'assiste.

L'employeur ou son représentant a le droit de se faire assister lors de l'entretien par un membre du personnel ou par un représentant d'une organisation professionnelle patronale, à condition d'en informer le salarié dans la lettre de convocation à l'entretien préalable.

(3) Le licenciement avec préavis ou pour motif grave du salarié doit être notifié au plus tôt le jour qui suit celui de l'entretien préalable et au plus tard 8 jours après cet entretien.

Si le salarié dûment convoqué ne se présente pas, le licenciement peut être notifié au plus tôt le jour qui suit celui fixé pour l'entretien préalable et au plus tard huit jours après le jour fixé pour l'entretien.

(4) Le licenciement notifié sans observation de la procédure prévue au présent article est irrégulier pour vice de forme.

25.2 La jurisprudence actuelle se réfère dans le contexte de l'entretien préalable, et pour déterminer si l'employeur est soumis à la procédure de l'entretien préalable, à la notion de l'unité économique et sociale. C'est ainsi qu'il a été décidé que des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer, en matière de droit du travail, une unité économique et sociale, considérée comme une seule entreprise. La jurisprudence en déduit qu'en présence d'une unité économique et sociale, la

vérification du seuil des 150 salariés ne doit pas seulement se faire au niveau de l'entité juridique isolée mais au niveau de l'unité économique et sociale. Ceci aura pour effet qu'un employeur qui, en tant que tel, n'occupe pas 150 salariés, devra quand même respecter la procédure de l'entretien préalable si l'unité économique et sociale dont il fait partie, occupe au moins 150 salariés.

Cette jurisprudence est à l'origine d'une insécurité juridique pour l'employeur faisant partie d'un groupe en ce que cet employeur ignore si le groupe doit être considéré comme une unité économique et sociale au sens de la cette jurisprudence. Le problème s'accroît encore davantage si on est en présence d'un groupe international.

Dans un souci de lever cette insécurité juridique, ELSA propose de prévoir dans le texte que la procédure de l'entretien préalable au licenciement s'applique également lorsque l'employeur fait partie d'une entité économique et sociale au sens de l'article L.161-2 du Code du travail occupant, quant à elle, au moins 150 salariés. Il conviendra aussi de préciser que l'appréciation du nombre de salariés se fait par rapport aux salariés occupés sur le territoire luxembourgeois.

25.3 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.124-2(1), alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail comme suit :

*« (1) Lorsque l'employeur **qui-occupante sur le territoire luxembourgeois** cent cinquante salariés au moins envisage de licencier un salarié, il doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée **à la poste** ou par **une lettre remise en mains propres contre accusé de réception écrit dûment certifié par un récépissé** en lui indiquant l'objet de la convocation ainsi que la date, l'heure et le lieu de l'entretien. **Il en est de même si l'employeur fait partie d'une entité économique et sociale au sens de l'article L.161-2 occupant sur le territoire luxembourgeois cent cinquante salariés au moins.** Copie de la lettre de convocation doit être adressée à la délégation du personnel. »*

25.4 Certaines conventions collectives prévoient la procédure de l'entretien préalable même en dessous du seuil des 150 salariés. A titre d'exemple, on peut citer la convention collective des salariés de banque qui prévoit la procédure de l'entretien préalable à partir du seuil de 100 salariés ainsi que la convention collective de travail des salariés des entreprises d'assurance qui prévoit la procédure de l'entretien préalable pour tout licenciement.

Or, ces dispositions des conventions collectives posent un problème juridique si le salarié, convoqué à l'entretien préalable (alors même que l'employeur n'est légalement, c'est-à-dire par application de l'article L.124-2 du Code du travail, pas tenu de respecter la procédure de l'entretien préalable), se déclare malade après la réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable. Est-ce que l'employeur peut, dans une telle situation, se prévaloir du principe inscrit à l'article L.121-6(4), 2<sup>ème</sup> alinéa qui prévoit que la protection contre le licenciement n'est pas applicable si l'avertissement relatif à l'incapacité de travail, sinon la présentation du certificat d'incapacité de travail, sont effectués après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable ou est-ce que cette exception à la protection contre le

licenciement doit être interprétée restrictivement en ce qu'elle ne bénéficie qu'aux seuls employeurs obligés sur base de l'article L.124-2 à respecter la procédure de l'entretien préalable ?

Pour mettre un terme à cette insécurité juridique, ELSA propose de prévoir dans un nouvel alinéa 2 à insérer à l'article L.124-2(1) que cette obligation de respecter la procédure de l'entretien préalable s'applique également lorsque la procédure de l'entretien préalable est prévue dans une convention collective, un règlement intérieur, voire, dans un contrat de travail ou un avenant au contrat de travail.

25.5 ELSA propose partant de compléter l'article L.124-2(1) du Code du travail par un nouvel alinéa 2 libellé comme suit :

**« L'employeur sera également tenu de convoquer le salarié à l'entretien préalable au cas où cette obligation résulte d'une convention collective, d'un règlement intérieur, du contrat de travail ou de tout avenant au contrat de travail. »**

25.6 Dans de nombreuses situations, l'employeur entend dispenser le salarié de toute prestation de travail en attendant qu'une décision soit prise quant à un éventuel licenciement. Or, la dispense de travail n'est actuellement prévue au Code du travail que dans le cadre du, et pendant, le délai de préavis.

ELSA propose d'insérer à l'article L.124-2(1) un nouvel alinéa 4 prévoyant la possibilité accordée à l'employeur de dispenser le salarié du travail en attendant qu'une décision soit prise quant à un éventuel licenciement. Cette dispense de travail se fera avec maintien des salaires, indemnités et autres avantages. Elle prendra fin par la notification de la lettre de licenciement et au plus tard 8 jours après le jour fixé pour l'entretien préalable.

25.7 ELSA propose donc de compléter l'article L.124-2(1) du Code du travail par un nouvel alinéa 4 (voire alinéa 5) libellé comme suit :

**« L'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution du travail, et ce, dès la notification de la convocation à l'entretien préalable. La dispense de travail doit être mentionnée dans la lettre recommandée de convocation à l'entretien préalable ou dans un autre écrit remis au salarié. Cette dispense de travail ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représentent les chèques-repas ou le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet. La dispense de travail prendra fin au moment de la notification de la lettre de licenciement et au plus tard 8 jours après le jour fixé pour l'entretien. »**

## 26. Art. L.124-3(1)

26.1 L'article L.124-3(1) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-3.

(1) L'employeur qui décide de licencier doit, sous peine d'irrégularité pour vice de forme, notifier le licenciement au salarié par lettre recommandée à la poste. Toutefois, la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification.

26.2 ELSA propose de se référer dans le contexte des lettres de licenciement, de démission, de demande de motifs et de motivation de manière uniforme à une lettre recommandée à la poste ou une lettre remise en mains propres contre accusé de réception.

26.3 ELSA propose ainsi de libeller l'article L.124-3(1) du Code du travail comme suit :

**« (1) L'employeur qui décide de licencier doit, sous peine d'irrégularité pour vice de forme, notifier le licenciement au salarié par lettre recommandée à la poste ou par une lettre remise en mains propres contre accusé de réception. Toutefois, la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification. »**

## 27. Art. L.124-3(3)

27.1 L'article L.124-3(3) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-3.

(3) Les délais de préavis visés au paragraphe (2) prennent cours à l'égard du salarié : le quinzième jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est antérieure à ce jour ; le premier jour du mois de calendrier qui suit celui au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est postérieure au quatorzième jour du mois.

27.2 ELSA propose de préciser que le délai de préavis se termine le 14 du mois sinon le dernier jour du mois.

27.3 ELSA propose de libeller l'article L.124-3(3) du Code du travail comme suit :

« (3) Les délais de préavis visés au paragraphe (2) prennent cours à l'égard du salarié : le quinzième jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est antérieure à ce jour ; le premier jour du mois de calendrier qui suit celui au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est postérieure au quatorzième jour du mois. **Si le délai de préavis a pris cours le quinzième jour du mois de calendrier, il expira le quatorzième jour du dernier mois du délai de préavis ; lorsque le délai de préavis a pris cours le premier jour du mois de calendrier, il expirera le dernier jour du dernier mois du délai de préavis.** »

## 28. Art. L.124-4

28.1 L'article L.124-4 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-4.

Le salarié doit résilier le contrat de travail par lettre recommandée à la poste. Toutefois, la signature apposée par l'employeur sur le double de la lettre de démission vaut accusé de réception de la notification.

En cas de résiliation par le salarié, le contrat de travail prend fin à l'expiration d'un délai de préavis égal à la moitié du délai de préavis auquel le salarié peut prétendre conformément aux dispositions du paragraphe (2) de l'article L.124-3.

Les délais de préavis visés à l'alinéa qui précède prennent cours conformément aux dispositions du paragraphe (3) de l'article L.124-3.

28.2 ELSA propose d'utiliser dans le cadre de cet article la même terminologie que dans le cadre de l'article L.124-3(1) du Code du travail et d'y prévoir un renvoi à l'article L.124-3 en ce qui concerne la date de fin du délai de préavis en cas de démission.

28.3 ELSA propose de reformuler l'article L.124-4 du Code du travail comme suit :

« Le salarié doit résilier le contrat de travail par lettre recommandée à la poste **ou par une lettre remise en mains propres de l'employeur ou de son représentant contre accusé de réception. Toutefois, la signature apposée par l'employeur sur le double de la lettre de démission vaut accusé de réception de la notification.**

En cas de résiliation par le salarié, le contrat de travail prend fin à l'expiration d'un délai de préavis égal à la moitié du délai de préavis auquel le salarié peut prétendre conformément aux dispositions du paragraphe (2) de l'article L.124-3.

Les délais de préavis visés à l'alinéa qui précède prennent cours **et se terminent** conformément aux dispositions du paragraphe (3) de l'article L.124-3. »

## 29. Art. L.124-5

29.1 L'article L.124-5 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art.124-5.

(1) Dans un délai d'un mois à compter de la notification du licenciement conformément aux dispositions de l'article L.124-3, le salarié peut, par lettre recommandée, demander à l'employeur les motifs du licenciement.

(2) L'employeur est tenu d'énoncer avec précision par lettre recommandée, au plus tard un mois après la notification de la lettre recommandée, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux.

A défaut de motivation écrite formulée avant l'expiration du délai visé à l'alinéa qui précède, le licenciement est abusif.

(3) Sans préjudice des dispositions de l'article L.124-11, paragraphe (2), le salarié qui n'a pas exercé dans le délai prévu la faculté lui réservée par le paragraphe (1) conserve le droit d'établir par tous moyens que son licenciement est abusif.

29.2 Afin de mettre un terme à une certaine insécurité juridique quant au point de départ du délai d'1 mois endéans lequel le salarié doit demander les motifs, ELSA propose de préciser que le délai d'1 mois pour la demande des motifs prend effet à compter de la réception de la lettre de licenciement (y inclus l'hypothèse de la remise en mains propres) ou du moment où le salarié est avisé de la lettre recommandée.

29.3 ELSA propose par ailleurs de prévoir dans le texte la possibilité pour le mandataire du salarié ou son organisation syndicale de demander les motifs du licenciement. Il faudrait, par souci de parallélisme des formes, également prévoir la remise de la lettre de demande de motifs contre un récépissé.

29.4 ELSA propose de modifier l'article L.124-5(1) du Code du travail comme suit :

« (1) Dans un délai d'un mois à compter de la **réception de la lettre de notification du licenciement telle que prévue à conformément aux dispositions de l'article L.124-3(1)**, le salarié, **son mandataire ou son organisation syndicale** peut, par lettre recommandée **ou par une lettre remise à l'employeur ou à son représentant en mains propres contre accusé de réception**, demander à l'employeur les motifs du licenciement. »

29.5 Afin de mettre un terme à une certaine insécurité juridique quant à la date limite pour poster la lettre de motivation, ELSA propose de préciser que la lettre de motivation doit être postée dans un délai d'1 mois de la remise **de la lettre de demande de motifs** ou du moment où l'employeur est avisé par les services postaux de la lettre recommandée de demande de motifs.

29.6 Par ailleurs, ELSA propose de préciser que la lettre de motivation peut être envoyée par le mandataire de l'employeur.

29.7 ELSA propose dès lors de reformuler l'article L.124-5(2), alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail comme suit :

« (2) L'employeur **ou son mandataire** est tenu d'énoncer avec précision par lettre recommandée **ou par lettre remise en mains propres du salarié contre accusé de réception**, au plus tard un mois après la **réceptionnotification** de la lettre recommandée, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux. »

## 30. Art. L.124-6

30.1 L'article L.124-6 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-6.

La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L.124-10 ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L.124-4 et L.124-5 est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

*(Loi du 8 avril 2018)* « En cas de résiliation du contrat avec effet immédiat à l'initiative du salarié pour motif grave procédant du fait ou de la faute de l'employeur conformément à l'article L.124-10 et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la juridiction du travail, le salarié a droit à une indemnité compensatoire de préavis qui est égale au salaire correspondant à la durée du préavis à respecter par l'employeur.

L'indemnité prévue aux alinéas qui précèdent ne se confond ni avec l'indemnité de départ visée à l'article L.124-7 ni avec la réparation visée à l'article L.124-10. »

Le salarié qui a sollicité et obtenu l'octroi de l'indemnité de préretraite ne peut prétendre à l'octroi de l'indemnité compensatoire de préavis. »

30.2 Au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L.124-6, il y a lieu de remplacer les références aux articles L.124-4 et L.124-5 par des références aux articles L.124-3 et L.124-4.

30.3 L'indemnité compensatoire de préavis telle que prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup> donne lieu aux commentaires suivants : dans l'hypothèse où le salarié abusivement licencié avec effet immédiat a touché les indemnités de chômage au Grand-Duché de Luxembourg, l'employeur luxembourgeois est, en vertu de l'article L.521-4(5), condamné à rembourser les indemnités de chômage versées pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt. Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de préavis. L'article L.521-4(5), 2<sup>ème</sup> alinéa précise que le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au Fonds pour l'emploi est porté en déduction des salaires ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt. Ceci signifie, en pratique, que le salarié abusivement licencié avec effet immédiat se voit allouer l'indemnité compensatoire de préavis mais, dans la mesure où il a touché les indemnités de chômage au Grand-Duché de Luxembourg, cette indemnité compensatoire de préavis ne lui est versée que sous déduction des indemnités de chômage versées pour la période couverte par l'indemnité compensatoire de préavis. Or, en attendant la mise en œuvre concrète du système de

prise en charge par le Fonds pour l'emploi des indemnités de chômage versées par les services publics de l'emploi étrangers en application du règlement (CE) N° 883/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale - et donc de l'exercice d'un recours du Fonds pour l'emploi en recouvrement des indemnités de chômage versées à l'étranger - les juridictions luxembourgeoises considèrent l'indemnité compensatoire de préavis versée à un salarié ayant touché les indemnités de chômage à l'étranger comme une indemnité forfaitaire sans qu'il n'y ait lieu d'y pratiquer des déductions pour les indemnités de chômage versées à l'étranger. Le salarié ayant touché les indemnités de chômage à l'étranger peut, dès lors, cumuler, du moins actuellement, l'indemnité compensatoire de préavis considérée comme une indemnité forfaitaire avec les indemnités de chômage tandis que le salarié ayant touché les indemnités de chômage au Grand-Duché de Luxembourg se verra déduire de l'indemnité compensatoire de préavis lui versée les indemnités de chômage qu'il a touchées. Il en résulte actuellement une situation de discrimination entre salariés résidents au Luxembourg et les salariés frontaliers qu'il faudra résoudre dans le cadre de la mise en œuvre du règlement (CE) N° 883/2004.

30.4 Au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.124-6 il y a lieu de remplacer la référence à l'article L.124-10 par une référence à l'article L.124-12.

30.5 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.124-6 du Code du travail comme suit :

### « Art. L.124-6.

« La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L.124-10 ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L.124-34 et L.124-45 est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

*(Loi du 8 avril 2018)*

« En cas de résiliation du contrat avec effet immédiat à l'initiative du salarié pour motif grave procédant du fait ou de la faute de l'employeur conformément à l'article L.124-10 et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la juridiction du travail, le salarié a droit à une indemnité compensatoire de préavis qui est égale au salaire correspondant à la durée du préavis à respecter par l'employeur.

L'indemnité prévue aux alinéas qui précèdent ne se confond ni avec l'indemnité de départ visée à l'article L.124-7 ni avec la réparation visée à l'article L.124-120. »

Le salarié qui a sollicité et obtenu l'octroi de l'indemnité de préretraite ne peut prétendre à l'octroi de l'indemnité compensatoire de préavis. »

## 31. Art. L.124-7

### 31.1 L'article L.124-7 du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.124-7.

(Loi du 8 avril 2018)

(1) « Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée qui est licencié par l'employeur, sans que ce dernier y soit autorisé par l'article L.124-10, ou qui résilie le contrat pour motif grave procédant du fait ou de la faute de l'employeur conformément à l'article L.124-10 et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la juridiction du travail a droit à l'indemnité de départ telle que déterminée au présent paragraphe. »

L'ancienneté de service est appréciée à la date d'expiration du délai de préavis, même si le salarié bénéficie de la dispense visée à l'article L.124-9.

L'indemnité de départ visée à l'alinéa 1 ne peut être inférieure à :

- un mois de salaire après une ancienneté de service continu de cinq années au moins ;
- deux mois de salaire après une ancienneté de service continu de dix années au moins ;
- trois mois de salaire après une ancienneté de service continu de quinze années au moins ;
- six mois de salaire après une ancienneté de service continu de vingt années au moins ;
- neuf mois de salaire après une ancienneté de service continu de vingt-cinq années au moins ;
- douze mois de salaire après une ancienneté de service continu de trente années au moins.

L'indemnité de départ ne se confond pas avec la réparation visée à l'article L.124-12.

(2) L'employeur occupant moins de vingt salariés peut opter dans la lettre de licenciement soit pour le versement des indemnités visées au paragraphe (1) qui précède, soit pour la prolongation des délais de préavis visés à l'article L.124-3 qui, dans ce cas, sont portés :

- à cinq mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de cinq années au moins ;
- à huit mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de dix années au moins ;
- à neuf mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de quinze années au moins ;
- à douze mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de vingt années au moins ;

- à quinze mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de vingt-cinq années au moins ;
- à dix-huit mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de trente années au moins.

(3) L'indemnité est calculée sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié pour les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation.

Sont compris dans les salaires servant au calcul de l'indemnité de départ les indemnités pécuniaires de maladie ainsi que les primes et suppléments courants, à l'exclusion des salaires pour heures supplémentaires, des gratifications et de toutes indemnités pour frais accessoires exposés.

(4) L'employeur est tenu de régler l'indemnité au moment où le salarié quitte effectivement le travail.

Le directeur de l'Inspection du travail et des mines peut autoriser l'entreprise en difficultés à liquider les indemnités de départ visées au présent article par mensualités avec les intérêts légaux de retard.

(5) Le salarié qui a sollicité et obtenu l'octroi de l'indemnité de préretraite ne peut prétendre à l'octroi de l'indemnité de départ.

31.2 Dans la logique des commentaires faits sous l'article L.124-2(1), 1<sup>er</sup> alinéa, ELSA propose de faire à l'article L.124-7(2) une référence à la notion de l'entité économique et sociale au sens de l'article L.161-2 du Code du travail occupant, quant à elle, au moins 150 salariés. Il conviendra aussi de préciser que l'appréciation du nombre de salariés se fait par rapport aux salariés occupés sur le territoire luxembourgeois.

31.3 Par référence à la proposition faite concernant le libellé de l'article L.221-1, ELSA propose de modifier l'article L.124-7(3) alinéa 2 du Code du travail tel que précisé ci-après.

31.4 Les termes « *quitte effectivement le travail* » utilisés à l'article L.124-7(4) alinéa 1 donnent souvent lieu à discussions entre parties si le salarié est dispensé de travailler. Faut-il, dans une telle situation, considérer qu'il quitte effectivement le travail au moment de la prise d'effet de la dispense de travail ? Une telle interprétation risque de discriminer le salarié qui n'est pas dispensé de travailler – et qui, outre le fait qu'il n'est pas dispensé, ne se verra payer son indemnité de départ qu'à la fin du délai de préavis – par rapport au salarié dispensé qui aura l'avantage de la dispense de travail et se verra payer son indemnité de départ plus tôt. Afin de mettre un terme à cette insécurité juridique et à ce traitement différencié injustifié, ELSA propose de préciser que l'employeur est tenu de régler l'indemnité de départ à la fin du délai de préavis.

31.5 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.124-7 du Code du travail comme suit :

« (Loi du 8 avril 2018)

« (1) Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée qui est licencié par l'employeur, sans que ce dernier y soit autorisé par l'article L.124-10, ou qui résilie le contrat pour motif grave procédant du fait ou de la faute de l'employeur conformément à l'article L.124-10 et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la juridiction du travail a droit à l'indemnité de départ telle que déterminée au présent paragraphe. »

(loi du 13 mai 2008)

« L'ancienneté de service est appréciée à la date d'expiration du délai de préavis, même si le salarié bénéficie de la dispense visée à l'article L.124-9.

L'indemnité de départ visée à l'alinéa 1 ne peut être inférieure à :

- un mois de salaire après une ancienneté de service continu de cinq années au moins ;
- deux mois après une ancienneté de service continu de dix années au moins ;
- trois mois après une ancienneté de service continu de quinze années au moins ;
- six mois après une ancienneté de service continu de vingt années au moins ;
- neuf mois après une ancienneté de service continu de vingt-cinq années au moins ;
- douze mois après une ancienneté de service continu de trente années au moins.

L'indemnité de départ ne se confond pas avec la réparation visée à l'article L.124-12.

(2) L'employeur **ou l'entité économique et sociale au sens de l'article L.161-2 occupant sur le territoire luxembourgeois** moins de vingt salariés peut opter dans la lettre de licenciement soit pour le versement des indemnités visées au paragraphe (1) qui précède, soit pour la prolongation des délais de préavis visés à l'article L.124-3 qui, dans ce cas, sont portés :

- à cinq mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de cinq années au moins ;
- à huit mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de dix années au moins ;
- à neuf mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de quinze années au moins ;
- à douze mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de vingt années au moins ;
- à quinze mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de vingt-cinq années au moins ;
- à dix-huit mois pour le salarié justifiant auprès du même employeur d'une ancienneté de service continu de trente années au moins. »

(3) L'indemnité est calculée sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié pour les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation.

Sont compris dans les salaires servant au calcul de l'indemnité de départ les indemnités pécuniaires de maladie ainsi que les **avantages ou suppléments obligatoires en vertu de la loi ou du contrat de travail primes et suppléments courants**, à l'exclusion des salaires pour heures supplémentaires, des gratifications et de toutes indemnités pour frais accessoires exposés.

(4) L'employeur est tenu de régler l'indemnité **à la fin du délai de préavis au moment où le salarié quitte effectivement le travail.**

Le directeur de l'Inspection du travail et des mines peut autoriser l'entreprise en difficultés à liquider les indemnités de départ visées au présent article par mensualités avec les intérêts légaux de retard.

(5) Le salarié qui a sollicité et obtenu l'octroi de l'indemnité de préretraite ne peut prétendre à l'octroi de l'indemnité de départ. »



## 32. Art. L.124-9(1)

32.1 L'article L.124-9(1) alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-9.

(1) En cas de résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur ou du salarié, l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution du travail pendant le délai de préavis. La dispense doit être mentionnée dans la lettre recommandée de licenciement ou dans un autre écrit remis au salarié.

Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représente le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet.

Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur ; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires.

32.2 En pratique, on constate que l'employeur veut souvent dispenser le salarié dès la notification du licenciement ou même de la convocation à l'entretien préalable et donc avant même la prise d'effet du délai de préavis (au 15 du mois sinon au 1<sup>er</sup> du mois qui suit conformément à l'article L.124-3(3)). La dispense de travail dès la convocation à l'entretien préalable a été réglée par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article L.124-2(1). En vue de régler la dispense de travail dès la notification du licenciement et donc avant même la prise d'effet du délai de préavis, ELSA propose de modifier l'article L.124-9(1) alinéa 1<sup>er</sup> et d'y prévoir la possibilité d'accorder une dispense de travail dès la notification du licenciement.

Il convient également de préciser que cette dispense peut être accordée dès réception de la lettre de démission.

32.3 Une discussion récurrente porte sur la situation des chèques-repas en cas de dispense de travail. Etant donné que les chèques-repas sont, d'après les dispositions fiscales, liés à une journée de travail effectif, ELSA propose de préciser que le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représentent les chèques-repas.

32.4 En vue d'éviter une situation qu'on rencontre en pratique où l'ancien employeur, non-informé de la reprise d'un nouvel emploi par le salarié, continue à payer

l'intégralité de la rémunération, ELSA propose de prévoir l'obligation pour le salarié d'informer l'ancien employeur de la nouvelle rémunération, de sa périodicité (pour inclure les 13<sup>ème</sup> mois éventuels) et de la date d'entrée en service auprès du nouvel employeur.

Il y a également lieu de corriger une faute de grammaire en remplaçant le terme de « celle » par « celui » (par référence au salaire versé avant le reclassement).

32.5 ELSA propose de modifier l'article L.124-9(1) du Code du travail comme suit :

« (1) En cas de résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur ou du salarié, l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution du travail **et ce dès la notification de la lettre de licenciement ou dès la réception de la lettre de démission pendant le délai de préavis.** La dispense doit être mentionnée dans la lettre recommandée de licenciement ou dans un autre écrit remis au salarié. »

Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représentent **les chèques-repas ou le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet.**

Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur ; en cas de reprise d'un nouvel emploi, **le salarié doit en informer l'employeur dans un délai de 8 jours de la date de reprise effective du nouvel emploi en indiquant à l'employeur la date d'entrée en service auprès du nouvel employeur ainsi que le montant et la périodicité de la rémunération brute qu'il touche dans le cadre du nouvel emploi. L'employeur ainsi informé** est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié avant son reclassement et **celle** qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires. »

### 33. Art. L.124-9(2)

33.1 L'article L.124-9(2) du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.124-9.

(2) En cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, la dispense de travailler sollicitée par écrit par le salarié et accordée par l'employeur constitue une résiliation d'un commun accord au sens des dispositions de l'article L.124-13.

33.2 ELSA propose de préciser que la résiliation d'un commun accord prend effet au jour de la prise d'effet de la dispense de travail telle qu'accordée par l'employeur.

33.3 ELSA propose donc de reformuler l'article L.124-9(2) du Code du travail comme suit :

« (2) En cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, la dispense de travailler sollicitée par écrit par le salarié et accordée par l'employeur constitue une résiliation d'un commun accord au sens des dispositions de l'article L.124-13. **Cette résiliation d'un commun accord prend effet au jour de la prise d'effet de la dispense de travail telle qu'accordée par l'employeur.** »

### 34. Art. L.124-10(3) et L.124-10(4)

34.1 Les paragraphes (3) et (4) de l'article L.124-10 du Code du travail sont libellés comme suit :

#### Art. L.124-10.

(3) La notification de la résiliation immédiate pour motif grave doit être effectuée au moyen d'une lettre recommandée à la poste énonçant avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave. Toutefois, la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification. A défaut de motivation écrite le licenciement est abusif.

Le licenciement immédiat du salarié pour motif grave doit être précédé de l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 dans les cas où la loi le rend obligatoire.

(4) L'employeur peut prononcer avec effet immédiat et sans autre forme la mise à pied conservatoire du salarié avec maintien des salaires, indemnités et autres avantages jusqu'au jour de la notification du licenciement conformément au paragraphe (3) qui précède.

34.2 Le texte de l'article L.124-10(3), alinéa 1<sup>er</sup> se réfère à la notification de la résiliation pour motif grave en faisant une référence aux faits reprochés au salarié. Il s'agit dès lors d'une disposition qui règle la forme de la lettre de licenciement. ELSA propose de préciser au niveau de l'article L.124-10(3), alinéa 1<sup>er</sup> qu'il s'agit ici de la lettre de résiliation à l'initiative de l'employeur. Conformément au commentaire sous le point 26.1, il y a lieu de se référer à une lettre recommandée à la poste ou une lettre remise en mains propres contre accusé de réception.

34.3 Etant donné que ELSA a proposé au point 25.4 ci-dessus repris, d'ajouter à l'article L.124-2(1) un nouvel alinéa 2 pour tenir compte de la procédure de l'entretien préalable prévue par une convention collective ou un règlement intérieur, ELSA propose de biffer à l'article L.124-10(3), alinéa 2 le bout de phrase « *dans les cas où la loi le rend obligatoire* ».

34.4 ELSA propose d'insérer à l'article L.124-10 un nouveau paragraphe 4 pour régler la forme de la lettre de résiliation à l'initiative du salarié. D'après la jurisprudence, cette lettre de résiliation pour motif grave à l'initiative du salarié ne devra, évidemment, pas comporter de motif. Conformément au commentaire sous le point 26.1, il y a lieu de se référer à une lettre recommandée à la poste ou une lettre remise en mains propres contre accusé de réception.

34.5 L'actuel paragraphe (4) de l'article L.124-10 du Code du travail traite de la mise à pied.

ELSA propose de régler la mise à pied du salarié dans un nouvel article L.124-14 du Code du travail qui serait repris sous une nouvelle section 5.

L'article L.124-10(4) actuel du Code du travail serait dès lors à supprimer purement et simplement.

34.6 ELSA propose dès lors un nouveau libellé des paragraphes (3) et (4) de l'article L.124-10 du Code du travail comme suit :

« **Art. L.124-10.**

(3) *La notification de la résiliation immédiate pour motif grave à l'initiative de l'employeur doit être effectuée au moyen d'une lettre recommandée à la poste **ou par une lettre remise en mains propres du salarié contre accusé de réception** énonçant avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave. ~~Toutefois, la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification.~~ A défaut de motivation écrite, le licenciement est abusif.*

Le licenciement immédiat du salarié pour motif grave doit être précédé de l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 ~~dans les cas où la loi le rend obligatoire.~~

~~(4) L'employeur peut prononcer avec effet immédiat et sans autre forme la mise à pied conservatoire du salarié avec maintien des salaires, indemnités et autres avantages jusqu'au jour de la notification du licenciement conformément au paragraphe (3) qui précède.~~

(4) *La notification de la résiliation immédiate pour motif grave à l'initiative du salarié doit être effectuée au moyen d'une lettre recommandée à la poste ou par une lettre remise en mains propres de l'employeur contre accusé de réception. »*

## 35. Art. L.124-11(2), 2<sup>ème</sup> alinéa

35.1 L'article L.124-11(2), 2<sup>ème</sup> alinéa du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-11.

(2) (...)

Ce délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année.

35.2 En pratique, on constate que la lettre de réclamation est souvent adressée au mandataire de l'employeur qui a envoyé la lettre de licenciement ou la lettre de motivation. Afin de lever toute insécurité juridique relative à une telle situation, il y a lieu de préciser que la réclamation peut intervenir valablement auprès de ce mandataire de l'employeur. ELSA propose par ailleurs de faire en cet alinéa 2 une nouvelle référence au délai de 3 mois.

35.3 ELSA propose de modifier l'article L.124-11(2), 2<sup>ème</sup> alinéa du Code du travail comme suit :

« Ce délai **de trois mois** est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur **ou de son mandataire** par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année. »

## 36. Art. L.124-11(7)

36.1 L'article L.124-11(7) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-11.

(7) Doit être considéré comme abusif le licenciement du salarié au motif qu'il renonce à prétendre à l'indemnité de préretraite.

36.2 Dans le souci de lever toute ambiguïté pour des licenciements qui se baseraient sur plusieurs motifs, ELSA propose de préciser qu'est abusif le licenciement qui reposerait sur le seul motif de la renonciation à l'indemnité de préretraite.

36.3 ELSA propose de modifier l'article L.124-11(7) du Code du travail comme suit :

« (7) Doit être considéré comme abusif le licenciement du salarié au **seul** motif qu'il renonce à prétendre à l'indemnité de préretraite. »

## 37. Art. L.124-12(2), 3<sup>ème</sup> alinéa

37.1 L'article L.124-12(2), 3<sup>ème</sup> alinéa du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.124-12.

(2) (...)

(...)

L'employeur qui ne souhaite pas consentir à la réintégration du salarié licencié abusivement lui recommandée par la juridiction du travail peut être condamné, à la demande du salarié, à compléter les dommages et intérêts visés au paragraphe (1) par le versement d'une indemnité correspondant à un mois de salaire.

37.2 ELSA s'interroge sur l'opportunité de cette sanction.

## 38. Art. L.124-12(4), alinéa 2

38.1 L'article L.124-12(4), alinéa 2 du Code du travail est libellé comme suit :

**Art. L.124-12.**

(4) (...)

Sont applicables pour l'action judiciaire en nullité les dispositions de l'article L.124-11.

38.2 Au vu de la longueur de l'article L.124-11 et dans un souci de précision, ELSA propose d'ajouter à l'article L.124-12(4), alinéa 2 une référence au paragraphe (2) de l'article L.124-11.

38.3 ELSA propose donc de reformuler l'article L.124-12(4) alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail comme suit :

« Sont applicables pour l'action judiciaire en nullité les dispositions de l'article L.124-11(2). »

## 39. Nouvelle Section 5 - nouvel Art. L.124-14

39.1 Dans un souci de clarté du texte et de facilité de lecture ELSA propose d'insérer une nouvelle section 5 au chapitre IV du Livre I Titre II traitant de la mise à pied du salarié.

« **Section 5 - Mise à pied du salarié**

**Article L.124-14**

**(1) Dans l'hypothèse de faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave au sens de l'article L.124-10, l'employeur peut prononcer avec effet immédiat et sans autre forme la mise à pied conservatoire du salarié.**

**La mise à pied visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représentent les chèques-repas ou le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet.**

**(2) La mise à pied peut être suivie d'un licenciement avec préavis ou d'un licenciement avec effet immédiat.**

**(3) Sous peine de cessation de plein droit de la mise à pied entraînant de plein droit la réintégration du salarié, la lettre de convocation à l'entretien préalable conformément à l'article L.124-2 et, à défaut, la lettre de licenciement avec préavis ou pour motif grave doit être notifiée au salarié au plus tôt le jour qui suit la mise à pied et, au plus tard, 15 jours après cette mise à pied.**

**(4) La mise à pied cesse de plein droit le jour de la réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable conformément à l'article L.124-2 ou à défaut le jour de la réception de la lettre de licenciement. »**

## 40. Art. L.125-1

40.1 L'article L.125-1 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.125.1.

(1) Sans préjudice des dispositions du chapitre VII ci-après, le contrat de travail est résilié avec effet immédiat en cas de cessation des affaires par suite de décès, d'incapacité physique ou de déclaration en état de faillite de l'employeur. En cas de transfert d'entreprise au sens des dispositions du même chapitre VII, les contrats résiliés renaissent de plein droit au moment de la reprise des affaires suite au transfert, dans les conditions visées aux articles L.127-3 à L.127-5. Dans cette dernière hypothèse, la reprise des affaires doit cependant intervenir dans les trois mois à partir de la cessation des affaires. Ce délai peut être prolongé ou réduit par la convention visée au paragraphe (2) de l'article L.127-5.

Sauf continuation des affaires par le curateur ou le successeur de l'employeur, le salarié a droit :

1. au maintien des salaires se rapportant au mois de la survenance de l'événement et au mois subséquent, et
2. à l'attribution d'une indemnité égale à cinquante pour cent des mensualités se rapportant au délai de préavis auquel le salarié aurait pu prétendre conformément aux dispositions de l'article L.124-3. (Loi du 8 avril 2018) « L'indemnité de préavis est calculée conformément au paragraphe 3 de l'article L.124-3. »

Les salaires et indemnités alloués au salarié conformément à l'alinéa qui précède ne peuvent toutefois excéder le montant des salaires et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

(Loi du 13 mai 2008) « (2) Le contrat de travail prend fin par le décès du salarié.

Peuvent toutefois prétendre au maintien du salaire se rapportant à la fin du mois de la survenance de décès du salarié et à l'attribution d'une indemnité égale à trois mensualités de salaire :

1. Le conjoint survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de divorce ou de séparation de corps passé en force de chose jugée ou la personne survivante ayant vécu au moment du décès avec l'assuré en partenariat déclaré dans le respect des conditions prévues par la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets de certains partenariats,
2. les enfants mineurs du salarié décédé et les enfants majeurs dont il a assumé au moment de son décès l'entretien et l'éducation, sinon
3. les ascendants ayant vécu en communauté domestique avec le salarié à condition que leur entretien fût à sa charge.

Si le salarié décédé a eu la jouissance d'un logement gratuit, l'employeur doit laisser ce logement gratuitement à la disposition des personnes visées à l'alinéa qui précède jusqu'à l'expiration des trois mois qui suivent celui de la survenance du décès. »

40.2 ELSA propose d'insérer une précision sur les composants du salaire. Une proposition serait qu'une linéarité entre le calcul des indemnités telles que prévue dans le Code du travail et le libellé de cet article soit précisée. ELSA propose de modifier la notion de salaire telle que visée à l'article L.221-1 du Code du travail et de redéfinir ladite notion au regard de la jurisprudence.

40.3 ELSA propose donc de modifier l'article L.221-1 du Code du travail comme suit :

### « Art. L.221-1.

Par les termes de « ~~salaire, appointements~~ », employés dans les dispositions de la présente section, il faut entendre la rétribution globale du salarié, comprenant ~~en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature~~ les avantages ou suppléments obligatoires en vertu de la loi ou du contrat de travail.

Le salaire stipulé en numéraire est payé chaque mois, et ce au plus tard le dernier jour du mois de calendrier afférent.

En cas de besoins particuliers, légitimes et urgents, le salarié peut obtenir le versement anticipatif de la fraction du salaire correspondant au travail accompli.

Les éléments de salaire non-obligatoires en vertu de la loi ou du contrat de travail ~~émoluments accessoires au salaire en numéraire~~, tels que ~~tantièmes, remises~~, gratifications, primes ou autres **suppléments** de même nature, sont réglés au plus tard dans les deux mois suivant soit l'année de service, soit la clôture de l'exercice commercial, soit l'établissement du résultat de ce dernier. »

40.4 S'agissant du libellé « *maintien du salaire se rapportant à la fin du mois de la survenance de décès du salarié et à l'attribution d'une indemnité égale à trois mensualités de salaire* », visé à l'article L.125-1(2) du Code du travail et prévoyant le paiement en faveur du conjoint survivant, des enfants mineurs et enfants majeurs ainsi que des ascendants, ELSA propose que les règles établies en matière du droit des successions soient calquées dans la mesure où il n'est pas clair quelles seraient les mesures applicables pour chacun des héritiers. ELSA est donc d'avis que le problème de répartition et son quantum devront être réglés dans cet article.

Il pourrait être précisé que le salaire du mois en cours et les 3 mois seront répartis au prorata en faveur des héritiers selon la déclaration successorale. Il faudrait également prévoir un délai endéans lequel ces indemnités pourraient être réclamées (3 mois par exemple).

40.5 ELSA propose donc de modifier l'article L.125-1 du Code du travail comme suit :

### « Art. L.125-1

(1) Sans préjudice des dispositions du chapitre VII ci-après, le contrat de travail est résilié avec effet immédiat en cas de cessation des affaires par suite de décès, d'incapacité physique ou de déclaration en état de faillite de l'employeur. En

cas de transfert d'entreprise au sens des dispositions du même chapitre VII, les contrats résiliés renaissent de plein droit au moment de la reprise des affaires suite au transfert, dans les conditions visées aux articles L.127-3 à L.127-5. Dans cette dernière hypothèse, la reprise des affaires doit cependant intervenir dans les trois mois à partir de la cessation des affaires. Ce délai peut être prolongé ou réduit par la convention visée au paragraphe (2) de l'article L.127-5.

Sauf continuation des affaires par le curateur ou le successeur de l'employeur, le salarié a droit :

1. au maintien des salaires se rapportant au mois de la survenance de l'événement et au mois subséquent, et
2. à l'attribution d'une indemnité égale à cinquante pour cent des mensualités se rapportant au délai de préavis auquel le salarié aurait pu prétendre conformément aux dispositions de l'article L.124-3.

Les salaires et indemnités alloués au salarié conformément à l'alinéa qui précède ne peuvent toutefois excéder le montant des salaires et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

(Loi du 13 mai 2008)

« (2) Le contrat de travail prend fin par le décès du salarié.

Peuvent toutefois prétendre au maintien du salaire se rapportant à la fin du mois de la survenance de décès du salarié et à l'attribution d'une indemnité égale à trois mensualités de salaire **tel que défini à l'article L.221-1 du Code du travail** :

1. Le conjoint survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de divorce ou de séparation de corps passé en force de chose jugée ou la personne survivante ayant vécu au moment du décès avec l'assuré en partenariat déclaré dans le respect des conditions prévues par la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets de certains partenariats, **sinon**
2. les enfants mineurs du salarié décédé et les enfants majeurs dont il a assumé au moment de son décès l'entretien et l'éducation, **sinon**
3. les ascendants ayant vécu en communauté domestique avec le salarié à condition que leur entretien fût à sa charge.

**La demande est à effectuer dans les 3 mois qui suivent le décès du salarié, sous peine de forclusion. Le paiement effectué par l'employeur à l'un des bénéficiaires tels qu'exposés ci-dessus est libératoire.**

Si le salarié décédé a eu la jouissance d'un logement gratuit, l'employeur doit laisser ce logement gratuitement à la disposition des personnes visées à l'alinéa qui précède jusqu'à l'expiration des trois mois qui suivent celui de la survenance du décès. »

## 41. Art. L.125-3

41.1 L'article L.125-3 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.125-3.

Le contrat de travail cesse de plein droit le jour de l'attribution au salarié d'une pension de vieillesse et au plus tard à l'âge de soixante-cinq ans à condition qu'il ait droit à une pension de vieillesse.

41.2 Cet article pose la question de l'obligation du salarié d'informer l'employeur. Il faudrait prévoir l'obligation d'informer l'employeur dans l'année précédant l'attribution d'une pension et une sanction adaptée telle que, par exemple, la cessation de plein droit à 65 ans en cas de défaut d'information.

Une autre option pourrait être l'obligation d'information de la part de la Caisse nationale d'assurance pension, sous réserve de la compatibilité de cette mesure avec le droit à la protection des données personnelles.

41.3 Dans ce contexte, il se pose également la problématique de la continuation de la relation de travail après la cessation de plein droit du contrat de travail :

- En cas de continuation tacite de la relation de travail : quid des droits et obligations des parties découlant du contrat de travail avant cessation de plein droit ?
- Quels sont les moyens d'action de l'employeur pour continuer la relation via un contrat de travail à durée déterminée ?

41.4 ELSA propose de prévoir un cas de recours supplémentaire au contrat de travail à durée déterminée à l'article L.122-1. ELSA renvoie à ses commentaires sous le point 8.2. sur l'article L.122-1(2) du Code du travail. Un maintien de la rémunération antérieure devrait être garanti dans la mesure où le salarié conservera le même niveau de compétences.

41.5 Dans la continuité de cette idée, il sera nécessaire, pour la protection du salarié, de prévoir à l'article L.124-7 du Code du travail une reconnaissance de l'ancienneté automatique dans ce cas.

41.6 ELSA propose de compléter l'article L.125-3 du Code du travail comme suit :

« Le contrat de travail cesse de plein droit le jour de l'attribution au salarié d'une pension de vieillesse et au plus tard à l'âge **de soixante-cinq ans légal de pension** à condition qu'il ait droit à une pension de vieillesse.

**~~Le salarié a l'obligation d'informer son employeur de l'état de son droit à pension de vieillesse au moins six mois avant la date anniversaire de l'âge légal de pension.~~**

**~~Le salarié et l'employeur peuvent choisir de poursuivre la relation de travail après l'âge légal de pension soit sous la forme d'un contrat de travail à durée déterminée soit sous la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée.~~** »

## 42. Art. L.125-4

42.1 L'article L.125-4 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.125-4.

Le contrat de travail cesse de plein droit :

1. le jour de la décision portant attribution au salarié d'une pension d'invalidité ; au cas où le salarié continue à exercer ou reprend une activité professionnelle en conformité avec les dispositions légales régissant la pension d'invalidité, un nouveau contrat de travail peut être conclu.
2. le jour de l'épuisement des droits du salarié à l'indemnité pécuniaire de maladie lui accordée conformément à l'article 9, alinéa 1 du Code des assurances sociales ;
3. pour le salarié qui présente une incapacité d'exercer son dernier poste de travail, le jour de la notification de la décision de la commission mixte retenant un reclassement « professionnel » 1 externe ;
4. le jour du retrait de la reconnaissance de la qualité de salarié handicapé à la personne handicapée ;
5. le jour où la confirmation de la décision de réorientation vers le marché du travail ordinaire est notifiée au salarié handicapé par la Commission d'orientation ou par les juridictions compétentes.

2. le jour de l'épuisement des droits du salarié à l'indemnité pécuniaire de maladie lui accordée conformément à l'article 9, alinéa 1 du Code des assurances sociales ;
3. pour le salarié qui présente une incapacité d'exercer son dernier poste de travail, le jour de la notification de la décision de la commission mixte retenant un reclassement « professionnel » externe ;
4. le jour du retrait de la reconnaissance de la qualité de salarié handicapé à la personne handicapée **auquel cas un poste qui correspond aux qualifications et aux compétences du salarié devra être proposé. Dans l'hypothèse où l'employeur n'a pas de poste à proposer, une décision de reclassement externe devra intervenir.**
5. le jour où la confirmation de la décision de réorientation vers le marché du travail ordinaire est notifiée au salarié handicapé par la Commission d'orientation ou par les juridictions compétentes. »

42.2 Concernant le point 1., ELSA propose de prévoir qu'un nouveau contrat de travail **doit** être conclu.

42.3 S'agissant du point 4., ELSA propose qu'une précision quant au libellé soit effectuée : en effet, en cas de retrait de la reconnaissance de la qualité de salarié handicapé à la personne handicapée, un poste qui correspond aux qualifications et aux compétences de celui-ci devrait être proposé par l'employeur. Si l'employeur n'a pas de poste à proposer, une décision de reclassement externe devrait intervenir.

42.4 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.125-4 du Code du travail comme suit :

« Le contrat de travail cesse de plein droit :

1. le jour de la décision portant attribution au salarié d'une pension d'invalidité ; au cas où le salarié continue à exercer ou reprend une activité professionnelle en conformité avec les dispositions légales régissant la pension d'invalidité, un nouveau contrat de travail **doit peut** être conclu ;



## 43. Art. L.125-5

43.1 L'article L.125-5 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.125-5.

(1) Le reçu pour solde de tout compte délivré par le salarié à son employeur lors de la résiliation ou de l'expiration de son contrat de travail doit être établi en deux exemplaires dont l'un est remis au salarié.

L'indication qu'il a été établi en deux exemplaires doit figurer au reçu.

Le reçu pour solde de tout compte n'a d'effet libératoire qu'à l'égard de l'employeur ; il libère l'employeur du paiement des salaires ou indemnités envisagés au moment du règlement du compte.

(2) Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé par lettre recommandée dans les trois mois de la signature. La dénonciation doit être sommairement motivée et indiquer les droits invoqués. La dénonciation faite en conformité avec le présent paragraphe ne prive le reçu de son effet libératoire qu'à l'égard des droits invoqués.

(3) L'effet libératoire visé au paragraphe (1) ne peut être opposé au salarié, si la mention « pour solde de tout compte » n'est pas entièrement écrite de sa main et suivie de sa signature ou si le reçu ne porte pas mention en caractères très apparents du délai de forclusion visé au paragraphe (2).

Le reçu pour solde de tout compte, régulièrement dénoncé ou ne pouvant avoir d'effet libératoire au sens du présent article, n'a que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent.

43.2 ELSA se pose la question de savoir si la suppression complète de cet article ne serait pas utile, étant donné l'utilisation très limitée en pratique.

## 44. Art. L.125-8

44.1 L'article L.125-8 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.125-8.

(1) La clause de non-concurrence inscrite dans un contrat de travail est celle par laquelle le salarié s'interdit, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle.

(2) Sous peine de nullité, la clause de non-concurrence doit être constatée par écrit.

(3) La clause de non-concurrence est réputée non écrite lorsque au moment de la signature de la convention le salarié est mineur ou lorsque le salaire annuel qui lui est versé au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal.

Lorsque le salaire annuel excède le niveau déterminé par règlement grand-ducal, la clause de non-concurrence ne produit d'effets qu'aux conditions ci-après :

1. elle doit se rapporter à un secteur professionnel déterminé et à des activités similaires à celles exercées par l'employeur ;
2. elle ne peut prévoir une période supérieure à 12 mois prenant cours le jour où le contrat de travail a pris fin ;
3. elle doit être limitée géographiquement aux localités où le salarié peut faire une concurrence réelle à l'employeur en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action ; en aucun cas elle ne peut s'étendre au-delà du territoire national.

La clause de non-concurrence est inapplicable lorsque l'employeur a résilié le contrat sans y être autorisé par l'article L.124-10 ou sans avoir respecté le délai de préavis visé à l'article L.124-3.

44.2 L'utilité pratique de cet article est extrêmement limitée. En effet, il interdit uniquement au salarié (si diverses conditions assez restrictives sont remplies) de concurrencer son ancien employeur après la fin du contrat de travail en « *exploitant une entreprise personnelle* ».

Il ne peut, cependant, dans l'état actuel du texte et de la jurisprudence, pas être interdit au salarié d'accepter un nouvel emploi salarié, même auprès d'un concurrent de son ancien employeur. La pratique montre que cette solution est trop restrictive, puisque souvent des acteurs économiques essayent de débaucher des salariés afin d'attirer par là-même la clientèle de leur concurrent. La jurisprudence et la doctrine décident de plus que « *l'entreprise personnelle* » visée à l'article L.125-8 du Code du travail vise uniquement la situation où un ancien salarié crée

en son propre nom une entreprise concurrente. La jurisprudence estime que l'interdiction de concurrence prévue à cet article ne peut pas être étendue à la situation où un salarié crée une société, même s'il s'agit d'une société unipersonnelle, s'il est dans cette société un des administrateurs / gérants, et même s'il détient la majorité du capital. Il va sans dire que les situations dans lesquelles une personne crée une entreprise en nom personnel et non pas par le biais d'une structure juridique, deviennent de plus en plus rares.

D'autre part, la limitation géographique prévue à cet article, à savoir qu'en aucun cas la clause de non-concurrence ne peut avoir un effet au-delà des limites du Grand-Duché de Luxembourg, est de nos jours, dans un monde où les échanges se font dans leur grande majorité du moins sur un plan régional, sinon européen ou mondial, très éloignée des réalités économiques. L'interconnexion fait de plus qu'il est aujourd'hui facile de concurrencer une entreprise établie au Grand-Duché de Luxembourg sans devoir être présent sur le territoire luxembourgeois.

Enfin, le montant minimal de salaire annuel qui doit être perçu par le salarié afin que la clause de non-concurrence puisse sortir ses effets, est actuellement le même pour les salariés travaillant à temps plein et les salariés travaillant à temps partiel. Or, il est un fait que même un salarié travaillant à temps partiel est susceptible d'obtenir des informations qui peuvent lui permettre, le cas échéant, de faire une concurrence à son ancien employeur. ELSA estime, dès lors, qu'il serait plus approprié et équitable que le montant prévu à l'article 6 du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des dispositions 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, à savoir un montant de 275.000,- LUF à l'indice 100, soit proratisé pour les salariés à temps partiel.

- 44.3 ELSA propose dès lors d'adapter cet article afin de lui redonner une utilité véritable, en prenant en considération les réalités économiques.
- 44.4 ELSA propose qu'en plus de l'hypothèse qui est actuellement prévue dans cette disposition légale (l'activité concurrente à travers une entreprise personnelle), le texte de loi permette également d'étendre l'obligation de non-concurrence à l'hypothèse d'une activité salariale, de même qu'aux hypothèses où l'ancien salarié prend une participation dans une société, ou lorsqu'il occupera un mandat social dans une société concurrente.
- 44.5 En contrepartie de cette extension, et pour les hypothèses couvertes par cette extension, ELSA propose, tel que c'est le cas dans les pays voisins, que le salarié devra bénéficier de la part de son ancien employeur d'une indemnité qui ne pourra pas être inférieure à 50 % du dernier salaire perçu auprès de l'ancien employeur. Les parties auront évidemment le droit de prévoir une indemnité plus importante, ce qui permettra à un salarié auquel on veut imposer une clause de non-concurrence avec un champ d'application large, de l'accepter uniquement en contrepartie d'une indemnité sérieuse (pouvant correspondre à 100 % de son ancien salaire, voire plus). Uniquement dans l'hypothèse où la clause de non-concurrence sera limitée à l'hypothèse d'une activité concurrente à travers une « *entreprise personnelle* », aucune indemnité ne sera obligatoire.

44.6 ELSA propose également de prévoir la possibilité pour l'employeur de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence, avec comme conséquence qu'il n'aura donc plus à payer l'indemnité prévue au contrat. Afin d'éviter cependant que le salarié ne reste dans l'expectative de la décision de son ancien employeur, l'employeur devra notifier sa décision de renoncer à la clause de non-concurrence dans un délai de 15 jours calendrier. Ce délai courra en cas de licenciement à partir de la notification de la lettre de licenciement, et en cas de démission par le salarié à partir de la réception par l'employeur de la lettre de démission.

44.7 Enfin, et en ce qui concerne la durée, ELSA est d'avis que la durée maximale de 12 mois est appropriée. En effet, après 12 mois, il sera difficile à tout salarié d'attirer encore les clients de son ancien employeur.

44.8 ELSA propose par ailleurs de supprimer la partie de l'article L.125-8 qui prévoit actuellement que la clause de non-concurrence est réputée non écrite, lorsque l'employeur a résilié le contrat sans y être autorisé par l'article L.124-10 ou sans avoir respecté le délai du préavis visé à l'article L.124-3. En effet, une partie de la doctrine (cf. J.-L. Putz, *Luxemburger Arbeitsrecht*, Promoculture 2006, n° 275) estime que cette disposition légale signifie qu'une obligation de non-concurrence ne sera valable et opposable au salarié qu'en cas de démission avec préavis du salarié ou en cas de licenciement avec effet immédiat.

44.9 ELSA propose dès lors de libeller l'article L.125-8 du Code du travail comme suit :

(1) *La clause de non-concurrence inscrite dans un contrat de travail est celle par laquelle le salarié s'interdit, **afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur**, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, **que ce soit en tant que salarié, entrepreneur, actionnaire, mandataire social ou par le biais de toute autre fonction.***

(2) *Sous peine de nullité, la clause de non-concurrence doit être constatée par écrit.*

(3) *La clause de non-concurrence est réputée non écrite lorsqu'au moment de la signature de la convention le salarié est mineur ou lorsque le salaire annuel qui lui est versé au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal. **Ce montant est à adapter sur une base prorata temporis pour les salariés à temps partiel.***

**Elle est également réputée non écrite en cas de résiliation du contrat de travail pendant la période d'essai.**

*Lorsque le salaire annuel excède le niveau déterminé par règlement grand-ducal, la clause de non-concurrence ne produit d'effet qu'aux conditions ci-après :*

- 1. elle doit se rapporter à un secteur professionnel déterminé et à des activités similaires à celles exercées par l'employeur ;*
- 2. elle ne peut prévoir une période supérieure à 12 mois prenant cours le jour où le contrat de travail a pris fin ;*

3. elle doit être limitée géographiquement **aux territoires** où le salarié peut faire une concurrence réelle à l'employeur en considérant la nature de l'entreprise, **le rayon d'action de l'entreprise, et la nature de l'emploi occupé par le salarié.**

~~La clause de non-concurrence est inapplicable lorsque l'employeur a résilié le contrat sans y être autorisé par l'article L.124-10 ou sans avoir respecté le délai de préavis visé à l'article L.124-3.~~

4. **Lorsque l'obligation de non-concurrence n'est pas limitée à l'exercice d'activités similaires par l'exploitation d'une entreprise personnelle, elle doit, sous peine de nullité, prévoir une indemnité financière compensatoire à charge de l'employeur, exigible à l'expiration du contrat de travail du salarié. Pour chaque mois d'interdiction de concurrence, l'indemnité sera au moins égale à 50 % du montant mensuel brut du dernier salaire de base dû par l'employeur. L'indemnité sera proratisée pour les durées de non-concurrence ne couvrant pas un mois entier.**

**L'employeur peut renoncer unilatéralement à l'application de la clause de non-concurrence à condition de notifier sa décision au salarié par courrier recommandé dans les 15 jours calendrier à compter de la notification de la lettre de licenciement, respectivement de la réception de la lettre de démission. En cas de renonciation par l'employeur à l'application de la clause de non-concurrence, tel que prévu ci-avant, il sera libéré du paiement de l'indemnité prévue au présent article. »**

## 45. Art. L.125-9

- 45.1 L'article L.125-9 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. 125-9.

Le salarié licencié pour motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise peut faire valoir une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de son départ de l'entreprise. Si le salarié manifeste par écrit le souhait d'user de cette priorité, l'employeur est obligé de l'informer de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.

- 45.2 ELSA propose d'apporter deux précisions à cet article :

- préciser la notion de date de départ qui peut porter à interprétation : est-ce la date de fin de la relation contractuelle ou la date de départ physique de l'entreprise en cas, par exemple, de dispense de travail ?
- introduire une notion de limitation dans le temps.

- 45.3 ELSA propose dès lors de formuler l'article L.125-9 du Code du travail comme suit :

« Le salarié licencié pour motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise peut faire valoir une priorité de réembauchage durant un délai de **six mois d'un an** à compter **de la date de fin de son contrat de travail**. Si le salarié manifeste par écrit le souhait d'user de cette priorité, l'employeur est obligé de l'informer de tout emploi devenu disponible dans sa qualification **dans l'année qui suit la demande du salarié.** »

## 46. Art. L.127-2

46.1 L'article L.127-2 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.127-2.

(Loi du 23 juillet 2015) « Aux fins du présent chapitre, on entend par :

« transfert » : celui d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire. Une réorganisation administrative interne d'autorités administratives publiques ou le transfert interne de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens du présent chapitre ;

(...) »

46.2 Les dispositions du Livre I, Titre II, Chapitre VII Code du travail transposent la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (la « Directive 2001/23/CE »).

Cette Directive est applicable dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise ou partie d'entreprise, qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des salariés attachés à l'entreprise ou partie d'entreprise. Il n'est donc pas nécessaire, pour que la Directive 2001/23/CE s'applique, qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire. La jurisprudence de la CJUE a ainsi jugé à plusieurs reprises que la cession pouvait aussi s'effectuer en plusieurs étapes par l'intermédiaire d'un tiers, comme le propriétaire ou le bailleur, ou encore directement entre deux opérateurs économiques mais en vertu de plusieurs opérations ou actes juridiques successifs (transfert « *par vagues* »).

46.3 Afin de refléter la position de la jurisprudence, ELSA propose de modifier l'article L.127-2 du Code du travail comme suit :

« Aux fins du présent chapitre, on entend par :

« Transfert » : celui d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire, **que ce transfert soit effectué en une ou plusieurs opérations, de manière simultanée ou non.** Une réorganisation administrative interne d'autorités administratives publiques ou le transfert interne de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens du présent chapitre ».

## 47. Art. L.127-4

47.1 L'article L.127-4 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.127-4.

(1) Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.

(2) Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du salarié, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.

47.2 Les dispositions du paragraphe 2 ayant trait à la possible résiliation du contrat de travail dans l'hypothèse où le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail en défaveur du salarié posent la question de leur articulation avec les dispositions de l'article L.121-7 du Code du travail ayant trait à la modification portant sur une clause essentielle du contrat de travail et à la procédure qui y est prévue.

Il n'est, en effet, pas clair, au regard de l'article L.127-4(2), si l'employeur qui envisage de procéder, du fait du transfert, à une modification substantielle du contrat de travail (tel que par exemple dans l'hypothèse où le transfert de l'entreprise ou partie d'entreprise à un cessionnaire situé à l'étranger devait entraîner une modification substantielle du lieu de travail des salariés), est tenu de respecter la procédure prévue par l'article L.121-7 du Code du travail (notification par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise en mains propres contre récépissé de la modification moyennant préavis légal, possibilité pour le salarié de demander les motifs de la modification dans le mois et obligation pour l'employeur d'y répondre dans le mois, etc.).

ELSA est d'avis qu'il y a lieu de prévoir l'application de l'article L.121-7 du Code du travail par un renvoi explicite.

47.3 Par ailleurs, se pose également la question de l'articulation entre les dispositions de l'article L.127-4(2) du Code du travail, et celles des articles L.166-1 et suivants du Code du travail concernant les licenciements collectifs.

Ainsi, si au moins 7, respectivement 15 salariés résilient leur contrat de travail du fait que le transfert d'entreprise entraîne une modification substantielle de leurs conditions de travail conformément à l'article L.127-4(2), ces résiliations étant réputées intervenues du fait de l'employeur, ce dernier pourrait se retrouver dans la situation de devoir procéder à des négociations en vue de l'établissement d'un plan social, alors même qu'il n'a aucune maîtrise sur l'acceptation ou non par les salariés de la modification de leurs conditions de travail par suite du transfert.

ELSA est d'avis que les résiliations de contrat intervenues dans le cadre de l'article L.127-4(2) ne devraient pas être comptabilisées dans les seuils de déclenchement de la procédure de licenciement collectif comme licenciements proprement dits. En effet, c'est par une fiction de la loi que la résiliation des contrats de travail dans le cadre du transfert d'entreprise est qualifiée de licenciement, afin d'accorder des droits de contestations et de permettre une indemnisation des salariés concernés. Il convient de différencier l'initiative de la résiliation qui est prise par les salariés eux-mêmes, et l'imputabilité de la résiliation qui peut, dans certains cas, être attribuée à l'employeur.

L'article L.166-1(2) indique qu'il faut qu'il y ait au moins quatre « licenciements proprement dits ». Or, si les résiliations fondées sur l'article L.127-4(2) peuvent être assimilées à des cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des salariés telles que prévues à l'article L.166-1(2) et non à des licenciements proprement dits, il n'en reste pas moins que si l'employeur a procédé à entre 4 et 6 licenciements individuels sur la période de référence, il pourrait se retrouver à atteindre le seuil de 7, respectivement 15 salariés par l'effet des résiliations intervenues sur le fondement de l'article L.127-4(2), ce qui rendrait nuls les licenciements opérés précédemment.

ELSA renvoie à ses commentaires sous le point 5.3. sur l'article L.121-7 du Code du travail.

47.4 ELSA propose donc de modifier l'article L.127-4 du Code du travail comme suit :

« (1) *Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire.*

**(2) Sans préjudice des dispositions de l'article L.121-7 du Code du travail, si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du salarié, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.**

**La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification qui lui a été notifiée par le cessionnaire pour des raisons non-inhérentes à la personne du salarié n'est pas à prendre en considération pour le calcul des seuils prévus au paragraphe (1) de l'article L.166-1, mais constitue une cessation du contrat de travail intervenue à l'initiative de l'employeur au sens du paragraphe (2) de l'article L.166-1.** ».

## 48. Art. L.415-11

### 48.1 L'article L.415-11 du Code du travail est libellé comme suit :

#### Art. L.415-11.

*(Loi du 23 juillet 2015) « Les dispositions de l'article L.415-10 sont applicables aux licenciements des anciens membres des délégations et des anciens délégués à la sécurité et à la santé pendant les six premiers mois qui suivent l'expiration ou la cessation de leur mandat ainsi qu'aux candidats aux fonctions de membres des délégations du personnel dès la présentation des candidatures et pendant une durée de trois mois. En cas de contestation d'élections suivies de nouvelles élections, cette durée est prolongée jusqu'à la date des nouvelles élections. »*

### 48.2 Le sort de la délégation du personnel en cas de transfert d'entreprise est régi par l'article L.413-2(5) du Code du travail. Cet article vise l'hypothèse du transfert d'un établissement conservant son autonomie après le transfert et ayant une délégation du personnel propre, et non celle d'un transfert d'un ou de plusieurs membres isolés d'une délégation.

#### a) Si un établissement ayant une délégation du personnel propre est transféré, il faut distinguer selon qu'il conserve son autonomie dans la structure d'accueil ou s'il y est intégré au point de perdre son autonomie.

- S'il conserve son autonomie suite au transfert, le statut et la fonction de la délégation du personnel subsistent (art. L.413-2(5) alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail).
- S'il ne conserve pas son autonomie :
  - Si l'établissement d'accueil dans lequel il est intégré dispose d'une délégation du personnel, les membres de la délégation du personnel feront de plein droit partie de la délégation du personnel de l'établissement d'accueil (art. L.413-2(5) alinéa 2 du Code du travail).
  - Si l'établissement d'accueil ne dispose pas d'une délégation du personnel, la délégation du personnel de l'établissement transféré fait office de délégation commune (art. L.413-2(5) alinéa 4 du Code du travail). Il n'y aura donc pas d'adaptation numérique aux nouveaux effectifs regroupés des établissements fusionnés.

Le délégué du personnel maintiendra donc son statut ; il exercera son mandat soit dans l'ancienne délégation qui sera maintenue (si l'établissement conserve son autonomie), soit dans le cadre de la délégation de l'établissement d'accueil ou d'une délégation commune (si l'établissement ne conserve pas son autonomie).

#### b) Si un établissement n'ayant pas de délégation propre est transféré et qu'ainsi seul un ou plusieurs membres isolés d'une délégation du personnel sont

transférés, la loi ne fournit pas de réponse quant au sort de leurs fonctions et de leur statut.

Selon la jurisprudence, le mandat des délégués effectifs et suppléants prend fin puisqu'ils cessent de faire partie du personnel de la société dans laquelle ils avaient été élus (voir en ce sens, Cour d'appel, 5 juillet 2007, N° 31707 du rôle). Par conséquent, la délégation du personnel de l'établissement d'accueil, s'il en existe, restera inchangée. Si, dans la structure d'accueil, il n'existe pas de délégation du personnel, il se peut que, suite au transfert, le seuil de 15 salariés soit atteint ou dépassé ; dans ce cas des élections sociales devront avoir lieu.

Le délégué perdra donc son statut de délégué. Avant la réforme du 23 juillet 2015, le Code du travail précisait que ces salariés continueront à bénéficier de la protection spéciale contre le licenciement (art. L.415-12 seconde phrase), et ce, pendant 6 mois suivant l'expiration du mandat.

Toutefois, suite à la réforme du Code du travail par la loi du 23 juillet 2015, cette phrase a été supprimée. En effet, il résulte de la lecture des travaux préparatoires du projet de loi qu'il avait été jugé que cet alinéa serait devenu sans objet :

« [...] la commission propose de supprimer l'alinéa 2 du texte initial qui prévoyait que les dispositions de l'article L.415-10 sont également applicables aux délégués concernés par un transfert d'entreprise ou d'établissement [...] lorsque leur mandat expire en raison d'un transfert. En effet, au vu du fait qu'en vertu des dispositions légales actuellement en vigueur le mandat des délégués ne saurait expirer en raison d'un transfert d'entreprise, cet alinéa est sans objet. Le Conseil d'Etat [...] suggère de préciser que la protection court jusqu'à la date des nouvelles élections ».

Etant donné que la solution retenue dans l'arrêt du 5 juillet 2007 considérant que le mandat du délégué transféré de manière isolée a pris fin du fait qu'il cessait de faire partie de l'entreprise cédante au sein de laquelle il avait été élu, il est toutefois opportun de préciser si celui-ci reste protégé et pendant combien de temps.

48.3 ELSA propose donc d'ajouter à l'article L.415-11 du Code du travail un deuxième alinéa rédigé comme suit :

**« Les dispositions de l'article L.415-10 sont également applicables aux délégués du personnel transférés de manière individuelle par l'effet d'un transfert d'entreprise au sens des dispositions de l'article L.127-1, et ce jusqu'à la tenue de nouvelles élections sociales, dès lors que l'entreprise cessionnaire n'a pas de délégation du personnel propre ».**

## 49. Art. L.131-8

49.1 L'article L.131-8 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.131-8.

(1) Le contrat de mission doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion.

Il peut toutefois ne pas comporter un terme fixé avec précision, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants :

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur ;
2. pour les emplois à caractère saisonnier ;
3. pour les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi ; la liste de ces secteurs et emplois est établie par le règlement grand-ducal portant application des dispositions des articles L.122-1, L.122-4, L.122-11 et L.125-8.

Lorsque dans ces cas le contrat de mission ne comporte pas de terme précis, il doit être conclu pour une durée minimale et il a pour terme la fin de l'empêchement du salarié absent ou la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu.

(2) A l'exception du contrat à caractère saisonnier, la durée du contrat de mission ne peut excéder douze mois, pour un même salarié et pour un même poste de travail, renouvellements compris.

Le ministre ayant le Travail dans ses attributions peut exceptionnellement autoriser le relèvement de la période maximale visée à l'alinéa qui précède dans l'intérêt de salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation.

(3) Le contrat de mission conclu en violation des dispositions du présent article est réputé à durée indéterminée.

49.2 Le titre III du Livre I du Code du travail concerne le régime juridique du travail intérimaire. Cette forme de travail dite « *précaire* » suit dans une large mesure, sous réserve des particularités liées à l'existence d'une double relation contractuelle (entreprise de travail intérimaire / utilisateur d'une part et entreprise de travail intérimaire / salarié intérimaire d'autre part), le régime juridique du contrat de travail à durée déterminée.

A titre d'exemples :

- Les situations permettant le recours au travail intérimaire sont identiques à celles permettant la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée (article L.131-4(1), alinéa 2 : « *Le contrat de mise à disposition ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et non durable au sens des dispositions de l'article L.122-1 ; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'utilisateur* »).
- Les dispositions applicables en matière de mention du terme du contrat de mission (article L.131-8(1) ou de successions de contrats de mission (article L.131-11) sont également les mêmes. Les règles concernant la période d'attente à respecter entre deux contrats de mission visent d'ailleurs également les contrats à durée déterminée.

En revanche, deux différences notables existent quant à la durée de la « *tâche précise et non durable* » pour laquelle il peut être fait appel au contrat de travail à durée déterminée, respectivement au travail intérimaire.

#### 1. Durée maximale du contrat

En effet, si la durée du contrat à durée déterminée ne peut, pour un même salarié, excéder 24 mois, renouvellements compris (hors contrat à caractère saisonnier), la durée maximale du contrat de mission est, quant à elle, limitée à 12 mois pour un même salarié.

L'on peut donc s'interroger sur la pertinence d'une telle distinction et s'il ne serait pas opportun de lever cette restriction de 12 mois pour le contrat de mission, et ainsi d'aligner la durée maximale du contrat de mission sur celle du contrat de travail à durée déterminée.

Cette interrogation se justifie d'autant plus au regard de la Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

En effet, la Directive 2008/104/CE, tout en reconnaissant une grande diversité des marchés du travail et de la situation juridique des travailleurs intérimaires dans les différents Etats membres, a pour objet « *d'assurer la protection des travailleurs intérimaires et d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de l'égalité de traitement (...) tout en tenant compte de la nécessité d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire en vue de contribuer efficacement à la création d'emplois et au développement de formes souples de travail* » (article 2).

Par ailleurs, aux termes de l'article 4 de la Directive 2008/104/CE, « *les interdictions ou restrictions concernant le recours aux travailleurs intérimaires sont uniquement justifiées par des raisons d'intérêt général tenant, notamment, à la protection des travailleurs intérimaires, aux exigences de santé et de sécurité au travail ou à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché du travail, et d'empêcher les abus* ».

Ce même article prévoit l'obligation pour les Etats membres de réexaminer, au plus tard le 5 décembre 2011, les restrictions ou interdictions applicables

au travail intérimaire afin de vérifier si elles restent justifiées par les raisons susmentionnées.

La Commission Européenne a émis en date du 21 mars 2014 un Rapport sur l'application de la Directive 2008/104/CE relative au travail intérimaire. Ce rapport résume la façon dont les Etats membres ont transposé la directive. Sur le plan du réexamen des interdictions et restrictions concernant le recours aux travailleurs intérimaires conformément à l'article 4, le rapport relève que le Luxembourg a déclaré ne pas avoir procédé au réexamen de sa législation alors qu'aucune restriction ou interdiction n'existerait en droit luxembourgeois. La Commission a toutefois, à juste titre, relevé dans la législation luxembourgeoise des « *restrictions qui touchent, par exemple, à la durée des missions ou qui introduisent une liste des raisons permettant le recours au travail intérimaire* » (pages 9 et 10 du Rapport). La Commission a donc considéré que le Luxembourg devrait réexaminer les interdictions et restrictions existantes après consultation des partenaires sociaux.

Il conviendrait donc de réexaminer dans quelle mesure la limitation du recours au travail intérimaire à une durée maximale de 12 mois répond encore aujourd'hui à des raisons d'intérêt général, telles que celles listées par la Directive 2008/104/CE.

#### 2. Début et fin du contrat en cas de remplacement d'un salarié absent

Tant le contrat de travail à durée déterminée que le travail intérimaire sont autorisés en vue d'assurer le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu. Les articles L.122-3(1) pour le contrat à durée déterminée et l'article L.131-8(1) pour le travail intérimaire prévoient que le contrat « *doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion* », mais que « *il peut toutefois ne pas comporter un terme fixé avec précision, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants* :

1. *Pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail, ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur ;*  
  
*(...) ».*

Ces articles indiquent ensuite que « *Lorsque dans ces cas le contrat ne comporte pas de terme précis, il doit être conclu pour une durée minimale et il a pour terme la fin de l'empêchement du salarié absent (...)* ».

Il en résulte qu'en principe, dans les cas de remplacement d'un salarié absent, le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de mission doivent prendre fin dès le premier jour de retour du salarié absent.

La loi du 22 décembre 2006 a ajouté à l'article L.122-3 deux paragraphes dérogeant à ce principe de cessation dès le retour du salarié absent lorsque le remplacement a lieu dans le cadre d'un congé de maternité et d'un congé parental, comme suit :

« (2) *Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental peut débuter au plus tôt trois mois avant la date de début du*

*congé parental et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé.*

*(3) Le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent pour congé parental consécutif à un congé de maternité peut débuter au plus tôt trois mois avant la date de début du congé de maternité et prendre fin au plus tard trois mois après la fin du congé parental du salarié remplacé. »*

Selon les auteurs du projet de loi, ces deux nouveaux paragraphes ont été inspirés par la volonté des auteurs du projet de loi d'assouplir la durée du contrat à durée déterminée pour le remplaçant, « afin de tenir compte des difficultés auxquelles se heurtent certains employeurs qui ont du mal à remplacer au pied levé un de leurs salariés sans période d'adaptation ou d'introduction au poste » (PL n° 5161, Rapport de la Commission de la Famille, de l'Égalité des Chances et de la Jeunesse, p. 13).

La *ratio legis* de ces dispositions devrait s'appliquer mutatis mutandis au contrat de mission ayant pour objet le remplacement d'un salarié en congé parental, respectivement en congé de maternité suivi d'un congé parental.

49.3 Dans le même esprit, alors que dans le cas d'un contrat de travail à durée déterminée, le remplacement d'un congé parental peut s'effectuer de manière indirecte sur un autre poste que celui du salarié absent (l'article L.122-2 dispose en effet que le contrat à durée déterminée doit indiquer entre autre « lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent ; au cas où il s'agit d'un remplacement indirect d'un salarié absent pour cause de congé parental, le contrat indiquera le nom de ce salarié, même si le remplacement s'effectue sur un autre poste »), aucune disposition similaire n'est prévue lorsque le remplacement intervient par le recours au travail intérimaire.

49.4 De plus, pour les raisons déjà exposées ci-avant et pour souci de cohérence avec la terminologie utilisée aux articles L.122-2 et L.122-3 du Code du travail, ELSA propose de remplacer la référence à la notion de terme par celle de « date ».

49.5 Comme mentionné dans les commentaires concernant l'article L.122-3 du Code du travail, afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, ELSA propose en outre de ne pas reprendre au point 3 de l'article L.131-8(1) les mentions suivantes :

*« 3. pour les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi ; la liste de ces secteurs et emplois est établie par le règlement grand-ducal portant application des dispositions des articles L.122-1 »*

et de faire et renvoi au cas d'ouverture prévu à l'article L.122-1(2) 3.

49.6 Enfin, par analogie avec les modifications proposées aux articles L.122-1(2) et L.122-3 du Code du travail, ELSA est d'avis que le principe des périodes de transition, prévu actuellement pour le congé parental à l'article L.122-3(2) et (3) du

Code du travail, devrait être étendu et généralisé à toutes les périodes d'absences, quelle que soit la raison et la durée de l'absence. De même, comme cela a été indiqué pour les contrats à durée déterminée, afin d'encadrer cette possibilité d'avoir recours à des périodes de transition, ELSA suggère de limiter ces périodes de transition à une fraction de la durée du contrat de travail à durée déterminée.

49.7 Au vu des considérations qui précèdent, ELSA propose de reformuler les paragraphes (1) et (2) de l'article L.131-8 du Code du travail comme suit :

*(1) Le contrat de mission doit **en principe** comporter une **d'échéance terme fixée** avec précision dès sa conclusion. Il peut toutefois ne pas comporter une **date d'échéance précise terme fixé avec précision**, lorsqu'il est conclu dans les cas suivants :*

- 1. Pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, pour un motif autre qu'un conflit collectif de travail, ou pour remplacer un salarié dont le poste est devenu vacant avant l'entrée en service de son successeur ;*
- 2. Pour les emplois à caractère saisonnier ;*
- 3. Pour les emplois ~~pour lesquels dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée ou du caractère par nature temporaire de cet emploi ; la liste de ces secteurs et emplois est établie par le règlement grand-ducal portant application des dispositions des visés aux~~ articles L.122-1, L.122-4, L.122-11 et L.125-8 ».*

*Lorsque dans ces cas le contrat ne comporte pas de **date d'échéance terme précis**, il doit être conclu pour une durée minimale. **Le contrat prend alors fin avec le retour du et il a pour terme la fin de l'empêchement du** salarié absent ou avec la réalisation de l'objet pour lequel il **a été est** conclu.*

***Par dérogation à l'alinéa précédent, le contrat ayant pour objet le remplacement d'un salarié absent peut être conclu pour la durée d'absence majorée de périodes de transition se situant immédiatement avant et/ou après la période d'absence. La ou les périodes de transition ne peuvent excéder au total 1/3 de la durée telle que prévue au contrat, hors renouvellement, ou, lorsque le contrat ne comporte pas de date d'échéance précise, de la durée minimale pour laquelle il a été conclu.***

*(2) A l'exception du contrat à caractère saisonnier, la durée du contrat de mission ne peut excéder **douze vingt-quatre** mois pour un même salarié et pour un même poste de travail, renouvellements compris.*

*Le Ministre ayant le Travail dans ses attributions peut exceptionnellement autoriser le relèvement de la période maximale visée à l'alinéa qui précède dans l'intérêt de salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation.*



(3) Le contrat de mission conclu en violation des dispositions du présent article est réputé à durée indéterminée. »

49.8 Par ailleurs, afin de couvrir la possibilité de remplacement indirect comme pour le contrat de travail à durée indéterminée, ELSA propose de modifier l'article L.131-4 du Code du travail comme suit :

« (1) Un contrat de mise à disposition doit être conclu par écrit entre l'entrepreneur de travail intérimaire et l'utilisateur au plus tard dans les trois jours ouvrables à compter de la mise à disposition du salarié intérimaire.

Le contrat visé à l'alinéa qui précède ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et non durable au sens des dispositions de l'article L.122-1 ; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'utilisateur.

(2) Le contrat de mise à disposition visé au paragraphe (1) doit être établi pour chaque salarié individuellement et doit comporter au moins les mentions ci-après : la mention du motif pour lequel il est fait appel au salarié intérimaire ; dans le cas du remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent **même si le remplacement s'effectue sur un autre poste** ; la durée de la mission ; les caractéristiques particulières du poste de travail à pourvoir, la qualification professionnelle exigée, le lieu de la mission et l'horaire normal ; l'indication du salaire touché dans l'entreprise utilisatrice par un salarié ayant la même qualification ou une qualification équivalente embauché par elle dans les mêmes conditions comme salarié permanent.

(3) Est nulle et ne produit pas d'effets, la clause du contrat de mise à disposition interdisant à l'utilisateur d'embaucher le salarié intérimaire après la cessation du contrat de mission. »

## 50. Art. L.151-2

50.1 L'article L.151-2 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.151-2.

(Loi du 19 août 2008) « Est considéré comme élève ou étudiant toute personne âgée de quinze ans au moins et n'ayant pas dépassé l'âge de vingt-sept ans accomplis, qui est inscrite dans un établissement d'enseignement, luxembourgeois ou étranger, et qui suit de façon régulière un cycle d'enseignement à horaire plein. »

(loi du 4 juin 2020) « Il en est de même de la personne dont l'inscription scolaire a pris fin depuis moins de quatre mois. »

50.2 Le titre V du Livre I du Code du travail traite de l'emploi des élèves et étudiants pendant les vacances scolaires. L'idée de ce titre est à notre sens de réglementer les emplois des personnes qui souhaitent exercer un travail rémunéré à caractère non éducatif pendant la période où ces derniers ne suivent pas un programme scolaire ou universitaire.

Cependant à la lecture des articles, il apparaît que ces emplois ne seraient ouverts qu'aux élèves ou étudiants âgés entre 15 et 27 ans.

Si le seuil des 15 ans semble se justifier dans la mesure où le travail d'une personne en dessous de 15 ans n'est pas permis, le seuil des 27 ans risque aujourd'hui de conduire à une discrimination en fonction de l'âge qui, de l'avis de ELSA, ne pourrait plus se justifier par des raisons objectives.

En effet, un étudiant âgé de plus de 27 ans inscrit dans un établissement d'enseignement ne pourrait pas prétendre à la conclusion d'un contrat étudiant pendant les vacances scolaires alors même qu'il se trouverait dans la même situation qu'un autre étudiant de 27 ans inscrit dans le même établissement. Partant, la condition liée à l'âge prévue à l'heure actuelle par le Code du travail ne paraît plus adaptée au risque de créer une discrimination entre personnes d'un même groupe.

50.3 Au vu des considérations qui précèdent, ELSA propose de modifier l'article L.151-2 du Code du travail comme suit :

« Est considéré comme élève ou étudiant toute personne âgée de quinze ans au moins et **n'ayant pas dépassé l'âge de vingt-sept ans accomplis**, qui est inscrite dans un établissement d'enseignement, luxembourgeois ou étranger, et qui suit de façon régulière un cycle d'enseignement à horaire plein.

Il en est de même de la personne dont l'inscription scolaire a pris fin depuis moins de quatre mois. »

## 51. Art. L.161-1(2)

51.1 L'article L.161-1(2) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.161-1.

(2) Le présent titre ne s'applique pas à la réglementation des conditions de travail, par voie de négociations collectives, des salariés dont les relations de travail sont régies par un statut particulier qui n'est pas de droit privé, notamment par un statut de droit public ou assimilé, dont les fonctionnaires et employés publics.

51.2 Il existe trois catégories de personnel travaillant pour l'Etat avec des statuts particuliers : les fonctionnaires de l'Etat, les employés de l'Etat et les salariés de l'Etat (anciennement « *ouvriers* » ayant une convention collective propre applicable). Il est proposé de remplacer les termes « *employés publics* » par « *les employés et salariés de l'Etat* » afin de couvrir l'ensemble de ces catégories.

51.3 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.161-1(2) du Code du travail comme suit :

« *Le présent titre ne s'applique pas à la réglementation des conditions de travail, par voie de négociations collectives, des salariés dont les relations de travail sont régies par un statut particulier qui n'est pas de droit privé, notamment par un statut de droit public ou assimilé, dont les fonctionnaires, ~~et employés publics~~, les employés et salariés de l'Etat.* »

## 52. Art. L.162-2(1)

52.1 L'article L.162-2(1) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-2.

(1) La demande d'ouverture de négociations collectives doit être introduite par les représentants qualifiés des personnes ou organisations intéressées.

La partie sollicitée ne peut se soustraire à l'obligation d'entamer de telles négociations.

52.2 Cette disposition manque de clarté.

En effet, elle se réfère aux « *représentants qualifiés des personnes (...) intéressées* ». Cette notion semble correspondre aux représentants des personnes morales. ELSA propose ainsi une écriture moins équivoque. De même, concernant les « *représentants des organisations intéressées* » sont sans doute visés les représentants des syndicats de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs. Il serait bon ici de garder cette terminologie utilisée à l'article L.161-2(1).

52.3 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.162-2(1) du Code du travail comme suit :

« *La demande d'ouverture de négociations collectives doit être introduite par **les représentants qualifiés des personnes ou organisations intéressées au moins un représentant des personnes morales ou des organisations professionnelles ou syndicales intéressées mentionnées à l'article L.161-2(1) du présent Code.*** »

## 53. Art. L.162-3

53.1 L'article L.162-3 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-3.

La convention collective de travail doit, sous peine de nullité, être signée par l'ensemble des parties ayant participé à la négociation, sous réserve des dispositions de l'article L.162-4.

Elle n'entre en vigueur qu'à la suite du dépôt accepté conformément à l'article L.162-5.

53.2 Il arrive souvent que les conventions collectives sont négociées en présence de la délégation du personnel dont les membres siègent souvent dans la commission de négociation pour les conventions collectives signées au niveau de l'entreprise, même si strictement parlant cette présence est contraire à l'article L.162-1(1) qui dispose ce qui suit :

« (1) Pour chaque convention collective est constituée une commission de négociation unique regroupant les syndicats remplissant les conditions prévues aux articles L.161-3, L.161-4 et L.161-5, selon la convention visée.

(2) Ces syndicats peuvent, à l'unanimité, admettre ou refuser d'autres syndicats à la négociation. Copie de leur décision est adressée au ministre et à l'Inspection du travail et des mines.

(3) Doivent être admis à la commission de négociation le ou les syndicats ayant obtenu isolément ou ensemble cinquante pour cent des suffrages au moins lors de la dernière élection pour les délégations du personnel dans les entreprises ou établissements relevant du champ d'application de la convention collective.

Ne sont prises en considération que les voix recueillies par les candidats qui se sont présentés sous le sigle du ou des syndicats demandeurs, à l'exclusion des candidats dits neutres.

... ».

Dans la mesure où le texte prévoit que la convention doit être signée par « l'ensemble » des parties ayant participé à la négociation, il faudrait théoriquement qu'elle soit signée par les syndicats et la délégation du personnel si cette dernière a participé à la commission de négociation. On pourrait ainsi aboutir à une situation où la délégation du personnel refuse de signer la convention collective négociée, alors même que le ou les syndicats veulent la signer.

Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il faudrait dès lors préciser que l'article L.162-3 alinéa 1. ne vise que les organisations syndicales/patronales et/ou l'employeur ou son représentant.

53.3 ELSA propose dès lors de modifier l'article L.162-3 du Code du travail comme suit :

« La convention collective doit, sous peine de nullité, être signée par l'ensemble des parties **visées à l'article L.162-1(1), (2) et (3)** ayant participé à la négociation, sous réserve des dispositions de l'article L.162-4. »

## 54. Art. L.162-6

54.1 L'article L.162-6 du Code du travail est libellé comme suit :

(Loi du 13 mai 2008)

### « Art. L.162-6

(1) Les parties prévues aux articles L.161-1 et L.162-2 peuvent décider :

- soit d'exclure les fonctions d'encadrement et de support non directement liées à l'exécution de l'activité principale de l'entreprise ou du secteur des dispositions contenues dans la convention collective en vertu du paragraphe (2) et des points 1. et 2. du paragraphe (3) de l'article L.162-12 ;
- soit de prévoir des conditions divergentes pour les fonctions d'encadrement et de support non directement liées à l'exécution de l'activité principale de l'entreprise ou du secteur concernant les dispositions contenues dans la convention collective en vertu du paragraphe (2) et des points 1. et 2. du paragraphe (3) de l'article L.162-12.

(2) Pour pouvoir entrer en vigueur, et sous peine du refus du dépôt conformément à l'article L.162-5, tout amendement ou avenant à une convention collective, respectivement tout autre texte, quelle que soit sa dénomination, modifiant la convention en cours de validité de celle-ci, doit être signé par l'ensemble des signataires originaires. »

54.2 Le principe de l'unicité de la convention collective ne résulte d'aucun article mais uniquement du titre de la section 4 dans laquelle se trouve les articles L.162-6 et L.162-7 du Code du travail.

Les articles eux-mêmes de la section 4 ne contiennent en réalité que des situations d'exception au principe d'unicité.

54.3 Partant, pour plus de clarté, ELSA propose d'ajouter une première phrase à l'article L.162-6 du Code du travail comme suit :

**« Le principe d'unicité implique que la convention collective est applicable à tous les salariés d'une même entreprise à laquelle la convention collective s'applique ».**

54.4 Il est également proposé d'ajouter un point (3), de sorte que l'actuel point (2) deviendra le point (4).

54.5 ELSA propose dès lors un article L.162-6(1) du Code du travail qui serait libellé comme suit :

**« (1) Le principe d'unicité implique que seulement une convention collective est applicable aux salariés d'une même entreprise à laquelle la convention collective s'applique. »**

**(2)(1)** Les parties prévues aux articles L.161-1 et L.162-2 peuvent décider :

- soit d'exclure les fonctions d'encadrement et de support non directement liées à l'exécution de l'activité principale de l'entreprise ou du secteur des dispositions contenues dans la convention collective en vertu du paragraphe (2) et des points 1. et 2. du paragraphe (3) de l'article L.162-12 ;
- soit de prévoir des conditions divergentes pour les fonctions d'encadrement et de support non directement liées à l'exécution de l'activité principale de l'entreprise ou du secteur concernant les dispositions contenues dans la convention collective en vertu du paragraphe (2) et des points 1. et 2. du paragraphe (3) de l'article L.162-12.

**(3) Les parties prévues aux articles L.161-1 et L.162-2 peuvent également décider de limiter l'application de la convention collective aux salariés faisant partie d'une même activité de l'entreprise pour le cas où une même entreprise assure plusieurs activités qui ne sont pas toutes couvertes par une même convention collective, respectivement couvertes par différentes conventions collectives.**

**(4)(2)** Pour pouvoir entrer en vigueur, et sous peine du refus du dépôt conformément à l'article L.162-5, tout amendement ou avenant à une convention collective, respectivement tout autre texte, quelle que soit sa dénomination, modifiant la convention en cours de validité de celle-ci, doit être signé par l'ensemble des signataires originaires. »

## 55. Art. L.162-7(1)

55.1 L'article L.162-7(1) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-7.

(1) Lorsqu'une convention collective de travail s'applique à un groupement ou un ensemble d'entreprises ou d'employeurs, à un secteur ou à une branche d'activité, les parties contractantes peuvent décider de lui conférer le caractère de convention-cadre et de renvoyer le règlement de certaines matières à des accords collectifs à négocier aux niveaux inférieurs.

Dans ce cas, la convention collective doit expressément :

1. énoncer qu'il s'agit d'une convention-cadre ;
2. énumérer avec précision les domaines ou matières qui sont à régler aux niveaux de négociation inférieurs ;
3. fixer les niveaux auxquels cette négociation doit se faire, étant entendu que le niveau de négociation ne peut être inférieur à celui de l'entreprise ;
4. fixer les grands principes régissant les matières dont le détail peut être déterminé par des accords aux niveaux inférieurs.

55.2 L'article L.162-7 prévoit la possibilité de conclure une convention cadre, avec la possibilité de réglementer certaines matières ou domaines à des niveaux inférieurs, aboutissant à un accord subordonné.

Ceci constitue encore une exception au principe d'unicité tel que prévu à l'article L.162-6 du Code du travail, de sorte que ELSA propose d'insérer un nouveau paragraphe (1) à l'article L.162-7 du Code du travail :

**« Le principe d'unicité implique que la convention collective s'applique à l'ensemble d'un groupement ou un ensemble d'entreprises ou d'employeurs, à un secteur ou à une branche d'activités sans distinction. »**

55.3 ELSA propose de commencer la phrase du nouveau paragraphe (2) de la manière suivante :

**« Cependant, lorsqu'une convention collective (...) »**

55.4 Le Code du travail ne définit pas l'« accord subordonné » qui pourtant est mentionné à de nombreuses reprises. De plus, l'article L.162-7 relatif à la convention-cadre et à l'accord subordonné, décrit cet accord subordonné mais ne le mentionne pas expressément. C'est pour cela que ELSA propose de le nommer au premier alinéa du paragraphe (1) devenu le nouveau paragraphe (2). Sa fonction étant décrite, il n'apparaît pas nécessaire de le définir.

ELSA a par ailleurs estimé utile de clarifier ici les éléments « *obligatoires* » de la convention-cadre.

55.5 ELSA propose donc de libeller les paragraphes (1) et (2) de l'article L.162-7 du Code du travail comme suit :

**« (1) Le principe d'unicité implique que la convention collective s'applique à l'ensemble d'un groupement ou un ensemble d'entreprises ou d'employeurs, à un secteur ou à une branche d'activités sans distinction.**

**(2)(1) Cependant,** lorsqu'une convention collective de travail s'applique à un groupement ou un ensemble d'entreprises ou d'employeurs, à un secteur ou à une branche d'activité, les parties contractantes peuvent décider de lui conférer le caractère de convention-cadre et de renvoyer le règlement de certaines matières à ~~des accords collectifs~~ **un accord** à négocier **aux à un** niveaux inférieurs.

Dans ce cas, la convention collective doit expressément :

1. énoncer qu'il s'agit d'une convention-cadre ;
2. énumérer avec précision les domaines ou matières qui sont à régler aux ~~niveaux de négociation inférieurs de l'accord subordonné, ainsi que les grands principes régissant ces matières ou domaines ;~~
3. fixer le(s) niveau(x) au(x)quel(s) cette négociation doit se faire, étant entendu que le niveau de négociation ne peut être inférieur à celui de l'entreprise ; »
4. ~~fixer les grands principes régissant les matières dont le détail peut être déterminé par des accords aux niveaux inférieurs.~~ »

## 56. Art. L.162-7(2)

56.1. L'article L.162-7(2) du Code du travail est libellé comme suit :

**Art. L.162-7.**

(2) Les accords visés ci-dessus doivent, sous peine de nullité, être signés par les représentants des parties contractantes. Ils n'entrent en vigueur qu'après avoir fait l'objet d'une décision d'acceptation dans les conditions de l'article L.162-5.

56.2. Suite aux modifications suggérées ci-dessus, ce paragraphe (2) deviendra le nouveau paragraphe (2).

56.3. Cette disposition soulève deux questionnements :

1. Le texte n'est pas très clair en parlant d'« *accords visés* ». Quels sont ces accords visés ?

On peut penser qu'il s'agit des accords collectifs subordonnés à négocier aux niveaux inférieurs dans le cadre de conventions-cadre s'appliquant à un groupement ou un ensemble d'entreprises ou d'employeurs, à un secteur ou à une branche d'activité. Mais il pourrait également s'agir des conventions-cadre visées sous le point (1) du même article.

Il serait, dès lors, utile de préciser le texte afin de clairement identifier ce qui est entendu par « *accords visés* ».

2. Il faudrait aussi clarifier la notion de « *représentants des parties contractantes* » qui semble trop vague surtout quand les accords visés sont les accords subordonnés. Si, comme le texte le prévoit, ces accords ne peuvent être négociés à un niveau inférieur à celui de l'entreprise, est-ce que l'entreprise sera une « *partie contractante* » ? Ou est-ce que cet accord, après avoir été négocié au niveau de l'entreprise, devra néanmoins être signé par le ou les représentants du groupement d'entreprises ou du secteur ou de la branche d'activité ? Et qui seront les représentants des parties contractantes ? Au niveau de l'entreprise la délégation du personnel ou les syndicats ayant négocié la convention cadre ?

Il semble opportun à ELSA que le législateur définisse mieux les termes utilisés et quels seraient les représentants autorisés à signer.

## 57. Art.L.162-8(3)

57.1 L'article L.162-8(3) est libellé comme suit :

### Art. L.162-8.

(3) Sauf disposition contraire de la convention collective ou de l'accord subordonné, les conditions de travail et de salaire des salariés ayant la qualité de cadres supérieurs ne sont pas réglementées par la convention collective ou l'accord subordonné conclus pour le personnel ayant le statut de salarié.

Toutefois, les parties contractantes qualifiées au sens des dispositions qui précèdent peuvent décider de négocier une convention collective particulière pour les cadres supérieurs au sens des dispositions ci-dessus visées.

Sont considérés comme cadres supérieurs au sens du présent titre, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si cet salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires.

La convention collective ou l'accord subordonné mentionnent les catégories de personnel non couvertes au sens de la présente disposition.

Sont nulles toutes les clauses d'une convention collective, d'un accord subordonné et d'un contrat de travail individuel prétendant soustraire aux effets de la convention collective ou de l'accord subordonné applicables des salariés qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions fixées à l'alinéa 3 du présent paragraphe.

Par ailleurs, l'ensemble de la législation du travail, y compris en matière de durée de travail et d'heures supplémentaires est applicable aux salariés ne remplissant pas toutes les conditions fixées aux alinéas qui précèdent.

57.2 ELSA propose d'enlever l'alinéa 2 de cet article qui dispose ce qui suit :

« Toutefois, les parties contractantes qualifiées au sens des dispositions qui précèdent peuvent décider de négocier une convention collective particulière pour les cadres supérieurs au sens des dispositions ci-dessus visées ».

En effet cet alinéa est en contradiction avec l'article L.162-6 et devrait partant être enlevé du Code du travail.

57.3 ELSA propose également d'enlever l'alinéa 6 de cet article qui dispose ce qui suit :

« Par ailleurs, l'ensemble de la législation du travail, y compris en matière de durée de travail et d'heures supplémentaires est applicable aux salariés ne remplissant pas toutes les conditions fixées aux alinéas qui précèdent. »

Il y a lieu de biffer purement et simplement cette disposition qui ne répète que les principes édictés de manière plus précise et complète par l'article L.010-1 du Code du travail.

57.4 ELSA propose donc de libeller l'article L.162-8(3) du Code du travail comme suit :

« (3) Sauf disposition contraire de la convention collective ou de l'accord subordonné, les conditions de travail et de salaire des salariés ayant la qualité de cadres supérieurs ne sont pas réglementées par la convention collective ou l'accord subordonné conclus pour le personnel ayant le statut de salarié.

**~~Toutefois, les parties contractantes qualifiées au sens des dispositions qui précèdent peuvent décider de négocier une convention collective particulière pour les cadres supérieurs au sens des dispositions ci-dessus visées.~~**

*Sont considérés comme cadres supérieurs au sens du présent titre, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si cet salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires.*

*La convention collective ou l'accord subordonné mentionnent les catégories de personnel non couvertes au sens de la présente disposition.*

*Sont nulles toutes les clauses d'une convention collective, d'un accord subordonné et d'un contrat de travail individuel prétendant soustraire aux effets de la convention collective ou de l'accord subordonné applicables des salariés qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions fixées à l'alinéa 3 du présent paragraphe.*

**~~Par ailleurs, l'ensemble de la législation du travail, y compris en matière de durée de travail et d'heures supplémentaires est applicable aux salariés ne remplissant pas toutes les conditions fixées aux alinéas qui précèdent ».~~**

## 58. Art. L.162-10(2)

58.1 L'article L.162-10(2) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-10.

(2) La convention collective dénoncée cesse ses effets dès l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention et au plus tard le premier jour du douzième mois de sa dénonciation, sauf fixation conventionnelle d'un autre délai.

58.2 Cette disposition pose deux problèmes.

1. Il est apparu en pratique que souvent le délai de 12 mois après la dénonciation, pendant lequel la convention reste en vigueur, ne suffit pas aux partenaires sociaux pour négocier une nouvelle convention collective.

Il est évident qu'il ne s'agit pas d'encourager les partenaires sociaux à faire traîner en longueur les négociations, mais il est proposé d'étendre la validité de la convention collective en cas d'absence de nouvelle convention « *au plus tard le premier jour du 24<sup>ème</sup> mois de sa dénonciation* ».

2. L'intérêt de cette prolongation est d'autant plus prononcé que jusqu'à présent la loi ne prévoit nulle part ce qui se passe lorsque la convention collective cesse de produire ses effets en raison de l'expiration du délai de 12 mois.

Les questions qui se posent sont les suivantes :

- est-ce que les droits négociés dans la convention collective expirée restent acquis aux salariés ?

C'est difficilement envisageable alors que cette solution empêcherait les partenaires sociaux de négocier des avantages à la baisse si la situation économique devait l'exiger.

- est-ce qu'on reviendrait aux garanties minimales accordées par le Code du travail et les différents contrats de travail ?

Cela risquerait de provoquer de grandes disparités entre salariés d'un même secteur, d'une même branche ou d'une même entreprise dans la mesure où leurs contrats de travail, signés à des époques parfois distantes de plusieurs décennies, ne garantissent pas forcément à chacun les mêmes droits.

Cette solution risquerait aussi de gêner fortement l'activité de certaines entreprises comme, par exemple, les entreprises de transport qui exigent des aménagements du temps de travail difficiles à régler sans convention collective, mais uniquement sur la base de la loi et des contrats de travail existants.

Les juridictions luxembourgeoises n'ont que très rarement eu l'occasion de trancher les questions qui se posent à ce sujet. Les quelques décisions que les auteurs ont pu consulter ont toutes plutôt adopté la position consistant à dire que les avantages consentis dans une convention collective sont limités dans le temps et ne survivent pas à la convention collective, et ne sont pas non plus de nature à créer des droits acquis.

Il serait donc préférable de prévoir dans la loi un régime applicable après la période de validité de la convention collective.

Mais c'est une question éminemment politique de sorte que ELSA ne propose pas de texte.

## 59. Art. L.162-10(4)

59.1 L'article L.162-10(4) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-10.

(4) Lorsque la convention collective de travail ou certaines de ses stipulations n'ont pas été dénoncées conformément aux dispositions du paragraphe (1), les parties concernées peuvent décider d'un commun accord de renégocier la convention ou certaines de ses dispositions. Dans ce cas, les négociations doivent commencer au plus tard six semaines avant que la convention collective ou les dispositions concernées ne viennent à expiration.

L'accord des parties visé à l'alinéa qui précède est consigné dans un document écrit qui précise les dispositions dénoncées et dont une copie est adressée sans délai au ministre et à l'Inspection du travail et des mines.

59.2 Or, en présence d'une convention à durée indéterminée, il n'y a pas de date d'expiration. Partant, cette règle ne s'appliquerait que dans l'hypothèse où la renégociation se ferait durant la période initiale contractuellement prévue dans la convention collective, ce qui n'était probablement pas le vœu du législateur.

59.3 ELSA s'interroge également sur le lien entre, d'une part, la renégociation et, d'autre part, la dénonciation. S'il n'y a pas d'obligation de dénoncer la convention (ou une partie de la convention) pour pouvoir la renégocier, ce délai de 6 semaines ne donne pas de sens, puisque faute de dénonciation, la convention reste en vigueur. De même, au 2<sup>ème</sup> alinéa du paragraphe 4, on prévoit que les parties doivent consigner leur accord trouvé, suite à la renégociation, dans un document écrit qui précise les « *dispositions dénoncées* ». Or, comme la renégociation est possible sans dénonciation préalable, il se peut très bien qu'il n'existe aucune disposition dénoncée.

ELSA propose de remplacer les mots « *dispositions dénoncées* » par « *dispositions remplacées* ».

## 60. Art. L.162-11

60.1 L'article L.162-11 du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.162-11.

Pendant la durée de validité de la convention collective de travail ou de l'accord subordonné, les parties contractantes s'abstiennent de tous actes qui peuvent être de nature à en compromettre l'exécution loyale, ainsi que de toute grève ou mesure de lock-out.

60.2 La formulation utilisée dans cette disposition semble interdire toute grève / lock-out dans l'entreprise tant qu'il y a une convention collective qui s'applique.

Il faut noter que la « *trêve sociale* » trouve sa cause dans la signature entre les parties d'une convention. Ainsi, tout conflit collectif devrait être interdit uniquement s'il est relatif au contenu de cette convention puisque les parties se sont engagées, sur une durée limitée, à appliquer ces dispositions. Si la grève ne trouve pas sa cause dans l'application de la convention collective, elle devrait être licite.

60.3 ELSA propose dès lors de reformuler l'article L.162-11 du Code du travail comme suit :

« *Pendant la durée de validité de la convention collective de travail ou de l'accord subordonné, les parties contractantes s'abstiennent de tous actes qui peuvent être de nature à en compromettre l'exécution loyale, ainsi que de toute grève ou mesure de lock-out, **relative à son application.*** »



## 61. Art. L.162-11, Art. L.163-2(2) et Art L.166-2(7)

61.1 Les articles L.162-11, Art. L.163-2(2) et L.166-2(7) du Code du travail sont libellés comme suit :

### Art. L.162-11.

Pendant la durée de validité de la convention collective de travail ou de l'accord subordonné, les parties contractantes s'abstiennent de tous actes qui peuvent être de nature à compromettre l'exécution loyale, ainsi que de toute grève ou mesure de lock-out.

### Art. L.163-2.

(2) Sans préjudice des litiges relatifs aux licenciements collectifs régis par le chapitre V du présent titre, on entend par litiges collectifs se rapportant aux intérêts collectifs en matière de conditions de travail relevant de la compétence de l'Office national de conciliation, à condition que les litiges soient véritablement collectifs et concernent les intérêts collectifs de l'ensemble ou de la majorité du personnel, ceux découlant des problèmes résultant de l'organisation, de la réorganisation ou de la restructuration de l'entreprise et qui ont un impact collectif sur les conditions de travail de l'ensemble ou de la majorité des salariés de l'entreprise, y compris ceux concernant directement seulement une division, un service ou un département d'une entreprise, mais susceptibles d'avoir un effet direct sur l'ensemble ou la majorité des salariés de l'entreprise.

### Art. L.166-2.

(7) En cas de désaccord conformément au paragraphe (6), les parties saisissent conjointement l'Office national de conciliation, sous peine de forclusion, au plus tard trois jours après la signature du procès-verbal de désaccord, en joignant copie du procès-verbal.

Le président de l'Office national de conciliation convoque dans les deux jours les membres de la commission paritaire. La séance a lieu trois jours au plus tard après la convocation.

Les délibérations de la commission sont closes au plus tard quinze jours après la date fixée pour la première séance.

Le résultat des délibérations est consigné dans un procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal est adressée sans délai à « l'Agence pour le développement de l'emploi » 1 et à l'Inspection du travail et des mines.

61.2 L'article 11 de la Constitution prévoit dans son point 4 que la loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit. La loi garantit les libertés syndicales et organise le droit de grève.

Le droit de grève est donc réglementé par la loi, en l'occurrence l'article L.162-11 qui dispose que « Pendant la durée de validité de la convention collective de

travail (...), les parties contractantes s'abstiennent de tous actes (...), ainsi que de toute grève ou mesure de lock-out. »

L'article L.163-2 prévoit qu'avant toute grève ou mesure de lock-out, les litiges collectifs sont portés obligatoirement devant l'ONC.

Le point 5 (du même article) dispose que : « les parties doivent s'abstenir de toute grève ou mesure de lock-out jusqu'à la constatation de la non-conciliation par l'ONC ».

Par conséquent, avant de pouvoir engager une action de grève, une procédure de conciliation doit être respectée pour les litiges collectifs.

Parmi les litiges collectifs sont concernés les litiges relatifs aux conventions collectives ainsi que les licenciements collectifs (cf. article L.163-2(2)).

L'article L.163-2(2) dispose que : « Sans préjudice des litiges relatifs aux licenciements collectifs régis par le chapitre V du présent titre, on entend par litiges collectifs se rapportant aux intérêts collectifs en matière de condition de travail... ».

La formulation utilisée pourrait prêter à interprétation.

61.3 ELSA propose dès lors de reformuler l'article L.163-2(2) du Code du travail comme suit :

« **Sans préjudice des litiges relatifs aux licenciements collectifs régis par le chapitre V du présent titre, on entend par litiges collectifs, en plus des litiges relatifs aux licenciements collectifs régis par le chapitre V du présent titre, les litiges se rapportant aux intérêts collectifs en matière de conditions de travail...** »

61.4 L'article L.166-2(7) parle de l'hypothèse d'un désaccord dans le cadre des négociations d'un plan social, permettant aux parties de saisir conjointement l'ONC.

Le même article dispose que le résultat des délibérations de l'ONC est consigné dans un procès-verbal, sans distinction d'accord ou de désaccord.

En combinant cet article avec l'article L.163-2(1), la conséquence logique serait de permettre aux parties des mesures de grève ou mesures de lock-out à partir de la constatation de la non-conciliation par l'ONC.

En effet, sans précision à ce sujet, et conformément à l'article L.162-11, il y aurait une inégalité de traitement des salariés dans le cas d'un licenciement collectif et de négociation d'un plan social, selon que l'entreprise en question est soumise à une convention collective ou non. Ainsi si l'entreprise n'est pas liée par une convention collective, la grève serait possible tandis que dans l'hypothèse d'une entreprise soumise à convention collective, le droit de grève ou de mesure de lock-out n'existerait pas en cas de constatation de non-conciliation.

61.5 Par conséquent, ELSA propose de rajouter à la fin de l'article L.166-2(7) du Code du travail la phrase suivante :

« **Sans préjudice de l'article L.162-11 du présent chapitre, les parties s'abstiennent de tous actes qui peuvent être de nature à compromettre les négociations du plan social, ainsi que toute grève ou mesure de lock-out** ».

## 62. Art. L.166-1(1)

62.1 L'article L.166-1(1) du Code du travail est libellé comme suit :

### Art. L.166-1.

(1) Aux fins de l'application du présent chapitre, on entend par licenciements collectifs les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des salariés, lorsque le nombre de licenciements envisagés est :

1. pour une même période de trente jours, au moins égal à sept salariés ;
2. pour une même période de quatre-vingt-dix jours, au moins égal à quinze salariés.

62.2 L'article L.166-1(1) fait référence à des licenciements « envisagés ».

Or la Directive 98/59/CE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs prévoit dans son article 1<sup>er</sup> qu'on entend par licenciement collectif « *les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les Etats membres ( : ...).* »

Il existe une différence entre la directive et l'article L.166-1 en ce sens que la directive vise le nombre de licenciements effectués (donc déjà intervenus) pour une période déterminée, alors que l'article L.166-1 se réfère aux licenciements envisagés.

La problématique de la notion de « envisagé » se rencontre notamment lorsqu'un employeur envisage de licencier un nombre déterminé de salariés, l'obligeant à respecter la procédure de licenciement collectif, mais que par la suite, en application des dispositions prévues à l'article L.166-2, le nombre de licenciements effectivement intervenus sera inférieur au nombre obligeant l'employeur à respecter la procédure de licenciement collectif.

62.3 ELSA se pose dès lors la question s'il ne serait pas préférable de changer le terme « envisagé » par le terme « effectif ».



**ELSA asbl**

19, rue des Cerisiers  
L-1322 LUXEMBOURG

[info@elsa.lu](mailto:info@elsa.lu)