

## CHAMBRE DE COMMERCE

## CHAMBRE DES METIERS

Objet: **Projet de loi n°7086 portant modification**

- 1) du Code du travail ;
- 2) de la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôts sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs ;
- 3) de la loi modifiée du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées. (4735SBE)

*Saisine : Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire  
(19 octobre 2016)*

<p style="text-align: center;"><b>AVIS COMMUN DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET DE LA CHAMBRE DES METIERS</b></p>
--

Le projet de loi sous avis a principalement pour objet de modifier un certain nombre de dispositions diverses et éparses au sein du Code du travail (l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi comporte 32 points différents) et de modifier la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôts sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs (article 2 du projet de loi) ainsi que la loi modifiée du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées (article 3 du projet de loi).

Au regard de l'importance du projet de loi et de ses répercussions sur l'ensemble de leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ont estimé utile et nécessaire de prendre position à travers un avis commun sur le projet de loi sous avis.

### Résumé synthétique

Le présent projet de loi qui présente toutes les caractéristiques d'une loi omnibus (en regroupant des dispositions portant sur des sujets différents et sans lien entre eux) contient principalement des dispositions visant à compléter, préciser ou modifier le Code du travail notamment en matière de maintien intégral de la rémunération en cas de maladie du salarié, de travail étudiant, de congé de récréation, de disponibilité sur le marché du travail, de contestation devant le tribunal du travail et d'aide au réemploi.

L'essentiel des critiques de la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers se concentre sur le **maintien intégral de la rémunération en cas de maladie du salarié** communément appelé « Lohnfortzahlung » (ci-après « LFZ »).

Aux yeux des deux chambres professionnelles, les neuf alinéas que le projet de loi proposent d'ajouter sous l'article L.121-6, paragraphe (3) du Code du travail créent davantage d'insécurité juridique qu'ils ne fournissent des solutions satisfaisantes (suite aux jurisprudences intervenues en la matière). Cette insécurité juridique, préjudiciable à la fois aux employeurs et aux salariés, est accentuée par le manque de substance des commentaires des articles (dont le rôle est pourtant d'éclairer la compréhension de toute disposition de loi).

En tout état de cause, les deux chambres professionnelles relèvent que les accords antérieurement passés entre les partenaires sociaux dans le cadre de l'introduction du statut unique sont, une fois encore, remis en cause d'une manière inacceptable, au détriment des employeurs.

Après avoir longuement étayé les critiques qu'elles formulent à l'encontre des neuf alinéas précités, les deux chambres professionnelles proposent un nouveau libellé d'article (sous le Commentaire des articles du présent avis) afin de rendre le régime de la LFZ praticable et plus raisonnable.

A côté de la LFZ, les deux chambres professionnelles émettent encore un certain nombre de critiques sur d'autres modifications apportées au Code du travail par le projet de loi sous avis.

Ainsi, si les deux chambres professionnelles soutiennent l'augmentation de la durée hebdomadaire de travail pour les étudiants à 15 heures maximum (au lieu de 10 heures actuellement) afin de tenir compte des besoins financiers des étudiants, il incombe à leur yeux d'éviter toute discrimination entre les étudiants travaillant et réalisant leurs études au Luxembourg et ceux travaillant au Luxembourg mais réalisant leurs études à l'étranger. En outre, les deux chambres professionnelles présumant que toutes les mesures qui devraient le cas échéant être prises, le sont afin de ne pas pénaliser les parents et/ou les étudiants par ailleurs (notamment en matière d'allocations familiales, bourses d'études).

S'agissant des modalités suivant lesquelles le congé de récréation doit être pris, les deux chambres professionnelles donnent à penser que fixer la durée minimale d'une des fractions du congé de récréation à deux semaines de calendrier (et non plus douze jours continus), est en contradiction avec les intérêts des salariés et des employeurs, les premiers préconisant généralement un fractionnement de leurs congés.

Par ailleurs, l'obligation faite au salarié de mener à son terme son action devant le tribunal en cas de licenciement pour motif grave ou de démission motivée par un acte de harcèlement sexuel ou par des motifs graves, sous peine de devoir rembourser la moitié des indemnités du chômage reçues par provision devraient, de l'avis des deux chambres professionnelles, être nuancée. En mettant exagérément l'accent sur les obligations pesant sur le salarié s'il veut échapper à la condamnation au remboursement des indemnités de chômage et en faisant fi des raisons qui peuvent conduire le salarié à se désister, le projet de loi donne à tort l'impression que les parties ne peuvent pas transiger. Ce point devrait partant être clarifié dans l'intérêt des employeurs comme des salariés. En outre, si la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers peuvent accepter que les indemnités de chômage versées par provision soient remboursées pour moitié par le salarié et pour l'autre moitié par l'employeur, en cas de désistement résultant d'une transaction, elles tiennent néanmoins à souligner que cette solution ne ressort absolument pas, contrairement à ce qu'indiquent les auteurs, de la jurisprudence actuelle qui met à charge du salarié l'intégralité du remboursement.

Enfin, les deux chambres professionnelles regrettent que les conditions d'accès aux aides destinées à faciliter l'embauche de chômeurs âgés et de chômeurs de longue durée aient été durcies.

## Considérations générales

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers entendent particulièrement prendre position sur les modifications opérées en droit du travail par le projet de loi sous avis.

Les modifications au Code du travail introduites par l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi sous avis portent sur des sujets très divers<sup>1</sup> :

- a) le maintien intégral de la rémunération en cas de maladie du salarié, communément appelé « LFZ » et vise à mettre fin à l'incertitude juridique existant depuis l'introduction du statut unique (article 1<sup>er</sup>, point 1<sup>o</sup>) ;
- b) l'augmentation de la durée hebdomadaire de travail pour les étudiants (afin de tenir compte des besoins des étudiants) (article 1<sup>er</sup>, point 2<sup>o</sup>) ;
- c) l'extension du bénéfice des indemnités de préavis et de départ au salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de son employeur lorsque la résiliation est déclarée justifiée par la juridiction du travail (dans un souci d'égalité de traitement et pour tenir compte de deux arrêts de la Cour Constitutionnelle) (article 1<sup>er</sup>, points 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup>) ;
- d) la précision des modalités de la prise du congé de récréation (article 1<sup>er</sup>, point 9<sup>o</sup>) ;
- e) la disponibilité sur le marché du travail ainsi que les critères de l'emploi approprié (point 10<sup>o</sup>) ;
- f) l'obligation pour l'employeur de rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités du chômage lorsque (i) le licenciement du salarié par l'employeur a été jugé abusif ou que (ii) la démission du salarié pour faute grave de l'employeur a été jugée justifiée (article 1<sup>er</sup>, point 11<sup>o</sup>) ;
- g) l'obligation faite au salarié de mener à son terme son action devant le tribunal en cas de licenciement pour motif grave ou de démission motivée par un acte de harcèlement sexuel ou par des motifs graves, sous peine de devoir rembourser les indemnités du chômage reçues par provision (article 1<sup>er</sup>, point 12<sup>o</sup>) ;
- h) l'adaptation de certaines mesures en faveur de l'emploi (aide à l'embauche de chômeurs et aide au réemploi) (article 1<sup>er</sup>, points 22<sup>o</sup> à 24<sup>o</sup>) ;
- i) conditions suivant lesquelles le chômeur de moins de 30 ans peut bénéficier du contrat d'appui-emploi (article 1<sup>er</sup>, point 25<sup>o</sup>) ;
- j) l'institutionnalisation du Réseau d'études sur le marché du travail et de l'emploi, désigné par l'acronyme « RETEL » (article 1<sup>er</sup>, point 32<sup>o</sup>).

Les deux chambres professionnelles développeront des commentaires sur l'ensemble des points listés ci-avant à l'exception des points c), f), i) et j).

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent que plusieurs des modifications opérées par le projet de loi à l'endroit du Code du travail ont fait l'objet de discussions et de négociations au sein du Comité permanent du travail et de l'Emploi (ci-après, le « CPTÉ »). Les deux chambres professionnelles y reviendront plus précisément pour autant que de besoin.

### **I. Concernant le maintien intégral du salaire en cas d'incapacité de travailler pour cause de maladie** (point 1<sup>o</sup> de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi complétant l'article L.121-6, paragraphe (3) du Code du travail)

---

<sup>1</sup> L'énumération suit le texte de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi et tient compte de la numérotation des articles du Code du travail qu'il modifie (et non de l'importance croissante ou décroissante des différents sujets).

L'exposé des motifs du projet de loi sous avis précise que l'adaptation proposée du paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail se réalise dans le cadre de l'accord du 14 janvier 2015 conclu entre le Gouvernement et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (ci-après « UEL ») qui prévoit que *« l'accord sur la question de la continuation du salaire en cas d'absence du salarié pour maladie sera finalisé sur base des travaux préparatoires effectués au Comité Permanent du Travail et de l'Emploi »*.

Même si un certain nombre de propositions d'adaptations ont effectivement été discutées au sein du Comité Permanent du Travail et de l'Emploi (ci-après, « CPTÉ »), la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers tiennent à relever que la remarque faite par les auteurs du présent projet de loi précisant que *« le texte proposé est le fruit d'une longue négociation au sein du CPTÉ »* ne correspond malheureusement pas à la réalité. Les organisations patronales réunies au sein de l'UEL ont participé aux discussions techniques menées au sein d'un groupe de travail ad hoc CPTÉ qui n'a toutefois pas abouti à un quelconque texte consensuel. Les propositions qui avaient été soumises par les représentants gouvernementaux étaient trop éloignées de l'esprit des accords tripartites de 2006 sur l'introduction du statut unique et n'ont, à aucun moment, trouvé l'aval des organisations patronales.

Comme l'indiquent les auteurs dans l'exposé des motifs<sup>2</sup>, le texte proposé adaptant l'article L.121-6 du Code du travail vise *« à mettre fin à une incertitude juridique existant depuis l'introduction du statut unique »*, tout en sachant que *« cette insécurité a donné lieu à un grand nombre de recours individuels devant la juridiction du travail qui a à chaque fois tranché ces litiges en retenant une très large assiette comme base de calcul du salaire dû par l'employeur en cas d'absence de maladie »*. Les auteurs argumentent que l'adaptation proposée *« énonce avec précision les règles applicables dans les différents cas de figure pour ainsi mettre fin à l'insécurité juridique ayant mené à des interprétations divergentes et à une application non homogène des textes en question »*.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne partagent pas ces points de vue et tiennent partant à énoncer un certain nombre de remarques qu'elles jugent fondamentales, notamment en rapport avec l'interprétation des textes introduits jadis par la loi ayant introduit le statut unique (point A). Elles feront, dans un second temps, état des modifications jugées absolument indispensables au texte de l'article L.121-6 du Code du travail tel qu'envisagé par le projet de loi (point B).

#### **A. Concernant l'interprétation par les deux chambres professionnelles des dispositions actuellement applicables au salarié en incapacité de travail**

##### ***Respect du principe de « neutralité financière pour l'économie dans son ensemble » suite à la généralisation de la continuation du salaire en cas de maladie du salarié ou « Lohnfortzahlung » (ci-après, « LFZ »)***

L'introduction du statut unique, décidée par le Comité de Coordination tripartite en avril 2006, devait avoir comme corollaire notamment une augmentation de la compétitivité des entreprises. Dans cet ordre d'idées, il avait été décidé par les parties aux discussions tripartites que l'introduction de ce statut devrait respecter le principe de la neutralité financière pour l'économie dans son ensemble. Ainsi, le Gouvernement et les partenaires sociaux étaient tombés d'accord pour faire converger le statut des ouvriers et celui des employés privés en vue de réaliser le statut unique pour tous les salariés du secteur privé.

---

<sup>2</sup> Cf. page 1 de l'exposé des motifs du projet de loi sous avis.

Il s'ensuit que, dans un souci d'abaisser l'absentéisme de courte durée (objectif qui était en ligne avec la finalité des discussions tripartites d'augmenter la compétitivité de l'économie luxembourgeoise), les principes qui ont prévalu pour l'indemnisation des « employés privés », notamment en ce qui concerne la continuation des salaires en cas de maladie, ont été étendus aux ouvriers.

Cette concession d'ordre salarial faite par le Gouvernement (généralisation de la continuation de la rémunération, dont le coût est supporté par les entreprises à 20% directement et à 80% indirectement à travers la Mutualité des Employeurs, avec l'abolition de l'obligation de payer des majorations pendant la LFZ) devait en effet compenser les coûts supplémentaires pour les entreprises résultant des autres mesures liées à l'introduction du statut unique tant en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale (alignement de l'indemnité de départ des anciens ouvriers sur celle des employés, alignement des préavis, effets sur les pensions complémentaires et sur les rapports collectifs de travail...).

Depuis l'instauration du statut unique et son entrée en vigueur en 2009, les deux chambres professionnelles ainsi que l'UEL ont régulièrement mis en garde le Gouvernement contre toute initiative qui serait de nature à bouleverser *ex post* l'équilibre trouvé lors de la mise en œuvre du statut unique en bafouant le principe de la neutralité financière.

Alors que l'article 1<sup>er</sup> point 1<sup>o</sup> du présent projet de loi remet en cause le principe de neutralité financière rappelé ci-avant, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers entendent rappeler les arrangements issus de cet accord concernant l'indemnisation des salariés en incapacité de travail, et plus particulièrement concernant les majorations pour travail de nuit, de dimanche et de jour férié.

### **Concernant l'interprétation de l'article L.121-6 du Code du travail dans le cadre de l'introduction du statut unique**

L'actuel article L.121-6 du Code du travail règle l'indemnisation pour incapacité de travail en période de LFZ pour l'ensemble des salariés. Suivant cet article, l'employeur doit maintenir intégralement le salaire et les autres avantages résultant du contrat de travail.

Les majorations pour travail de nuit, de dimanche et de jour férié ne résultent pas du contrat de travail mais des dispositions légales relatives à l'*exécution* du contrat de travail<sup>3</sup>. Ces majorations visent dès lors à rétribuer des conditions de travail « anormales » voire « pénibles » et ne sont dues que si la prestation est effectivement réalisée.

Comme exposé à maintes reprises par les deux chambres professionnelles<sup>4</sup>, la solution inverse engendrerait des situations inéquitables. A quel titre en effet le salarié en incapacité de travail qui n'est pas exposé aux conditions de travail « anormales » devrait-il recevoir les mêmes majorations que les salariés qui travaillent et qui sont effectivement soumis à ces conditions plus « pénibles » ? Selon les deux chambres professionnelles, il n'y en a aucun. Par ailleurs, il convient de ne pas oublier que l'employeur devra pourvoir au remplacement du salarié absent et qu'il devra donc payer les majorations au salarié qui le remplace.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers tiennent à rappeler les explications fournies, dans le cadre des travaux parlementaires de la loi sur le statut

<sup>3</sup> Cf. articles L.231-7 paragraphe (2), L. 232-7 paragraphe (1) et L.162-12 paragraphe (3) du Code du travail.

<sup>4</sup> Cf. l'avis de la Chambre des Métiers du 7 novembre 2007 (Document parlementaire n° 5750<sup>2</sup>) et l'avis de la Chambre de Commerce du 7 décembre 2007 (Document parlementaire n° 5750<sup>4</sup>).

unique<sup>5</sup>, à propos des modifications du régime d'indemnisation du salarié en période de LFZ qui constituent un outil non négligeable pour une juste interprétation et application des dispositions pertinentes en la matière et fournissent des enseignements importants.

Les deux chambres professionnelles rappellent en particulier l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat (également reprise par les commissions parlementaires de la Santé et de la Sécurité Sociale ainsi que du Travail et de l'Emploi):

*« Dorénavant l'indemnité pécuniaire payée par la CNAM<sup>6</sup> correspondra à la rémunération touchée par le salarié pendant la période d'incapacité de travail indemnisée par l'employeur pendant la période de conservation de la rémunération de 13 semaines en moyenne. La base de calcul de l'indemnité pécuniaire est l'assiette cotisable telle que définie sous le nouvel article 34 du Code de la Sécurité Sociale.*

*En prenant appui sur le Code du travail<sup>7</sup>, les heures supplémentaires prestées ainsi que les suppléments pour le travail de dimanche et de nuit, même régulièrement dû<sup>8</sup>, ne rentreront plus dans le calcul de l'indemnité de maladie après la 13<sup>ème</sup> semaine en moyenne. Ce volet constitue une concession majeure du salariat dans le contexte de l'introduction du statut unique. Ainsi que cela a été développé dans le contexte de l'article L.121-6 du Code du travail, cette disposition est destinée à compenser les avantages consentis par ailleurs aux salariés travaillant actuellement sous le statut de l'ouvrier »<sup>9</sup>.*

Le Conseil d'Etat a relevé par ailleurs : *« L'accord trouvé au cours des négociations avec les partenaires sociaux paraît être clair : feront partie de la base de calcul le salaire de base ainsi que les avantages et compléments résultant de son contrat de travail et qui ne sont pas liés à une prestation effective de la part du salarié <sup>10</sup>»<sup>11</sup>.*

A la lumière des travaux parlementaires qui sont explicites, il n'y a plus lieu de tenir compte des majorations pour travail de dimanche, de jours fériés et de nuit pendant la LFZ. Il s'agit d'une « concession majeure du salariat » dans le contexte de l'introduction du statut unique comme l'ont noté à juste titre le Conseil d'Etat et les commissions parlementaires précitées.

### **Concernant l'interprétation des dispositions du Code de la sécurité sociale dans le cadre de l'introduction du statut unique**

Il est en outre intéressant de constater à quel point les dispositions du Code de la Sécurité sociale (ci-après « CSS ») ont été modifiées depuis 2009, plus particulièrement les dispositions relatives à l'indemnité pécuniaire de maladie versée par la Caisse nationale de santé (ci-après « CNS »).

L'article 10 du CSS a notamment ainsi été modifié à l'occasion de la réforme introduisant le statut unique et ne fait plus « référence à la rémunération brute que l'assuré aurait gagnée en cas de continuation du travail<sup>12</sup> pendant le congé de maladie » mais à la «

<sup>5</sup> Dossier parlementaire n°5750.

<sup>6</sup> Ancienne CNAM : Caisse Nationale d'Assurance Maladie.

<sup>7</sup> Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

<sup>8</sup> Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

<sup>9</sup> Avis du Conseil d'Etat du 19 février 2008 (Document parlementaire n° 5750<sup>5</sup>, page 10).

<sup>10</sup> Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

<sup>11</sup> Avis du Conseil d'Etat du 19 février 2008 (Document parlementaire n° 5750<sup>5</sup>, page 5).

<sup>12</sup> Texte souligné par les deux chambres professionnelles.

rémunération de base » et aux « compléments et accessoires » comme éléments à prendre en compte pour calculer l'indemnité pécuniaire de maladie.

En effet, la logique d'indemnisation a changé : depuis 2009, il n'y a plus lieu de se baser sur ce que le salarié aurait gagné s'il était venu travailler.

Les deux chambres professionnelles avaient fortement insisté, dans leurs avis respectifs concernant le projet de loi n°5750 portant introduction d'un statut unique, sur l'accord qui avait été trouvé suivant lequel la « rémunération de base » doit être entendue comme le « salaire horaire de base » à l'exclusion des majorations.

Ainsi, la Chambre des Métiers avait tenu « (...) à rappeler que, lors des arrangements conclus, il a été retenu que seul le salaire de base, donc le « salaire horaire de base », payé avant le début du paiement de l'indemnité par la caisse, doit constituer l'assiette de calcul des indemnités pécuniaires de maladie. Ainsi, il a été convenu que les heures supplémentaires et toutes les autres majorations du salaire seront éliminées de ladite base »<sup>13</sup>. « La Chambre des Métiers (...) insistait auprès du Gouvernement à ce que la rémunération de base soit reformulée en « rémunération de base du mois précédant le début du paiement de l'indemnité pécuniaire par la caisse ». Cette notion doit s'entendre comme étant le salaire et tous les avantages payés par l'employeur au salarié pour des circonstances qui ne sont pas liées à la prestation du travail (par exemple les primes de ménage versées mensuellement par certains employeurs et qui ne sont pas liées à la prestation de travail) »<sup>14</sup>.

De son côté, la Chambre de Commerce avait « (...) rejoint entièrement l'analyse des rédacteurs du projet de loi lorsqu'ils notent dans l'exposé des motifs qu' « une harmonisation des dispositions du CAS<sup>15</sup> (article 10) et du Code du travail (article L.121-6 du Code du travail) s'indique. Ainsi, la base de calcul sera désormais celle de l'article L.121-6 du Code du travail. En d'autres termes : un salarié devrait toucher la même chose, peu importe qu'il soit malade pendant la période de prise en charge par l'employeur ou pendant la période de prise en charge par la Caisse nationale de maladie. De surcroît, un salarié ne devrait pas gagner plus en étant malade qu'en venant travailler. Le patronat a convenu avec le Gouvernement au cours des négociations que l'indemnité pécuniaire de maladie sera déterminée exclusivement par rapport à l'article L. 121-6 du Code du travail. Cette notion doit s'entendre comme étant le salaire et tous les avantages payés par l'employeur au salarié pour des circonstances qui ne sont pas liées à la prestation effective et individuelle du travail (...).

En revanche, les éléments de salaire qui sont liés à la prestation individuelle du travail ne feront pas l'objet de la Lohnfortzahlung (par exemple les rémunérations touchées en raison d'heures supplémentaires, travail de nuit, travail du dimanche, etc.).

Afin d'éviter toute contestation ou flottement de jurisprudence, la Chambre de Commerce suggère de retenir soit dans le texte même des articles L. 121-6 du Code du travail et 10, 34 et 38 du Code de la sécurité sociale, soit dans un commentaire des articles, ce critère permettant de distinguer entre avantages liés à la prestation du travail et les avantages qui ne sont pas en relation avec le travail presté »<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Avis de la Chambre des Métiers du 7 novembre 2007 (Document parlementaire n° 5750<sup>2</sup>, page 10).

<sup>14</sup> Avis de la Chambre des Métiers du 7 novembre 2007 (Document parlementaire n° 5750<sup>2</sup>, page 10).

<sup>15</sup> Ancien Code des assurances sociales, devenu Code de la sécurité sociale.

<sup>16</sup> Avis de la Chambre de Commerce du 7 décembre 2007 (Document parlementaire n° 5750<sup>4</sup>, page 11).

Si les majorations ne doivent pas être comprises dans le salaire de base, elles ne sont pas davantage reprises dans les « compléments et accessoires » au vu de l'article 1<sup>er</sup> du règlement grand-ducal du 16 décembre 2008 concernant l'assiette de cotisation pour l'indemnité pécuniaire de maladie qui exclut expressément des « compléments et accessoires » « les majorations prévues par les dispositions conventionnelles, légales ou réglementaires »<sup>17</sup>.

### **B. Concernant les adaptations du paragraphe (3) de l'article L. 121-6 du Code du travail prévues par le présent projet de loi**

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers rappellent que les auteurs du projet de loi jugent indispensable une adaptation du paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail suite aux nombreuses jurisprudences intervenues en la matière ayant trait à la question de savoir si des heures supplémentaires, des suppléments pour travail de dimanche respectivement pour travail de nuit sont à payer par l'employeur au salarié en incapacité de travail.

L'article 1<sup>er</sup> point 1<sup>o</sup> du projet de loi sous avis prévoit d'insérer neuf alinéas nouveaux à la suite de l'alinéa 2 du paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail afin d'énoncer « *avec précision les règles applicables pour le calcul du salaire à payer par l'employeur en cas d'incapacité du salarié* ».

### **Concernant l'absence de tout commentaire détaillé des adaptations prévues au paragraphe (3) de l'article L. 121-6 du Code du travail**

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'étonnent de l'absence de substance dans le commentaire des articles (sous Ad 1<sup>o</sup>) qui, sur à peine une demie page, se limite à paraphraser quasiment le projet de loi alors que celui-ci prévoit somme toute un ensemble d'adaptations substantielles susceptibles de produire des interprétations divergentes et donc une insécurité juridique inacceptable pour les employeurs.

Les deux chambres professionnelles auraient souhaité des explications plus détaillées sur les interprétations des dispositions défendues par le Gouvernement voire des précisions quant aux notions et « règles » introduites.

Etant donné que les éléments susceptibles de composer la rémunération des salariés dans le secteur privé ainsi que les modalités de paiement de cette rémunération sont extrêmement variés (paiement en argent ou avantage en nature; caractère régulier ou

---

<sup>17</sup> « Sont à considérer comme des compléments et accessoires ceux des éléments de rémunération qui varient d'un mois à l'autre en fonction de divers paramètres (p. ex. prime de rendement, commissions, prime sur objectifs, ...). Ces paramètres qui peuvent résulter du contrat ou d'une convention collective de travail, d'un usage ou d'un accord même verbal avec le salarié doivent, conformément à l'article 34, alinéa 1, être payable mensuellement en espèces pour rentrer dans l'assiette de cotisation pour l'indemnité pécuniaire de maladie. Il est à noter que la dénomination que les parties ont conférée à ce complément (indemnité, allocation, prime, ...) n'importe pas.

La rémunération de base est a contrario la partie de la rémunération qui ne répond pas à ce critère de variabilité. Du fait qu'elle est fixe et qu'elle doit selon le droit du travail être mentionnée dans le contrat de travail, elle présente un caractère certain et prévisible. Elle constitue le minimum de rémunération auquel le salarié est en droit de s'attendre en signant le contrat de travail. Les suppléments dont l'attribution même dépend de la réalisation de certains aléas ou de certaines conditions mais dont le montant reste fixe d'un mois à l'autre, sont compris dans la rémunération de base (p. ex. allocation de famille en cas de mariage, prime d'assiduité fixe versée en récompense de formation professionnelle, ...). Sont incluses dans la rémunération de base les augmentations de droit s'opérant en vertu des dispositions d'ordre public concernant le salaire social minimum et l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie ainsi que les majorations régulières prévues par le contrat de travail ou des conventions collectives de travail » (Projet de règlement grand-ducal concernant l'assiette de cotisation pour l'indemnité pécuniaire de maladie, Commentaires des articles).

occasionnel ; montant fixe ou variable ; destination individuelle ou collective ; caractère obligatoire ou facultatif pour l'employeur), les deux chambres professionnelles auraient souhaité que ces aspects spécifiques soient abordés dans le commentaire des articles.

A défaut d'explications complémentaires, les deux chambres professionnelles jugent que la solution préconisée par le projet de loi repose sur des notions et termes différents pour déterminer l'« indemnisation » à maintenir au profit du salarié, dont le contenu n'est ni maîtrisé ni maîtrisable, engendrant une insécurité juridique inacceptable. Que recouvrent en effet les termes « salaire de base, primes et suppléments courants » ; « majorations » ; « salaire » (qu'il s'agisse de salaire journalier moyen, de salaire mensuel brut ou de salaire horaire brut) ; « avantages non périodiques » ; « gratification et primes du bilan » ; « frais accessoires occasionnés par le travail » ? Les interactions entre les notions utilisées s'avèrent également difficiles à appréhender et risquent de mener à des situations inévitables entre les différents salariés.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont d'avis que les adaptations prévues à l'article 1<sup>er</sup> point 1<sup>o</sup> du projet de loi sont entachées de nombreuses questions et suscitent de sérieux risques d'interprétations divergentes. Sachant que dans le cadre des discussions autour de l'introduction du statut unique, un certain « flou » au niveau de la formulation des dispositions afférentes au principe de la LFZ a été dès le départ admis aussi bien par les auteurs d'antan que par les commissions parlementaires<sup>18</sup>, malgré des propositions de reformulation de la part du Conseil d'Etat, avec toutes les conséquences néfastes pour les employeurs que l'on connaît, les deux chambres professionnelles s'opposent à ce que les auteurs du présent projet de loi adoptent une approche similaire.

### ***Appréciation générale des quatre nouveaux régimes d'indemnisation introduits par le projet de loi***

Les deux chambres professionnelles rappellent, pour la clarté du raisonnement, la teneur des quatre premières « règles » introduites par l'article 1<sup>er</sup>, point 1<sup>o</sup> (alinéas 1 à 4) du projet de loi:

- pour le salarié en incapacité de travail disposant de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail : le « maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail » équivaut au « *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* » (alinéa 1<sup>er</sup>);
- pour le salarié en incapacité de travail ne disposant pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail : le « maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail » équivaut au « *versement d'une indemnité journalière égale au salaire journalier* »

---

<sup>18</sup> « (...) le texte de l'article L.121-6 du Code du travail, qu'il est à présent proposé de généraliser pour l'ensemble des salariés du secteur privé, n'a donné lieu ni à contestation ni à jurisprudence au cours de sa vingtaine d'années d'application pour les seuls employés privés. Il correspond donc à une pratique bien établie qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause par l'introduction de nouveaux éléments dans la base de calcul. Schématiquement on peut dire que tous les éléments de rémunération contractuels individuels et collectifs, répondant au critère de la régularité structurelle sont pris en compte dans la base de calcul. A contrario, des éléments de nature conjoncturelle ne le sont pas. (...) » (Rapport de la Commission de la Santé et de la Sécurité sociale et de la Commission du Travail et de l'Emploi, document parlementaire N° 5750<sup>14</sup>, pages 15 à 16).

*moyen des six mois précédant immédiatement la survenance de la maladie* » (alinéa 2);

- pour les salariés « 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 » : le calcul de l'indemnité journalière à verser est réalisée sur la base de la « moyenne du salaire des douze mois précédents » (alinéa 3) ;
- pour le cas où le salarié exerce son activité professionnelle auprès de l'employeur depuis moins de six respectivement douze mois, la période de référence pour établir la moyenne est réduite à la période d'occupation effective (alinéa 4).

Ces quatre points suscitent deux types de critiques majeures de la part de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers.

En premier lieu, les points 1 et 2 cités ci-dessus font fi de l'accord tripartite de 2006 et visent à tenir compte des jurisprudences en la matière en tentant de donner une base légale à la notion de « maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail ». Pour le cas où un horaire de travail existe au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail, « *toutes les primes et suppléments courants ainsi que les majorations auxquelles le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail* » sont dus, ce que les deux chambres professionnelles critiquent au plus haut degré. S'il faut admettre que les jurisprudences des dernières années posent effectivement un réel problème pour les employeurs, elles étaient toutefois totalement étrangères aux accords politiques autour du statut unique et ne faisaient que sanctionner la mauvaise rédaction des textes qui étaient supposés traduire les accords. Même si la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers admettent la nécessité de revoir le libellé du paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail de façon à éviter aux employeurs de nouveaux écueils auprès des cours et tribunaux, la décision des auteurs du projet de loi de faire payer *in fine* les majorations aux employeurs pendant la LFZ constitue un nouveau manquement du Gouvernement aux accords découlant du statut unique. Les deux chambres professionnelles rappellent en effet que ces accords avaient fixé un objectif de maintien de la compétitivité de l'économie luxembourgeoise, comme principe à la base des négociations autour du statut unique, et tiennent au surplus à souligner que, dans les pays voisins l'indemnisation du salarié en incapacité de travail est largement inférieur à celle pratiquée au Luxembourg.

Par ailleurs, les « règles » énoncées ci-avant ne seront pas facilement applicables par les employeurs, plus particulièrement dans les PME. Les deux chambres professionnelles notent que les nouvelles dispositions sont d'une complexité extrême de sorte que les entreprises peineront à gérer les différents régimes au quotidien. Elles regrettent d'autant plus ce fait que l'UEL a toujours plaidé lors des discussions au sein du CPTE en faveur de solutions praticables. Suivant les solutions proposées aux points 1 et 2, si le salarié est par exemple en incapacité de travail, l'entreprise devra payer les majorations (i) en intégralité au salarié en incapacité de travail pour la période couverte par le planning (point 1.), (ii) sur base d'une moyenne au salarié en incapacité de travail pour la période non-couverte par le planning (point 2.) et (iii) en intégralité au salarié qui le remplace sur toute la période d'incapacité de travail.

**Principales modifications qu'il convient d'apporter à l'article 1<sup>er</sup>, point 1<sup>o</sup> du projet de loi (modifiant le paragraphe (3) de l'article L. 121-6 du Code du travail)**

Au vu de l'absence de volonté du Gouvernement d'honorer les engagements pris lors de l'introduction du statut unique et faute d'espérer une modification substantielle de l'article 1<sup>er</sup>, point 1<sup>o</sup> projet de loi, les deux chambres professionnelles se limitent à formuler des propositions qu'elles jugent indispensables pour rendre le régime praticable et plus raisonnable. Les propositions en question visent par ailleurs à augmenter la cohérence au niveau des principes d'indemnisation et des concepts utilisés.

De manière générale, les deux chambres professionnelles sont d'avis que seul le salarié en incapacité de travail qui preste de façon substantielle et régulière, suivant des modalités particulières, devrait pouvoir prétendre au paiement des « majorations » dans le cadre de la LFZ.

Par référence aux notions de « substantiel et régulier », il serait dès lors judicieux, de l'avis de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers, de prévoir en général un seuil limite en termes de temps de travail normal presté en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit. Selon les deux chambres professionnelles, ce seuil limite pourrait être fixé à 15% et devrait intervenir aussi bien en présence ou en l'absence d'un horaire de travail.

Ainsi, dans un premier exemple, le salarié disposant d'un horaire de travail qui aurait presté en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail plus de 15% de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit devrait avoir droit aux majorations qu'il aurait perçues s'il avait travaillé conformément à l'horaire de travail prévu.

Dans un second exemple, si un salarié venait à tomber malade un ou deux dimanches où il aurait exceptionnellement dû travailler en raison d'une ouverture dominicale (exceptionnelle) du magasin (en période de fin d'année), il ne saurait prétendre au paiement des majorations relatives à ce travail s'il a presté en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail moins de 15% de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit. On peut citer à titre illustratif le commerce de détail tout comme certaines branches de l'artisanat (notamment les entreprises artisanales de l'alimentation), souvent confrontés à des ouvertures dominicales exceptionnelles en fin d'année et pendant les périodes des soldes.

Afin d'évaluer le caractère substantiel et régulier du « temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit », les deux chambres professionnelles préconisent la prise en considération d'une période d'observation s'étalant sur douze mois permettant la prise en compte exhaustive de tous les éléments et de la situation spécifique de chaque salarié en incapacité de travail. Une telle solution serait ainsi un reflet plus conforme des réalités existantes en termes de temps de travail presté. Il serait également judicieux de procéder au calcul des moyennes sur une période de douze mois pour le cas où l'horaire de travail n'est pas disponible.

Par ailleurs, les deux chambres professionnelles jugent aberrant le fait de prendre en considération une quelconque prime ou un quelconque supplément lié à la prestation

effective du travail comme, par exemple, une prime de présence, une « prime de caisse » (existant notamment dans le commerce de détail) ou encore une prime de salubrité.

Finalement, les deux chambres professionnelles estiment nécessaire d'éviter de multiplier les concepts utilisés dans le cadre de la LFZ et d'établir une cohérence entre les principes d'indemnisation pour les différentes hypothèses envisagées. C'est pourquoi elles préconisent de se référer au « salaire de base » et aux « primes et suppléments courants » non seulement pour le salarié qui dispose de son horaire de travail, mais également pour le salarié qui n'en dispose pas, et de renoncer au concept de salaire moyen brut non autrement défini qui manque de précision et augmente encore la confusion.

Par ailleurs, les deux chambres professionnelles sont d'avis que les « primes et suppléments courants » devraient être pris en considération lorsqu'ils sont « payables mensuellement en espèces », par analogie à l'article 34 du Code de la sécurité sociale, c'est-à-dire lorsque ceux-ci constituent un élément régulier du salaire.

En guise de synthèse des remarques développées précédemment, les deux chambres professionnelles proposent que les modifications à apporter au paragraphe (3) de l'article L. 121-6 du Code du travail par l'article 1<sup>er</sup>, point 1 du projet de loi, spécifient les cas de figure suivants :

- le salarié en incapacité de travail qui disposait de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail a droit au salaire de base du mois concerné augmenté de tous les primes et suppléments courants payables mensuellement en espèces auxquels il aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu pour la période d'incapacité de travail. Le salarié qui a presté en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail plus de quinze pourcents de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ouvrant droit à des majorations ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit a droit en outre aux majorations susmentionnées auxquelles il aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu pour la période d'incapacité de travail.
  
- le salarié en incapacité de travail qui ne disposait pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail a droit au salaire de base du mois concerné augmenté de la moyenne de tous les primes et suppléments courants payables mensuellement en espèces des douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail. Le salarié qui a presté en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail plus de quinze pourcents de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ouvrant droit à des majorations ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit a droit en outre à la moyenne des majorations susmentionnées des douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail.

**Appréciation des autres changements introduits par l'article 1<sup>er</sup>, point 1° du projet de loi à l'article L.121-6- du Code du travail**

Les cinq autres principes (ou « règles ») prévus à l'article 1<sup>er</sup> point 1° (alinéas 5 à 9) du projet de loi appellent également plusieurs remarques de la part des deux chambres professionnelles.

L'alinéa 5 dispose qu'au cas où les « six respectivement douze mois » précédant immédiatement la survenance de l'incapacité de travail 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 » autrement dit sont rémunérées suivant les dispositions applicables respectivement à ces situations. Les deux chambres professionnelles approuvent le principe même de l'immunisation dans le présent contexte pour ce qui est des périodes de congé ou de chômage pré-mentionnées et, dans un intérêt de sécurité juridique, pointent la nécessité de préciser que le salaire de base doit partant être pris en compte pendant les périodes immunisées. Par référence aux arguments détaillés ci-dessus, elles souhaitent que la période de douze mois précédant immédiatement la survenance de l'incapacité de travail soit systématiquement considérée (au lieu de celle de six mois).

L'alinéa 6 précise que « le salaire journalier moyen est établi à partir du salaire mensuel brut du salarié ». Comme indiqué ci-dessus, le mécanisme de détermination de l'indemnité proposé par les deux chambres professionnelles visant à préciser le principe du « maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail » présente l'avantage de ne plus se référer au concept de « salaire journalier moyen » mais plutôt au « salaire de base du mois concerné augmenté de la moyenne de tous les primes et suppléments courants payables mensuellement en espèces des douze mois précédant immédiatement la survenance de l'incapacité de travail ». L'alinéa 6 devrait partant être supprimé, de même que l'alinéa 7 selon lequel le salaire journalier brut est obtenu en multipliant le salaire horaire brut (calculé en divisant le salaire mensuel brut par 173 heures respectivement par le nombre d'heures de travail mensuel normal résultant de la convention collective ou du contrat de travail applicable) par le nombre d'heures travaillées par jour.

L'alinéa 8 dispose encore que 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. Or, selon les deux chambres professionnelles, les majorations de salaire définitives visées ici se distinguent des majorations pour travail de nuit ou de dimanche et concernent le « salaire de base ». Cette précision devrait être mentionnée expressément dans le texte.

L'alinéa 9 précise enfin que, pour le calcul de l'indemnité, « il n'est pas tenu compte des avantages non périodiques, notamment des gratifications et primes de bilan, des frais accessoires occasionnés par le travail ainsi que des heures supplémentaires ».

Les deux chambres professionnelles tiennent à relever que la place du terme « notamment » est reprise de l'article L.233-14 du Code du travail en matière de congés annuels payés. Toutefois, dans le présent contexte, ce terme devrait plutôt être placé après les termes « il n'est pas tenu compte ». En effet, étant donné que les nouvelles notions

utilisées pour déterminer positivement la rémunération à continuer au salarié en incapacité de travail seront à l'avenir soumises à interprétation, il est utile de préciser quels seront « au minimum » les éléments qui ne devront pas être repris dans la rémunération à continuer au salarié, la liste des exclusions n'étant pas limitative.

Par ailleurs, il n'est pas adéquat de lier la notion d'« avantages non périodiques » avec celle de « gratifications et primes de bilan ». Les gratifications doivent dans tous les cas être exclues, qu'elles soient périodiques ou non-périodiques, et ne pas être allouées au salarié en incapacité de travail.

Il importe enfin de se poser la question de ce qu'il advient des éléments de salaire liés à la présence ou à la productivité au travail, sans préjudice du travail à la tâche ou au rendement notamment. Sachant que certaines conventions collectives de travail ont explicitement exclu ce genre d'éléments de la rémunération pour le salarié en incapacité de travail, les auteurs du présent projet de loi devraient en tenir compte.

### ***Ajout de deux nouveaux « principes »***

Enfin, la Chambre des Métiers et la Chambre de Commerce plaident en faveur de l'ajout de deux nouveaux « principes » sous le paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail.

D'une part, si des périodes de chômage partiel, de chômage dû aux intempéries, ou de chômage accidentel ou technique involontaire coïncident avec l'incapacité de travail du salarié, ce dernier devrait être indemnisé suivant l'article L.533-11 du Code du travail pour la période concernée par le chômage. S'agissant par exemple du chômage dû en cas d'intempéries, il serait en effet discriminatoire d'indemniser différemment les salariés en incapacité de travail et ceux qui sont impactés par les intempéries (dont l'indemnisation découle de l'article L.533-11 du Code du travail précité). Partant, les deux chambres professionnelles demandent que tous les salariés concernés soient en pareil cas mis sur un pied d'égalité.

D'autre part, il devrait être possible de déroger par voie de convention collective de travail aux nouveaux alinéas introduits au paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail. Pour ce faire, les partenaires sociaux seraient libres de déterminer dans ladite convention collective de travail les éléments de rémunération à prendre en considération dans le cadre de la LFZ, ce qui aux yeux des deux chambres professionnelles constituerait un élément susceptible de valoriser le dialogue social.

**En conclusion, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers plaident en faveur d'une reformulation des dispositions du point 1° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi sous avis et renvoient à leur proposition de texte détaillée contenue dans le commentaire des articles du présent avis.**

**II. Concernant l'augmentation de la durée hebdomadaire de travail pour les étudiants** (point 2° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi modifiant l'article L.122-1, paragraphe (3) du Code du travail)

Actuellement, et selon l'article L.122-1, paragraphe (3), point 5, alinéas 2 et 3 du Code du travail, un étudiant ne peut pas être occupé dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée pour une durée hebdomadaire moyenne de plus de 10 heures sur une période d'un mois respectivement 4 semaines, sauf lorsque l'activité salariée de l'étudiant est exercée pendant les vacances scolaires.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soulignent que le projet de loi sous avis (article 1<sup>er</sup>, point 2°) tend à élever la durée hebdomadaire moyenne de travail à 15 heures maximum, afin de tenir compte d'un besoin accru d'argent des étudiants pour financer tout ou partie de leurs études, ce que les chambres professionnelles peuvent soutenir.

Elles relèvent néanmoins que seuls les étudiants inscrits dans un établissement, une université ou une formation au Luxembourg sont couverts par ladite disposition et se demandent si le libellé actuel de l'article L.122-1, paragraphe (3), point 5, alinéas 2 et 3 du Code du travail ne devrait pas être également adapté de manière à couvrir les étudiants (luxembourgeois ou non) qui font leurs études à l'étranger et ayant un contrat de travail au Luxembourg, afin d'éviter toute discrimination entre des étudiants travaillant au Luxembourg mais réalisant leurs études dans des pays différents.

Les deux chambres professionnelles présument enfin que toutes les mesures seront prises afin de ne pas pénaliser les parents et/ou les étudiants notamment en matière d'allocations familiales et de bourses d'études.

**III. Concernant la précision des modalités de la prise du congé de récréation** (point 9° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi modifiant l'article L.233-8 du Code du travail)

Actuellement, et selon l'article L.233-8 du Code du travail, « *[l]e congé doit être pris en une seule fois, à moins que les besoins du service ou les désirs justifiés du salarié n'exigent un fractionnement, auquel cas une fraction du congé doit être au moins de douze jours continus.* »

Le projet de loi sous avis (article 1<sup>er</sup>, point 9°) modifie le texte actuel à deux égards en disposant que « le congé peut être pris en une seule fois à moins que les besoins du service ou les désirs justifiés du salarié n'exigent un fractionnement, auquel cas une des fractions du congé doit correspondre à au moins deux semaines de calendrier. »

D'une part, le projet de loi met fin à la règle selon laquelle le congé doit être pris en une seule fois (le fractionnement étant l'exception) puisque désormais le congé *peut être pris en une seule fois*. D'autre part, la durée minimale d'une des fractions du congé est fixée à deux semaines de calendrier (et non plus douze jours continus).

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers donnent à penser que, dans les faits, le congé annuel de récréation des salariés est généralement fractionné à la demande des salariés (et non pas pour les besoins du service) de sorte qu'elles considèrent que l'instauration d'une durée minimale d'une des fractions du congé annuel de récréation ne correspond pas aux pratiques générales.

**IV. Concernant la disponibilité sur le marché du travail ainsi que les critères de l'emploi approprié** (point 10° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi modifiant l'article L.521-3 du Code du travail)

L'actuel article L.521-3 du Code du travail fixe les conditions à remplir par le chômeur pour être admis au bénéfice de l'indemnité chômage complet et prévoit plus spécialement, sous le point 4°, la condition d' « être apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié dont les critères sont définis par règlement grand-ducal (...) ».

Quant au projet de loi sous avis (article 1<sup>er</sup>, point 10°), il complète le texte actuel du point 4° de l'article L.521-3 du Code du travail ci-dessus, en précisant sur quoi doivent porter les critères permettant de déterminer tout emploi approprié, à savoir le niveau de rémunération augmenté le cas échéant de l'aide temporaire au réemploi, l'aptitude professionnelle, l'aptitude physique et psychique, le trajet journalier et la situation familiale, le régime de travail, la promesse d'embauche et les conditions de travail.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers comprennent que cette modification a pour objet de fournir une liste précise et limitative des critères (au nombre de sept) sur lesquels peut s'appuyer l'Adem et que l'objectif est de mieux protéger le demandeur d'emploi en encadrant précisément le pouvoir d'appréciation de l'Adem qui ne pourra pas ajouter de nouveaux critères. Les deux chambres professionnelles n'ont pas de commentaires à formuler quant à ce point particulier du projet de loi sous avis.

**V. Concernant l'obligation faite au salarié de mener à son terme son action devant le tribunal en cas de licenciement pour motif grave ou de démission motivée par un acte de harcèlement sexuel ou par des motifs graves, sous peine de devoir rembourser les indemnités du chômage reçues par provision** (point 12° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi)

Le projet de loi sous avis (article 1<sup>er</sup>, point 12°) a pour objet d'insérer un nouvel article L.521-4 bis dans le Code du travail, qui prévoit que :

- le salarié qui a été licencié pour motif grave ou qui a démissionné suite à un acte de harcèlement sexuel ou une faute grave de l'employeur, est tenu de mener à son terme son action contre le licenciement devant la juridiction du travail ;
- s'il se désiste, il doit rembourser au Fonds pour l'emploi l'entièreté des indemnités de chômage qu'il a perçues (par provision), étant précisé que si le désistement fait suite à une transaction conclue avec l'employeur, le remboursement des indemnités sera pour moitié à charge du salarié et, pour l'autre moitié, à charge de l'employeur.

Plus précisément, les auteurs du projet de loi s'appuient expressément sur deux jurisprudences dont ils fournissent quelques extraits. Il s'agit :

- d'une part d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 2010<sup>19</sup> selon lequel le salarié et l'employeur peuvent valablement transiger sur les contestations qui les opposent et mettre fin au litige mais que la transaction n'est pas opposable à l'Etat intervenant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi ;

---

<sup>19</sup> Cour de cassation, arrêt n°51/10 du 15 juillet 2010, Etat du Grand-Duché de Luxembourg c/ 1) Carlos Marques Do Vale et 2) Real Estate Asset Mangement S.A.

- d'autre part, d'un arrêt de Cour d'appel du 30 mai 2013<sup>20</sup>, qui a précisé que « *[l']obligation du salarié qui entend ne pas être condamné au remboursement est partant double : il doit non seulement tenter une action en indemnisation du chef de licenciement abusif contre l'employeur, mais il doit encore faire constater le caractère irrégulier du licenciement. La double obligation du salarié lui impose de mener à terme son action en indemnisation (...). Il doit également en être ainsi au cas où le salarié qui a tenté une action décide - pour une raison ou une autre - de s'en désister, mettant ainsi fin au litige avec l'employeur. C'est le salarié qui du fait de son désistement se met lui-même dans l'impossibilité de rapporter la preuve du caractère abusif du licenciement.* »

Pour autant que de besoin, les deux chambres professionnelles ajoutent que d'autres arrêts ont depuis confirmé ces solutions jurisprudentielles, à savoir que la transaction conclue entre le salarié et l'employeur n'est pas opposable à l'Etat et que le salarié ayant perçu des indemnités de chômage par provision de la part du Fonds pour l'emploi devra, le cas échéant, les rembourser (Cour de cassation du 3 avril 2014<sup>21</sup> et Cour d'appel du 5 mars 2015<sup>22</sup>).

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent que la solution consistant à imposer un remboursement des indemnités de chômage pour moitié par le salarié et pour l'autre moitié par l'employeur ne ressort absolument pas de la jurisprudence mais qu'elle est le fruit d'une décision des auteurs. Ces derniers concluent en effet que « *[l]e nouvel article L.521-4 bis tient largement compte de la solution jurisprudentielle en prévoyant néanmoins une situation plus équilibrée en cas de transaction entre les deux parties* »<sup>23</sup>. Ce faisant, les deux chambres professionnelles déplorent que ladite solution, remette en cause la solution jurisprudentielle uniquement en ce qui concerne la répartition (entre le salarié et l'employeur) de l'obligation de remboursement des indemnités chômage et que, pour le surplus, aucune modération ou atténuation des cas justifiant ce remboursement n'ait été proposée.

Sans préjudice de cette remarque générale, les deux chambres professionnelles considèrent, en tout état de cause, que le libellé du nouvel article L.521-4 bis du Code du travail est maladroit et demande en particulier que la phrase « le demandeur d'emploi est tenu de mener à son terme son action contre le licenciement devant la juridiction du travail compétente » soit supprimée.

Aux yeux des deux chambres professionnelles, ce libellé, qui est fortement inspiré de la jurisprudence précitée, donne à tort l'impression que les parties ne peuvent pas transiger en mettant exagérément l'accent sur les obligations pesant sur le salarié s'il veut échapper à la condamnation au remboursement des indemnités de chômage (à savoir tenter une action en indemnisation pour licenciement abusif et faire constater le caractère irrégulier du licenciement). Or, pour des raisons aussi nombreuses que diverses, le salarié peut avoir choisi de se désister de son action devant le tribunal du travail, notamment en cas de transaction. Les deux chambres professionnelles préconisent donc, à tout le moins, une rédaction plus neutre du libellé prévoyant que dans tous les cas où l'action intentée par le salarié n'est pas menée à son terme, celui-ci a l'obligation de rembourser les indemnités de chômage perçues par provision.

---

<sup>20</sup> Cour d'appel, arrêt n°38349, 30 mai 2013, Etat c/ Rui Paulo Da Silva Santos et VIP Auto.

<sup>21</sup> Cour de cassation, arrêt n°42/14 du 3 avril 2015 ayant rejeté le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel du 30 mai 2013 précité.

<sup>22</sup> Cour d'appel, arrêt n°41268, 5 mars 2015.

<sup>23</sup> Cf. commentaire sous « Ad 12° » aux pages 24 et 25, spécialement page 25.

Enfin, **dans un souci de cohérence juridique avec l'article L.521-4 du Code du travail**, il serait également souhaitable que le nouvel article L.521-4 bis du Code du travail :

- utilise le mot « salarié » et non « demandeur d'emploi » ;
- se limite à indiquer que le remboursement concerne les indemnités de chômage sans préciser qu'il s'agit des indemnités « brutes » ;
- introduise une faculté de modération permettant de limiter le remboursement à tout ou partie des indemnités de chômage (au moins pour une période de référence que la juridiction de travail retient comme étant la période nécessaire pour retrouver un emploi et qui est prise en considération pour évaluer le préjudice matériel se trouvant en relation causale directe avec le licenciement abusif (en général 2 à 6 mois) ;
- permette, le cas échéant, un remboursement échelonné.

**VI. Concernant l'adaptation de certaines mesures en faveur de l'emploi** (points 22°, 23° et 24° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi modifiant les articles L.541-1, L.541-2 et L.541-5 à L.541-11 du Code du travail)

Les points 22° et 23° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi procèdent tout d'abord à plusieurs modifications en matière d'aides à l'embauche de chômeurs âgés et de chômeurs de longue durée, actuellement régies par les articles L.541-1 et L.541-2 du Code du travail, puisque :

- le remboursement des cotisations de sécurité sociale se limitera à l'avenir à la part patronale (alors qu'actuellement il s'agit de la part employeur et de la part salarié) ;
- la liste des bénéficiaires est réduite et se limitera aux chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi à l'Adem depuis au moins un mois et âgés de 45 ans accomplis (alors qu'actuellement, le cercle des bénéficiaires s'étend aux chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi à l'Adem depuis au moins trois mois et âgés de 40 à 44 ans accomplis et ceux inscrits comme demandeurs d'emploi à l'Adem depuis au moins douze mois et âgés de 30 à 39 ans accomplis) ;
- la durée du remboursement est raccourcie pour les chômeurs âgés de 45 à 49 ans accomplis (à deux ans au maximum) ;
- le seuil d'âge à partir duquel le remboursement sera maintenu jusqu'à l'attribution d'une pension de vieillesse est relevé à 50 ans (au lieu de 45 ans actuellement) ;
- la condition que le poste devra avoir été déclaré préalablement vacant à l'Adem par l'employeur est ajoutée.

Les deux chambres professionnelles regrettent que les conditions d'accès aux aides destinées à faciliter l'embauche de chômeurs âgés et de chômeurs de longue durée aient été durcies.

Le point 24° de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi prévoit par ailleurs des modifications en matière d'aide temporaire au réemploi, tant sur la forme que sur le fond et modifie les articles L.541- à L.541-11 du Code du travail.

Concernant les modifications sur la forme: actuellement, seul le principe de l'aide au réemploi est défini dans le Code du travail, sous l'article L.631-2, paragraphe (1) du Code du travail (qui traite des dépenses couvertes par le Fonds pour l'emploi) et les modalités de cette aide sont par ailleurs précisées par un règlement grand-ducal<sup>24</sup>. Le projet de loi prévoit d'insérer une nouvelle section contenant les articles L.541-5 à L.541-11 dans le Code du travail et qualifie désormais la mesure d'« aide *temporaire* au réemploi ».

---

<sup>24</sup> Règlement grand-ducal modifié du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution 1. des aides à la mobilité géographique ; 2. d'une aide au réemploi ; 3. d'une aide à la création d'entreprises ; 4. d'une aide à la création d'emplois d'utilité socio-économique.

Mais, contrairement à ce qu'indiquent les auteurs dans le commentaire des articles<sup>25</sup>, les changements majeurs apportés par le projet de loi portent sur le fond puisqu'il modifie sensiblement les conditions à remplir par le bénéficiaire et par l'entreprise d'accueil qui réembauche celui-ci ainsi que le montant de l'aide temporaire au réemploi qui sera plafonné.

Les catégories de salariés (qui doivent préalablement avoir été déclarés éligibles pour l'attribution de l'aide au réemploi par le Ministre du Travail) demeurent globalement inchangés (il s'agit notamment des salariés faisant l'objet d'un licenciement économique ou menacé de faire l'objet d'un tel licenciement, des salariés perdant leur emploi en cas de déclaration de faillite, ou quittant une entreprise confrontée à des difficultés économiques). Toutefois, le projet de loi ajoute une condition supplémentaire puisque le nouvel article L.541-5 paragraphe (1) alinéa 3 du Code du travail dispose que : « *En plus, le salarié doit avoir travaillé légalement dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée pendant les 24 mois qui précèdent immédiatement son départ de l'entreprise d'origine (...)* ».

Cette condition interpelle d'emblée les deux chambres professionnelles. Si l'exigence d'une durée de travail minimale dans l'entreprise d'origine peut se comprendre, pourquoi le bénéfice de l'aide devrait-il être réservé aux salariés antérieurement occupés sous contrat à durée indéterminée ? Aux yeux de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers, cette restriction conduit à discriminer les salariés qui ont travaillé durant 24 mois dans leur entreprise d'origine moyennant un ou plusieurs contrats à durée déterminée. Cette discrimination devrait partant être corrigée.

Concernant le nouveau contrat de travail proposé, les conditions prévues par le projet de loi demeurent inchangées par rapport à celles existant actuellement : il peut s'agir soit d'un contrat à durée indéterminée, soit d'un contrat à durée déterminée de 18 mois minimum. Toutefois, le projet de loi (nouvel article L.541-7 paragraphe (1) sous a) du Code du travail) précise que ce contrat doit être conclu « *après d'une entreprise qui dispose d'un établissement stable au sens de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (...)* ».

Une telle précision quant aux entités intéressées à embaucher le salarié revient à exclure « en bloc » notamment les associations sans but lucratif et les fondations alors que celles-ci ont un besoin en personnel tout aussi légitime que les artisans, commerçants et les professions libérales (qu'ils exercent en nom propre ou sous forme de société). Aux yeux des deux chambres professionnelles, il s'agit une fois encore d'une discrimination qui n'est par ailleurs pas justifiée par les auteurs et qui devrait être corrigée.

Les deux chambres professionnelles attirent finalement l'attention des auteurs sur le fait que sous le point f) du même paragraphe du nouvel article L.541-7 du Code du travail, est au contraire couverte la situation « *de la société ou de l'association sans but lucratif après de laquelle il [le bénéficiaire] est employé* ».

En tout état de cause, le libellé du paragraphe (1) du nouvel article L.541-7, devrait être corrigé de manière à lever toute incohérence entre les lettres a) et f) et à ne pas écarter notamment les associations sans but lucratif du bénéfice de la mesure.

Par ailleurs, le projet de loi (sous les lettres d) à g) du nouvel article L.541-7 paragraphe (1) du Code du travail) innove en introduisant des motifs d'exclusion de l'aide au réemploi puisque le bénéficiaire ne doit pas :

---

<sup>25</sup> Cf. commentaire des articles, spécialement page 29 sous Ad 24°.

- jouir d'une quelconque pension de vieillesse, pension de vieillesse anticipée, indemnité d'attente, indemnité professionnelle d'attente ou rente complète;
- être titulaire de l'autorisation d'établissement de l'entreprise auprès de laquelle il est employé ;
- exercer la fonction de gérant, administrateur, administrateur-délégué ou responsable à la gestion journalière de la société ou de l'association sans but lucratif auprès de laquelle il est employé ;
- détenir de participation dans la société, non cotée en bourse, auprès de laquelle il est employé.

Si ces exclusions sont justifiées, selon les auteurs, par le fait que « (...) *dans ces cas, il est difficile d'envisager l'existence d'un lien de subordination* »<sup>26</sup>, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers donnent à considérer que le cumul d'un mandat social (gérant, administrateur) avec un contrat de travail est parfaitement possible et que les conditions strictes imposées par la jurisprudence<sup>27</sup> visent justement à garantir l'effectivité du lien de subordination indispensable à l'existence d'un contrat de travail. Partant, l'exclusion prémentionnée (sous la lettre f) du paragraphe (1) du nouvel article L.541-7 du Code du travail) devrait, selon elles, être sortie du projet de loi sous avis.

Enfin, s'agissant du montant de l'aide au réemploi, si le projet de loi (nouvel article L. 541-8 du Code du travail) rappelle le principe que l'aide au réemploi doit garantir au bénéficiaire un salaire annuel maximal égal à 90% du précédent salaire annuel<sup>28</sup>, pendant les quatre premières années de la nouvelle embauche<sup>29</sup>, il précise néanmoins, sous le paragraphe (3) de l'article précité que « (...) *l'aide temporaire au réemploi ne peut pas dépasser la moitié du salaire brut payé par le nouvel employeur* ».

Pour justifier ce plafonnement, les auteurs expliquent dans l'exposé des motifs qu'« (...) *au courant des dernières années, il a été constaté que dans bien des cas, l'aide au réemploi versée mensuellement dépasse le niveau du salaire minimum, voire le niveau du nouveau salaire payé par l'employeur. Aussi, l'expérience des cinq dernières années a montré que surtout en ce qui concerne les demandeurs d'emploi qualifiés et bien rémunérés, l'aide au réemploi a été détournée de ses fins initiales et a pris la forme d'une subvention au salaire.* »<sup>30</sup>

Alors que les auteurs tirent de ce constat que « (...) *la conséquence directe est qu'après l'expiration de la période de paiement de l'aide au réemploi, le salaire effectivement payé par l'employeur est toujours loin d'atteindre le salaire augmenté de l'aide au réemploi.* »<sup>31</sup>, les deux chambres professionnelles se demandent sur quelle étude ou analyse s'appuient les auteurs pour justifier une telle affirmation.

Par ailleurs et devant l'idée que « *la réforme de l'aide au réemploi consiste à amener l'employeur à payer un salaire « réaliste » qui, s'il est inférieur au salaire gagné précédemment, doit néanmoins prendre en compte l'expérience et les compétences du salarié (...)* »<sup>32</sup>, les deux chambres professionnelles interpellent les auteurs sur des

---

<sup>26</sup> Commentaire des articles, sous Ad. 24°, spécialement page 31.

<sup>27</sup> Cour, 5 novembre 1968.

<sup>28</sup> La rémunération antérieure à prendre en compte demeure plafonnée à 3,5 fois le salaire social minimum pour travailleur non qualifié.

<sup>29</sup> Toutefois, l'aide au réemploi ne peut plus être allouée pour une période dépassant la durée de la relation de travail avec le nouvel employeur.

<sup>30</sup> Exposé des motifs, page 3.

<sup>31</sup> Exposé des motifs, page 3.

<sup>32</sup> Exposé des motifs, page 3.

éléments, non pris en compte dans le projet de loi, qui sont pourtant de nature à légitimer une différence importante entre l'ancien et le nouveau salaire, à savoir :

- le cas très fréquent d'un changement de fonction, voire de métier, exercés auprès du nouvel employeur par rapport à la fonction ou au métier précédemment exercés auprès de l'ancien employeur ;
- l'application de barèmes de rémunération plus bas auprès du nouvel employeur pour un poste identique.

### **Commentaire des articles**

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ont limité leurs commentaires à l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi qui modifie le Code du travail.

#### **Article 1<sup>er</sup>, point 1<sup>o</sup> (modifiant l'article L.121-6 paragraphe (3) du Code du travail)**

Dans le prolongement des développements effectués sous les Considérations générales, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers préconisent un certain nombre d'adaptations à apporter au point 1<sup>o</sup>.

Ainsi, elles préconisent :

- d'introduire le concept (incluant un seuil limite) permettant de vérifier le caractère régulier et substantiel des majorations de « prestation en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail de plus de quinze pourcents du temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit », concept permettant d'apprécier si les majorations seront prises en considération dans le calcul de la LFZ en cas d'incapacité de travail :
  - (i) si ce seuil est dépassé et si le salarié disposait de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail, les majorations auxquelles le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail pour la période d'incapacité de travail sont prises en compte ;
  - (ii) si ce seuil est dépassé mais que le salarié ne disposait pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail, la moyenne des majorations des douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail est prise en considération ;
- de préciser que les primes et suppléments courants « payables mensuellement en espèces » devraient être pris en compte en matière de LFZ :
  - (i) primes et suppléments payables mensuellement en espèces auxquels le salarié aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu (pour le cas où il dispose de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail) ;
  - (ii) moyenne de tous les primes et suppléments courants payables mensuellement en espèces au cours des douze mois précédant immédiatement la survenance de l'incapacité de travail (pour le cas où le salarié concerné ne dispose pas de son horaire de travail au moins jusqu'à la fin du mois de calendrier couvrant l'incapacité de travail) ;

- de considérer une période de douze mois aussi bien pour la vérification du principe des quinze pourcents du temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit que pour le calcul des moyennes susmentionnées ;
- de préciser que dans le cadre de l'application à certaines périodes (congé, congé maladie, chômage partiel, chômage dû aux intempéries, chômage accidentel ou technique involontaire) le principe de l'immunisation est équivalent à la prise en compte du salaire de base pour ces périodes respectives ;
- d'abandonner la notion de « salaire journalier moyen » et la définition y relative (alinéas 8 et 9 nouveaux proposés par le texte sous avis), vu les précisions proposées par les deux chambres professionnelles et explicitées ci-dessus ;
- d'introduire le principe que si des périodes de chômage partiel, de chômage dû aux intempéries, ou de chômage accidentel ou technique involontaire coïncident avec l'incapacité de travail du salarié, ce dernier devrait être indemnisé suivant l'article L.533-11 du Code du travail pour la période concernée par le chômage ;
- de prévoir une dérogation aux nouveaux alinéas prévus au paragraphe (3) de l'article L.121-6 du Code du travail par voie de convention collective de travail déterminant les éléments de rémunération à prendre en considération pour le salaire à continuer pendant la période d'incapacité de travail ;
- d'adapter le texte proposé par les auteurs du présent projet de loi sur trois autres points :
  - en remplaçant les termes de « maladie » et de « tombé malade » par « incapacité de travail » et « en incapacité de maladie », sachant que l'incapacité de travail peut avoir des raisons multiples : maladie, accident... ;
  - en introduisant la notion de « salaire de base » si, pendant la période de référence prévue pour le calcul de l'indemnité de maladie ou pendant la durée de l'incapacité de travail, interviennent des majorations de « salaire définitifs » résultant de la loi, de la convention collective ou du contrat individuel de travail ;
  - en déplaçant le terme de « notamment » avant les termes « des avantages non périodiques », étant donné qu'il n'est pas adéquat de lier la notion d'« avantages non périodiques » avec celle de « gratifications et primes de bilan » ; dans ce contexte, les gratifications devant dans tous les cas être exclues, qu'elles soient périodiques ou non périodiques, et ne pas être allouées au salarié en incapacité de travail.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers proposent dès lors que l'article 1<sup>er</sup>, point 1 du projet de loi soit reformulé comme suit:

« Pour le salarié **en incapacité de travail 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 **payables mensuellement en espèces auxquels il aurait eu droit s'il avait travaillé conformément à son horaire de travail prévu pour la période d'incapacité de travail. Le salarié qui a presté en moyenne**

pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail plus de quinze pourcents de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ouvrant droit à des majorations ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit a droit en outre aux ainsi que des majorations susmentionnées auxquelles il 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 en incapacité de travail 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 2 qui précède le versement d'une indemnité journalière égale au salaire journalier moyen de base du mois concerné augmenté de la moyenne de tous les primes et suppléments courants payables mensuellement en espèces des douze six mois précédant immédiatement la survenance de l'incapacité de travail la maladie. Le salarié qui a presté en moyenne pendant les douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail plus de quinze pourcents de son temps de travail normal en dehors des jours ouvrables ouvrant droit à des majorations ou pendant une période générant une majoration pour travail de nuit a droit en outre à la moyenne des majorations susmentionnées des douze mois précédant immédiatement le mois de la survenance de l'incapacité de travail.

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 précédant 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 l'incapacité de travail 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 et prises en compte au salaire de base.

~~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.~~

Par dérogation aux alinéas 3 à 7, si des périodes de chômage partiel, de chômage dû aux intempéries, ou de chômage accidentel ou technique involontaire coïncident avec l'incapacité de travail du salarié, ce dernier est indemnisé suivant l'article L.533-11 pour la période concernée par le chômage.

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 du~~ salaire de base 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 notamment des avantages non périodiques, ~~notamment~~ des gratifications et primes de bilan, des frais accessoires occasionnés par le travail ainsi que des heures supplémentaires.

**Il peut être dérogé aux alinéas 3 à 10 par voie de convention collective de travail déterminant les éléments de rémunération à prendre en considération pour le salaire à continuer pendant la période d'incapacité de travail. »**

**Article 1<sup>er</sup>, point 10° (modifiant l'article L.521-3 du Code du travail)**

Le point a), qui modifie le point 4 de l'article L.521-3 du Code du travail de manière à préciser sur quoi portent les critères de l'emploi approprié, devrait être corrigé comme suit :

« 4. être (..) prêt à accepter tout emploi approprié dont les critères relatifs au niveau de rémunération augmenté, le cas échéant de l'aide temporaire au réemploi, ~~de à~~ l'aptitude professionnelle, ~~de à~~ l'aptitude physique et psychique, ~~du au~~ trajet journalier et ~~de à~~ la situation familiale, ~~du au~~ régime de travail, ~~de à~~ la promesse d'embauche et ~~des aux~~ conditions de travail sont fixés (...). »

En effet, la notion de « niveau » n'a vocation à intervenir, à proprement parler, que lorsqu'il s'agit du critère de la rémunération (et non pour les autres critères que sont l'aptitude professionnelle, l'aptitude physique et psychique, le trajet journalier et la situation familiale, le régime de travail, la promesse d'embauche et les conditions de travail).

**Article 1<sup>er</sup>, point 11° (modifiant l'article L.521-4 du Code du travail)**

Sous le point a), modifiant le premier alinéa du paragraphe 5 de l'article L.521-4 du Code du travail, le mot « justifié » devrait être corrigé de manière à lire « Le jugement ou l'arrêt déclarant (...) justifié la résiliation (...) ».

**Article 1<sup>er</sup>, point 12° (insérant un nouvel article L.521-4bis dans le Code du travail)**

Il est renvoyé à titre principal aux critiques formulées sous le point 5 des Considérations générales et, pour le cas où aucune d'elles ne serait prise en compte, il est proposé, à titre subsidiaire, une reformulation *a minima* du nouvel article L.521-4bis dans le Code du travail :

« Dans les cas où l'action intentée par le salarié en raison d'un licenciement pour motif grave, d'une démission motivée par un acte de harcèlement sexuel ou par des motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'employeur, n'est pas menée à son terme par suite de désistement, le demandeur d'emploi salarié est tenu de ~~mener à terme son action contre le licenciement devant la juridiction du travail compétente. S'il se désiste, il doit~~ rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage ~~brutes~~ lui versées par provision.

Si ce désistement résulte d'une transaction entre le salarié et l'employeur, les indemnités seront à rembourser pour moitié par le salarié et pour l'autre moitié par l'employeur. »

**Article 1<sup>er</sup>, point 22° (modifiant l'article L.541-1 du Code du travail)**

A la lumière des différents commentaires formulés sous le point 6 des Considérations générales, les deux chambres professionnelles proposent plusieurs modifications.

Sous le paragraphe (1), l'alinéa 3 devrait être reformulé comme suit : « ~~La condition d'inscription auprès d'un des bureaux de placement de l'Agence pour le développement de l'emploi, la~~ condition de déclaration de vacance de poste et la condition de la durée d'inscription précitée ne s'appliquent pas en cas d'embauche (...). » (afin d'éviter la redondance entre la première et la troisième condition)

Sous le paragraphe (2), dans la première phrase, l'emploi du mot « bénéficiaire » dans la phrase « Le remboursement de la part patronale des cotisations de sécurité sociale est dû si le *bénéficiaire* est légalement occupé auprès d'une entreprise (...) » prête à confusion car peut laisser à penser qu'il s'agit du bénéficiaire du remboursement (à savoir l'employeur) alors qu'il s'agit du salarié. Partant, ce terme devrait soit être complété de manière à lire « bénéficiaire de l'aide », soit être remplacé par « salarié ». De plus, sous la lettre a), le mot « modifiée » devrait être ajoutée de manière à lire la « loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan (...) ».

Sous le paragraphe (3), dans un souci de cohérence avec le paragraphe (2), le mot « bénéficiaire » devrait soit être complété de manière à lire « bénéficiaire de l'aide », soit être remplacé par « salarié ».

#### **Article 1<sup>er</sup>, point 24° (ajoutant les articles L.541-5 à L. 541-11 du Code du travail)**

Concernant le nouvel article L.541-5 qui contient trois paragraphes, il convient de matérialiser le premier paragraphe en ajoutant « (1) » au début de la première phrase « **(1)** Une aide temporaire (...) ». De plus, l'alinéa 3 du paragraphe (1) devrait être corrigé comme suit : « En plus, le salarié doit avoir travaillé légalement dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée pendant les vingt-quatre mois qui précèdent immédiatement son départ de l'entreprise d'origine disposant d'un établissement stable au sens de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan (...) ».

Concernant le nouvel article L.541-6, le mot « modifiée » devrait également être ajoutée de manière à lire la « loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan (...) ».

Concernant le nouvel article L.541-7, sous le paragraphe (1) lettre a), il y a lieu de corriger deux erreurs de manière à lire « (...) un établissement stable au sens de la ~~loi du~~ loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan (...) ».

#### **Article 1<sup>er</sup>, point 25° (modifiant l'article L.543-1 paragraphe (1), alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail)**

Le projet de loi propose de reformuler légèrement l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe (1) de l'article L. 543-1 du Code du travail comme suit « L'Agence pour le développement de l'emploi peut faire bénéficier le jeune demandeur d'emploi, *sans emploi*, inscrit depuis trois mois au moins auprès des bureaux de placement de l'Agence pour le développement de l'emploi et âgé de moins de trente ans accomplis d'un contrat d'appui-emploi conclu entre l'Agence pour le développement de l'emploi et le jeune demandeur d'emploi. »

Les auteurs précisent, dans le commentaire des articles, que l'ajout des mots « sans emploi » a pour but d'éviter que les jeunes ne s'inscrivent à l'Agence pour le développement de l'emploi que pour la forme pour bénéficier d'un contrat d'appui-emploi et que pour cette raison, la condition d'avoir été sans emploi durant les trois mois d'inscription à l'Adem a été ajoutée.

Même si les deux chambres professionnelles partagent cette position, elles sont toutefois d'avis que le libellé de l'article 1<sup>er</sup>, point 25° du projet de loi ne traduit pas exactement cette condition. Elles proposent partant que ce libellé soit corrigé comme suit<sup>33</sup> :

«(1) L'Agence pour le développement de l'emploi peut faire bénéficier le jeune demandeur d'emploi, ~~sans emploi~~, inscrit **comme demandeur d'emploi sans emploi** depuis trois mois au moins auprès des bureaux de placement de l'Agence pour le développement de l'emploi et âgé de moins de trente ans accomplis, d'un contrat d'appui-emploi conclu entre l'Agence pour le développement de l'emploi et le jeune demandeur d'emploi. »

\* \* \*

Après consultation de leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent approuver le projet de loi sous avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de leurs observations ci-avant formulées, plus particulièrement celles relatives au maintien intégral de la rémunération en cas de maladie du salarié.

SBE/PPA

---

<sup>33</sup> Ce libellé est par ailleurs calqué sur celui d'autres articles du Code du travail (notamment l'article L. 541-1).