

# Newsletter

Le savoir partagé se voit multiplié



## Département **Employment**

**Dérogations apportées à la règle de protection des salariés malades :  
quelles sont les difficultés engendrées ?**

4 JANVIER 2021



MOLITOR Avocats à la Cour  
Auteurs : Régis Muller / Catherine Delsaux  
Schoy / Stéphan Luthi

**MOLITOR**



**// La crise sanitaire sans précédent que nous traversons depuis le 18 mars dernier a donné lieu à bon nombre de changements législatifs, éphémères ou plus durables, rendus nécessaires pour adapter notre système au caractère extraordinaire de cette période et aux besoins qu'elle a suscités. Toutefois, un certain nombre de modifications maintenues après la période légale qui s'est achevée le 24 juin dernier à minuit (la « Période Légale de Crise »), posent questions et engendrent des incertitudes. C'est le cas en particulier des modifications successives qu'a subi la règle de protection des salariés en incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident.**



## 1. La règle de droit commun<sup>1</sup>

Le salarié en incapacité de travail ayant rempli ses obligations légales<sup>2</sup> est traditionnellement protégé contre le licenciement pendant une période d'un maximum de 26 semaines consécutives (la « Période de Protection ») : pendant cette Période de Protection, tout licenciement que ce soit avec préavis ou même avec effet immédiat pour motif grave<sup>3</sup>, est interdit, sous peine de voir un tel licenciement déclaré abusif de plein droit.

Ce n'est qu'à l'expiration de cette Période de Protection que l'employeur retrouve le droit de licencier le salarié, avec préavis ou pour motif grave, même si celui-ci continue à être en incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident. Il convient de rappeler que l'écoulement du délai de protection de 26 semaines ne constitue pas à lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement : il ne marque que la fin de la Période de Protection, l'employeur devant encore pouvoir démontrer l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (qui en général consistait en une désorganisation de l'entreprise ou du service du fait de l'absence du salarié malade, d'autant plus facile à démontrer que l'entreprise était de petite taille).

Le Législateur n'a pas modifié l'article du Code du travail y relatif, mais a néanmoins prévu un régime dérogatoire en raison de la crise sanitaire.

## 2. Modifications pendant la période de crise : les hésitations du législateur

- a. Le législateur avait initialement prévu que la Période de Protection serait suspendue pendant toute la Période Légale de Crise (soit du 18 mars 2020 au 24 juin 2020 à minuit)<sup>4</sup>. Si l'incapacité de travail du salarié pour cause de maladie ou d'accident avait débuté avant la Période Légale de Crise et persistait après celle-ci, la fraction restante de cette période de 26 semaines reprenait son cours dès le 25 juin 2020. Le décompte de la durée de la Période de Protection était donc neutralisé durant la Période Légale de Crise, mais donnait lieu à un régime de protection particulier durant cette période de suspension.

<sup>1</sup> Article L. 121-6 du Code du travail

<sup>2</sup> Rappelons que pour bénéficier de cette protection spéciale contre le licenciement, le salarié doit avertir l'employeur, dès le premier jour d'absence, de son incapacité de travail/la prolongation de celle-ci, et s'assurer que l'employeur dispose du certificat médical y afférant le troisième jour au plus tard.

<sup>3</sup> Au sens de l'article L. 124-10 du Code du travail

<sup>4</sup> Règlement grand-ducal du 8 avril 2020 portant dérogation à l'article L. 121-6 du Code du travail

En effet, si pendant la période de suspension, les licenciements avec préavis (ou convocations à un entretien préalable à cette fin) des salariés en incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident de travail restaient interdits, selon la règle classique qui prévalait jusque-là, le législateur avait toutefois dérogé, de façon surprenante (et sans justification spécifique), à la règle de droit commun en permettant à l'employeur de licencier le salarié en incapacité de travail avec effet immédiat pour motifs graves.

- b. Face aux nombreux questionnements soulevés par cette règle, le législateur a toutefois très rapidement revu sa copie<sup>5</sup> à savoir que :
- la Période de Protection devait être considérée comme prolongée à partir du 8 avril 2020 jusqu'à la fin de Période Légale de Crise (la « **Période de Prolongation** ») ;
  - qu'après l'écoulement de la Période de Protection, soit à partir du 1<sup>er</sup> jour de la 27<sup>ème</sup> semaine d'incapacité de travail continue du salarié compte tenu de la Période de Prolongation, seul le licenciement avec effet immédiat pour motifs graves était autorisé, tandis que le licenciement avec préavis restait interdit.

Le législateur offrait ainsi une protection supplémentaire aux salariés qui s'étaient retrouvés en incapacité de travail pendant la Période Légale de Crise : outre la neutralisation de cette période dans le décompte du délai de 26 semaines consécutives et le maintien d'une protection complète contre toute forme de licenciement, **le salarié restait protégé contre un licenciement avec préavis après la fin de la Période de Protection.**

### 3. Le régime actuel : *status quo* et maintien d'une restriction difficilement justifiable

Si le législateur a confirmé dans le cadre d'une loi du 20 juin 2020<sup>6</sup> que la Période Légale de Crise ne serait pas prise en compte dans le calcul du délai de 26 semaines consécutives en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident survenue au cours de celle-ci, il a en revanche et de façon plus surprenante et contestable, maintenu la restriction du droit pour l'employeur de licencier le salarié à l'expiration de la période en cause de 26 semaines, à savoir qu'à partir du 1<sup>er</sup> jour de la 27<sup>ème</sup> semaine d'incapacité de travail, telle que prolongée le cas échéant par la Période Légale de Crise, **seul un licenciement avec effet immédiat pour motifs graves dans le chef du salarié est autorisé**, tandis que le **licenciement avec préavis** (respectivement la convocation à un entretien préalable à un licenciement avec préavis), **reste interdit.**

Le maintien d'un tel système dérogatoire n'est pas sans créer de nombreuses difficultés et injustices tant du côté des salariés que de celui des employeurs, et notamment :

- ▶ Différence de traitement injustifiée entre les salariés incapables de travailler pour cause de maladie ou d'accident de travail ?

La loi du 20 janvier 2020 précitée ne vise que les salariés en **incapacité de travail pour cause de maladie pendant la Période Légale de Crise**. Or, dans la mesure où l'article L. 121-6 du Code du travail relatif au régime de protection de droit commun demeure inchangé (la loi du 20 janvier 2020 ne lui apportant qu'une dérogation

<sup>5</sup> Règlement grand-ducal du 17 avril 2020 portant modification du règlement grand-ducal du 8 avril 2020 portant dérogation à l'article L. 121-6 du Code du travail.

<sup>6</sup> Loi du 20 juin 2020 portant 1° dérogation temporaire à certaines dispositions en matière de droit du travail en relation avec l'état de crise lié au Covid-19 ; 2° modification du Code du travail.

temporaire), il semble qu'il faille conclure d'une lecture littérale combinée de ces textes (étant par ailleurs rappelé que les exceptions sont d'interprétations restrictives) que les salariés, dont l'incapacité de travail pour cause de maladie ou accident a débuté **après la Période Légale de Crise** seraient moins bien protégés puisqu'à compter du 1<sup>er</sup> jour de la 27<sup>ème</sup> semaine consécutive d'absence ils peuvent non seulement être licenciés par l'employeur avec effet immédiat pour motif grave mais également avec préavis.

Ainsi, il semble qu'il existe actuellement une **différence de traitement entre les salariés selon la période à laquelle a débuté leur incapacité de travail**, ce qui nous paraît difficilement justifiable, le salarié n'ayant aucune maîtrise sur la survenance d'une maladie. L'employeur se retrouve de son côté face à deux catégories de salariés malades : en cas de désorganisation de ses services, il pourrait donc être tenté d'effectuer le choix du salarié à licencier non pas selon une logique de gestion, c'est-à-dire en fonction de celui dont l'absence perturbe le plus le fonctionnement de son entreprise, mais en fonction du degré de protection dont bénéficie le salarié.

► Restriction trop importante de la liberté de l'employeur de licencier

Si la jurisprudence a coutume de rappeler, notamment à propos des licenciements économiques, que l'employeur étant le seul responsable des risques assumés de son entreprise, il est investi d'une large marge de manœuvre et d'appréciation dans l'organisation de son entreprise, force est de constater que le législateur restreint ici cette liberté d'organisation. En effet, en cette période particulièrement délicate pour les chefs d'entreprise, si un salarié dont l'incapacité a débuté avant ou pendant la Période Légale de Crise est incapable de travailler pendant plus de 26 semaines consécutives, l'employeur ne pourra pas faire valoir la désorganisation de ses services pour le licencier, mais devra, s'il ne dispose pas d'un motif grave, attendre le retour du salarié ou la cessation de plein droit du contrat de travail lorsque le salarié épuisera son droit à l'indemnité pécuniaire de maladie, à savoir à l'expiration de la période de 78 semaines d'incapacité de travail sur une période de référence de 104 semaines.

A cet égard, de graves difficultés économiques, respectivement un risque de faillite, pourraient-ils être considérés comme un motif suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat ? Il faudrait sur ce point un revirement complet de jurisprudence, cette dernière ayant jusqu'à présent toujours refusé de considérer que des motifs d'ordre organisationnel, respectivement économiques, pouvaient justifier un licenciement avec effet immédiat.



Les régimes dérogatoires mis en place en raison de la Période Légale de Crise sont par hypothèse temporaires et se justifient par l'urgence de la situation. Il nous paraît donc urgent pour ce qui concerne la problématique ci-dessus de revenir au régime de droit commun de l'article L. 126-1 du Code du travail, sinon du moins de le réformer de manière durable et égalitaire, sans pour autant créer de difficultés, sinon de charges supplémentaires pour des employeurs déjà fort malmenés depuis mars dernier.

/// Régis Muller, Partner  
regis.muller@molitorlegal.lu

/// Catherine Delsaux Schoy, Senior Associate  
catherine.delsauxschoy@molitorlegal.lu

/// Stephan Luthi, Junior Associate  
stephan.luthi@molitorlegal.lu