



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

APERÇU DE LA JURISPRUDENCE SUR LE CONTRAT A DURÉE DÉTERMINÉE

octobre 2015
n°01/2015



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

18, rue Auguste Lumière • L-1950 Luxembourg
B.P 1263 • L-1012 Luxembourg
T +352 27 494 200 • F +352 27 494 250
www.csl.lu • csl@csl.lu



SOMMAIRE

1. LES TRAVAUX PERMETTANT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE	3
2. LA DURÉE D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE	4
2.1. Échéance fixe ou incertaine	4
2.2. Renouvellement du contrat de date à date	5
2.3. Contrat à caractère saisonnier	8
3. LA CONCLUSION DU CDD : UN CONTRAT ÉCRIT	8
3.1. Les clauses obligatoires	8
3.2. La période d'essai	11
4. LA SUCCESSION DE CONTRATS	13
4.1. La poursuite des relations par un contrat à durée indéterminée	13
4.2. La poursuite des relations par un contrat à durée déterminée	14
5. LA CESSATION DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE	15
5.1. Cessation automatique du CDD	15
5.2. Interdiction de résilier le CDD avant terme	15
6. SANCTION : REQUALIFICATION EN CDI	15
7. ÉGALITÉ DE TRAITEMENT	18



Le Code du travail distingue principalement deux types de contrat de travail.

Il s'agit en premier lieu du contrat qui est conclu pour une **durée illimitée** (contrat à durée indéterminée (CDI), article L.121-1 et suivants du Code du travail). Lorsqu'un salarié est embauché, c'est en principe à ce type de contrat que l'on a recours, de sorte que le contrat à durée indéterminée constitue la **règle**.

Le deuxième type de contrat prévu est le contrat à **durée déterminée** (article L.122-1 et suivants du Code du travail). Comme son nom l'indique, ce contrat est **limité dans sa durée** et ne peut être conclu que dans certains cas particuliers. Il constitue donc **l'exception**.

Le CDI se caractérise par le fait qu'aucune durée de la relation de travail n'est fixée d'avance. Le contrat produit ses effets jusqu'au moment où l'employeur ou le salarié décide de le rompre.

Si l'initiative de la rupture est prise par l'employeur, on parle de **licenciement**. Si au contraire le contrat est rompu par le salarié, on est en présence d'une **démission**.

Le contrat à durée indéterminée peut également prendre fin pour une autre cause (par exemple faillite de l'employeur, cessation d'activités, attribution d'une pension de vieillesse, etc.).

Le contrat à durée déterminée (CDD) présente la particularité d'être conclu pour une période limitée (au maximum 24 mois) et pour l'exécution d'une **tâche précise et non durable**.

La durée d'un tel contrat peut être exprimée en jours, semaines, mois ou années. Dans ce cas, on dit que le contrat est à échéance fixe.

La durée peut également être exprimée autrement en ce sens que le salarié s'engage à travailler auprès de l'employeur jusqu'à la réalisation de l'objet qui a motivé la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, le contrat a une échéance incertaine.

Un contrat à durée déterminée peut être **renouvelé** à deux reprises, chaque fois pour une durée limitée. Ce renouvellement doit être prévu soit directement dans le contrat initial, soit dans un avenant à ce contrat.

Si le renouvellement n'est pas fixé par écrit, on présume que le contrat renouvelé est conclu pour une durée indéterminée.

En aucun cas, la durée totale du contrat, renouvellements compris, ne peut dépasser 24 mois.

1. LES TRAVAUX PERMETTANT LA CONCLUSION D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

Au vœu de la loi, la conclusion d'un contrat à durée déterminée doit rester l'exception.

Pour cette raison, le recours à un tel contrat est limité à **l'accomplissement d'un travail précis et non durable**.

La loi énumère un certain nombre de travaux correspondant à ces caractéristiques (**article L.122-1 du Code du travail**) :

- **le remplacement d'un salarié temporairement absent, d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu ou d'un salarié dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin ;**

- **les emplois saisonniers ;**

Sont à considérer comme travaux saisonniers les travaux qui se répètent chaque année suivant le rythme des saisons (agriculture, viticulture, saison touristique, etc.).

- **les emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée ;**

Sont visés les secteurs d'activité de l'exploitation forestière, du spectacle, de l'action culturelle, de l'audiovisuel, de l'information, de la production cinématographique, des activités d'enquête et de sondage, des centres de loisir et de vacances, du sport professionnel, des activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche.

- **les tâches occasionnelles et ponctuelles ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise ;**

La **tâche occasionnelle** s'apprécie au regard du cadre normal des activités de l'entreprise.

La **tâche ponctuelle** ne fait pas partie de l'activité normale de l'entreprise, même si elle peut le cas échéant se répéter. On vise en fait la situation où l'entreprise doit avoir recours momentanément à des spécialistes pour des opérations très ponctuelles, comme par exemple la mise en place d'un système informatique, l'audit, l'expertise comptable, etc.



- les travaux précis et non durables devant être réalisés en cas d'accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise ;

Le **surcroît exceptionnel** s'entend d'une augmentation inhabituelle du volume de l'activité de l'entreprise par rapport à son rythme normal d'activité (par exemple périodes de fête, de soldes ou de rentrée des classes, etc.).

Il ne peut s'agir de situations créatrices d'emplois permanents, mais d'événements conjoncturels entraînant un accroissement non durable de l'activité.

Cette notion conduit à écarter de l'application du texte les activités dites en « dents de scie » dans lesquelles les périodes de pointe n'ont rien d'exceptionnel, mais aussi celles dont la nature même implique des fluctuations de volume et pour lesquelles le contrat à durée déterminée n'est pas envisageable.

La phase de **lancement d'un produit nouveau ou d'un service nouveau** constitue dans la vie d'une entreprise un moment d'incertitude dont elle doit pouvoir tenir compte dans le cadre de sa politique de gestion du personnel. Ceci est vrai à plus forte raison dans le cas d'un investissement nouveau. Il en résulte que dans ces cas l'employeur devrait pouvoir avoir recours au contrat à durée déterminée.

À noter qu'un contrat à durée déterminée au simple motif d'un surcroît exceptionnel de travail, sans autres précisions, risque d'être requalifié par la juridiction du travail en contrat à durée indéterminée étant donné que son objet n'est pas assez précis. (Cour d'appel du 30 novembre 2000 n°24242 du rôle)

- les travaux urgents nécessaires pour prévenir tout préjudice à l'entreprise ;
- les emplois assignés à un demandeur d'emploi dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion ;
- les emplois assignés à des demandeurs qui ont été déclarés éligibles pour l'embauche moyennant contrat à durée déterminée ;

Les catégories de demandeurs d'emploi concernés seront définies dans un règlement grand-ducal. Ce dernier n'a pas encore été pris à l'heure actuelle.

- les emplois destinés à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi ;
- les emplois pour lesquels l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;

Peuvent notamment être pris en considération des stages d'application dans l'entreprise liés aux études et les emplois réservés aux handicapés.

2. LA DURÉE D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

2.1. Échéance fixe ou incertaine

Le contrat à durée déterminée peut courir au maximum sur **24 mois**, deux renouvellements compris.

En principe, l'échéance du contrat est **fixée avec précision**. Exceptionnellement, le contrat peut prévoir une échéance incertaine :

- s'il est conclu pour remplacer un salarié absent, un salarié dont le contrat de travail est suspendu ou un salarié dont le poste est devenu vacant ;
- s'il porte sur un emploi saisonnier ;
- s'il est relatif à un emploi pour lequel il est d'usage de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée.

Dans ces cas, le contrat doit être conclu pour une **durée minimale et prend fin avec l'accomplissement de l'objet pour lequel il a été conclu**.

La durée minimale doit être clairement énoncée dans le contrat écrit.

Le contrat à terme imprécis doit être conclu pour une durée minimum « pendant laquelle le salarié a une garantie d'emploi ». L'employeur est tenu de conserver le salarié remplaçant jusqu'à cette date, sinon de lui accorder le bénéfice du maintien intégral de sa rémunération même si, avant que la durée minimale du contrat ne soit écoulée, l'objet du contrat venait à être réalisé ou le salarié reprenait son emploi pour une cause quelconque. L'absence de pareille mention dans le contrat enlève au salarié remplaçant, en cas de contestation de la part de l'employeur, le moyen facile de la preuve par écrit pour faire valoir ses droits au maintien de l'emploi jusqu'au terme de la période minimum. Il s'ensuit que l'omission d'une mention permettant de déterminer la durée minimale de l'engagement constitue une violation des dispositions impératives de l'article 7 de loi de 1989 (nouvel article L.122-3 du Code du travail) entraînant la requalification du contrat en CDI (Cour d'appel du 22 janvier 1998, n°20650 du rôle).

Un contrat conclu « pour la période du 3 octobre 2005 jusqu'au retour de grossesse » ne répond pas à cette exigence et est à requalifier en CDI (Arrêt de la Cour d'appel du 30 septembre 2009, n°33191 du rôle).



2.2. Renouvellement du contrat de date à date

Le contrat conclu pour une durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée.

Mais le principe, comme les conditions du renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat initial et d'un avenant ultérieur à ce contrat.

À défaut d'écrit, le contrat de travail renouvelé est présumé conclu pour une durée indéterminée.

Sept catégories de CDDs peuvent être renouvelées plus de deux fois, même pour une durée totale excédant 24 mois (**article L.122-5(3) du Code du travail**) :

- avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg ;
- par les intermittents du spectacle ;
- sur base du point 5. du paragraphe (3) de l'article L.122-1¹ sans pouvoir dépasser cinq ans ;
- entre l'État ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé d'éducation des lycées, l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, le chargé de cours du Service de la Formation des adultes, le chargé de cours du Service de la formation professionnelle et le chargé de cours du Centre de Langues Luxembourg, le chargé de cours des instituts et services de l'Éducation différenciée et le chargé de cours du Centre de logopédie d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois ;

1 les contrats de travail conclus entre un employeur et un étudiant inscrit :

a) soit dans une formation au brevet de technicien supérieur dispensée dans le cadre de la loi modifiée du 4 septembre 1990 portant réforme de l'enseignement secondaire technique et de la formation professionnelle continue ;

b) soit dans une des formations visées à l'article 6, points (2), (3) et (6) de la loi du 12 août 2003 portant création de l'Université du Luxembourg ;

c) soit dans une formation menant au grade de bachelor ou de master dispensée par un établissement d'enseignement supérieur autorisé en vertu de la loi du 14 août 1976 déterminant les conditions de création d'établissements privés d'enseignement supérieur; ainsi que les contrats conclus entre un employeur et un élève de l'enseignement secondaire et secondaire technique d'un établissement scolaire luxembourgeois sans préjudice de l'article L. 342-1.

Pour les contrats de travail visés ci-dessus, la durée hebdomadaire ne peut pas dépasser dix heures en moyenne, sur une période d'un mois ou de quatre semaines.

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

- entre les communes, les syndicats de communes ou les organismes privés, mentionnés à l'article 5 de la loi du 28 avril 1998 portant a) harmonisation de l'enseignement musical dans le secteur communal ; b) modification de l'article 5 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ; c) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État, d'une part, et un chargé de cours de l'enseignement musical, d'autre part ;
- entre l'Archevêché, d'une part, et un chargé de cours de religion, d'autre part, en vue d'assurer les remplacements temporaires prévus aux articles 7 et 8.B de la Convention approuvée à l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1998 portant approbation de la Convention du 31 octobre 1997 entre le Gouvernement, d'une part, et l'Archevêché, d'autre part, concernant l'organisation de l'enseignement religieux dans l'enseignement primaire ;
- entre une fédération ou un club sportif, d'une part, et un entraîneur ou un sportif, d'autre part.

Par dérogation, certains CDDs sans date limite : Non conformes à la Constitution !

Dans un arrêt du 20 octobre 2006, la Cour constitutionnelle² a déclaré **non conforme à l'article 10bis de la Constitution** l'article 17 de la loi modifiée du 5 juillet 1991 portant dérogation à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, qui dispose :

« Par dérogation à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, les contrats à durée déterminée conclus entre l'État ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé de cours de l'enseignement post-primaire, le chargé d'éducation des lycées et lycées techniques et l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois ».

Or des dispositions similaires se trouvent toujours dans l'article L.122-5 du Code du travail relatif aux contrats de travail à durée déterminée (CDD) conclus:

- par les **intermittents du spectacle** ;
- entre l'État ou la commune, d'une part, et le **chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé d'éducation des lycées, l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du**

2 Arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 octobre 2006, n°36 du registre.



département de l'éducation nationale, le chargé de cours du Service de la Formation des adultes, le chargé de cours du Service de la formation professionnelle et le chargé de cours du Centre de Langues Luxembourg, le chargé de cours des instituts et services de l'Education différenciée et le chargé de cours du Centre de logopédie d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois ;

- entre les communes, les syndicats de communes ou les organismes privés, d'une part, et un **chargé de cours de l'enseignement musical**, d'autre part ;
- entre une fédération ou un club sportif, d'une part, et un **entraîneur ou un sportif**, d'autre part.

Cet article du Code du travail devrait donc être modifié par le législateur pour le rendre conforme à la Constitution.

Les juges appliquent cette jurisprudence et requalifie les CDDs conclus avec des enseignants portant chacun sur une année scolaire, mais renouvelés plus de 2 fois sur une période dépassant 24 mois en CDI (**Cour d'appel du 20 décembre 2007, n°31697 du rôle**).

La Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne

ont d'ailleurs également pris position contre le renouvellement illimité de certains de ces CDDs au regard de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure à l'annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

En effet en février 2014, la Commission européenne a émis un avis motivé à l'encontre du Luxembourg, lui demandant de revoir sa législation en matière de CDD et de protéger les salariés contre les renouvellements abusifs des CDDs afin de satisfaire pleinement aux exigences de la directive européenne sur le travail à durée déterminée.

Cette directive demande aux États membres de prévoir des mesures pour prévenir des abus en termes de recours aux CDDs en prévoyant des raisons objectives de recourir aux CDDs, en fixant la durée maximale totale des CDDs successifs et en fixant le nombre de renouvellements des CDDs.

La Commission est d'avis que le Luxembourg, en ce qui concerne le personnel enseignant-chercheur de l'Université de Luxembourg ainsi que les intermittents du spectacle, ne pose pas de raison objective qui justifierait un renouvellement de ces contrats, ni ne pose de limite en ce qui concerne le nombre de renouvellements et la durée cumulative des contrats successifs. De ce fait les deux catégories de personnes ne sont pas suffisamment protégées et la transposition nationale de la directive en question n'est pas correcte.

La Commission européenne a décidé de déférer le Luxembourg devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). La question des enseignants-chercheurs a été laissée de côté alors que leurs CDDs sont limités à 60 mois.

Dans un arrêt du 26 février 2015³, la CJUE a considéré que le renouvellement de CDDs successifs conclus avec les **intermittents du spectacle** n'est pas justifié, dans le droit luxembourgeois, par une « raison objective » : en effet, la Cour constate que le Luxembourg n'a pas expliqué en quoi la réglementation nationale exige que les intermittents du spectacle exercent des activités de nature temporaire. Ainsi, les employeurs peuvent conclure des CDDs successifs avec des intermittents du spectacle pour satisfaire non seulement des besoins temporaires, mais également des besoins permanents et durables en matière de personnel. Même à supposer que le droit luxembourgeois poursuive l'objectif invoqué par le Luxembourg (à savoir procurer une certaine flexibilité ainsi que des avantages sociaux aux intermittents du spectacle en offrant aux employeurs la possibilité de recruter ces travailleurs de façon récurrente sur la base de CDD), un tel objectif ne permet pas de démontrer l'existence de circonstances précises et concrètes caractérisant l'activité des intermittents du spectacle et, par tant, justifiant dans ce contexte particulier l'utilisation de CDDs successifs.

3 Arrêt rendu le 26 février 2015 dans l'affaire C-238/14.



CDD dans le secteur de la recherche

Selon le Code du travail, les CDDs conclus en matière de recherche peuvent avoir une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris. Ces contrats peuvent être conclus successivement entre un même employeur et un même chercheur pour une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris.

Réponse à la question parlementaire n°1007 (Extrait)

Nous tenons à rappeler que la durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris, constitue déjà une dérogation au contrat à durée déterminée régulier de vingt-quatre mois, renouvellements compris.

La vocation des institutions de recherche étant bien la formation des jeunes, il importe de souligner que ces mêmes institutions ne peuvent pas garantir un contrat permanent à toutes les personnes recrutées initialement en contrat à durée déterminée. **La politique de recherche aux niveaux européen et national encourage plutôt la mobilité internationale et intersectorielle. Ainsi, les chercheurs ayant achevé une formation doctorale sont encouragés de poursuivre une formation postdoctorale, soit dans un autre pays, soit en changeant du secteur de la recherche publique vers celui de la recherche privée, respectivement vice versa. Le but étant d'améliorer l'employabilité des jeunes chercheurs dans un monde de la recherche et du travail toujours plus compétitif.**

Afin de parvenir à une solution adéquate, non seulement pour le secteur de la recherche, mais également pour d'autres secteurs dynamiques de l'économie qui génèrent des emplois, que l'on voudrait voir garder et dont on aimerait développer l'activité sur le territoire du Luxembourg pour ainsi y attirer le plus de savoir possible, les ministères en cause vont consulter prochainement.

Réponse à la question parlementaire n°1120 (Extrait)

« [...] Il est vrai que le point 4 de l'article L.122-7 du Code du travail dispose que la période de carence entre deux contrats de travail, à durée déterminée ne s'applique pas pour des contrats de chercheurs, alors que cette activité est qualifiée comme un des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, conformément au règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 portant application des articles 5, 8, 34 et 41 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

Par contre la disposition précitée ne porte pas relèvement de la durée maximale d'un contrat de travail à durée déterminée de 24 mois, renouvellements compris, prévue au paragraphe (1) de l'article L.122-4 du Code du travail.

C'est justement en considération de cette limite assez restreinte pour des recherches ayant une certaine envergure que le législateur a introduit la possibilité de conclure des contrats de travail à durée déterminée de soixante mois au paragraphe (4) de l'article L.122-4 pour les contrats prévus aux points 1, 3 et 4 du paragraphe (3) de l'article L.122-1.

Or, le deuxième alinéa du paragraphe (4) précité dispose que ces contrats peuvent être conclus successivement entre un même employeur et un même chercheur pour une durée totale maximale de soixante mois, renouvellements compris.

Nous tenons également à signaler qu'en avril 2013 la Commission européenne avait émis un avis motivé au Luxembourg en ce qui concerne l'application de la directive européenne sur le travail à durée déterminée (1999/70/CE) dans laquelle elle mentionnait aussi les chercheurs et les professeurs de l'université. Par la suite ces derniers n'étaient plus visés comme les contrats à durée déterminée seraient limités à un maximum de 60 mois.

Dès lors il n'est pas possible de conclure un contrat de travail à durée déterminée au-delà de ces soixante mois entre le même employeur et le même chercheur et ce indépendamment du fait que le délai de carence ne joue pas pour ces emplois.

Ainsi les organismes de recherche visés aux points 1,3 et 4 du paragraphe (3) de l'article L.122-1 sont tenus de limiter les contrats de travail à durée déterminée entre le même employeur et le même chercheur à un maximum de soixante mois.

Par ailleurs, il a lieu de noter que rien n'empêche que les organismes de recherche publics concluent des contrats à durée indéterminée avec les chercheurs. »



CDD et congé ordinaire

Le Code du travail précise que le droit au congé ordinaire naît après 3 mois de travail ininterrompu auprès du même employeur.

Il est également prévu dans le Code que lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à son congé à raison d'un 12^{ème} par mois de travail entier, soit 2,08 jours par mois pour une durée légale du congé annuel fixée à 25 jours ouvrables par année.

Cependant, le salarié dont le CDD ne s'étend pas au-delà de 3 mois peut disposer de son congé de récréation dès le premier jour de travail⁴.

Les congés extraordinaires pour des raisons d'ordre personnel peuvent être pris dès l'embauche en CDD.

La loi permet l'insertion d'une **clause de reconduction** pour la saison suivante pour ce type spécifique de CDDs.

Le contrat saisonnier garde en principe la nature d'un contrat à durée déterminée et cela en dépit de renouvellements successifs (mais deux maximums sur 10 mois maximum).

La répétition, à chaque saison, de relations contractuelles entre une entreprise saisonnière et un même salarié, ne change rien à la nature du contrat à durée déterminée des contrats successifs.

Mais lorsque sur la base d'une clause expresse de reconduction le contrat saisonnier a été reconduit pendant plus de deux saisons, l'ensemble des contrats saisonniers confère à la relation de travail la nature d'une relation à durée globale indéterminée assujettie en tant que telle aux règles du licenciement quant à sa rupture.

2.3. Contrat à caractère saisonnier

La durée maximale d'un contrat saisonnier est de **10 mois** pour une même période de 12 mois successifs.

3. LA CONCLUSION DU CDD : UN CONTRAT ÉCRIT

L'article L.121-4 du Code du travail exige qu'un contrat de travail soit conclu par écrit soit avant, soit au moment même de l'entrée en service du salarié.

Il doit être établi **en double exemplaire** dont un est conservé par l'employeur et l'autre remis au salarié.

Cependant, la rédaction d'un écrit n'est pas exigée pour la validité même du contrat.

Ainsi, si l'employeur et le salarié concluent un contrat de travail **oral**, ce dernier est tout aussi valable qu'un contrat écrit. En cas de litige, il appartient seulement au salarié de rapporter la preuve de son existence et de son contenu.

Chacune des parties à un contrat de travail peut exiger de l'autre la signature d'un contrat écrit conforme aux exigences de la loi. Si l'autre partie refuse, il est possible de **rompre le contrat sans préavis**.

Cette rupture peut intervenir au plus tôt le troisième jour après la demande de signature et au plus tard dans les 30 jours qui suivent l'entrée en service du salarié.

Soulignons toutefois que le Code du travail prévoit explicitement qu'un contrat à durée déterminée doit être rédigé par écrit sous peine d'être requalifié en contrat à durée indéterminée.

3.1. Les clauses obligatoires

a. Les clauses communes au contrat à durée indéterminée et au contrat à durée déterminée (article L.121-4(2) du Code du travail)

Un certain nombre de points doivent figurer obligatoirement dans un contrat de travail :

- l'identité des parties qui concluent le contrat ;
- la date de l'entrée en service effective du salarié ;
- le lieu de travail ;
- la nature de l'emploi occupé par le salarié, et la description de ses fonctions et tâches ;
- la durée du travail normale (par jour ou par semaine) ;
- l'horaire normal de travail ;
- la rémunération de base ainsi que les accessoires ou compléments éventuels de salaire (gratification, 13^{ème} mois, allocation de chef de famille, prime de ménage, etc.) ;
- la durée du congé annuel payé ;
- le cas échéant, la durée de la période d'essai ;
- le cas échéant, la mention des conventions collectives applicables au salarié ;
- le cas échéant, l'existence et la nature d'un régime de pension complémentaire, le caractère obligatoire ou facultatif de ce régime, les droits à des prestations y relatives ainsi que l'existence d'éventuelles cotisations personnelles ;

⁴ Source : <http://www.itm.lu/home/faq/ddt/contrats/duree-determinee.html#anchor029976b1-fdc6-4238-bde9-cab2ad89c480>



Aperçu de la jurisprudence sur le contrat à durée déterminée

- les clauses complémentaires ou dérogatoires à la loi (qui doivent être favorables au salarié).

Si les clauses complémentaires ou dérogatoires figurant dans le contrat ont pour effet d'aggraver les obligations du salarié par rapport à ce qui est prévu par la loi ou de restreindre ses droits, elles sont nulles et ne produisent aucun effet.

L'ensemble des clauses énumérées ci-avant doit se retrouver aussi bien dans un **contrat à durée indéterminée** que dans un **contrat à durée déterminée**.

Cependant, pour ce dernier type de contrat, un certain nombre d'indications supplémentaires sont exigées par la loi.

b. Les clauses spécifiques au contrat à durée déterminée (article L.122-2 du Code du travail)

En plus des clauses communes au CDI, le CDD doit comporter des clauses spécifiques :

- ***l'indication et la description de l'objet pour lequel le contrat a été conclu ;***

La spécification que le contrat est conclu pour une durée déterminée implique la définition de l'objet du contrat conformément aux articles L.122-1(1) et L.122-1(2) du Code du travail.

Les parties doivent préciser la nature de la tâche précise et non durable que le salarié est amené à remplir dans le cadre du contrat de travail.

Les juges tiennent compte du fait que la loi a clairement entendu restreindre le recours au contrat de travail à durée déterminée à l'exécution d'une tâche précise et non durable, c'est-à-dire à des situations exceptionnelles. Celui qui veut conclure un contrat à durée déterminée doit justifier le recours à un tel contrat dans l'écrit même du contrat en y donnant la définition précise de son objet.

Les tribunaux décident que si la définition de l'objet fait défaut ou n'est pas suffisamment précis, **le contrat est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée** (Cour d'appel du 16 mars 2000, n°23681 du rôle ; Cour d'appel du 7 décembre 2000, n°23769 et n°23770 du rôle).

*Le contrat à durée déterminée aurait dû préciser la nature de la tâche précise et non durable confiée au salarié, ainsi que celle de l'accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'appelante en indiquant les **circonstances de fait concrètes qui ont rendu nécessaire l'engagement d'un ferrailleur supplémentaire** pour la durée spécifiée au contrat ainsi que la **mission exacte** que ce dernier devait exécuter pendant cette période, la formulation vague « **surcroît exceptionnel de travail** »*

qui figure au contrat étant insuffisante à cet égard (Cour d'appel, 30 novembre 2000, n°24242).

L'employeur ne peut plus combler les lacunes du contrat en fournissant postérieurement des explications y relatives, tel que le fait d'affirmer, qu'elle a eu recours aux services du salarié B suite à l'augmentation du travail résultant de la conclusion par elle d'un contrat cadre de prestations de service avec la société C pour une période d'un an à partir du 1^{er} juillet 2005, contrat cadre prévoyant des contrôles par l'appelante de la qualité de l'eau (services dans le domaine du traitement de l'eau) auprès des clients de C (E, F, G et H) (Arrêt de la Cour d'appel, 15 janvier 2009, n°33519).

Cette jurisprudence est constante et appliquée régulièrement par les juridictions :

Cour d'appel 4 mars 2010, n°34598 du rôle, IJ n°3/10, page 4

*Une description des fonctions ou des tâches assignées au salarié au moment de l'engagement par le simple terme « **Machiniste-Ouvrier** » est trop large. Elle démontre que le salarié n'a pas été affecté à une tâche précise et non durable. Le contrat est à requalifier en contrat de travail à durée indéterminée.*

Arrêt de la Cour d'appel du 7 juillet 2011, n°36804 du rôle

*Suivant les indications du contrat du 16 février 2009 le requérant a été engagé, en tant qu'**ouvrier**. Dans la rubrique « descriptions des fonctions du salarié » l'employeur s'est limité à mentionner que le requérant serait « **affecté au sein du département entreprise générale comme ouvrier sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure tenant compte des besoins de l'entreprise** ». La description des fonctions du salarié est insuffisante.*

Arrêt de la Cour d'appel du 5 février 2015, n°38506 du rôle

*Le contrat de travail signé entre les parties indique tout d'abord en son article 1.1 que « le contrat est conclu pour une durée déterminée en raison de la **réorganisation des activités de marchés au sein de la ligne métier Banque privée** » et ensuite en son article 2.1 que « l'employé est engagé comme attaché dans la fonction de « **chargé de missions** » et sera affecté à « **BPMA/MARC/DIR** » sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure à décider par l'employeur, en tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles de l'employé ou des besoins de sa propre gestion, ou de celle des autres sociétés membres du groupe ». Si le prédit contrat indique bien*



*l'objet pour lequel il a été conclu, soit la réorganisation des activités de marchés au sein de la ligne métier Banque privée, il laisse d'y être précisé en quoi cet objet est exceptionnel et ne tombe pas dans l'activité normale et permanente de l'entreprise. Finalement, le contrat de travail, qui indique que le salarié est engagé comme « **Chargé de missions** », n'indique pas la tâche précise et non durable pour laquelle il a été engagé.*

En conclusion, lorsque le contrat de travail ne contient aucune allusion ni à une tâche précise et non durable ni à une éventuelle phase de démarrage de la société employeuse, il convient d'en déduire que le contrat de travail ne respecte pas les conditions prévues par la loi et qu'il est à requalifier en contrat à durée indéterminée.

Dérogation pour le personnel enseignant chercheur de l'Université du Luxembourg

Selon la Cour d'appel⁵, le paragraphe (3) de l'article L.122-1 du Code du travail, qui prévoit par dérogation aux paragraphes (1) et (2) du même article aux termes desquels l'objet du contrat de travail à durée déterminée ne peut être que l'exécution d'une tâche précise et non durable, que les contrats de travail conclus, entre autres, avec le personnel enseignant chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être à durée déterminée, ne soumet pas ces contrats à la condition requise par les paragraphes précédents.

Cette description n'est toutefois pas requise pour les contrats dérogatoires visés au paragraphe (3) de l'article L.122-1.

Selon l'article L.122-2(1) régissant la forme du contrat à durée déterminée, celui-ci doit comporter la définition de son objet. Cet objet correspond dans les cas « normaux » de recours aux CDDs la description d'une tâche précise et non durable.

De ce fait, le contrat de travail à durée déterminée conclu entre parties, en spécifiant que la salariée est engagée par l'Université du Luxembourg en qualité d'enseignant-chercheur, suffit aux exigences de l'article L.122-2(1) du Code du travail.

Mais s'est posée alors la question de la conformité de la disposition dérogatoire au droit commun de l'article L.122-1(3) du Code du travail au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi en ces termes :

« Le paragraphe (3) de l'article L.122-1 du Code du travail, en ce qu'il prévoit que par dérogation aux paragraphes (1) et (2) du même article, les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats à durée déterminée, est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de

la Constitution dans la mesure où cette disposition légale introduit un traitement discriminatoire en ce qu'elle ne pose pas la condition que le contrat à durée déterminée soit conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable et qu'il ne puisse avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ? »

La Cour constitutionnelle⁶ a répondu que l'activité de l'enseignant-chercheur diffère de celle des autres salariés du secteur privé en ce que ses fonctions consistent, dans une proportion importante, en des travaux de recherche sur des sujets déterminés et qui constituent par essence une tâche limitée dans le temps.

La durée de ces travaux de recherche n'étant, en règle générale, pas prévisible, la possibilité offerte à l'Université du Luxembourg de conclure avec son personnel enseignant-chercheur des contrats de travail à durée déterminée renouvelables, constitue une mesure rationnellement justifiée.

Au vu de la fixation à soixante mois, renouvellements compris, de la durée maximale des contrats à durée déterminée conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg, prévue au paragraphe (4) de l'article L.122-4 du Code du travail, la disparité établie par le paragraphe (3) de l'article L.122-1 est adéquate et proportionnée à son but.

Dès lors, le paragraphe (3) de l'article L.122-1 du Code du travail, en ce qu'il prévoit que les contrats de travail conclus avec le personnel enseignant chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats à durée déterminée, n'est pas contraire à l'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

- **la date d'échéance du contrat, sinon la durée minimale pour laquelle le contrat est conclu ;**

Si l'employeur ne peut déterminer avec précision la fin exacte du contrat, il doit au moins indiquer que le contrat court sur une période minimale de tant de jours, semaines ou mois. (voir page 4)

Cette hypothèse peut se présenter lorsqu'une personne est embauchée à durée déterminée pour remplacer un salarié en congé de maternité ou de maladie dont on ne connaît pas la date exacte de retour.

- **si le contrat est conclu pour remplacer un salarié absent, le nom de celui-ci ;**

La jurisprudence n'est pas unanime en ce qui concerne l'incidence de l'oubli du nom du salarié licencié.

5 Cour d'appel du 6 décembre 2012, n°38046 du rôle.

6 Cour constitutionnelle, 12 avril 2013, n°97 du registre.



Arrêts des 9 décembre 2004, n°28967 et du 24 mars 2005, n°28762

Le CDD aurait dû préciser, outre la mention que le contrat était conclu pour pourvoir au remplacement d'une salariée absente pour cause de maladie, le nom de la salariée à remplacer. L'employeur ne peut plus combler cette lacune en fournissant postérieurement le nom de la personne à remplacer.

Le recours au CDD est limité par la volonté du législateur en cas d'exécution d'une tâche précise et non durable et l'indication du nom du salarié à remplacer est de l'essence de ce type de convention. À défaut, il est réputé à durée déterminée.

Un arrêt du 14 juillet 2011 n'a, à l'inverse, pas requalifié le CDD en CDI.

Suivant contrat de travail du 14 mai 2009, renouvelé le 14 octobre 2009, A a été engagée par C sàrl. pour une période de chaque fois cinq mois en qualité de femme de ménage. Dans l'article 3 du contrat il est précisé que « l'engagement est conclu dans le cadre du remplacement d'un salarié absent pour cause de maladie ».

La Cour retient que l'article L.122-2.(1) 3 du Code du travail précise que « lorsqu'il (le contrat à durée déterminée) est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, (il doit indiquer) le nom du salarié absent ».

Or, l'article L.122-9 du Code du travail qui indique les sanctions en cas de non-respect des dispositions relatives au contrat à durée déterminée n'énumère pas l'article L.122-2, de sorte que le contrat à durée déterminée liant les parties n'a pas à être requalifié en contrat à durée indéterminée du seul fait du défaut de l'indication du nom de la personne remplacée.

Il a en effet été jugé à plusieurs reprises que la loi ne sanctionne que le défaut d'écrit ainsi que l'omission, dans l'écrit, de la mention que le contrat est conclu pour une durée déterminée, mais non pas l'omission de l'une ou l'autre des autres mentions prescrites par le texte. La sanction prévue par la loi vise les contrats conclus en l'absence de la condition légale exigée par ce texte pour le recours au contrat à durée déterminée, mais non pas le défaut de mention de cette condition dans le contrat (Cour 26 mars 1998, Perrard sàrl c/ Monteiro).

Arrêt de la Cour d'appel du 25 octobre 2012, n°37058 du rôle, IJ 9/12, page 11

Le jugement de première instance doit partant être confirmé en ce qu'il a rejeté la demande en requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Il se dégage de l'article L.122-1(1) du Code du travail et de l'article L.122-2(1) du même code (« ...le contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit comporter... 3) lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié

absent, le nom du salarié ») que la question du renouvellement du contrat à durée déterminée s'apprécie bien par rapport à la personne du salarié absent remplacé et non par rapport à la tâche à exécuter.

Dès lors que le contrat de travail à durée déterminée du 30 mai 2008 avait pour objet de remplacer B, les trois contrats à durée déterminée conclus le 19 juillet 2008, le 18 décembre 2008 et le 1^{er} avril 2009, qui avaient pour objet de remplacer C, ne constituent pas des renouvellements du contrat à durée déterminée du 30 mai 2008.

Les contrats à durée déterminée du 18 décembre 2008 et du 1^{er} avril 2009, qui avaient pour objet le remplacement de C, constituent deux renouvellements du contrat à durée déterminée du 16 juillet 2008.

Il s'en suit qu'il n'y a pas eu violation des dispositions de l'article L.122-5 (2) du Code du travail.

Le contrat à durée déterminée du 16 juillet 2008 s'étant terminé à l'échéance, il n'y a pas eu licenciement abusif de la part de l'employeur.

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

Les remplacements en cascade sont en effet permis, à condition que le CDD indique le nom du salarié en congé parental indirectement remplacé.

- le cas échéant, une clause de renouvellement du contrat ;
- le cas échéant, la durée de la période d'essai.

3.2. La période d'essai (articles L.122-11 et L.121-5 du Code du travail)

Il est possible d'insérer aussi bien dans un contrat à durée déterminée que dans un contrat à durée indéterminée une clause soumettant la conclusion définitive du contrat à l'accomplissement d'une période d'essai.

Cette dernière a pour objet de permettre au salarié de vérifier si le travail lui convient. Elle offre à l'employeur l'occasion d'apprécier les qualités professionnelles du salarié.

La clause d'essai doit être stipulée par écrit et cela **au plus tard au moment de l'entrée en service** du salarié. Il s'ensuit que lorsque le contrat est seulement conclu après l'entrée en service, il ne peut plus contenir une clause d'essai.



En présence d'une convention collective prévoyant que tout embauchage définitif est précédé d'une période d'essai, il n'est pas nécessaire d'inclure dans chaque contrat individuel une clause d'essai, mais un renvoi à la convention collective suffit.

Enfin, si la clause d'essai n'est pas fixée par écrit, elle est réputée inexistante et le contrat est considéré comme ayant été conclu directement et définitivement à durée déterminée ou indéterminée.

a. La durée de l'essai

La période d'essai d'un salarié nouvellement embauché ne peut être ni **inférieure à 2 semaines, ni supérieure à 6 mois**.

Il existe cependant deux exceptions à ce principe :

- la période d'essai est au maximum de 3 mois si le salarié n'a pas un niveau de formation atteignant celui du CATP ;
- la période d'essai peut être de 12 mois si le traitement mensuel brut accordé au salarié est égal ou supérieur à 536 euros à l'indice 100 (4.155 euros à l'indice 775,17).

Les tribunaux considèrent que l'employeur qui engage un salarié et qui entend lui imposer une période d'essai est tenu de s'informer sur le niveau de formation de celui-ci pour pouvoir fixer efficacement la durée de l'essai (Cour d'appel du 23 mars 2000, n°23284 du rôle).

Si la période d'essai prévue au contrat excède les limites maximales, elle n'est pas nulle dans son intégralité. Elle est seulement nulle pour la durée excessive (Cour d'appel du 17 avril 1997, n°19172 et n°19215 du rôle).

Exemple

Le contrat de travail prévoit une période d'essai de 6 mois. Il se trouve cependant que le salarié embauché n'a pas une qualification de niveau CATP.

En conséquence, le salarié peut seulement être soumis à une période d'essai de 3 mois. Les autres 3 mois d'essai prévus au contrat sont nuls.

La loi précise que la période d'essai doit être libellée en semaines dans la mesure où elle n'excède pas un mois. Dans les autres cas, elle doit être libellée en mois. Néanmoins, la non-observation de cette règle n'entraîne pas la nullité de la clause d'essai (Cour d'appel du 11 mai 1995 Dasbourg c/Da Mota Martins Ribeiro).

Notons enfin que dans le cadre d'une seule et même relation de travail, une période d'essai ne peut être prévue qu'une seule fois. Elle ne peut pas être renouvelée.

Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai. Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

b. La prolongation et la suspension de la période d'essai

Qu'arrive-t-il à la période d'essai si le salarié tombe malade ? La loi répond à cette question en prévoyant la **prolongation** de l'essai.

Celui-ci est prolongé automatiquement d'une durée égale à celle de l'absence du salarié que ce soit pour maladie, congés, etc. Cependant, la prolongation maximale est d'un mois.

Exemple

Un salarié est embauché avec une période d'essai de 6 mois courant du 1^{er} juin jusqu'au 30 novembre inclus.

Le 1^{er} septembre, il soumet à son employeur un certificat médical pour la période du 1^{er} au 15 septembre inclus.

Il s'ensuit que sa période d'essai pourra être prolongée de 15 jours et qu'au lieu de se terminer à la date du 30 novembre, elle prend fin le 15 décembre.

La loi règle également l'hypothèse d'une salariée qui tombe enceinte pendant la période d'essai. Cette dernière est alors **suspendue** à partir du jour où la femme soumet à son employeur un certificat médical attestant sa grossesse.

La période d'essai restant à courir reprend son cours à l'expiration d'une période de 12 semaines après l'accouchement.

Il convient cependant de préciser que cela joue seulement pour la période d'essai prévue dans un CDI, alors que le CDD prend fin normalement.

c. La résiliation du contrat pendant la période d'essai

Il n'est pas possible de résilier le contrat pendant les **deux premières semaines** de l'essai, sauf pour faute grave.

Au-delà de ces deux semaines, il peut être rompu à tout moment par lettre recommandée ou par signature apposée sur le double de la lettre de résiliation.

Hormis l'hypothèse de la faute grave, chaque partie doit donner à l'autre un **délai de préavis**. Comme il résulte du tableau ci-après, ce délai est fonction de la durée initiale de l'essai prévue au contrat (hors prolongation).

À noter que le délai de préavis se compte en jours de calendrier et non en jours ouvrables (Cour d'appel du 9 avril 1998, n°20988 du rôle).



Le préavis débute le lendemain de l'envoi ou de la remise de la lettre recommandée.

Durée de la période d'essai	Délai de préavis à respecter
2 semaines	résiliation impossible, sauf faute grave
3 semaines	3 jours
4 semaines	4 jours
1 mois	15 jours
2 mois	15 jours
3 mois	15 jours
4 mois	16 jours
5 mois	20 jours
6 mois	24 jours
7 mois	28 jours
8 mois	1 mois
9 mois	1 mois
10 mois	1 mois
11 mois	1 mois
12 mois	1 mois

Si le contrat de travail est rompu pendant la période d'essai sans respecter le délai de préavis correspondant, l'autre partie peut-elle réclamer une indemnité couvrant le préavis non-respecté ?

La jurisprudence répond par la négative à cette question. Etant donné que l'article L.121-5 du Code du travail ne prévoit pas le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, les juges refusent en principe de prononcer pareille sanction (**Cour d'appel du 24 septembre 1998, n°21678 du rôle ; Cour d'appel du 18 mai 2000, n°23758 du rôle**).

Il n'en reste pas moins qu'une jurisprudence plus récente décide que si la rupture intervient pendant les deux premières semaines à l'essai, le salarié licencié sans préavis par son employeur pour un motif autre qu'une faute grave, a droit au préavis non respecté (**Cour d'appel 28 février 2002, n°25283 du rôle**).

Par ailleurs, les tribunaux ont décidé que la notification de la rupture du contrat doit s'effectuer **avant l'échéance de la période d'essai**. Le préavis doit aussi débuter dans la période d'essai et se terminer au plus tard le dernier jour de l'essai (**Cour d'appel 8 février 2001, n°24152 du rôle**).

Contrairement à la rupture d'un contrat définitif, une résiliation pendant la période d'essai n'a pas besoin d'être motivée. Il n'en est autrement que si l'employeur invoque une faute grave à l'égard du salarié et le licencie donc avec effet immédiat.

Nonobstant la période d'essai, les tribunaux estiment que dans ce cas, l'employeur est obligé d'indiquer dans la lettre de licenciement le motif grave.

4. LA SUCCESSION DE CONTRATS

Lorsque le contrat à durée déterminée arrive à son échéance, les parties ont le choix entre deux possibilités :

- ne pas continuer leurs relations de travail au-delà de l'échéance ;
- poursuivre la relation contractuelle, soit par contrat à durée indéterminée, soit par contrat à durée déterminée.

4.1. La poursuite des relations par un contrat à durée indéterminée

Si le salarié continue à travailler au-delà de l'échéance prévue au contrat, deux cas de figure peuvent se présenter :

- les deux parties continuent à exécuter les obligations prévues au contrat sans autre manifestation de volonté ;
- les parties négocient les conditions d'un nouveau contrat qui prend immédiatement le relais du contrat à durée déterminée.

Dans ces deux cas, un **contrat à durée indéterminée** prend naissance, avec tous les avantages attachés à ce type de contrat. Ce contrat ne peut plus prévoir de période d'essai et le salarié conserve l'ancienneté de service qu'il a acquise au titre du contrat à durée déterminée.



« La Cour de justice de l'Union européenne a affirmé que la réglementation européenne applicable s'oppose à une réglementation nationale, qui exclut totalement la prise en compte des périodes de service accomplies par un travailleur à durée déterminée d'une autorité publique pour la détermination de l'ancienneté de ce dernier lors de son recrutement à durée indéterminée par cette même autorité en tant que fonctionnaire statutaire dans le cadre d'une procédure spécifique de stabilisation de sa relation de travail, à moins que cette exclusion soit justifiée par des « raisons objectives ».

Le seul fait que le travailleur à durée déterminée a accompli lesdites périodes de service sur le fondement d'un contrat ou d'une relation de travail à durée déterminée ne constitue pas une telle raison objective (Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 18 octobre 2012, n°C-302/11 à C-305/11, IJ 8/12, page 10).

À NOTER : Vacance d'un poste en CDI

Toute entreprise qui souhaite embaucher du personnel doit introduire une déclaration de poste vacant auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi. Les déclarations se font via un nouveau formulaire de déclaration de poste vacant simplifié, intégrant le référentiel des métiers de l'Adem (code ROME).

Pour déclarer un poste vacant, l'employeur a 2 options :

1. Déclarer son poste vacant via MyGuichet, la plateforme interactive de guichet.lu, qui permet d'effectuer des démarches administratives par voie électronique de manière sécurisée à l'aide d'un certificat LuxTrust.
2. Déclarer son poste vacant via le formulaire PDF accessible sous le lien suivant <http://www.adem.public.lu/employeur/declaration/>

Il suffit de télécharger le nouveau formulaire « Déclaration de poste vacant » et de l'envoyer par email, fax ou par voie postale à l'Adem.

Parallèlement, en cas de recrutement sous contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur est obligé d'en informer les salariés occupés, dans son entreprise, sous contrat de travail à durée déterminée au moment de la vacance de poste.

En effet, une loi du 23 décembre 2013 a ajouté à l'article L.122-10 du Code du travail l'alinéa suivant :

« En cas de recrutement sous contrat de travail à durée indéterminée l'employeur est obligé d'en informer les salariés occupés, dans son entreprise, sous contrat de travail à durée déterminée au moment de la vacance de poste. »

Par analogie avec la priorité de réembauchage applicable au salarié licencié pour motifs économiques,

l'employeur qui ne se conforme pas à cette obligation d'information pourrait être condamné à indemniser le préjudice subi par le salarié.

En effet, l'employeur qui n'informe pas son ancien salarié licencié pour motif économique et ayant fait une demande de priorité de réembauchage, du nouveau poste disponible, a violé son obligation d'information et a privé celui-ci du droit au réembauchage prioritaire. Ce qui l'oblige à réparer le préjudice causé (Arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 2014, n°39585 du rôle, IJ 4/2014, page 1).

4.2. La poursuite des relations par un contrat à durée déterminée

En principe, la loi prévoit qu'un même poste de travail ne peut être pourvu par une succession de contrats à durée déterminée. En d'autres termes, il est interdit à l'employeur de proposer directement au salarié dont le contrat à durée déterminée est venu à échéance, un nouveau contrat à durée déterminée, ni un contrat de mission dans le cadre d'une relation de travail intérimaire.

Il doit d'abord laisser s'écouler un certain laps de temps correspondant à un tiers de la durée du contrat venu à expiration (**période de carence**).

La sanction d'une violation de cette période de carence est la requalification du CDD en CDI.

Cette sanction figure au Code du travail, non parmi les règles régissant le travail intérimaire, mais parmi celles relatives au CDD, et notamment à la succession de tels contrats. Est visé le recours par l'employeur à un contrat de travail intérimaire pour pourvoir le poste devenu vacant dans son entreprise du fait de la cessation d'un CDD, il est évident que le contrat qui est réputé à durée indéterminée est la relation entre le salarié et l'utilisateur, qui l'occupe illégalement et devient de ce fait son employeur à durée indéterminée (Cour d'appel du 10 mai 2007, n°31042 du rôle).

Cependant, dans certains cas prévus par la loi, cette période de carence ne joue pas :

- si le salarié remplacé lors du premier contrat est de nouveau absent ;

Interprétation du Ministre du travail

Cette exception vise aussi l'absence du salarié continuant au-delà de la durée initiale du CDD conclu pour pourvoir à son remplacement. Cette disposition devrait donc permettre, dans le cas d'absences très longues de remplacer le salarié absent pendant toute la durée de l'absence par un seul salarié engagé à durée déterminée.



- si des travaux urgents doivent être exécutés ;
- s'il s'agit d'un contrat saisonnier ;
- s'il s'agit de pourvoir à un emploi pour lequel il est d'usage de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée ;
- si un salarié sous contrat à durée déterminée a rompu celui-ci de façon anticipée ;
- si un salarié sous contrat à durée déterminée a refusé de renouveler son contrat, malgré l'existence d'une clause de renouvellement dans son contrat ;
- s'il s'agit d'un emploi proposé à un chômeur inscrit à l'ADEM dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion, d'un emploi proposé à un chômeur déclaré éligible pour l'embauche par CDD, d'un emploi destiné à favoriser l'embauche de certaines catégories de chômeurs ou d'un emploi pour lequel l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle.

5. LA CESSATION DU CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

5.1. Cessation automatique du CDD

La loi pose le principe de la **cessation automatique** du contrat à l'arrivée du terme ou à l'accomplissement de l'objet.

Ceci implique que l'employeur n'est pas obligé d'informer le salarié à l'avance de la fin des relations de travail ou de lui donner un préavis.

Les parties peuvent cependant en décider autrement, à condition que ceci soit favorable au salarié.

À NOTER : ni la maladie du salarié, ni l'état de grossesse de la salariée ne font obstacle à l'échéance du CDD.

5.2. Interdiction de résilier le CDD avant terme

Un autre principe prévu par la loi est l'**interdiction de résilier un contrat à durée déterminée avant l'arrivée du terme**. Aucune des deux parties ne peut se dégager de ses obligations avant l'échéance, sauf en cas de faute grave.

Si malgré cette interdiction, le salarié rompt le contrat, il doit payer des **dommages-intérêts** à l'employeur correspondant au maximum à **un mois de salaire**. Cependant, cette somme est seulement due si l'employeur a subi réellement un dommage du fait de la rupture anticipée.

De même que le salarié, l'employeur ne peut pas résilier le contrat avant la date prévue sinon il doit payer des dommages-intérêts. Ces derniers correspondent aux rémunérations que le salarié aurait touchées jusqu'à l'échéance normalement prévue. Toutefois, la somme maximale que le salarié peut obtenir est limitée à **2 mois de salaire**.

Certains employeurs ont fait plaider devant les tribunaux que lorsqu'ils rompent le contrat à durée déterminée prématurément tout en accordant un préavis de 2 mois, ils sont déchargés du paiement des 2 mois de salaire à titre de dommages-intérêts. Cet argument a été rejeté par les juges. Ceux-ci affirment clairement que les salaires payés pendant la période de préavis ne se confondent pas avec les dommages-intérêts auxquels le salarié a droit du fait de la rupture avant terme du contrat (Cour d'appel du 5 novembre 1998, n°20241 du rôle ; Cour d'appel du 15 mars 2001, n°24402 du rôle).

6. SANCTION : REQUALIFICATION EN CDI

À défaut d'écrit ou d'écrit spécifiant que le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée, celui-ci est présumé conclu pour une durée indéterminée. La preuve contraire n'est pas admissible.

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

Sont plus particulièrement visés les contrats conclus pour l'exécution d'une tâche non autorisée par la loi, ceux qui violent les dispositions relatives à la durée maximale d'un contrat à durée déterminée et qui sont renouvelés dans des conditions non autorisées et enfin les contrats ne respectant pas la période de carence.



La requalification de la relation de travail entre parties en contrat à durée indéterminée, mesure de protection du salarié, constitue la seule sanction prévue par le législateur, le but de la loi n'étant pas une résiliation automatique donnant lieu à des indemnités, mais le droit du salarié au maintien des relations de travail après l'expiration du terme illégal (Cour d'appel du 13 juillet 2000, n°23566).

En retenant que le contrat de travail à durée déterminée doit être conclu par un écrit **devant exister dès l'entrée en service du salarié et que par le défaut de signature de celui-ci, valant absence d'écrit**, la relation de travail entre parties est à considérer comme contrat de travail à durée indéterminée, la Cour d'appel n'a pas violé les dispositions légales (Cour de cassation du 14 décembre 2002, n°1724).

Demande en reconnaissance d'une relation de travail à durée indéterminée

- Arrêt de la Cour d'appel du 9 janvier 2003, n°26467 du rôle :

La relation de travail était à durée indéterminée **en l'absence d'une clause de renouvellement** prévue au CDD couvrant la période du 15 septembre 1997 au 15 septembre 1998, au plus tard à partir du 15 septembre 1998.

- Arrêt du 8 mai 2003, n°26408 du rôle :

Suite à sa requête déposée le 8 mai 2001, une chargée de direction d'une classe de l'enseignement primaire sans interruption depuis le 15 septembre 1997 a obtenu la requalification de son CDD en CDI depuis le 14 septembre 1998.

Fin des relations de travail = licenciement

- Cour d'appel, 7 novembre 1996, n°18494 :

En **désaffiliant** l'appelant de la sécurité sociale, l'employeur a clairement manifesté son intention de ne pas continuer un contrat de travail qu'elle considérait à tort comme un contrat à durée déterminée. Cette rupture constitue **un licenciement contraire à la loi et comme tel abusif**.

- Arrêt de la Cour d'appel du 31 mars 2011, n°35289 du rôle :

La requalification du contrat du 1^{er} septembre 2005 en contrat de travail à durée indéterminée a pour conséquence nécessaire que le contrat n'a pas été résilié à son échéance, de sorte que le jugement entrepris est à confirmer pour avoir décidé qu'**en désaffiliant** la salariée en date du 5 mars 2007 avec effet au 2 mars 2007, la société A.) s.à r.l. a unilatéralement et avec effet immédiat marqué sa volonté de mettre fin au contrat de travail. Cette désaffiliation constitue **un licenciement avec effet immédiat, abusif** pour ne pas avoir respecté les conditions prévues à l'article L.124-10. du Code du travail.

- Cour d'appel du 6 mai 2010, n°35232 du rôle, IJ 10/10, page 6 :

La lettre de l'employeur du 14 avril 2008 de la teneur suivante : « Mademoiselle,

Par la présente, nous tenons à vous informer que votre contrat de travail à durée déterminée, conclu en date du 15.11.2007 se termine en date du 14.5.2008, et nous ne le prolongeons pas. (...) » est à qualifier de **lettre de licenciement avec préavis**.

L'employeur, en remettant à la poste la lettre de licenciement le 14 avril 2008, a correctement fait courir le **délai de préavis** le 15 avril 2008.

Il s'ensuit que le préavis a couru jusqu'au 15 juin 2008, et que seule la moitié du mois de juin doit revenir à la salariée

- Cour d'appel, 11 décembre 2008, n°32836 :

Le fait qu'un contrat de travail à durée déterminée est requalifié à posteriori en contrat de travail à durée indéterminée a comme conséquence de droit que la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme stipulée dans le contrat de travail à durée déterminée est à considérer comme **licenciement avec effet immédiat abusif**.

La salariée n'a pas pu reprendre son travail étant donné que le contrat de travail a cessé le 31 mai 2006, de sorte qu'il ne peut lui être reproché qu'elle ne s'est plus présentée à son lieu de travail après cette date.

L'employeur doit donc être condamné à payer au salarié une **indemnité compensatoire de préavis**.

- Cette décision a été quelque peu remise en cause par un arrêt du 17 mars 2011, n°35617 du rôle :

« Une requalification postérieure opérée par les juridictions du travail ne saurait rétroactivement constituer de plein droit en faute un employeur qui pouvait, éventuellement de bonne foi, estimer éteintes les relations de travail par l'arrivée du terme.

Le salarié ne s'est plus présenté à son lieu de travail durant la première quinzaine du mois de novembre 2007. Etant donné qu'il reste en défaut d'établir avoir informé l'employeur qu'il se tenait à sa disposition manifestant par là même son intention d'exécuter le contrat de travail et par voie de conséquence à le voir également exécuter par l'employeur, ce dernier pouvait prendre prétexte de l'absence du salarié pour mettre fin avec effet immédiat au CDI. »



- **L'arrêt précité de la Cour d'appel du 5 février 2015, n°38506 du rôle revient néanmoins à l'approche classique :**

La requalification de la relation de travail entre parties en contrat à durée indéterminée, mesure de protection du salarié, constitue la seule sanction prévue par la loi sur le contrat de travail en cas de violation de l'article L.122-1 du Code du travail, le but de la loi n'étant pas la résiliation automatique donnant lieu à des indemnités, mais le droit du salarié au maintien des relations de travail à l'expiration du terme illégal. En dehors de cette sanction, le code ne déroge pas aux règles relatives à la cessation du contrat à durée indéterminée (Cour d'appel du 21 février 2013, n°37966 du rôle).

La Cour constate qu'il n'y a pas eu d'acte de licenciement posé par l'employeur, ni de démission donnée par le salarié, ni de résiliation d'un commun accord au sens de la loi sur le contrat de travail.

Cependant, le fait par l'employeur de ne plus fournir de travail au salarié et de lui indiquer que le 22 avril 2009 est son dernier jour de travail doit être assimilé à un licenciement oral et comme tel abusif.

La preuve qu'en l'espèce l'employeur est à l'origine de la résiliation du contrat à durée déterminée non conforme à la loi résulte d'ailleurs des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, alors que l'employeur par l'intermédiaire d'un dénommé C, le reconnaît lui-même clairement dans un courriel du 5 octobre 2007 versé aux débats et confirmé par l'email du 15 octobre 2007.

La demande du salarié en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis est partant fondée en principe, soit 2 x 7.295,2 euros brut.

Abusivement licencié, le salarié a en principe droit à l'indemnisation des préjudices tant matériel que moral découlant du licenciement illégal ou illégitime, à la double condition que les préjudices soient prouvés et qu'ils soient en relation causale directe avec le licenciement abusif.

Il est encore de principe que le salarié doit minimiser son préjudice matériel, notamment en faisant les efforts nécessaires à sa réinsertion rapide sur le marché de l'emploi.

Ce dernier prétend avoir fait des demandes d'emploi dans les secteurs d'activités similaires à ceux dans lesquels il travaillait ainsi que dans d'autres secteurs, tels que l'aviation, les assurances et ce en raison de la crise économique qui sévissait en 2009, de sorte qu'il estime pouvoir évaluer son préjudice matériel en fonction d'une période de référence de 12 mois .

L'employeur conteste cette demande tant dans son principe que dans son montant.

Il soutient que la période de référence de 12 mois prise en compte est excessive et que le salarié n'a pas fait les efforts nécessaires pour trouver le plus rapidement possible un nouvel emploi similaire ou non, de sorte que le préjudice matériel allégué n'est pas en relation avec le licenciement abusif.

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que A a fait un grand nombre de demandes d'emploi auprès d'employeurs différents et dans des secteurs d'activité variés.

*Le préjudice matériel de ce dernier peut dès lors être fixé en fonction d'une période de référence de six mois qui aurait raisonnablement dû lui suffire pour trouver un nouvel emploi ; compte tenu de l'indemnité compensatoire de préavis de 2 mois lui allouée, qui vient déjà compenser deux des six mois composant la période de référence, le préjudice matériel de est suffisamment réparé par des dommages et intérêts d'un import de **4 x 7.295,2 soit 29.180,8 euros**.*

*Quant au préjudice moral allégué par le salarié, il est adéquatement indemnisé par un montant fixé, compte tenu de son âge, de son ancienneté de service de deux années, de l'atteinte portée à sa dignité de salarié, par les soucis qu'il a du se faire quant à son avenir professionnel, à **1.000 euros**.*

*Au vu du résultat positif du présent recours pour le salarié, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer une indemnité de procédure de **1.000 euros** sur base de l'article 240 du NCPC.*

Licenciement nul en cas de non-respect des dispositions relatives au licenciement collectif (Jugement du Tribunal du travail de Luxembourg, 9 janvier 2009, n°85/2009)

Le fait qu'un CDD est requalifié à posteriori en contrat de travail à durée indéterminée a comme conséquence de droit que la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme stipulée dans le contrat de travail à durée déterminée est à considérer comme licenciement.

Le courrier du 13 novembre 2008, constate la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme fixée au 30 novembre 2008.

Ce courrier est à considérer comme un courrier de congédiement, la défenderesse y ayant manifesté son intention claire et non équivoque de rompre le contrat de travail à durée indéterminée du 22 novembre 2006.

Il découle des pièces versées au dossier, pièces non autrement contestées, que le seuil de sept licenciements au moins sur une même période de 30 jours a été atteint.

L'article L.411-1 du Code du travail, paragraphe 1, « Tout employeur... est tenu de faire désigner les délégués du personnel dans les établissements occupant régulièrement au moins quinze travailleurs liés par contrat de louage de services, quelles que soient la nature de ses



Aperçu de la jurisprudence sur le contrat à durée déterminée

activités et sa forme juridique... ». La défenderesse était donc légalement tenue de faire désigner une délégation du personnel.

Le licenciement pour des motifs non inhérents à la personne de la requérante du 13 novembre 2008 est intervenu en violation des dispositions légales précitées.

Il convient de faire droit à la demande de la requérante et de déclarer le licenciement du 13 novembre 2008 intervenu à son égard nul.

7. ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Un salarié engagé à durée déterminée doit être **traité de la même façon** qu'un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée.

Cela signifie que les règles et avantages découlant directement des lois ou, le cas échéant, des conventions collectives, profitent indistinctement à ces deux catégories de salariés.

La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que le principe de non-discrimination énoncé par l'accord-cadre prévoit que les travailleurs à durée déterminée ne doivent pas être traités de manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables, au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, sauf si des raisons objectives justifient un traitement différent. Le fait d'avoir acquis le statut de travailleurs à durée indéterminée n'exclut pas la possibilité de se prévaloir de ce principe, qui est donc applicable en l'espèce.

Elle en a conclu que la réglementation européenne s'oppose à une réglementation nationale, qui exclut totalement la prise en compte des périodes de service accomplies par un travailleur à durée déterminée d'une autorité publique pour la détermination de l'ancienneté de ce dernier lors de son recrutement à durée indéterminée par cette même autorité en tant que fonctionnaire statutaire dans le cadre d'une procédure spécifique de stabilisation de sa relation de travail, à moins que cette exclusion soit justifiée par des raisons objectives ».

Le seul fait que le travailleur à durée déterminée a accompli lesdites périodes de service sur le fondement d'un contrat ou d'une relation de travail à durée déterminée ne constitue pas une telle raison objective (Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 18 octobre 2012, n°C-302/11 à n°C-305/11, IJ 8/12, page 10).