Luxembourg, le 20 mars 2024

CONTENU DU COURS

Le contrat de travail

Introduction

I. Généralités

A. Les critères juridiques du contrat de travail ..... page 3

B. La forme et la preuve du contrat ..... page 4

1. Règle générale
2. Mentions complémentaires exigées dans certains types de contrats de travail

C. La durée du contrat de travail ..... page 6

1. Règle générale
2. Le contrat à durée déterminée
3. La période d'essai

D. La résiliation du contrat de travail..... page 11

1. La résiliation d'un commun accord
2. La résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié
3. La résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur
4. La résiliation du contrat de travail par l'effet de la loi

II. Le contrat de travail à durée déterminée

A. Situations autorisant l'engagement pour une durée déterminée ..... page 27

1. Les remplacements
2. Les emplois à caractère saisonnier
3. Les emplois pour lesquels il est d'usage de recourir au contrat à durée déterminée
4. L'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie
5. Survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel d'activité; démarrage et extension d'entreprise
6. Les travaux urgents
7. Les contrats liés à la politique de l'emploi
8. Cas spécifiques

B. La forme du contrat de travail à durée déterminée..... page 33

C. Le régime juridique du contrat à durée déterminée..... page 34
1. La durée du contrat de travail à durée déterminée
2. Le renouvellement du contrat à durée déterminée
3. La succession de contrats
4. L'égalité de traitement
5. La période d'essai

D. La cessation du contrat à durée déterminée..... page 38

III. La protection du salarié en cas d'incapacité de travail

A. Incapacité temporaire d'exercer le travail pour cause de maladie ..... page 39

B. Incapacité du travailleur d'exercer son dernier poste de travail ..... page 50

Le contrat de travail

Introduction

Le code du travail régit le contrat de travail en son Livre Premier intitulé « Relations individuelles et collectives du travail » et plus particulièrement en son Titre II – Contrat de travail qui forme les articles L.121-1 à L.122-13 du code.

En fait, le code du travail a incorporé la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, entrée en vigueur le 1er novembre 1989, laquelle avait pris le relais de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de services des ouvriers et des dispositions du statut légal de l'employé du 7 juin 1937 tel qu'il a été modifié et qui se rapportent au contrat de louage de services. Les règles régissant le contrat à l'essai et le contrat à durée déterminée sont entrées en vigueur au 1er juillet 1989.

Il convient d'ajouter qu'une loi du 27 juillet 1992 modifiée relative à la participation du Grand-Duché de Luxembourg à des opérations pour le maintien de la paix (OMP) dans le cadre d'organisations internationales règle de façon spécifique la relation de travail du participant à une opération pour le maintien de la paix (article 8).

Section I

Généralités

A. - Les critères juridiques du contrat de travail

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (article 1101 du code civil).

La loi ne définit pas le contrat de travail. Il convient par conséquent de se référer à la jurisprudence pour la définition du contrat de travail.

Un arrêt de cassation du 2 février 1989 (Jean WENZEL et Charlotte MAJERUS c/ S.A. TEXACO Luxembourg) définit le contrat de travail comme étant la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération.

De cette définition découlent trois éléments constitutifs irréductibles:
1. la prestation de travail
2. la prestation de travail accomplie moyennant une rémunération ou un salaire
3. le lien de subordination par rapport au pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur.

C'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail qu'il appartient d'en rapporter la preuve en établissant le lien de subordination juridique.

B. - La forme et la preuve du contrat de travail

1. Règle générale

Le contrat de travail doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié. Cette règle concerne le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée.

Le contrat de travail doit être passé en double exemplaire, le premier étant remis à l'employeur, le second étant remis au salarié.

Le code du travail (article L.121-4) énumère les mentions que doit comporter obligatoirement le contrat de travail. Il s'agit notamment de l'identité des parties, de la date de début de l'exécution du contrat, du lieu de travail, de la nature de l'emploi occupé (respectivement de la description des fonctions ou tâches assignées), de la durée de travail journalière ou hebdomadaire, de l'horaire du travail, du salaire ou traitement de base (y compris, le cas échéant, les compléments de salaire ou de traitement, les accessoires de rémunération, les gratifications ou participations convenues ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit), de la durée du congé payé, de la durée de la période d'essai éventuellement prévue, des clauses dérogatoires ou complémentaires dont les parties auront convenu, et le cas échéant, de la mention des conventions collectives régissant les conditions de travail du travailleur.

Lorsque l'une des parties refuse la signature d'un écrit conforme aux exigences de la loi, l'autre partie peut résilier le contrat de travail sans préavis ni indemnité (voir aussi Cour 6 juin 1996, Vieira Fernandez c/ Rauwolf). Cette résiliation peut être déclenchée par l'employeur ou par le salarié au plus tôt le troisième jour qui suit la demande de signature d'un écrit et dans les trente jours qui suivent l'entrée en service.

A défaut d'écrit, la loi autorise le salarié à établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous les moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige (voir aussi Cour 17 février 1994, Moreira c/ Ciccone).

En l'absence d'un contrat de travail écrit répondant aux conditions de forme prévues par la loi, il appartient au salarié, en cas de contestation par l'employeur, d'en établir l'existence et la teneur (Cour 20 juin 1996, Moris c/ Novak).

Contrairement au salarié qui a la faculté d'établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige, l'employeur est soumis en revanche aux règles strictes inscrites à l'article 1341 du code civil relatif à la preuve littérale des actes juridiques, le contrat de travail étant de nature civile dans le chef du salarié contre lequel il s'agit de prouver (Cour 20 novembre 1997, Care c/ Granelli sàrl).

S'agissant des clauses relatives à des éléments essentiels d'un contrat de travail résultant d'un règlement intérieur adopté plusieurs années après l'entrée en service du salarié et n'ayant pas fait l'objet d'une acceptation expresse signée par le salarié, la Cour, dans un arrêt du 28 janvier 1993 (Bank of Credit and Commerce International (Luxembourg) S.A. c/ Quraishi), a jugé que de telles clauses ne lient pas ce dernier, le fait par le salarié d'avoir effectivement bénéficié de certains avantages contenus dans le règlement interne n'établissant pas son acceptation d'autres clauses qui n'en constituent pas la contrepartie nécessaire.

2. Mentions complémentaires exigées dans certains types de contrats de travail

La loi exige que certains contrats de travail comportent des mentions complémentaires. Il en est ainsi du contrat de travail à durée déterminée (2.1.), du contrat de travail à temps partiel (2.2.) et du contrat de mission (travail intérimaire – non traité dans ce document).

2.1. Mentions complémentaires exigées dans le contrat de travail à durée déterminée

Tout comme le contrat de travail à durée indéterminée, le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié. A défaut d'un écrit ou à défaut d'un écrit spécifiant que le contrat est conclu pour une durée déterminée, le contrat de travail est présumé conclu pour une durée indéterminée. La loi refuse la preuve du contraire. Il s'ensuit que même dans les cas où la loi déroge aux règles de droit commun concernant la durée maximale et le renouvellement, le contrat à durée déterminée est requalifié en un contrat à durée indéterminée dès lors que l'écrit stipulant que le contrat est conclu à durée déterminée n'est signé que postérieurement à la prise de fonctions.

Un écrit signé par le seul employeur ne saurait valoir comme écrit, dès lors les parties sont liées sur base d'un contrat à durée indéterminée (Cour 28 avril 1997, Schoettert c/ Lesque).

La loi exige que le contrat de travail conclu pour une durée déterminée comporte, outre les mentions que doit contenir tout contrat de travail (voir « *Forme et preuve du contrat de travail - Règle générale* », à la page 4), la définition de son objet ainsi qu'un certain nombre d'indications en relation avec la limitation du contrat dans le temps.

- Lorsqu'il est conclu pour une durée précise, le contrat doit comporter la date d'échéance du terme.
- Lorsqu'il ne comporte pas de date d'échéance du terme, le contrat doit indiquer la durée minimale pour laquelle il est conclu.
- Lorsque le contrat est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le contrat doit mentionner le nom du salarié absent qui se trouve à la base du remplacement ou des remplacements en cascade.

Le contrat doit éventuellement mentionner la durée de la période d'essai du contrat à durée déterminée (voir *« Le contrat à durée déterminée - La période d'essai »*” à la page 38).

Le cas échéant, il peut comporter une clause de renouvellement (voir *« Le renouvellement du contrat à durée déterminée »* à la page 36).

2.2. Mentions complémentaires exigées dans le contrat de travail à temps partiel

Les mentions complémentaires devant figurer dans un contrat de travail à temps partiel sont les suivantes :

1) la durée hebdomadaire du travail convenue entre les parties;
2) les modalités de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine;
3) le cas échéant, les limites, conditions et modalités dans lesquelles peuvent être effectuées des heures supplémentaires.

La loi ne précisant pas les conséquences juridiques de l'absence d'un écrit stipulant que le contrat a été conclu à temps partiel, il est permis de présumer qu'en pareil cas le contrat doit être réputé conclu pour la durée légale ou conventionnelle du travail et que par conséquent cette présomption peut être renversée.

Par ailleurs, la modification de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, tout comme la modification de la limite, des conditions et modalités de prestation d'heures supplémentaires, ne peuvent s'effectuer que d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Cet accord doit faire l'objet d'une nouvelle clause contractuelle écrite.

C. - La durée du contrat de travail

---

1. Règle générale

La loi souligne que le contrat de travail est conclu sans détermination de durée.

2. Le contrat à durée déterminée

Ce n'est que dans les cas et sous les conditions expressément mentionnés dans la loi du 24 mai 1989 que le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu (voir section II « *Le contrat de travail à durée déterminée »*, page 28 et suivantes).

3. La période d'essai

Il est fréquent qu'avant de s'engager définitivement, les contractants conviennent de procéder à une période d'essai.

3.1. Définition du contrat à l'essai

Selon la jurisprudence, le contrat à l'essai est un contrat de travail conclu sous condition résolutoire, créant pour les parties l'obligation de se soumettre à l'essai (Cour 28 avril 1982, Garage Central s.à r.l. c/ Steffen).

De même, dans une ordonnance rendue le 21 avril 1995 (Baumgart-Ebeling c/ Dresdner Bank Luxembourg S.A.), le Président de la Cour a expliqué que la période d'essai ne

constitue pas un contrat distinct de celui conclu à durée indéterminée, mais qu'elle s'analyse comme une tranche d'expérimentation soumise à des conditions spéciales.

Le contrat de travail une fois conclu pour une durée indéterminée ne peut être résolu pour faire place à un contrat à l'essai, ce dernier devant toujours précéder l'engagement définitif étant donné qu'il a été conçu par le législateur dans le seul but de permettre à l'employeur de se rendre compte si les capacités de son salarié correspondent à la tâche qui lui est assignée (Cour 15 octobre 1987, Quincaillerie de Mondercange S.A. c/ Mendez Dini).

3.2. Conditions de forme

La clause d'essai doit être constatée dans l'écrit constatant le contrat de travail. La loi prévoit cette formalité à peine de nullité de la clause d'essai.

La clause d'essai doit être signée pour chaque travailleur individuellement et cela au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié.

Lorsque la convention collective de travail applicable à l'établissement contient une disposition établissant que le contrat de travail de chaque salarié nouvellement embauché doit être précédé d'une période d'essai, l'inscription de la clause d'essai dans le contrat de travail n'est pas requise.

A défaut d'un écrit constant que le contrat a été conclu à l'essai, la loi présume que le contrat est conclu pour une durée indéterminée. La preuve contraire n'est pas admise.

Ainsi, il a été jugé qu'à défaut de contrat écrit constatant que l'engagement a été conclu à l'essai, l'engagement est réputé définitif et conclu pour une durée indéterminée. La preuve contraire n'étant pas admissible, l'employeur qui ne produit pas l'écrit dont l'existence est contestée par le salarié, sans même affirmer que des raisons légitimes rendent impossible la reproduction de cet écrit, n'est pas autorisé à établir par témoins l'existence et le contenu de l'écrit (Cour 6 juin 1991, Decker c/ Lesgardeur).

Il a été jugé (Cour 11 mai 1995, Dasbourg c/ Da Mota Martins Ribeiro) que l'employeur, après avoir convenu une période d'essai de 6 semaines, n'est plus en droit de faire signer au salarié un deuxième contrat prévoyant une clause plus défavorable. En effet, la Cour estime que le salarié se trouve, après la signature du contrat de travail, dans un lien de subordination tel qu'il ne dispose plus de la liberté suffisante pour rediscuter les modalités du contrat, l'employeur ayant en vertu de son pouvoir discrétionnaire la possibilité, en cas de refus, soit de mettre fin prématurément à l'essai par sa seule volonté, soit de ne pas l'engager à titre définitif.

3.3. La période maximale d'essai

La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à 2 semaines et ne peut être supérieure à 6 mois.

Par dérogation à ce principe général, la période maximale d'essai est ramenée à 3 mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement technique. La Cour a rappelé que cette disposition vise à protéger le salarié ne disposant que d'un faible niveau de formation

contre l'incertitude de ne bénéficier d'un emploi stable qu'après une trop longue période d'essai et que la loi ne prévoit aucune exception quant à cette disposition qui est d'ordre public (Cour 17 avril 1997, LTW Luxneon c/ Weis).

La période maximale d'essai est portée de 6 à 12 mois pour le salarié dont le traitement mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.

Un règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 a fixé à 21.622.- francs à l'indice 100 (soit 535,9954 €) le traitement mensuel de début du salarié à partir duquel les parties peuvent porter la période d'essai jusqu'à douze mois (3.582,91 € à la cote 668,46).

Pour la définition du traitement mensuel, les gratifications, les primes ainsi que les accessoires et compléments de traitement peuvent être computés à raison d'un douzième de leur valeur annuelle.

La période d'essai qui n'excède pas un mois doit être exprimée en semaines entières alors que celle dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.

Période d'essai

Durée maximale de la période d'essai			Résiliation du contrat à l'essai	
Règle générale[1)]	Niveau de formation inférieure au CATP	Rémunération de début >= 535,9954 € indice 100[2)]	Délai de préavis	
2 semaines (au moins)	2 semaines (au moins)	2 semaines (au moins)	2 jours	
3 semaines	3 semaines	3 semaines	3 jours	1 jour par semaine d'essai
4 semaines	4 semaines	4 semaines	4 jours	
2 mois	2 mois	2 mois	15 jours	
3 mois	3 mois (au plus)	3 mois	15 jours	
4 mois			16 jours	
5 mois			20 jours	
6 mois (au plus)		6 mois	24 jours	4 jours par mois d'essai
		7 mois	28 jours	Min.: 15 jours
		8 mois	1 mois	Max.: 1 mois
		9 mois	1 mois	
		10 mois	1 mois	
		11 mois	1 mois	
		12 mois	1 mois	

1) La période d'essai n'excédant pas 1 mois doit être exprimée en semaines entières; la période d'essai dépassant 1 mois doit être exprimée en mois entiers

2) 3.582,91 € à l'indice 668,46 du coût de la vie

La Cour (arrêt du 7 mars 1991, Pesché c/ Arthur Welter) a jugé que le contrat à l'essai accepté par les parties pour une durée excédant la durée maximale prévue par la loi n'est pas nul, mais qu'il reste valable pour la durée légale maximale, la clause d'essai étant seulement nulle pour la durée excessive. De même, le fait que la durée de l'essai n'est pas exprimée en semaines ne saurait entraîner la nullité de la clause d'essai (voir également Cour 11 mai 1995, Dasbourg c/ Da Mota Martins Ribeiro).

Il a été jugé que l'employeur qui engage un salarié et qui entend lui imposer une période d'essai est tenu de s'informer utilement sur la formation de celui-ci pour fixer la durée de la

période d'essai (Cour 29 juin 1995, Carausi c/ Les Parcs du Troisième Age, Fondation Rentaco). S'il offre un emploi ne correspondant pas au niveau de formation CATP et s'il entend quand-même imposer une période d'essai supérieure à trois mois, il doit s'assurer si la formation du candidat le permet (Cour 28 mars 1996, Chemolux c/ Leven).

Dans un arrêt rendu le 13 mai 1993, la Cour a précisé que la loi n'interdit pas à l'employeur de conférer au salarié des droits plus étendus que les minima inscrits dans la loi (Bikar c/ Bank Oppenheim Pierson International S.A.). En revanche, les parties ne sont pas autorisées à convenir valablement d'une période d'essai plus longue que celle prévue par la loi, au motif qu'une telle stipulation est défavorable au salarié en raison du fait que ce dernier voit reportée à plus tard l'assurance d'avoir un contrat définitif. La clause d'essai est nulle dans la mesure où elle excède la durée maximale autorisée par la loi (Cour 28 mars 1996, Chemolux c/ Leven). Dans son arrêté précité du 13 mai 1993 (Bikar c/ Bank Oppenheim Pierson International), la Cour a précisé que de tels engagements ne sont pas toutefois de nature à entraîner la requalification du contrat à l'essai en contrat définitif.

3.4. Prorogation de la période d'essai

En cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, l'essai est prorogé d'une durée égale à celle de la suspension. En aucun cas, la prorogation ne peut cependant excéder un mois.

3.5. Renouvellement

La clause d'essai ne peut être renouvelée.

3.6. Résiliation du contrat à l'essai

3.6.1. Conditions de forme

La résiliation du contrat à l'essai doit être faite par lettre recommandée à la poste, une simple information étant insuffisante à cet égard (voir ordonnance du président de la Cour du 21 avril 1995, Baumgart-Ebeling c/ Dresdner Bank Luxembourg S.A.).

La signature apposée par le salarié ou par l'employeur sur le double de la lettre de licenciement ou de démission vaut accusé de réception de la notification.

3.6.2. Conditions de fond

- Les règles qui régissent la résiliation du contrat de travail ne sont pas applicables au contrat à l'essai. La loi prévoit des règles particulières à cet.

- Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines. Il va de soi que cette règle ne préjuge pas la faculté pour les parties de s'opposer à la permutation du contrat à l'essai dans un contrat définitif par voie de résiliation du contrat deux jours avant l'expiration de la période minimale de deux semaines.

- La procédure de l'entretien préalable au licenciement n'est pas applicable au contrat à l'essai.

- La durée du préavis est égale à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines.

  Elle est égale à 4 jours par mois d'essai convenu au contrat sans pouvoir être inférieure à 15 jours et sans devoir excéder 1 mois.

  Les règles régissant le départ du délai de préavis pour les contrats à durée indéterminée ne sont pas applicables au contrat à l'essai.

  La Cour a précisé (7 mars 1991, France Cuisine c/ Poupart) que le délai de préavis ne peut se situer au-delà de l'expiration du contrat à l'essai, la solution contraire ayant pour effet de prolonger le contrat à l'essai au-delà de la durée limite.

- Le contrat à l'essai peut être rompu sans que l'auteur de la résiliation ait à fournir des motifs. Ainsi, dans un arrêt du 14 juillet 1994 (Wesel c/ Holiday und Freizeit Club a.s.b.l.), la Cour rappelle que la particularité essentielle du contrat à l'essai réside dans le fait que les parties sont libres de rompre le contrat sans avoir à fournir une motivation, l'employeur n'étant tenu que de l'obligation de respecter la forme de la lettre recommandée et les délais de préavis en matière de contrat à l'essai.

  Dans un arrêt du 10 décembre 1992 (Rockenbrod c/ Dexters) la Cour rappelle que la finalité du contrat à l'essai consiste à évaluer les capacités professionnelles de la personne engagée. Ainsi, dans le même arrêt, la Cour a précisé que si l'employeur, même s'il n'est pas obligé de le faire, motive sa décision de résilier le contrat à l'essai, le salarié peut s'emparer de la motivation pour prouver que l'employeur a abusivement rompu l'engagement à l'essai dès lors qu'il invoque un motif autre que professionnel, à savoir un motif sans relation avec les résultats concluants ou non de l'essai.

- La protection spéciale contre le licenciement en cas d'incapacité de travail du salarié et en cas de maternité sont applicables au cours de la période d'essai.

  Au cours de la période d'essai, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est tenu à deux obligations, à savoir le jour même de l'empêchement il doit en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou son représentant et, le troisième jour de son absence au plus tard, il est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible. Ce n'est qu'en établissant, en cas de contestation, qu'il a satisfait respectivement à chacune de ses obligations, que le salarié bénéficiera de la protection contre le licenciement édicté par la loi (Cour 19 mars 1998, Kieffer c/ Charlier).

  Il convient toutefois de rappeler que la période de protection est limitée à un mois (voir sous *Prorogation de la période d'essai* à la page 9) (voir également Cour 20 novembre 1997, Temco Service Euroclean S.A. c/ Catana).

  Dans un arrêt du 12 octobre 1995 (Kirch c/ Entreprise des Postes et Telecommunications), la Cour a cependant limité la portée de la protection spéciale contre le licenciement du salarié occupé sur la base d'un contrat à l'essai et incapable de travailler pour cause de maladie. D'une part, la Cour considère qu'il est manifeste que le législateur, en limitant à un mois la prolongation de la période d'essai consécutivement à une suspension du contrat pour cause de maladie, a entendu limiter à un mois la période

de protection du salarié engagé à l'essai. D'autre part, la Cour estime que la prolongation accordée par le législateur n'a de sens au regard de la nature du contrat à l'essai que si l'employeur recouvre sa liberté de mettre fin au contrat à l'essai en respectant les forme et délai prévus par la loi et en tenant compte de la prolongation de la période d'essai.

- S'agissant de la sanction d'une résiliation prématurée du contrat à l'essai, la Cour constate dans un arrêt du 26 mai 1994 (Fuchs c/ Couleurs Steinhäuser s.à r.l.) que les dispositions légales régissant la période d'essai ne prévoient pas de sanction pour la situation où l'employeur résilie le contrat à l'essai sans respecter le préavis ou pour celle où il résilie le contrat à l'essai pendant les premières semaines de la période d'essai. De même, la Cour constate que les dispositions qui régissent l'indemnité compensatoire de préavis ne visent que la situation d'un contrat à durée indéterminée qui a été résilié sans respecter les délais de préavis. La Cour admet cependant que, même si aucun texte ne prévoit expressément une sanction pour celui qui résilie un contrat à l'essai en violation des dispositions qui régissent le contrat à l'essai, la victime d'une telle mesure peut prétendre à être indemnisée du préjudice subi. Même si le salarié irrégulièrement licencié pendant la période d'essai ne peut pas prétendre à se voir dédommager de la perte d'un contrat définitif ou de la perte des salaires qu'il aurait pu toucher jusqu'à la fin de la période d'essai au motif qu'il ne peut pas se prévaloir d'une garantie contre une résiliation de son contrat avant la fin de la période d'essai (voir également Cour 24 avril 1997, Sironval c/ Califano Export sàrl), il est cependant en droit, selon la Cour, de réclamer à titre de dédommagement l'octroi d'une indemnité pour la période de préavis non respectée par l'employeur (voir également Cour 19 décembre 1996, Elmerich c/ Accumalux S.A.) respectivement indemnisée d'un préjudice qu'elle a effectivement subi (Cour, 24 septembre 1998, Benoy c/ Cervino).

3.7. Transformation du contrat à l'essai en contrat de travail à durée indéterminée

Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré par la loi comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en services du salarié.

D. - La résiliation du contrat de travail

---

1. La résiliation d'un commun accord

Le contrat de travail, à durée déterminée ou à durée indéterminée, peut être résilié par le commun accord de l'employeur et le salarié.

Le commun accord doit être constaté par écrit en double exemplaire signé par l'employeur et le travailleur.

La loi sanctionne de nullité le commun accord qui ne répond pas à cette condition de forme.

La Cour a jugé le 9 décembre 1993 (Fernandez c/ Cenci), à propos de la résiliation d'un commun accord du contrat de travail, que l'écrit n'est pas seulement exigé quant à la preuve

du commun accord (quoad probationem), mais aussi quant à la validité même de cet accord (quoad substantiam).

Il convient de signaler qu'en cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, la dispense de travailler sollicitée par le salarié et accordée par l'employeur constitue une résiliation d'un commun accord.

2. La résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié

Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut toujours cesser à l'initiative d'une des parties contractantes.

La régularité de la résiliation du contrat de travail par l'employeur ou par le salarié est toutefois subordonnée à l'observation de certaines règles.

2.1. La démission par le salarié

Il est de principe que le salarié est libre de quitter l'entreprise sans motif, sous condition de respecter le délai de préavis dont il est débiteur. La démission n'ayant pas à être motivée, même devant le juge, le salarié n'a pas à se justifier des motifs qui le poussent à quitter son emploi. La loi ne renferme pas de disposition expresse prévoyant la possibilité de condamner le salarié, démissionnant avec préavis, à payer à un titre quelconque à son employeur, outre une indemnité de préavis, des dommages et intérêts. Aussi, le droit de démissionner du salarié ne peut-il être écarté par une disposition contractuelle (Cour 30 mars 2000, Eurodata c/ Depienne).

Selon la jurisprudence (Cour 6 juillet 1995, Ernzer c/ Euro-Composites S.A.) une clause qui a pour but de dissuader le salarié de quitter prématurément l'entreprise est entachée de nullité comme faisant obstacle indirectement au droit que le salarié tient d'une disposition d'ordre public de mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée. L'illicéité des obligations imposées au salarié peut provenir de la durée excessive du délai au cours duquel, en cas de démission, celui-ci est débiteur des frais de formation ou encore du coût démesuré de la formation.

En cas de démission, le salarié doit faire savoir à l'employeur s'il s'agit d'une démission avec effet immédiat ou s'il entend respecter un préavis (Cour 20 février 1997, Tel-Phone sàrl c/ Brignon).

2.1.1. La durée du préavis

Tout comme l'employeur, le salarié qui démissionne est tenu au respect d'un délai de préavis qui varie en fonction de son ancienneté dans l'entreprise.

Ci-après le tableau qui renseigne sur les délais de préavis à respecter tant en cas de démission du salarié qu'en cas de licenciement du salarié par l'employeur.

Ancienneté de services continus	Démission par le salarié	Licenciement par l'employeur[1]	
		Délai de préavis	Régime de substitution – Délais prolongés[2]
< 5 années	1 mois	2 mois	-----
>= 5 années	2 mois	4 mois	5 mois
>= 10 années	3 mois	6 mois	8 mois
>= 15 années	3 mois	6 mois	9 mois
>= 20 années	3 mois	6 mois	12 mois
>= 25 années	3 mois	6 mois	15 mois
>= 30 années	3 mois	6 mois	18 mois

[1] L'employeur occupant moins de 20 salariés peut opter dans la lettre de licenciement pour le versement des indemnités de départ ou pour la prolongation des délais de préavis.

[2] Uniquement pour les employés privés

Le salarié licencié à l'initiative de l'employeur peut, pendant le délai de préavis, à son tour démissionner afin de retrouver au plus vite sa liberté et occuper éventuellement un nouvel emploi. Dès lors que le contrat de travail subsiste toujours le jour de sa démission, il doit cependant observer un délai de préavis, il est vrai plus court que celui que doit observer l'employeur. La Cour a précisé que l'indemnité compensatoire de préavis correspond dans ce cas à la durée du préavis que le salarié aurait dû observer et non pas au préavis restant à courir tel que donné par l'employeur (Cour 24 octobre 1996, Paris Mode c/ Berens).

Dans un arrêt du 3 mars 1994 (Cordier c/ Piepenbrock), la Cour a jugé que la démission est réalisée et sort ses effets au moment où l'auteur a définitivement manifesté sa volonté de rompre, cette manifestation étant donnée définitivement et irrévocablement par la mise à la poste de la lettre de démission.

Le délai de préavis court à l'égard de l'employeur, respectivement du salarié :

- le quinzième jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est antérieure à ce jour;
- le premier jour du mois de calendrier qui suit celui au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est postérieure au quatorzième jour du mois.

Le délai de préavis est un délai préfix car il ne comporte ni suspension, ni interruption. Ainsi, l'échéance du terme du préavis ne peut être reculée pour cause de maladie ou d'accident du salarié au cours du délai de préavis (Cour 17 décembre 1976, Luvia S.A. c/ Bruzzese, Pasicrisie 23 page 439).

Pour la computation des délais, il convient de se référer à la Convention Européenne du 16 mai 1972 sur la computation des délais, approuvée par une loi du 30 mai 1984. En vertu de cette convention, il est tenu compte des samedis, dimanches et fêtes légales dans la computation d'un délai. Toutefois lorsque le jour d'expiration du délai (*dies ad quem*) tombe un samedi, un dimanche, un jour férié légal ou un jour férié de rechange, le délai est prolongé de façon à englober le premier jour ouvrable qui suit.

2.1.2. La forme de la démission

Selon la loi, le salarié doit résilier le contrat de travail par lettre recommandée à la poste.

Comme pour le licenciement, la signature apposée par l'employeur sur le double de la lettre de démission vaut accusé de réception de la notification.

La jurisprudence admet que la démission du salarié peut être donnée verbalement. Il y a démission verbale si le salarié exprime clairement et d'une façon réfléchie son intention de quitter définitivement l'entreprise. La démission du salarié peut résulter aussi de son comportement dès lors que ce comportement révèle sans ambiguïté une volonté libre du salarié de mettre fin à la relation de travail (Cour 4 juillet 1996, Abbati c/ Calorilux).

La Cour a encore jugé que la démission du salarié ne se présume pas (9 juillet 1992, Intercargo Luxembourg s.à r.l. c/ Simon) et que la volonté de mettre fin au contrat de travail conclu sans détermination de durée exige la manifestation d'une volonté réelle, réfléchie et non équivoque (4 avril 1996, Société Européenne des Satellites c/ Ozbay). C'est ainsi que les paroles ou les comportements inconsidérés du salarié dus à un état d'agitation, ne sauraient être considérés comme la manifestation sérieuse d'une volonté réfléchie de rupture. La Cour (24 février 1994, Voyages Simon c/ Goossens) exige à cet égard que le salarié se soit exprimé d'une façon réfléchie, le juge devant examiner les circonstances de fait qui ont accompagné la prétendue démission. Selon la Cour, il ne peut y avoir démission, si les propos du salarié ont été tenus dans un état d'émotion ou d'excitation ou si la prétendue démission constitue une manifestation de mauvaise humeur due à un état de santé déficient.

Le fait par un salarié, qui certes a encore fait parvenir à son employeur des certificats de maladie, de ne plus se mettre à la disposition de son employeur alors qu'il s'est vu refuser la prestation des indemnités pécuniaires de maladie au motif que son état de santé autorisait une reprise de travail ne saurait s'interpréter autrement qu'en une manifestation claire, sérieuse et non équivoque de sa volonté de considérer la relation de travail comme rompue. La Cour a considéré que le salarié avait de facto démissionné de son poste de travail et que le contrat de travail était résilié du fait du comportement du salarié, assimilable à une démission (Cour, 12 mars 1998, De Fontes Azevedo c/ Travhydro Echafaudages S.A.).

2.1.3. L'irrévocabilité de la démission

La démission une fois notifiée, échappe à la volonté du salarié, qui ne peut, par sa seule volonté, faire revivre le contrat auquel il a mis fin (Cour 25 novembre 1993, Joëlle Peters c/ Jos Mieszala).

Dans la mesure où une démission est réalisée et sort ses effets au moment où l'auteur a définitivement manifesté sa volonté de rompre, point n'est besoin qu'elle soit acceptée par l'employeur (Cour, 29 janvier 1998, Hill c/ Fondation Norbert Metz-Clinique d'Eich).

2.1.4. La sanction de la démission contraire à la loi

Selon la loi, la partie qui résilie le contrat de travail à durée indéterminée sans respecter le délai de préavis est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale à la rémunération correspondante à la durée de préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

Selon la Cour (30 janvier 1992, Intercargo Luxembourg s.à r.l. c/ Simon) a décidé qu'une démission intervenue en dehors des conditions de forme ou de fond prévues par la loi est juridiquement efficace, même si elle est irrégulière.

2.2 La dispense de travail du salarié démissionnaire

En cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, la dispense de travailler sollicitée par le salarié et accordée par l'employeur constitue une résiliation d'un commun accord.

La demande de congé sans solde jusqu'à la fin du préavis ne saurait être qualifiée comme demande de dispense de travail pour la durée du préavis; une telle demande constitue en revanche une transaction au sens des articles 2044 et suivants du code civil par laquelle les deux parties, moyennant concessions réciproques consistant pour l'employeur à renoncer au travail de son salarié démissionnaire et, pour ce dernier, à renoncer à sa rémunération, terminent une contestation née ou à naître. Pour produire l'effet extinctif, l'adhésion consciente des parties doit cependant être clairement établie, c'est-à-dire être certaine, et ne pas résulter de simples présomptions, les renonciations ne pouvant être présumés (Cour 29 février 1996, Luxemburger Logistik und Transport Gesellschaft c/ Becker).

La dispense de travail peut également être accordée par l'employeur au salarié qui a pris l'initiative de résilier le contrat de travail.

3. La résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur

3.4. Le licenciement avec préavis par l'employeur

3.4.1. La procédure de licenciement

Selon la loi, la procédure du licenciement doit parcourir trois phases, à savoir:

1) La phase préliminaire de l'entretien préalable dans les entreprises occupant 150 salariés au moins.
2) La notification du licenciement dans les formes et délais prévus par la loi.
3) L'énonciation par l'employeur du ou des motifs du licenciement à la demande écrite du salarié.

3.4.1.1. L'entretien préalable au licenciement

La loi rend obligatoire l'entretien préalable au licenciement à l'égard de tout employeur qui occupe 150 salariés au moins et qui envisage de licencier un salarié avec ou sans préavis. Elle déclare irrégulier pour vice de forme le licenciement notifié sans observation de la procédure de l'entretien préalable.

La procédure de l'entretien préalable n'est pas applicable en cas de résiliation du contrat comportant une clause d'essai.

Elle s'impose à l'égard du salarié licencié dans le cadre d'un licenciement collectif.

L'employeur qui envisage de licencier un salarié doit, avant toute décision, convoquer le salarié par lettre recommandée ou par un écrit dûment certifié par récépissé en lui indiquant l'objet de la convocation.

L'employeur n'est pas tenu d'énoncer dans le cadre de la lettre de convocation les motifs qui permettent d'envisager le licenciement, mais seulement le projet de licenciement.

La lettre de convocation à l'entretien préalable indique la date, l'heure et le lieu de l'entretien.

L'employeur est tenu d'adresser copie de la lettre de convocation à la délégation principale d'établissement dans les entreprises où il en existe, sinon à l'Inspection du Travail.

Aucune disposition légale n'autorise la juridiction du travail d'annuler l'entretien préalable pour quelque cause que ce soit et d'annuler le licenciement subséquent pour irrégularité de l'entretien préalable. La seule sanction prévue par la loi en cas d'inobservation par l'employeur de la procédure de l'entretien préalable consiste à dire le licenciement irrégulier pour vice de forme. La loi ne prévoit pas la possibilité de remettre un entretien préalable et ne prévoit pas non plus de sanction si une telle remise avait été sollicitée et non accordée (Cour 4 avril 1996, De Winter c/ Goodyear).

Il résulte d'un arrêt de la Cour du 11 novembre 1993 (Profilux c/ Dengler) que dans le cas où l'employeur a procédé à un entretien préalable, sans y être obligé en vertu des dispositions de la loi, l'inobservation des délais de notification du licenciement prévus en cas d'entretien préalable ne peut entraîner une irrégularité du licenciement pour vice de forme.

S'agissant de la computation de salariés pour la détermination des entreprises soumises à l'obligation d'un entretien préalable au licenciement, la Cour (30 novembre 1995, Dikkricher Supermaart S.A. c/ Meyer) a jugé qu'il y a lieu de tenir compte de la totalité des personnes occupées dans les diverses sociétés d'un groupe pour déterminer l'effectif du personnel qui rend l'entretien obligatoire.

3.4.1.1.1. L'assistance du salarié

La lettre ou l'écrit de convocation à l'entretien préalable doit informer le salarié qu'il a le droit de se faire assister lors de l'entretien préalable par un salarié de son choix.

La personne choisie par le salarié pour l'assister à l'entretien préalable doit être un membre du personnel de l'entreprise ou un représentant d'une organisation syndicale représentative sur le plan national représentée au sein de la délégation du personnel de l'établissement.

Dans un arrêt rendu le 24 novembre 1994 (Quaresma Silva Calhordo c/ Pedus Service S.A.) la Cour a jugé que l'obligation qui incombe à l'employeur d'informer le salarié qu'il a le droit de se faire assister au cours de l'entretien préalable ou bien par un salarié appartenant au personnel de l'entreprise ou bien par un représentant d'une organisation syndicale représentative sur le plan national représentée au sein de la délégation du personnel constitue une formalité substantielle pour la protection des intérêts du salarié. Par conséquent, elle a jugé irrégulier pour vice de forme la convocation à l'entretien préalable contenant seulement l'information que le salarié a la possibilité de se faire assister par un salarié de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

3.4.1.1.2. L'assistance de l'employeur ou de son représentant

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

3.4.1.1.3. La date de l'entretien préalable

L'employeur peut fixer le jour de l'entretien préalable au plus tôt au deuxième jour ouvrable travaillé qui suit celui de l'envoi de la lettre recommandée de convocation ou de la remise contre récépissé de l'écrit contenant convocation à l'entretien préalable.

3.4.1.1.4. Le déroulement de l'entretien préalable

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

3.4.1.2. La notification du licenciement

L'employeur qui décide de licencier doit notifier le licenciement au salarié par lettre recommandée à la poste.

La loi admet cependant l'équivalence d'autres formes de notification telle la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement laquelle vaut accusé de réception de la notification.

En cas d'obligation de procéder à un entretien préalable, le licenciement avec préavis du salarié doit être notifié au plus tôt le jour qui suit celui de l'entretien préalable. Il doit être notifié au plus tard huit jours après cet entretien.

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

Un licenciement oral est abusif en ce qu'il est contraire à la loi (Cour 27 avril 1995, Mon Goût c/ Strunk). A propos d'un licenciement prétendument oral, il a été jugé qu'il incombe au salarié qui prétend qu'il a été licencié et qui invoque les droits attachés au licenciement d'établir que la rupture du contrat émane de son employeur (Cour 14 mars 1996, Baumgarten c/ Gardumi).

A propos d'un licenciement oral par l'employeur, la Cour (7 décembre 2023, No CAL-2022-01121) a jugé qu'en l'absence d'une résiliation d'un commun accord et à défaut de démission émanant du salarié, la désaffiliation de ce dernier auprès des organismes de la sécurité sociale par l'employeur, le non-paiement des salaires et le défaut de remise de fiches de salaire ainsi qu'un courrier, enjoignant au salarié de restituer ses effets personnels, pris ensemble, sont constitutifs d'un comportement dénotant de façon claire et non équivoque la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat.

La Cour a jugé que le législateur écarte toute exigence quant à la réception de la lettre de licenciement et n'exige pas que la lettre soit non seulement expédiée mais également reçue (Cour 13 décembre 1978, Kremer c/ Curateur faillite Luvia, Questions sociales 4.2.76). Dans la ligne de cette jurisprudence, le Tribunal de travail a jugé le 10 mai 1991 (Lepointe c/ S.à r.l. Crêche Bébés Poussins) que même si la lettre de licenciement n'est pas parvenue au destinataire, cette irrégularité purement formelle ne rend pas cependant le licenciement caduc.

Selon la jurisprudence, la signature de l'employeur ou de son mandataire est un élément essentiel de toute lettre de licenciement (Cour 20 décembre 1990, Typical Inn's Restaurant Don Quijote S.A. c/ Alfaiate). Si la lettre de licenciement n'est pas signée par l'employeur lui même, il n'appartient cependant pas au salarié, qui est tiers par rapport au mandat ainsi conféré, de contester la réalité ou la régularité de ce mandat. En cas de décision de rupture prise par une personne sans pouvoir, cette décision peut être ratifiée par la personne compétente (T.T. 23 février 1990, Rausch c/ Zeitungsbuttek op der Gare sà r.l.; T.T. 28 juin 1991, Slade c/ S.A. Etimine).

Aux termes de la jurisprudence (Cour 12 novembre 1987, S.à.r.l. F. et J. Agnes c/ Dos Santos Cavaleiro) la désaffiliation du salarié auprès des organismes de sécurité sociale auxquelles l'employeur a procédé n'implique nullement la rupture de la relation de travail, cette communication obligatoire étant d'ordre purement administratif.

Selon la loi, l'inobservation des règles de forme du licenciement constitue une irrégularité pour vice de forme. Elle ne peut donner lieu à elle seule à la condamnation de l'employeur pour résiliation abusive du contrat.

Selon la jurisprudence, il est indispensable que la lettre de licenciement mentionne clairement qu'elle porte licenciement avec préavis, la formule "tout en respectant les lois prévues à ce sujet" s'avérant insuffisante (Cour 16 juin 1994, Bogart's c/ Mutombo Betu).

Rappelant le principe selon lequel celui qui invoque un fait juridique doit le prouver, la Cour (28 juin 1990, Thoma c/ Lagalante) exige que le salarié qui se prétend victime d'un licenciement irrégulier ou abusif prouve, en cas de contestation du licenciement même, la résiliation du contrat de travail dans le chef de l'employeur. Ainsi, selon la Cour, la preuve d'une résiliation doit être rapportée par celui qui s'en prévaut en l'absence d'une résiliation régulière contenant en elle-même la désignation de l'auteur de l'initiative de la rupture. Ne saurait dès lors être considérée comme lettre de licenciement, la lettre de l'employeur qui a pour seul objet de constater que l'employeur a interprété le comportement du salarié (en l'espèce, le départ précipité du lieu de travail et l'absence subséquente du lieu de travail) comme démission de la part du salarié.

A manifestement documenté sa volonté de mettre fin aux relations de travail le gérant qui, sans autre commentaire, met le salarié, qui est venu reprendre son travail, à la porte en lui rendant ainsi impossible toute prestation de travail, ceci après avoir omis de lui payer les salaires et sans trouver nécessaire d'expliquer après coup et après l'incident sa façon d'agir par d'autres raisons (Cour 2 mai 1996, Gastro-Nord c/ Elsen).

3.4.1.3. La motivation du licenciement avec préavis

La loi n'impose pas à l'employeur d'énoncer les motifs du licenciement avec préavis dans la lettre portant notification du licenciement (voir aussi Cour 4 juin 1991, Thoma c/ S.à r.l. Libralux; Cour 18 janvier 1990, Hinrichs c/ S.A. Para Press).

Selon la loi, **le salarié peut** toutefois **demander à l'employeur les motifs du licenciement**. Cette demande doit être faite par lettre recommandée dans un délai de 1 mois à compter de la notification du licenciement.

Lorsque, dans le cas d'un licenciement avec préavis, l'employeur en a indiqué spontanément les motifs dans la lettre de licenciement même ou dans un écrit postérieur, le salarié peut néanmoins faire usage de la faculté lui réservée par la loi ne serait-ce que pour éviter le renversement de la charge de la preuve en sa défaveur. L'employeur est alors tenu de lui répondre soit en fournissant des précisions supplémentaires soit, si celles déjà fournies lui paraissent suffisantes, en renvoyant à l'énoncé des motifs antérieurs (Cour 23 mai 1996, De Assuncao Peixoto Bothelho c/ Leske; voir également Cour 7 mars 1996, Montanari c/ Wagner; Cour 7 mars 1996, Petrucci c/ Catalpa ; Cour 27 juin 1996, Ernst c/ Nyckees).

Selon la jurisprudence, un secrétaire syndical est autorisé, en tant que mandataire du salarié licencié, à solliciter la fourniture des motifs du licenciement, dès lors que la demande des motifs se situe avant la phase contentieuse du litige et que la loi autorise le salarié à se faire assister par un représentant syndical à l'entretien préalable (Cour 19 mai 1994, Congrégation des Soeurs Franciscaines c/ Lallemang; Cour 12 décembre 1996, Luxgard International Floatglass Transportation c/ Duhr).

L'employeur est tenu d'énoncer avec précision, par lettre recommandée, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Ces motifs doivent être réels et sérieux.

L'énonciation des motifs par l'employeur doit intervenir par lettre recommandée au plus tard 1 mois après la notification de la lettre recommandée émanant du salarié.

L'employeur est irrecevable à invoquer au cours de la procédure judiciaire d'autres motifs de licenciement que ceux indiqués avec précision dans la lettre de licenciement (Cour 3 mai 1990, Securitas c/ Faillite J. Wies).

Dans un arrêt rendu le 25 février 1988 (Elter c/ S.A. Continental Alloys, Pasicrisie 1988, page 216), la Cour de Cassation a jugé que le but poursuivi par la loi est à considérer comme atteint si, devançant la demande du salarié, l'employeur a déjà fait connaître ses motifs dans la lettre de congédiement même. Mais il a été jugé (Cour 9 février 1995, Toschi c/ Lopes Da Silva) que le salarié qui n'a pas demandé les motifs de licenciement ne peut pas critiquer, pour défaut de précision, ceux que l'employeur lui a fournis volontairement dans la lettre de licenciement (voir également Cour 12 mars 1992, Ney c/ Baum).

Selon la jurisprudence, l'employeur n'est pas tenu de répondre à une demande de motivation tardive et le salarié ne peut faire grief à l'employeur de commettre une faute par le seul fait de ne pas répondre à une demande tardive (Cour 18 janvier 1990, Logelin c/ Le Foyer S.A.).

Le délai pour demander les motifs et le délai pour fournir la réponse à la demande de motivation commence seulement à courir contre le destinataire le jour où il a reçu la lettre ou le jour où il a été avisé par la poste de l'envoi de la lettre (Cour 16 octobre 1984, Santer c/ Ass. des Cheminots, Pasicrisie 26, 224).

Il suffit que le salarié demande par lettre recommandée à son employeur les motifs de son licenciement dans le délai imparti par la loi. Il ne saurait être exigé qu'il établisse également la

réception par l'employeur de cette lettre dans ledit délai. L'obtention de la missive par l'employeur n'est pas nécessaire pour la validité de la démarche du salarié, mais a pour seul effet de faire courir le nouveau délai d'un mois à l'égard de l'employeur. La loi n'exige dans le chef du salarié que l'envoi d'une lettre recommandée simple sans avis de réception (Cour 28 novembre 1996, Resillot c/ Riva del Garda sàrl).

S'agissant de la **précision des motifs de licenciement**, la Cour, dans un arrêt du 18 juin 1992, (J. Wolter c/ J. Giberyen), a souligné que l'indication des motifs doit être fournie avec une précision telle que leur énoncé même en révèle la nature et la portée exacte et permette tant au salarié d'en apprécier le caractère légitime ou non et de faire la preuve de leur fausseté ou de leur inanité qu'au juge de vérifier si les motifs s'identifient effectivement à ceux énoncés par l'employeur à l'appui du licenciement.

Le code du travail précise cependant que l'employeur peut apporter, en cours d'instance, des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés initialement.

Selon la jurisprudence, la faculté pour l'employeur d'apporter en cours d'instance des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés n'autorise pas pour autant l'employeur à faire état de motifs nouveaux.
La loi précise que **l'absence de motivation écrite** formulée par l'employeur avant l'expiration du délai d'un mois rend le licenciement abusif (voir aussi Cour 3 octobre 1991, Hotel Axe c/ Salambien).

Selon une jurisprudence bien établie de la Cour, **l'imprécision des motifs vaut absence de motifs** (2 avril 1992, L. Bragoni c/ G. Armeni; 25 novembre 1993, Fiduciaire d'Organisation de Revision et d'Informatique de Gestion c/ Dalier; Cour 16 février 1995, Claudette Charriere c/ Corinne Scodellero; Cour 27 avril 1995, CAFE IN c/ André Danna et Etat du Grand-Duché de Luxembourg; Cour 27 avril 1995 CAFE IN c/ Martina Stoltefuss et Etat du Grand-Duché de Luxembourg).

La Cour (12 décembre 1991, C. Genson c/ Banque Du Gothard) a souligné que le principe de la communication des motifs précis ne saurait tolérer d'exception en faveur d'une catégorie d'employeurs (il s'agissait en l'espèce d'un institut bancaire dont les dirigeants sont liés par le secret bancaire). Elle estime, en effet, qu'il est indispensable que l'énoncé circonstancié des faits reprochés au salarié rende possible la preuve contraire et permette au juge d'avoir une parfaite connaissance de ces faits afin d'être en mesure de vérifier si ceux débattus à l'audience s'identifient aux faits communiqués au licencié. Ainsi, le licenciement qui ne contient pas d'indications de date et de désignation de personne suffisantes ne répond pas au critère de précision exigé par la loi (Cour 19 janvier 1995, Viviane Kugener c/ S.à r.l. Alima-Gare).

Récapitulation de la procédure du licenciement individuel avec préavis

---

1. Le cas échéant, convocation du salarié à l'entretien préalable (à partir de 150 salariés).
Entretien préalable au plus tôt le deuxième jour ouvrable travaillé.

2. Notification du licenciement par lettre recommandée:

- au plus tôt le premier jour qui suit le jour de l'entretien ou le jour fixé pour l'entretien;

- au plus tard 8 jours après le jour de l'entretien ou le jour fixé pour l'entretien;

3. Cours du délai de préavis à partir du 15 du mois ou du 1er du mois qui suit.

4. Délai réservé au salarié pour solliciter la motivation du licenciement par l'employeur: 1 mois à partir de la notification du licenciement (dépôt à la poste ou remise en main propre).

5. Délai réservé à l'employeur pour motiver le licenciement par lettre recommandée au salarié: 1 mois après notification de la lettre recommandée demandant la communication des motifs.

6. Délai de forclusion pour l'introduction de l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive
- 3 mois à partir de la notification du licenciement, si la motivation n'a pas été sollicitée;
- 3 mois à partir de la communication des motifs, si la motivation a été sollicitée et communiquée;
- à défaut de motivation, 3 mois à partir de l'expiration du délai de un mois imparti à l'employeur pour la motivation.

7. Interruption du délai de forclusion de 3 mois par voie de réclamation auprès de l'employeur: cours d'un nouveau délai de forclusion de 1 année.

3.5. Le licenciement immédiat pour motif grave

3.5.1. Principe général

Le contrat de travail peut être résilié sans préavis ou avant l'expiration du terme contractuel pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie.

Selon la jurisprudence, le motif grave dûment constaté dans le chef d'un salarié n'entraîne pas cependant automatiquement et de plein droit la cessation du contrat de travail, mais autorise seulement l'employeur de le résilier immédiatement et unilatéralement en notifiant cette résiliation. Aussi la résiliation ne réagit-elle pas rétroactivement au moment où la faute grave a été commise, mais produit ses effets seulement à partir de la notification de la résiliation (Cour 6 mai 1985, AEG Telefunken Luxembourg S.à r.l. c/ Pirlet).

Le salarié licencié pour motif grave ne peut faire valoir le droit à l'indemnité de départ due en cas de résiliation avec préavis.

Des dommages et intérêts peuvent être mis à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate de la relation de travail.

Le salarié qui résilie le contrat pour motif grave procédant de la faute de l'employeur (qui, par exemple, ne verse pas les salaires aux échéances convenues), peut prétendre à la condamnation de ce dernier à la réparation du préjudice subi de ce fait; il ne saurait toutefois prétendre au paiement de l'indemnité forfaitaire de préavis (Cour 17 février 1994, Locarlux c/ Vitali).

3.5.2. Définition légale et jurisprudentielle du motif grave

Le code du travail considère comme constituant un motif grave, tout fait ou toute faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Il a repris à cet égard la définition du motif grave fournie par la jurisprudence.

Ainsi, il a été jugé qu'un fait unique de désobéissance aux instructions de l'employeur ne représente pas un caractère de gravité particulière et que de simples négligences dans l'exécution du travail ne constituent, ni prises isolément, ni prises dans leur ensemble, des manquements d'une gravité suffisante pour rendre intolérable la continuation du contrat de travail et pour justifier la résiliation immédiate (Cour 11 juin 1975, Joris c/ Cloos; Cour 30 janvier 1981, Société Luxembourgeoise de Travaux (SLT) c/ Konz).

Dans un arrêt du 15 octobre 1992 (Nouvelle Brasserie Mansfeld S.à r.l. c/ Ferreira Goncalves) la Cour a cependant tempéré sa jurisprudence antérieure en décidant que, compte tenu des circonstances, un fait unique peut être de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Le motif grave justifiant la rupture du contrat de travail sans préavis "doit être de nature telle qu'il rende impossible la poursuite des rapports contractuels et qu'il compromette définitivement la confiance réciproque indispensable entre l'employeur et le salarié" (Cour 11 novembre 1983, Grasselli c/ Da Cunha De Jesus).

Ainsi, la Cour a jugé que l'impossibilité d'exécution du contrat soit de caractère moral et résulte de la perte de confiance éprouvée par l'employeur (Cour 19 novembre 1987, s.à r.l. Pâtisserie Nancy c/ Cordeiro).

Une jurisprudence récente (Cour 5 janvier 1995, Gruen c/ Decorama) exige que le licenciement immédiat pour motif grave se réfère directement à une faute suffisamment grave, l'employeur ne pouvant se borner à invoquer une motivation qui est liée à l'inaptitude ou à la mauvaise conduite du salarié ainsi qu'aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Il appartient à l'employeur de constater et de prouver soit l'inexécution, soit l'exécution fautive des obligations découlant du contrat de travail par le salarié dont le comportement rend impossible la continuation immédiate des relations contractuelles. La Cour estime que cette répartition de la charge de la preuve est conforme au caractère exceptionnel de la brusque rupture laquelle constitue une entorse au principe légal de la stabilité de l'emploi (Cour 14 juillet 1983, Quintus c/ ARBED S.A., Pasicrisie 1984.93).

Au vœu de la loi, les juges doivent tenir compte, dans l'appréciation des faits ou fautes procédant de la conduite professionnelle du salarié, de son degré d'instruction, de ses antécédents professionnels, de sa situation sociale et, en général, de tous les éléments pouvant influer sur sa responsabilité.

Les juges sont invités également à tenir compte des conséquences du licenciement.

3.5.3. Forme de la résiliation immédiate pour motif grave

La procédure de l'entretien préalable au licenciement est applicable au licenciement immédiat pour motif grave dans les entreprises occupant 150 salariés au moins (voir "*L'entretien préalable au licenciement*" à la page 15).

Selon la loi, la notification de la résiliation immédiate pour motif grave doit intervenir au moyen d'une lettre recommandée à la poste. Un licenciement oral est dès lors irrégulier et revêt un caractère abusif (Cour 14 mai 1993, Klaba c/ Nobilis).

La loi admet que la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification.

3.5.4. Motivation

Selon la loi, la lettre recommandée de licenciement pour motif grave doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au salarié ainsi que les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.

Si dans l'hypothèse d'un licenciement avec préavis l'employeur n'est pas obligé d'indiquer les motifs dans la lettre de licenciement et que le salarié licencié peut les demander tel n'est pas le cas pour un licenciement avec effet immédiat. En effet, l'employeur qui résilie le contrat de travail sans préavis est obligé d'en indiquer les motifs dans la lettre de licenciememt même et cela avec précision et sans que le salarié licencié soit obligé de les demander pour les connaître et pour en apprécier la gravité (Cour, 22 janvier 1998, Zacharis et Lossidou c/ Dos Santos Marques).

La Cour a cependant relevé que si la loi prévoit la faculté de résilier immédiatement le contrat de travail pour motifs graves en faveur de chacune des parties au contrat, elle prescrit néanmoins la motivation écrite de la résiliation immédiate du contrat de travail uniquement à charge de l'employeur puisqu'elle ne vise que les faits reprochés au salarié (Cour 6 novembre 1997, Engelhardt c/ Établissements Romain Terzi s.à r.l.).

Le défaut de motivation ne constitue pas un simple vice de forme. En effet, la loi dispose que, à défaut de motivation écrite, le licenciement est abusif.

La précision des motifs doit permettre à la partie qui subit la résiliation du contrat de connaître exactement le ou les faits qui lui sont reprochés et de pouvoir ainsi juger, en pleine connaissance de cause, de l'opportunité d'une action en justice. Elle doit être de nature à empêcher l'auteur de la résiliation d'invoquer a posteriori des motifs différents de ceux qui ont réellement provoqué la rupture. Elle doit enfin permettre aux juges d'apprécier la gravité de la faute commise et d'examiner si les griefs invoqués devant eux s'identifient avec les motifs notifiés (Cour 17 novembre 1983, Fondation Pescatore c/ Coimbra-Rebelo; Cour 5 avril 1984, Avo Hôtel c/ Storm).

La date et le lieu du ou des faits reprochés ne doivent pas forcément figurer dans l'énoncé des motifs, à condition toutefois que ce dernier soit suffisamment précis pour permettre tant au salarié qu'au juge de connaître exactement le ou les faits invoqués et de permettre d'en apprécier la gravité. Il ne suffit pas à l'employeur d'affirmer que le salarié ne saurait se méprendre sur les faits lui reprochés pour se croire dispensé de l'obligation d'ordre public

d'énoncer avec précision le ou les motifs de licenciement (Cour, 18 juin 1998, Helminger s.à.r.l. c/ Ury e.a.).

Si les motifs ne sont pas énoncés avec la précision requise, la Cour estime qu'il faut présumer que le congédiement est intervenu sans juste motif et est par conséquent abusif.

Des termes tels que "comportement insupportable" (Cour 3 juillet 1981, Van der Aar c/ Velhoso), "refus d'ordre et comportement agressif" (Cour 10 juillet 1981, Alcuilux S.A. c/ Da Moura), "absences répétées sans aucune excuse" (Cour 8 juillet 1983, Sareco S.A. c/ Chiesa), "développement insuffisant du sens de l'organisation et de l'aptitude à diriger les subordonnés, manque d'ardeur au travail" (Cour 29 février 1996, Courthéoux c/ Calvaruso) manquent de la précision requise par la loi.

Il a cependant été jugé, dans un cas d'espèce où le salarié avait fait preuve d'un défaut de ponctualité chronique pendant plus de moitié de son temps de présence à l'entreprise (101 retards sur 292 journées de travail), que l'employeur n'était pas tenu d'indiquer les dates précises des absences et les dates et heures de retard (Cour 15 février 1996, Etat du Grand-Duché de Luxembourg c/ Zemmour et Best Ingénieurs Conseils).

Il ne suffit pas de reprocher au salarié une consommation d'alcool pendant les heures de service sans fournir les moindres détails quant aux dates, à la fréquence et aux quantités consommées ainsi que quant aux conséquences sur le travail presté par le salarié. Le reproche "négligence dans votre travail" est imprécis en l'absence de plus amples détails pourtant annoncés dans la lettre (Cour 28 novembre 1996, R. C. c/ Riva del Garda).

3.5.5. Délai d'invocation des faits

Les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un certain délai.

La loi fixe ce délai à 1 mois à compter du jour où la partie qui les invoque en a eu connaissance.

Ce délai n'est pas applicable lorsque le ou les faits invoqués ont donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales, auquel cas ils peuvent être invoqués au-delà du délai d'un mois.

De même, le délai n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un fait nouveau ou d'une nouvelle faute.

Il a été jugé qu'un manquement antérieur ne peut justifier une résiliation avec effet immédiat que pour autant que la faute récente constitue, ensemble avec le ou les antécédents, un motif grave de licenciement (Cour 12 janvier 1995, Wallenborn c/ Barthe; Cour 4 avril 1996, Di Cato c/ Da Silva Lopes).

De la même façon, la Cour a jugé qu'un même fait, en ce qu'il ne peut être sanctionné deux fois, ne peut plus ultérieurement motiver un licenciement s'il a déjà fait l'objet d'un avertissement (16 novembre 1995, Armatures S.A. c/ Wyrwisz; Cour 28 mars 1996, Fandel c/ Schwalen ; Cour 9 mai 1996, Belle Etoile c/ Fohl).

La Cour estime qu'il en est cependant différemment si le salarié a commis depuis le dernier avertissement une nouvelle faute, auquel cas l'employeur peut invoquer, en complément de ce nouveau grief, un grief antérieur déjà sanctionné par un avertissement, et cela d'autant plus lorsqu'un tel avertissement a été doublé d'une menace de renvoi en cas de nouvelle faute (voir également Cour 26 janvier 1995, Detroit Production S.A. c/ Pinheiro; Cour 9 mai 1996, Belle Etoile c/ Fohl; Cour 5 décembre 1996, Godefroid c/ Clinique Sainte Marie; Cour 8 janvier 1998, Adrovic c/ Mazzoni Shoes Services sàrl ; Cour 19 mars 1998, Tracol S.A. c/ Dias de Jesus).

3.5.6. Mise à pied conservatoire

L'employeur peut prononcer, avec effet immédiat et sans autre forme, la mise à pied conservatoire du salarié.

Au cours de la période de mise à pied conservatoire, le salarié a droit au maintien des salaires, traitements, indemnités et autres avantages jusqu'au jour de la notification du licenciement.

En cas de mise à pied conservatoire, le licenciement pour motif grave doit être notifié au plus tôt le jour qui suit la mise à pied et au plus tard huit jours après cette mise à pied.

Selon la jurisprudence, le délai de 8 jours est suspendu en cas de maladie, les dispositions instituant une protection spéciale contre le licenciement du salarié incapable de travailler par suite de maladie ou d'accident étant claires et non équivoques et ne prévoyant ni restriction, ni exception. (Cour 22 juin 1995, LA PREVOYANCE SOCIALE c/ Claude GOBIET).

Il y a lieu de rappeler que dans le cas de l'entretien préalable au licenciement, le licenciement immédiat pour motif grave doit être notifié au plus tôt le jour qui suit celui de l'entretien préalable et au plus tard huit jours après cet entretien.

Récapitulation de la procédure du licenciement immédiat pour motif grave

---

1. Faculté pour l'employeur de prononcer la mise à pied conservatoire (immédiate et sans autre forme) avec maintien des salaires et traitements jusqu'à la notification du licenciement (cf. sous 3.).

2. Le cas échéant, convocation du salarié à l'entretien préalable (à partir de 150 salariés) qui doit se tenir au plus tôt le deuxième jour ouvrable travaillé qui suit l'envoi de la lettre recommandée ou la remise en mains propres.

3. Notification de la résiliation immédiate par lettre recommandée avec motivation précise:

   Après mise à pied conservatoire préalable non suivie de l'entretien préalable:

   * au plus tôt le premier jour qui suit la mise à pied conservatoire;
   * au plus tard 8 jours après la mise à pied conservatoire.

   Après mise à pied conservatoire suivie de l'entretien préalable:

   * au plus tôt le premier jour qui suit le jour de l'entretien ou le jour fixé pour l'entretien;
   * au plus tard 8 jours après le jour de l'entretien ou le jour fixé pour l'entretien.

4. Action judiciaire en réparation de la résiliation abusive: délai de forclusion de 3 mois à partir de la notification du licenciement immédiat.

5. Interruption du délai de forclusion par voie de réclamation du salarié: cours d'un nouveau délai de forclusion de 1 année.

4. La résiliation du contrat de travail par l'effet de la loi

4.1. La cessation des affaires de l'employeur

La loi prévoit la résiliation immédiate, sans préavis, du contrat de travail en cas de cessation des affaires par suite de décès, d'incapacité physique ou de déclaration en état de faillite de l'employeur.

Dans le cas où l'exploitation de l'entreprise est continuée, le contrat de travail subsiste avec tous ses effets entre le curateur ou le successeur et le salarié.

En cas de faillite notamment, le salarié peut, en cas de continuation des affaires par le curateur, se prévaloir à l'égard de ce dernier de tous les droits résultant de son contrat (Cour 17 novembre 1970, KOHL c/ curateur faillite THIELEN-BASSING, Pasicrisie 21, page 385).

4.2. Evénements tenant à la personne du salarié

4.2.1. La personne de vieillesse et la limite d'âge

Le contrat de travail cesse de plein droit le jour de l'attribution au salarié d'une pension de vieillesse et au plus tard à l'âge de 65 ans à condition dans ce cas qu'il ait droit à une pension de vieillesse.

4.2.2. La pension d'invalidité

Le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution au salarié d'une pension d'invalidité.

La jurisprudence relève que la formulation précise de la loi qui renvoie au jour de la décision met en échec la théorie de la cessation rétroactive du contrat de travail au jour où le salarié est reconnu incapable de travailler au sens de l'article 187 du code des assurances sociales. Le contrat de travail persiste donc jusqu'à la décision sur l'invalidité. L'obligation de l'employeur, lorsqu'il ne résilie pas le contrat de travail d'un employé privé, de compléter l'indemnité pécuniaire de maladie ou l'allocation lui versée jusqu'à parfaire le montant de son traitement net au plus tard jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent celui de la survenance de l'incapacité de travail, ne fait que confirmer qu'en droit du travail le législateur ne prévoit pas, sauf volonté exprimée par l'employeur, une rupture automatique du contrat par l'effet de l'incapacité de travail prolongée du salarié pour laquelle les organismes de sécurité sociale attribuent rétroactivement une pension d'invalidité. Tant que l'employeur ne résilie pas le contrat, il est censé vouloir le continuer en attendant le retour du salarié. A cela s'ajoute qu'un nouveau contrat de travail peut être conclu au cas où le salarié continue à exercer ou reprend une activité professionnelle en conformité avec les

dispositions légales qui régissent la pension d'invalidité. Selon la Cour, il est évident que la conclusion d'un tel contrat ne peut se faire que si les parties sont en connaissance de la décision d'attribution d'une rente d'invalidité c'est-à-dire à partir du jour où cette décision a été prise (Cour 28 mars 1996, Muller-Groben c/ Bofrost Luxembourg; Cour 6 mars 1997, Hansen-Henin c/ Ceps/Instead e.a.; Cour 23 octobre 1997, Tracol S.A. c/ Da Moura; Cour 6 novembre 1997, Leone c/ Acome S.A.;).

La loi précise qu'un nouveau contrat de travail peut être conclu lorsque le salarié bénéficiaire d'une pension d'invalidité reprend une activité professionnelle ou continue à exercer une activité professionnelle conformément aux dispositions légales régissant la pension d'invalidité.

4.2.3. L'épuisement des droits à l'indemnité pécuniaire de maladie

Le contrat de travail cesse de plein droit le jour de l'épuisement des droits du salarié à l'indemnité pécuniaire de maladie.

Selon le code des assurances sociales, l'indemnité pécuniaire de maladie est accordée pendant 78 semaines au plus, même si une nouvelle maladie survient pendant cette période.

Si avant l'expiration des droits à l'indemnité pécuniaire de maladie le salarié se voit accorder une pension d'invalidité, le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution de la pension d'invalidité.

4.2.4. Le décès du salarié

Le contrat de travail prend fin par le décès du salarié.

En ce qui concerne l'employé privé, la loi ouvre droit au maintien du traitement se rapportant à la fin du mois de la survenance du décès de l'employé et à l'attribution d'une indemnité égale à trois mensualités de traitement aux ayants droit de l'employé.

Il s'agit dans l'ordre:

- du conjoint survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de divorce ou de séparation de corps passé en force de chose jugée sinon
- les enfants mineurs de l'employé décédé et les enfants majeurs dont il a assumé au moment de son décès l'entretien et l'éducation sinon
- les ascendants ayant vécu en communauté domestique avec l'employé à condition que leur entretien était à sa charge.

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

- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

Section II

Le contrat de travail à durée déterminée

A. - Situations autorisant l'engagement pour une durée déterminée

La loi souligne le **caractère exceptionnel** du recours au contrat à durée déterminée - la règle étant le contrat de travail à durée indéterminée.

Ce n'est **que dans les cas et sous les conditions prévus par la loi** que le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu.

Ainsi le code du travail ouvre aux parties la faculté de conclure un contrat à durée déterminée "pour l'exécution d'une tâche précise et non durable".

La loi ajoute que le contrat à durée déterminée ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Elle donne une énumération exemplative des tâches qu'elle considère comme étant des tâches précises et non durables. A noter que la loi autorise le Gouvernement à compléter l'énumération exemplative inscrite dans la loi par voie de règlement grand-ducal, pris sur avis obligatoire du Conseil d'Etat et de l'assentiment de la Commission de travail de la Chambre des Députés.

Elle autorise par ailleurs les partenaires sociaux à compléter la liste par voie de convention collective de travail.

Dans un arrêt du 7 juillet 1994 (ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG c/ WEYRICH), la Cour a précisé que lorsqu'il résulte de la nature de l'emploi et de la description des fonctions et des tâches assignées au salarié par le contrat de travail que le contrat n'avait pas été conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable, mais qu'il avait pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, il est réputé à durée indéterminée.

S'agissant d'un poste de réceptionniste de nuit d'un hôtel, le Tribunal du travail a considéré qu'un tel emploi ne constitue pas une tâche précise non durable (10 janvier 1992, DOS SANTOS GOMES c/ AXE).

Dans un arrêt rendu le 2 juillet 1987 (HUSKY S.A. c/ PAULUS), la Cour a jugé que lorsque les parties ont entendu conclure une convention hybride où les techniques tant du contrat à durée déterminée que du contrat à durée indéterminée se trouvent combinées et où les contractants ont fixé une durée maximale tout en se réservant à chacun d'eux la faculté de mettre fin à tout moment à la convention, on se trouve en présence d'un contrat à durée indéterminée, le droit de résiliation unilatérale constituant le critère même d'un tel contrat.

1. Les remplacements

La loi autorise le recours au contrat à durée déterminée pour le remplacement d'un **salarié temporairement absent** ou dont le contrat de travail est suspendu. Le contrat de travail à durée déterminée permet ainsi de faire face à toute absence temporaire ou à toute suspension du contrat de travail notamment l'absence en raison de maladie ou d'accident, de congé de maternité, de congé d'adoption, de congé-formation, de congé annuel de récréation, de congé pour événements familiaux et de congé sabbatique.

La loi exclut formellement le remplacement de salariés absents en raison d'un conflit collectif de travail ou en raison d'un manque de travail résultant de causes économiques et d'intempéries.

Enfin, la loi autorise le remplacement sous contrat à durée déterminée d'un salarié occupé sous le couvert d'un contrat à durée indéterminée dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin.

2. Les emplois à caractère saisonnier

Le contrat saisonnier constitue le type même du contrat limité dans le temps.

Doivent être considérés comme travaux saisonniers, les travaux normalement appelés à se répéter chaque année à date à peu près fixe en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations.

Le contrat saisonnier peut être conclu avec un terme précis ou avec un terme incertain. Dans ce dernier cas, il doit comporter une durée minimale d'emploi et il a pour terme la réalisation de l'objet.

Afin de prévenir le recours abusif à la formule du contrat saisonnier, la loi limite la durée du contrat saisonnier à une durée maximale de dix mois pour une même période de douze mois successifs, renouvellements compris.

A l'expiration du contrat saisonnier et si la saison n'est pas terminée, l'employeur peut conclure sans délai d'attente un autre contrat saisonnier avec le même salarié, avec un autre salarié ou avec un travailleur intérimaire.

De même, la loi permet la conclusion de contrats saisonniers d'une saison sur l'autre sans considération du délai d'attente prévu par la loi.

Enfin, la loi permet l'insertion d'une clause de reconduction pour la saison suivante.

Le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison constitue un contrat à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Il est dès lors possible de conclure pendant un nombre illimité de saisons un contrat saisonnier avec le même salarié.

Il n'en va autrement que lorsque sur la base d'une clause expresse de reconduction, le contrat saisonnier a été reconduit pendant plus de deux saisons entre un employeur et un

même salarié, auquel cas 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 qui régissent, quant à sa rupture, le contrat à durée indéterminée.

La loi abandonne à un règlement grand-ducal la définition des emplois à caractère saisonnier. C'est ainsi qu'un règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 attribue le caractère saisonnier aux contrats ayant pour objet :

- la prestation d'activités liées à la récolte ou à la vendange;
- la prestation d'activités liées au conditionnement des produits récoltés ou vendangés;
- la prestation d'activités de moniteur et d'animateur de loisirs et de vacances;
- la prestation d'activités de guide de voyages et de guide de visites touristiques;
- la prestation d'activités de surveillance et d'entretien des plages, des piscines de plein air et des campings;
- la prestation d'activités dans les magasins de détail, les hôtels et les restaurants qui ne sont ouverts que pendant une partie de l'année;
- la prestation d'activités dans les magasins de détail, les hôtels et les restaurants dont l'activité subit un accroissement régulier et prévisible du seul fait de la saison;
- la prestation d'activités dans les entreprises de l'aviation et du transport de personnes dont l'activité subit un accroissement régulier et prévisible du seul fait de la saison.

Le règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 permet le recours au contrat de travail saisonnier pour l'introduction en territoire luxembourgeois, sous le couvert d'un permis de travail, de salariés étrangers qui prennent un premier emploi auprès un employeur du bâtiment et des travaux publics, de l'hôtellerie, de la restauration, de l'agriculture, de l'horticulture et de la viticulture. Il est entendu que le recrutement de tels salariés sous le couvert d'un contrat saisonnier oblige l'employeur et le salarié à se situer au moment de son renouvellement dans le cadre des règles qui régissent le contrat saisonnier.

3. Les emplois pour lesquels il est d'usage de recourir au contrat à durée déterminée

La loi permet aux employeurs et aux salariés de choisir le contrat de travail à durée déterminée pour les emplois pour lesquels, dans certains secteurs déterminés, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. Elle abandonne à un règlement grand-ducal, l'établissement de la liste de ces secteurs d'activités et des emplois concernés.

Le règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 énumère les secteurs d'activités dans lesquelles un contrat à durée déterminée peut être conclu pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois:

- *Dans le secteur de l'audiovisuel:*

  les annonceurs-présentateurs de radio et de télévision, les rédacteur-programmateurs de radio et de télévision,

  les animateurs de radio et de télévision ainsi que les producteurs, les réalisateurs, les régisseurs et les reporters cameramen de radio et de télévision;

- *Dans le secteur de la production audiovisuelle, cinématographique et phonographique:*

  les producteurs, auteurs, compositeurs, interprètes, acteurs et figurants, metteurs en scène, réalisateurs, scripts, assistants de production, cameramen, reporters-photographes, décorateurs, maquilleurs, habilleurs, régisseurs, monteurs ainsi que les opérateurs du son, de l'éclairage et de la vision;

- *Dans le secteur bancaire:*

  les spécialités du private-banking, les conseillers en investissement et les gestionnaires de portefeuilles, les spécialistes responsables pour swaps, options, futures et accords sur les contrats à terme, spécialistes responsables pour acquisitions et fusions, financement de projets et capital à risque;

- *Dans le secteur de la formation et de l'enseignement:*

  les emplois de chargé de cours, de chargé de direction et les emplois socio-éducatifs pour autant que les emplois à pourvoir ne peuvent pas être occupés par du personnel remplissant les conditions d'admission au stage ou les conditions de nomination requises à cet effet;

- *Dans le sport professionnel:*

  les athlètes, les sportifs et les entraîneurs sportifs;

- *Dans le bâtiment et les travaux publics:*
  - les salariés recrutés pour les chantiers à l'étranger;
  - les activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche;
  - le personnel occupé à l'occasion des expositions, foires, salons, congrès ou séminaires;
  - le personnel des forains;
  - les travailleurs forestiers;
  - les enquêteurs occasionnels;
  - les salariés engagés par les entreprises de travail intérimaire pour être mis à la disposition provisoire d'un ou de plusieurs tiers utilisateurs (voir la loi du 19 mai 1994 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'oeuvre;
  - les chefs et les solistes d'orchestres ou de groupes instrumentaux ou vocaux;
  - les artistes de spectacles;
  - les mannequins.

A noter que le règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 confère un droit d'option aux employeurs du bâtiment et des travaux publics, de l'hôtellerie, de la restauration, de l'agriculture, de l'horticulture et de la viticulture qui introduisent en territoire luxembourgeois, sous le couvert d'un contrat de travail à durée déterminée et sous le couvert d'un permis de travail, des salariés étrangers qui prennent un premier emploi. Ces employeurs peuvent recourir soit au contrat saisonnier soit au contrat non saisonnier conclu pour une durée déterminée.

Il va de soi qu'en cas d'expiration du contrat de travail à durée déterminée couvrant un primo-immigrant, l'employeur se trouve replacé sous le régime du droit commun pour la reconduction du contrat de travail du salarié recruté à l'étranger.

4. L'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie

La loi ouvre la faculté de recourir au contrat à durée déterminée pour l'exécution d'une tâche occasionnelle et ponctuelle définie et ne rentrant pas dans le cadre de l'activité courante de l'entreprise. Le texte vise la situation non durable de l'entreprise qui doit avoir recours momentanément à des spécialistes pour des opérations très ponctuelles.

Il y a lieu de considérer notamment comme étant des opérations ponctuelles, la mise en place d'un système informatique, l'audit, l'expertise comptable, le recrutement d'un traducteur pour une opération déterminée ou l'exécution de travaux de construction ou de réaménagement de locaux. En revanche, l'entretien permanent des locaux, du matériel et des machines et du parc automobile d'une entreprise ne saurait justifier le recours au contrat à durée déterminée.

5. La survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel d'activité; le démarrage et l'extension de l'entreprise

Le code du travail (article L.122-1 par. (2) sous 5.) ouvre la faculté de recourir au contrat à durée déterminée pour l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise.

La Cour (12 juillet 2007, Titova c/ East West United Bank S.A.) a estimé évident que pour recourir valablement à un contrat à durée déterminée, les parties doivent préciser la nature de la tâche que le salarié est amené à remplir et que la formule vague « accroissement temporaire de l'activité » ne saurait répondre à cette exigence, sous peine d'enlever tout sens à l'exigence légale en question.

A propos d'un contrat prévoyant comme motif l'engagement du salarié au poste de « contrôleur qualité » en raison de « surcroît d'activité – commande exceptionnelle et spécifique dans le domaine de l'environnement », la Cour rappelle dans un arrêt du 15 janvier 2009 (n° 33.519) que le législateur 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 et que 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.

En l'espèce, 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 la société en indiquant les circonstances de fait concrètes qui ont rendu nécessaire l'engagement d'un contrôleur de qualité pour la durée spécifiée au contrat ainsi que la mission exacte que ce dernier devait exécuter pendant cette période et au profit de quelle entreprise, les formulations lacunaires figurant au contrat étant insuffisantes à cet égard.

Or, le contrat n'a pas renseigné sur la raison pour laquelle il est fait recours à un contrat à durée déterminée, mais ne comportait qu'une simple définition de la tâche qui est confiée au salarié.

La Cour a donc considéré cette disposition insuffisante pour répondre aux critères de précision. Elle a ajouté que l'employeur ne peut plus combler les lacunes du contrat en fournissant des explications.

6. Les travaux urgents

La loi autorise le recours au contrat à durée déterminée pour l'exécution de travaux urgents rendue nécessaire pour prévenir des accidents, pour réparer des insuffisances de matériel, pour organiser des mesures de sauvetage des installations ou des bâtiments de l'entreprise de manière à éviter tout préjudice à l'entreprise et à son personnel.

7. Les contrats liés à la politique de l'emploi

La loi autorise le recours au contrat à durée déterminée pour les emplois assignés à un demandeur d'emploi dans le cadre des mesures d'insertion ou de réinsertion dans la vie active appliquées en exécution de la loi. Sont visés en particulier le stage d'insertion, le stage de réinsertion et le contrat d'auxiliaire temporaire.

La loi autorise par ailleurs le recrutement sous contrat à durée déterminée de certaines catégories de demandeurs d'emploi; ces emplois doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre du travail et de l'emploi.

Il résulte d'un avis du Comité de coordination tripartite du 3 mai 1995 en matière de politique de l'emploi qu'il convient de se référer, pour la détermination des demandeurs d'emploi ainsi visés, aux demandeurs d'emploi inscrits à l'Administration de l'emploi qui ont fait l'objet d'une mesure d'insertion professionnelle, de réinsertion professionnelle et de mise au travail financée par la section spéciale du Fonds pour l'emploi.

Enfin, la loi autorise l'emploi sous contrat à durée déterminée de salariés à l'égard desquels l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle. Ces emplois doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre du travail et de l'emploi.

Peuvent par ailleurs faire l'objet d'un agrément par le ministre du travail et de l'emploi les stages de formation professionnelle effectués par des étudiants.

7. Cas spécifiques

Les contrats conclus avec le personnel enseignant-chercheur de l'Université du Luxembourg peuvent être des contrats de travail à durée déterminée (loi du 12 août 2003 portant création de l'Université de Luxembourg …).

Il en est de même des contrats de travail conclus entre l'Etat ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé de cours de l'enseignement post-primaire et l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, le personnel enseignant-chercheur de l'Université de Luxembourg, d'autre part

Enfin, les contrats conclus par l'Archevêché et un chargé de cours peuvent être des contrats de travail à durée déterminée.

B. – La forme du contrat de travail à durée déterminée

Tout comme le contrat de travail à durée indéterminée, le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié. A défaut d'un écrit ou à défaut d'un écrit spécifiant que le contrat est conclu pour une durée déterminée, le contrat de travail est présumé conclu pour une durée indéterminée. La loi refuse la preuve du contraire. Il s'ensuit que même dans les cas où la loi déroge aux règles de droit commun concernant la durée maximale et le renouvellement, le contrat à durée déterminée est requalifié en un contrat à durée indéterminée dès lors que l'écrit stipulant que le contrat est conclu à durée déterminée n'est signé que postérieurement à la prise de fonctions.

La loi exige que le contrat de travail conclu pour une durée déterminée comporte, outre les mentions que doit contenir tout contrat de travail (voir «*La forme et la preuve du contrat de travail – Règle générale*» à la page 4) la définition de son objet ainsi qu'un certain nombre d'indications en relation avec la limitation du contrat dans le temps.

- Lorsqu'il est conclu pour une durée précise, le contrat doit comporter la date d'échéance du terme.
- Lorsqu'il ne comporte pas de date d'échéance du terme, le contrat doit indiquer la durée minimale pour laquelle il est conclu.
- Lorsque le contrat est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le contrat doit mentionner le nom du salarié absent qui se trouve à la base du remplacement ou des remplacements en cascade.

Le contrat doit éventuellement mentionner la durée de la période d'essai du contrat à durée déterminée (voir *«Le contrat à durée déterminée - La période d'essai*» à la page 38).

Le cas échéant, il peut comporter une clause de renouvellement (voir *«Le renouvellement du contrat à durée déterminée»* à la page 36).

C. – Le régime juridique du contrat à durée déterminée

1. La durée du contrat de travail à durée déterminée

1.1. Le terme du contrat

La loi prévoit deux types de contrats à durée déterminée, à savoir le contrat dont le terme est fixé avec précision et le contrat conclu pour une entreprise déterminée ou pour une tâche particulière dont on ne peut a priori connaître la date exacte d'achèvement.

En principe, la loi exige la conclusion d'un contrat de date à date. Elle permet toutefois aux parties de choisir les modalités du terme dans trois cas, à savoir:

- pour le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat est suspendu;
- pour les emplois à caractère saisonnier;
- pour les emplois pour lesquels dans certains secteurs d'activité il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de l'emploi.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, l'employeur a le choix entre le contrat de date à date et le contrat à terme incertain, ce dernier étant conclu pour la durée de la tâche à réaliser.

Au cas où le salarié remplacé ne serait pas de retour à la date prévue, la loi permet aux deux parties de reporter le terme jusqu'au retour du salarié absent.

La conclusion d'un contrat pour la durée de l'absence doit comporter obligatoirement une durée minimale, le terme du contrat étant marqué par le retour du salarié remplacé. De même, les contrats correspondant à des emplois saisonniers ou à des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée peuvent être conclus de date à date ou à terme incertain. Lorsque le contrat est conclu à terme incertain, il doit comporter une durée minimale.

A noter toutefois que pour le contrat saisonnier la loi introduit une durée plafonnée à dix mois pour une même période de douze mois successifs.

Si l'objet du contrat venait à être réalisé avant que la durée minimale du contrat ne se soit écoulée, il faut considérer que l'employeur est tenu de conserver le salarié jusqu'à cette date, sinon de lui accorder le bénéfice du maintien intégral de sa rémunération jusqu'à cette date.

1.2. La durée maximale du contrat

La durée du contrat à durée déterminée ne peut, pour un même salarié, excéder 24 mois, renouvellements compris.

Tenant compte de la faculté pour les parties de prévoir la reconduction du contrat saisonnier de saison en saison, la loi précise que la limite supérieure de 24 mois n'est pas applicable aux contrats successifs à caractère saisonnier.

La loi fait encore exception à la règle du plafonnement de la durée du contrat à 24 mois pour les salariés exerçant des activités dont le contenu requiert des connaissances hautement spécialisées et une expérience professionnelle confirmée dans la spécialisation.

Elle fait exception également à la règle du plafonnement pour les emplois assignés à un demandeur d'emploi dans le cadre d'une mesure d'insertion ou de réinsertion appliquée en vertu de la loi, les emplois destinés à favoriser l'embauche de certaines catégories de demandeurs d'emploi et les emplois occupés en vue d'assurer au salarié un complément de formation professionnelle. A noter que ces types d'emploi doivent faire l'objet d'un agrément préalable par le ministre du travail (voir «*Les contrats liés à la politique de l'emploi*» à la page 33).

Aux termes du règlement grand-ducal du 11 juillet 1989 les décisions ministérielles portant relèvement de la période maximale de 24 mois sont prises par le ministre du travail soit par décision ministérielle sur requête d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs, soit par règlement ministériel sur requête d'une chambre professionnelle ou d'une organisation professionnelle d'employeurs pour l'ensemble des employeurs relevant d'une branche ou d'un secteur.

La loi prévoit la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée lorsque le contrat est conclu en violation des dispositions qui régissent la durée maximale du contrat à durée déterminée.

2. Le renouvellement du contrat à durée déterminée

La loi prévoit que le contrat à durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée.

Le principe du renouvellement et, le cas échéant, les conditions du renouvellement, doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur à ce contrat. A défaut d'écrit conforme à cette exigence, le contrat de travail renouvelé est présumé, en vertu de la loi, conclu pour une durée indéterminée. La loi refuse la preuve contraire.

Le contrat de travail à caractère saisonnier peut être reconduit pour la saison suivante, auquel cas le contrat conclu pour la durée déterminée d'une saison constitue un contrat à durée déterminée même s'il est renouvelé pour les saisons suivantes. Il est dès lors possible de conclure pendant un nombre illimité de saisons un contrat saisonnier avec le même salarié.

En présence toutefois d'une clause de reconduction, la répétition des relations contractuelles pendant plus de deux saisons entre un employeur et un même salarié transforme l'ensemble des contrats saisonniers en une relation à durée globale indéterminée. Dès lors, au moment où l'entreprise ne souhaite plus faire appel au salarié pour les besoins d'une nouvelle saison, la cessation des relations saisonnières doit être assimilée à un licenciement.

3. La succession de contrats

- En cas de tacite reconduction du contrat de travail à durée déterminée venu à terme, la loi prévoit que la relation du travail se poursuit par contrat à durée indéterminée.

- Concernant la poursuite des relations contractuelles par contrat à durée déterminée, la loi dispose qu'un même poste de travail ne peut, en principe, être pourvu par une succession de contrats à durée déterminée.

  Toutefois, le Tribunal de travail a précisé dans un arrêt du 25 octobre 1991 (DRUCKER c/ LA SOCIETE DES FOIRES INTERNATIONALES A LUXEMBOURG S.A.) que les employeurs ont la possibilité d'embaucher, pour de courtes durées et à plusieurs reprises, des salariés qui travaillent pour l'entreprise de façon intermittente et que dès l'instant où chaque contrat, pris isolément, est licite, la pratique du travail intermittent engendrée par cette succession de contrats sera elle-même licite.

- Lorsqu'un poste de travail a été occupé par un salarié sous contrat à durée déterminée, il est interdit à l'employeur, au terme, de ce contrat d'employer, sur le poste de travail considéré, le même salarié ou un autre salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail intérimaire avant la fin d'un délai égal au tiers de la durée du précédant contrat, renouvellements compris (règle du tiers temps).

  Dérogeant à ce principe général, la loi envisage la possibilité de conclure avec un même salarié ou avec un autre salarié des contrats à durée déterminée successifs sans solution de continuité.

  Les exceptions au principe du respect du délai d'attente concernent tout d'abord, quel que soit le motif du recours au contrat à durée déterminée, les hypothèses où la cessation du contrat est imputable au salarié. Il en est ainsi en cas de rupture anticipée du fait du salarié résultant de son initiative ou liée à une faute grave de sa part ou du refus par le salarié de renouveler son contrat comportant une clause de renouvellement.

  Une succession ininterrompue de contrats à durée déterminée avec différents salariés ou avec le même salarié est encore autorisée pour les emplois à caractère saisonnier (voir «*Les emplois à caractère saisonnier*» à la page 29), pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée (voir page 30), pour les contrats liés à la politique de l'emploi (voir page 33).

  Cette possibilité est également ouverte pour l'exécution de travaux urgents (voir page 33).

  La loi envisage enfin le cas d'une nouvelle absence du salarié remplacé notamment en cas de rechute en cas de maladie. Quelque soit le délai écoulé depuis la fin d'un premier contrat, l'employeur peut faire appel à un nouveau salarié sous contrat à durée déterminée si le salarié initialement remplacé est à nouveau absent.

- La loi prévoit la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée en cas de violation de certaines dispositions légales régissant le contrat à durée déterminée.

  Il s'agit notamment des contrats renouvelés dans des conditions non autorisées par la loi et des contrats successifs conclus sur un même poste de travail sans respecter le délai de carence.

- En cas de reconduction du contrat à durée déterminée, le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat à durée déterminée.

- Dans tous les cas, la loi interdit d'insérer dans le nouveau contrat de travail une clause d'essai.

4. L'égalité de traitement

Afin que les salariés couverts par un contrat à durée déterminée ne soient pas marginalisés par rapport aux salariés sous contrat de travail à durée indéterminée, la loi assure l'égalité de traitement des salariés liés par contrat à durée déterminée avec les salariés liés par

contrat à durée indéterminée en ce qui concerne les dispositions légales et conventionnelles qui leur sont applicables.

Le principe de l'égalité de traitement interdit que la nature du contrat soit génératrice d'un traitement inégalitaire et ait une incidence sur les salariés et leur statut social en ce qui concerne les avantages sociaux proprement dits (oeuvres sociales, cantines, transports), les règles conventionnelles régissant l'horaire de travail, le régime des congés, des jours fériés, la rémunération, les primes et indemnités et la discipline.

La loi excepte du principe de l'égalité les dispositions légales expresses qui écartent les contrats à durée déterminée de leur champ d'application ou qui les soumettent à des règles spécifiques.

5. La période d'essai

Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai conforme au droit commun applicable en matière de contrat à durée indéterminée[1].

La période d'essai est prise en compte pour le calcul de la durée maximale du contrat à durée déterminée.

Les deux parties au contrat peuvent mettre fin au contrat comportant une clause d'essai selon les règles applicables en matière de contrat à durée indéterminée.

Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai conformément à la loi avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour la durée convenue au contrat à partir du jour de l'entrée en service du salarié.

D. – La cessation du contrat à durée déterminée

Le contrat de travail à durée déterminée expire de plein droit à l'échéance du terme. Ainsi, il a été jugé que le contrat de travail à durée déterminée prend en principe fin de plein droit à l'arrivée du terme (Cour 2 mai 1991, PISANO c/ PACHE) sans qu'il soit besoin d'un congé, le délai de préavis, en tant que tempérament nécessaire à l'exercice du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, demeurant étranger au contrat à durée déterminée.

La suspension du contrat de travail à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance du contrat, notamment en cas de maladie et de maternité.

---

[1] La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à 2 semaines et ne peut être supérieure à 6 mois.

Par dérogation à ce principe général, la période maximale d'essai est ramenée à 3 mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement technique. Elle est portée de 6 à 12 mois pour le salarié dont le traitement mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.

La période d'essai qui n'excède pas un mois doit être exprimée en semaines entières alors que celle dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.

La loi autorise la résiliation anticipée du contrat à durée déterminée en cas de motif grave procédant du fait ou de la faute de l'autre partie.

Selon la jurisprudence, le licenciement dans le cadre d'un contrat à durée déterminée qui n'est pas conforme à la loi est à considérer comme contraire à la loi et est de ce fait abusif (Cour 7 juillet 1994, EDITPRESS c/ FELICETTI).

Ainsi, selon la loi, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée par l'employeur ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant égal aux salaires et traitements qu'il aurait perçus jusqu'au terme du contrat avec un maximum égal à la rémunération correspondant à la durée du délai de préavis que l'employeur aurait dû observer si le contrat avait été conclu à durée indéterminée.

De même, en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée par le salarié, la loi ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice réellement subi, étant entendu toutefois que le niveau de l'indemnisation ne peut excéder celui des salaires et traitements se rapportant au délai de démission que le salarié aurait dû observer si le contrat avait été conclu à durée indéterminée.

Il a été jugé que si la rupture à laquelle procède l'une des parties avant le terme fixé par le contrat à durée déterminée n'est pas justifiée par un motif grave, fait du cocontractant, ou par son accord, elle constitue une violation de l'engagement souscrit et donne lieu à condamnation (Cour 28 février 1991, BATI-SPORTS S.A. c/ LEONARD).

Finalement, il y a lieu de mentionner que le contrat à durée déterminée peut être résilié avant terme par le commun accord de l'employeur et du salarié. Le commun accord doit être constaté par écrit en double exemplaire signé par l'employeur et le travailleur. La loi sanctionne de nullité le commun accord qui ne répond pas à cette condition de forme.

La Cour, dans un arrêt du 30 septembre 1993 (Clinique privée du Dr BOHLER c/ MERCIER), a fait application de la loi en jugeant que la rupture d'un commun accord du contrat à durée déterminée avant l'expiration du terme convenu par les parties est licite, à condition toutefois que l'accord sur une résiliation prématurée ait été constaté par un écrit signé par les parties. De même, la Cour a précisé qu'il faut également un écrit si les parties conviennent d'un nouveau terme.

Toujours à propos de la résiliation d'un commun accord du contrat de travail, la Cour a jugé le 9 décembre 1993 (FERNANDEZ c/ CENCI) que l'écrit n'est pas seulement exigé quant à la preuve du commun accord (quoad probationem), mais aussi quant à la validité même de cet accord (quoad substantiam).

- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

Section III

La protection du salarié en cas d'incapacité de travail

A. - Incapacité temporaire d'exercer le travail pour cause de maladie

Lorsque l'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident non professionnel empêche momentanément le salarié de fournir le travail prévu au contrat, il peut bénéficier respectivement du maintien de son salaire et d'une indemnité pécuniaire de maladie (1.) ainsi que d'une protection contre le licenciement (2.).

1. Le maintien intégral du salaire et l'indemnité pécuniaire de maladie

1.1. Le maintien intégral du salaire

Aux termes de l'article L.121-6 par. (3) al. 2 du code du travail tel qu'il résulte de la loi du 13 mai 2008 (statut unique) le salarié incapable de travailler a droit au maintien intégral de son salaire et des autres avantages résultant de son contrat de travail jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le 77^{e} jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de 12 mois de calendrier successifs.

Un nouveau droit à la conservation du salaire n'est ouvert qu'au début du mois suivant celui pour lequel cette limite n'est plus atteinte.

Le code (article L.121-6 par. 3 al. 3) précise que le droit au maintien intégral du salaire cesse d'être applicable à l'égard de l'employeur si la présentation du certificat médical n'est pas effectuée avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié.

Une mutualité des employeurs a été mise en place avec l'objectif d'assurer les employeurs contre les charges salariales résultant pour eux de l'obligation du maintien intégral du salaire.

1.2. L'indemnité pécuniaire de maladie

L'article 9, alinéa 1 du code de la sécurité sociale dispose que, en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident non professionnel, la perte de revenu professionnel est compensée par l'attribution d'une indemnité pécuniaire de maladie.

L'indemnité pécuniaire de maladie est accordée par la Caisse nationale de santé tant que persiste l'incapacité de travail suivant l'appréciation du contrôle médical de la sécurité sociale. Les prolongations éventuelles sont à déclarer dans les formes et délais prévus par les statuts de la Caisse nationale de santé (article 14 al. 1 du code de la sécurité sociale).

L'indemnité due au salarié prend cours à partir du 1er jour de l'incapacité de travail, à condition que celle-ci ait été déclarée dans les forme et délais prévus par les statuts.

L'indemnité pécuniaire payée par la Caisse nationale de santé correspond 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.

L'indemnité pécuniaire est cependant suspendue en cas de conservation légale ou conventionnelle du salaire (article 11, alinéa 2 du code de la sécurité sociale).

Par dérogation à cette règle, la Caisse nationale de santé rembourse à l'employeur dès le premier jour les sommes payées à titre d'indemnisation des incapacités de travail au cours de la période de conservation légale de la rémunération aux salariés qu'ils occupent dans le cadre de leur vie privée pour des travaux de ménage, pour la garde de leurs enfants ainsi que pour assurer des aides et des soins nécessaires en raison de leur état de dépendance. Il en est de même pour les apprentis et salariés pendant les 3 premiers mois du contrat à l'essai.

Le droit à l'indemnité pécuniaire est limité à un total de 78 semaines pour une période de référence de 104 semaines. A cette fin sont mises en compte toutes les périodes d'incapacité de travail personnelle pour cause de maladie, de maladie professionnelle ou d'accident du travail, intervenues au cours de la période de référence qui prend fin la veille d'une nouvelle période d'incapacité de travail (article 14 al. 2 du code de la sécurité sociale).

Les statuts de la caisse permettent d'accorder le bénéfice de l'indemnité pécuniaire au-delà de la limite des 78 semaines, pour une ou plusieurs périodes d'incapacité de travail ne dépassant au total pas 14 jours par mois de calendrier, au salarié incapable de travailler sans être atteint d'invalidité permanente ou transitoire.

En cas de cessation de l'affiliation à l'assurance maladie, le droit à l'indemnité pécuniaire de maladie est maintenu à condition que l'assuré ait été affilié pendant une période continue de 6 mois précédant immédiatement la désaffiliation. La condition de continuité de l'affiliation ne vient pas à défaillir par une interruption de moins de 8 jours (article 14, alinéa 5 du code de la sécurité sociale).

2. La protection spéciale contre le licenciement

2.1. L'interdiction de licencier

Le code du travail (article L.121-6 par. (3) al. 1) dispose que l'employeur qui a été averti de l'incapacité de travail du salarié ou qui se trouve en possession du certificat médical n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable et cela pour une période de 26 semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

Il précise que cette règle vaut également pour le licenciement pour motif grave (voir aussi Cour 22 juin 1995, La Pévoyance Sociale c/ Gobiet).

Le code déclare abusive la résiliation du contrat au cours de la période de protection spéciale contre le licenciement (article L.121-6 par. (3) al. 4).

La Cour (30 novembre 2006, V. c/ P., Pasicrisie Tome 33, page 361) explique que le délai de 26 semaines n'est pas un délai de procédure, mais un délai de protection et que par conséquent les dispositions du nouveau code de procédure civile (NCPC) relatives aux délais ne sont pas applicables, mais bien celles de la loi du 30 mai 1984 portant approbation de la Convention européenne sur la computation des délais.

Ainsi, pour la computation d'un délai exprimé en semaines cette convention fait courir le délai à partir du jour de l'acte (dies a quo) minuit, jusqu'au dies ad quem, minuit et le dies ad quem est le jour de la dernière semaine dont le nom correspond à celui du dies a quo.

Selon la Cour il résulte de l'énoncé même du code du travail que l'interdiction de licencier s'applique dès l'avertissement de l'employeur ou la remise du certificat médical et couvre par conséquent le premier jour de l'incapacité de travail pour la partie qui se situe avant la période de computation du délai de 26 semaines proprement dit. L'employeur n'a par conséquent pas le droit de licencier le salarié le premier jour de son incapacité de travail.

Le délai de protection déclenché par l'avertissement ou la remise d'un certificat attestant une incapacité de travail couvre une période de journées entières. Dès lors, le droit de licencier ne s'ouvre que le premier jour ouvrable qui suit celui couvert par le certificat de maladie (Cour 30 janvier 1997, Marbrerie Michelini c/ Da Costa Botelho).

L'interdiction pour l'employeur de résilier le contrat ou de convoquer à l'entretien préalable de même que l'obligation qui lui incombe de maintenir le salaire cessent d'être applicables si la présentation du certificat médical n'est pas effectuée avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié (article L.121-6 par. (3) al. 3).

La protection spéciale contre le licenciement en cas d'incapacité de travail du salarié ne peut être invoquée si l'avertissement de l'employeur, sinon la présentation du certificat d'incapacité de travail, sont effectués après réception de la lettre de résiliation du contrat ou, le cas échéant, après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable (article L.121-6 par. (4)).

Le code rétablit cependant le droit à la protection contre le licenciement en cas d'hospitalisation urgente du salarié, auquel cas la présentation du certificat d'incapacité de travail dans les huit jours de l'hospitalisation rend nulle et sans effet la lettre de notification de la résiliation du contrat ou, s'il y a lieu, la lettre de convocation à l'entretien préalable.

Comme la Cour le relève dans un arrêt rendu le 8 juin 1996 (Circuit Foil Luxembourg S.A. c/ Pierret), le législateur, en envisageant l'hypothèse d'une incapacité de travail du salarié survenant après réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable, n'a entendu protéger expressément que le salarié hospitalisé en annulant simplement la convocation ou le licenciement sans pour autant rendre le licenciement abusif. Le législateur n'a pas prévu la possibilité d'une refixation de l'entretien préalable dans les autres hypothèses d'incapacité de travail.

La Cour a néanmoins qualifié comme étant constitutif d'un abus de droit au sens de l'article 6-1 du code civil, le licenciement notifié par un employeur qui était informé, avant l'heure fixée pour l'entretien préalable, de la demande de report de l'entretien, justifiée par l'impossibilité du salarié de se rendre à l'entretien. Elle a en effet considéré que l'intérêt de l'employeur de procéder au licenciement sans entendre les explications du salarié, ainsi que

la loi le lui permet, ne saurait primer dans un tel cas le préjudice qu'il a causé au salarié qui s'est vu mis dans l'impossibilité, malgré sa demande formelle, de répondre aux allégations de l'employeur et de se défendre. Dans le même arrêt, la Cour a précisé qu'un tel abus de droit a pour effet non pas de rendre le licenciement abusif, mais d'annuler la convocation à l'entretien préalable, un tel licenciement étant irrégulier pour vice de forme.

Le salarié ayant été régulièrement convoqué à l'entretien préalable à une époque où il n'était pas malade, il ne peut plus en principe opposer ni l'irrégularité de la notification de la convocation ni celle de la résiliation qui suit dans les délais légaux au motif qu'il était malade lors de l'expédition de la lettre de résiliation (Cour 21 juin 2001, Domingues Goncalves c/ Luxlait).

Si la lettre de licenciement a été postée antérieurement à la réception du certificat par l'employeur, le salarié, pour pouvoir bénéficier de la protection prévue par la loi, doit fournir la preuve de ce qu'il a informé l'employeur le premier jour de l'incapacité de travail de cet état de choses (Cour 20 juin 1996, Coustodio Cabral c/ Tracol).

La loi refuse la protection spéciale au salarié dont l'incapacité de travail constitue la conséquence d'un crime ou d'un délit auquel le salarié a participé volontairement (article L.121-6 par. (4)).

2.2. L'avertissement de l'employeur par le salarié

2.2.1. Délai d'avertissement de l'employeur

Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir - personnellement ou par personne interposée - l'employeur ou le représentant de celui-ci (article L.121-6 par. (1) al. 1).

La charge de la preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information pèse sur le salarié qui ne peut se contenter de prouver qu'il a chargé une autre personne de l'information (Cour 3 mars 2005, Batista de Melo c/ Algedal s.à r.l.).

Dans un arrêt du 25 novembre 2021 (No CAL-2021-00265) la Cour n'a pas pris en considération un message envoyé par SMS par lequel le salarié affirmait avoir informé son employeur de la maladie au motif que celui-ci était rédigé en langue polonaise sans traduction jointe (article 3 de la loi modifiée du 24 février 1984 sur le régime des langues administratives et judiciaires).

Selon la Cour (23 mai 1996, Morganite Luxembourg c/ Debot), encourt la sanction de la nullité une disposition d'une convention collective de travail qui prévoit que le salarié est tenu d'informer son employeur endéans les quatre heures après le début du travail de la raison de son absence; en effet, une telle disposition impose au salarié un délai plus bref que celui prévu par la loi qui lui accorde toute une journée à cet effet.

2.2.2. Forme de l'avertissement

L'avertissement de l'employeur peut être effectué oralement ou par écrit (article L.121-6 par. (1) al. 2).

2.3. La soumission du certificat médical à l'employeur

2.3.1. Secteur privé

Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé par la loi de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible (article L.121-6 par. (2)).

Le code du travail impose au salarié de soumettre le certificat médical à l'employeur au plus tard le troisième jour de son absence, de sorte que n'est pas déterminante la date d'envoi, mais la date de réception dudit certificat (Cour 5 juin 2008, Compagnie Luxembourgeoise d'Entreprises S.A. c/ Pereira Mendes.

Il impose au salarié « l'obligation d'assurer la réception effective » du certificat médical par l'employeur dans le délai légal (Cour 19 janvier 2006, Moutrier c/ Stiefer, épouse Pinto).

Selon la Cour (11 juin 1992, Paci c/ Frieden s.à r.l.), il appartient au salarié qui invoque la protection contre le licenciement de prouver l'exécution de ses obligations légales. Il ne suffit pas à cet égard que le salarié, incapable de travailler pendant plus de trois jours, offre de prouver qu'il a téléphoné à son employeur pour l'avertir de son incapacité de travailler pour cause de maladie, mais le salarié doit établir qu'il a informé son employeur de son incapacité de travailler et de la durée probable de cette incapacité par la remise d'un certificat médical le troisième jour au plus tard de son absence.

La remise du certificat médical dans la boîte aux lettres de l'employeur par le salarié ne prouve pas la réception même du certificat par l'employeur, les termes « soumettre à l'employeur » employés dans l'article L.121-6 par. (2) signifiant que l'employeur soit effectivement mis en possession du certificat médical. Selon la Cour, l'employeur doit, face au risque d'un licenciement abusif comportant indemnisation du salarié, être impérativement au courant de ce que le salarié se trouve dans une période de protection entraînant une interdiction de licencier (Cour 11 octobre 2007, Pereira Santos-Kokan c/ Wauters).

Dans un arrêt du 2 juin 2022 (CAL-2021-00310) la Cour a jugé que le dépôt du certificat médical dans la boîte-aux-lettres de l'employeur vaut présomption de réception de ce certificat par l'employeur dès le lendemain. En effet, il résultait d'une attestation testimoniale qu'un ami du salarié en incapacité de travail avait déposé le certificat médical dans la boîte-aux-lettres de l'employeur un dimanche après-midi. La Cour a ajouté qu'il incombe à un employeur normalement prudent et diligent de vider quotidiennement sa boîte-aux-lettres, de sorte que l'employeur qui aurait omis de ce faire n'est pas fondé à s'en prévaloir à l'encontre de son salarié pour exciper d'une communication tardive du certificat médical renseignant l'incapacité de travail.

De même, il ne suffit pas que le salarié soit lui-même en possession d'un certificat de maladie couvrant la période en cause et qu'il prétende l'avoir remis à la caisse de maladie et envoyé par courrier simple à l'employeur, mais il faut encore qu'il établisse avoir informé le jour même de l'empêchement l'employeur ou son représentant et avoir le troisième jour de son absence au plus tard soumis à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible (Cour, 11 février 1999, Passinhas c/ Edilux et Etat).

La Cour (20 janvier 1994, Eurotrack c/ Gatignon) a jugé dépourvue de pertinence et irrecevable au regard du texte formel de la loi l'offre faite par le salarié de prouver qu'il a posté ou fait poster, c'est-à-dire qu'il a expédié le certificat médical endéans le troisième jour de son absence.

Il appartient au salarié d'établir la réception du certificat médical par l'employeur avant le licenciement. Selon la Cour (Cour 4 avril 1996, Jeanjean c/ Rosenfeld), la preuve de l'envoi d'une lettre ne comporte en tout cas pas de présomption de réception de cette lettre par le destinataire dans un certain délai.

De même, il a été jugé que la preuve que doit rapporter le salarié doit concerner la réception effective qui, en tant que simple fait, peut être rapportée par tous les moyens, y compris par présomption (Cour 11 juillet 1996, Guiso c/ ASTI).

Le fait d'adresser le certificat médical à la fiduciaire chargée de la comptabilité de l'entreprise ne saurait suffire pour mettre l'employeur au courant de son contenu (Cour 13 juin 1996, Luxemburger Logistik und Transportgesellschaft c/ Geib).

Aux fins de pouvoir invoquer la protection prévue à l'article L.121-6 du code du travail il appartient au salarié d'établir qu'il a rempli les obligations édictées à sa charge par cette même disposition légale. La Cour a jugé que la seule présomption invoquée par le salarié selon laquelle le certificat médical envoyé par lettre recommandée aurait été reçu par l'employeur est insuffisante. En l'espèce, la Cour avait constaté que cette présomption avait été ébranlée par les pièces versées par l'employeur selon lesquelles des recherches effectuées par les services des P. & T. n'avaient pu établir la remise de l'envoi recommandé du salarié à l'employeur (Cour 17 mai 2001, Roulling c/ Fournier).

La Cour (3 décembre 1998, Maître Feltgen c/ Angonese) a jugé que dès lors que l'employeur était manifestement au courant dès le premier jour des raisons de l'absence de son salarié et notamment du fait que son état avait nécessité son hospitalisation dans un service de soins cardiaques, il devait raisonnablement s'attendre à ce que l'absence de son salarié allait prendre une durée certaine et que le salarié se trouvait évidemment dans l'impossibilité d'aller "soumettre" les certificats de maladie à son employeur, tenu oralement au courant de l'évolution de l'état de santé de son travailleur.

Le licenciement prononcé le premier jour après celui pour lequel le salarié aurait dû au plus tard soumettre à l'employeur un certificat médical attestant de la prolongation de son incapacité de travail est à considérer comme intempestif et, en l'absence d'autres faits conférant à cette négligence du salarié le caractère de motif réel et sérieux, comme abusif. Il s'agissait, en l'espèce, du cas d'un salarié dont l'absence a été justifiée par une série continue de certificats de maladie régulièrement versés. La Cour a estimé que l'employeur ne saurait, dans de telles circonstances, faire état de ce qu'il croyait que le salarié allait se présenter à son lieu de travail après l'écoulement de chaque certificat, le renouvellement des certificats sur une période prolongée de presque quatre mois, même pour certains d'entre eux pour des périodes plus courtes, laissant présumer l'existence d'une affection plus grave (Cour 20 mai 1999, C c/ Transports internationaux Jean Kraus S.A.).

Dans un cas similaire, la Cour a jugé que le fait que le certificat médical ne soit éventuellement pas parvenu à temps à l'employeur (le certificat médical a été expédié par lettre recommandée au siège social en France de la société employeuse) constitue certes le

salarié en faute, mais s'agissant d'un acte isolé et unique, ne revêt pas une gravité suffisante pour justifier son congédiement sans préavis (Cour 17 juin 2021, No CAL 2020-00291).

Dans un arrêt du 20 mars 2003 (Cargo Services Luxembourg S.A. c/ Goncalves) la Cour a estimé qu'en ne prenant en considération, dans la computation du délai légal de trois jours, que les jours de travail inscrits au planning du salarié et en faisant abstraction de ses jours de repos, les juges du premier degré ont fait une interprétation erronée de l'article L.121-6 par. (2) en créant une distinction que la loi ne fait pas, étant donné que le législateur, en obligeant le salarié à soumettre son certificat médical à l'employeur «*le troisième jour de son absence au plus tard*» a entendu lui donner un délai de trois jours à compter de son premier jour d'absence pour justifier légalement de son incapacité de travail. Il ressort en effet des travaux préparatoires que « le projet introduit l'obligation légale pour le salarié incapable de travailler par suite de maladie ou d'accident d'avertir le jour même de l'empêchement l'employeur et de lui soumettre, dans les 3 jours de l'avertissement, un certificat médical d'incapacité de travail » (doc. parl. n°3222 (9), 3026 (3), 2790 (4) du 17 novembre 1989, Rapport de la commission du travail, de la sécurité sociale, de la santé et de la famille, p. 6) et que «*le second paragraphe de l'article L.121-6 oblige le salarié de compléter l'avertissement avant l'expiration d'un délai de trois jours par la production d'un certificat médical attestant l'incapacité de travail et sa durée prévisible*» (doc. Parl. N° 3222, Exposé des motifs, p.29).

Le fait par le salarié de tenir l'employeur au courant de l'évolution de son état de santé ne suffit pas aux exigences formelles de la loi qui impose au salarié l'obligation de soumettre à l'employeur le troisième jour de son absence au plus tard, un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible, à défaut de quoi son absence est injustifiée (Cour 15 mai 2003, Ernser c/ M.Z.I. s.à r.l.)

2.3.2. Secteur public
En cas de maladie, le fonctionnaire de l'Etat peut s'absenter sans certificat médical pendant 3 jours de service.

2.3.2. Secteur communal
En cas de maladie, le fonctionnaire communal peut s'absenter sans certificat médical pendant 3 jours de calendrier.

2.4. Conséquences de l'inobservation des obligations qui incombent au salarié

A défaut de présentation du certificat médical avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié, les dispositions protectrices de la loi cessent d'être applicables à l'égard de l'employeur et ce dernier est de nouveau autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail (Cour, 24 septembre 1998, Aubry c/ Monte).

La Cour (10 mai 2001, Marques G c/ H) rappelle que l'article L.121-6 du code du travail impose au salarié malade deux obligations à respecter cumulativement, à savoir celle d'avertir l'employeur de l'état de maladie le jour même de l'empêchement et celle de lui soumettre endéans un délai de trois jours un certificat attestant la réalité de l'incapacité de travail et sa durée prévisible. Le salarié qui n'a pas fait parvenir à son employeur le certificat médical constatant son incapacité de travail dans le délai exigé ne s'est pas acquitté pour le moins de l'une des obligations à lui imposées par cet article. Empêchant par son incurie ou sa négligence l'employeur d'organiser son entreprise en fonction de la

durée prévisible de son absence le salarié a commis une faute grave justifiant son renvoi immédiat.

La Cour a cependant souligné que la méconnaissance par le salarié des obligations lui imposées par la loi ne constitue pas, en soi, une faute d'une gravité telle qu'elle puisse justifier un licenciement immédiat et que l'employeur, qui a recouvré le droit de rompre le contrat de travail, doit établir les circonstances rendant à cette négligence le caractère d'une faute grave (Cour 11 juillet 1996, M c/ Beim Franco & Carmen; voir en ce sens Cour 11 juin 1992, Paci c/ Frieden).

De même, dans un arrêt rendu le 23 décembre 1993 (Papeterie Hoffmann c/ A), la Cour avait précisé que l'inexécution par le salarié de son obligation d'avertir l'employeur ou son représentant le jour même de l'empêchement ou de lui soumettre le troisième jour de son absence au plus tard un certificat médical attestant l'incapacité de travail et sa durée prévisible ne constitue pas automatiquement un fait ou une faute autorisant le renvoi immédiat du salarié, le juge devant examiner l'existence d'un motif grave suivant les critères prévus par la loi (voir également Cour 14 décembre 1995, F c/ Pavima s.à r.l.; Cour 20 mars 1997, L c/ E).

C'est ainsi qu'elle a jugé (Cour 16 juin 1994, K c/ Euro-Composites; 25 avril 1996, Dos Santos Leite c/ Van den Heuvel, Pasicrisie Tome 30, page 79) que le fait d'omettre l'avertissement le jour même de l'empêchement et de remettre le certificat médical le quatrième jour, au lieu du troisième, constitue certes une négligence fautive, mais ne constitue pas, en l'absence d'autres circonstances et en tant que fait unique, une faute d'une gravité telle qu'elle puisse justifier un licenciement avec effet immédiat et dès lors priver le salarié du préavis légal (voir également Cour 12 décembre 1996, Lisboa Pires Mendes c/ S M; Cour 22 janvier 1998, PdM c/ FdS; Cour 8 janvier 2009, n° 33.960).

La Cour a qualifié le fait de ne pas avertir l'employeur et de ne pas lui soumettre un certificat médical comme constituant dans le chef du salarié une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, lorsqu'une telle attitude obligeait l'employeur d'organiser son remplacement dans l'ignorance la plus complète quant à la cause et la durée prévisible de son absence (Cour 30 janvier 1997, D c/ Metacom).

L'interdiction de licencier énoncée à l'alinéa 1er du paragraphe 3 de l'article L.121-6 du code du travail cesse d'être applicable à l'égard de l'employeur si la présentation du certificat médical n'est pas effectuée avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié et la production d'un certificat médical couvrant une nouvelle période d'incapacité de travail n'a pas pour effet de protéger le salarié qui n'a pas rempli ses obligations en ce qui concerne la période d'incapacité de travail initiale (Cour 8 mai 2008, Carvalho Vieira c/ B et S).

Ne saurait faire l'objet d'un licenciement avec effet immédiat, le salarié qui n'a pas soumis à l'employeur un certificat médical avant le quatrième jour d'absence lorsque, en fait, l'employeur était averti dès le premier jour de l'empêchement du salarié de l'incapacité de travailler de ce dernier (Cour 8 février 1996, Benoy c/ Lenertz; Cour 18 décembre 1997, Universal Trading Company c/ Geimer) et de sa durée probable, de sorte qu'il a pu prendre ses dispositions pour remplacer le salarié afin d'éviter que son service ne soit perturbé (Cour 30 mai 1996, Funck c/ Pavima).

Incapacité de travail prolongée

Le licenciement décidé par l'employeur le troisième jour après la fin de l'effet d'un premier certificat médical est légitime lorsque, à ce moment, le salarié n'avait ni informé son employeur du prolongement de son état de maladie et de la nouvelle durée de cet état, ni soumis à l'employeur un nouveau certificat médical, laissant de ce fait l'employeur dans l'ignorance la plus complète. Cette attitude désinvolte a été jugée de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise et la Cour a admis que la faute ainsi commise est pour l'employeur un motif grave qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail (Cour 11 juillet 1996, R c/ F).

La Cour (Cour 15 juillet 1999, Chalet Mierscherbierg s.à r.l. c/ D S C et Etat du Grand-Duché) a jugé que l'absence injustifiée du salarié, à défaut de certificat médical, de 5 jours constitue une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail au sens de la loi lorsque l'employeur n'avait pu, sur base d'un précédant certificat médical, s'attendre à une prolongation de l'incapacité de travail du salarié voire à son hospitalisation et que le salarié avait omis sans raison valable pendant toute une semaine de faire parvenir à son employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et surtout sa durée prévisible, laissant ainsi l'employeur dans l'ignorance complète quant à la date à partir de laquelle il pouvait de nouveau en principe compter sur sa collaboration. Selon la Cour, son absence injustifiée avait constitué en tant que telle une faute grave sans que l'employeur ait à justifier de la désorganisation causée à son entreprise par la désinvolture de son salarié.

Il a été jugé (Cour 15 février 1996, Doufene c/ Metacom) que pour apprécier si l'absence non couverte par un certificat médical constitue une faute suffisamment grave pour justifier le licenciement avec effet immédiat, il y a lieu de tenir compte, lorsqu'il s'agit d'une itérative prolongation d'une incapacité de travail antérieure, du fait que le salarié avait ou non au moins rempli son obligation d'avertir l'employeur dès le premier jour de son absence de la prolongation de son incapacité de travail.

Dans la ligne de cette jurisprudence, la Cour (13 juin 1996, Labied c/ Gärtner) a souligné que l'employeur qui a été mis au courant de la prolongation de l'incapacité de travail dès le premier jour de la prolongation, n'est pas autorisé à licencier avec effet immédiat pour faute grave, même si la remise du certificat médical dans le délai légal n'est pas prouvée.

S'agissant de l'obligation du salarié d'informer son employeur en temps utile de la prolongation de son incapacité de travail, la Cour a jugé que l'hospitalisation prolongée et le genre de la maladie du salarié (il s'agissait en l'espèce de la toxicomanie) sont de nature à amoindrir sa responsabilité dans l'inexécution de son obligation (15 février 1996, J.S. c/ K).

Ainsi, le seul fait que le salarié a été malade auparavant n'implique pas automatiquement que la nouvelle absence soit due à la même cause et ne dispense pas le salarié d'informer l'employeur de la prolongation de son incapacité de travail pour cause de maladie (Cour 3 juillet 2008, Engel c/ Ventura Carillho)

2.5. La force probatoire du certificat médical soumis par le salarié (présomption simple)

2.5.1. Visite médicale de contrôle

Dans un arrêt de cassation du 27 janvier 1983 (Poppelreiter c/ Hospices Civils de la Ville de Luxembourg) la Cour a jugé que l'employeur est en droit d'inviter le salarié qui n'est pas empêché de le faire, de se présenter chez un médecin de contrôle en cas de contestation des indications d'un certificat médical et que le défaut de se présenter à un tel contrôle peut constituer une faute grave dans le chef du salarié.

Dans son arrêt du 23 mars 2000 (K c/ Bureau immobilier Léa Kappweiler et Etat) la Cour rappelle que le salarié, obligé de justifier ses absences du lieu de travail, doit établir la réalité de la maladie. Cette preuve est généralement rapportée par la production de certificats médicaux qui n'établissent qu'une présomption simple. Il s'ensuit que la force probante desdits certificats peut être combattue par tous moyens par l'employeur qui prétend que l'attestation d'incapacité de travail ne correspond pas à la réalité.

En conséquence, l'employeur, pour vérifier la réalité de l'incapacité de travail invoquée, peut demander à son salarié de se soumettre même pendant la durée de maladie invoquée à une visite médicale que le salarié ne peut refuser sans motifs valables.

La Cour a rejeté l'argument qu'il serait discutable que l'employeur puisse imposer son propre contrôle médical au salarié déclaré malade, et plus particulièrement un troisième contrôle auprès d'un autre médecin, après deux examens l'un confirmatif de la maladie, l'autre non documenté par un rapport médical, dès lors que l'employeur qui affirme que les certificats versés par le salarié constituent des certificats de complaisance, ne peut fonder cette affirmation sur la seule circonstance que le médecin délégué par lui a déclaré l'employé capable de travailler.

Compte tenu de ce que l'employeur savait que le médecin commis par lui avait déclaré le salarié capable de travailler, et eu égard au fait qu'il lui appartient en présence de renseignements contradictoires sur l'état de santé de faire des vérifications supplémentaires, la Cour a considéré que l'employeur ne pouvait encourir le reproche d'avoir demandé à son salarié de se soumettre à un nouvel examen et d'avoir, dans un souci évident d'objectivité, choisi un autre praticien.

Le certificat médical versé par le salarié pour établir la réalité de son incapacité de travail constitue une présomption simple. Le salarié ne peut, sans motif valable, refuser de donner suite à l'invitation de l'employeur de se soumettre à une visite médicale de contrôle supplémentaire chez un médecin de son choix (Cour 11 juillet 2002, Chaballe c/ Blue Wind Enterprises S.A.).

Dans un arrêt du 29 novembre 2007 (n° 50/07) la Cour de cassation a confirmé que, dès lors que la preuve par présomption est légalement admissible, l'appréciation des juges du fond sur la valeur et la portée des indices relève de leur pouvoir souverain. Elle a estimé que la Cour d'appel, en retenant que le certificat médical émanant du médecin de contrôle de l'employeur n'était pas suffisant pour renverser la présomption d'incapacité de travail résultant du certificat établi par le médecin traitant de l'employé n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation.

Dans un arrêt rendu le 14 juillet 2005 (Krambs c/ Lourani) la Cour a observé que la loi sur le contrat de travail ne fait pas de distinction entre les certificats médicaux établis au Grand-Duché et ceux établis à l'étranger. Du moment que le certificat médical contient les mentions exigées par l'article L.121-6 (2) du code du travail et qu'il a été remis à l'employeur dans le délai de trois jours, celui-ci n'est pas autorisé, même pour faute grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, sauf la possibilité pour l'employeur d'établir que l'attestation d'incapacité ne correspond pas à la réalité.

2.5.2. Renversement de la présomption d'incapacité de travail

Il résulte d'un arrêt de la Cour du 18 mai 1982 (Weiland c/ ARBED S.A.) que les constatations médicales faites par le médecin traitant du salarié, pour justifier une absence, présument de l'incapacité, mais que cette présomption est réfragable et peut se trouver renversée par l'effet de circonstances telles que des sorties non autorisées du salarié. De même, dans un arrêt du 14 juillet 1983 (Quintus c/ ARBED S.A., Pasicrisie 1983.93) la Cour a jugé que la valeur probante d'un certificat médical peut être combattue par tous moyens par l'employeur qui prétend que l'attestation d'incapacité de travail ne correspond pas à la réalité.

Ainsi, le fait qu'un salarié soit aperçu hors de sa demeure pendant un congé de maladie est à apprécier selon les circonstances, tels que la fréquence des sorties, le moment auquel la sortie s'est située, le caractère de la maladie, la situation familiale ainsi que la cause et le but de la sortie (Cour 25 juin 1987, s.à r.l. Primavera c/ S S; voir dans le même sens : Cour 25 juin 1987, C c/ Soclair S.A.). A cet égard, la Cour a précisé (5 décembre 1991, Biren Mobilia S.A. c/ B) que l'employeur ne saurait reprocher au salarié des sorties tardives si l'autorisation de sortie mentionnée sur un certificat d'incapacité de travail ne se trouve assortie d'aucune condition ou restriction par le médecin.

La présomption de maladie se trouve renversée par le fait que le salarié se présente à son lieu de travail et reprend normalement son travail après son congé de récréation (Cour 3 octobre 1996, De Watazzi c/ Société générale pour l'industrie Luxembourg).

En s'inscrivant comme demandeur d'emploi, un salarié se considère lui-même comme apte à accepter un nouvel emploi avec le corollaire de faire des démarches personnelles à cette fin. En effet, le certificat médical ne constitue qu'une simple présomption pouvant être renversée par toute preuve contraire cette dernière étant fournie par le salarié lui-même (Cour, 3 décembre 1998, Bruno c/ Perreira Alves Lopes Ramalho).

Si le certificat d'incapacité de travail produit par le salarié ne constitue qu'une simple présomption susceptible d'être renversée par toute preuve contraire, il appartient à l'employeur de fournir cette preuve, laquelle ne saurait cependant se limiter à une simple dénégation. En l'absence de tout élément mettant en doute l'état de santé documenté par une pièce produite par le salarié, il y a lieu de retenir que le salarié fut malade au moment de son licenciement (Cour, 7 janvier 1999, Mondo Luxembourg S.A. c/ Amadeo).

L'employeur qui affirme qu'un certificat médical constitue un certificat de complaisance, ne peut fonder cette affirmation sur la seule circonstance qu'un médecin délégué par lui ou que les médecins-inspecteurs de la sécurité sociale ont déclaré l'employé capable de travailler. Selon la Cour, les avis et certificats produits par l'employeur n'ont aucune prééminence sur les attestations du médecin traitant et ne peuvent partant constituer à eux seuls la preuve de l'inexactitude des certificats produits par le salarié (Cour 14 juillet 1983, Quintus c/

ARBED S.A., Pasicrisie 1983.93). A cet égard, la Cour a souligné que, en présence de renseignements contradictoires sur l'état de santé d'un salarié, l'employeur doit, avant de licencier, faire toutes les vérifications possibles quant aux motifs de la dernière absence (Cour 25 avril 1996, Administration communale de Mamer c/ Friden).

Dans un arrêt rendu le 20 février 1992 (Muzzarelli c/ Paolillo), la Cour a rejeté comme étant irrecevable la demande de nomination d'un expert en médecine en vue de rechercher si oui ou non le salarié était apte à travailler durant la période litigieuse au motif qu'une telle mesure d'instruction ne saurait être concluante, l'homme de l'art étant dans l'impossibilité de rechercher avec succès quel était effectivement l'état physique du salarié au cours de la période révolue.

2.6. La réouverture du droit de résilier le contrat après l'expiration de la période de protection

Après l'expiration de la période de 26 semaines , l'employeur peut résilier le contrat de travail moyennant observation des dispositions légales (article L.121-6 par. (5) al. 1 du code du travail).

L'employeur qui n'exerce pas le droit de résilier le contrat de travail du salarié après la période de 26 semaines est obligé de compléter l'indemnité pécuniaire ou l'allocation de maladie lui servie jusqu'à parfaire le montant de son traitement net au plus tard jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent celui de la survenance de l'incapacité de travail (article L.121-6 par. (5) al. 2 du code du travail).

La Cour (18 novembre 1993, Reisdorffer c/ Bento Prieto) précise que si l'employeur recouvre son droit de licencier à l'expiration d'une période de 26 semaines (en l'espèce il s'agissait d'un ouvrier) prenant cours le jour de la survenance de l'incapacité de travail du salarié, cette règle ne dispense pas pour autant l'employeur de l'observation du délai normal de préavis et des dispositions relatives à l'indemnité de départ.

La longue absence pour cause de maladie ne saurait constituer à elle seule une cause justifiant un licenciement. Si selon la loi l'employeur recouvre, après l'expiration de la période de protection le droit de licencier, encore faut-il qu'il justifie le licenciement par des motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondés sur des nécessités du fonctionnement de l'entreprise (Cour 10 juillet 1997, Evis s.à r.l. c/ Babiarz).

Il a été jugé (Cour 9 novembre 1995, Catalyst Recovery c/ Van der Put) que l'employeur qui licencie en cours de maladie après la période de protection peut justifier la rupture par un motif réel et sérieux ayant déjà existé avant la maladie du salarié.

L'employeur ayant utilisé la faculté de licencier lui offerte par la loi est tenu d'assurer à son ancien salarié sa rémunération jusqu'à l'expiration du contrat (Cour 7 janvier 1999, Wiot et Huber c/ Kandel).

2.7. Absentéisme habituel pour raison de santé

Pendant longtemps la longue absence pour cause de maladie a été considérée comme ne pouvons pas constituer à elle seule une cause justifiant un licenciement. Dans ce contexte un revirement de jurisprudence s'est produit il y a quelques années. En effet, de nos jours, les tribunaux considèrent que l'absentéisme habituel pour raison de santé, caractérisé par

des absences longues ou nombreuses et répétés, constitue un motif réel et sérieux de licenciement avec préavis, s'il cause une gêne considérable au fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche, l'employeur ne pouvant plus compter sur une collaboration régulière et efficace du salarié (Cour 20 janvier 2022, No CAL-2020-00446).

Dans cette affaire, la Cour a retenu que la salariée était absente pour cause de maladie pendant une centaine de jours entre le mois de février 2017 et le mois de janvier 2018 et qu'il peut être admis que ces absences répétées et prolongées ont eu un impact sur le bon fonctionnement de l'entreprise au cours de la période visée.

Ils ont cependant aussi constaté que la salariée n'a plus été en incapacité de travail du mois de février 2018 au 14 mai 2018, date de son licenciement.

Eu égard à la reprise du travail par la salariée sans nouvelle absence pour cause de maladie pendant une durée de trois mois et demi, la Cour retient, à l'instar du tribunal du travail, que l'employeur est resté en défaut d'établir ne plus avoir pu compter sur une collaboration régulière et efficace de la part de la salariée.

B. - Incapacité du travailleur d'exercer son dernier poste de travail

Le travailleur sous contrat de travail qui n'est pas à considérer comme invalide au sens du code de la sécurité sociale, mais qui présente une incapacité pour exercer son dernier poste de travail peut bénéficier, sous certaines conditions, d'un reclassement interne ou d'un reclassement externe (code du travail article L.551-1).

Le reclassement interne consiste dans un reclassement au sein de l'entreprise.

Le reclassement externe consiste dans un reclassement sur le marché du travail.

Le code du travail (article L.551-2 par. (2)) déclare nul et sans effet le licenciement notifié par l'employeur ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable du travailleur, à partir du jour de la notification à l'employeur de la décision de l'obligation de procéder au reclassement interne jusqu'à l'expiration du douzième mois qui suit.

Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, le salarié bénéficiant d'une mesure de reclassement peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, ou, le cas échéant, sa réintégration.

L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat présidant la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées.

Toutefois, ces dispositions ne font pas obstacle à l'échéance du contrat de travail à durée déterminée ou à la résiliation du contrat de travail pour motifs graves procédant du fait ou de la faute du salarié.

L'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat pendant la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte de reclassement par le contrôle médical de la sécurité sociale et le jour de la notification de la décision de la commission mixte. En cas de recours par le travailleur contre la décision de reclassement interne, le contrat de travail est suspendu jusqu'au jour où le recours est définitivement vidé.

La suspension du contrat de travail implique nécessairement que le salarié n'est pas obligé de prester de travail et que l'employeur n'a pas à payer de salaire, contrepartie du travail. Par ailleurs, le droit de résilier le contrat de travail est suspendu (voir en ce sens Cour 19 février 2009, n° 32.547).