

PÉRIODE D'ESSAI

DÉFINITION

OBJET DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La période d'essai est une période probatoire, permettant :

- à l'employeur d'apprécier les aptitudes professionnelles du salarié ;
- au salarié de prendre connaissance des conditions de travail et de l'intérêt de ses nouvelles fonctions.

Une loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, introduit une définition de la période d'essai dans le Code du travail, en ces termes : «la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent».

Article L. 1221-20 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Elle se situe après la conclusion du contrat de travail et au début de la relation de travail. Parce qu'elle place le salarié dans une situation précaire, elle est obligatoirement à durée déterminée. Une période probatoire en vue d'une promotion professionnelle interne, située en cours d'exécution du contrat de travail, ne constitue pas une période d'essai.

Cass. soc. 25 avril 2001 - SA Direct Ménager France c/ Gros

Dans la mesure où la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, lorsqu'une période d'essai est stipulée postérieurement, la durée déjà exécutée est déduite de la période d'essai.

Cass. soc. 28 juin 2000 - Korba c/ SARL Garage Ratel - RJS 9-1000, n° 892

La période d'essai se caractérise également par la possibilité, tant pour l'employeur que pour le salarié, de rompre le contrat de travail sans préavis, ni indemnités, et sans avoir à respecter les formalités de licenciement ou de démission. Au terme de la période d'essai, le contrat de travail se poursuit sans qu'il soit nécessaire de confirmer par écrit le caractère définitif de l'engagement, sauf disposition conventionnelle contraire.

SANCTION : REQUALIFICATION DE LA RUPTURE

La rupture du contrat peut être requalifiée en licenciement ou en démission lorsqu'elle intervient au-delà de la date d'échéance de l'essai ou en méconnaissance des règles applicables à la période d'essai, notamment : durée excessive, non-respect des formalités de renouvellement.

Dès lors, celui qui prend l'initiative d'une telle rupture peut être sanctionné pour non-respect des règles légales et conventionnelles qui y sont attachées.

Cass. soc. 31 mai 1998 - Bull. civ. V, n° 85

DISTINCTION ENTRE LA PÉRIODE D'ESSAI ET LE TEST PROFESSIONNEL

Test professionnel au moment de l'embauche

Les périodes de tests professionnels sont également appelées stages probatoires. Il s'agit d'une épreuve ou d'un examen permettant à l'employeur de tester les aptitudes professionnelles, notamment techniques, d'un candidat au poste à pourvoir. Il peut s'agir également d'une préformation, antérieure à l'essai lui-même, ou d'une période de mise en condition ou de mise en situation. L'essai professionnel est en général de courte durée : quelques heures ou une journée.

À la différence de la période d'essai, le test professionnel est effectué avant la conclusion du contrat de travail. Le contrat n'étant pas encore conclu, le candidat ne bénéficie pas des droits attachés au salariat, dans l'entreprise.

En outre, dans le cadre d'un test professionnel, le candidat à l'emploi n'est pas mis dans la situation réelle de son emploi. À l'inverse, au cours de la période d'essai, le salarié exécute la prestation de travail prévue au contrat de travail et pour laquelle il a été embauché.

Période probatoire en cours de contrat

Un test professionnel ou une période probatoire est de plus en plus mis en œuvre dans les entreprises, en cas de changement de fonctions du salarié. La jurisprudence est très ferme sur ce sujet : même si les parties au contrat de travail se sont entendues pour prévoir une période d'essai, lors de la prise de nouvelles fonctions du salarié, en cours de contrat, cette précision contractuelle (ou conventionnelle) ne peut permettre la libre rupture du contrat de travail. Si la période probatoire n'est pas concluante, le salarié doit pour le moins être replacé dans ses fonctions antérieures.

Cass. Soc. 30 mars 2005 - Salvat c/ Société CRIT Intérim

DROITS ET OBLIGATIONS AU COURS DE LA PÉRIODE D'ESSAI

L'intéressé est placé dans une situation normale d'emploi pendant sa période d'essai, dans la mesure où le contrat de travail est en cours d'exécution. Aussi, notamment :

- le salarié en période d'essai est compris dans les effectifs de l'entreprise, pour les élections professionnelles ;
- il a les mêmes droits et obligations que les autres salariés, sous réserve des avantages liés à l'ancienneté ;
- la période d'essai est une période de travail effectif prise en compte pour le calcul de l'ancienneté et du droit à congés payés du salarié.

Exception

- L'employeur et le salarié ont la possibilité de rompre le contrat de travail sans préavis, ni indemnités, et sans avoir à respecter les formalités de licenciement ou de démission.

Article L. 1231-1 du Code du travail

POSSIBILITÉS DE PRÉVOIR UNE PÉRIODE D'ESSAI

DIVERSITÉ DES SOURCES PRÉVOYANT UNE PÉRIODE D'ESSAI

Hormis quelques cas particuliers, aucune disposition légale générale n'impose l'existence d'une période d'essai dans le contrat de travail. La loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, ne prévoit pas d'obligation d'instaurer une période d'essai. L'article L. 1221-19 du Code du travail créé par cette loi dispose seulement que « le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai... » Dès lors, la période d'essai reste une possibilité et non une obligation. Dans le cas où le contrat de travail, ou la convention collective ou un usage de l'entreprise impose une période d'essai, l'article L. 1221-19 du Code du travail en limite alors la durée.

Article L. 1221-19 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

L'obligation de prévoir une telle période peut alors découler :

- des dispositions de la convention collective ;
- du contrat de travail.

Par contre, une période d'essai ne peut être instituée par un usage existant dans l'entreprise ou dans la profession.

Cass. soc. 23 novembre 1999 - Godet c/ SA Nectarys

En effet, la période d'essai doit obligatoirement faire l'objet d'un écrit : « une période d'essai ne se présume pas et doit être fixée dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié ».

Cass. soc. 19 février 1997 - Sté Gan Vie c/ Goryszwski - Bull. civ. V, n° 69

La loi du 25 juin 2008 confirme cette jurisprudence : « La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou dans le contrat de travail ».

Article L. 1221-23 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

PÉRIODE D'ESSAI DE SOURCE LÉGALE

Dans certaines professions ou pour certains types de contrats particuliers, l'existence d'une période d'essai est prévue par la loi.

Exemple

- Contrats de travail temporaire ;

Articles L. 1251-14 et suivants du Code du travail

- Contrats de travail à durée déterminée ;

Articles L. 1242-10 et suivants du Code du travail

DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES

Avant 2008, la convention collective applicable dans l'entreprise pouvait prévoir l'obligation d'assortir toute embauche d'une période d'essai et la durée maximale de celle-ci, sans exiger au surplus un contrat écrit ou une lettre d'embauche mentionnant l'essai.

Dans cette hypothèse, la période d'essai conventionnelle s'imposait au salarié, même s'il n'en existait aucune indication dans son contrat de travail. Le salarié devait toutefois avoir été mis en mesure de prendre connaissance de ladite convention.

Cass. soc. 25 mars 1998 - Bull. civ. V, n° 173
Cass. soc. 5 janvier 2000 - Sztalmach c/ Cave

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, la période d'essai, pour être opposable au salarié, doit être expressément prévue dans le contrat de travail. Dès lors, une période d'essai non prévue au contrat de travail ou dans la lettre d'engagement ne peut être imposée au salarié, alors même que la convention collective en prévoit l'obligation.

Article L. 1221-23 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Les dispositions conventionnelles qui se limitent à prévoir la durée maximale de la période d'essai n'ont pas pour effet de rendre l'essai obligatoire. Dans ce cas, la période d'essai ne s'impose au salarié que s'il en est fait mention dans le contrat de travail.

Cass. soc. 23 février 1994 - Atsiknouda c/ Société Huilerie l'Abeille
Cass. soc. 15 novembre 1989 - Bull. civ. V, n° 661

En outre, la durée de la période d'essai prévue au contrat peut être inférieure à celle prévue par la convention mais jamais supérieure.

Cass. soc. 30 juin 1999 - SA Loxam c/ Deschamps

Exemple

Une convention collective prévoit que tout engagement verbal sera confirmé au candidat, dans un délai maximal de 8 jours, par une lettre d'embauche précisant notamment la durée de la période d'essai ; une autre disposition de la même convention précise que la durée de la période d'essai sera d'une durée d'un mois, sauf pour le personnel cadre. Selon la jurisprudence, la combinaison de ces deux textes n'a pas pour effet, à elle-seule, d'instituer une période d'essai obligatoire. Dès lors, le contrat de travail doit la prévoir pour qu'elle s'impose au salarié.

En l'espèce, un contrat de travail a bien été remis au salarié, prévoyant effectivement une période d'essai, mais l'intéressé a refusé de signer le contrat. Certes, l'employeur a respecté les dispositions conventionnelles en remettant au salarié un écrit mentionnant l'existence et la durée de l'essai. Mais cet écrit doit constater l'accord des parties, ce qui n'est pas le cas ici. En conséquence, aucune période d'essai n'est opposable au salarié.

Cass. soc. 27 octobre 1999 - Raffoux c/ ADSEA - RJS 12/99, n° 1434

PÉRIODE D'ESSAI PRÉVUE AU CONTRAT DE TRAVAIL

La période d'essai mentionnée dans le contrat de travail est licite :

- lorsqu'il n'existe aucune disposition de la convention collective la prévoyant ;

ou

- lorsque la clause contractuelle la prévoyant est strictement conforme aux dispositions de la convention collective afférente et aux dispositions légales prévoyant des durées maximales ;

ou

- lorsque cette clause contractuelle est plus favorable au salarié que les dispositions conventionnelles, notamment parce qu'elle prévoit une durée d'essai plus courte que la convention collective, limitant la situation de précarité du salarié.

Les parties au contrat de travail peuvent choisir d'écarter expressément l'application des dispositions conventionnelles prévoyant l'obligation d'une période d'essai, en décidant de conclure dès le départ un engagement ferme et définitif, dépourvu d'essai.

Cass. soc. 10 décembre 1992 - Asuncion c/ SA Rénosol - RJS 1/93 n° 2

L'existence d'une période d'essai ne pouvant être seulement présumée, la remise au salarié d'un écrit lui notifiant l'accomplissement d'une période d'essai n'est pas suffisante.

Encore faut-il que cet écrit soit signé par le salarié, témoignant ainsi de son acceptation de l'essai.

Cass. soc. 13 décembre 2000 - Zinetti c/ SA Igoi Braudiller - RJS 3/01, n° 278

INCIDENCE D'UNE RELATION DE TRAVAIL PRÉEXISTANTE

Lorsque le salarié a déjà exercé les mêmes fonctions dans l'entreprise, sous quelque forme que ce soit, l'existence même de la période d'essai, ou sa durée, peut être remise en cause. En effet, la période d'essai pourrait être abusive ou détournée de son objet, celui-ci consistant à tester les capacités professionnelles du salarié.

Exemple

Une salariée est engagée en qualité d'attachée à la direction commerciale et démissionne. Par la suite, un nouveau contrat ayant le même objet, toujours à durée indéterminée mais à temps partiel, est signé par les mêmes parties. Ce dernier contrat prévoit une période d'essai, dont l'employeur se prévaut pour rompre inopinément cette seconde relation contractuelle.

Selon la Cour de cassation, il s'agit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse puisqu'en présence de deux contrats de travail successifs, conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat n'est licite que si ce contrat a été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat.

Cass. soc. 30 octobre 2000 - Bouzid c/ SARL D+ Pharm

EXERCICE D'UNE PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE

Lorsque la conclusion du contrat de travail est l'application d'une priorité de réembauchage, la période d'essai doit être limitée, afin qu'elle ne maintienne pas le salarié dans une situation de précarité alors que l'employeur a déjà eu l'occasion d'apprécier ses compétences professionnelles.

Il peut être tenu compte du déroulement du précédent emploi pour caractériser un abus, lorsque la période d'essai relative au nouveau contrat est rompue par l'employeur.

Cass. soc. 9 octobre 1996 - Bull. civ. V, n° 318

EMBAUCHE À L'ISSUE D'UN CONTRAT D'APPRENTISSAGE OU D'UN STAGE

L'embauche à l'issue d'un contrat d'apprentissage ne peut pas être assortie d'une période d'essai, sauf disposition conventionnelle contraire.

Article L. 6222-16 du Code du travail

Cette disposition légale contredit une jurisprudence antérieure qui considérait que même si l'employeur a eu l'occasion, au cours de l'apprentissage, d'apprécier les aptitudes professionnelles de l'intéressé, il n'a pu les juger dans les conditions normales d'emploi.

Cass. soc. 4 mars 1992 - Bull. civ. V, n° 150

La loi du 25 juin 2008, modifiée par une loi du 10 juillet 2014,, précise les modalités de la période d'essai, en cas d'embauche dans les 3 mois qui suivent l'issue d'un stage intégré à un cursus pédagogique, réalisé lors de la dernière année d'étude : la durée de stage doit être déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié et sauf si un accord collectif prévoit des dispositions plus favorables.

Lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai.

Lorsque le stagiaire est embauché par l'entreprise à l'issue d'un stage d'une durée supérieure à deux mois, au sens de l'article L. 124-6 du Code de l'éducation, la durée de ce stage est prise en compte pour l'ouverture et le calcul des droits liés à l'ancienneté.

L. 1221-24 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 – JO du 26 juin et modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet

EMBAUCHE À L'ISSUE D'UNE MISSION DE TRAVAIL TEMPORAIRE

Lorsque l'entreprise utilisatrice embauche un salarié intérimaire après une mission, la durée des missions de travail temporaire effectuées auprès d'elle au cours des 3 mois précédant l'embauche est déduite de la période d'essai prévue au contrat de travail.

Article L. 1251-38 du Code du travail

Cette disposition légale implique que les fonctions exercées au cours des missions temporaires et du nouveau contrat de travail soient identiques.

Cass. soc. 10 novembre 1993 - Houry c/ Société Nationale de Construction Quillery - RJS 1993, p. 735, n°1248

EMBAUCHE À L'ISSUE D'UN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

Lorsque la relation contractuelle se poursuit à l'échéance du terme d'un contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée.

Le salarié conserve l'ancienneté acquise pendant le contrat à durée déterminée et la durée de ce contrat est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat.

Article L. 1243-11 du Code du travail

Cette déduction légale s'applique seulement lorsque les fonctions exercées pendant le contrat à durée déterminée et celles pour lesquelles le salarié est embauché à durée indéterminée sont identiques.

Exemple

Le contrat à durée déterminée est de 1 mois. La période d'essai assortie au contrat à durée indéterminée est de 3 mois. Lorsque le salarié est embauché au terme du contrat à durée déterminée, pour les mêmes fonctions, il lui reste à exécuter une période d'essai de 2 mois.

Par ailleurs, le contrat à durée indéterminée doit immédiatement succéder le contrat à durée déterminée. Si tel n'est pas le cas, la période d'essai prévue au contrat à durée indéterminée s'applique dans sa totalité, sauf si l'espace-temps entre le terme du contrat à durée déterminée et le début du contrat à durée indéterminée démontre la volonté de l'employeur de détourner la loi.

Cass. soc. 2 décembre 1997 - Bull. civ. V, n° 413

Lorsqu'une période de fermeture de l'entreprise pour congés payés sépare la fin du contrat à durée déterminée et l'embauche en contrat à durée indéterminée, les juges recherchent si l'employeur a eu la volonté de poursuivre la relation contractuelle au terme du contrat à durée déterminée. Si tel est le cas, il y a succession immédiate des contrats.

DURÉE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

DURÉES MAXIMALES PRÉVUES PAR LA LOI

La loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, crée une durée maximale légale de période d'essai, pour tous les salariés :

- 2 mois pour les ouvriers et employés ;
- 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- 4 mois pour les cadres.

Article L. 1221-22 créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Ces durées maximales ne comprennent pas la durée du renouvellement éventuel de la période d'essai.

Les contrats de travail et dispositions conventionnelles ou usuelles qui fixent une durée supérieure de période d'essai sont donc inapplicables, sauf dans le cadre d'accords collectifs de branche professionnelle conclus avant la date de publication de la loi du 25 juin, soit avant le 26 juin 2008. En effet, les stipulations des accords de branche conclus avant la promulgation de la loi restent opposables aux salariés. En outre, ces durées légales susvisées étant des durées maximales, un contrat de travail ou une lettre d'engagement doit pouvoir prévoir une durée plus courte de la période d'essai.

Néanmoins, les juges de la cour de cassation considèrent, depuis 2009, qu'une période d'essai d'un an (durée initiale ou de 6 mois renouvelable) est déraisonnable au vu de sa finalité. Ainsi, la rupture du contrat de travail pendant cette période d'essai, jugée déraisonnable, et bien que respectueuse des dispositions conventionnelles, est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse par les juges.

Cass. soc. 11 janvier 2012 – n° 10-179.45

Dispositions légales spécifiques

Pour certains contrats particuliers, il est nécessaire de respecter les dispositions légales qui déterminent une durée maximale de période d'essai.

Exemples

■ Contrats de travail temporaire :

- 2 jours lorsque le contrat est d'une durée inférieure ou égale à 1 mois,
- 3 jours lorsque la durée du contrat est comprise entre 1 et 2 mois,
- 5 jours au-delà.

Article L. 1251-14 du Code du travail

■ Contrats de travail à durée déterminée :

- 1 jour par semaine dans la limite de 2 semaines par mois, lorsque la durée du contrat est inférieure ou égale à 6 mois,
- 1 mois, lorsque le contrat dure plus de 6 mois.

Article L. 1242-10 du Code du travail

■ Contrats Emploi Jeunes : 1 mois renouvelable.

Article L. 5134-14 du Code du travail

■ Contrats d'avenir : 1 mois.

Articles L. 5134-44 du Code du travail

- *CI-RMA : 1 mois.*

Article L. 5134-89 du Code du travail

- *VRP : 3 mois.*

Article L. 7313-5 du Code du travail

Dans le même sens, la durée de la période d'essai d'un travailleur à temps partiel ne peut être différente de celle d'un salarié occupé à temps plein.

Article L. 3123-9 du Code du travail

Compatibilité entre les dispositions conventionnelles et le contrat de travail

La convention collective indique une durée maximale de période d'essai. Aussi, le contrat de travail ne peut en principe instituer qu'une durée au plus égale à celle prévue par la convention collective. Les parties au contrat de travail peuvent se mettre d'accord sur une durée plus courte ou s'entendre sur l'absence de période d'essai. En effet, les dispositions du contrat de travail ne peuvent être moins favorables au salarié que celles de la convention collective.

La convention collective peut également réserver le droit à l'employeur et au salarié de négocier une période d'essai plus longue que celle qu'elle prévoit, dans une clause conventionnelle expresse. L'accord intervenu entre les parties, dans un sens moins favorable au salarié, est alors licite à la condition que la durée de la période d'essai ne soit pas excessive, au regard notamment des fonctions exercées par le salarié, son niveau de responsabilité et son expérience professionnelle.

Cass. soc. 18 mars 1997 - Bague c/ Société Ducros et fils - RJS 5/97 n° 518

Lorsqu'une nouvelle convention collective entre en vigueur après la conclusion du contrat de travail, mentionnant une durée de période d'essai plus courte que celle prévue dans le contrat, le salarié peut s'en prévaloir. Il peut ainsi démontrer, à l'encontre de son employeur, que la rupture du contrat intervenue après l'échéance de la nouvelle période d'essai conventionnelle mais avant que la durée prévue au contrat n'ait expiré, ne constitue pas la rupture d'une période d'essai dispensant l'employeur de respecter les règles attachées au licenciement ou à la démission.

Cass. soc. 19 novembre 1997 - Bull. civ. V, n° 386

Appréciation du caractère raisonnable de la période d'essai prévue au contrat de travail

À défaut de disposition conventionnelle prévoyant une période d'essai, le contrat de travail peut en imposer une au salarié.

La durée de la période d'essai contractuelle doit être raisonnable, pour ne pas maintenir abusivement le salarié dans une situation de précarité.

Le caractère raisonnable de la durée d'essai prévue au contrat de travail est apprécié en raison :

- des fonctions exercées par le salarié ;
- de ses responsabilités ;

- de son expérience professionnelle antérieure ;
- de sa qualification ou catégorie professionnelle.

Cass. soc. 7 janvier 1992 - Verber c/ SARL Habitat Services - RJS 3/92 n° 244

Exemple

Est excessive ou disproportionnée la période d'essai d'une durée de 3 mois pour juger les capacités professionnelles d'un livreur.

Cass. soc. 9 juin 1988 - Bull. civ. V, n° 348

POINT DE DÉPART DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La période d'essai débute à la date prévue dans le contrat de travail ou dès que le contrat de travail reçoit un commencement d'exécution. Il est interdit de différer le point de départ de la période d'essai ; celle-ci se situe obligatoirement au début de la relation de travail.

De même, il n'est, en principe, pas possible de prévoir une période d'essai en cours d'exécution du contrat de travail, notamment en cas de mutation géographique du salarié, ou de changement d'affectation, permettant à l'employeur de rompre inopinément le contrat.

Exemple

Les parties au contrat de travail ne peuvent convenir de différer le point de départ de la période d'essai au jour de l'ouverture du magasin dont le salarié prend la direction, alors qu'il a déjà pris ses fonctions depuis un certain temps.

Cass. soc. 25 février 1997 - Bull. civ. V, n° 83

☞ *Le contrat de travail lie les parties, dès sa signature, alors même que son exécution n'a pas encore débutée.*

Aussi, lorsque l'une des parties se rétracte entre le moment où le contrat a été conclu et la date de prise des fonctions, il s'agit d'une rupture du contrat de travail, susceptible d'être considérée comme irrégulière par les juges et pouvant ouvrir droit à des dommages-intérêts pour la partie lésée.

Il semble que, dans cette hypothèse, les modalités de rupture de la période d'essai, sans indemnités ni préavis, ne soient pas applicables. En effet, le salarié n'est pas encore à l'essai puisqu'il n'a pas commencé à exécuter sa prestation de travail.

Aussi, le salarié informé qu'il n'est pas donné suite à son contrat, entre la date de son engagement et la date de sa prise de fonction, peut prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et non pas à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

Cass. soc. 2 février 1999 - Duffas c/ Société SOGEA - RJS 3/99 n° 349

Par ailleurs, lorsque le salarié rompt le lien contractuel avant que le contrat de travail ait reçu début d'exécution, il commet une faute contractuelle engageant sa responsabilité civile et justifiant le versement de dommages-intérêts à l'employeur.

Cass. soc. 23 mars 1995 - Le Scoul c/ Sté Erce

DÉCOMPTÉ DE LA DURÉE D'ESSAI

En fonction des stipulations conventionnelles ou contractuelles propres à la période d'essai, le décompte de la période d'essai peut s'effectuer :

- soit de date à date ;
- soit en semaines ;
- soit en mois.

La période d'essai exprimée en semaines ou en mois se décompte en semaines civiles ou en mois calendaires.

La Cour de cassation considère que toute période d'essai exprimée en jours se décompte en jours calendaire, et non en jours travaillés seulement. Ce mode de calcul est valable, qu'il s'agisse de périodes d'essai exprimées en jours, en semaines civiles ou en mois, que le salarié soit en CDI ou en CDD. Pour les CDD, le contrat de travail ou un accord collectif peut néanmoins prévoir que seuls les jours travaillés sont décomptés.

Cass. Soc. 29 juin 2005 – n° 02-45.701

Cass. Soc. 28 avril 2011 – n° 09-40.464 et 09-72.165

PROLONGATION EN CAS D'ABSENCE DU SALARIÉ

La période d'essai peut être prolongée d'une durée strictement équivalente à la durée de l'absence du salarié, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables (ne tenant pas compte de l'absence).

Cette prolongation, qui doit être distinguée du renouvellement, est justifiée par l'objet même de la période d'essai : apprécier les compétences professionnelles du salarié. En effet, l'employeur ne peut juger les capacités de l'intéressé pendant son absence.

La prolongation semble possible quelle que soit la cause de l'absence du salarié : arrêt-maladie, suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail, fermeture de l'entreprise pour congés payés, etc.

L'essai est suspendu pendant les congés annuels payés pour autant que le salarié soit lui-même en congés.

Cass. soc. 5 mars 1997 - Bull. civ. V, n° 94

Exemple

Lorsque le salarié s'absente en raison des épreuves de sélection au service militaire et que l'entreprise est par la suite fermée au titre de la 5e semaine de congés payés, la durée de la période d'essai de l'intéressé est prolongée du temps d'absence du salarié. Peu importe que ces absences ne soient pas directement imputables au salarié. En l'espèce, la période d'essai est prolongée de 5 jours : 2 jours au titre du service national + 3 jours de congés pris par le salarié pendant la période de fermeture de l'entreprise pour congés annuels payés.

Cass. soc. 26 octobre 1999 - Mercier c/ EURL Laboratoires Induscol Phytagri - RJS 12/99 n° 1436

Jours fériés

La prise en compte d'un jour férié, pour prolonger la durée de la période d'essai, dépend de la rédaction de la clause conventionnelle et/ou contractuelle afférente.

Il est notamment possible de fixer le terme de la période d'essai, et non pas seulement sa durée, en tenant compte du nombre de jours fériés ou, à l'inverse, en les excluant du décompte.

Dans l'hypothèse où une période d'essai est décomptée en semaines ou mois et non de date à date, un jour férié chômé dans l'entreprise situé le dernier jour de l'essai ne prolonge pas la durée de celle-ci d'une journée.

TERME DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La date d'échéance de la période d'essai peut être expressément prévue dans le contrat de travail. Elle s'impose dans ce cas aux parties ainsi qu'au juge, sauf prolongation pour absence du salarié.

Lorsque la durée de la période d'essai n'est pas définie de date à date, mais exprimée sous forme de durée, en semaines ou en mois, il peut arriver que le dernier jour soit un samedi, un dimanche ou un jour chômé dans l'entreprise. La computation des délais de procédure ne s'appliquant pas à la période d'essai, la période d'essai n'est pas prolongée jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Cass. soc. 10 juin 1992 - Bull. civ. V, n° 378

RENOUVELLEMENT DE LA PÉRIODE D'ESSAI

Il s'agit de prolonger la période d'essai, par la volonté d'une des deux parties, dans la mesure où l'essai n'a pas permis :

- au salarié d'apprécier véritablement ses conditions de travail ;
- à l'employeur de juger les compétences professionnelles du salarié.

Le contrat peut être rompu sans respecter les règles applicables au licenciement ou à la démission au cours de la durée renouvelée de la période d'essai.

La période d'essai peut être renouvelée une seule fois à la condition qu'un accord collectif de branche le prévoit expressément. Cet accord fixe les conditions et durées de renouvellement. En tout état de cause, la durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut excéder :

- 4 mois pour les ouvriers et employés ;
- 6 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- 8 mois pour les cadres.

Article L. 1221-21 du Code du travail créé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Autre condition posée par la loi, et à laquelle même un accord collectif de branche ne peut déroger : la possibilité de renouveler la période d'essai doit être prévue dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement.

Article L. 1221-23 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

RENOUVELLEMENT PRÉVU PAR UNE CLAUSE EXPRESSE

Le renouvellement de la période d'essai doit être expressément prévu par la convention collective et/ou le contrat de travail.

Cass. soc. 10 novembre 1998 - Champion c/ Zowczak - RJS 12/98 n° 1442

Lorsque la convention collective ne mentionne pas la possibilité de renouveler la période d'essai, la clause du contrat de travail prévoyant un tel renouvellement est nulle. En effet, elle est moins favorable au salarié.

Cass. soc. 30 mars 1995 - Bull. civ. V, n° 117

Lorsque la convention collective indique la faculté de renouveler la période d'essai, la clause de renouvellement contenue dans le contrat de travail ne doit pas :

- rendre la durée de la période d'essai excessive au regard des fonctions exercées, des responsabilités et de l'expérience de l'intéressé ;
- avoir pour effet de prolonger la période d'essai au-delà de la durée maximale instituée par la convention collective.

En tout état de cause, la prolongation ou le renouvellement de la période d'essai ne peut résulter de la seule décision unilatérale de l'employeur : l'accord du salarié est nécessaire.

Cass. soc. 4 octobre 2000 - Leprince c/ SA Graines Loras - RJS 12/00, n° 1215

Modalités du renouvellement

Lorsque la convention collective ou le contrat de travail prévoit des modalités particulières de renouvellement de la période d'essai, celles-ci doivent être respectées. À défaut, l'engagement du salarié est considéré comme définitif.

Cass. soc. 31 janvier 1995 - Bull. civ. V, n° 44

Les dispositions conventionnelles ou contractuelles peuvent ainsi exiger la notification motivée du renouvellement par l'employeur au salarié, ou un accord écrit signé des deux parties, ou encore des circonstances exceptionnelles justifiant le renouvellement de la période d'essai. Lorsque les modalités de renouvellement ne sont pas précisées, un accord exprès des deux parties est pour le moins nécessaire.

Cass. soc. 23 janvier 1997 - Bull. civ. V, n° 33

Le renouvellement de la période d'essai ne peut alors se déduire de la seule poursuite du contrat de travail par l'intéressé.

Cass. soc. 22 octobre 1997 - Dejardins c/ Société Salgaui - RJS 12/97, n° 1335

Cet accord sur le renouvellement doit intervenir avant le terme de la durée initiale de la période d'essai.

Cass. soc. 29 novembre 2000 - Boulet c/ SARL Home 55 - RJS 2/01, n° 162

Toutefois, le renouvellement ne peut être stipulé dès la conclusion du contrat de travail.

Cass. soc. 31 octobre 1989 - Bull. civ. V, n° 632

Autrement dit, les parties ne peuvent convenir à l'avance d'un renouvellement ou de la prolongation tacite de l'essai.

Cass. soc. 10 janvier 2001 - Furlotti c/ SARL Protection Service Lorraine - RJS 3/01, n° 280

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL AU COURS DE LA PÉRIODE D'ESSAI

ABSENCE DE FORMALISME

La rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai n'est assortie d'aucun formalisme particulier par la loi, hormis le délai de prévenance imposé par la loi du 25 juin 2008. Toutefois, la convention collective ou le contrat de travail peut mentionner l'obligation d'une notification écrite.

À défaut de dispositions conventionnelles ou contractuelles exigeant une trace écrite, une notification seulement verbale de la rupture du contrat semble suffisante.

Cass. soc. 25 mai 1989 - Bull. civ. V, n° 394

Exemple

Si la décision de l'employeur de mettre fin à l'essai n'est soumise à aucun formalisme particulier, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires, cette décision ne peut, cependant, revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise.

Cass. soc. 7 février 2001 - SARL Diese Informatique c/ Loquet - RJS 4/01, n° 402

Cependant, pour des raisons de preuve, notamment en ce qui concerne la date de la rupture, il est préférable d'adresser un courrier en recommandé avec avis de réception, ou remis en main propre contre décharge.

Même informelle, la rupture du contrat en cours d'essai doit être claire et non équivoque. Il ne peut être convenu que le contrat prendra fin du seul fait de l'arrivée à son terme de la période d'essai.

Cass. soc. 13 novembre 1996 - Bull. civ. V, n° 394

La rupture du contrat en cours de période d'essai n'a pas à être motivée.

Cass. soc. 12 janvier 1993 - Bull. civ. V, n° 3

☞ Toutefois, lorsque la rupture du contrat au cours de l'essai repose sur un motif disciplinaire, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire.

Cass. soc. 10 mars 2004 - Honoré c/ Association Accueil et réinsertion sociale

DATE DE LA RUPTURE

La rupture du contrat de travail doit intervenir au cours de la période d'essai :

- au début de l'exécution du contrat, lors des premiers jours de l'essai par exemple ;
- au plus tard le dernier jour de la période d'essai.

Lorsque la rupture du contrat est notifiée par écrit, la date de la rupture du contrat est le jour de la première présentation de la notification.

Cass. soc. 14 mars 1995 - Bull. civ. V, n° 85

Aussi, si la première présentation de la lettre intervient après l'expiration de la période d'essai, l'employeur risque d'encourir les sanctions pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (notamment en l'absence de motivation de la lettre) ou pour non-respect de la procédure légale ou conventionnelle de licenciement.

☞ Lorsque la notification de la rupture du contrat est adressée en recommandé avec demande d'avis de réception, la date de rupture se situe au jour de la présentation de la lettre à l'adresse de son destinataire.

Si le salarié est absent et ne va pas retirer la lettre au bureau de poste, la rupture de son contrat n'en est pas moins prononcée.

C'est donc à la date de présentation de la lettre au domicile de son destinataire qu'il convient de se placer pour apprécier si la rupture du contrat est prononcée au cours de la période d'essai ou après l'expiration de celle-ci.

Cass. soc. 17 octobre 2000 - APIGHREM c/ Goumand - RJS 12/00, n° 1240

DÉLAI DE PRÉVENANCE

La loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, impose un délai de prévenance, que ce soit l'employeur ou le salarié qui est à l'initiative de la rupture de la période d'essai, que cette rupture intervienne en cours ou au terme de la période d'essai.

Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par l'employeur, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures, en deçà de 8 jours de présence ;
- 48 heures pour une présence comprise entre 8 jours et 1 mois ;
- 2 semaines, au-delà de 1 mois de présence ;
- 1 mois, au-delà de 3 mois de présence.

La période d'essai n'est pas prolongée de la durée du délai de prévenance. L'employeur doit donc anticiper sa décision de continuer ou de rompre la relation de travail.

Article L. 1221-25 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Lorsque c'est le salarié qui souhaite rompre la période d'essai, le délai de prévenance de l'employeur est seulement de :

- 24 heures s'il est présent dans l'entreprise depuis moins de 8 jours ;
- 48 heures pour une présence supérieure à 8 jours.

Article L. 1221-26 du Code du travail créé par Loi n° 2008-596 d 25 juin 2008 – JO du 26 juin

Aucune précision légale n'est apportée concernant les modalités pratiques et formalités de prévenance. La prudence oblige à adresser un courrier par lettre recommandée avec accusé de réception ou à faire signer une décharge, en cas de remise en main propre de cette lettre de rupture du contrat.

☞ Attention : lorsque le délai de prévenance n'a pas été respecté, son inexécution ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. Cette indemnité est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise.

Article L. 1221-25 du Code du travail modifié par Ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 – JO du 27 juin

RUPTURE DU CONTRAT AU COURS D'UNE SUSPENSION DE L'ESSAI

Le régime juridique de la suspension du contrat de travail prend le dessus sur les règles applicables au cours de la période d'essai.

La règle selon laquelle la rupture du contrat peut intervenir pendant la période d'essai sans indemnité, ni préavis, n'est plus applicable.

Ainsi, la rupture du contrat pendant un arrêt de travail consécutif à un accident du travail peut être considérée comme nulle, en application de l'article L. 122-32-2 du Code du travail, alors même qu'elle est prononcée au cours de la période d'essai.

Cass. soc. 5 juin 1990 - Bull. civ. V, n° 266

Lorsqu'un accident du travail se produit au cours de la période d'essai, l'employeur est tenu de rechercher des possibilités de reclassement du salarié.

Cass. soc. 25 février 1997 - Bull. civ. V, n° 80

Lorsque la reprise du travail, après une suspension de l'essai pour accident du travail, n'est pas assortie dans un délai de 8 jours, d'une visite médicale de reprise auprès du médecin du travail, la rupture de l'essai est nulle. En application du régime applicable à la rupture du contrat de travail consécutive à un accident du travail, le salarié peut alors demander réintégration dans l'entreprise. Il a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il a subi entre la rupture illicite de son contrat et le moment de sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé.

Cass. soc. 25 janvier 2006 - Bedel c/ Ambulances Richardets

Enfin, l'employeur doit respecter la protection légale de la femme enceinte, en cas de suspension du contrat au cours de sa période d'essai.

CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Une clause de non-concurrence peut être opposable à un salarié dont le contrat de travail est rompu en cours de période d'essai. Tout dépend de la rédaction de la clause, qui peut être prévue dans la convention collective ou dans le contrat de travail.

Ainsi, lorsque la clause s'applique «à quelque période que ce soit» ou «y compris pendant la période d'essai», elle est opposable au salarié dont le contrat est rompu en cours d'essai.

Par contre, s'il est indiqué que la clause de non-concurrence prend effet à l'issue du préavis, elle n'est pas applicable au salarié dans la mesure où la période d'essai n'est pas assortie d'un délai-congé.

RUPTURE ABUSIVE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai peut être considérée comme abusive par les tribunaux, en raison notamment de la brutalité ou du caractère précipité de la résiliation du contrat.

Lorsque le caractère abusif est démontré, la rupture du contrat peut donner lieu à des dommages-intérêts au profit de la partie lésée : salarié ou employeur.

Exemples

L'attitude, consistant pour un employeur à notifier dès le début de l'essai que le contrat prendra fin à l'issue de la période d'essai, peut être condamnée par les tribunaux, qui considèrent que l'employeur utilise la période d'essai comme une alternative au contrat de travail temporaire ou au contrat à durée déterminée.

Cass. soc. 5 octobre 1993 - Bull. civ. V, n° 223

Constitue également un abus de droit le fait de mettre fin à la relation de travail pour un motif étranger à la prestation fournie par le salarié, notamment parce que celui-ci a sollicité des éclaircissements sur la portée des relations contractuelles.

Cass. soc. 7 janvier 1998 - Bull. civ. V, n° 43

Est, par ailleurs, abusive la rupture de la période d'essai pour un motif connu avant le début de la relation de travail, alors que l'essai a pour objet de tester les compétences professionnelles du salarié. Ainsi en est-il lorsque l'employeur a laissé un salarié commencer l'exécution de son contrat de travail dans un établissement bancaire, alors qu'il savait auparavant que la personne était interdite bancaire.

Cass. soc. 27 novembre 1990 - Bull. civ. V, n° 592

☞ *La rupture du contrat au cours de la période d'essai peut désormais être annulée si elle repose sur un motif illicite ou discriminatoire.*

Cass. soc. 16 février 2005 - Société CS Systèmes d'information c/ Raspaud

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 – JO du 28 mai