

# COMMISSION OUVERTE **SOCIAL**

Co-responsables :  
PAUL BOUAZIZ, AVOCAT HONORAIRE  
ALAIN SUTRA, AVOCAT À LA COUR



Lundi 26 mai 2014

## La période d'essai

Intervenants :

Jean-Yves Frouin  
Conseiller à la chambre sociale  
de la Cour de cassation

Michèle Corre et Florent Hennequin  
Avocats à la Cour



ORDRE DES  
AVOCATS  
DE PARIS



*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase  
vous proposent de retrouver un compte-rendu  
de cette réunion.*

# Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°587 du 16 octobre 2014

[Contrat de travail] Événement

## La période d'essai — Compte-rendu de la réunion du 26 mai 2014 de la Commission "Droit social" du barreau de Paris

N° Lexbase : N4212BUK



par Réjane Del Fabbro — Rédactrice en chef Protection sociale

La Commission ouverte "Droit social" du barreau de Paris tenait, le 26 mai 2014, une réunion consacrée à la période d'essai, animée par Paul Bouaziz et Alain Sutra, et à laquelle sont intervenus Jean-Yves Frouin, Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, Michèle Corre et Florent Hennequin. Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.

Jusqu'à la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail (N° Lexbase : L4999H7B), le Code du travail ne comportait pas de dispositions, sauf l'ancien article L. 122-4 du Code du travail (N° Lexbase : L5554ACP) sur la période d'essai. En dehors de ces mesures, le Code du travail était muet sur la durée, le renouvellement et les limites de la période d'essai, c'était alors la jurisprudence qui avait élaboré un régime juridique global comportant de nombreux vides juridiques. La loi du 25 juin 2008 est venue donner une définition précise de la période d'essai à travers l'article L. 1221-20 du Code du travail (N° Lexbase : L9174IAZ) qui dispose que "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".

Cette définition légale présente plusieurs intérêts pratiques.

— Le moment de l'essai : la loi ne précise rien à cet égard, mais il s'en déduit que la période d'essai commence nécessairement au début du contrat.

- La qualification de l'essai : elle permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié.
- L'appréciation du caractère de la période d'essai : la période d'essai doit avoir un caractère raisonnable.
- L'appréciation du motif de la rupture pendant l'essai : l'essai a pour objet d'évaluer les compétences du salarié, par conséquent la rupture doit découler de ce motif.

## I — La fixation et la durée de la période d'essai

Bien que la période d'essai permette au salarié de mettre un terme à son contrat de travail au lieu d'une démission, il est utile de se demander si cette dernière n'est pas propice à l'exclusion du contrôle du juge et permettrait ainsi, de fluidifier le marché de l'emploi. En effet, le contrôle du juge demeure modeste, le contentieux reste en marge et les enjeux financiers sont moindres. Malgré ces lacunes juridiques, la période d'essai doit être clairement établie.

### A — La fixation

La période d'essai n'est qu'une faculté et non une obligation c'est pourquoi elle ne se présume pas, elle doit donc être certaine et établie. Pour cela elle doit être mentionnée dans le contrat de travail par une stipulation expresse. En cas d'absence de stipulation expresse, elle est inopposable à l'employeur. La Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 12 juin 2012 a considéré que l'existence d'une période d'essai dans une promesse d'embauche est atteinte de nullité (Cass. soc., 12 juin 2012, n° 11-10.135, FS-D N° Lexbase : A8950INS). La période d'essai doit commencer dès le premier jour de travail du salarié. Cette notion est d'autant plus intéressante dans le cadre du CDD qui doit être signé dans les 48h, et qui oblige de ce fait, à signer un contrat de travail dès le premier jour de l'embauche du salarié.

### B — La durée

Pour être légale, la période d'essai doit répondre à une exigence de durée raisonnable. La Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 26 mars 2013 (Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580, FS-P+B N° Lexbase : A2812KBR) a estimé qu'un contrat de travail soumis à la loi irlandaise mais exécuté en France qui comportait une période d'essai d'un an était déraisonnable en vertu de l'article 2 de la Convention 158 de l'OIT (N° Lexbase : L4795I3Y). *A contrario*, la Chambre sociale de la Cour de Cassation dans un arrêt rendu le 24 avril 2013 (Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-11.825, FS-P+B N° Lexbase : A6764KCI), a jugé que la nomination d'un salarié comme mandataire social suspendait la période d'essai qui recommençait à courir après la révocation de son mandat. Ainsi, la rupture de la période d'essai d'un salarié qui avait été embauché le 1er février 2001, puis qui était devenu mandataire social pendant 8 ans avant de redevenir salarié le 11 mars 2009 et enfin s'était vu mettre un terme à sa période d'essai le 13 mars 2009, soit trois jours après la reprise de ses fonctions de salarié, ne pouvait pas invoquer le caractère illicite de la période d'essai, celle-ci ayant été interrompue par le mandat social. La notion de durée raisonnable avait également été soulevée pour le contrat nouvelle embauche (CNE) qui apparaissait comme une période d'essai de deux ans, puisque le salarié pouvait être révoquée à tout moment.

La durée de la période d'essai est désormais encadrée distinctement en fonction de la qualification du salarié employé, agent de maîtrise ou cadre. Ce sont des durées impératives auxquelles le contrat de travail et les accords collectifs ne peuvent se soustraire en prévoyant des durées plus longues. Ainsi, la période d'essai est fixée à :

- deux mois (renouvelable une fois) pour un employé ;
- trois mois (renouvelable une fois) pour un agent de maîtrise ;
- quatre mois (renouvelable une fois) pour un cadre.

La loi n° 2008-598 (préc.) est également venue fixer un délai de préavis pour la rupture de la période d'essai :

- un jour par semaine dès lors qu'il y a une durée de deux semaines (CDD inférieur ou égal à six mois) ;
- deux semaines pour les durées de contrat supérieures (seulement la durée du contrat de base doit être prise en compte, sans le renouvellement) ;
- un mois si le salarié est dans l'entreprise depuis plus de trois mois.

## II — L'application de la période d'essai

### A — Le commencement de la période d'essai

Le point de départ de l'application de la période d'essai demeure le commencement du contrat de travail par le salarié. Il est interdit de différer la date, elle doit commencer le premier jour où le salarié prend ses fonctions. En matière de période d'essai, le décompte se fait de manière calendaire. Par exemple, s'il s'agit d'une période d'essai d'un mois qui prend effet le 14 janvier, celle-ci se terminera le 13 février à minuit. Il n'y a pas de report si le terme tombe un jour férié ou non-travaillé.

#### *B — Prolongation et renouvellement de la période d'essai*

— La prolongation : la période d'essai peut être allongée par la prise de congés payés, la fermeture de l'entreprise, un congé sans solde, un arrêt maladie, un accident du travail ou bien encore un salarié qui devient mandataire social (voir préc.) mais également en cas d'incarcération ou bien si le salarié effectue son service national. En revanche, cette prolongation ne s'applique ni pour les jours fériés, ni pour une période de formation professionnelle.

— Le renouvellement : prévu par l'article L. 1221-21 du Code du travail (N° Lexbase : L8446IA3), le renouvellement doit être mentionné dans la convention collective de branche et dans le contrat de travail. Ce renouvellement ne se présume pas et il n'est pas possible dans le cadre d'un CDD ou d'une mission d'intérim. Il doit être écrit, clair et non-équivoque. En effet, un simple échange de <i>mails</i> n'est pas valable. A ce titre, il est conseillé d'apposer les mentions "lu et approuvé" et non une simple signature. Le renouvellement nécessite également une justification qui doit être nécessaire à l'appréciation de la compétence du salarié. Il ne peut pas être au-delà du double de la période initialement prévue.

### **III — La différenciation de la période d'essai**

La période d'essai peut poser des difficultés d'interprétation, c'est pourquoi il faut la différencier de périodes qui peuvent paraître semblables.

#### *A — La période d'essai et la période probatoire*

Lorsque la période d'essai est rompue, le contrat de travail prend fin. En revanche la rupture de la période probatoire, même si elle rompt également le contrat de travail, oblige l'employeur à reclasser le salarié. S'il ne le reclassé pas il s'agit d'un licenciement. La Cour de cassation a rendu trois arrêts de principe le 30 mars 2005 (Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-41.797, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A4306DHX) au sujet de la période probatoire. Elle a estimé qu'en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne pouvait être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

#### *B — La période d'essai et la période de stage*

Antérieurement à la réglementation du 25 juin 2008, les stages conventionnels ou réglementaires pouvaient être assimilables à une période d'essai (c'était le cas par exemple pour les stages de titularisation). La Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 8 janvier 1997 avait jugé, à ce titre, qu'une durée de stage d'un an était déraisonnable (Cass. soc., 8 janvier 1997, n° 95-40.520 N° Lexbase : A5141CP4). La Haute juridiction avait ensuite confirmé sa décision dans un arrêt rendu le 10 mai 2012 (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512, FS-P+B N° Lexbase : A1206ILA), dans le cadre d'un stage de six mois considéré comme déraisonnable pour une assistante commerciale, compte tenu du poste auquel la salariée était affectée. Concernant la période d'essai suite à l'embauche d'un stagiaire, l'article L. 1221-24 du Code du travail (N° Lexbase : L8839IQG) est venu préciser : "*qu'en cas d'embauche dans l'entreprise dans les trois mois suivant l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables*".

#### *C — Les autres périodes*

##### **Le test professionnel**

La période d'essai doit être distinguée du test professionnel. Des prestations rémunérées constituent un test professionnel et non une période de travail dès lors que l'intéressé n'est pas placé dans des conditions normales d'emploi. De plus, contrairement à la période d'essai, le test professionnel doit être limité à quelques heures.

##### **La formation**

La formation est incluse dans la période d'essai, elle fait partie intégrante de l'exécution du contrat de travail.

## La préparation opérationnelle à l'emploi

La préparation opérationnelle à l'emploi permet à un demandeur d'emploi ou à un salarié recruté en contrat à durée déterminée ou indéterminée conclu en application de l'article L. 5134-19-1 du Code du travail (N° Lexbase : [L2129YI](#)), ou en contrat à durée déterminée conclu en application de l'article L. 1242-3 (N° Lexbase : [L1432H9W](#)) avec un employeur relevant de l'article L. 5132-4 (N° Lexbase : [L2096H9I](#)) du Code du travail de bénéficier d'une formation nécessaire à l'acquisition des compétences requises pour occuper un emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise auprès de Pôle emploi.

### IV — La rupture de la période d'essai

La rupture du contrat de travail pendant la période d'essai est une question faussement simple. En effet, l'article L. 1231-1 du Code du travail (N° Lexbase : [L3746IBD](#)) prévoit les conditions de rupture d'un contrat de travail mais celles-ci ne s'appliquent pas pendant la période d'essai. Dès lors, si l'on interprète cet article, puisque les règles de procédures et de fonds encadrent notamment le licenciement, la rupture de la période d'essai n'est soumise à aucune formalité autre que la notification.

#### A — Le droit commun relatif à la période d'essai

La rupture de la période d'essai n'est soumise à aucune forme (sauf conventions collectives favorables) seuls deux impératifs existent : la période d'essai doit être notifiée et un délai de prévenance doit être respecté.

##### 1 — La notification

La rupture de la période d'essai doit être notifiée. En théorie, l'écrit n'est pas obligatoire, mais dans la pratique, il est indispensable pour des raisons de preuve. Cette notification doit être explicite. La rupture prend effet à la date de l'envoi de la lettre de notification.

##### 2 — Le délai de prévenance

Lorsque l'employeur met fin au contrat en cours ou au terme de la période d'essai, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur :

- à 24 heures de présence en deçà de huit jours dans l'entreprise ;
- au moins 48 heures de présence entre huit jours et un mois de présence dans l'entreprise ;
- au moins deux semaines après un mois de présence dans l'entreprise ;
- au moins un mois après trois mois de présence.

#### *Qu'advient-il si ce délai n'est pas respecté par l'employeur ?*

La loi donne une partie de la réponse à travers l'article L. 1221-25 du Code du travail (N° Lexbase : [L5804I3D](#)) en énonçant que la période d'essai ne peut être prolongée du fait du délai de prévenance. Si la période d'essai est rompue tardivement, elle ne sera pas poursuivie au-delà de son terme.

Faut-il alors considérer la rupture de la période d'essai, dès lors qu'elle est tardive, comme un licenciement ? La Cour de cassation a tranché cette question dans un arrêt rendu le 23 janvier 2013, (Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23.428, FS-P+B N° Lexbase : [A8729I3P](#)). La Haute juridiction estime que constitue une rupture du contrat de travail pendant la période d'essai, et non un licenciement, la rupture survenue du fait de l'employeur avant le terme de cette période, alors même qu'il n'a pas respecté le délai de prévenance. En revanche, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur les questions indemnitaires.

##### 3 — Les limites de la rupture

Bien que l'employeur puisse mettre fin aux dispositions contractuelles de la période d'essai sans motifs, cette rupture ne doit pas comporter d'abus. On peut considérer que la formule du pouvoir discrétionnaire de l'employeur est un peu maladroite, en effet : comment un droit qui n'a pas à se justifier peut-il être abusif ?

La jurisprudence a estimé que les circonstances mêmes de la rupture pouvaient révéler un abus au regard de cet objet. C'est le cas, par exemple lors d'une rupture précipitée alors même que le salarié n'a pas pu montrer ses compétences (rupture de la période d'essai dès les premiers jours). Curieusement la Cour de cassation ne retient

jamais le dernier jour d'essai pour qualifier une rupture abusive, y compris après un renouvellement.

Concernant le motif, la Cour de cassation estime que, dès lors que l'essai a un objet déterminé, la rupture intervenant pour un autre motif est abusive. La solution est identique lorsque la rupture intervient pour un motif non-inhérent à la personne (Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 06-41.212, FP-P+B+R N° Lexbase : A7171DZM). Enfin, la rupture ne peut pas être prononcée dans le cadre des discriminations prohibées, comme l'état de grossesse d'une femme au sens de l'article L. 1225-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0848H9B).

### *B — Les entorses au droit commun*

Si les dispositions du Code du travail écartent les règles de droit commun pour la rupture de la période d'essai, qu'en est-il de la prise d'acte ?

La Cour de cassation a estimé dans un arrêt rendu le 7 février 2012 (Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525, FP-P+B N° Lexbase : A3538ICZ) que le départ d'un salarié suite au non-paiement des salaires par l'employeur pendant la période d'essai ne saurait s'analyser en une prise d'acte mais justifie l'indemnisation du préjudice résultant de la rupture abusive du fait de l'employeur.

Dans plusieurs hypothèses où le droit commun ne s'applique pas, le législateur a institué des règles spéciales de rupture :

- les dispositions légales qui assurent une protection nécessitant une demande d'autorisation s'appliquent pour le salarié protégé pendant la période d'essai (logique de la protection du mandat sur l'application de l'essai) ;
- les salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles sont également soumis à des règles spécifiques de protection (les règles légales d'ordre public s'appliquent donc au salarié pendant la période d'essai) ;
- une rupture pour motif disciplinaire : Si l'employeur peut mettre fin à la période d'essai sans motif et sans formalité, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire (entretien préalable, notification...), telle est la décision retenue par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 10 mars 2004 (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750, publié N° Lexbase : A4834DBN).