

## La période d'essai

### Maitrisez les règles!

Le régime juridique de la période d'essai a été encadré par la loi portant modernisation du marché du travail adoptée le 25 juin 2008 et entrée en vigueur le 26 juin 2008.

Cette période n'est pas obligatoire, mais lorsqu'elle est prévue au contrat de travail, elle ne peut excéder les limites posées par la loi.

Avant 2008, la période d'essai ne faisait l'objet d'aucune mesure législative, sauf en ce qui concerne certaines dispositions spécifiques relatives à certains contrats, tels que le CDD ou encore l'intérim.

Aussi, l'existence et la durée de cette période étaient exclusivement régies par les conventions collectives et /ou le contrat de travail. Par conséquent, les pratiques étaient très différentes selon les secteurs professionnels ou les stipulations individuelles de chaque contrat de travail. Ainsi, la Cour de cassation y jouait un rôle important, c'est elle qui délimitait essentiellement le régime juridique de la période d'essai.

Face à cette lacune l'adoption de la loi du 25 juin 2008 était plus que nécessaire pour assurer la protection des droits individuels des salariés.

La période d'essai n'est pas obligatoire, mais prévue dans la plupart des contrats de travail. Les modalités de mise en place et de rupture de cette étape, préalable à la validation définitive du contrat de travail et donc de la collaboration entre l'employeur et le salarié semblent simples. Pourtant, les irrégularités sont nombreuses, le plus souvent au détriment des salariés et plus particulièrement pour les cadres. En effet, la durée de leur période d'essai est du fait de leurs responsabilités, plus longue que celle des autres catégories de salariés.

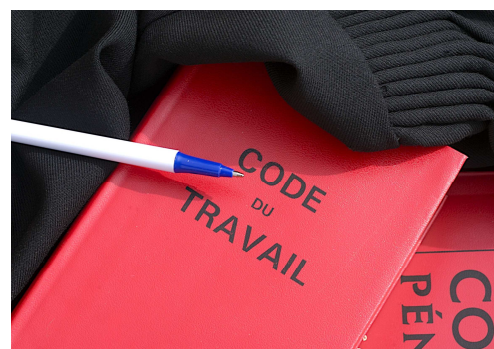
#### Le Code du travail définit la période d'essai

Les règles relatives à la période d'essai sont encadrées par le Code du travail. Ainsi selon l'article L.1221-20 du Code du travail, la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, au regard de son expérience. Elle permet aussi au salarié d'apprécier si les fonctions qu'il occupe lui conviennent.

#### La mise en place de la période d'essai est encadrée

La période d'essai doit obligatoirement être prévue par le contrat de travail pour être mise en place (Art. L.1221-23 du Code du travail et L.1242-12 du Code du travail pour le CDD). On ne peut pas en effet présumer de l'existence d'une période d'essai. De même, la durée maximale de la période d'essai doit être précisée, peu importe le type de contrat.

#### La période d'essai se distingue de certaines périodes similaires



Il faut distinguer la période d'essai d'autres formes de périodes préalables à l'occupation définitive d'un poste telles que :

- le test professionnel, car contrairement à la période d'essai, le salarié n'est pas placé dans des conditions normales de travail (Cass. soc. 4 janv. 2000, no 97-41.154),
- le stage professionnel, car dans ce cas précis, le salarié a en vue une promotion professionnelle,
- la période probatoire, car lors d'un changement de poste, pendant l'exécution du contrat de travail, l'employeur et le salarié ne peuvent convenir que d'une période probatoire, mais en aucun cas d'une période d'essai (Cass. soc. 20 oct. 2010, no 08-42.805). A la fin de cette période, si elle n'est pas concluante, le salarié est replacé dans ses fonctions antérieures (Cass. soc. 30 mars 2005, no 02-46.338), sauf s'il a commis des manquements sans relation avec son aptitude à ses nouvelles fonctions, pendant

cette période probatoire. Dans ce cas, l'employeur peut le licencier (Cass. soc. 6 avr. 2011, no 09-71.302). Par contre si la période probatoire s'avère concluante, le salarié occupera le nouveau poste ayant donné lieu à cette période.

**ATTENTION** : Le salarié qui conclut des contrats de travail successifs avec plusieurs sociétés du même groupe ne peut pas se prévaloir de l'ancienneté acquise au sein de chacune des sociétés. Sa démission d'une première société du groupe n'empêchera pas la stipulation d'une période d'essai dans un second contrat (Cass. soc. 20 oct. 2010, 08-40.822).

Si une promesse d'embauche est rompue avant son commencement d'exécution, cela signifie que l'employeur n'a pas respecté son engagement. Le non-respect d'une promesse d'embauche par l'employeur est assimilé en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ainsi, même si la promesse d'embauche non respectée par l'employeur contient une période d'essai, il s'agira tout de même d'un licenciement sans causes réelles et sérieuses, qui donnera droit à des indemnités au salarié (Cass. soc. 15 déc. 2010, no 08-42.951).

Par ailleurs, les règles relatives à la période d'essai peuvent être distinctes sur certains points, selon qu'il s'agisse d'un CDD, d'un CDI, ou d'autres contrats particuliers.

### **La période d'essai pour les contrats de type particuliers est spécifique**

Certaines catégories de salariés bénéficient d'un régime contractuel particulier et relèvent donc de règles juridiques propres à elles. Par exemple concernant :

- les VRP, il est possible de prévoir une période d'essai de 3 mois maximum selon l'article L.7313-5 du Code du travail,
- les apprentis, l'article L.6222-18 du Code du travail prévoit une durée de 2 mois maximum,
- les assistants maternels ou familiaux employés par des personnes morales de droit privé quant à eux peuvent avoir à effectuer jusqu'à 3 mois maximum de période d'essai selon l'article L.423-9 du code des actions sociales et familiales.

### **La durée de la période d'essai est variable**

La durée maximale de la période d'essai des salariés

en CDI varie selon leur catégorie professionnelle. En revanche, concernant les salariés en CDD et en intérim cette durée est proportionnelle à celle du contrat de travail.

#### ♦ **En présence d'un CDI**

Selon l'article L.1221-19 du Code du travail, le CDI peut comporter une période d'essai dont la durée initiale maximale est de :

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

Néanmoins, selon l'article L.1221-21 du code du travail, la période d'essai peut être renouvelée une seule fois à condition qu'un accord de branche étendu le prévoie, tout en fixant les conditions et durées de renouvellement. De plus, cette possibilité de renouvellement doit résulter de l'accord express des parties, d'une volonté claire et non équivoque (Cass. soc. 25 nov. 2009, no 08-43.008) et être mentionnée dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement. Ainsi, en incluant la période de renouvellement, la durée maximale de la période d'essai ne peut excéder :

- ⇒ 4 mois pour les ouvriers,
- ⇒ 6 mois pour les agents de maîtrise,
- ⇒ 8 mois pour les cadres.

**ATTENTION** : Ces durées maximales ont un caractère impératif, à l'exception :

- ⇒ des durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant le 26 juin 2008 ;
- ⇒ des durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après le 26 juin 2008 ;
- ⇒ des durées plus courtes fixées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

#### ♦ **En présence d'un CDD**

La durée de la période d'essai précédant un CDD varie selon la durée du contrat de travail. Selon l'article L.1242-10 du Code du travail, la durée de la

période d'essai est :

- ⇒ d'un jour par semaine travaillée, dans la limite de deux semaines, lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois,
- ⇒ d'un mois maximum lorsque la durée du CDD prévu excède 6 mois.

Ces durées s'appliquent de plein droit, sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées plus courtes.

Aussi, lorsque le CDD n'a pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat. Cette durée minimale doit obligatoirement figurer dans un contrat de travail à durée déterminée, sans terme précis.

**ATTENTION :** Les durées prévues à l'article L.1242-10 du Code du travail sont des durées maximales auxquelles les parties ne pourront pas déroger. Aucun renouvellement de la période d'essai en CDD ne doit avoir pour effet de prolonger les durées maximales prévues par le code du travail.

#### ◆ En présence d'un travail temporaire

Le contrat de mission d'un salarié intérimaire peut comporter une période d'essai dont la durée est fixée par convention ou accord professionnel de branche étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement (Art. L.1251-14 du code du travail). À défaut de convention ou d'accord, cette durée ne peut excéder :

- ⇒ 2 jours pour un contrat d'une durée inférieure ou égale à un mois,
- ⇒ 3 jours pour un contrat d'une durée supérieure à un mois et allant jusqu'à 2 mois au maximum,
- ⇒ 5 jours si le contrat est conclu pour une durée supérieure à deux mois.

#### La période d'essai est spécifique en cas d'embauche à l'issu d'un stage et d'un CDD

- À l'issu d'un stage : intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée du stage est déduite de la période d'essai, dans la limite de la moitié au plus de cette dernière, sauf dispositions conventionnelles plus favorables (Art. L. 1221-24 du Code du travail), en cas d'embauche dans les 3 mois suivant l'issue de ce

stage. Lorsque cette embauche intervient dans un emploi correspondant aux activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai.

- À l'issu d'un CDD : la durée du CDD doit être déduite de celle de la période d'essai qui sera éventuellement prévue pour la poursuite de la relation contractuelle en CDI (Art. L. 1243-11, Al. 3 du Code du travail).

Dans un arrêt du 9 octobre 2013, la Cour de cassation confirme que lorsqu'un salarié est engagé en CDI à l'échéance du terme d'un CDD, la période d'essai éventuellement prévue dans ce nouveau contrat doit être réduite non pas seulement de la durée du dernier CDD, mais de la durée globale des différents CDD qui se sont succédés. Cette règle est applicable, que les contrats se soient succédés sans aucune interruption ou qu'il y ait eu une interruption entre eux.

#### La Cour de cassation joue un rôle important pour la durée de la période d'essai

Malgré l'existence des dispositions légales, la chambre sociale de la Cour de cassation a un pouvoir d'appréciation du caractère raisonnable de la durée d'une période d'essai. Cette appréciation se fera en général au cas par cas en fonction de la situation propre de chaque salarié concerné.

Ainsi, la haute juridiction a jugé déraisonnable dans un arrêt du 11 janvier 2012, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an, au sens de la Convention internationale (OIT) sur le licenciement du 22 juin 1982, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période.

Depuis cet arrêt, le caractère déraisonnable d'une période d'essai doit s'apprécier au regard de sa durée effective ou totale. En conséquence, les accords de branche conclus avant le 26 juin 2008 actuellement en vigueur en application de l'article L.1221-22 du Code du travail et fixant des durées plus longues que celles de la loi du 25 juin 2008 tombent sous le coup de cette jurisprudence lorsque la durée totale de la période d'essai envisagée est d'un an.

Cet arrêt est très important et a une réelle portée. Ainsi, même si un contrat de travail prévoit une du-

rée maximale pour la période d'essai, conforme aux durées légales ci-dessus évoquées, les juges du fond restent compétents pour vérifier si la durée de cette période d'essai, initiale ou renouvellement compris, selon le cas, est raisonnable compte tenu des compétences professionnelles du salarié.

### **Les modalités d'exécution de la période d'essai sont strictes**

La période d'essai commence dès le premier jour travaillé. Elle ne peut pas être différée et s'achève à la fin du nombre de jours, de semaines et de mois initialement prévus pour sa durée. Sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire, toute période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (Cass. soc. 28 avr. 2011, no 09-72.165). C'est-à-dire que tous les jours de la semaine sont comptabilisés dans le décompte des jours prévus pour cette période d'essai.

Par ailleurs, dans la mesure où elle a pour finalité de permettre aux parties de tester leurs relations contractuelles, la période d'essai consiste nécessairement en une période de travail effectif et d'exécution normale du contrat de travail. Dès lors, les périodes de suspension du contrat de travail peuvent entraîner la suspension de la période d'essai (arrêt maladie, fermeture de l'entreprise pour congés annuels à condition que le salarié cesse lui-même son activité pendant la période de congés...). La période d'essai est alors prolongée ou prorogée d'une durée égale à celle de la suspension.

Par contre, si le contrat de travail autorise expressément le salarié à poursuivre une activité extérieure à l'entreprise pendant plusieurs jours par semaine, l'employeur ne peut invoquer une prolongation de la période d'essai du fait de ces seules absences (Cass. soc. 9 nov. 2011, no 10-21.722).

### **La rupture de la période d'essai est encadrée**

Depuis la loi du 25 juin 2008, chaque partie au contrat de travail peut rompre le contrat à tout moment, sans motifs, ni indemnités, sauf dispositions conventionnelles plus favorables.

Même si la période d'essai effectuée par le salarié est préalable à la concrétisation d'un CDI, sa rupture n'est pas soumise aux règles de rupture d'un CDI telles que le licenciement, la rupture d'un commun accord, ou encore la prise d'acte (Art. L. 1231-1).

**Exemple :** Le départ du salarié en période d'essai du fait du non-paiement de ses salaires, ne peut donc

pas s'analyser, au sens de l'article L.1231-1 du Code du travail, comme une prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Il s'agira d'une rupture abusive de la période d'essai du fait de l'inexécution par l'employeur de ses obligations (Cass. Soc. 7 févr. 2012, no 10-27.525).

En présence d'une période d'essai préalable à la consolidation d'un CDD, les règles de ruptures de la période d'essai restent les mêmes que celles appliquées lors de la rupture d'une période d'essai préalable à un CDI. Toutes les règles de rupture anticipée du CDD ne s'appliqueront pas tant que la période d'essai ne sera pas terminée.

### **◆ Un délai de prévenance préalable à la rupture est à respecter**

La loi prévoit des délais de prévenance que doivent respecter l'employeur et le salarié à l'initiative de la rupture de la période d'essai (Art. L. 1221-25 et L. 1221-26 du Code du travail).

Lorsque la rupture intervient en cours ou au terme de la période d'essai (renouvellement compris), le délai de prévenance varie selon l'auteur de cette rupture et selon la durée de présence du salarié au sein de l'entreprise. Ainsi, le délai de prévenance se définit comme suit, lorsque la rupture intervient :

- A l'initiative de l'employeur
  - ⇒ vingt-quatre heures en deçà de 8 jours de présence ;
  - ⇒ quarante-huit heures entre 8 jours et 1 mois de présence ;
  - ⇒ deux semaines après 1 mois de présence ;
  - ⇒ un mois après 3 mois de présence.

Le non-respect de ce délai ne permet pas à l'employeur de prolonger la période d'essai. S'il prévient trop tard le salarié, il doit lui verser une indemnité compensatrice correspondant à la durée du préavis non effectué. Dès lors que l'employeur a mis fin à la période d'essai avant son terme, la rupture ne s'analyse pas en un licenciement même s'il n'a pas respecté le délai de prévenance (Cass. Soc. 23 janvier 2013, n° 11-23.428).

- A l'initiative du salarié
  - ⇒ 24 heures pour une présence inférieure à 8 jours,
  - ⇒ 48 heures au-delà de 8 jours

#### **Le cas spécifique de la rupture de la période d'essai du salarié protégé**

Pour rompre la période d'essai d'un salarié protégé, l'employeur doit demander une autorisation à l'inspecteur du travail. S'il ne respecte pas cette obligation, la rupture de la période d'essai est nulle et sans effet (Cass. soc. 22 sept. 2010, no 09-40.968).

**ATTENTION :** Certaines conventions collectives encadrent le droit de résiliation de la période d'essai en prévoyant expressément les causes qui seules pourront permettre à l'employeur de rompre la période d'essai d'un salarié. Il faut dans ce cas respecter ces dispositions.

#### **La période d'essai ne peut être rompue de manière abusive**

Si l'employeur a le droit de rompre la période d'essai de manière discrétionnaire, cette rupture ne doit pas être abusive. Le salarié conserve alors la possibilité d'agir en justice et de faire constater un « abus de droit », s'il estime que le véritable motif de la rupture est illicite, en rapportant la preuve du véritable motif. Il appartiendra ensuite à l'employeur d'avancer un motif valable, inhérent à la personne du salarié et en lien avec sa valeur professionnelle. (Cass. soc. 6 janv. 2010, no 08-42.826). Lorsque l'abus dans la rupture de la période d'essai est avéré, le salarié a droit au paiement de dommages et intérêts.

#### ♦ **Exemples de ruptures abusives :**

- Une rupture qui n'a aucun rapport avec les qualités professionnelles du salarié (Cass. Soc. 30 nov. 2011, no 10-30.535)
- Une rupture intervenant après seulement deux jours de travail, sans que l'employeur n'ait pu apprécier la valeur professionnelle du salarié (Cass. soc. 11 janv. 2012, no 10-14.868)
- La rupture de la période d'essai motivée par le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail (réduction de la rémunération contractuelle (Cass. soc. 10 déc. 2008, n° 07-42.445)
- D'une façon générale, est nulle toute rupture motivée par des considérations « non

inhérentes à la personne du salarié » telles que la conjoncture économique (Cass. soc. 24 nov. 1999. n° 97-43.054) ou la suppression de son poste (Cass. soc. 20 nov. 2007, n° 06-41.212)

- La période d'essai ne doit pas avoir pour objet de tester la viabilité d'un emploi. Même si la Cour de cassation ne l'exprime pas aussi directement dans ses arrêts, une rupture de la période d'essai pour motif économique semble à proscrire. Ceci ne signifie pas pour autant que le salarié à l'essai sera spécialement protégé contre la rupture de son contrat de travail. Seulement, si l'employeur envisage la suppression de son poste, il faudra qu'il le fasse bénéficier de toutes les garanties attachées à la procédure de licenciement pour motif économique.