

Si l'essai est souvent considéré comme un précontrat dans lequel chaque partie aurait tous les droits et particulièrement celui de le rompre librement sans motif, sans forme et sans délai alors que le droit du travail impose une obligation générale de motivation et des règles de procédures de plus en plus contraignantes, il serait aussi illusoire qu'imprudent de considérer qu'il s'agit d'un outil souple de relations sociales. L'essai, certes déroga-toire du droit commun du travail, ne constitue ni une forme avancée de relations salariales ultra-libérales, ni même le précurseur du récent et polém-ique Contrat première embauche. En réalité l'essai est très rigoureusement encadré par le Code du travail tant au moment de sa conclusion (I) qu'à son terme et dans les conditions dans lesquelles l'essai prend fin (II).

I. SUR LA VALIDITÉ DE LA PÉRIODE D'ESSAI

A – Sur la rigueur de la période d'essai initiale

1 – Sur la nécessité de la preuve de l'accord express des parties

La période d'essai ne se présume pas et doit être fixée dans son principe et dans sa durée dès l'enga-gement du salarié (1) et en tout état de cause avant le terme de la période initiale (2).

La période d'essai implique l'accord exprès des parties (3) et ne peut résulter ni du silence du sala-rié (4), ni de la poursuite du contrat de travail par le salarié (5).

En revanche, bien que cette situation soit peu fré- quente, si la convention collective impose un essai et prévoit que tout contrat ou tout engagement comporte une période d'essai ; il n'est pas obliga- toire que la période d'essai soit rappelée dans le contrat de travail à condition qu'il soit démontré que le salarié a eu connaissance de l'existence de la convention collective au moment de son embau- che (6).

Ainsi, l'accord des parties est établi dès lors que le salarié signe un contrat ou une lettre d'enga- gement mais également lorsqu'il a mentionné dans un courrier : « *en l'espèce, mon accord est bien express et sans équivoque* » (7).

Les difficultés apparaissent lorsque les termes de l'accord des parties sont ambigus (clause incom- plète, date incertaine du contrat...) ou encore plus simplement lorsqu'il n'a pas été formalisé par écrit.

La jurisprudence ne semble pas aujourd'hui rete-

Renaud RIALLAND
Avocat à la Cour

nir une obligation *ad validitatem* de l'écrit de la période d'essai mais *ad probationem* : l'absence de contrat mentionnant la période d'essai n'est pas *in abstracto* une cause de nullité ou d'inopposabilité de la période d'essai (puisqu'elle peut valablement avoir été aussi expressément que verbalement conclue) mais elle est *in concreto* une source importante de contestations (réelles ou artificiel- les) et de litiges prud'homaux.

En effet, si l'écrit constitue une règle de validité du contrat à durée déterminée, tel n'est pas le cas du contrat à durée indéterminée dont l'écrit ne constitue qu'une règle de preuve. Ainsi, la validité du contrat à durée indéterminée, régie par le prin- cipe du consensualisme, est détachée de la règle *ad validitatem* de l'écrit (sauf à ce que les dispositions conventionnelles aient prévu le contraire).

Devant les instances prud'homales, si la preuve par écrit est vivement recommandée, elle ne cons- titue pas la règle puisque la preuve par tout moyen est admise et notamment la preuve testimoniale.

Concrètement si la période d'essai peut valable- ment être convenue verbalement (sauf prescrip- tions conventionnelles contraires), cette situation est vivement déconseillée puisque la preuve d'un accord verbal reste délicate à rapporter, a fortiori en l'absence de témoin et en l'absence de tout autre écrit (échanges de lettres, d'emails...) dans un domaine dans lequel le Code du travail et le droit positif sont particulièrement pointilleux. Dans une hypothèse judiciaire, le salarié est susceptible de bénéficier de la présomption légale favorable « *en cas de doute il profite au salarié* » au terme de laquelle, en l'absence de preuve de l'accord express des parties, il sera jugé qu'il n'existe pas et que l'essai est inopposable au salarié.

2 – Sur la durée maximale et la computation de la période d'essai

La durée de la période d'essai peut être librement convenue par les parties sans pouvoir néanmoins dépasser les durées maximales prévues par la loi et par la convention collective applicable (8) même en l'accord des parties.

Précisément une clause conventionnelle selon laquelle « *sauf disposition particulière, la durée de l'essai est de trois mois* » (exemple : article 8 de la convention collective nationale du 31 août 1955 relative aux ingénieurs cadres et assimilés des tra- vaux publics) ne permet pas aux parties de stipuler une période d'essai contractuelle supérieure à trois mois mais seulement de convenir d'une durée plus courte (9).

En outre la période d'essai doit être proportion-

(1) Cass. soc., 6 avril 1999 ; 28 juin 2000 ; 30 octobre 2002, n° 00-46.231.

(2) Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-44.449 ; 19 avril 2000, n° 98-41.048 ; 4 octobre 2000, n° 98-44.458.

(3) Cass. soc., 23 janvier 1997, n° 94-44.357, Bull. civ. V, n° 33.

(4) Cass. soc., 5 mars 1996, n° 93-40.080.

(5) Cass. soc., 30 janvier 1996, n° 92-43.981 et 6 juin 2001, n° 99-42.35.

(6) Cass. soc., 23 avril 1997, n° 94-42.525 ; 26 septembre 2002 n° 00-46.431.

(7) Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-45.170.

(8) Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-41.220 et 17 janvier 1995, n° 91-43.011.

(9) Cass. soc., 30 juin 1999, n° 97-42.942, Bull. civ. V, n° 317, p. 230 et C. Versailles (6° ch. soc.), 29 novembre 2005, Rabiller c/ Dehe TP, RG 05/01846.

née à son objet et doit donc être conforme avec le temps nécessaire pour tester les aptitudes du salarié, au regard de sa qualification et de l'emploi envisagé (10). Une période d'essai de 3 mois pour un apprenti serait de nature à être déclarée abusive dans la mesure où elle serait trop longue pour mesurer l'aptitude d'un jeune salarié dont le travail consiste essentiellement en des tâches d'exécution immédiate.

Enfin, la Cour de Cassation a récemment confirmé une précision pratique substantielle sur la computation de la période d'essai et plus précisément sur le point de départ de la période d'essai : « *les dispositions de l'article 641, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, propres à la computation des délais de procédure, ne s'appliquent pas au calcul de la durée d'une période d'essai, laquelle, sauf disposition contraire commence le jour même de la conclusion du contrat de travail, de sorte que la période d'essai de un mois, renouvelée une fois pour une durée équivalente, ayant commencé à courir le 14 mai 2001 avait expiré le 13 juillet 2001 à minuit* » (11).

Le point de départ de l'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat alors que la date de signature du contrat (12) ou la date de prise effective des fonctions (13).

Concrètement, une période d'essai de 2 mois débutant le 10 mai expire le 9 juillet à minuit.

Enfin une période d'essai stipulée en jours doit être décomptée en jours calendaires et non en jours travaillés contrairement à ce que précisait la circulaire DRT n° 90-18 du 30 octobre 1990 (14). Par exemple une période d'essai de 30 jours, mois débutant le 1^{er} mars prend fin le 30 mars à minuit. Si la période d'essai prend fin le dimanche ou un jour férié, la fin n'est pas reportée au jour suivant.

B – Sur la rigueur du renouvellement de la période d'essai

1 – Sur le renouvellement contractuel de la période d'essai

La jurisprudence distingue deux types de situations selon qu'il existe ou non des dispositions spécifiques de la convention collective applicable.

En l'absence de disposition conventionnelle, le renouvellement n'est valable que s'il a été expressément prévu par le contrat de travail initial (15) au moment de sa conclusion.

En présence d'une convention collective, si

(10) Cass. soc., 28 février 1990, n° 87-42.657.

(11) Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544, n° 786, Lamy soc., Bull. act., n° 201, avril 2006 et 23 mars 1983, n° 80-41.976.

(12) C. Douai, 30 juin 1999, n° 98-10.224, RJS 12/99, n° 1435.

(13) Cass. soc., 18 juin 1996, n° 2849, RJS 8-9 /96, n° 888.

(14) Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.701, Lamy Soc., Bull. act., n° 193, juillet 2005.

(15) Cass. soc., 6 avril 1999, n° 97-41.266.

celle-ci ne prévoit pas expressément la possibilité du renouvellement, il est impossible d'y déroger (16) nonobstant l'accord contraire des parties (17).

Enfin si la clause de renouvellement de la période d'essai doit avoir été prévue dans le contrat de travail initial, l'acte de renouvellement ne peut valablement avoir été établi et signé le même jour que le contrat de travail initial (18), a fortiori alors que l'avenant n'est pas daté (19).

2 – Sur l'accord express du salarié au renouvellement avant la fin de la période initiale

La jurisprudence confirme la nécessité de l'accord express du salarié au renouvellement de la période d'essai (20) en précisant que cet accord « *ne pouvait résulter de la seule poursuite (par elle) du travail* » (21) ni de son absence de réserve sur la lettre de prolongation (22).

La jurisprudence impose en outre que l'accord express intervienne au cours de la période initiale (23) et en tout état de cause « *avant la fin de la période initiale* » (24).

Enfin, en l'absence de contrat, « *lorsque la convention collective prévoit que l'employeur doit notifier par écrit à l'intéressé les motifs de sa reconduction de l'essai* », la simple notification verbale du renouvellement n'a aucune valeur et rend l'engagement définitif (25).

II. SUR LA FIN DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La fin de la période d'essai, suivie ou non de son renouvellement, donne naissance à une alternative : la poursuite de la relation salariale entre les parties ou la rupture discrétionnaire de l'essai.

Si la rupture peut valablement intervenir sans être motivée, elle reste subordonnée à l'absence d'abus de l'employeur (A). Enfin, quand bien même la rupture ne serait pas abusive, le salarié conserve le droit de remettre en cause la validité de l'essai (et du renouvellement) mais aussi de la notification de la fin de l'essai pour demander la requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse (B).

A – Sur la fausse souplesse du droit discrétionnaire de rompre

La rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai ou au cours de son renouvellement

(16) Cass. soc., 15 juin 2000, n° 97-45.565.

(17) Cass. soc., 1^{er} février 2000.

(18) Cass. soc., 5 mai 2004, jurisdata n° 2004 02 35 13, TPS 2004, comm. 224.

(19) Cass. soc., 2 mars 2005, n° P 02 47 400 FD, SARL Plougadis c/ Aucher, jurisclasseur Travail, mai 2005, p. 22.

(20) Cass. soc., 19 avril 2000, n° 98-41.048 ; 11 octobre 2000, n° 98-45.170.

(21) Cass. soc., 4 octobre 2000, n° 36 39, RJS 12/00, n° 1215.

(22) Cass. soc., 5 mars 1996, n° 991, RJS 4/96, n° 373.

(23) Cass. soc., 23 janvier 1997, n° 326, RJS 3/97, n° 248.

(24) Cass. soc., 21 juin 2004, n° 01-46.840.

(25) Cass. soc., 31 décembre 1995.

revêt un caractère dérogatoire aux règles protectrices du droit du travail (article L. 122-4) puisque « chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation discrétionnaire, sans avoir à alléguer de motifs »⁽²⁶⁾ et « si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserves de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »⁽²⁷⁾.

La notion d'abus relève d'une part des règles générales de la responsabilité contractuelle (article 1147 et suivants du Code civil) et d'autre part de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail (article L. 120-4 du Code du travail) mais également de l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'abus du droit de résiliation a été récemment retenu dans l'hypothèse d'une rupture intervenue deux semaines après le début des relations alors que « l'employeur avait mis fin à la période d'essai moins de deux semaines après le début des relations contractuelles et que le salarié qui venait de démissionner de son emploi précédent, avait été engagé après de longues négociations avec le président-directeur général, qu'il n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions » et la Cour de Cassation de juger que l'employeur avait agi avec une « légèreté blâmable et abusé de son droit de résiliation »⁽²⁸⁾.

Il a également été jugé que « l'employeur avait mis fin à la période d'essai une semaine après le début des relations contractuelles et que le salarié, âgé de 45 ans, venait de démissionner de son emploi précédent, qu'il effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et qu'il n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer les fonctions qui lui avaient été attribuées, a pu décider que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et abusé de son droit de résiliation »⁽²⁹⁾.

À l'inverse la simple notification de la rupture de l'essai le dernier jour de la période d'essai ne suffit pas en soi à caractériser un abus⁽³⁰⁾ en l'absence d'autres éléments probants.

L'abus peut également être démontré lorsque la preuve de motifs discriminatoires ayant présidé à la rupture de la période d'essai est rapportée (confession religieuse, état de santé...), ce qui constitue l'une des situations traitées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'éga-

lité (Halde) (exemple : rupture d'une période d'essai consécutive à l'annonce du mariage d'une employée : Cass. soc., 17 mars 1971, n° 70-40.149).

Ainsi outre l'absence d'obligation de justifier la décision de mettre fin au contrat de travail, la notification de la rupture n'obéit à aucune formalité particulière⁽³¹⁾ sauf si ce n'est celle de la preuve de la date de notification de la rupture.

La rupture sous forme de déclaration orale est dénuée de validité quand bien même elle aurait été effectuée en présence du personnel de la société⁽³²⁾.

Aussi, la remise d'une lettre en mains propres contre décharge ou l'envoi d'une lettre recommandée s'impose pour éviter toute contestation inu-

tile. Lorsque la rupture est notifiée par lettre, la jurisprudence retient le jour de l'envoi de la lettre (et non la première présentation postale) pour déterminer si cette rupture est intervenue avant ou après la fin de la période d'essai⁽³³⁾.

La limite du droit discrétionnaire de rompre est d'abord constituée par des situations spécifiques : – la législation relative aux accidents du travail, aux femmes enceintes... Ainsi, la rupture de la période d'essai ne peut intervenir que pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat de travail par suite de circonstances indépendantes de la volonté du salarié⁽³⁴⁾,

– lorsque la lettre de rupture invoque un motif disciplinaire, elle implique l'obligation de mettre en œuvre la procédure et les garanties disciplinaires (lettre de convocation, entretien...) ⁽³⁵⁾.

Outre ce qui précède, la rupture de la période d'essai ne peut intervenir librement si elle n'a pas été portée à la connaissance du salarié avant l'expiration de la période (éventuellement renouvelée ou reconduite)⁽³⁶⁾.

Dans l'hypothèse d'un abus de droit de la rupture de la période d'essai, l'indemnisation du salarié est régie par les principes généraux de la responsabilité contractuelle : l'indemnisation de tout le dommage et rien que le dommage... à charge pour le salarié de rapporter la preuve de ses dommages et de l'adéquation avec ses demandes indemnitaires et à charge pour l'employeur d'en contester la réalité.

B – Sur la requalification de la période d'essai non concluante en contrat de travail à durée indéterminée avec toutes conséquences de

(26) Cass. soc., 26 juin 1986, n° 83-46.058.

(27) Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224.

(28) Cass. soc., 15 novembre 2005, Cuir c/ Degeorges, pourvoi n° 03-47.456, arrêt 2246 D.

(29) Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224.

(30) Cass. soc., 25 octobre 1995, Union des mutuelles du Vaucluse c/ Giacconne, n° 92-41.866.

(31) Cass. soc., 9 décembre 1998, n° 97-42.158.

(32) Cass. soc., 7 février 2001, n° 541, RJS 4/01, n° 402 ; 5 décembre 2001, n° 5104, RJS 2/02, n° 138.

(33) Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-40.650.

(34) Cass. soc., 26 octobre 2003, n° 90-43.936 ou Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-44.325.

(35) Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750.

(36) Cass. soc., 9 octobre 1997, n° 33 91.

droit

La rupture de la période d'essai peut valablement être intervenue sans aucun abus sans que le risque judiciaire ne soit néanmoins totalement exclu.

En effet, si la juridiction prud'homale est généralement saisie pour statuer sur la rupture du contrat de travail (validité de la date de notification de la rupture ou abus de la rupture), elle peut l'être également pour juger la validité de la clause contractuelle de l'essai ou du renouvellement mais aussi pour donner l'exacte qualification aux relations des parties (essai ou contrat de travail à durée indéterminée).

Une période d'essai ou un renouvellement de période d'essai déclarés non conformes au droit du travail, à la convention collective, aux accords d'entreprise ou au contrat de travail mais également une rupture hors délai de la période d'essai emporteraient la nullité ou l'inopposabilité de la période d'essai et *de facto* la requalification de la période d'essai en contrat de travail à durée indéterminée avec toutes conséquences de droit.

Dans cette hypothèse, la rupture (non plus de l'essai mais) d'un contrat de travail à durée indéterminée, intervenue au seul moyen d'une lettre non motivée de rupture, procéderait de diverses violations du Code du travail imposées pour la rupture de contrat à durée indéterminée :

- absence de procédure de licenciement (lettre de convocation à l'entretien préalable, absence d'entretien et de faculté d'être assisté),
- absence de motivation de la lettre de licenciement,
- absence de respect du délai de préavis.

Aussi, une période d'essai jugée nulle ou une notification de rupture de la période d'essai déclarée tardive sont susceptibles d'engendrer une requalification de la rupture d'une période d'essai en contrat de travail à durée indéterminée. Cette situation emporte la faculté pour le salarié de revendiquer le bénéfice des droits liés à la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée

(indemnité compensatrice de préavis minimale de l'article L. 122-6 du Code du travail) mais également ceux liés à la rupture abusive et irrégulière d'un contrat de travail (article L. 122-14-5 du Code du travail : c'est-à-dire l'indemnisation des préjudices directement induits par une rupture intervenue sans respect de la procédure et sans motif) et enfin, le cas échéant, l'indemnisation des dommages liés à la (mauvaise et inutile) publicité donnée en interne et en externe à la rupture lorsqu'elle intervient dans des conditions vexatoires ou humiliantes.

En conclusion, contrairement aux apparences et aux lieux communs en la matière, l'essai ne constitue pas une zone de non-droit mais bien une situation juridique rigoureusement encadrée et contrôlée dont le caractère dérogatoire implique une grande vigilance. L'essai est une source importante de litiges et de contentieux pour les employeurs peu vigilants et/ou trop pressés par le marché et pour certains salariés qui, après avoir été exclus, à tort ou à raison, font montre de redoutables qualités de juristes byzantins.

La rigueur du régime juridique de la période d'essai semble être l'exact contrepois du caractère discrétionnaire de la rupture.

C'est précisément cette extrême rigueur qui a récemment conduit certaines juridictions prud'homales à faire application des règles rigoureuses de la période d'essai à une situation juridique analogue, le CPE, en jugeant que si la rupture était effectivement libre, elle ne pouvait être valablement mise en œuvre si elle était abusive.

Notes

(a) Remerciements à Pauline Buferne (étudiante en licence à la Faculté de droit de Sceaux) pour ses recherches.

(b) À lire : la pertinente étude de Xavier Carsin, Interdiction de la période d'essai stipulée en cours de relation contractuelle et régime de la période probatoire (*JCP social*, n° 23 du 29 novembre 2005).