



**Droit du travail**

**Le contrat**

**de**

**Travail**

**La période d'essai**

**M.A. MARCANTONI**

Docteur Ingénieur en Sciences Physiques

Doctorant en Droit du Travail

Conseiller Prud'homal

**Paris**  
**édition 2.2**  
**mars 2019**

## Sommaire

# LE CONTRAT DE TRAVAIL

## Titre 1

### FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Qui peut conclure un contrat de travail ?

Le contrat doit-il être écrit ?

Rédiger le contrat de travail : quelles règles respecter ?

Le contrat de travail peut-il comporter une période d'essai ?

## Titre 2

### EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

#### Titre 2, section 1

1. **La rémunération du travail.**

#### Titre 2, section 2

2. **Les conditions de travail.**

#### Titre 2, section 3

3. **La période d'essai**

- 3.1. **Définition de la période d'essai.**

- 3.1.1. Principe.

- 3.1.2. Autres périodes.

Test professionnel.

Période probatoire.

Période d'adaptation.

- 3.2. **Conditions de mise en place.**

- 3.2.1. Condition de forme.

Existence.

- Contenu de la clause.
- Cas des contrats précaires.
- 3.2.2. Support de la clause relative à la période d'essai.
  - Sources alternatives.
  - Source unique.
  - Sources multiples.
  - Sources exclusives.
  - Conventions collectives.
  
- 2.3. Renouvellement de la période d'essai.**
  - 3.3.1. Faculté de renouveler.
    - Principe.
    - Exceptions.
    - Finalité.
  - 3.3.2. Modalités du renouvellement.
    - Consentement des parties.
    - Accord de branche étendu.
    - Lettre d'engagement ou contrat de travail.
  - 3.3.3. Avenant de renouvellement.
    - Un accord exprès.
    - Une période initiale.
  
- 3.4. Durée de la période d'essai.**
  - 3.4.1. Principe.
  - 3.4.2. Contrat à Durée Indéterminée.
    - Limites légales.
    - Employé ou ouvrier.
    - Agent de maîtrise ou technicien.
    - Cadre.
  - 3.4.3. Contrat à Durée Déterminité.
    - Principe.
    - CDD de 6 mois maximum.
    - CDD supérieur à 6 mois.
    - CDD sans terme précis.
  - 3.4.4. Contrat de Travail Temporaire (ou contrat de mission).
    - Contrat de 1 mois maximum.
    - Contrat entre 1 et 2 mois.
    - Contrat supérieur à 2 mois.
  - 3.4.5. Cas particuliers.
    - Assistants maternelles.
    - VRP.
    - Marins.
    - Emploi jeune.
  - 3.4.6. Renouvellement de la période d'essai.
    - Principe.
    - Cas particuliers.

- 3.4.7. Durées plus favorables.
  - Application du principe de faveur.
  - Dispositions transitoires.
  - Egalité de traitement.
  - Articulation entre accords collectifs.
  - Articulation entre accord collectif et contrat.
- 3.4.8. Durées moins favorables.
  - Principe et sanction.
  - Exceptions.
  - Cas du contrat de mission.
  - Personne publique employant des salariés de droit privé.
- 3.5. Effets de la période d'essai.**
  - 3.5.1. Rémunération de la période d'essai.
  - 3.5.2. Exécution de la période d'essai.
  - 3.5.3. Etendue de la période d'essai.
    - Avant le commencement de l'exécution.
    - Commencement de l'exécution.
    - Modulations contractuelles.
    - Transaction
  - 3.5.4. Fin de la période d'essai.
    - Principe.
    - Décompte de la période.
    - Modulations contractuelles.
    - Cas particulier des marins.
  - 3.5.5. Prorogation de la période d'essai.
  - 3.5.6. Caducité de la période d'essai.
  - 3.5.7. Suspension de la période d'essai.
- 3.6. Rupture anticipée de la période d'essai.**
  - 3.6.1. Liberté de la rupture.
    - Absence de motif.
    - Absence de conditions.
    - Manifestation d'une volonté explicite.
    - Cas de la rupture verbale.
  - 3.6.2. Encadrement de la rupture.
    - Limite liée à l'abus de droit.
    - Sanction de l'abus : dommages et intérêts.
    - Limites liées aux règles spéciales de protection des salariés.
    - Dispositions extra légales.
    - Droit disciplinaire.
  - 3.6.3. Délai de prévenance.
    - Délais légaux.
    - Délais plus favorables.
    - Rupture par l'employeur.
    - Rupture par le salarié.

- Sanction.
- 3.6.4. Délais et procédure en fonction du type de contrat.
  - Contrat à Durée Indéterminée
  - Contrat à Durée Déterminée.
  - Contrat de travail temporaire (intérim)
  - Contrat de mission.
  - Cas des marins.
- 3.7. Protection contre la fraude à la période d'essai.**
  - 3.7.1. Notion de fraude.
  - 3.7.2. Eviction frauduleuse du régime des contrats précaires.
  - 3.7.3. Eviction illégitime du régime de rupture unilatérale.
    - Principe.
    - Situations dans lesquelles le poste est maintenu.
    - Situations dans lesquelles il y a changement de poste.
    - Situation dans laquelle il y a contrats successifs avec la même entreprise.
    - Cas du reclassement du salarié.
    - Mobilité professionnelle et période d'essai.
- 3.8. Situation à l'issue de la période d'essai et points particuliers.**
  - 3.8.1. A l'issue de la période d'essai.
  - 3.8.2. Points particuliers.
    - Périodes d'essai multiples.
    - Règle en cas d'arrêt maladie pendant la période d'essai.
    - Documents à remettre en fin de contrat.

### **Titre 3**

## **RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.**

Quelles sont les situations entraînant la suspension du contrat de travail ?

### **Titre 3, section 1**

- 1. Les ruptures volontaires du contrat de travail.**
  - 1.1 La rupture conventionnelle.**
    - 1.1.1. Définition et avantages.
    - 1.1.2. Salariés concernés.
    - 1.1.3. Conditions de mise en œuvre.
    - 1.1.4. Entretien entre l'employeur et le salarié.
    - 1.1.5. Convention de rupture.
    - 1.1.6. Effets de la convention de rupture.
    - 1.1.7. Contestation en justice.
  - 1.2. La rupture conventionnelle collective.**

### **1.3. La retraite.**

#### **Titre 3, section 2**

### **2. Rupture à l'initiative du salarié.**

#### **2.1. Démission.**

- 2.1.1. Définition.
- 2.1.2. Salariés concernés.
- 2.1.3. Procédure.
- 2.1.4. Situations de requalifications.
- 2.1.5. Préavis à respecter.
- 2.1.6. Conséquences de la démission.
- 2.1.7. Droits au chômage.
- 2.1.8. Rupture abusive.

#### **2.2. Résiliation judiciaire du contrat de travail.**

- 2.2.1. Définition de la résiliation judiciaire.
- 2.2.2. Salariés concernés.
- 2.2.3. Procédure.
- 2.2.4. Conséquences de la résiliation judiciaire.
- 2.2.5. Licenciement postérieur.

#### **2.3. Prise d'acte.**

- 2.3.1. Définition de la prise d'acte.
- 2.3.2. Salariés concernés.
- 2.3.3. Modalités de la prise d'acte.
- 2.3.4. Conséquences de la prise d'acte.
- 2.3.5. Requalification de la prise d'acte.
- 2.3.6. Une vraie prise de risques.
- 2.3.7. Prise d'acte, alternative au licenciement.
- 2.3.8. En pratique.

#### **2.4. Conclusion.**

#### **Titre 3, section 3**

### **3. Rupture à l'initiative de l'employeur.**

#### **3.1. Procédure de rupture.**

- 3.1.1. Origine de la procédure.
- 3.1.2. Enjeux de l'entretien préalable.
- 3.1.3. Déroulé de la procédure le licenciement.
- 3.1.4. Contestation de la procédure de licenciement.

- 3.1.5. Irrégularité de forme dans la procédure.
- 3.1.6. Conséquences de l'insuffisance de motivation.
  
- 3.2. Notion de cause réelle et sérieuse.**
  - 3.2.1. Définition de la cause réelle et sérieuse.
  - 3.2.2. Cause réelle.
  - 3.2.3. Cause sérieuse.
  - 3.2.4. Cause licite.
  
- 3.3. Notion de faute.**
  - 3.3.1. Définition de la faute.
  - 3.3.2. Gradation des fautes.
  
- 3.4. Licenciement pour motif personnel.**
  - 3.4.1. Cadre général.
  - 3.4.2. Motivation du licenciement.
  - 3.4.3. Contestation du licenciement.
  
- 3.5. Licenciements pour faute.**
  - 3.5.1. Règles applicables
  - 3.5.2. Licenciement pour faute simple.
  - 3.5.3. Licenciement pour faute grave.
  - 3.5.4. Licenciement pour faute lourde.
  
- 3.6. Licenciement pour inaptitude physique.**
  - 3.6.1. Définition de l'inaptitude.
  - 3.6.2. Conséquences de l'inaptitude.
  - 3.6.3. Rupture du contrat de travail pour inaptitude.
  - 3.6.4. Procédure du licenciement pour inaptitude.
  - 3.6.5. Contestations liées à l'inaptitude.
  
- 3.7. Licenciement pour motif économique.**
  - 3.7.1. Définition du licenciement économique.
  - 3.7.2. Licenciement individuel ou collectif.
  - 3.7.3. Obligations préalables de l'employeur.
  - 3.7.4. Ordre des licenciements.
  - 3.7.5. Entretien préalable.
  - 3.7.6. Lettre de licenciement.
  - 3.7.7. Préavis de licenciement et fin du contrat de travail.
  - 3.7.8. Priorité de réembauche.
  - 3.7.9. Contestation du licenciement.
  - 3.7.10. Conséquences de la remise en cause du licenciement économique.
  
- 3.8. Dommages et Intérêts en cas de licenciement abusif.**
  - 3.8.1. Situation actuelle.
  - 3.8.2. Montant des dommages et intérêts.

- 3.8.3. Sortie du barème.
- 3.8.4. Extension du plancher / plafond.
- 3.8.5. Incidence de la pluralité de motifs.

## Titre 2, section 3

### La période d'essai

#### Pour résumer...

#### Le contrat de travail peut-il comporter une période d'essai ?

Oui, c'est une possibilité laissée à l'appréciation de l'employeur et du salarié lors de la mise en place de la relation de travail. Prévoir une période d'essai permet à l'employeur comme au salarié de rompre, au cours de la période fixée, le contrat de travail sans formalité ni indemnité, mais en respectant un délai de prévenance.

**La période d'essai a pour objet de permettre à l'employeur de s'assurer que le salarié embauché convient au poste sur lequel il a été recruté. Elle permet également au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.** Elle ne présente pas un caractère obligatoire. Sa durée varie en fonction du type de contrat et de la catégorie professionnelle du salarié. Sous certaines conditions. De même, toujours sous conditions, elle peut être renouvelée, et / ou rompue de manière anticipée, dans le respect des règles spécifiques prévues par la Loi.

La période d'essai, et la possibilité de son renouvellement dans les limites fixées par la Loi, ne se présument pas : elles doivent être mentionnées dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement.

Des dispositions particulières s'appliquent au contrat à durée déterminée

Le contrat de travail ou la lettre d'engagement ne peut pas fixer une période d'essai d'une durée supérieure à celle prévue par la Loi. De même, un salarié à temps partiel ne peut se voir imposer une période d'essai plus longue que celle d'un salarié à temps plein.

Il est courant que les contrats de travail entre un employeur et un salarié comportent une période d'essai. Et il est tout aussi courant que les parties au contrat estiment être libres de rompre ladite période pratiquement sans formalité aucun.

Rien n'est moins vrai. Cette phase du contrat reste extrêmement délicate et requiert une grande attention. Les sources de litige peuvent être nombreuses et variées. Le nombre et la variété des jurisprudences est là pour en témoigner.

De même que pour la phase de décollage d'un aéronef le savoir-faire du pilote est primordial, c'est du savoir-faire des parties que va dépendre le bon déroulement de ce moment critique pour l'envol du contrat qu'est la période d'essai.

Et lorsque un litige va surgir entre les parties, le rôle du juge sera lui aussi très important. Il va lui revenir d'apprécier les situations au cas par cas. Et, ainsi que le montre ce document, la marge d'appréciation du juge est importante. Il devra donc porter une grande attention aux faits, et à leurs conséquences, avant de rendre sa décision.



### 3.1. Définition de la période d'essai.

#### 3.1.1. Principe.

Une fois le contrat de travail conclu, son exécution peut commencer par une période d'essai au cours de laquelle chacune des parties dispose d'un droit de résiliation unilatérale discrétionnaire.

**(Code du Travail, art. L. 1231-1, al. 2)**

L'objectif de la période d'essai est clairement défini par la Loi :

*“ La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience. Elle permet également au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1221-20)**

Le principe de l'existence d'une possibilité de mettre en place une période d'essai trouve sa limite dans une utilisation frauduleuse qui en serait faite pour contourner les règles protectrices du recours aux contrats à durée déterminée ou bien encore des règles qui régissent la rupture unilatérale du contrat de travail.

#### 3.1.2. Autres périodes.

Il importe toutefois de ne pas confondre la période d'essai avec d'autres dispositions assez proches.

- **Test professionnel.**

Celui-ci est mis en place avant la conclusion du contrat et il constitue une technique ou méthode de recrutement.

**(Cass. soc., 4 janvier 2000, n° 97-41154 : Bull. civ. 2000, V, n° 4 ; TPS 2000, comm. 89)**

Cette “ mise à l'essai ”, et non période d'essai, n'est pas une période de travail impliquant que le salarié soit placé dans des conditions normales d'emploi.

**(Cass. soc., 4 janv. 2000, précitée.)**

Le test professionnel, effectué avant la signature du contrat de travail, consiste à proposer au candidat que l'on envisage d'embaucher de se soumettre à un test ou une épreuve pratique pour contrôler ses qualifications ou aptitudes à occuper l'emploi auquel il postule. Il s'agit par exemple de demander à un candidat au poste de secrétaire de dactylographe un certain

nombre de lettres en un temps déterminé ou de rédiger sous la dictée. Cette méthode est encadrée par les principes de transparence et de pertinence posés par la législation et la réglementation.

*“ Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d’aide au recrutement utilisées à son égard.*

*Les résultats obtenus sont confidentiels.*

*Les méthodes et techniques d’aide au recrutement ou d’évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1221-8)**

- **Période probatoire.**

**a) Principe.**

A l’occasion d’une promotion, l’employeur peut souhaiter se réserver la possibilité de vérifier les capacités professionnelles du salarié à exercer ses nouvelles fonctions. A cette occasion :

- la stipulation d’une période d’essai est illicite,  
(Cass. soc., 30 mars 2005 : Dr. soc. 2005, p. 810, note J. MOULY : JCPS 2005, 1369, note X. CARSIN : RJS 6/2005, n° 594. – Cass. soc., 30 nov. 2005, n° 03-47\_396)
- puisque le salarié ne peut renoncer par avance au droit du licenciement au cours des relations contractuelles.  
**(Code du Travail, art. L. 1231-4)**

La période probatoire trouve sa justification dans le souci de tenir compte des besoins raisonnables d’une entreprise en matière d’appréciation de la capacité d’un salarié à occuper un autre poste à la suite d’une promotion professionnelle. Ceci a conduit la jurisprudence à reconnaître la validité de la période probatoire.

Dans l’hypothèse où, l’employeur aurait injustement prévu une période d’essai, au lieu d’être annulée, la période d’essai éventuellement signée sera requalifiée en période probatoire.  
(Cass. soc., 30 mars 2005, précitée.)

La requalification s’étend également aux :

- périodes de test des qualités professionnelles du salarié éventuellement stipulées dans un second contrat ou dans un avenant.  
(Cass. soc., 30 mars 2005, précitée)
- et à celles qualifiées par les parties de “ période d’adaptation ” qui poursuivent le même objet.  
(Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 14-10.115)

## **b) Dispositions conventionnelles.**

Des dispositions conventionnelles peuvent interdire la mise en place d'une période probatoire. Si c'est le cas, l'employeur ne peut pas imposer au salarié une période probatoire à l'occasion de son changement de poste.

Si des dispositions conventionnelles prévoient la mise en place d'une période probatoire, celle-ci doit être prévue dans le contrat de travail. Elle est notifiée dans le nouveau contrat établi à l'occasion du changement de fonction ou dans un avenant au contrat initial.

Le contrat de travail prévoit, par exemple la durée de la période probatoire et son renouvellement éventuel et les conditions de rupture de cette période.

## **c) Interruption de la période probatoire.**

La période probatoire peut être interrompue par l'employeur si le salarié ne donne pas satisfaction à son nouveau poste.

Elle peut aussi être rompue par le salarié s'il n'est pas satisfait de son nouveau poste

Le salarié retrouve alors ses anciennes fonctions.

A la différence de la période d'essai, la rupture de la période probatoire n'entraîne pas la rupture du contrat de travail.

Ses conséquences varient selon que le salarié est protégé ou non :

- cas général, la rupture de la période probatoire a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures,
- salarié protégé, si le salarié est protégé, il ne peut pas être automatiquement remplacé dans ses fonctions antérieures. Son accord est obligatoire. Faute d'accord du salarié, l'employeur peut :
  - soit le maintenir sur le nouveau poste,
  - soit saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation administrative de licenciement.

### **• Période d'adaptation.**

La clause de période d'adaptation est la stipulation par laquelle le salarié et l'employeur vérifient, lors du reclassement du salarié dans de nouvelles fonctions, l'adéquation de la solution de reclassement et confirment leur décision de collaboration. Cette clause peut être adoptée dans le cadre d'un licenciement pour motif économique et d'un reclassement en raison de l'inaptitude du salarié à son poste.

## 3.2. Conditions de mise en place.

### 3.2.1. Condition de forme.

- **Existence.**

La période d'essai ne présente pas un caractère obligatoire. Elle doit donc explicitement être prévue dès le début de la relation de travail.

Pour être valide, une période d'essai doit impérativement être prévue. Depuis la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, art. 2, en raison de son caractère dérogatoire et abdicatif, et aux termes de la Loi, *“ la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail ”*.

**(Code du Travail, art. L. 1221-23)**

Toute clause d'essai doit être fixée *“ expressément dans son principe et sa durée, dès l'engagement du salarié ”*.

**(Cass. soc., 19 février 1997, n° 93-44.053 : Bull. civ. 1997, V, n° 69. - Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-45.182)**

De même, l'employeur ne pourra se prévaloir de l'existence d'une période d'essai si elle a été seulement envisagée dans les pourparlers de négociation, mais non reprise dans la promesse d'embauche, la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Une période d'essai *“ ne peut être instituée par un usage ”*.

**(Cass. soc., 14 janvier 2004, n° 01-46.436)**

Enfin, la période d'essai s'impose au salarié dès lors qu'elle est expressément prévue dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement.

- **Contenu de la clause.**

La clause relative à la période d'essai doit être :

- **écrite.** La période d'essai ne peut pas être implicite, ainsi que le rappelle la plus par des conventions collectives,<sup>1</sup>
- **claire.** Cette exigence s'applique tant à sa dénomination qu'à sa durée,
- **acceptée** par les deux parties au contrat de travail. De manière plus précise, ne suffit pas à démontrer un accord du salarié la simple remise d'un écrit par l'employeur.

---

<sup>1</sup> Exemple : Conv. Col. des I et C de la métallurgie, article 5, point 2 : *“ Existence de la période d'essai, La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles doivent figurer expressément dans la lettre d'engagement ou dans le contrat de travail ”*.

La dénomination de la clause ne doit pas présenter de caractère équivoque. Elle doit bien porter la dénomination de “ **période d’essai** ”. En effet, une clause équivoque peut entraîner des confusions avec d’autres mécanismes contractuels. Même si les juges ne vont pas s’arrêter à la dénomination contractuelle, mais vont rechercher la volonté réelle des parties, une dénomination imprécise pourra être source de contentieux.

Cependant, dès lors qu’une clause prévoit une liberté de rupture au profit de chacune des parties, elle sera qualifiée de période d’essai.

(Cass. soc., 7 mars 1990, n° 85-44.431 : Bull. civ. 1990, V, n° 94)

Enfin, certaines situations, tel un stage probatoire encadré par une convention collective, permettent l’assimilation à une période d’essai.

(Cass. soc., 6 juillet 2005, n° 03-42.316 : Bull. civ. 2005, V, n° 238 - Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-40.650 : Bull. civ. 2005, V, n° 159. - Cass. soc., 8 janvier 1997, n° 93-40.291 : Bull. civ. 1997, V, n° 9)

La clause relative à la période d’essai doit préciser la durée de ladite période. La clause ne peut se contenter de renvoyer aux durées prévues par la Loi ou les conventions collectives (voir infra). Même si le salarié est en mesure de les connaître, il est nécessaire que la clause mentionne la durée prévue de manière explicite, ainsi que la possibilité, ou non, de renouveler la période d’essai.

(Cass. soc., 20 mai 1992, n° 90-40.930 : Bull. civ. 1992, V, n° 324)

En l’absence d’une telle mention, la clause est inopposable au salarié.

(Cass. soc., 20 mai 1992)

La preuve de l’existence de la clause relative à la période d’essai et à sa validité suppose :

- soit la signature par le salarié de la lettre d’engagement comportant ladite clause,  
(Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-25.652. - Cass. soc., 13 décembre 2000 : RJS 3/2001, n° 278 - Cass. soc., 27 octobre 1999 : RJS 12/1999, n° 1434)
- soit, en l’absence de signature, des éléments extrinsèques constituant des compléments de preuve permettant de révéler que le salarié a donné son accord, tel un échange de mails après réception d’une lettre d’engagement.

- **Cas des contrats précaires.**

La notion de période d’essai n’est pas limitée au seul Contrat à Durée Indéterminé. Les Contrats à Durée Déterminée ou les contrats d’Intérim peuvent également comporter des périodes d’essai.

Dans le cas des contrats précaires également, pour être valable la clause relative à la période d'essai doit être écrite.

**(Code du Travail, art. L. 1242-12, al 6)**

### 3.2.2. Support de la clause relative à la période d'essai.

- **Sources alternatives.**

Selon les circonstances, l'existence de la période d'essai peut trouver sa source, soit dans un ensemble de documents, soit dans un document unique.

En effet, la législation nous indique que, "**la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail**".

**(Code du Travail, art, L. 1221-23)**

La négociation d'une relation de travail résulte de la conclusion formelle d'un contrat de travail écrit, voire de la promesse d'embauche qui vaut contrat de travail dès lors que "*l'écrit précise l'emploi et la date d'entrée en fonction*".

**(Cass. soc., 15 décembre 2010 : Bull. civ. 2010, V, n° 296)**

Elle peut aussi résulter de la transmission, après pourparlers ou entretiens, par l'employeur, d'une lettre d'engagement ou d'une lettre d'embauche.

Ce caractère alternatif peut soulever des difficultés d'articulation lorsque la négociation d'une relation de travail fait apparaître tant la transmission d'une lettre d'engagement que la conclusion contrat de travail

- **Source unique.**

Certaines conventions collectives imposent que la période d'essai soit incluse dans le contrat de travail écrit. Toute mention dans la lettre d'engagement est alors inutile.

**(Cass. soc., 22 juin 1994, n° 91-41.653 : Bull. civ. 1994, V, n° 208)**

Certaines professions imposent également une période d'essai. Par exemple, pour les assistantes maternelles, la Loi instaure une période initiale de trois mois pendant laquelle la rupture du contrat est libre pour le particulier employeur

**(Code de l'action sociale et des familles, art. L. 423-24 et suivants)**

Pour les contrats précaires type CDD, la seule source relative à la période d'essai est le Code du Travail :

*" Le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une période d'essai.*

*Sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées moindres, cette période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois et d'un mois dans les autres cas.*

*Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat”.*

**(Code du Travail, art. L. 1242-10)**

Pour les contrats d'apprentissage, la notion de période d'essai est également fixée par la législation, “ Le contrat d'apprentissage peut être rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage ”.

**(Code du Travail, art. L. 6222-18)**

- **Sources multiples.**

Nous avons donc au moins trois sources possibles à la période d'essai, puisque la négociation d'une relation de travail peut résulter de :

- une promesse d'embauche, signée par l'employeur, qui vaut contrat de travail dès lors que le document précise “ l'emploi et la date d'entrée en fonction ”,  
**(Cass. soc., 15 décembre 2010 : Bull. civ. 2010, V, n° 296)**
- une lettre d'engagement signée par l'employeur,
- un contrat de travail signé par les deux parties.

Dans la pratique, il est courant qu'une promesse d'embauche ou une lettre d'engagement soit suivie d'un contrat de travail destiné à formaliser la relation de travail.

Un litige peut apparaître des lors que les différents documents entreraient en contradiction. Deux situations doivent être distinguées.

**a) Cas n° 1.**

La lettre d'embauche prévoit une période d'essai, mais le contrat ne la mentionne pas.

Deux possibilités peuvent être retenues. Soit les deux documents sont complémentaires, soit le second document est considéré comme une modification du premier.

**b) Cas n° 2.**

La lettre d'embauche ne prévoit aucune période d'essai, mais le contrat l'impose.

S'appuyant sur les dispositions d'une convention collective précisant que “ la période d'essai ne peut être prévue par les parties qu'au moment de l'embauche du salarié ”, la Cour de

Cassation a Jugé que “ la lettre d’embauche en vertu de laquelle l’intéressé avait pris ses fonctions avant la signature du contrat de travail ne prévoyait aucune période d’essai ”, si bien que la période stipulée au contrat de travail ne lui était pas opposable.

(Cass. soc., 25 janvier 2006)

Dès lors que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, la clause doit être fixée “ dès l’engagement du salarié ”. La solution peut d’ailleurs être généralisée.

(Cass. soc., 19 février 1997)

L’inopposabilité de la période d’essai est néanmoins écartée si l’employeur démontre que l’existence d’une période d’essai avait été envisagée lors des négociations antérieures à l’envoi de la lettre d’engagement et qu’elle n’avait été omise dans ce document que par erreur. Mais, dans un arrêt du 12 juin 2014, la Cour de cassation a semblé opérer un revirement de jurisprudence. Lorsque les parties concluent successivement une promesse d’embauche, sans période d’essai, et un contrat de travail comprenant une telle clause, “ l’existence d’une promesse d’embauche (...) par laquelle la société s’engageait à employer Mme X ... en qualité de serveuse aide cuisine du 11 avril 2009 au 11 octobre 2009 ne faisait pas obstacle à ce que le contrat à durée déterminée conclu le 11 avril 2009 entre les parties prévoie une période d’essai ”. La Cour d’Appel ayant, par une appréciation souveraine de la commune intention des parties, considéré qu’elles avaient entendu soumettre la relation de travail aux stipulations du second des deux contrats successivement signés le 11 avril 2009, qui prévoyait une période d’essai d’un mois, elle a exactement retenu que la rupture était intervenue au cours de cette période.

(Cass soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258)

En d’autres termes, la période d’essai stipulée dans le contrat de travail, en dépit du mutisme de la promesse d’embauche, est licite.

- **Sources exclusives.**

Aucune période d’essai n’est opposable au salarié dès lors que “ la lettre de l’employeur précisant les conditions de l’embauche et prévoyant dans l’une de ses annexes une période probatoire d’une durée d’un an n’a pas été approuvée par le salarié ”.

(Cass. soc., 19 févr. 1997, n° 93-44.053 : Bull. civ. 1997, V, n° 69)

L’employeur ne saurait se prévaloir de l’existence d’une période d’essai au sein d’un document portant information générale relative aux sources conventionnelles, usages et engagements unilatéraux et codes de conduite applicables dans l’entreprise, même remis au moment de l’embauche du salarié.

(Cass. soc., 23 novembre 1999, n° 97-43.022 : Bull. clv. 1999, V, n° 448)

Cette remise n’emporte pas contractualisation de ces documents.

(Cass. soc., 11 janvier 2000 : Dr. soc 2000, p. 837, obs. M. VÉRICEL - Cass. soc., 2 mai 2001 : RJS 7/2001, n° 834)

- **Conventions collectives.**

Les dispositions évoluent suivant que l'on se place avant ou après la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

**Avant la Loi du 25 juin 2008**, lorsque le contrat de travail ne faisait pas mention de l'existence d'une période d'essai, l'employeur ne pouvait *“ se prévaloir de la période d'essai instituée de manière obligatoire par la convention collective que si, au moment de son engagement, le salarié a été informé de l'existence de cette convention et mis en demeure d'en prendre connaissance ”*.

(Cass. soc., 15 septembre 2010, n° 09-42.277 : Bull. clv, 2010, V, n° 180. - Cass. soc., 26 septembre 2002, n° 00-43.874 : Bull. civ. 2002, V, n° 282 - Cass. soc., 23 avr. 1997, n° 94-42.525 Bull. civ. 1997, V. n° 143)

Seule exception, les contrats précaires.

(Cass. soc., 11 janvier 1994, n° 89-44.642 : RJS 2/1994, n° 130)

Quatre conditions de validité étaient formulées :

- 1) le contrat de travail ne devait pas prévoir l'existence d'une période d'essai. La référence à la convention collective n'était que supplétive de volonté. Si le contrat mentionnait l'existence d'une période d'essai, la validité de la clause était appréciée à l'aune des conditions posées par la Loi et la convention collective applicables à l'entreprise,
- 2) la période d'essai devait être instituée de manière obligatoire par la convention collective, qu'il s'agisse d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement (ce qui excluait qu'un usage ou un engagement unilatéral soit source d'une période d'essai). Tel n'était pas le cas si la convention collective indiquait que les parties *“ peuvent ”* ou *“ sont en droit de ”* stipuler une période d'essai, pour ensuite encadrer ses conditions ou ses effets,
- 3) le salarié devait être informé, au moment de son embauche, de l'existence de la convention collective, en application de l'article R. 2262-1, (anciennement L. 135-7, II, du Code du Travail). Mais la Cour de Cassation n'exigeait pas que l'employeur informe le salarié de l'existence de la période d'essai prévue par la convention collective,
- 4) le salarié devait être mis en demeure d'en prendre connaissance. Outre la remise de la notice d'information, celle-ci devait mettre en avant l'obligation de lire son contenu. La Cour de Cassation a fait une interprétation stricte de cette condition. Le fait que les modalités de consultation des conventions collectives soient affichées dans les locaux de l'entreprise ne suffisait pas.

**Depuis la Loi du 25 juin 2008**, certains accords collectifs ont été modifiés, décidant que, **seul le contrat ou la lettre d'engagement peut prévoir une période d'essai**.

Sont, en outre, intervenus des refus d'extension de dispositions conventionnelles au motif que, " dans les cas d'embauche à durée indéterminée, la période d'essai est obligatoire ", la Loi de juin 2008 ayant mis fin à la jurisprudence antérieure.

Dans ces conditions, si la lettre d'engagement, ou le contrat de travail, sont silencieux, l'employeur ne peut se prévaloir d'une période d'essai prévue par une convention collective.



### 3.3. Renouvellement de la période d'essai.

#### 3.3.1. Faculté de renouveler.

- **Principe.**

Aux termes de la législation, “ *la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement* ”.

(Code du Travail, art. L. 1221-21)

Le lecteur remarquera que le législateur n'a pas réservé la faculté de renouveler la période d'essai au seul employeur. En théorie, la faculté de renouveler est donc également ouverte au salarié, même si, à notre connaissance aucun salarié ne l'a utilisé.

Par ailleurs, le législateur utilise uniquement le terme de “ renouvellement ”. Mais, on parle parfois de “ prolongation ” en lieu et place de “ renouvellement ”. Pour la Cour de Cassation, les deux appellations sont identiques.

(Cass. soc., 25 novembre 2009, n° 08-43.008 : Bull. civ. 2009, V, n° 265. - Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-42.270)

Enfin, **cette faculté de renouvellement est unique**. Toute clause du contrat de travail prévoyant plusieurs renouvellements serait illicite, même en présence de l'accord du salarié.

(Cass. soc., 6 avril 1999, n° 97-41 .266 : Bull. civ. 1999, V, n° 158)

- **Exceptions.**

Le renouvellement de la période d'essai n'est pas prévu par les textes pour les contrats précaires et les contrats d'apprentissage. Il n'est donc pas possible pour ce type de contrat, à l'exclusion des CEJ, Contrat Emploi Jeunes, pour lesquels la Loi prévoit explicitement la possibilité d'un renouvellement d'un mois.

(Code du Travail, art. L. 5134-14, al. 2)

- **Finalité.**

Le renouvellement de la période d'essai par l'employeur doit avoir exclusivement pour objet de lui permettre, dans l'hypothèse où il aurait encore des doutes sur les compétences du salarié, de les dissiper.

Toute autre finalité pourra être considérée par les juges comme abusive et frauduleuse. (Voir infra, protection contre l'abus de période d'essai et notion de fraude)

### 3.3.2. Modalités du renouvellement.

- **Consentement des parties.**

Le consentement du salarié est nécessaire. La prolongation par décision unilatérale, un temps licite si elle avait été organisée au jour de la signature du contrat ou par la convention collective est aujourd'hui exclue.

(Cass. soc., 19 janvier 1994, n° 90-42.994 : Bull. civ. 1994, V, n° 15)

Toute prolongation unilatérale est bannie.

(Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.090 : Bull. civ. 2009, v, n° 77. - Cass. soc., 23 janvier 1997, n° 94-44.357 : Bull. civ. 1997, V, n° 33 - Cass. soc., 12 Juillet 2010, n° 09-4.1875)

Des conditions sont donc posées en vue du renouvellement touchant tant à la faculté de renouveler qu'à l'avenant de renouvellement lui-même.

- **Accord de branche étendu.**

Aux termes de la législation, le renouvellement n'est possible que si un accord de branche étendu le prévoit expressément.

(Code du Travail, art. L. 1221-21)

Cette disposition est exclusive de tout autre accord collectif, tel que, accord d'entreprise ou de groupe, accord national interprofessionnel, accord de branche non étendu, ou autre disposition.

En l'absence d'accord de branche étendu prévoyant la possibilité de renouveler la période d'essai, la clause du contrat de travail qui permet ce renouvellement est nulle.

(Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.132 : Bull. civ. 2008, V, n° 148. - Cass. soc., 25 février 2009, n° 07-40.155 : Bull. civ. 2009, V, n° 50 - Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11 -11 .444)

La Cour nous précise même que, ce renouvellement est nul, "*quand bien même la durée totale de la période d'essai renouvelée n'excéderait pas la durée maximale prévue par la convention collective*" ou la Loi.

(Cass. soc., 25 février 2009 précitée)

- **Lettre d'engagement ou contrat de travail.**

" *La possibilité (...) de renouveler* " la période d'essai ne se présume pas ; elle doit être "**expressément**" stipulée "*dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail*".

(Code du Travail, art. L. 1221-23)

Le seul fait que l'accord collectif prévoit un renouvellement ne permet pas aux parties de signer un avenant de renouvellement ; le contrat doit le prévoir. " *La situation du salarié est régie, en principe, par la norme la plus favorable* ", " *le contrat de travail ne mentionnait pas la possibilité d'un renouvellement de la période d'essai, ce dont il résultait qu'une telle possibilité était écartée* ".

(Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 96-41 .579 : Bull. civ. 1998, v, n° 483 - Cass. soc., 28 novembre 2012. n° 11-17.501)

Il résulte de ces jurisprudences que :

- la clarté est requise également pour ce qui concerne la faculté de renouveler la période d'essai, de la même manière à celle qui préside à sa stipulation (voir supra),
- l'ancienne jurisprudence qui permettait que le renouvellement ne soit prévu que par un accord collectif est désormais obsolète.

### 3.3.3. Avenant de renouvellement.

Le renouvellement de la période d'essai ne peut résulter que :

- d'un **accord exprès des parties** au cours de la période initiale,  
(Cass. soc., 10 janvier 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 4)
- selon les **conditions et les modalités fixées par l'accord de branche étendu**,  
(Code du Travail, art. L. 1221-1, al 1)
- Sachant que le contrat ne peut " *contenir une disposition moins favorable que la convention collective* ", ou la Loi.  
(Cass. soc., 11 mars 2009, précitée)

- **Un accord exprès.**

#### a) Accord.

L'accord donné par le salarié en vue du renouvellement de la période d'essai ne peut être tacite. Le consentement ne peut se déduire de la seule exécution du contrat après une proposition d'avenant présentée par l'employeur.

(Cass. soc., 10 janvier 2001, précitée - Cass. soc., 4 octobre 2000 : RJS 12/2000, n° 1215)

Ainsi, " *la réception [sans protestation] par le salarié d'une lettre confirmant la prolongation de la période d'essai ne [peut] valoir accord exprès du salarié sur le renouvellement de la période d'essai* ". En d'autres termes, l'employeur ne peut décider que l'accord du salarié découle de l'absence de réserves sur la lettre de prolongation.

(Cass. soc., 25 janvier 2011, n° 09-42.270. - Cass. soc., 5 mars 1996, n° 93-40.080 : RJS 4/1996, n° 373)

De même :

- *“ les parties ne peuvent convenir de la prolongation de l’essai par tacite reconduction ”.*  
(Cass. soc., 10 janvier 2001, précitée)
- Les parties ne peuvent conclure *“ le renouvellement de la période d’essai dès l’origine ”.*  
(Cass. soc., 11 mars 2009, précitée. - Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-44.806 : Bull. civ. 2006, V. n° 415)
- aucune clause du contrat ou disposition conventionnelle ne peut décider que le salarié accepte par avance le renouvellement de son contrat,  
(Cass. soc., 31 novembre 1989, n° 86-42.508 : RJS 12/1989, n° 905. - Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.090 : RJS 612009, n° 494)
- le renouvellement ne pouvant résulter que d’un *“ accord ”*, sont illicites les dispositions conventionnelles qui *“ prévoient une simple information du salarié ”.*  
(Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 09-41.875)

En conséquence, le salarié est libre de refuser la proposition de renouvellement faite par l’employeur.

(voir la jurisprudence applicable à la modification du contrat de travail, et en particulier, Cass. soc., 27 février 2001 : RJS 5/2001, n° 562)

L’employeur ne peut rompre la période d’essai en évoquant le fait que le salarié a refusé l’avenant, mais la rupture reste possible ne lui semblent pas avérées.

## **b) Exprès.**

L’écrit est nécessaire pour préciser la durée du renouvellement. Mais il ne suffit pas. Il faut aussi s’assurer que l’accord est né d’un consentement donné en connaissance de cause. Est exigée *“ une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié ”.*

(Cass. soc., 25 novembre n° 08-43008 : Bull. civ. 2009, V, n° 265)

En particulier :

- *“ Ne peut valoir accord exprès (...) sur le renouvellement de la période d’essai la signature (...) apposée sur le document d’évaluation adressé par l’évaluateur à l’employeur avec proposition de renouvellement de la période d’essai ”.*  
(Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-46.406 : Bull. civ. 2006, V, n° 104)
- *“ La seule apposition de sa signature sur un document établi par l’employeur ”* ne suffit pas,  
(Cass. soc., 25 novembre 2009, précitée)
- Le *“ contreseing ”* reste équivoque car il ne prouve pas que le salarié ait lu le document et a été informé de son droit de refuser  
(Cass. soc., 8 juillet 2015, n° 14-11.762)

- dès lors que les termes en sont ambigus, le courriel adressé par un salarié en réponse à celui de l'employeur l'informant du possible renouvellement de sa période d'essai ne constitue pas un accord exprès au renouvellement.  
(Cass. soc., 16 Juin 2010, n° 08-43.244)

Il est conseillé à l'employeur d'exiger une mention manuscrite du salarié. A été jugé valable le renouvellement opéré après que le salarié eut écrit " *mon accord pour le renouvellement est bien exprès et sans équivoque* ".

(Cass. soc., 11 octobre 2000 : RJS 12/2000, n° 1215)

### c) Conventions collectives.

Certaines conventions collectives exigent des formes particulières, telles que :

- la notification " *par lettre recommandée avec accusé de réception* ",  
(Cass. soc., 3 novembre 2010 n° 09-68.987. - Cass. soc., 7 janvier 1992 n° 88-42.293 : Bull. civ. 1992, v, n° 6)
- le contrat ne pouvant " *déroger à ces dispositions dans un sens défavorable au salarié* " (Cass. soc., 3 novembre 2010, précitée)
- " *une demande écrite du salarié* ", décidant que l'accord du salarié à une demande de l'employeur est inefficace,  
(Cass. soc. 18 mars 1992, n° 88-44.147 : Bull. civ. 1992, V, n° 197)
- " *l'existence de circonstances exceptionnelles de nature à Justifier le recours* " au renouvellement, l'accord collectif précisant que la période d'essai pourrait « être exceptionnellement augmenté ».  
(Cass. soc., 30 janvier 1991, n° 87-42.912 : Bull. civ. 1991, V, n° 50)

- **Une période initiale.**

L'existence de la période initiale est impérative. En effet, le renouvellement doit intervenir " **au cours de la période initiale** ".

(Cass. soc., 10 janvier 2001 précitée)

" La faculté de prolongation par accord des deux parties ne peut jouer qu'au cours de l'essai ". La Cour de Cassation a précisé que " lorsqu'un acte dont la validité dépend de sa date ne mentionne pas celle-ci, il appartient à celui qui se prévaut de cet acte d'apporter la preuve de la date à laquelle il a été signé ".

(Cass. soc, 2 mars 2005, n° 02-47.400)

**a) Au cours...**

“ Au cours ” signifie que le renouvellement ne peut avoir lieu ni avant, ni après, la période d’essai initiale prévue au contrat.

Eu égard à la finalité du renouvellement, l’accord du salarié est nécessairement postérieur à la conclusion du contrat et au commencement d’exécution de la prestation. L’avenant signé le même jour que le contrat initial rend le renouvellement illicite.

*“ Ayant constaté que l’exemplaire du document dactylographié intitulé « avenant renouvelant la période d’essai » produit par le salarié ne mentionnait pas sa date alors que l’exemplaire produit par l’employeur portait la date manuscrite du 18 mars 2000, la cour d’appel, appréciant souverainement les éléments qui lui étaient soumis, a retenu que le salarié apportait la preuve que l’avenant avait été établi et signé le même jour que le contrat de travail initial ; elle a pu en déduire qu’en l’absence de renouvellement valable, la période d’essai avait expiré le 19 mars 2000 et que la rupture intervenue sans motif, postérieurement à cette date, à l’initiative de l’employeur, s’analysait en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ”.*

*(Cass. soc., 2 mars 2005, précitée)*

**b) ... de la période initiale.**

La conclusion de l’avenant de renouvellement doit intervenir avant l’expiration de la période d’essai.

*(Cass. soc., 29 novembre 2000, n° 99-40.174 RJS 212001, n° 162)*

A cet égard, “ **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** ”, et non en fonction des jours ouvrés ou ouvrables.

*(Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-72.165)*

Une semaine calendaire est de sept jours ; un mois calendaire est calculé de date à date (par ex., du 15 du mois au 14 du mois suivant inclus) ; lorsque le point de départ est fixé le premier jour d’un mois, il respecte le calendrier de l’année en cause.

Pour éviter des erreurs de calcul, la clause d’essai peut prévoir de ne prendre en compte que :

- les jours ouvrés,  
*(Cass. soc., 21 février 1990, n° 87-40.175 : Bull. civ. 1990, V, n° 76)*
- ou le jour de fin de la période d’essai. Dans ce cas, la période initiale se terminera le jour prévu par le contrat à minuit. La Cour estime que “ *dénature les termes clairs et précis de la clause d’un contrat de travail prévoyant une période d’essai d’un mois du 3 avril au 3 mai, la cour d’appel qui fixe le terme de cette période le 2 mai à minuit* ”.  
*(Cass. soc., 28 juin 1989, n° 87-43.789 : RJS 8-9/1989, n° 661,)*

**c) Conventions collectives.**

Certaines conventions collectives encadrent la période de renouvellement en décidant, notamment, que le renouvellement ne pourra intervenir “ *au plus tard quinze jours ouvrables avant l’expiration de la période initiale de deux mois* ”.

(Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-68.987)

Le contrat ne peut “ *déroger à ces dispositions dans un sens défavorable au salarié* ”.

(Cass. soc., 3 novembre 2010, précitée)

A défaut de respecter les stipulations de la convention collective applicable, l’essai n’a pas été “ *valablement renouvelé* ”.

(Cass. soc., 3 novembre 2010, précitée)



### 3.4. Durée de la période d'essai.

#### 3.4.1. Principe.

Les durées maximales d'une période d'essai, et celle de son renouvellement, sont encadrées par la Loi. Ceci n'exclut pas des durées plus favorables au salarié, issues de la convention collective ou du contrat de travail, mais écarte les stipulations moins favorables.

La durée de la période d'essai varie également en fonction ;

- du type de contrat,
- de la catégorie socio professionnelle.

Des durées spécifiques sont prévues pour certaines professions.

#### 3.4.2. Contrat à Durée Indéterminée.

- Limites légales.

*“ Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :*

*1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;*

*2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ;*

*3° Pour les cadres, de quatre mois ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1221-19)**

- Employé ou ouvrier.

La durée maximale légale de la période d'essai initiale d'un CDI est fixée à **2 mois**.

Elle est renouvelable une fois (soit 4 mois maximum), si les 3 conditions suivantes sont réunies :

- possibilité de renouveler la période d'essai est prévue par accord de branche étendu
- possibilité clairement indiquée dans le contrat de travail (ou la lettre d'engagement),
- accord manifeste du salarié pour renouveler la période d'essai, durant la période d'essai initiale, par écrit ou par courriel.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le

décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Par exemple, une période d'essai de 2 mois qui débute un 15 mars doit prendre fin le 14 mai suivant à minuit (même si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié).

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

- **Agent de maîtrise ou technicien.**

La durée maximale légale de la période d'essai initiale d'un CDI est fixée à **3 mois**.

Elle est renouvelable une fois (soit 6 mois maximum), si les 3 conditions suivantes sont réunies :

- possibilité de renouveler la période d'essai est prévue par accord de branche étendu
- possibilité clairement indiquée dans le contrat de travail (ou la lettre d'engagement)
- accord manifeste du salarié pour renouveler la période d'essai, durant la période d'essai initiale, par écrit ou par courriel.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Par exemple, une période d'essai de 2 mois qui débute un 15 mars doit prendre fin le 14 mai suivant à minuit (même si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié).

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

- **Cadre.**

La durée maximale légale de la période d'essai initiale d'un CDI est fixée à **4 mois**.

Elle est renouvelable une fois (soit 8 mois maximum), si les 3 conditions suivantes sont réunies :

- possibilité de renouveler la période d'essai est prévue par accord de branche étendu,
- possibilité clairement indiquée dans le contrat de travail (ou la lettre d'engagement),

- accord manifeste du salarié pour renouveler la période d'essai, durant la période d'essai initiale, par écrit ou par courriel.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Par exemple, une période d'essai de 2 mois qui débute un 15 mars doit prendre fin le 14 mai suivant à minuit (même si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié).

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

### 3.4.3. Contrat à Durée Déterminée. CDD

- **Principe.**

Il est fixé par la législation :

*“ Le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une période d'essai. Sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées moindres, cette période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois et d'un mois dans les autres cas. Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1242-10)**

- **CDD de 6 mois maximum.**

La durée de la période d'essai est fixée en fonction de la durée du contrat.

Elle est calculée à raison d'**un jour par semaine, sans pouvoir dépasser 2 semaines** (sauf convention collective ou usage prévoyant une durée inférieure).

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Par exemple, une période d'essai de 2 semaines qui débute un 3 mai doit prendre fin le 16 mai suivant à minuit (même si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié).

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Le début de la période d'essai ne peut pas être différé.

- **CDD supérieur à 6 mois.**

La durée de la période d'essai est fixée à **1 mois** (sauf convention collective ou usage prévoyant une durée inférieure).

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Par exemple, une période d'essai de 2 semaines qui débute un 3 mai doit prendre fin le 16 mai suivant à minuit (même si ce dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié).

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Le début de la période d'essai ne peut pas être différé.

- **CDD sans terme précis.**

Lorsque le CDD ne comporte pas de terme précis, une durée du contrat minimale doit être prévue. La durée de la période d'essai est alors calculée en fonction de cette durée minimale.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

#### **3.4.4. Contrat de Travail Temporaire (ou contrat de mission).**

La Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, en son article 56, est venue créer un contrat de travail temporaire, le contrat de mission. La législation pose que, " *le contrat de mission 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".*

**(Code du Travail, art. L. 1251-14)**

- **Contrat de 1 mois maximum.**

La période d'essai est fixée par des dispositions conventionnelles ou collectives ou, à défaut, à 2 jours maximum.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

- **Contrat entre 1 et 2 mois.**

La période d'essai est fixée par des dispositions conventionnelles ou collectives ou, à défaut, à 3 jours maximum.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

- **Contrat supérieur à 2 mois.**

La période d'essai est fixée par des dispositions conventionnelles ou collectives ou, à défaut, à 5 jours maximum.

La période d'essai, qu'elle soit exprimée en jours, en semaines ou en mois, se décompte de manière calendaire (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires). Le décompte est effectué de la même manière pour le salarié à temps plein et le salarié à temps partiel.

Elle débute obligatoirement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Il n'est pas possible de différer le début de la période d'essai.

### 3.4.5. Cas particuliers.

- **Assistantes maternelles.**

La période d'essai des assistantes maternelles est **au maximum de trois mois**. Cette durée se déduit de la formulation du code de l'action sociale et des familles qui pose que "*La décision de l'assistant maternel de ne plus garder un enfant qui lui était confié depuis au moins trois mois...*"

**(Code de l'action sociale et des familles, art. L. 423-26)**

- **VRP.**

Pour les VRP, la législation pose que, "*le contrat de travail peut comporter une période d'essai dont la durée ne peut être supérieure à trois mois*".

**(Code du Travail, art. L. 7315-5)**

- **Marins.**

La durée maximale de la période d'essai est, **pour les officiers, de quatre mois et pour les autres personnels, de deux mois**.

**(Code des transports, art. L. 5542-15)**

En cas de renouvellement, la période d'essai ne peut dépasser, pour les officiers 8 mois, et pour les autres personnels, quatre mois.

- **Emploi jeune.**

Les contrats emplois jeunes (CEJ, ou bien NSEJ pour "nouveaux services emplois jeunes") ont été créés en 1997. Ils sont destinés aux jeunes de moins de 26 ans sans emploi ainsi qu'à ceux de 26 à 30 ans non indemnisables par l'Unédic.

Le législateur est venu réglementer la période d'essai qui peut y être associé, "*il comporte une période d'essai d'un mois renouvelable une fois*".

**(Code du Travail, art. L. 5134-14)**

### 3.4.6. Renouvellement de la période d'essai.

- **Principe.**

Avec la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, le législateur est venu encadrer les conditions du renouvellement des périodes d'essai :

*“ La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.*

*La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :*

*1° Quatre mois pour les ouvriers et employés,*

*2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens,*

*3° Huit mois pour les cadres ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1221-21)**

Ces durées ne peuvent jouer qu'en cas de renouvellement. Avant la loi du 25 Juin 2008, il y avait lieu de se pencher sur les dispositions conventionnelles pour connaître les conditions de renouvellement des périodes d'essai. La cour de Cassation avait cependant encadré dans sa jurisprudence les conditions du renouvellement pour éviter tout abus.

- **Cas particuliers.**

La législation encadre certains cas particuliers :

- assistantes maternelles : la possibilité de renouvellement existe mais la période d'essai totale ne peut jamais être supérieure à trois mois, durée du renouvellement comprise,
- VRP : de la même manière, la durée totale de la période d'essai ne peut jamais être supérieure à trois mois, même en cas de renouvellement,
- marins : la durée totale de la période d'essai ne peut dépasser, renouvellement compris, huit mois pour les officiers, et quatre mois pour tous les autres personnels,
- emploi-jeune : la durée totale de la période d'essai ne peut dépasser, renouvellement compris, deux mois.

### 3.4.7. Durées plus favorables.

- **Application du principe de faveur.**

En matière de durée de la période d'essai, le principe de faveur trouve également application.

La Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 est venue préciser en son article 2 que les durées légales des périodes d'essai ont un caractère impératif :

*“ Les durées des périodes d'essai fixées par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 ont un caractère impératif, à l'exception :*

- *de durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail,*
- *de durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 précitée,*
- *de durées plus courtes fixées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail ”.*

**(Code du Travail, art. L. 1221-22)**

**Les durées des périodes d'essai relèvent donc de l'ordre public social.**

Avant la Loi du 25 juin 2008, une clause du contrat, un usage et engagement unilatéral ou des dispositions conventionnelles pouvaient prévoir “ des durées moindres ”.

**(Cass. soc., 7 mars 2000 : Bull. clv. 2000, V, n° 89. – Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-43.474)**

Depuis la Loi du 25 juin 2008, seules sont possibles les durées plus courtes fixées :

- par des accords collectifs conclus après la date de publication de la Loi n° 2008-596 du 25 Juin 2008,
- dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

La liste des exceptions étant limitative, les usages ou engagements unilatéraux ne peuvent plus réduire la durée des périodes d'essai.

- **Dispositions transitoires.**

Conformément au principe de survie de la loi ancienne pour les actes volontaires, l'adoption de la Loi du 25 juin 2008 n'aurait pas dû entraîner la caducité des clauses contractuelles, dispositions conventionnelles et usages ou engagements unilatéraux plus avantageux existant auparavant.

**(Code Civil, art. 2)**

Malgré cela, la survie de la loi ancienne a été :

- confirmée au profit des stipulations contractuelles individuelles fixant des durées plus courtes,  
**(Code du Travail, art. L 1221 -22, al. 4)**
- écartée pour les accords collectifs antérieurs à la Loi du 25 juin 2008 fixant des durées plus longues,  
**(Code du Travail, art. L 1221 -22, al. 3)**

A contrario, sont restées “ en vigueur ” :

- les dispositions des accords de branche antérieures à la Loi fixant des durées plus longues,  
**(Code du Travail, art. L 1221 -22, al. 2)**
- les usages et engagements unilatéraux antérieurs à la loi du 25 juin 2008.

S’agissant des accords collectifs antérieurs, “ à l’issue de cette période transitoire [Ndlr, jusqu’au 30 juin 2009], les durées maximales de la période d’essai prévues aux articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du Code du Travail se sont substituées aux durées plus courtes, renouvellement compris, résultant des conventions collectives de branche conclues antérieurement à l’entrée en vigueur de la Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 ”.

Il en résulte donc, pour la Cour de cassation, que “ *l’article 7 de la convention collective applicable, conclue antérieurement à l’entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, instaure une durée maximale de la période d’essai, renouvellement compris, de six mois à laquelle la durée maximale de huit mois prévue à l’article L. 1221-21 du Code du travail s’est substituée à compter du 30 juin 2009* ”.

**(Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.184)**

- **Egalité de traitement.**

Lorsque la durée de l’essai est plus courte au profit d’un salarié (voire lorsque l’essai est exclu), l’avantage doit, au nom de l’égalité de traitement, être justifié par des éléments objectifs, telle une pénurie de main d’œuvre pour le poste concerné.

- **Articulation entre accords collectifs.**

La question se pose de savoir, lorsqu’un accord collectif de branche prévoit des durées plus courtes que les durées légales si un accord collectif d’entreprise peut y déroger en revenant aux durées légales.

Depuis la Loi du 4 mai 2004, s’agissant des relations entre conventions et accords collectifs nationaux et interprofessionnels, de branche, d’entreprise ou d’établissement (nota, les

accords de groupe ne sont pas explicitement visés) la norme la plus “ proche ” des salariés s’applique, peu importe son éventuel caractère défavorable.

**(Code du Travail, art. L. 2252-1 et L. 2253-3)**

Cependant, des exceptions existent.

**a) Exception d’ordre matériel.**

Un accord ayant un champ géographique ou professionnel moins ample ne peut déroger de manière défavorable en matière de salaires minima, classifications professionnelles, garanties collectives supplémentaires et mutualisation des fonds pour la formation professionnelle. La période d’essai n’entrant dans aucune de ces catégories, un accord d’entreprise peut déroger sur ce point à un éventuel accord de branche.

**b) Exception d’ordre temporel.**

Pour les accords conclus avant la Loi du 4 mai 2004, le principe de faveur s’impose toujours. Un accord collectif d’entreprise, même conclu postérieurement à l’entrée en vigueur de la Loi du 4 mai 2004, ne peut comporter des clauses moins favorables que celles d’une convention collective de niveau supérieur conclue antérieurement, à moins que les signataires de cette convention n’en aient disposé autrement.

**(Cass. soc., 9 mars 2011 : Bull. clv. 2011, V, n° 73)**

Il faut donc vérifier quelle est la date de conclusion ou de révision de l’accord de branche. Sur les périodes d’essai, de nombreux accords de branche ont été révisés.

**c) Exception d’ordre contractuel.**

Les parties à un accord collectif peuvent imposer le principe de faveur pour tout ou partie des dispositions qui y sont prévues. A ce titre les partenaires sociaux ont à leur disposition plusieurs solutions pour déterminer la portée de leur accord. Ils peuvent, par exemple, insérer des clauses impératives, des clauses balai ou des clauses optionnelles.

**(Circ. DRT n° 9, 22 septembre 2004)**

Une clause impérative peut même être insérée en tête de l’accord, qui généralise l’interdiction de déroger au texte en question formule que retiennent la plupart des accords de branche conclus depuis l’entrée en vigueur de la Loi de 2004.

- **Articulation entre accord collectif et contrat.**

Dans cette situation, les parties peuvent “ *seulement convenir d’une durée plus courte* ” que celle prévue par l’accord collectif.

**(Cass. soc., 31 janvier 2006, n° 03-47.060 : Bull. civ. 2006, V, n° 41. Cass. soc., 30 juin 1999, n° 97-42.942 : Bull. civ. 1999, V, n° 317. - Cass. soc., 18 juin 1997, n° 94-43.985 : Bull. civ. 1997, V, n° 229)**

De même, “ la validité de la clause fixant la durée de l’essai doit s’apprécier à la date de sa conclusion ”, c’est-à-dire en fonction des dispositions conventionnelles applicables à cette époque. Les modifications ultérieures ne peuvent permettre une régularisation.

(Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11 -11.100 : Bull. civ. 2012, V, n° 150)

De même, la validité s’apprécie “ en se référant à la convention collective mentionnée dans le contrat de travail, peu important qu’il soit ultérieurement établi que cette convention n’était pas celle appliquée dans l’entreprise ”.

(Cass. soc., 16 mai 2012, précitée)

Enfin, lorsqu’un avenant à un accord collectif réduit les durées applicables, la durée nouvellement prévue se substitue de plein droit à celle Initialement stipulée de manière licite par le contrat de travail.

(Cass. soc., 19 novembre 1997, n° 95-40.280 : Bull. civ. 1997, V, n° 386)

### 3.4.8. Durées moins favorables.

- **Principe et sanction.**

**En principe, les durées plus longues que celles prévues par la Loi sont illicites. Elles entraînent, non pas la réduction de la période d’essai mais sa nullité.**

(Cass. soc., 7 mars 2000, n° 97-44.486 : Bull. civ. 2000, V, n° 89. - Cass. soc., 18 juin 1996, n° 94-42.997 : Bull. civ. 1996, V, n° 246)

(Pour les VRP, Cass. soc., 23 octobre 1991 n° 88-43.251 : Bull. civ. 1991, V, n° 441. – Cass. soc., 5 février 1992, n° 89-41.959 : RJS 3/1992, n° 368. - Cass. soc., 17 janvier 1995, n° 91-43.434)

Ajoutons que, la fixation d’une période d’essai plus longue dans un contrat précaire n’a pas pour conséquence d’entraîner la requalification en Contrat à Durée Indéterminée.

(Cass. soc. 28 novembre 1989. n° 86-44.370)

- **Exception.**

La législation prévoit toutefois une exception, celle relatives aux “ durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la date de publication de la Loi du 25 juin 2008 ” dans les Contrats à Durée Indéterminée.

**(Code du Travail, art. L. 1221-22, al 2)**

Deux limites sont cependant posées.

La première résulte de la lettre du texte. L’exception n’est réservée qu’aux accords de branche, qu’ils soient étendus ou non.

**(Code du Travail, art. L. 1221-22, al 1)**

En revanche, les durées légales ayant une valeur impérative, elles sont d'application immédiate.

**(Code Civil, art. 2)**

Les dispositions conventionnelles contraires contenues dans des accords d'entreprise ou de groupe sont donc caduques.

La seconde exception résulte du pouvoir des juges de contrôler le caractère raisonnable des durées plus longues prévues par accord collectif en application de l'article 2, § 2, b) de la convention n° 158 de l'Organisation Internationale du Travail relative au licenciement. Cette convention, signée à Genève le 22 juin 1982 a été ratifiée par la France.

La Cour de Cassation en fait donc application dans sa jurisprudence.

**(Cass. soc., 4 Juin 2009, n° 08-41.359 : Bull. civ. 2009, V, n° 146 - Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-17.945, Bull. civ. 2012, V, n° 11. - Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512)**

Dans un arrêt du 11 Janvier 2012 la Cour de cassation a annulé la clause d'un accord collectif prévoyant une durée d'un an, renouvellement inclus, comme étant disproportionnée par rapport aux exigences internationales fixées par la Convention OIT n° 158.

**(Cass. soc., 11 janvier 2012 précitée)**

En l'absence de renouvellement, la Cour a aussi jugé que, " est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai prévue par une convention de branche dont la durée est de six mois ".

**(Cass. soc., 11 janvier 2012 précitée)**

Quelles que soient les fonctions du salarié, une durée de six mois, sans renouvellement, ou d'un an, renouvellement compris, est nécessairement excessive.

**(Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009, relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires concernant la modernisation du marché du travail, art. 2)**

Qu'en est-il des durées inférieures à six ou douze mois ?

Afin de conserver un effet utile à la dérogation prévue par la Loi, Il faut considérer que des durées plus longues d'un mois par rapport aux durées légales actuelles seront considérées comme raisonnables. C'est la position que semble avoir adopté la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 avril 2013, en décidant que, " la durée de neuf mois de la période d'essai prévue par la convention collective pour le personnel d'encadrement était raisonnable ".

**(Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-11.825)**

Pour les autres catégories, par analogie, il est possible de considérer que, renouvellement inclus, un accord de branche antérieur à la Loi du 25 juin 2008, ne peut prévoir une durée supérieure à cinq mois pour les ouvriers et employés, et à sept mois pour les agents de maîtrise et techniciens.

- **Cas du contrat de mission.**

La législation prévoit que, *“ le contrat de mission 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 ”*.

**(Code du Travail, art. L. 1251-14)**

Ce n’est donc qu’à défaut de convention que la durée de la période d’essai est fixée par la Loi.

Il en résulte que la durée de la période d’essai peut faire l’objet d’un accord dérogatoire. La source de la dérogation est multiple, sans que soit visé l’accord de branche non étendu ou l’accord de groupe. Le contenu de la dérogation n’est pas précisé. Nul doute néanmoins que les juges apprécieront le caractère raisonnable de la durée afin d’éviter que la période d’essai ne couvre l’entière exécution de la prestation. Une telle situation constituerait une fraude au visa des dispositions légales.

**(Code du Travail, art. L. 1251-26 et suivants)**

- **Personne publique employant des salariés de droit privé.**

Les dispositions du Code du Travail, *“ sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel ”*.

**(Code du Travail, art. L. 1211-1, al 2)**

Est donc affirmée la primauté du statut réglementaire, la Loi étant reléguée au rang de norme supplétive. Cette primauté n’a pour limite que les principes généraux du droit du travail et les normes constitutionnelles, européennes ou internationales, le tout se conjuguant avec les nécessités du service public. Selon le Conseil d’Etat, *“ il résulte de l’article L. 1211-1 du code du travail que, si les dispositions du livre II de sa première partie relatives au contrat de travail, sont applicables au personnel des personnes publiques qui, tel celui de la Banque de France, est employé dans les conditions du droit privé, c’est « sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel » ”*.

Par conséquent, les dispositions statutaires prévoyant, pour les agents de direction *“ recrutés par concours (...) en vue d’y accomplir leur carrière et non seulement d’occuper un emploi ”*, *“ un stage probatoire d’un an, inspirées du droit de la fonction publique, tiennent compte de la nature particulière et des caractéristiques propres de cette personne publique, chargée par la Loi de mission de service public ”*. *“ Elles sont, en vertu de l’article L. 1211-1 du Code du travail, seules applicables aux agents de direction de la Banque de France, à l’exclusion de celles des articles L. 1221 -19 et L. 1221-21 de ce code ”* prévoyant une durée plus courte *“ incompatibles avec ces dispositions statutaires ”*.

**(CE, 5 juin 2015, n° 3820 15)**

Le Conseil d'Etat ajoute que “ la durée d'un an de cette période probatoire ne pouvait être regardée comme déraisonnable ”, au sens du paragraphe 2 (b) de l'article 2 de la Convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Cette solution peut être étendue à tous les statuts notamment des EPIC, singulièrement celui de la SNCF<sup>2</sup> ou de la RATP.

---

<sup>2</sup> Attention qu'avec le passage de la SNCF en société anonyme, et la mise en place d'une convention collective, les choses peuvent changer.

### 3.5. Effets de la période d'essai.

#### 3.5.1. Rémunération de la période d'essai.

La rémunération versée durant la période d'essai est celle fixée par le contrat de travail. Elle ne peut être différente de celle qui est prévue par le contrat définitif.

(Cass. soc., 17 décembre 1996, n° 94-41.460 : Bull. civ. 1996, V, n° 444, - Cass. soc., 30 septembre 1992, n° 89-41,820 : Bull. civ. 1992, V, n° 484)

En outre, la possibilité de convenir d'une période d'essai ne saurait priver le salarié de la rémunération minimale conventionnelle pendant la durée de son activité.

(Cass. soc., 5 mai 1999, n° 97-40.443 : RJS 8-9/1999, n° 11 65, et pour les VRP, voir Cass. soc., 25 octobre 1995 : Dr. trav. 1995, n° 12, p, 9, § 482)

Ces dispositions valent y compris pour le contrat de mission.

**(Code du Travail, art. L. 1251-15)**

Attention :

La période d'essai ne doit pas être confondue avec un stage en entreprise (le stagiaire n'est pas salarié).

#### 3.5.2. Exécution de la période d'essai.

- **Principe.**

Le contrat assorti d'une période d'essai est un contrat de travail et non un avant contrat ou un contrat sous condition suspensive, "*le contrat a plein et entier effet dès le début des relations contractuelles, qu'une période d'essai ait été prévue ou non*".

(Cass. soc., 15 novembre 2005, n° 03-47.546 : Bull. civ. 2005, V, n° 321)

La Cour précise que, "*le contrat est, dès sa signature, créateur d'obligations*".

(Cass. soc., 29 mars 1995, n° 91-44.288)

Par conséquent, le contrat reste soumis au droit commun, sous réserve de l'exclusion du régime du droit du licenciement et de la démission. "*Ce n'est pas parce que les règles du Code du travail ne s'appliquent quant à la rupture, qu'est écarté l'ensemble de la législation du travail*", et de celui de la rupture des contrats précaires.

(CA Angers, 5 juin 2012, n° 10/02263)

- **Mise en œuvre.**

De manière pratique, plusieurs jurisprudences attestent de la mise en œuvre de ce principe :

- “ le fait qu’ait été prévue, dans le contrat de travail, une période d’essai, ne pouvait dispenser le salarié de respecter l’obligation préalable d’entrer en fonctions ”,  
(Cass. soc., 29 mars 1995, précitée)
- l’employeur est “ tenu d’exécuter le contrat de travail de bonne foi ”, ce qui impose “ de fournir au salarié, d’une part, le travail prévu, d’autre part, les moyens nécessaires à son exécution ”,  
(CA Angers, 5 Juin 2012, précitée)
- une clause de non-concurrence a vocation à s’appliquer en cas de rupture de la période d’essai,  
(Cass. soc., 15 novembre 2005, précitée)
- sauf si son application est subordonnée à l’acquisition d’une connaissance ou d’un savoir-faire particulier,  
(pour les VRP, Cass. soc., 17 janvier 1990, n° 86-43.372 : Bull. civ. 1990, V, n° 16)
- “ la circonstance que la rupture du contrat de travail à l’initiative du salarié soit intervenue en cours de période d’essai ne privait pas l’employeur de son droit au dédit-formation contractuellement prévu ”,  
(Cass. soc. 5 juin 2002, n° 00-44.327 : Bull. civ. 2002, V, n° 196)
- si l’employeur organise la visite médicale du salarié après la conclusion du contrat et avant la fin de la période d’essai :  
(Code du Travail, art. R. 4624-10)
  - les dispositions relatives à l’inaptitude constatée par le médecin du travail sont applicables,  
(CE, 17 juin 2009, n° 314729)
  - elles imposant à l’employeur une obligation d’adaptation du poste ou de reclassement,  
(Code du Travail, art. L. 4624-1, R. 4624-31 et R. 4624-11, 2°)
  - en effet, “ l’examen médical d’embauche a pour finalité (...) de proposer éventuellement les adaptations du poste ou l’affectation à d’autres postes ”,
  - il en ressort que, l’employeur a tout intérêt à conclure le contrat de travail sous la condition suspensive de l’aptitude du salarié constatée par le médecin du travail lors de la visite d’embauche.  
(Code Civil, art. 1304 et Code du Travail, art. R. 4624-10)

### 3.5.3. Etendue de la période d'essai.

Au-delà de la durée de la période d'essai (voir supra) se pose les questions du début de la période d'essai et de son évolution.

- **Avant le commencement de l'exécution.**

Les parties ne peuvent se prévaloir de la période d'essai avant l'entrée en fonction du salarié pour se désister librement du contrat. Avant la période d'essai, ce n'est pas la période d'essai.

Dès lors que " *le contrat de travail [a] été rompu avant son commencement d'exécution* ", " *la clause stipulant une période d'essai est sans portée* ". En conséquence, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(Cass. soc., 15 décembre 2010 : Bu/l. civ. 2010, V, n° 296)

- **Commencement de l'exécution.**

Plusieurs considérations sur le commencement de l'exécution de la période d'essai :

- la période d'essai ne débute pas nécessairement lors de la conclusion du contrat, même si cela est possible.  
(Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544 : Bull. civ, 2006, V, n° 103)
- elle débute lors du " *commencement de l'exécution* » de la prestation de travail".  
(Cass. soc., 25 février 1997, n° 94-45.381 : Bull. civ. 1997, V, n° 84)
- " *La période d'essai doit correspondre à une période de travail effectif* ".  
(CA Versailles, 28 mars 2012, n° 11/00547)
- " *la seule circonstance que l'employeur impose au salarié en début de contrat de participer à un séminaire de formation pendant lequel il est soumis aux obligations de son contrat de travail ne peut avoir eu pour effet de différer le point de départ de l'essai* ".  
(Cass. soc., 25 févr. 1997, précitée – Cass. soc., 24 octobre 1997, n° 94-45.275 : Bull. civ. 1997, V, n° 333)

- **Modulations contractuelles.**

La question de savoir si le contrat peut avancer ou retarder la date de début de la période d'essai s'est posée.

La Cour de Cassation l'a refusé au visa de la législation qui pose que, l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues en matière de licenciement.

**(Code du Travail, art. L. 1231-4)**

En l'espèce, l'employeur avait embauché un directeur de magasin. Le salarié prenait ses fonctions avant l'ouverture du magasin mais les parties avaient expressément convenu que cet essai ne commencerait que, " au jour du début de l'exploitation du magasin ". Cette modalité a été condamnée au motif que " *la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et que les parties, qui ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement, ne peuvent, par là même, convenir de différer le début de l'essai* ".

**(Cass. soc., 25 février 1997, n° 93-44.923 : Bull. civ. 1997, V, n° 83)**

- **Transaction.**

De la même manière, toujours en se fondant sur l'article L 1231-4 du Code du Travail interdisant aux parties de renoncer par avance aux règles du licenciement, la Cour de Cassation a rappelé que la période d'essai se situe obligatoirement au commencement de l'exécution d'un contrat de travail.

*Ainsi, " la transaction, qui tend à qualifier rétroactivement et artificiellement de période d'essai la période de trois mois suivant l'expiration de la période d'essai prévue au contrat, alors que les parties se trouvaient liées définitivement par un contrat de travail à durée indéterminée, a un objet illicite comme visant à faire échec aux régies d'ordre public régissant la rupture unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée "*.

**(Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44.729 • Bull. civ. 1996, V, n° 251)**

### **3.5.4. Fin de la période d'essai.**

- **Principe.**

La rupture doit intervenir " **avant l'expiration de la période d'essai** " .

**(Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-42.826)**

La période d'essai peut être rompue à tout moment Jusqu'au dernier jour.

- **Décompte de la période.**

Les dispositions de l'article 641, alinéa 2, du 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.

(Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544 : Bull. civ. 2006, V, n° 103 - Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-45.755 : Bull. civ, 199 V, n° 378)

Rappel :

*“ 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 avril 2011, n° 09-72.165)

Ainsi, toute période d'essai exprimée en jours se décompte en jours calendaires et non en jours ouvrés ou ouvrables.

(Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.701 Bull. civ. 2005, V, n° 220 - Cass. soc., 14 novembre 1990, n° 87-42.795 : Bull. civ. 1990, V, n° 551)

Une période d'essai de deux mois entamée le 15 février prend fin le 14 avril à minuit. De même, la période d'essai qui expire un jour non travaillé (samedi, dimanche, jour férié ou chômé) prend fin à ce jour sans que le terme soit reporté au jour ouvrable suivant.

(Cass. soc, 10 juin 1992, précitée)

- **Modulations contractuelles.**

La règle est néanmoins supplétive de volonté. Une stipulation contractuelle peut donc prévoir que la période d'essai ne sera décomptée qu'en jours travaillés ou préciser la date de fin de la période d'essai.

(Cass. soc., 21 février 1990, n° 87-40.175 : Bull. civ. 199 V, n° 76 - Cass. soc., 28 juin 1989, n° 87-43.789 RJS 8-9/ 1989, n° 661)

- **Cas particulier des marins.**

Ne sont décomptées dans la durée de la période d'essai que les périodes de travail à bord du navire, dites d'embarquement effectif du marin.

(Code des transports, art. L 5542-15)

### 3.5.5. Prorogation de la période d'essai.

Lorsque le contrat de travail a été suspendu pendant la période d'essai, celle-ci peut être prolongée de durée de la suspension (accident du travail, maladie). Il convient de distinguer selon la cause de la suspension :

- lorsque celle-ci est due à un accident ou une maladie, d'origine professionnelle ou non, à des congés payés effectivement pris par le salarié ou à un congé sans solde, la suspension de la prestation de travail entraîne la prorogation de la période d'essai, (Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-23.876. - Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-46.13 - Cass. soc., 12 janvier 1993, n° 88-44.572 : Bull. civ. 1993, V, n° 3)

Quelques modulations...

- o *“ la période d'essai ayant pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié, celle-ci est prolongée du temps du congé annuel ”-* (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 janvier 1995, n° 93-13.614 : Bull. civ. 199 v, n° 5)
- o pour des congés sans solde, (Cass. soc., 5 mai 1999 n° 94-40.402 : RJS 4/1997, n° 369. – Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41,338 : RJS 11/2007, n° 115)
- o pour l'application de l'article L. 6222-18, (Cass. soc., 16 mars 2004 n° 01-44.456 : RJS 5/2004, n° 584)
- o En cas d'absence prévue, jurisprudence décidant que l'essai n'est pas prolongé du fait des absences du salarié dès lors que *“ le contrat de travail prévoyait expressément que le salarié était autorisé à poursuivre une activité extérieure à l'entreprise pendant plusieurs jours par semaine ”*, (Cass. soc., 9 novembre 2011, n° 10-21.722)
- lorsque la suspension est due à la situation de l'entreprise, sans être liée à un cas de force majeure temporaire (telles des catastrophes naturelles temporaires), la période d'essai n'est pas prorogée. Ainsi en est-il en cas de fermeture annuelle. (Cass. soc., 5 mars 1997, n° 94-40.042 : Bull. civ. 1997, V, n° 94)

La prorogation ne se traduit pas par une suspension de la période d'essai. Ainsi, lorsque l'employeur a informé le salarié avant la période de suspension de la rupture de la période d'essai, *“ la notification de cette décision, intervenue pendant son arrêt de travail, n'est pas abusive ”* et ne peut être requalifiée en licenciement.

(Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-23.876)

**La prorogation a pour seule conséquence d'allonger la durée de l'essai.**

### 3.5.6. Caducité de la période d'essai.

La période d'essai peut implicitement prendre fin en raison de la conclusion d'un avenant. Ainsi, *“ en présence d'un avenant stipulant une période probatoire pour l'exercice de nouvelles*

*fonctions, la période d'essai prévue dans le contrat de travail du salarié engagé pour occuper d'autres fonctions a nécessairement pris fin* ”.

(Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-42.805 : Bull. civ. 2010, V, n° 240)

Dès lors, doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel selon lequel un employeur peut renouveler la période d'essai tout en ayant constaté que le salarié était en période probatoire dans l'exercice de fonctions autres que celles définies au contrat de travail. L'arrêt tranche uniquement “ en faveur d'une non superposition de la période d'essai et de la période probatoire ”.

(Mensuel Dr. trav. octobre 2010, A, 1, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr))

Il n'évoque nullement l'hypothèse d'une promotion en cours d'essai sans stipulation d'une période probatoire, situation pour laquelle la Cour de cassation pourrait décider que l'essai se poursuit dans le cadre des nouvelles fonctions.

### **3.5.7. Suspension de la période d'essai.**

Tant la prolongation que la caducité de l'essai ont été écartées par la Cour de Cassation lorsqu'un contrat de travail est suspendu en raison de l'octroi d'un mandat social incompatible avec les fonctions de salarié. “ *La désignation du salarié comme mandataire social, avec suspension du contrat de travail pendant la durée de ce mandat, en l'absence de fonctions techniques distinctes, ne mettant pas fin à la période d'essai en cours* ”, la période d'essai reprend “ *son cours après la révocation du mandat social* ”.

(Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-11.825)

Dès lors que le contrat de travail est suspendu, la période d'essai qui en est l'accessoire contractuel, est suspendue. Elle ne déploie à nouveau ses effets qu'à la fin du mandat social. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a décidé, à la différence d'autres causes de suspension due notamment à des congés maladies ou autres, que l'ancienneté du salarié ne pouvait prendre en compte la période pendant laquelle le salarié était titulaire du mandat social.

(Cass. soc., 15 mai 2012, n° 10-28.572)

Il faut en conclure que l'employeur qui désire rompre le contrat de travail pendant la période de suspension doit invoquer une cause réelle et sérieuse (comme une cause économique de licenciement) ainsi que respecter la procédure de licenciement.



### 3.6. Rupture anticipée de la période d'essai.

#### 3.6.1. Liberté de la rupture.

- **Absence de motif.**

Point n'est besoin de motiver la rupture de la période d'essai. Les parties peuvent "*discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles*".

(Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-42.826)

Il en résulte que, "*durant la période d'essai, chacune des parties dispose en principe d'un droit de résiliation unilatérale, sans avoir à alléguer de motif*".

(Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-40.822 : Bull. civ. 2010, V, n° 239)

- **Absence de conditions.**

La rupture peut se faire :

- sans respect d'un préavis, sauf le délai de prévenance prévu par la loi du 25 juin 2008 ou par voie conventionnelle,
- sans Indemnités, "*la rupture pendant la période prévue au premier alinéa de l'article L. 6222-18 ne peut donner lieu à indemnité à moins d'une stipulation contraire dans le contrat*".  
(Code du Travail, art. L. 6222-21)
- sauf celle de congés payés qui reste due ,<sup>3</sup> "*le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur*".  
(Code du Travail, art. L. 3141-3)
- y compris pour les contrats précaires,  
(Rép. min. JOAN Q 6 juin 1994, p. 2915)
- sans formalités, sauf si le contrat ou la convention collective en prévoit.  
(Cass. soc., 5 décembre 2001 : RJS 2/2002, n° 138. - Cass. soc., 7 février 2001 : RJS 4/2001, n° 402)

- **Manifestation d'une volonté explicite.**

"*La rupture doit être explicite*", "*il ne peut être valablement convenu que le contrat prendra fin du seul fait de l'arrivée à son terme de l'essai*".

(Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 93-44.052 : Bull. civ. 1996, V, n° 381)

---

<sup>3</sup> En tant que droit acquis, l'indemnité de CP reste due même en présence de faute lourde du salarié.

La rupture de l'essai ne saurait se déduire de l'envoi au salarié de l'attestation destinée à l'assurance chômage.

(Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-44.388 : RJS 1/2008, n° 1118)

De nombreuses conventions collectives imposent la notification de la rupture par écrit, lettre recommandée avec demande d'avis de réception, lettre contre décharge, courriel,<sup>4</sup>

- **Cas de la rupture verbale.**

Rien n'interdit que la rupture soit " verbale ", sauf modalités contractuelles ou conventionnelles contraires.

(CA Angers, 17 janvier 2012, n° 10-02.302 - Cass. soc., 25 mai 1989 : RJS 7/1989, n° 565)

Mais des difficultés de preuve peuvent apparaître. Des attestations délivrées par plusieurs salariés ont été rejetées au motif que la rupture " ne peut (...) pas revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise ".

(Cass. soc., 5 décembre 2001 - Cass. soc., 7 février 2001, précitées)

En particulier, si un contrat d'apprentissage :

- peut être rompu par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois du contrat,  
(Code du Travail, art. L. 6222-18)
- l'employeur doit porter par écrit à la connaissance de l'apprenti sa décision de rupture unilatérale. A défaut, le contrat n'est pas valablement rompu.  
(Cass. soc , 29 septembre 2014, n° 11-26.453)

### 3.6.2. Encadrement de la rupture.

Deux types de limites viennent encadre la rupture de la période d'essai :

- une première limite d'ordre général qui résulte de la théorie de l'abus de droit,
- une seconde série de limites, qui tiennent au fait que le législateur, ou les partenaires sociaux, ont prévu des règles spéciales de protection au profit des salariés.

---

<sup>4</sup> Tout moyen permettant d'établir avec certitude la volonté de rompre.

- **Limité liée à l'abus de droit.**

Si les parties peuvent “ *discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles (...) ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus* ”.

(Cass. soc., 6 janvier 2010 n° 08-42.826. - Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 92-41.398 : Bull. civ. 1995, V, n° 330)

Aucune clause du contrat ne pourrait exclure le contrôle de l'abus de droit, tiré des articles 1104 du Code Civil et 1222-1 du Code du Travail, lesdits articles ayant une valeur impérative.  
(CA Paris, 12 janvier 1993 : Rev. arb. 1994, p. 684)

**a) Caractérisation de l'abus.**

L'abus est caractérisé lorsqu'une partie fait ressortir que la période d'essai a été détournée de son objet.

Pour l'employeur, la période d'essai a pour seule finalité :

- d'apprécier “ *la valeur professionnelle du salarié* ”,  
(Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 02-41.398 : Bull. civ. 2007, V, n° 330)
- ou encore ses “ *qualités et capacités professionnelles* ”,  
(Cass. soc., 15 décembre 2011 n° 09-42.273)
- lesquelles s'entendent “ *de façon plus large que la stricte capacité professionnelle* ”.  
(CA Angers, 17 janvier 2012, n° 10/02302)

Ainsi, n'est pas abusive la rupture “ *motivée par des considérations professionnelles portant sur l'aptitude professionnelle du salarié à assumer les fonctions directeur* ”, même après une seule journée de travail.

(Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-14.650)

Il en est de même d'un motif disciplinaire qui est conforme à la finalité de la période d'essai.  
(Cass. soc., 7 janvier 2015, n° 13-20.185)

**Tout motif, démontré par le salarié, ou tout comportement contredisant cette finalité révèle un abus de droit, l'appréciation relevant du “ pouvoir souverain ” des juges du fond.**

(Cass. soc., 20 novembre 2007, précitée)

De même, le salarié ne dispose du droit discrétionnaire de rompre “ *que pour des raisons tenant à la finalité de période d'essai, soit l'appréciation (...) de ce que les fonctions lui conviennent* ”.

(CA Angers. 5 janvier 2012, n° 10/02263)

A celui qui invoque l'abus combe la charge de la preuve.  
(Cass soc., 16 mai 2012, n° 10-25.982)

Celle-ci se fait par tout moyen.

L'abus de l'employeur résulte souvent deux types de situations : la légèreté blâmable ou bien un motif étranger à la finalité de l'essai.

## **b) La légèreté blâmable.**

La légèreté blâmable ressort de comportements contradictoires ou vexatoires.

### **- Comportements contradictoires.**

L'employeur ne peut se contredire au détriment du salarié. La contradiction apparaît lorsque l'employeur ne permet pas au salarié d'exécuter sa prestation.

Exemples de comportements contradictoires qualifiés de légèreté blâmable :

- *" l'employeur, sauf à rompre la période d'essai avec une légèreté blâmable, doit avoir eu le temps d'apprécier les qualités professionnelles du salarié "*.  
(CA Versailles, 20 septembre 2012, n° 11/02063)
- position confirmée par la Cour de Cassation, par exemple, la rupture de l'essai intervient *" après seulement deux jours de travail et sans avoir pu apprécier la valeur professionnelle "* du salarié ",  
(Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-14.868)
- de même, l'employeur agit *" avec une légèreté blâmable "* dans l'exercice de son droit de résiliation lorsque celle-ci est *" intervenue une semaine après le début des relations contractuelles alors que le salarié âgé de quarante-cinq ans, venait de démissionner de son emploi précédent, effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer les fonctions qui lui avaient été attribuées "*,  
(Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224 : Bull. civ. 2004, V, n° 123)
- caractérise aussi un abus le fait de mettre fin au contrat *" moins de deux semaines après le début de la période d'essai d'un cadre de direction, période dont la durée contractuelle était de trois mois renouvelable une fois, une telle brièveté ne permettant pas à ce cadre d'être mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelles, compte tenu de l'importance de ses fonctions "*.  
(Cass. soc., 15 novembre 2005, précitée)
- la rupture est également abusive lorsque l'employeur n'a pas fourni aux salariés les moyens nécessaires d'assurer l'exécution de sa prestation, la rupture *" n'étant finalement pas liée aux compétences effectives "* du salarié.  
(CA Angers, 5 juin 2012, n° 10/02263)

Néanmoins, la rupture intervenue brutalement, “ dès le premier jour de la période d’essai ”, n’est pas abusive lorsqu’elle est justifiée par des circonstances tenant à la gravité du comportement du salarié.

(CA Angers, 17 janvier 2012, n° 10/02302)

La contradiction peut également résulter du fait que l’employeur a fait croire au salarié qu’il bénéficiait d’une dernière chance. Ainsi, l’employeur agit “ avec une légèreté blâmable ” lorsqu’il a “ rompu le contrat de travail quelques jours seulement après avoir décidé de renouveler la période d’essai, avant même que ce renouvellement n’ait pas pris effet et alors même que le salarié n’avait pas encore bénéficié de l’intégralité de la formation prévue au contrat de travail et nécessaire à l’exercice de ses fonctions ”.

(Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-42.826)

Ces différents exemples montrent qu’en matière de comportements contradictoires, le juge du fond dispose d’un large pouvoir d’appréciation. Il doit cependant motiver suffisamment sa décision pour éviter tout risque d’invalidation.

- **Comportements vexatoires.**

Peut également relever de la légèreté blâmable un comportement vexatoire. Tel est le cas de l’humiliation qui peut ressortir des modalités de la rupture. Ainsi, la rupture ne peut être prononcée “ *en présence du personnel de l’entreprise* ”.

(Cass. soc., 5 décembre 2001 : RJS 2/2002, n° 138. - Cass. soc., 7 février 2001 : RJS 4/2001, n° 402)

**c) Motifs non valables.**

- **Motifs étrangers à la période d’essai.**

Le recours à un motif étranger à la période d’essai peut aussi conduire le juge à déclarer la rupture de la période d’essai abusive. Si l’employeur n’a pas à motiver la rupture de la période d’essai, il suffit que le salarié prouve que le motif réel de l’employeur était étranger à la finalité de la période d’essai pour que la rupture soit abusive.

(Cass. soc, 25 mai 2011, n° 09-71.446)

- **Motifs antérieurs à l’essai.**

Là encore nous sommes dans un cas de rupture abusive. Ainsi en est-il lorsque l’employeur rompt pour des motifs connus antérieurement à la conclusion du contrat de travail.

(Cass. soc., 6 décembre 1995, précitée - Cass. soc., 27 novembre 1990, n° 87-41 749 : Bull. civ. 1990, V. n° 592)

Bien évidemment, la charge de la preuve appartient au salarié.

- **Motifs extérieurs à l'essai.**

Caractérisent un abus de droit des motifs extérieurs à la relation de travail, tel " le litige commercial opposant les parties dans le cadre d'un contrat de vente ".

(Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-42.524)

L'abus est également caractérisé lorsque l'employeur invoque un motif étranger aux compétences professionnelles du salarié. L'atteste la rupture de la période d'essai d'une personne en arrêt maladie avant la reprise de son travail " en raison du dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant ".

(Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44,891 : Bull. civ. 1996, v, n° 247)

La rupture de la période d'essai au cours d'un arrêt de travail du salarié pour maladie est abusive dès lors que l'employeur n'établit pas qu'il a pris sa décision pour un motif sans lien avec la nécessité de le remplacer en raison de la perturbation occasionnée par son absence.

(Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-24.794)

Ce motif étant étranger aux compétences du salarié, la rupture du contrat prononcée au cours de la deuxième période de suspension, pendant laquelle le salarié n'a accompli aucun travail, a nécessairement un motif étranger à l'appréciation des qualités professionnelles du salarié. Elle a donc un caractère abusif. C'est encore le cas lorsque l'employeur rompt la période d'essai à la suite d'une réclamation du salarié au sujet de sa rémunération.

(Cass. soc., 20 octobre 1998, n° 97-41.087)

En témoigne toujours un motif économique de rupture, c'est-à-dire " *non inhérent à la personne du salarié* ".

(Cass. soc., 20 novembre 2007, n° 02-41 .398 : Bull. civ. 2007, V, n° 330)

Tel est le cas lorsqu'il résulte de l'aveu même de l'employeur que le motif de la rupture repose sur le refus du salarié d'accepter une diminution de sa rémunération contractuelle, ce qui est " *sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelle* ".

(Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-42.445 : Bull. civ. 2008, V, n° 246)

La Haute Cour estime que, dans le cadre d'un Contrat à Durée Indéterminée, si l'employeur a un motif économique, il doit utiliser le droit du licenciement mais non la rupture de la période d'essai.

Dans le cadre d'un Contrat à Durée Déterminée, l'employeur ne peut invoquer qu'un cas de force majeure. Est abusive la rupture de l'essai d'un Contrat à Durée Déterminée dès lors l'employeur fait valoir " *qu'il avait dû fermer [son] hôtel en raison de l'absence de neige* ".

(Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42.273)

L'abus peut aussi résulter d'une présomption du fait de l'homme.

(Code Civil, art. 1353)

Un tel abus est présumé lorsque le salarié n'est pas remplacé après la rupture de l'essai, laissant supposer que la mesure constituait une restructuration avec suppression de poste.  
(Cass. soc., 20 novembre 2007, précitée)

Position confirmée par la Cour, qui note dans un arrêt que, *“ la rupture du contrat en période d'essai avait pour cause, non pas l'insuffisance des qualités professionnelles mais la suppression du poste ”*.  
(Cass. soc., 30 novembre 2011, n° 10-30.535)

Avec cependant certaines limites, déjà établies auparavant, *“ le fait de ne pas avoir remplacé un salarié dont l'employeur a mis fin à la période d'essai n'est pas à lui seul constitutif d'un abus de l'exercice du droit de l'employeur de mettre fin à l'essai ”*  
(Cass. soc., 30 septembre 1992, n° 89-41.820 : Bull. civ. 1992, V, n° 484)

Autre exemple donné par la Cour suprême, lorsque qu'elle dit que, après avoir *“ relevé, d'une part, que l'employeur avait renouvelé la période d'essai en ayant connaissance de l'obstacle à la poursuite de la relation de travail que constituait la clause de non-concurrence liant le salarié à son ancien employeur, et, d'autre part, que l'employeur ne démontrait pas que le salarié avait pris à son égard l'engagement de démissionner de son précédent emploi et que le motif inhérent à la personne du salarié invoqué pour justifier de la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai n'était pas établi, la cour d'appel a retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que la résiliation du contrat était intervenue en raison de la pression croissante exercée sur la société par l'ancien employeur du salarié ”* et que la rupture était abusive.  
(Cass. soc., 30 avril 2014, n° 12-29.864)

L'ensemble de ces jurisprudences fait ressortir l'extrême importance de l'appréciation du juge du fond ainsi que la nécessité d'une motivation claire et détaillée.

- **Sanction de l'abus : dommages et intérêts.**

Comme nous sommes sur une période d'essai, le droit commun du licenciement ne s'applique pas, *“ les dispositions du titre III du livre II du Code du travail relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai ”*.  
(Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525)

La rupture abusive d'une période d'essai n'est donc pas requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.  
(Cass. soc., 23 avril 1997, n° 90-45.757 : Bull. civ. 1997, V, n° 141)

En conséquence, le salarié ne peut donc que demander que des dommages-intérêts en se fondant sur les dispositions du Code Civil.  
(Code Civil, art. 123 et 1240)  
(Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-42 273)

Le juge apprécie souverainement le montant de ces dommages et intérêts.  
(Cass. soc, 10 décembre 2008, n° 07-42.445 : Bull. civ. 2008, v, n° 246)

Le préjudice réparable est celui découlant de la rupture, c'est-à-dire la perte des salaires mais aussi tous les avantages auxquels le salarié aurait eu droit, *“ le préjudice ne peut se réduire à la seule perte de l'emploi ”*.

(CA Angers, 5 juin 2012, n° 10/02263)

En cas de rupture abusive en raison d'un motif économique, le salarié, s'il avait été licencié pour ce motif, aurait eu droit à l'obligation de reclassement, éventuellement à une convention de sécurisation professionnelle, à une priorité de réembauchage, voire au plan de sauvegarde de l'emploi. En utilisant la période d'essai pour un motif économique, l'employeur lui fait perdre la chance d'obtenir de tels avantages.

Ajoutons que, de tels dommages-intérêts versés à l'occasion de la rupture d'un contrat de travail tombent sous le joug de l'article 80 duodecies du code des impôts, qui prévoit de manière limitative les indemnités exonérées d'impôt sur le revenu et, par là même, de cotisations sociales.

- **Limites liées aux règles spéciales de protection des salariés.**

**a) Principe.**

La période d'essai étant une règle d'exception, sa portée s'interprète restrictivement. Seules les dispositions concernant le droit commun du licenciement individuel pour motif personnel ou économique sont exclues.

(Code du Travail, art. L. 1231-1, al. 2)

Toutes les autres règles garantissant une stabilité particulière au profit de certains salariés ou prévoyant des restrictions générales ont donc vocation à s'appliquer.

**b) Accident du travail et maladie professionnelle.**

Pour les salariés en période de suspension provoquée par un accident du travail, les règles protectrices prévues aux articles L. 1226 et suivants du Code du Travail ont vocation à s'appliquer à la rupture de la période d'essai.

(Cass. soc, 5 juin 1990, n° 85-44.522 : Bull. civ. 1990, V, n° 266 - Cass. soc., 25 février 1997, n° 93-40.185 : Bull. civ. 1997, V, n° 80. - Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-44.325 : Bull. civ. 2004, V, n° 132 - CA Angers, 31 janvier 2012, n° 10/01961)

Il en va de même pour la rupture d'un contrat d'apprentissage pendant la durée légale de deux mois.

(Cass. soc., 31 mai 2006 n° 04-41.528 : RJS 8-9/2006, n° 984)

En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la rupture ne peut intervenir que pour faute grave ou en raison de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif indépendant de l'état de santé. A défaut, la rupture de la période d'essai est nulle. Le salarié peut demander :

- soit sa réintégration (avec le versement des salaires dont il a été, privé depuis le jour de sa rupture jusqu'à sa date de réintégration effective après déduction des revenus de remplacement éventuellement perçus,
- soit l'indemnisation du préjudice découlant caractéristique de la rupture.  
(Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 03-47.517 : Bull. civ, 2006, V, n° 27)

### c) Motif discriminatoire.

Si un employeur n'est pas tenu de motiver sa décision, toute rupture reposant sur un motif discriminatoire est atteinte de nullité conformément à l'article L. 1132-1 du Code du Travail.  
(Cass. soc, 16 février 2005, n° 02-43.402 : Bull civ. 2005, V, n° 52)

Ceci s'applique également pour un salarié en congé pour maladie non professionnelle.  
(CA Angers 31 janvier 2012, précitée)

Le motif discriminatoire est également reconnu pour :

- la rupture de la période d'essai d'un salarié au motif que sa **nationalité** marocaine n'a pas été acceptée par le personnel de l'entreprise, "*l'attitude éventuelle du personnel de l'entreprise ne saurait constituer le motif de la rupture*",  
(Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96.369)
- une **discrimination syndicale**, "*la rupture injustifiée de la période d'essai d'une salariée du comité d'établissement en raison d'un changement de majorité syndicale est discriminatoire. Alors qu'elle avait été engagée en qualité d'attachée principale de direction par un comité d'établissement avec une période d'essai de deux mois, des élections professionnelles se sont déroulées pendant la période d'essai et le syndicat CFDT est devenu la première organisation syndicale du site, place détenue auparavant par le syndicat CGT La rupture de la période d'essai a été décidée dès la première réunion du Comité. Or le nouveau secrétaire adjoint avait quelques jours plus tôt, mis en cause les compétences de la salariée et l'avait qualifiée d'égérie du syndicat du livre tout en brandissant un article de journal utilisant cette expression et évoquant son parcours syndical. Cette coïncidence entre l'élection d'un nouveau bureau et l'éviction immédiate de la salariée dès la première réunion, l'absence de tout motif à la rupture de la période d'essai relevé dans le compte-rendu de réunion, l'absence d'urgence puisque la période d'essai se terminait trois semaines plus tard, conduisent à retenir que la salariée produit des éléments de nature à laisser présumer une discrimination. Le Comité d'Etablissement se prévaut de l'absence de diplôme de la salariée de son manque d'expérience en la matière et de son incompétence alléguée au moment de son embauche, mais l'embauche a été effectuée en prenant en considération son parcours professionnel antérieur. Ensuite, l'incompétence de la salariée est évoquée*"

*dans plusieurs attestations mais de manière subjective, souvent sans constatation directe. Ainsi, l'employeur ne produit aucun élément objectif de nature à justifier que la rupture de la période d'essai est étrangère à toute discrimination”.*

**(CA Paris, 20 mai 2015, n° 12/11858 : JurisData n° 2015-012023)**

A noter que, lorsque la discrimination est prouvée, la rupture est atteinte de nullité. Le salarié peut donc :

- demander sa réintégration,  
**(CA Paris, 20 mai 2015, précitée)**
- ou la réparation du préjudice subi.  
**(Cass. soc., 16 février 2005, précitée)**

Des sanctions pénales sont même envisageables, *“ les dispositions de l'article 416-3° du Code pénal en application desquelles ont été exercées les poursuites prohibent toute discrimination fondée sur des considérations raciales ou de nationalité, non seulement à l'occasion du licenciement d'un salarié bénéficiaire d'un contrat de travail, mais également lors de son embauche, laquelle ne revêt un caractère définitif qu'à l'expiration de la période d'essai”.*

**(Cass. crim., 14 octobre 1986, n° 85-96.369)**

Une difficulté apparaît lorsque l'employeur décide d'embaucher un salarié avec une période d'essai prenant ses fonctions avant l'accomplissement de l'examen médical d'embauche. Si celui-ci révèle l'inaptitude partielle ou totale du salarié, l'employeur ne peut motiver la rupture de la période d'essai par l'état de santé du salarié. Il ne peut envisager de rompre le contrat d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail à son poste qu'en cas d'impossibilité de reclassement.

**(Code du Travail, art. L. 4624-1, R. 4624-31 et R. 4624-11, 2°)**

De même, l'employeur *“ ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ce dernier n'a pas à lui révéler”, “ les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à un emploi ne pouvant être confiés qu'au médecin du travail”.*

**(Cass. soc., 21 septembre 2005, n° 03-44.855 : Bull. civ. 2005, V, n° 262)**

La solution, pour l'employeur, est de conclure le contrat sous la condition suspensive de l'aptitude médicale du salarié constatée lors de l'examen d'embauche.

**(Code Civil, art. 1304 et suivants)**

#### **d) Maternité.**

Pour les femmes enceintes, la rupture de la période d'essai est interdite lorsqu'elle repose sur l'état de grossesse.

**(Code du Travail, art. L. 1225-1)**

Mais la Cour de Cassation décide que l'article L. 1225-4 du Code du travail imposant l'annulation du licenciement n'est pas applicable à la rupture de l'essai d'une salariée en état de grossesse.

(Cass. soc. 21 décembre 2006, n° 05-44.806 : Bull. civ. 2006, V, n° 415. - Cass. soc., 15 janvier 1997, n° 94-43.755 : Bull. civ. 1997, V, n° 17)

Toutefois, des juges du fond ont estimé que, *“ il résulte de l'article L. 1132-1 du Code du travail, modifié par la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale insérant l'état de grossesse dans la liste des discriminations prohibées, que la salariée qui établit que l'employeur a rompu son contrat en raison de sa grossesse peut invoquer la nullité de la rupture, ce qui lui permet de demander sa réintégration dans l'entreprise et de réclamer le paiement de ses salaires entre la date de la rupture et celle de la condamnation, outre des dommages-intérêts. Dès lors que l'employeur ne peut fournir au juge aucun élément de nature à établir que la rupture serait fondée sur des circonstances étrangères à l'état de grossesse de la salariée, que l'employeur n'a pas été réellement en mesure d'apprécier sa valeur professionnelle en l'état d'une très courte durée de travail effectuée, et que la rupture a été prononcée à l'annonce faite par la salariée de la reprise de son travail après son congé maternité, la rupture du contrat de travail est en rapport avec la grossesse de la salariée et doit être déclarée nulle ”.*

(CA Versailles, 11 février 2010, n° 09/00463. - Cf. Défenseur des droits, décision n° MLD-2015-170, relative aux ruptures de période d'essai en raison de l'état de grossesse)

#### e) Statut protecteur.

Le statut protecteur est applicable en cas de rupture de l'essai, *“ le statut protecteur dont bénéficie un médecin du travail en cas de rupture de la période d'essai (...) s'applique à compter de la date à laquelle il a été engagé, peu important que les instances compétentes n'aient pas encore donné leur accord sur cette nomination ”.*

(Cass. soc., 26 octobre 2005, n° 03-44.751 : Bull. civ. 2005, V, n° 306 - Cass. soc., 29 octobre 2010, n° 08-70.412)

L'employeur est tenu de demander une autorisation à l'Inspecteur du Travail, le contrôle de ce dernier ne saurait porter sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse mais seulement sur l'absence de discrimination. A défaut d'autorisation, la rupture est atteinte de nullité permettant au salarié d'exiger sa réintégration ou une indemnisation.

(Cass. soc., 29 février 2012, n° 10-18.874)

- **Dispositions extra légales.**

Là également le principe de faveur trouve application. En conséquence, tant le contrat que des dispositions conventionnelles peuvent limiter les causes de rupture de l'essai.

Ainsi, selon l'article 16 de la convention collective nationale des réseaux de transports urbains du 11 avril 1986, *“ l'employeur a la possibilité de mettre fin au contrat de travail des stagiaires qui ne donnent pas satisfaction ou dont les aptitudes physiques sont insuffisantes ”.* Il en

résulte “ *qu’il ne peut mettre fin au stage prévu par la convention collective que pour l’un des motifs limitativement énumérés* ” par cet article. A défaut, celle-ci est abusive.

(Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-47.071 : Bull. civ. 2004, V, n° 127 et 128)

De la même manière, la rupture ne peut être fondée sur la volonté de l’employeur de peut être fondée sur la volonté de l’employeur de défaire d’un salarié qui aurait pu être fragilisé par une agression subie de la part du client durant l’exécution de son contrat de travail.

(Cass. soc., 5 mai 2004 précitée)

- **Droit disciplinaire.**

Lorsque le motif de la rupture de la période d’essai est disciplinaire, l’employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire.

(Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01 -44.750 : Bull. civ. 2004, V, n° BO. - Cass. soc., 31 octobre 2012, n° 11-20.081)

A défaut, il engage sa responsabilité.

(Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-71.446)

Lorsque l’employeur ne s’est pas formellement prévalu d’une faute disciplinaire, le salarié doit démontrer que la rupture repose sur un tel motif, “ le non-respect de la procédure disciplinaire par l’employeur qui invoque un motif disciplinaire pour rompre la période d’essai, n’a pas pour effet de rendre la rupture abusive ”.

(Cass. soc., 20 octobre 2010 : Bull. civ. 2010, V, n° 239)

### **3.6.3. Délai de prévenance.**

- **Délais légaux.**

La loi du 25 juin 2008 a instauré la notion de “ délai de prévenance ”, que la rupture soit du fait de l’employeur ou bien du salarié.

(Code du Travail, art. L. 1221-24, L. 1211-25 et L. 1221-26)

- **Délais plus favorables.**

#### **a) Rupture par l’employeur.**

Des accords collectifs, des usages et engagements unilatéraux ou le contrat peuvent imposer à l’employeur un délai de prévenance plus long. Rares sont les dispositions conventionnelles antérieures néanmoins plus favorables que les dispositions légales applicables depuis la Loi du 25 juin 2008.

(Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-25.982)

## b) Rupture par le salarié.

Le principe de faveur exclut, en principe, que des délais de prévenance plus longs que ceux institués par l'article L 1221-6 du Code du Travail ne soient prévus.

(Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.648 : Bull. civ. 1992, V, n° 302)

- **Rupture par l'employeur.**

En cas de rupture par l'employeur, la législation pose que :

**(Code du Travail, art. L. 1221-25)**

*“ Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L. 1221-19 à L. 1221-24 ou à l'article L. 1242-10 pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :*

- 1° *Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence,*
- 2° *Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence,*
- 3° *Deux semaines après un mois de présence*
- 4° *Un mois après trois mois de présence ”.*

## a) Méthode de calcul.

Les jours ou mois de présence se calculent de manière calendaire, Le terme “ présence ” semble exclure la prise en compte des jours d'absence du salarié, notamment en cas de suspension du contrat de travail. Néanmoins, certains estiment que les périodes de suspension ne peuvent être déduites de la durée de présence du salarié, ce dernier étant en principe décompté dans les effectifs, et donc, “ présent ” dans l'entreprise.

Le délai commence le lendemain de la notification de la rupture et se termine le dernier jour à 0 heure 00.

## b) Exclusion.

La règle devrait être écartée en cas de force majeure ou de faute grave du salarié. Cette solution n'est que l'application du droit commun des contrats, rappelée au demeurant par certaines conventions collectives.

**(Code Civil, art. 1218)**

(Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.648 : Bull. civ. 1992, V, n° 302)

**c) Dispense.**

Le régime du licenciement étant exclus pendant la période d'essai, la question se pose de savoir si l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution de son délai de prévenance ? En fait rares sont les salariés qui refuseraient une telle dispense rémunérée. Au demeurant, rien n'interdit qu'une telle dispense soit prévue par la clause d'essai. Mieux, dans le silence des textes, les juges ont admis la possibilité de dispenser le salarié de son préavis tout en versant une indemnité compensatrice, " *l'employeur avait mis fin à la période d'essai avant son terme et avait dispensé le salarié de l'exécution de son « préavis » lequel avait été réglé* ".

(Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 14-16.713)

**d) Prolongation.**

Le délai de prévenance est un délai préfix :

- il n'est pas prolongé en cas de suspension du contrat de travail.  
(Cass. soc, 16 juin 2004, n° 02-40.620)
- sauf en cas de congé lié à un accident du travail en cours d'exécution du délai de prévenance. (Cass. soc., 18 juillet 1996, n° 93-43.581)

**e) Inobservation.**

Lorsque le délai de prévenance ne peut être respecté, la période d'essai n'est pas prolongée, " la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance ".

(Code du Travail, art. L. 1221-25, al. 6)

Si l'employeur laisse le salarié exécuter le délai de prévenance après l'expiration de la période d'essai, la Cour de Cassation décide que " *la relation de travail qui s'est poursuivie au-delà du terme de la période d'essai (...) ne peut être en conséquence rompue que par un licenciement* ".

(Cass. soc., 26 septembre 2012, n° 11-13.611 - Cass. soc., 5 novembre 2014, n° 13-18 114)

Cette solution fait écho à celle selon laquelle " la poursuite de la relation de travail au terme du premier contrat de travail avait entraîné la conclusion d'un second contrat ".

(Cass. soc., 15 mai 2012, n° 10-26.811)

**L'employeur ne doit donc pas donner au salarié de prestation de travail au-delà de la fin de la période d'essai.**

- **Rupture par le salarié.**

Lorsque la rupture intervient à l'initiative du salarié, la durée du délai de prévenance est de :

- vingt-quatre heures avant huit jours de travail,
- quarante-huit heures après.

**(Code du Travail, art. L. 1221-26)**

A défaut, le salarié doit réparer l'éventuel préjudice subi par l'employeur.

Le salarié n'a pas exécuté son délai de prévenance lorsqu'il rompt le contrat en raison d'un manquement suffisamment grave de l'employeur.

**(Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525)**

Le salarié, s'il rompt la période d'essai en raison d'une faute de l'employeur, peut demander la réparation du "*préjudice résultant de la rupture abusive de la période d'essai du fait de l'inexécution de ses obligations par l'employeur*".

**(Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-20.590)**

- **Sanction.**

La durée du délai de prévenance non accompli n'ouvre droit, en principe, qu'à une indemnisation du salarié pour la part de la durée qui ne peut être exécutée d'un montant égal au salaire qui aurait été dû si le délai de prévenance avait pu être exécuté en totalité. Cette solution transpose celles retenues par la Cour de Cassation lorsque le délai de prévenance institué par un accord collectif n'est pas respecté. Dès lors que l'accord ne prévoit pas que le délai de prévenance doit "*s'insérer dans la période d'essai et prendre fin avant le terme de celle-ci*", "*le non-respect par l'employeur [du] délai n'a pas pour effet de rendre le contrat définitif*".

**(Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-25.982. – Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-45.170 : RJS 12/2000, n° 1215)**

Enfin, "*le salarié ne peut prétendre qu'à une indemnité compensatrice du préavis non effectué*".

**(Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41.132 : Bull. civ. 1999, V, n° 311. - Cass. soc., 15 mars 1995, n° 91-43.642 : Bull. civ. 1995, V, n° 88)**

La Cour de Cassation a confirmé cette sanction pour des ruptures soumises à la Loi du 25 juin 2008, "*la cour d'appel ayant constaté que l'employeur avait mis fin à la période d'essai avant son terme en a exactement déduit que la rupture ne s'analysait pas en un licenciement alors même que cet employeur n'avait pas respecté le délai de prévenance*".

**(Cass. soc., 23 janvier 2013, n° 11-23.428)**

Depuis une ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014, la législation dispose que, "*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".*

**(Code du Travail, art. L. 1221-25, al 2)**

Que l'indemnité versée soit qualifiée de dommages-intérêts ou d'indemnité compensatrice de préavis, elle tend à compenser la perte du salaire qu'aurait pu espérer le salarié si le délai avait été respecté Jusqu'à son terme. Cette indemnité est, selon nous, soumise au paiement de cotisations sociales, de la CSG, de la CROS et de l'impôt sur le revenu.

### **3.6.4. Délais et procédure en fonction du type de contrat.**

Les délais pour mettre fin à la période d'essai ainsi que la procédure et l'éventuel préavis à accomplir par le salarié varient en fonction de différents paramètres :

- type de contrat,
- partie à l'initiative de la rupture, employeur ou salarié,
- durée de présence du salarié dans l'entreprise.

- **Contrat à Durée Indéterminée.**

#### **a) Rupture par l'employeur.**

- **Procédure**

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par l'employeur.

Aucune procédure particulière de rupture n'est imposée à l'employeur qui souhaite rompre la période d'essai, sauf s'il s'agit de l'une des situations suivantes :

- la convention collective prévoit une procédure particulière,
- la rupture est en lien avec une faute commise par le salarié, dans ce cas, la procédure disciplinaire s'applique,
- la rupture du contrat concerne un salarié protégé, dans ce cas, l'autorisation de l'inspection du travail est obligatoire.

- **Délai de prévenance.**

L'employeur qui souhaite rompre la période d'essai doit prévenir le salarié avant son départ de l'entreprise, dans un délai dit de prévenance qui varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Entre 8 jours et 1 mois de présence	48 heures
Entre 1 mois et 3 mois de présence	2 semaines
Après 3 mois de présence	1 mois

Si le délai de prévenance n'a pas été respecté, la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut pas pour autant être prolongée. En cas de non-respect du délai légal de prévenance, l'employeur doit verser une indemnité compensatrice au salarié, sauf s'il a commis une faute grave. Son montant est égal au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait travaillé jusqu'au terme du délai de prévenance dû (indemnité compensatrice de congés payés comprise).

A savoir :

La rupture de la période d'essai peut être considérée comme abusive par le juge, notamment si elle n'est pas liée aux compétences du salarié (rupture discriminatoire, pour raisons économiques, etc.).

L'employeur remet au salarié les documents de fin de contrat qui lui sont dus.

#### **b) Rupture par le salarié.**

##### **- Procédure**

Les formalités liées à la rupture du contrat sont simplifiées pendant la période d'essai.

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par le salarié.

##### **- Délai de prévenance**

Le salarié qui souhaite rompre la période d'essai doit avertir son employeur avant son départ de l'entreprise, dans un délai dit de prévenance qui varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Au moins 8 jours	48 heures

- **Contrat à Durée Déterminée.**

a) **Rupture par l'employeur.**

- **Procédure.**

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par l'employeur ou le salarié. Ils n'ont pas l'obligation de motiver leurs raisons.

Les formalités liées à la rupture du contrat sont simplifiées.

Aucune procédure particulière de rupture n'est imposée à l'employeur ou au salarié qui souhaite rompre la période d'essai, sauf :

- si des dispositions de la convention collective en prévoient,
- ou s'il y a rupture en lien avec une faute commise par le salarié (la procédure disciplinaire s'applique),
- ou s'il y a rupture du contrat d'un salarié protégé (l'autorisation de l'inspection du travail est obligatoire)

- **Délai de prévenance.**

L'employeur qui souhaite rompre la période d'essai doit prévenir le salarié avant son départ de l'entreprise, si son contrat comporte une période d'essai d'au moins 1 semaine. Le délai dit de prévenance pour prévenir le salarié varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Entre 8 jours et 1 mois de présence	48 heures

Si le délai de prévenance n'a pas été respecté, la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut pas pour autant être prolongée. En cas de non-respect du délai légal de prévenance, l'employeur doit verser une indemnité compensatrice au salarié, sauf s'il a commis une faute grave. Son montant est égal au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait travaillé jusqu'au terme du délai de prévenance dû (indemnité compensatrice de congés payés comprise).

A savoir :

La rupture de la période d'essai peut être considérée comme abusive par le juge, notamment si elle n'est pas liée aux compétences du salarié (rupture discriminatoire, pour raisons économiques, etc.).

L'employeur remet au salarié les documents de fin de contrat qui lui sont dus.

**b) Rupture par le salarié.**

- **Procédure.**

Les formalités liées à la rupture du contrat sont simplifiées pendant la période d'essai.

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par le salarié.

- **Délai de prévenance.**

Le salarié qui souhaite rompre la période d'essai doit avertir son employeur avant son départ de l'entreprise, dans un délai dit de prévenance qui varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Au moins 8 jours	48 heures

• **Contrat de travail temporaire (intérim).**

**a) Rupture par l'employeur.**

- **Procédure.**

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par l'employeur ou le salarié. Ils n'ont pas l'obligation de motiver leurs raisons.

Les formalités liées à la rupture du contrat sont simplifiées.

Aucune procédure particulière de rupture n'est imposée à l'employeur ou au salarié qui souhaite rompre la période d'essai, sauf :

- si des dispositions de la convention collective en prévoient,
  - ou s'il y a rupture en lien avec une faute commise par le salarié (la procédure disciplinaire s'applique),
  - ou s'il y a rupture du contrat d'un salarié protégé (l'autorisation de l'inspection du travail est obligatoire)
- **Délai de prévenance**

L'employeur qui souhaite rompre la période d'essai doit prévenir le salarié avant son départ de l'entreprise, si son contrat comporte une période d'essai d'au moins 1 semaine. Le délai dit de prévenance pour prévenir le salarié varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Entre 8 jours et 1 mois de présence	48 heures

Si le délai de prévenance n'a pas été respecté, la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut pas pour autant être prolongée. En cas de non-respect du délai légal de prévenance, l'employeur doit verser une indemnité compensatrice au salarié, sauf s'il a commis une faute grave. Son montant est égal au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait travaillé jusqu'au terme du délai de prévenance dû (indemnité compensatrice de congés payés comprise).

A savoir :

La rupture de la période d'essai peut être considérée comme abusive par le juge, notamment si elle n'est pas liée aux compétences du salarié (rupture discriminatoire, pour raisons économiques, etc.).

L'employeur remet au salarié les documents de fin de contrat qui lui sont dus.

## **b) Rupture par le salarié.**

- **Procédure.**

Les formalités liées à la rupture du contrat sont simplifiées pendant la période d'essai.

Pendant la période d'essai, le contrat de travail peut être rompu librement par le salarié.

## - Délai de prévenance

Le salarié qui souhaite rompre la période d'essai doit avertir son employeur avant son départ de l'entreprise, dans un délai dit de prévenance qui varie dans les conditions suivantes :

Délai de prévenance en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise

Durée de présence du salarié dans l'entreprise	Délai de prévenance
Inférieure à 8 jours	24 heures
Au moins 8 jours	48 heures

- **Contrat de mission.**

L'article L 1221-25 du Code du Travail n'est pas applicable aux contrats de mission. Il faut en déduire qu'aucun délai de prévenance ne s'impose.

- **Cas des marins.**

Lorsqu'il est mis fin par l'employeur au contrat de travail, la rupture du contrat ne prend effet qu'à l'arrivée au premier port d'escale. Dans ce cas, l'employeur organise le rapatriement ou la reconduite du marin.

**(Code des transports, art. L. 5542-16 et L. 5542-20, art. L. 5542-29 à L. 5542-33 et L. 5542-50)**



### **3.7. Protection contre la fraude à la période d'essai.**

#### **3.7.1. Notion de fraude.**

Au-delà de la notion d'abus de période d'essai, se situe la notion de fraude à la période d'essai. Elle recouvre tout ce qu'un employeur peut tenter de qualifier de période d'essai alors que cela recouvre en fait d'autres formes de relations de travail.

**Cette définition s'entend que la qualification soit volontaire ou involontaire.** <sup>5</sup>

L'existence d'une période d'essai doit être licite. Rappelons que la période d'essai ne doit avoir pour objet que de permettre :

- à l'employeur de s'assurer que le salarié embauché convient au poste sur lequel il a été recruté,
- et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

La stipulation d'une période d'essai ne saurait donc écarter les règles protectrices de recours aux Contrats à Durée Déterminée, ni justifier l'éviction illégitime des règles entourant la rupture unilatérale des contrats de travail.

L'usage de la période d'essai est donc encadré par la législation et la réglementation et soumis au contrôle du juge.

#### **3.7.2. Eviction frauduleuse du régime des contrats précaires.**

La période d'essai d'un Contrat à Durée indéterminée ne doit servir qu'à vérifier les aptitudes professionnelles du salarié avant son embauche définitive. La Cour de Cassation en déduit que, "*l'intention de l'employeur, dès l'embauche, de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai, constitue un détournement de la période d'essai*".

(Cass soc., 5 octobre 1993, n° 90-43.780 : Bull. civ. 1993, V, n° 223)

En effet, un tel détournement prive le salarié des droits qu'il peut tirer du régime des contrats précaires, telle l'indemnité de précarité. La preuve, dont la charge repose sur celui qui se prévaut d'une fraude à ses droits, elle peut être rapportée par tout moyen. Cependant, démontrer une telle fraude reste difficile.

(Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 09-66.676)

---

<sup>5</sup> L'approche est similaire à celle relative au travail dissimulé.

Le salarié doit en effet prouver que son poste ne pouvait être pourvu que par un contrat précaire en raison de la nature temporaire de ses fonctions, ne s'inscrivant pas dans le cadre de l'activité normale et permanente de l'entreprise.

(Cass. soc., 5 octobre 1993, précitée) <sup>6</sup>

Rappelons que la législation :

- interdit la mise en place d'un Contrat de Travail à Durée Déterminée quel que soit son motif ou son objet lorsqu'il a pour effet ou pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise,  
**(Code du Travail, art. L. 1242-1)**
- mais que, " *si l'employeur et le salarié ont décidé de conclure un contrat de six mois, celui-ci s'analyse en un contrat à durée déterminée de six mois et non en un contrat à durée indéterminée comportant une période d'essai d'une telle durée, l'employeur se réservant la faculté d'offrir un contrat à l'issue de la période*".  
**(CA Toulouse, 14 juin 2012, n° 2001/03990)**

### 3.7.3. Eviction illégitime du régime de rupture unilatérale.

- **Principe.**

Plusieurs situations interdisent le recours à une période d'essai. La licéité de la période d'essai est subordonnée à son utilité. La période d'essai n'est licite que si l'employeur a réellement besoin d'apprécier les capacités du salarié. S'il a déjà pu contrôler les compétences de ce dernier sur le poste, toute période d'essai devient illicite, ce qui justifie l'interdiction d'y recourir en l'absence de modification du poste du salarié et en cas de changement de poste.

---

<sup>6</sup> Dans cette affaire, la Cour d'Appel avait constaté l'existence d'une note " *faisant état du caractère temporaire de la présence du salarié*".

- **Situations dans lesquelles le poste est maintenu.**

**a) Transfert d'entreprise.**

Lorsqu'il y a transfert d'entreprise, deux cas se présentent :

**(Code du Travail, art. L. 1224-1)**

- transfert du contrat de travail, dans ce cas, la fraude apparaîtrait si l'employeur prévoyait une période d'essai, tentant de faire échec à la stabilité du contrat, la jurisprudence jugeant qu'un salarié dont le contrat de travail est repris dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du Travail ne peut se voir imposer par son nouvel employeur une période d'essai,  
(Cass. soc., 13 novembre 2001, n° 99-43.016 : Bull. civ. 2001, V, n° 341, - Cass. soc., 31 mars 1998, n° 95-44.889 : Bull. civ. 1998, V, n° 185. - Cass. soc., 22 sept. 1993, n° 91-45.103 : Bull. civ. 1993, V, n° 220)
- novation du contrat de travail, à contrario, " *si, en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du Travail, le contrat de travail en cours au jour de la modification de la situation juridique de l'employeur subsiste avec le nouvel employeur, ce texte ne fait pas obstacle à ce que, sous réserve de fraude, celui-ci convienne avec le salarié de noveler le contrat en cours* ". Dans cette situation, et puisqu'il s'agit d'un nouveau contrat, il devient possible d'introduire une période d'essai, sauf si le nouveau contrat indique que " *le contrat précisait que le salarié n'était soumis à aucune période d'essai* ".  
(Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-10.109)

**b) Réintégration d'un salarié.**

Il peut arriver que, après le prononcé de la nullité d'un licenciement, suite auquel le salarié aurait demandé sa réintégration, l'employeur tente de soumettre le réengagement du salarié à une période d'essai. Une telle disposition serait illicite, la nullité du licenciement ayant pour effet de replacer les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant ledit licenciement. La réintégration dans l'emploi se fait donc sans période d'essai.

(Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 12-17.883)

**c) Changement des conditions de travail.**

La mutation d'un salarié, justifiée par l'intérêt de l'entreprise, sur un emploi correspondant à sa classification ne peut pas s'accompagner d'une période d'essai. Celle-ci permettrait frauduleusement à l'employeur " de rompre le contrat de travail de ce salarié, sans avoir à justifier d'un quelconque motif ".

(Cass. soc., 17 février 1993, n° 88-45.539 : Bull. civ. 1993, V, n° 55)

**d) Conclusion discontinue de contrats précaires pour le même poste.**

Lorsque le salarié a déjà exercé le même emploi sous contrat à durée déterminée auprès du même employeur, qui a donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, une période

d'essai ne peut être valablement stipulée à l'occasion d'un nouvel engagement à durée déterminée.

(Cass. soc., 26 février 2002, n° 00-40.749 : Bull. civ. 2002, V. n° 78 ; RJS 5/2002, n° 539)

- **Situations dans lesquelles il y a changement de poste.**

En cas de changement de poste d'un salarié, il peut être nécessaire de vérifier à nouveau les aptitudes du salarié. La question se pose alors de savoir s'il est possible de conclure une période d'essai alors que ses aptitudes ont déjà été en partie appréciées.

**a) Essai postérieur à un contrat commercial ou civil.**

Le contrat de travail du salarié peut faire suite à une relation civile ou commerciale. Dans une telle hypothèse, la licéité de l'essai dépend de considérations d'espèce. Le juge procédera alors à une recherche de l'intention.

Lorsque les exigences professionnelles en termes d'encadrement et de discipline sont essentielles, la stipulation d'une période d'essai est justifiée.

(CA Douai, 27 octobre 2000 : RJS 3/2001, n° 279) <sup>7</sup>

(CA Douai, 28 mai 1997 : RJS 8-9/ 1997, n° 944) <sup>8</sup>

A contrario, lorsque les fonctions sont identiques et que la négociation du contrat de travail avec le salarié a eu pour objet " *d'éviter la création d'une société parallèle concurrente* ", la période d'essai est illicite.

(CA Bourges, 28 févr. 1997 : RJS 8-9/ 1997, n° 944) <sup>9</sup>

**b) Essai et promotion professionnelle.**

En cours de contrat, par avenant ou par novation du contrat, un salarié peut faire l'objet d'une promotion professionnelle.

(Code Civil, art 1329, novation par changement d'objet de l'obligation) <sup>10</sup>

Au motif que, " *un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat (Ndlr, à durée indéterminée), par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement* ", la Cour de Cassation décide que, " *en présence de deux contrats successifs conclus entre les parties, ou en présence d'un avenant au premier, la période d'essai stipulée dans le second*

---

<sup>7</sup> En l'espèce, la période d'essai était liée au passage du statut de notaire à celui de salarié d'un office.

<sup>8</sup> En l'espèce, la cour a jugé qu'une période d'essai était indispensable afin de vérifier si le salarié pouvait travailler dans le cadre d'une relation hiérarchique.

<sup>9</sup> En l'espèce, un agent commercial avait été embauché en tant que salarié commercial.

<sup>10</sup> **Code Civil, art. 1329**, " *La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier* ".

*contrat ou l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures".*<sup>11</sup>

(Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-41.797 Bull. civ. 2005, n° 109. - Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-46.338 Bull. civ. 2005, V, n° 108, - Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-46.103 : Bull. civ. 2005, V, n° 107. - Cass. soc., 14 novembre 1990, n° 81-42.542 : Bull. civ. 1990, V, n° 552)

Ces jurisprudences trouvent également application dans le cas d'une disposition conventionnelle ne permettant pas de période d'essai en cas de promotion professionnelle liée à l'obtention d'un diplôme en cours de contrat.

(Cass. soc., 24 novembre 1992, n° 89-44.443 . Bull. civ. 1992, V, n° 568)

- **Situation dans laquelle il y a des contrats successifs avec la même entreprise.**

Au terme d'un premier contrat, stage, contrat d'apprentissage, Contrat à Durée Déterminée, contrat d'intérim, la relation de travail peut se poursuivre par la conclusion d'un Contrat à Durée Indéterminée. La relation professionnelle se traduit par l'embauche du salarié sur un poste permanent dans l'entreprise.

La question peut alors se poser de savoir si ce nouveau Contrat à Durée Indéterminée peut donner lieu à période d'essai ou non.

**a) Contrat précaire suivi d'un Contrat à Durée Indéterminée.**

Lorsque l'embauche en Contrat à Durée Indéterminée suit un contrat précaire, deux situations doivent être distinguées.

- **Fonctions exercées en application du premier et du second contrat similaires.**

La stipulation d'une période d'essai est alors illicite si la durée cumulée des contrats précaires dépasse la durée maximale de la période d'essai.

(Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.835 : Bull. civ. 2000, V, n° 255)

En revanche, si la durée cumulée des contrats précaires ne dépasse pas la durée maximale de la période d'essai, les parties peuvent en prévoir une. La durée d'exécution des contrats précaires sera cependant déduite de la durée de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat.

**(Code du Travail, art. L. 1243-11, al 3, et L. 1251-38, al 2)**

(Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-28.286 - Cass. soc., 2 décembre 1997 : TPS 1998, comm. 38 – Cass. soc., 31 janvier 2006 : JCP S 2006, 1161, en cas de contrat successifs)

De manière plus générale, s'il apparaît que la conclusion d'un Contrat à Durée Indéterminée avec une période d'essai n'a eu pour objet que d'éviter les conséquences légales de la

---

<sup>11</sup> Pour plus de détails, voir le chapitre consacré à la période probatoire.

situation née de la poursuite d'un Contrat à Durée Déterminée à l'échéance du terme, la stipulation est privée d'effet.

(Cass. soc., 12 avril 1995 : *Dr. soc.* 1995, p. 995, obs. J.Y. KERBOURC'H. – Cass. soc., 2 décembre 1997, n° 95-41.374 : *Bull. civ.* 1997, v, n° 413)

- **Fonctions exercées en application du premier et du second contrat différentes.**

A contrario, lorsque les fonctions exercées en exécution des contrats précaires et du Contrat à Durée Indéterminée sont différentes et impliquent des responsabilités plus importantes, la Cour de Cassation a décidé que le nouveau contrat peut valablement prévoir une période d'essai. Est ainsi licite la période d'essai stipulée en présence d'un changement de catégorie professionnelle " *impliquant des responsabilités plus importantes* ".

(Cass. Soc., 10 novembre 1993, n° 89-45.303 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 265)

**b) Stage suivi d'un Contrat à Durée Indéterminée.**

En cas d'embauche dans l'entreprise dans les trois mois suivant l'issue d'un 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. 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.

(Code du Travail, art. L. 1221-24)

**c) Contrat d'apprentissage suivi d'un contrat de travail.**

Pour toute embauche dans la même entreprise, sur la base d'un contrat à durée Indéterminée ou déterminée ou dans le cadre d'un contrat de travail temporaire, suivant la conclusion d'un contrat d'apprentissage, " *aucune période d'essai ne peut être imposée, sauf dispositions conventionnelles contraires* ".

(Code du Travail, art. L. 6222-16)

Il appartient à l'employeur de vérifier si les dispositions de l'accord de branche applicable à son entreprise lui permettent de prévoir une période d'essai. A défaut de disposition de la branche, la conclusion d'un accord d'entreprise peut ouvrir la voie à cette possibilité.

La règle s'applique-t-elle lorsque le contrat de travail porte sur un nouveau poste ?

La lettre du texte ne nous l'indique pas. Cependant, par analogie avec la solution adoptée dans le cas d'un contrat précaire suivi d'un Contrat à Durée Indéterminée, la conclusion d'une période d'essai semble être licite.

(Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-44.217 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 150)

- **Cas du reclassement du salarié.**

Certaines situations de licenciement, tel le licenciement pour inaptitude ou le licenciement économique, induise par l'employeur une obligation de recherche de reclassement, au sein de l'entreprise ou du groupe. La question se pose alors de savoir, dans l'hypothèse où un tel reclassement est possible, s'il peut être assorti d'une période d'essai ou non.

**a) Cas général.**

Pour tenter de répondre à cette question, il convient de revenir aux fondamentaux de la période d'essai, "**la période d'essai a pour objet de permettre à l'employeur de s'assurer que le salarié embauché convient au poste sur lequel il a été recruté. Elle permet également au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent**". Il y a lieu d'examiner en particulier deux points :

- en cas de nouvel employeur, existe-t-il une réelle novation du contrat de travail ?
- le nouveau poste est-il différent du poste précédent ?

Lorsque la réponse à ces deux questions est positive, la mise en place d'une période d'essai peut être justifiée. Le salarié et le nouvel employeur vérifient alors l'adéquation de la solution de reclassement et confirment leur décision de continuer la relation de travail.

**(Cass. soc., 8 avril 2009, n° 08-41.046 : JurisData n° 2009-047876 ; JCP S 2009, 1339, note P. MORVAN)**

En revanche, si le poste proposé est identique à l'ancien poste, une clause mettant en place une période d'essai ne répond à aucun besoin réel. Une telle clause est donc illicite.

Mais si le poste est différent, le salarié et le nouvel employeur peuvent avoir un intérêt, même minime, à prévoir non pas une période d'essai mais une période d'adaptation.<sup>12</sup> Le salarié pourra ainsi vérifier si le nouveau poste et / ou la nouvelle entreprise correspondent à ses attentes. De même, l'entreprise pourra évaluer les aptitudes du salarié dans son nouvel emploi et dans son nouvel environnement.

Cependant, la légalité de ce processus n'est pas garantie. La difficulté juridique tient au fait que :

- une fois l'offre de reclassement acceptée par le salarié, nulle rétractation n'est possible,  
**(Cass. soc., 23 mars 2011, n° 10-10.039)**
- l'employeur est tenu,
  - le cas échéant, d'assurer "**l'adaptation de ses salariés à une évolution de leur emploi**",  
**(Code du Travail, art. L. 6321-1)**  
**(Cass. soc., 14 janvier 2004 : RJS 2004, n° 296)**

<sup>12</sup> Voir le chapitre spécifique sur la période d'adaptation.

- à une obligation de loyauté envers les salariés,  
(Cass. soc., 7 janvier 2004 : *RJS* 2004, n° 666 - Cass. soc., 6 juillet 2009 : *TPS* 1999, comm. 388)

## b) Cas du reclassement pour inaptitude.

Dans le cas d'un reclassement pour inaptitude, l'intérêt d'une clause de période d'essai est indéniable. En effet, en cas d'inaptitude du salarié à occuper certains emplois, l'employeur :

- est dans l'obligation de proposer un poste adapté dans l'entreprise ou dans le groupe,  
(**Code du Travail, art. L. 1226-2, L. 1226-10 et L. 4624-1**)  
(Cass. soc., 26 novembre 2002, n° 00-41.633 : *JurisData* n° 2002-016586 ; *Bull. civ.* 2002, V, n° 354 ; *RJS* 2003, n° 178)
- peut avoir besoin d'apprécier, tout comme le salarié, le caractère adéquat du poste.

Employeur comme salarié peuvent donc avoir intérêt à vérifier la bonne adaptation du poste. Le médecin travail a même la possibilité d'indiquer qu'il donne, dans l'immédiat, son aval à l'occupation de ce poste, sous réserve de vérifier, *a posteriori*, l'aptitude du salarié. La période d'essai s'inscrit surtout dans la logique de l'obligation de sécurité de résultat. En prévoyant une telle période, la santé et la sécurité du salarié sont assurées. Ainsi, si le salarié perçoit un danger pour sa santé, il pourra de droit mettre un terme à son emploi. De même, si l'employeur constate le caractère inadapté du poste, ou un risque d'atteinte à la santé du salarié reclassé, il pourra, voire devra, mettre un terme à la relation de travail.

Une difficulté subsiste cependant. Le régime de la période d'essai est exclusive du droit de licenciement. En cas de rupture, le salarié perd donc les droits qu'il tenait de son ancien poste.

## c) Solutions juridiques.

Deux solutions juridiques contradictoires cohabitent :

- **la jurisprudence administrative.**

Dans un arrêt du 26 juin 2002, le Conseil d'Etat a décidé que, "*en l'absence de possibilités de reclassement plus favorable, la circonstance que l'offre soit assortie d'une période d'essai n'est pas à elle seule de nature à la priver de son caractère sérieux*", dès lors qu'en l'espèce, le passage du salarié "*d'un poste à dominante technique à un poste à dominante commerciale justifiait la période d'essai*", et que, "*de meilleures offres ne pouvaient être faites*".

(*CE*, 26 juin 2002, n° 223952 – *CE* 3 juin 1994, n° 117333)

- **la jurisprudence judiciaire.**

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 28 septembre 2009, pose que, *“ pour répondre utilement et loyalement à l'objectif d'un reclassement à l'occasion d'un PSE, l'offre faite au salarié doit avoir un caractère concret, sérieux et définitif ”*.

(CA Paris, 28 septembre 2009, n° 09/06314)

La prévision d'une période d'essai dans le cadre du reclassement d'un salarié inapte ou menacé d'un licenciement pour motif économique porterait atteinte tant au droit à l'emploi qu'au droit à la santé dont bénéficie le salarié.

(cf. Cons. Const. 13 janvier 2005, n° 2004, 509 DC, consid. 28 : JO 19 Janv. 2005 - CE 2 octobre 2002, n° 227-868. -Cons. Const. 16 juillet 2009, n° 2009-584 OC, § 9. -Cons. Const., 6 août 2009, n° 2009-588 DC, § 3)

La Cour de Cassation a ainsi jugé, à l'occasion d'un licenciement pour motif économique, que, *“ l'embauche par la société filiale, pour exercer les mêmes fonctions, selon un contrat de travail comportant une période d'essai et rompu avant l'expiration de celle-ci, constituait une manœuvre destinée à priver [le salarié] des indemnités de rupture ”*.

(Cass, soc., 4 février 1998, n° 95-44.713)

En dehors de toute fraude, *“ le reclassement ne peut être assorti d'une période d'essai, sauf méconnaître la logique de continuation du contrat, conférer au reclassement u caractère précaire nullement prévu par la loi, faire dépendre le sort du reclassement et du contrat d'une décision de l'employeur que celui-ci n'aura pas à justifier, tout en privant le salarié des règles protectrices du licenciement ”*.

(CA Amiens, 15 janvier 2008, n° 07/00.762)

La stipulation *“ apparaît d'autant moins légitime en la matière que la proposition de reclassement est logiquement faite par l'employeur en considération de l'appréciation qu'il est à même de porter sur les capacités du salarié à occuper le nouvel emploi proposé ”*, c'est-à-dire lors de l'émission de l'offre.

Les sanctions sont alors radicales. Toute offre prévoyant une période d'essai est une exécution déloyale de l'obligation de reclassement. Le licenciement prononcé à la suite du refus d'une telle offre doit donc s'analyser comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ou bien comme un licenciement nul. De même, la rupture d'une période d'essai, qu'elle soit prononcée par l'employeur lorsque le poste se situe dans la même entreprise, ou bien par le nouvel employeur lorsque le poste se situe dans une autre entreprise du groupe, doit être requalifié en licenciement injustifié.

Plus grave, en cas de Plan de Sauvegarde de l'Emploi, l'existence de propositions de reclassement prévoyant une période d'essai serait de nature à rendre le plan insuffisant et, par là, à entraîner sa nullité.

(CA Amiens, 15 janvier 2008, n° 07/00.762 précité)

- **Mobilité professionnelle et période d'essai.**

L'évolution de la carrière professionnelle des salariés peut, dans certains groupes, les conduire à être mobiles entre différentes entités juridiques du groupe. Il pourrait être tentant, dans de telles situations de prévoir une période d'essai.

Un tel processus est toutefois contrôlé de manière très stricte par la Cour de Cassation.

**a) Cas du coemploi.**

En cas de coemploi entre l'ancien et le nouvel employeur, la mise en place d'une période d'essai est interdite, au motif que, "*c'est le même contrat de travail qui se poursuit à l'occasion du changement d'affection*".

(Cass. soc., 22 janvier 1997, n° 93-43.742 : Bull. civ. 1997, V, n° 31)

**b) Absence de coemploi.**

Plusieurs situations différentes doivent alors être distinguées. Le juge devra donc être attentif aux cas d'espèce.

- **Fonctions identiques et dirigeants identiques.**

Dans cette situation, aucune période d'essai ne peut être mise en place.

En effet, selon les termes de la Haute Cour, "*le gérant.... a déjà pu apprécier les compétences professionnelles du salarié lors d'une précédente relation de travail*", ce qui a pour effet de rendre "*illicites la période d'essai et son renouvellement*".

(Cass. soc., 25 mai 2011, n° 09-68.157 - Cass. soc., 28 septembre 2005, n° 03-47.214 : Bull. civ. 2005, V, n° 273 RJS 10/2005, n° 1164)

Dès lors qu'un employeur engage de nouveau un salarié dans le même emploi que celui qu'il occupait précédemment chez lui, et qu'entre-temps ce salarié avait travaillé, toujours dans le même emploi, dans une autre société du même groupe, "*la période d'essai ne pouvait valablement être stipulée lors de son nouvel engagement*".

- **Salarié mis à disposition d'une autre société, puis embauché par elle.**

Lorsque le salarié a été mis à la disposition d'une autre société et qu'il est par la suite embauché par cette dernière dans les mêmes fonctions, "*la stipulation d'une période d'essai est abusive*". En effet, la société "*avait déjà pu évaluer les compétences [du salarié] dans son travail*", peu important qu'il ait démissionné de son précédent poste.

(Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-15.283)

La Cour relève que, "*c'était en raison de ses compétences reconnues et de l'expérience acquise chez elle au cours de la mise à disposition*" que la société l'avait embauché.

(Cass. soc., 7 mars 2000, n° 98-40.198 : Bull. civ. 2000, V, n° 87)

La Cour nous dit également que, pour un salarié ayant été engagé successivement par différentes sociétés hôtelières du même groupe selon des contrats de travail comportant une période d'essai, "*le maintien d'une clause d'essai était abusive*", compte tenu de l'ancienneté du salarié et de la connaissance qu'avait la société de ses aptitudes.

(CA Aix-en-Provence, 14 juin 2013, n° 12/04985, *Cah. soc.* août-septembre 2013, n° 255 p. 327 et note A. MARTINON)

N'est pas non plus valable la période d'essai stipulée dans un contrat de travail lors de l'embauche d'un salarié après une interruption d'un an alors que l'employeur a déjà pu évaluer ses compétences durant les huit années précédentes.

- **Salarié exerçant des fonctions différentes.**

Lorsque le salarié exerce des fonctions différentes, même si les sociétés appartiennent au même groupe, ont une activité similaire, et une Direction Administrative et Financière commune, rien n'interdit au nouvel employeur de prévoir une période d'essai dans le but d'apprécier si le salarié est à même de remplir ses nouvelles missions.

(Cass. soc., 21 juin 2006 : JCP S 2006, 1749, note X. CARVIN)

- **Salarié de retour dans un groupe où il a déjà travaillé.**

Lorsque le salarié a démissionné, puis conclu des contrats successifs avec plusieurs entités appartenant au même groupe, la situation ne permettant pas de se prévaloir de l'ancienneté acquise dans l'une des sociétés envers les autres, une période d'essai peut "*être valablement stipulée par le second contrat*", sans que la rupture des relations contractuelles au cours de cette période soit qualifiée de période probatoire et entraîne "*sa réintégration au sein du groupe dans un emploi correspondant à sa qualification antérieure*".

(Cass. soc., 20 octobre 2010 : Bull. civ. 2010, V, n° 239)

En tout état de cause, un accord collectif de groupe sur la Gestion Prévisionnelle des Emplois et des Compétences, ou un accord de branche sur ce sujet, peut interdire, lorsque l'emploi est identique et que les contrats successifs participent d'une mobilité professionnelle, la stipulation d'une période d'essai.



### **3.8. Situation à l'issue de la période d'essai et points particuliers.**

#### **3.8.1. A l'issue de la période d'essai.**

Quel que soit le type de contrat, à l'issue de la période d'essai, et en l'absence de rupture anticipée, la relation de travail se poursuit automatiquement.

La règle s'applique-t-elle lorsque le contrat de travail porte sur un nouveau poste ? La lettre du texte ne le précise pas. Néanmoins, par analogie avec la solution adoptée pour les contrats précaires suivis de la conclusion d'un Contrat à Durée Indéterminée, la conclusion d'une période d'essai est à priori licite.

(Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-44.217 Bull. civ. 1992, V, n° 150)

#### **3.8.2. Points particuliers.**

- **Périodes d'essai multiples.**

Un salarié peut-il effectuer plusieurs périodes d'essai chez le même employeur ?

Dans certains cas seulement, le salarié peut effectuer plusieurs périodes d'essai chez le même employeur.

##### **a) Cas n° 1, nouveau contrat chez le même employeur.**

La solution va dépendre du type de contrat.

- **CDI à l'issue d'un CDD.**

Lorsque, au terme d'un CDD, la relation de travail se poursuit en CDI, le nouveau contrat peut prévoir une nouvelle période d'essai.

Dans ce cas, la durée du ou des CDD précédents est déduite de la période d'essai prévue dans le CDI.

- **Contrat à l'issue d'une mission d'intérim.**

Une nouvelle période d'essai peut être accomplie lorsqu'une entreprise embauche, après une mission, un salarié mis à sa disposition par une entreprise d'intérim.

La durée des missions accomplies au sein de cette entreprise au cours des 3 mois précédant le recrutement est déduite de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat de travail.

- **Contrats successifs dans des fonctions différentes.**

Le salarié qui signe un nouveau contrat avec le même employeur peut être soumis à une nouvelle période d'essai. C'est le cas s'il est embauché pour occuper un poste de travail différent de celui ou ceux qu'il a occupés auparavant dans l'entreprise.

- **Contrats successifs dans les mêmes fonctions.**

Le salarié qui signe un nouveau contrat avec le même employeur pour occuper le même poste n'a pas à être soumis à une nouvelle période d'essai. L'employeur a déjà pu apprécier ses capacités professionnelles sur le poste concerné. Peu importe que les contrats soient conclus avec ou sans interruption.

**b) Cas n° 2, Evolution des fonctions pendant le contrat.**

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail.

Lorsque la période d'essai est écoulée, même si les fonctions du salarié évoluent en cours d'exécution du contrat (par exemple à l'occasion d'une promotion ou d'une rétrogradation pour raison disciplinaire), le salarié ne peut pas effectuer une nouvelle période d'essai.

Cependant, si l'employeur souhaite s'assurer que le salarié est apte à remplir ses nouvelles missions, il peut demander au salarié d'effectuer une période probatoire.

- **Règle en cas d'arrêt maladie pendant la période d'essai.**

**a) Cas général.**

Lorsque le salarié tombe malade au cours de la période d'essai, la durée de l'essai est prolongée. La date de fin de la période d'essai est repoussée de la durée exacte de l'absence pour maladie.

La durée de la prolongation est calculée en jours calendaires (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires).

La période d'essai ne peut pas être rompue en raison de la maladie du salarié, car il s'agirait d'une rupture du contrat pour motif discriminatoire fondée sur son état de santé.

Exemples :

- un salarié embauché avec 4 mois d'essai est arrêté pendant 2 semaines, après 1 mois d'activité. Sa période d'essai est prolongée de 2 semaines,

- un salarié embauché avec 4 mois d'essai est arrêté pendant 2 semaines, 1 semaine avant la fin de l'essai. Sa période d'essai est prolongée de la semaine qui n'a pas été effectuée.

#### **b) Accident du travail ou maladie professionnelle.**

Lorsque le contrat du salarié est suspendu durant la période d'essai en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, la durée de l'essai est prolongée. La date de fin de la période d'essai est repoussée de la durée exacte de l'absence pour accident du travail ou maladie professionnelle.

La durée de la prolongation est calculée en jours calendaires (sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires).

La rupture de la période d'essai n'est pas possible pendant la suspension. Toutefois, si l'employeur justifie d'une faute grave du salarié ou de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à l'accident du travail ou à la maladie professionnelle, le contrat de travail peut être rompu même s'il est suspendu. Dans ce cas, l'employeur doit respecter la procédure spécifique applicable (par exemple, la procédure disciplinaire s'il reproche une faute grave au salarié).

La rupture anticipée de la période d'essai est possible dans les conditions habituelles (formalités simplifiées, délai de prévenance du salarié), après le retour du salarié dans l'entreprise.

Exemples :

- un salarié embauché avec 4 mois d'essai est arrêté pendant 2 semaines, après 1 mois d'activité. Sa période d'essai est prolongée de 2 semaines,
- un salarié embauché avec 4 mois d'essai est arrêté pendant 2 semaines, 1 semaine avant la fin de l'essai. Sa période d'essai est prolongée d' 1 semaine qui n'a pas été effectuée.

- **Documents à remettre en fin de contrat.**

Lorsque le contrat de travail arrive à son terme, y compris pendant la période d'essai, l'employeur doit remettre au salarié divers documents.

Ces documents sont dus, quels que soient :

- la nature du contrat concerné (CDI, CDD, contrat temporaire, contrat d'apprentissage, etc.)
- et le motif du terme du contrat (démission, licenciement, rupture conventionnelle, CDD arrivé à son terme, etc.).

La liste de ces documents varie selon que le salarié est en CDI ou en CDD.

Salarié en CDI, l'employeur doit remettre au salarié les documents suivants :

- Certificat de travail,
- Attestation Pôle emploi,
- Solde de tout compte,
- en cas de dispositifs de participation, d'intéressement et des plans d'épargne salariale au sein de l'entreprise, état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées

## Annexe

### Textes de référence.

Obligation d'information	<b>Code du Travail : art. L. 1221-8</b>
Salarié de droit privé employé par une personne publique	<b>Code du Travail, art. L. 1211-1, al 2</b>
Dispositions générales	<b>Code du Travail : art. L. 1221-19 à L. 1221-26</b>
Salariée en maternité	<b>Code du Travail, art. L. 1225-1</b>
Salarié en CDD	<b>Code du Travail : art. L. 1242-10 et L. 1242-11</b>
Salarié en contrat précaire	<b>Code du Travail, art. L. 1242-12</b>
Salarié en contrat temporaire	<b>Code du Travail : art. L. 1251-14 et L. 1251-15</b>
Articulation avec les accords collectifs	<b>Code du Travail, art. L. 2252-1 et L. 2253-3</b>
Décompte de la période d'essai (salarié à temps partiel)	<b>Code du Travail : art. L. 3123-5</b>
Salarié en Contrat Emploi Jeune	<b>Code du Travail, art. L. 5134-14</b>
Salarié en contrat d'apprentissage	<b>Code du Travail, art. L. 6222-18</b>
Salarié VRP	<b>Code du Travail, art. L. 7315-5</b>
Période probatoire	<b>Code du Travail, art. L. 1231-4</b>