

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 protectrice .

Depuis la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 la période d'essai est encadrée par le Code du travail (durée maximale, renouvellement, délai de prévenance).

Depuis le revirement de jurisprudence du 11 mai 2005 (Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-40.650). la rupture du contrat se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est à dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée

extrait du code du travail : Section 4 : Période d'essai.

Article L1221-19 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

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.*

Article L1221-20 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

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

Article L1221-21 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

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.*

Article L1221-22 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

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.*

Article L1221-23 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

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.

Article L1221-24 (Modifié par LOI n°2014-788 du 10 juillet 2014)

En cas d'embauche dans l'entreprise dans les trois mois suivant l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables. Lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai.

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

Article L1221-25 (Modifié par ORDONNANCE n°2014-699 du 26 juin 2014)

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.*

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

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

Article L1221-26 (Créé par LOI n°2008-596 du 25 juin 2008)

Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de quarante-huit heures. Ce délai est ramené à vingt-quatre heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à huit jours.

Titre III : Rupture du contrat de travail à durée indéterminée
Chapitre Ier : Dispositions générales.

Article L1231-1

Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai.

Paragraphe 3 : Egalité de traitement avec les salariés à temps plein

Article L3123-5

Le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, les conventions et les accords d'entreprise ou d'établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif.

La période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle du salarié à temps complet.

.../...

Définition et caractéristiques de la période d'essai

La période d'essai désigne le laps de temps durant lequel, une fois le contrat de travail conclu, l'employeur et le salarié vont juger, en situation, de leur capacité à travailler ensemble.

La période d'essai est un temps dévolu à l'employeur et au salarié afin d'évaluer, pour le premier, les compétences professionnelles du second et, pour le second, de voir si l'emploi qu'il occupe correspond à ses attentes.

Elle est ainsi définie par l'article L. 1221-20 C. trav: « *La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

Elle permet, d'une part, à l'employeur de vérifier l'aptitude du salarié à occuper l'emploi proposé et, d'autre part, au salarié d'apprécier si les conditions d'emploi lui conviennent. Elle ouvre droit au paiement du salaire.

 La période d'essai se situe impérativement au commencement de l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-45.349).

Pendant la période d'essai, les règles légales régissant la rupture du contrat de travail ne sont en principe pas applicables (C. trav., art. L. 1231-1).

Le contrat peut être rompu par l'une ou l'autre des parties sans avoir à respecter de procédure particulière, ni à justifier d'un motif.

Cette liberté de rupture confère à la période d'essai un caractère dérogatoire et explique l'encadrement très sévère dont elle a toujours fait l'objet de la part de la jurisprudence.

Période d'essai et période probatoire

Prévue en début de contrat, la période d'essai ne doit pas se confondre avec la période probatoire qui, elle, se situe en cours de contrat et a pour but de tester les conséquences d'un changement de poste en cours d'exécution du contrat de travail.

Mention expresse du contrat de travail ou de la lettre d'engagement

La période d'essai, ainsi que la possibilité de son renouvellement, ne se présument pas. Elles doivent être expressément prévues par le contrat de travail ou la lettre d'engagement (C. trav.,

art. L. 1221-23).

✍ Une période d'essai ne se présume pas et doit être fixée dans son principe et dans sa durée dès l'engagement du salarié (Soc. 19.2.97 Bull. 97 V n° 69).

✍ La période d'essai est de plein droit applicable sans qu'il soit nécessaire d'en prévoir l'existence par une disposition contractuelle si la convention collective la prévoit et que ladite convention a été portée à la connaissance du salarié lors de son embauche (Soc. 23.4.97 Bull. 97 V n° 143).

✍ Une période d'essai ne se présume pas et doit être fixée expressément, à défaut de convention collective la rendant de plein droit applicable, dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié. Doit donc être qualifiée de licenciement sans motif la prétendue rupture de la période d'essai dès lors qu'il apparaît que, contrairement à ce que prévoyait la convention collective, la lettre d'embauche ne prévoyait aucune période d'essai. (Cass. soc., 28 juin 2005, n°03-44.347D Semaine Soc. Lamy n°1223).

✍ En l'absence de contrat écrit, l'employeur ne peut se prévaloir de la période d'essai instituée de manière obligatoire par une convention collective sauf à prouver que le salarié a été informé, au moment de son engagement, de l'existence d'une convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance. À défaut d'une telle recherche, n'est pas justifiée la rupture, sans procédure de licenciement au bout de deux mois d'activité, du contrat d'un formateur engagé verbalement au motif que la convention applicable fixait une période d'essai de trois mois. (Cass. soc., 19 nov. 2003, n° 01-43.806, n° 2436 F-D Jurisp.Soc.Lamy n° 138 du 27/01/04).

✍ Le fait qu'une **promesse d'embauche** ait été préalablement adressée au salarié sans mentionner de période d'essai n'interdit pas d'en prévoir une dans le contrat de travail (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13 14.258).

Une période d'essai ne peut pas résulter d'un usage

✍ Pour débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt attaqué énonce qu'il est constant que l'usage dans la profession, laquelle relève de la vente, est de soumettre les salariés à une période d'essai dont la durée est au minimum d'un mois ; que la rupture a été prononcée durant le premier mois d'activité ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et **ne peut être instituée par un usage**, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-43.022 P - (Cah. jurisp.Lamy 2004 n°4848).

Durées légales maximales

Le code du travail fixe la durée de l'essai pour le CDD (art. L1242-10) et pour le CDI (art.L1221-19)

Le contrat à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est de (C. trav., art. L. 1221-19) :

- deux mois pour les ouvriers et employés ;
- trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- quatre mois pour les cadres.

Il s'agit de durées maximales. Par conséquent, les parties au contrat de travail peuvent toujours convenir de durées plus courtes.

Renouvellement compris, la période d'essai ne peut pas excéder (C. trav., art. L. 1221-25) :

- quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- six mois pour les agents de maîtrise
- huit mois pour les cadres.

Article L1242-10

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.

Selon la loi no 2008 596 du 25 juin 2008, les durées légales ont un « **caractère impératif** », ce qui signifie qu'elles s'imposent en principe aux partenaires sociaux de la branche, de l'entreprise ainsi qu'aux cocontractants, **à l'exception** (C. trav., art. L. 1221 22) :

<> de durées plus longues fixées par les accords de branches conclus avant la date de publication de la loi ;

<> de durées plus courtes fixées par les accords collectifs conclus après la publication de la loi, les dispositions des conventions ou des accords d'entreprise primant désormais sur celles de la branche (C. trav., art. L. 2253 3) ;

<> de durées plus courtes fixées par le contrat de travail ou la lettre d'engagement.

Durées plus longues que les durées légales

Les périodes d'essai, dont les durées fixées par une convention ou un accord de branche étaient plus longues que celles fixées par la loi peuvent continuer à s'appliquer (Circ. DGT no 2009 5, 17 mars 2009, p. 3).

Mais, selon les dispositions de la convention no 158 de l'OIT, leur durée doit être raisonnable.

✍ Tel n'est pas le cas lorsque la durée fixée par l'accord de branche atteint six mois pour une assistante commerciale n'ayant pas le statut de cadre (Cass.soc., 10 mai 2012, no 10 28.512 : convention collective du Crédit agricole) ou un an pour un chargé d'affaires (Cass. soc., 4 juin 2009, no 08 41.359).

✍ Il en va de même d'une période d'essai de six mois, renouvelable une fois, pour un directeur de magasin (Cass. soc., 11 janv. 2012, no 10 17.945 : CCN du commerce de gros et de détail, à prédominance alimentaire) ou pour un salarié soumis à une loi étrangère, mais exécutant son travail en France (Cass. soc., 26 mars 2013, no 11 25.580).

✍ En revanche, une durée de neuf mois pour l'ensemble du personnel d'encadrement a été jugée raisonnable (Cass. soc., 24 avr. 2013, no 12 11.825 : CCN du personnel sédentaire des entreprises de navigation).

La durée de la période d'essai doit s'apprécier au regard de la catégorie de l'emploi occupé. (Soc. 7 juill. 2021, FS-P+B, n° 19-22.922) La cour d'appel de renvoi devra apprécier si, « au regard de la catégorie d'emploi occupée » par le salarié, la durée totale de la période d'essai prévue à son contrat de travail, soit six mois, est « raisonnable », en prenant en considération la nature des fonctions exercées, de son niveau de responsabilité et des dispositions conventionnelles

applicables. À cet égard, la convention collective applicable (convention collective des producteurs salariés de base des services extérieurs de production des sociétés d'assurance du 27 mars 1972 précise en son article 22, « Pour être titularisé en qualité de producteur salarié de base, l'intéressé doit avoir accompli préalablement, chez le même employeur, de façon satisfaisante, une période d'essai de six mois. Cette période pourra être renouvelée une fois, pour une durée n'excédant pas six mois »

✍ La période d'essai des salariés à temps partiel ne peut être plus longue que celle des salariés à temps plein (C. trav., art. L. 3123 5 al2).

✍ La durée de la période d'essai fixée par le contrat de travail ne peut être supérieure à celle prévue par la convention collective applicable (Cass.Soc. 5/3/97 Bull. 97 V n° 94).

✍ Une cour d'appel, qui constate que le salarié avait été engagé en qualité de directeur, qu'il avait sous sa responsabilité une quarantaine de personnes et qu'il percevait une rémunération mensuelle avoisinant 20.000 F (en 1995), peut en déduire qu'en l'absence d'accords collectifs imposant une durée plus courte pour ce type d'emploi, la période d'essai de deux mois, éventuellement renouvelable une fois, convenue au contrat de travail, n'était pas excessive. (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 98-42.939 D. -Sem. Soc. Lamy n° 985 p.14).

✍ N'a pas donné de base légale à sa décision, la cour d'appel énonçant que le contrat de travail prévoyait une clause claire et précise relative à la période d'essai à laquelle la salariée avait librement souscrit sans se prononcer sur le caractère excessif de cette clause que la salariée prétendait hors de proportion avec le temps nécessaire pour éprouver une employée de sa catégorie. (Cass. soc., 7 janv. 1992, n° 88-45.393 - Cah. jurispr.Lamy 2004 n° 4849).

Durée excessive

✍ Vu les principes posés par la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement [...] et la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b); [...] 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 ([applicable à une salariée engagée en qualité d'assistante commerciale) dont la durée est de six mois (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512 Sem.Soc.Lamy n° 1542).

Contrat à durée indéterminée : les parties ont toute liberté pour fixer la durée de l'essai, à condition de respecter la durée maximale prévue par la convention collective ou, à défaut, par l'article L1221-19 du code du travail .

Contrat à durée déterminée : la durée ne peut dépasser une période d'un jour par semaine.
- dans la limite de 2 semaines lorsque la durée initiale du contrat est au plus égale à 6 mois,
- dans la limite d'un mois lorsque la durée initiale du contrat est supérieure à 6 mois. (Article L1242-10)

La période d'essai est facultative

La loi fixe des maxima mais, bien sûr, les parties sont libres de fixer des périodes d'essai plus courtes.

Ils peuvent, le cas échéant, renoncer à en appliquer une. Il suffit dans ce cas que le contrat ne

l'envisage pas, la période d'essai ne se présument pas .

Point de départ de la période d'essai

✍ La période d'essai commence à la date où le salarié est « engagé et rémunéré » (Cass. soc., 23 févr. 1983, n° 80-41.596, Bull. civ. V, n° 101).

✍ Peu importe que l'intéressé ne commence effectivement son activité qu'ultérieurement, en raison de retards dans des travaux d'installation (Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-41.054).

✍ La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail (Soc. 25.2.97 Bull. 97 V n° 83) et les parties 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.

✍ La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, et 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 pour effet de différer le point de départ de l'essai (Cass.Soc. 25/2/97 Bull. 97 n° 84).

✍ Le point de départ de la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat, même débutant par une formation théorique (Cass. soc., 16 juin 1999, n° 97-41.957 Cah. jurisp.Lamy 2004 n° 4850).

✍ La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, même lorsque conformément aux conditions contenues dans ce contrat, les six premières semaines ont été occupées à la formation théorique du salarié, dispensée hors de l'entreprise (Cass.Soc. 24/10/97 Bull. 97 V n° 333).

✍ La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail. Lorsqu'une période d'essai est stipulée postérieurement au commencement de l'exécution du contrat, la durée ainsi exécutée est déduite de cette période d'essai. C'est à tort qu'une cour d'appel déboute un salarié de sa demande de paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée de son contrat à durée déterminée, alors qu'elle avait constaté que deux contrats de travail successifs avaient été conclus entre les mêmes parties pour le même emploi et que la relation de travail avait commencé dès l'exécution du premier contrat, ce dont il résultait qu'une période d'essai d'un mois ne pouvait être valablement stipulée à la date de commencement de l'exécution du deuxième contrat. L'employeur avait en l'espèce rompu le deuxième contrat en se prévalant d'une rupture en période d'essai. (Cass.Soc., 28 juin 2000, n° 98-48.835 P. -Sem. Soc. Lamy n° 989 p.14).

✍ Un salarié embauché en qualité de directeur de magasin pour un magasin non encore construit ne peut valablement pas accepter de différer le début de sa période d'essai à sa prise de fonction de directeur. Ce report n'est pas valable, le salarié ayant commencé à travailler pendant la période des travaux même si ce travail consistait à surveiller les travaux et ne correspondait pas aux fonctions pour lesquelles il avait été embauché (Cass. soc., 25 févr. 1997, no 93 44.923).

✍ Lorsque la prise de fonctions effective du salarié précède la date de signature matérielle du contrat, l'essai démarre à la prise de fonctions (Cass. soc., 28 juin 2000, no 98 45.349 ; Cass. soc., 9 juill. 2003, no 01 44.386).

Les parties ne peuvent pas convenir de différer le début de l'essai.

Tout en rappelant que la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, la Cour de cassation considère que la circonstance que l'employeur impose au salarié en début de contrat de participer à un séminaire de formation ne peut pas avoir pour effet de différer le point de départ de l'essai (Cass. soc., 25 févr. 1997, n° 94-45.381, Bull. civ. V, n° 84 ; dans le même sens : Cass. soc., 16 juin 1999, n° 97-41.957 ; Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 97-43.776).

La mise en situation réelle de travail fait débiter le contrat

✍ Attendu que, par motifs propres et adaptés, la cour d'appel a constaté qu'il était établi que Mme H. n'avait conduit un car de l'entreprise destiné au transport d'élèves que vide de passager, en présence du chauffeur habituel et ceci pendant quelques heures seulement au cours des mois de janvier et février 1992 ; qu'elle a pu décider que ces prestations, qui ont été rémunérées, **constituaient un test professionnel et non une période de travail impliquant que l'intéressée soit placée dans des conditions normales d'emploi** ; que les moyens ne sont pas fondés ; (Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154 P+F - Cah. jurisp. Lamy 2004 n° 4850).

Calcul de la durée de l'essai et date d'expiration

Le calcul des délais est spécifique à la période d'essai

✍ Pour calculer la durée de la période d'essai, il n'y a pas lieu de se référer aux règles de computation des délais de procédure telles qu'elles sont fixées par le Code de procédure civile (Cass. soc., 23 mars 1983, n° 80-41.976, Bull. civ. V, p. 187 ; Cass. soc., 21 janv. 1987, n° 83-45.686, Bull. civ. V, p. 16).

✍ Une période d'essai de trois mois commençant le 3 juin expire non le 3 septembre, mais le 2 septembre à minuit (Cass. soc., 11 oct. 1990, n° 87-43.503).

✍ Une période d'essai d'un mois, renouvelée une fois pour une durée équivalente, qui a commencé à courir le 14 mai, a expiré le 13 juillet à minuit, et non le 14 juillet à minuit (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544, Bull. civ. V, n° 103).

✍ L'exacte délimitation de la période d'essai est importante lorsqu'il s'agit de notifier un renouvellement. Ainsi, une période d'essai initiale d'un mois convenue lors de l'embauche le 8 septembre est venue à expiration le 7 octobre à minuit. Par conséquent, il a été jugé que les parties ne pouvaient valablement pas stipuler la prolongation de cette période d'essai à la date du 8 octobre, le contrat étant devenu définitif (Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 99-40.174).

✍ Le fait que le dernier jour de la période d'essai corresponde à un jour non travaillé dans l'entreprise (le samedi par exemple) n'affecte pas la survenance de son terme (Cass. soc., 10 nov. 1988, n° 85-46.558).

✍ En application du même principe, si l'essai est calculé en mois calendaires, tout essai qui se termine un samedi, un dimanche ou un jour férié chômé, **ne sera pas prorogé** jusqu'au premier jour ouvrable (Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-45.755).

Si l'essai est exprimé en semaines ou en mois, il se décompte en semaines civiles ou en mois calendaires sans qu'il soit tenu compte, en pratique, de la présence de jours non travaillés tels que

des jours fériés.

✍ La période d'essai exprimée en jours se décompte également en jours calendaires (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.701, Bull. civ. V, n° 220 ; Cass. soc., 28avr. 2011, n° 09-40.464 et n° 09-72.165, Bull. civ. V, n° 101).

La circulaire DRT n° 90-18 du 30 octobre 1990 considérait que les jours d'essai se décomptaient en jours travaillés. Dorénavant, les règles de décompte des périodes d'essai sont unifiées : qu'elles soient exprimées en mois, en semaines ou en jours, elles se décomptent en jours calendaires.

✍ Lorsque une période d'essai est exprimée en jours, elle n'est pas calculée en tenant compte seulement des jours travaillés. **Le décompte doit ainsi se faire en jours calendaires.** Il n'y a pas lieu de retrancher les jours fériés ou de repos.. (Cass. soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 02-45.701, arrêt n° 1572 FS-P+B+R+I - Jurisp.Soc.Lamy n° 175). [arrêt de principe].

✍ Au sens de l'article L. 1242-10 du code du travail, et 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° 09-40.464. BICC 747 N° 999).

Suspension de la période d'essai

1. Salariés couverts par l'assurance maladie

Dans la première phase du confinement, soit du 12 mars au 30 avril 2020, certains salariés ont été couverts par l'assurance maladie . S'ils étaient en période d'essai, celle ci a été suspendue comme s'ils étaient malades. Il est simplement à noter que le complément de salaire légal à hauteur de 90 % leur était dû, malgré leur absence d'ancienneté, y compris ceux qui ont été confinés sans avoir pu entamer leur période d'essai.

2. Salariés mis en activité partielle

La mise en activité partielle des salariés a été le cas le plus fréquent et les collaborateurs en période d'essai ont suivi le même sort, à cet égard, que les autres salariés.

La période d'essai étant destinée à tester la capacité du salarié à effectuer la mission qui lui est confiée, il est de jurisprudence constante que la suspension du contrat de travail suspend également la période d'essai.

Dès lors, deux situations peuvent se présenter :

<> soit l'entreprise a opté pour une mise en activité partielle comportant des journées entières non travaillées : chaque jour sans travail suspend la période d'essai et en reporte donc d'autant le terme ;

<> soit l'entreprise a procédé par réduction du nombre d'heures journalier de travail : la période d'essai ne peut être alors prolongée, même si le salarié n'a effectué qu'une heure de travail par jour.

La désignation d'un salarié comme mandataire social pendant sa période d'essai a pour effet de la suspendre, dès lors que le contrat est mis entre parenthèse pendant la durée du mandat. Elle reprend donc son cours après la révocation de l'intéressé. Autrement dit, en cas de révocation du mandat, le contrat de travail se poursuit aux mêmes conditions que celles applicables à la date de sa mise en sommeil (Cass. soc., 24 avr. 2013, no 12 11.825).

Changement de fonctions en cours de période d'essai

✍ Conséquences d'une période probatoire intervenant en cours de période d'essai. Même pour le salarié en période d'essai, il est possible de prévoir une période probatoire en cas de changement de fonctions. Cependant, la stipulation d'une telle période met nécessairement fin

à la période d'essai (Cass. soc., 20 oct. 2010, no 08 42.805).

Une période probatoire ne peut pas se superposer à une période d'essai. Elle s'y substitue. En conséquence, si la période probatoire n'est pas concluante, le salarié sera réintégré dans son ancien poste, mais son contrat de travail sera définitif.

Suspension pour indisponibilité du salarié

La suspension du contrat, pour indisponibilité du salarié le plus souvent, autorise l'employeur à reporter le terme de l'essai (Cass. soc., 23 mai 2007, no 06 41.338, pour un congé sans solde).

Il en est ainsi en cas d'arrêt de travail pour maladie (Cass. soc., 29 mai 1986, no 83 46.133) ou accident du travail (Cass.soc., 12 janv. 1993, no 88 44.572).

Effet des congés payés sur l'essai

✍ L'essai n'est valablement suspendu pendant les congés annuels de l'entreprise que si le salarié lui-même est en congé (Cass. soc., 5 mars 1997, n° 94-40.042, Bull. civ. V, n° 94 ; Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 94-44.057, Bull. civ. V, n° 288).

✍ Lorsque l'intéressé prend des congés durant la période d'essai, l'employeur est en droit de la prolonger d'une durée égale à celle du temps de congé (Cass.soc., 26 mai 1994, n° 90-45.318 ; Cass. soc., 18 avr. 2000, n° 98-45.350 ; Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-42.457 ; Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-44.368).

✍ La Cour de cassation considère que cette prolongation ne saurait se limiter aux seuls jours ouvrables inclus dans la période l'ayant justifiée, sauf disposition conventionnelle ou contractuelle contraire (Cass. soc., 31 mars 1994, n° 90-40.204). **Cela implique que la prolongation est égale en nombre de jours calendaires à la période des congés.**

Faculté de renouvellement

Depuis la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 , la possibilité de renouveler la période d'essai est soumise à des conditions strictes.

a) Une convention collective de branche étendue

Le renouvellement de la période d'essai ne peut être prévu que par un accord de branche étendu qui en fixe les conditions et la durée (C. trav., art. L.1221-21).

Si le renouvellement de la période d'essai n'est autorisé que par un accord d'entreprise, il n'est pas possible (Circ. précitée, p. 3 :commentaire de l'article 2 de la loi). La solution est identique lorsque le renouvellement n'est prévu que par le contrat de travail.

Malgré les dispositions de l' article L. 2253-1 du Code du travail , il ne semble pas possible de substituer, par convention ou accord d'entreprise, des garanties au moins équivalentes au renouvellement fixé par la branche. Ce mécanisme n'est pas applicable dans la mesure où l'article L.1221-21 donne l'exclusivité à la branche en la matière et n'a pas été modifié ni par les ordonnances du 22 septembre 2017, ni par l'ordonnance «rectificative » (Ord. n° 2017-1718, 20 déc. 2017).

Les entreprises qui ne sont pas couvertes par une convention collective de branche étendue autorisant un tel renouvellement ne peuvent pas y avoir recours, et ce même avec l'accord exprès du salarié.

L'administration adopte une position identique, même lorsque le renouvellement est autorisé par des dispositions conventionnelles de branche étendues qui prévoient des périodes plus courtes

que la loi (Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009, p. 3).

b) Une disposition expresse dans le contrat de travail

La possibilité de renouveler la période d'essai ne se présume pas. C'est pourquoi, même si la faculté de renouvellement est ouverte par une convention collective de branche étendue, **le renouvellement doit être expressément prévu dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail** (C. trav., art. L. 1221-23).

Limites du renouvellement

Aux termes de l' article L. 1221-21 du Code du travail , la période d'essai ne peut être renouvelée qu'une seule fois.

Renouvellement compris, la durée de la période d'essai ne peut pas dépasser :

- <> quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- <> six mois pour les agents de maîtrise ;
- <> huit mois pour les cadres.

Mise en œuvre du renouvellement Accord exprès du salarié

Même lorsqu'il est prévu par la convention collective de branche étendue et le contrat de travail, le renouvellement (ou la prolongation) de la période d'essai requiert **l'accord exprès du salarié, sollicité au cours de la période initiale** (Cass. soc., 23 janv. 1997, n° 94-44.357, Bull. civ. V, n° 33; Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-42.865).

✍ Ce renouvellement ne peut donc pas résulter d'une décision unilatérale de l'employeur (Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-45.185 ; Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.090).

✍ Les parties ne peuvent pas non plus convenir d'un renouvellement ou d'une prolongation tacite de la période d'essai (Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 97-45.164, Bull. civ. V, n° 4 ; Cass. soc., 16 oct. 2002, n° 00-45.556 ; Cass. soc., 21 janv. 2004, n° 01-46.840).

✍ Ni le contrat de travail ni la convention collective de branche étendue ne peuvent prévoir, dès l'origine et de manière certaine, le renouvellement de la période d'essai (Cass. soc., 31 oct. 1989, n° 86-42.508, Bull. civ. V, n° 632 ; Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-43.011).

✍ **L'accord du salarié au renouvellement doit être clair et non équivoque.** Il ne saurait résulter de la seule poursuite de son activité (Cass. soc., 4 oct. 2000, n° 98-44.458), de sa passivité ou de son absence de réserve sur le contenu de la lettre l'avisant du renouvellement de son essai (Cass. soc., 6 mars 1996, n° 93-40.080 ; Cass. soc., 23 mars 1989, n° 86-41.102, Bull. civ. V, n° 249 ; Cass. soc., 2 févr. 1994, n° 89-43.868 ; Cass. soc., 7 avr. 1999, n° 97-40.981). Cet accord du salarié ne peut résulter de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur (Cass. soc., 25 nov. 2009, n° 08-43.008, Bull. civ. V, n° 265).

✍ La signature apposée sur le document d'évaluation adressé par l'évaluateur à l'employeur et préconisant la reconduction de la période d'essai ne peut valoir accord exprès du salarié au renouvellement (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-46.406, Bull. civ. V, n° 104).

✍ Il est indispensable que les parties concrétisent leur accord par un écrit. Tel est le cas dès lors que le salarié mentionne dans un courrier : « *en l'espèce mon accord est bien exprès et sans équivoque* » (Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-45.170).

Moment, durée et modalités du renouvellement

Les modalités du renouvellement de la période d'essai (formalisme, délai d'information du salarié, durée) ne peuvent être fixées que par un **accord de branche étendu** (C. trav., art. L. 1221-21).

a) Moment du renouvellement

✍ L'accord exprès des parties doit intervenir **avant le terme** de la période initiale (Cass. soc., 19 avr. 2000, n° 98-41.048 ; Cass. soc., 4 oct. 2000, n° 98-44.458).

✍ La décision du renouvellement doit avoir lieu à un moment où l'employeur a pu juger des qualités professionnelles du salarié. Le renouvellement ne saurait être envisagé dès l'origine de manière certaine (Cass. soc., 31 oct. 1989, n° 86-42.508, Bull. civ. V, n° 632 ; Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-43.011),

✍ Le document portant renouvellement de la période d'essai ne saurait être valablement signé le jour de la signature du contrat de travail (Cass. soc., 2 mars 2005, n° 02-47.400).

b) Durée du renouvellement

Sous réserve de respecter le plafond imposé par la convention de branche étendue, la durée du renouvellement est librement fixée par l'employeur et le salarié à condition de ne pas dépasser, compte tenu de la durée initiale, la durée maximale de la période d'essai, fixée par la loi, les dispositions conventionnelles opposables et/ou le contrat de travail. **Elle peut ainsi être inférieure à la durée initiale si cela paraît suffisant à une bonne appréciation des capacités professionnelles du salarié.**

c) Modalités du renouvellement

Lorsqu'un accord de branche étendu envisage le renouvellement, celui-ci doit respecter la procédure fixée par cet accord (proposition écrite motivée, par exemple, délai de prévenance, etc.).

✍ En présence d'une convention collective qui prévoit que le renouvellement fera l'objet d'une notification par écrit des motifs de la décision de reconduction, le non-respect de cette formalité substantielle invalide purement et simplement la décision de renouvellement (Cass. soc., 31 janv. 1995, n° 91-42.862).

✍ En présence d'une stipulation conventionnelle ainsi rédigée : « le salarié dont l'engagement ne se trouverait pas confirmé à l'expiration de la période d'essai pourrait, avec l'accord de son employeur, bénéficier de la prolongation de cette période (...) à condition qu'il en fasse lui-même la demande par écrit », il a été jugé que cette clause subordonne le renouvellement de l'essai à une demande écrite du salarié et que l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une prolongation de l'essai d'un commun accord (Cass. soc., 18 mars 1992, n° 89-44.147).

Rupture du contrat de travail pendant la période d'essai

La période d'essai peut être rompue par l'une ou l'autre partie sans qu'il soit nécessaire d'alléguer les raisons qui conduisent à mettre fin à l'essai. Celui-ci est dit "non concluant".

<> Les dispositions qui régissent la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai (C. trav., art. L. 1231-1, al. 2, pour le contrat à durée indéterminée ; C. trav., art. L. 1242-11, pour le contrat à durée déterminée).

<> Les règles du licenciement (procédure, préavis, motivation) et de la rupture anticipée du CDD ne sont pas applicables à la rupture de la période d'essai.

✍ Pendant la période d'essai, « chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation discrétionnaire sans avoir ainsi à alléguer des motifs » (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 83-46.058 ; Cass. soc., 4 mars 1987, n° 83-45.842).

✍ Une cause réelle et sérieuse justifiant la rupture n'est pas exigée : « (...) la cour d'appel a exactement décidé que la rupture de ce contrat étant intervenue pendant cette période, l'employeur, qui n'était pas tenu de se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse, n'avait pas à justifier de l'existence de l'insuffisance professionnelle qu'il avait invoquée » (Cass. soc., 13 nov. 1985, n° 84-41.104, Bull. civ. V, p. 383).

La liberté de rupture de la période d'essai vaut pour autant que celle-ci n'ait pas été détournée de sa finalité.

La rupture de la période d'essai est, en principe, libre. Ainsi, la rupture de la période d'essai doit être distinguée du licenciement ou de la démission et ne doit pas, normalement, être motivée. Ce principe de liberté de la rupture **connaît deux tempéraments**: **un délai de prévenance** du cocontractant prévu par l'article L. 1221-25 du code du travail et **la considération de l'abus dans la rupture de la période d'essai**.

Est notamment abusive la rupture d'essai prononcée pour un motif économique ou pour faute qui sont sans lien avec l'évaluation des compétences professionnelles du salarié, l'employeur devant alors respecter les procédures de licenciement adaptées.

La rupture de la période d'essai n'échappe pas aux règles fondamentales du droit du travail, telles que l'illicéité des discriminations, le respect du droit disciplinaire ou du statut des salariés protégés.

✍ L'article 1382 du Code civil oblige tout citoyen à réparer le dommage causé à autrui par sa faute. Si la rupture de l'essai est fautive, celui qui a commis cette faute doit dédommager celui qui en a été victime (Cass. soc., 5 mars 1987, n° 84-40.548, Bull. civ. V, p. 71 ; Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-42.652, Bull. civ. V, p. 179).

Il peut être mis fin à l'essai à condition de le notifier à l'autre partie par écrit en respectant le cas échéant les délais fixés par la convention collective.

✍ Pendant la période d'essai, le contrat peut, sauf convention contraire, être rompu à tout moment quel que soit le motif d'ordre technique ou non, pour lequel l'employé soumis à l'épreuve ne paraît pas convenir à l'emploi envisagé. (Cass. soc., 5 janv. 1945, Dr. soc. 1946, p. 36, obs. Carbonnier - Sem. Soc. Lamy n° 1161 p.11).

✍ Pendant la période d'essai chacune des parties dispose, en principe, d'un droit de résiliation discrétionnaire, sans avoir à alléguer de motifs ; le conseil de prud'hommes ayant relevé que l'essai effectué par le salarié n'avait pas été considéré comme satisfaisant par l'employeur, ce qui permettait à celui-ci de mettre fin au contrat, pendant la période d'essai, **sans commettre d'abus** (Cass. soc., 26 juin 1986, n° 83-46.058 - Cah. jurispr. Lamy 2004 n° 4854).

✍ Une salariée est embauchée comme responsable d'agence avec un essai de trois mois.

Insatisfait du travail fourni l'employeur met fin rapidement au contrat. Or si la rupture de la période d'essai n'est soumise à aucun formalisme particulier, sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires, **elle ne peut cependant revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise.** (Cass. soc., 7 fevr. 2001, n° 99-42.041, n° 541 F-P - Jurisprudence Soc. Lamy n° 76 p.26).

Dates à prendre en considération

✍ La rupture de la période d'essai se situe à la **date d'envoi** de la lettre recommandée (Cass. soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-40.650, arrêt n° 997 F-P+B+R+I Jurisp.Soc.Lamy n° 170).

✍ **Lorsqu'elle est notifiée par lettre recommandée, la Cour de cassation considère que la rupture du contrat se situe à la date ou l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est à dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée** avec demande d'avis de réception notifiant la rupture (Cass. soc., 11 mai 2005, no 03-40.650, Bull. civ. V, no 159 ;

✍ La rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture. C'est donc à tort qu'une cour d'appel estime que la rupture est intervenue postérieurement à la période d'essai, qui expirait le 31 décembre, au prétendu motif que la salariée concernée avait reçu la notification le 3 janvier. En effet, la lettre recommandée avec avis de réception était datée du 21 décembre, de sorte que l'essai n'avait pas encore pris fin au moment de la rupture. (Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 05-44.670 P Sem. Soc. Lamy n° 1277, Bull. civ. V, no 287 ;

✍ la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est à dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture ;
Encourt dès lors la cassation l'arrêt attaqué qui, pour apprécier si la rupture d'une période d'essai était intervenue avant son terme prend en considération la réception par la salariée de la lettre de notification (Cass. soc., 28 nov. 2006, no 05-42.202, Bull.civ. V, no 354) ;

✍ la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire à la date de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception la notifiant (Cass. soc., 23 mai 2007, no 06-41.338).

La Cour de cassation est donc revenue sur sa position antérieure qui retenait comme date de rupture la date de présentation de la lettre à l'adresse de son destinataire : Cette solution, moins favorable au salarié, s'applique bien entendu à défaut de dispositions conventionnelles plus avantageuses.

~~✍ la rupture de l'essai doit être portée à la connaissance du salarié avant l'expiration de la période d'essai ;~~

~~Et attendu que la période d'essai, d'une durée de 3 mois, s'achevait le 9 décembre 1990 à minuit, ce dont il résultait que la rupture portée à la connaissance du salarié était intervenue après l'expiration de cette période ;~~

~~Qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (Cass. soc., 20 nov. 1996, no 94-41.533, Bull. civ. V, no 395 ;~~

~~✍ Attendu, cependant, que si la rupture du contrat de travail d'un salarié pendant la période d'essai n'est pas assujettie aux règles du licenciement, la volonté de l'employeur de rompre l'essai, qui ne peut produire effet qu'à partir du moment où le salarié en a été informé, doit être portée à la connaissance du salarié avant l'expiration de la période d'essai ;~~

~~Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la période d'essai, d'une durée d'un mois, s'achevait~~

~~le 1er décembre 1998 à minuit, ce dont il résultait que la rupture portée à la connaissance de la salariée le 2 décembre 1998 était intervenue après l'expiration de la période d'essai, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Cass. soc., 26 mars 2002, no 00-40.452).~~

~~✍ La volonté de l'employeur de rompre le contrat de travail ne peut produire effet qu'à partir du moment où elle a été portée à la connaissance du salarié. Il en résulte que ne constitue pas une rupture pendant la période d'essai, la rupture notifiée par une lettre reçue par le salarié après l'expiration de cette période (Cass.Soc. 14/3/95 Bull. 95 V n°85).~~

~~✍ Lorsque le salarié ne retire pas à la poste la lettre recommandée lui notifiant la rupture de son contrat à l'issue de la période d'essai, il appartient au juge de rechercher la date de présentation de cette lettre à son adresse, la rupture du contrat prenant effet à ce jour. (Cass. soc., 17 oct. 2000, pourvoi n° 98-42.581, arrêt n° 4101 FS-P+B - Jurisp.Soc.Lamy n°69 du 05/12/2000).~~

Illicéité de la rupture discriminatoire de la période d'essai

✍ Les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail relatives aux discriminations illicites sont applicables à la période d'essai. Dès lors, s'il est constaté que le salarié a été délibérément évincé pour l'un des motifs prohibés visés à l'article précité, la rupture de la période d'essai est nulle (Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 02-43.402 : le salarié avait été écarté en raison de ses récents problèmes de santé).

✍ L'employeur s'expose alors à la réparation du caractère illicite de cette rupture. En revanche, le salarié évincé ne peut pas prétendre à une indemnité compensatrice de préavis car, selon l'article L. 1231-1 du Code du travail, les dispositions légales relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai (Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333).

Grossesse et rupture de période d'essai

✍ Les dispositions selon lesquelles l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail d'une salariée enceinte ne sont pas applicables en période d'essai (Cass. soc., 8 nov. 1983, n° 81-41.785, Bull. civ. V, n° 546 ; Cass. soc., 21 dec. 2006, n° 05-44.806, Bull. civ. V, n° 415). Par conséquent, une salariée en période d'essai ne peut pas prétendre à bénéficier de la protection légale. L'employeur, sans avoir à établir la légitimité de la rupture, peut librement interrompre la période d'essai d'une salariée enceinte.

Cependant, il est interdit à un employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai (C. trav., art. L. 1225-1).

Ainsi, si une femme enceinte parvient à démontrer que la rupture de sa période d'essai est en rapport avec son état, elle pourra obtenir le versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 1225-5 du Code du travail (Cass. soc., 15 janv. 1977, n° 94-43.755, Bull. civ. V, n° 17; Cass. soc., 14 juin 2007, n° 05-45.219).

A noter par ailleurs que l'état de grossesse fait partie des motifs de discrimination prohibés par la loi (C. trav., art. L. 1132-1 ; L. n° 2006-340, 23 mars 2006). Par conséquent, une salariée capable de prouver que l'employeur a rompu son essai en raison de sa grossesse peut invoquer la nullité de cette rupture, ce qui lui donne droit d'exiger sa réintégration dans l'entreprise et de réclamer le paiement de ses salaires entre la date de la rupture et celle de la condamnation.

Respect de la procédure disciplinaire en cas de rupture pour faute de la période d'essai

Lorsque l'employeur invoque un motif disciplinaire pour mettre fin à la période d'essai, **il doit respecter la procédure disciplinaire.**

✍ Si l'employeur peut sans motif et sans formalisme mettre fin à la période d'essai, il doit,

lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire » (Cass. soc., 10 mars 2004, no 01-44.750).

La cour de cassation fait prévaloir les règles du droit disciplinaire sur celles de la liberté de rupture de la période d'essai. L'employeur qui commet l'erreur d'invoquer une faute du salarié pour expliquer la rupture de l'essai doit donc en assumer les conséquences en respectant la procédure disciplinaire prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail.

Exclusion de la prise d'acte pendant la période d'essai

✍ Aux termes de l'article L. 1231-1 du Code du travail les dispositions relatives au licenciement ne s'appliquent pas à la période d'essai. Il en résulte qu'en cas de rupture abusive de la période d'essai du fait de l'inexécution de ses obligations par l'employeur, **le juge ne peut qu'indemniser le salarié du préjudice qu'il a subi de ce fait** (Cass. soc., 7 fevr. 2012, no 10-27.525).

L'inexécution de ses obligations par l'employeur durant la période d'essai ne permet pas au salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'entreprise, car les dispositions du licenciement ne s'appliquent pas pendant la période d'essai. Elle ne peut ouvrir droit qu'à l'indemnisation du préjudice.

Vu l'article L. 1231-1 du code du travail ;

<<Attendu que selon ce texte, 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" ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué que M. X... a été engagé par M. Y..., avocat au barreau de Paris, à compter du 19 avril 2004 avec une période d'essai de trois mois en qualité de juriste fiscaliste ; qu'à compter du 18 juin 2004, M. X... a suspendu sa prestation en raison du non-paiement de ses salaires; que par lettre du 28 juin 2004, l'employeur lui a indiqué qu'il considérait qu'il avait "mis fin à son stage" ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une indemnité de préavis et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt énonce que le salarié n'a reçu règlement de ses salaires que lors de l'audience devant le bureau de jugement le 12 janvier 2007 ; que dans ce contexte, bien qu'il ne soit plus revenu travailler après le 18 juin 2004, pendant la période d'essai, il est manifeste que son départ est lié à la propre carence de son employeur, lequel n'a pas respecté la principale de ses obligations ; que cette situation doit s'analyser comme une prise d'acte de la rupture du contrat de travail au 18 juin 2004, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait d'indemniser le préjudice résultant de la rupture abusive de la période d'essai du fait de l'inexécution de ses obligations par l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé>>

Rupture après le terme

✍ Selon l'article L. 1221-25, alinéa 6, du code du travail, la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance. Il en résulte qu'en cas de rupture pendant la période d'essai, le contrat prend fin au terme du délai de prévenance s'il est exécuté et au plus tard à l'expiration de la période d'essai.

La poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement. (Soc. 5 novembre 2014.N° 13-18.114).

Rupture avant terme

✍ L'employeur ayant mis fin avant son terme à la période d'essai et dispensé le salarié de

l'exécution du délai de prévenance, le "préavis" étant réglé, la rupture ne peut s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Viola l'article L.1221-25 du code du travail la cour d'appel qui, dans de telles circonstances, condamne l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts et indemnités. (Soc. 16 septembre 2015 N° 14-16.713).

Notification de la rupture Absence de motivation

Sauf dispositions conventionnelles expresses (Cass. soc., 21 juin 2006, no 04-47.839) et opposables, aucun formalisme particulier n'est requis pour prononcer la rupture d'une période d'essai. Celle-ci peut être verbale (Cass. soc., 9 dec. 1998, no 97-42.858).

✍ Elle ne peut cependant pas revêtir la forme d'une déclaration orale en présence du personnel de l'entreprise (Cass. soc., 7 fevr. 2001, no 99-42.041 ; Cass. soc., 5 dec. 2001, no 99-45.758).

✍ Lorsque la convention ou l'accord d'entreprise ou, à défaut, la convention collective ou l'accord de branche impose que la rupture soit confirmée par écrit , **le simple envoi de l'attestation destinée à Pole emploi ne saurait tenir lieu de cette confirmation écrite** (Cass. soc., 17 oct. 2007, no 06 44.388, Bull. civ. V, no 161).

✍ La rupture doit en tout état de cause 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 nov. 1996, no 93-44.052, Bull. civ. V, no 381).

Inaptitude et rupture de période d'essai

Si, en principe, l'employeur est libre de rompre le contrat sans préavis ni formalités au cours de la période d'essai, il ne peut pas fonder sa décision sur l'état de santé ou le handicap du salarié, dans la mesure où l'article L. 1132-1 du Code du travail prohibe les discriminations fondées notamment sur l'état de santé, y compris pendant la période d'essai.

<> L'employeur peut être confronté, durant cette période, à un avis d'inaptitude émis par le médecin du travail.

Par analogie au droit disciplinaire , les règles relatives au constat de l'inaptitude s'appliquent, au salarié en période d'essai.

Pour y mettre un terme dans un tel contexte, l'employeur devra se placer sur le terrain du droit commun de l'inaptitude. Il devra fonder la rupture de la période d'essai sur l'impossibilité de reclassement du salarié à la suite de la reconnaissance de son inaptitude par le médecin du travail. Si, pendant cette période, le salarié est en arrêt de travail, la période d'essai est alors suspendue, ce qui reporte d'autant son terme.

Confinement & rupture de la période d'essai

Rompre la période d'essai ou ne pas la commencer en raison de l'impossibilité de tester le nouvel embauché constitue une rupture abusive du contrat de travail. En effet, il s'agirait alors d'une rupture pour une raison non inhérente à la personne du salarié .

La preuve de l'abus, mise à la charge de l'intéressé, ne sera pas difficile à apporter en rapprochant la date de la rupture avec celle du confinement.

Cet abus de droit est sanctionné par l'attribution de dommages intérêts non soumis au plafonnement du barème des indemnités prud'homales. En effet, l'article L. 1235 3 du Code du

travail ne s'applique qu'aux licenciements ou aux ruptures produisant les effets d'un licenciement. Les entreprises qui ont rompu une période d'essai au moment du confinement ont donc pris un double risque, se priver hâtivement d'un collaborateur et s'expose au versement de dommages intérêts.

Affectation d'un salarié à de nouvelles fonctions - période probatoire

a) Pas de Période d'essai à proprement parler en cours de contrat

Un changement d'affectation ou une promotion professionnelle ne peuvent être l'occasion d'une nouvelle période d'essai. En effet, la période d'essai se situant au commencement de l'exécution du contrat de travail, il est exclu qu'un essai puisse valablement être convenu en cours de contrat.

b) Possibilité de tester le salarié . Effet de la Période probatoire

L'employeur est en droit de tester les capacités du salarié à ses nouvelles fonctions, mais quelle que soit la terminologie retenue par les parties pour qualifier cette période, celle-ci, si elle n'est pas concluante, n'emporte pas les mêmes effets qu'une période d'essai convenue lors de l'embauche du salarié.

Il ne peut s'agir que d'une **PÉRIODE PROBATOIRE** dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures (Cass. soc., 30 mars 2005, no 03-41.797, Bull. civ. V, no 109 ; Cass. soc., 30 mars 2005, no 02-46.338, Bull. civ. V, no 108 ; Cass. soc., 30 mars 2005, no 02-46.103, Bull. civ. V, no 107 ; Cass. soc., 30 nov. 2005, no 03-47.396).

La Cour de cassation se fonde sur l' article L. 1231-4 du Code du travail selon lequel **le salarié ne peut valablement renoncer, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement**. Il ne peut donc se soumettre à une période d'essai en cours de contrat, puisque cela reviendrait à évincer les règles légales de licenciement.

Lors d'un changement d'emploi, rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent d'une période dite probatoire dont la cessation n'emporte pas rupture du contrat de travail, mais a pour seul effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

La Période probatoire en cours d'exécution du contrat de travail nécessite l'accord expresse du salarié.

✍ En l'absence d'accord écrit, le salarié peut soutenir que sa réaffectation constitue une modification unilatérale du contrat de travail et refuser de revenir à son ancien poste (Cass. soc., 16 mai 2012, no 10-10.623, FS-P+B).

L'organisation et les structures que se donne l'entreprise ne peuvent pas faire échec a ce principe.

✍ Aucune Période d'essai ne peut être imposée à un salarié des lors qu'il est démontré qu'a l'occasion du changement d'affectation les deux sociétés avaient en réalité la qualité de co-employeurs (Cass. soc., 22 janv. 1997, no 93-43.742, Bull. civ. V, no 31 ; Cass. soc., 20 janv. 1999, no 96-44.322).

De même, la cour d'appel, qui a relevé que tous les contrats avaient été signés par la même société, agissant en la qualité de mandataire des divers employeurs, et à laquelle le salarié était lié hiérarchiquement, a pu décider que le maintien d'une clause d'essai était abusive compte tenu de l'ancienneté du salarié et de la connaissance que la société avait de ses aptitudes (Cass. soc., 7 mars 2000, no 98-40.198, Bull. civ. V, no 87).

c) Point de départ de la Période probatoire

La Période probatoire doit en principe débiter a la date a laquelle le salarié prend effectivement ses nouvelles fonctions. A été ainsi jugé beaucoup trop tardive sa notification sept mois plus tard,

soit à une époque nettement postérieure à l'occupation du nouveau poste (Cass. soc., 20 mai 2015, no 13-13.967).

d) Contrats successifs dans deux sociétés différentes du même groupe

Lorsque deux contrats successifs sont conclus entre les mêmes parties pour le même emploi, la période d'essai stipulée dans le second contrat rétroagit au jour du commencement de l'exécution du premier contrat (Cass. soc., 28 juin 2000, no 98-43.835, Bull. civ. V, arrêt no 1, no 255).

1. Transfert dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail

L'application de l' article L. 1224-1 du Code du travail exclut la Possibilité de soumettre le salarié, dont le contrat de travail est transféré, à une nouvelle période d'essai (Cass. soc., 6 nov. 1991, no 88-45.486, Bull. civ. V, no 472).

2. Mise a disposition d'un salarié dans une autre entreprise

En cas de mise à disposition d'un salarié dans une autre entreprise, le contrat de travail avec la société d'origine n'est pas rompu. Non seulement la conclusion d'une période d'essai est totalement exclue, mais une période probatoire est obligatoire en cas de modification du contrat de travail .

Rupture abusive de l'essai

La circonstance que les règles qui régissent la rupture unilatérale du contrat de travail ne sont pas applicables pendant la période d'essai (C. trav., art. L.1231-1) ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des principes généraux de la responsabilité civile, on fasse intervenir la **notion d'abus de droit pour sanctionner l'intention de nuire ou la légèreté blâmable** :

✍ "Mais attendu que si, en principe, chaque partie au contrat de travail est libre de le rompre, sans donner de motif, au cours de la période d'essai, il n'en résulte pas que cette rupture ne puisse être fautive " Cass. soc., 5 mars 1987, no 84-40.548, Bull. civ. V, p. 71.

<> Lorsque les variables motifs de la rupture sont sans relation avec l'aptitude professionnelle ou personnelle du salarié à assumer les fonctions qui lui sont dévolues : on parle alors de détournement de la finalité de la période d'essai ;

<> Lorsque la rupture est mise en oeuvre dans des conditions qui révèlent une intention de nuire et/ou une légèreté blâmable (précipitation intempestive, désinvolture).

a) Détournement de finalité de la période d'essai

Cette finalité est inscrite dans le Code du travail (C. trav., art. L. 1221]20) depuis la loi no 2008-596 du 25 juin 2008 . Elle avait été rappelée fermement par la Cour de cassation : la période d'essai étant destinée à permettre a l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié (Cass. soc.,20 nov. 2007, no 06-41.212, Bull. civ. V, no 194).

C'est dans l'usage même de l'essai que réside l'abus.

La rupture est abusive si l'employeur invoque un motif connu avant le début de l'essai :

✍ Ayant relevé que l'employeur avait laissé Mme D. commencer la période d'essai, bien qu'il connût alors le motif pour lequel il a ensuite mis fin à l'essai, à savoir que l'intéressée était interdite de chèques, la cour d'appel en a exactement déduit que la société avait commis une faute dont elle devait réparation ; (Cass. soc., 27 nov. 1990, no 87-41.749 P - Cah. jurispr. Lamy 2004 n°4855).

✍ Si la décision de l'employeur de mettre fin à l'essai n'est soumise à aucun formalisme particulier, sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires, cette décision **ne peut cependant revêtir la forme d'une déclaration orale en présence de salariés de l'entreprise**. (Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 99-45.758 D - Sem.Soc.Lamy n°1055 P.15).

✍ L'employeur ne peut valablement mettre fin au contrat de travail d'un salarié au motif qu'il n'aurait pas donné satisfaction pendant sa période d'essai, dès lors que l'employeur a été en mesure de vérifier les aptitudes de son salarié à l'occasion de contrats à durée déterminée antérieurs conclus très récemment pendant une période au moins égale à la durée de la période d'essai prévue par la convention collective. La rupture notifiée au salarié pendant cette période constitue en réalité un licenciement, lequel intervenu sans respect des règles de procédure, est dépourvu de cause réelle et sérieuse. (C.A. Limoges 1ère et 2ème Ch. réunies - 10 mars 2004 - R.G. n° 03/0479 - BICC 607 n°1651).

✍ Est abusive la période d'essai qui a été utilisée pour assurer l'interim d'un poste dans l'attente de l'arrivée de celui auquel il était destiné (Cass.soc., 22 fevr. 1979, no 78-40.072, Bull. civ. V, no 167) ou lorsqu'il est établi que, dès l'origine, l'intention de l'employeur était de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai (Cass. soc., 5 oct. 1993, no 90-43.780). Dans cette hypothèse, l'employeur a recours à l'essai non pour éprouver les qualités du salarié, mais pour éluder les règles du licenciement.

Le plus souvent, l'abus va resulter des motifs de la rupture de l'essai.

Compte tenu de la finalité de la période d'essai, sa rupture doit avoir pour cause des considérations professionnelles. Elle doit se fonder sur une appréciation des aptitudes du salarié à tenir l'emploi, étant entendu que cette aptitude fait intervenir des critères plus larges que la stricte capacité professionnelle.

✍ L'absence de résultat du salarié dans la commercialisation du nouveau produit dont il avait la charge justifie la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai (Cass. soc., 31 mai 2000, no 98-43.457).

✍ Lorsque le poste requiert un sens aigu du relationnel, une rupture motivée par les doutes de l'employeur quant aux qualités du salarié sur le plan des relations humaines peut être légitime (Cass. soc., 1er juill. 1976, no 75-41.027, Bull. civ. V, no 411).

✍ A été jugée abusive la rupture de la période d'essai motivée par le refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail (Cass. soc., 4 juill. 2001, no 99-44.469 : extension du secteur de prospection et adjonction d'une clause de mobilité ; Cass. soc., 10 dec. 2008, no 07-42.445 : diminution de la rémunération contractuelle); par l'absence de vacance du poste qui lui était promis (Cass. soc., 25 mars 1985, no84-41.458).

✍ Est abusive la rupture motivée par des considérations non inhérentes à la personne du salarié, telles que la **conjoncture économique** (Cass. soc., 24 nov. 1999, no 97-43.054) ou la **suppression de son poste** (Cass. soc., 20 nov. 2007, no 06-41.212, Bull. civ. V, no 194).

b) Légèreté blâmable ou intention de nuire

✍ La rupture abusive de la période d'essai peut aussi résulter de la légèreté blâmable de l'employeur qui aura donné de faux espoirs au salarié ou ne lui aura pas laissé le temps de faire ses preuves.

Il en est ainsi de l'employeur qui se sépare du salarié après lui avoir laissé espérer un emploi stable au motif que la personne à laquelle il devait succéder n'avait pas libéré son poste (Cass. soc., 25

mars 1985, no 84-41.458, Bull. civ. V, p. 146 ; Cass. soc., 20 mars 1990, no 86-45.356 ; Cass. soc., 17 juill. 1996, no93]46.494, Bull. civ. V, no 289).

✍ Agit avec une légèreté blâmable l'employeur qui, après avoir renouvelé la période d'essai d'un salarié, met fin à cet essai, **avant la reprise** du travail (arrêt maladie), en justifiant sa démarche par la **qualité des prestations de son remplaçant** (Cass. soc., 18 juin 1996, no 92-44.891, Bull. civ. V, no18 / 19247).

✍ A été jugée abusive la rupture d'une période d'essai fondée en réalité sur la volonté de l'employeur de ne pas conserver un salarié qui aurait pu être fragilisé par l'agression qu'il a subie durant l'exécution de son contrat de travail (Cass. soc., 5 mai 2004, no 01-47.086, Bull. civ. V, no 128) ; fondée sur de simples soupçons d'un vol dont l'auteur n'avait pas été identifié (Cass. soc., 23 nov. 2005, no 03-46.668).

✍ Commet un abus dans l'exercice du droit de résiliation en cours de période d'essai, l'employeur qui après avoir licencié un salarié pour motif économique l'a réembauché, au même poste, dans le cadre de la priorité de réembauchage, et licencié à nouveau durant la période d'essai en invoquant l'insuffisance des capacités professionnelles de l'intéressé (Cass. soc., 9 oct. 1996, no 93-45.668, Bull. civ. V, no 318 ; dans le même sens : Cass. soc., 11 oct. 2000, no 98-42.772)

Précipitation intempestive de la part de l'employeur

✍ La **précipitation inhabituelle** pour interrompre la période d'essai, ainsi que le fait de ne pas mettre le salarié dans les conditions normales d'exercice de sa profession caractérisent l'abus du droit de résiliation (Cass. soc., 2 fevr. 1994, no 90-43.836). C'est ce qui a été jugé à propos d'un salarié embauché comme directeur d'un établissement pour handicapés le 4 janvier avec une période d'essai de six mois, après avoir contribué à la création de l'établissement. La rupture du contrat intervenue dès le 30 janvier a été jugée abusive, car elle a eu lieu dans des circonstances manifestant une précipitation intempestive de la part de l'employeur et une totale désinvolture (Cass. soc., 3 nov. 1998, no 96-42.906).

✍ A agi avec une légèreté blâmable et abuse de son droit de résiliation l'employeur qui a mis fin à la période d'essai une semaine après le début des relations contractuelles, alors que le salarié âgé de 45 ans venait de démissionner de son emploi précédent, et qu'il effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et n'avait pas encore été en mesure d'exercer les fonctions qui lui avaient été attribuées (Cass. soc., 5 mai 2004, no 02-41.224, Bull. civ. V, no 123; Cass. soc., 15 nov. 2005, no 03-47.546).

✍ N'est pas nécessairement abusive une rupture par l'employeur au seul motif qu'elle intervient dans un court laps de temps après le début de l'essai par rapport à la durée prévue de la période d'essai : l'employeur ne saurait être tenu de poursuivre l'essai dès le moment où il a jugé le salarié inapte ou inadapté à l'emploi (Cass. soc., 4 oct. 1979, no 78]40.621, Bull. civ. V, p. 501).

✍ **Ne constitue pas un abus de l'employeur le seul fait de rompre le contrat de travail du salarié le dernier jour de la période d'essai.**

Ainsi, la rupture le dernier jour d'une période d'essai de six mois renouvelée pour une période équivalente ne suffit pas à caractériser l'abus de la part de l'employeur (Cass. soc., 25 oct. 1995, no 92-41.866).

✍ Le fait de rompre le contrat de travail seulement quelques jours après le renouvellement de la période d'essai, ne caractérise pas un usage abusif du droit de rompre la relation de travail de la part de l'employeur, ni une légèreté blâmable de sa part, les juges du fond ayant constaté que

cette rupture était motivée par le caractère non satisfaisant de l'essai (Cass. soc., 28 juin 2000, no 98-42.561).

✍ Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus ;

Que le conseil de prud'hommes, saisi d'une demande fondée sur l'abus de droit, ayant constaté que l'employeur avait mis fin aux relations contractuelles 4 jours à peine après le début de la période d'essai fixée à 3 mois, et alors que le différend qui l'avait opposé à la salariée était antérieur à la signature du contrat de travail, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ; (Cass. soc., 6 dec.1995, no 92-41.398).

c) Preuve de l'abus

✍ La preuve de l'abus de droit incombe au salarié (Cass. soc., 20 dec. 1977, no 76-41.096).