

## // le dossier pratique

# Période d'essai : les précautions à prendre

Recruter un salarié avec une période d'essai est un acte de gestion du personnel qui paraît simple. Pour autant, l'exercice n'est pas dénué d'embûches.

En effet, pour limiter les abus, le législateur et la jurisprudence ont strictement encadré la période d'essai, tant sur le plan de sa durée que de sa formalisation, sans oublier les conditions de la rupture. Des principes et des règles qu'il est impératif de bien maîtriser afin d'éviter de voir la rupture jugée abusive ou considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

À CLASSER SOUS

CONTRAT DE TRAVAIL

CONCLUSION ET ESSAI

01 / 20

## 1 Dans quels cas peut-on prévoir une période d'essai ?

### UNE FACULTÉ, PAS UNE OBLIGATION

Avant toute chose, il est important de rappeler que prévoir une période d'essai en cas d'embauche est une possibilité, pas une obligation. Ainsi, selon l'article L. 1221-19 du Code du travail, le contrat de travail à durée indéterminée « peut » comporter une période d'essai.

Les parties au contrat peuvent convenir que l'engagement sera définitif dès l'embauche, l'employeur considérant qu'il n'a pas besoin de vérifier les compétences professionnelles du salarié. Par exemple lorsqu'il a déjà fait travailler l'intéressé par le passé ou lorsque celui-ci a une grande expérience professionnelle. Toutefois, même avec ce profil, prévoir une période d'essai peut être prudent afin de s'assurer des capacités d'adaptation du salarié à l'esprit et aux méthodes de travail de l'entreprise.

### UNE POSSIBILITÉ POUR TOUS LES TYPES DE CONTRAT ?

Il est possible de prévoir une période d'essai en cas d'embauche :

- sous contrat à durée indéterminée ;
- sous contrat à durée déterminée ;
- sous contrat aidé (dans le cas des CUI-CAE et des CUI-CIE, la période d'essai suit le régime attaché au choix du contrat : CDD ou CDI) ;
- sous contrat de travail temporaire.

Les VRP peuvent aussi être embauchés avec une période d'essai (*v. ci-après*).

**À NOTER** Pour l'embauche d'apprentis, il ne s'agit pas d'une période d'essai à proprement parler. Mais pendant les 45 premiers jours, consécutifs ou non, de formation pratique effectuée dans l'entreprise par l'apprenti, le contrat peut être rompu librement par l'une ou l'autre partie, sans motif ni préavis (*C. trav., art. L. 6222-18*). Cette rupture ne donne pas lieu à indemnité, sauf stipulation contraire du contrat (*C. trav., art. L. 6222-21*). La rupture doit être constatée par écrit et notifiée au directeur du centre de formation des apprentis, ainsi qu'à l'organisme chargé du dépôt du contrat (*C. trav., art. R. 6222-21*).

### DANS QUELS CAS EST-CE IMPOSSIBLE ?

#### ► En cas d'embauche à l'issue du contrat d'apprentissage

Si le contrat d'apprentissage est suivi de la signature d'un contrat à durée indéterminée, d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire dans la même entreprise, aucune période d'essai ne peut être imposée au salarié, sauf dispositions conventionnelles contraires (*C. trav., art. L. 6222-16*).

#### ▣ En cas de précédente collaboration pour le même employeur sur les mêmes fonctions

La période d'essai ayant pour objet de tester les compétences du salarié dans son travail, la Cour de cassation considère qu'elle ne peut être imposée si l'employeur a déjà été en mesure d'apprécier les capacités professionnelles de l'intéressé. C'est notamment le cas lorsque le

salarié, embauché en qualité d'agent de maîtrise, avait occupé auparavant **pendant 18 mois le même emploi pour le même employeur**, ce dernier ayant déjà pu apprécier ses capacités professionnelles dans l'emploi considéré (*Cass. soc.*, 26 février 2002, n° 00-40.749).

Solution identique dans le cas d'un salarié employé sur une période de **deux ans** dans le cadre de **contrats successifs** de directeurs d'hôtels, l'ensemble des contrats ayant été signés par une société agissant en qualité de mandataire des employeurs, chargée de gérer les divers hôtels et à laquelle le salarié était lié hiérarchiquement. Pour la Cour de cassation, le maintien de la période d'essai dans le dernier contrat était abusif compte tenu de l'ancienneté du salarié et de la connaissance que le mandataire avait de ses aptitudes (*Cass. soc.*, 7 mars 2000, n° 98-40.198).

Il en va également ainsi lorsque le salarié, engagé en qualité d'agent commercial, avait **déjà collaboré** avec la société, sur les mêmes fonctions, sous le **statut d'indépendant** (*Cass. soc.*, 21 janvier 2015, n° 13-21.875).

Idem lorsqu'un salarié après sa **mise à disposition** auprès d'une entreprise, est embauché par cette dernière pour les mêmes fonctions (*Cass. soc.*, 13 juin 2012, n° 11-15.283).

En revanche, une période d'essai peut se justifier si l'embauche porte sur un **poste différent** de celui antérieurement occupé (*Cass. soc.*, 23 mars 2011, n° 09-69.349), ou lorsque la durée du ou des contrats antérieurs sur le même poste a été d'une **courte durée**.

Sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires, il est aussi possible de fixer une période d'essai dans le second contrat de travail d'un salarié embauché successivement par des sociétés d'un **même groupe**, dès lors que ce sont des personnes morales distinctes (*Cass. soc.*, 20 octobre 2010, n° 08-40.822). Mais la solution est différente si les sociétés sont **co-employeurs** (*Cass. soc.*, 20 janvier 1999, n° 96-44.322).

**À NOTER** Sur la durée de la période d'essai en cas d'embauche sous CDI à l'issue d'un CDD, *v. ci-après*.

### ▶ En cas de changement de poste en cours d'exécution du contrat

Il n'est pas possible de prévoir une période d'essai à l'occasion d'un changement d'emploi ou de fonctions en cours d'exécution du contrat.

Il en est ainsi en cas de **mutation**, de **promotion** ou de **rétrogradation**.

C'est ce qui a été jugé à propos d'un cadre bancaire rétrogradé de trois classes avec changement de poste : l'employeur ne peut imposer une période d'essai qui pourrait lui permettre de rompre le contrat de travail sans justifier d'un quelconque motif (*Cass. soc.*, 17 février 1993, n° 88-45.539).

**À NOTER** En cas de changement de fonctions ou de promotion, il est en revanche possible d'instaurer une période probatoire (*v. encadré page 4*).

### ▶ En cas de transfert d'entreprise

En cas de changement d'employeur suite à un transfert d'entreprise, le nouvel employeur ne peut pas imposer de période d'essai au salarié dont le contrat de travail est transféré, puisque c'est le **même contrat** de travail qui se poursuit (*Cass. soc.*, 26 mai 1998, n° 96-40.536). Cette solution vaut y compris dans le cas particulier où le salarié aurait d'abord été **licencié** par le cédant avant d'être réembauché par le cessionnaire sur le **même poste** (*Cass. soc.*, 25 septembre 2013, n° 12-20.256).

## 2 Quand et comment prévoir la période d'essai ?

### DÈS L'EMBAUCHE

Il n'est pas possible d'imposer au salarié une période d'essai en cours de contrat, ni même dans les semaines suivant l'embauche. En effet, la loi indique que la période d'essai doit être prévue dans la **lettre d'engagement** ou dans le **contrat de travail**, ce qui suggère qu'elle ait été prévue au plus tard au moment de l'embauche (*C. trav.*, art. L. 1221-23).

### PAR UNE CLAUSE CONTRACTUELLE

#### ▶ Une clause expresse

La période d'essai **ne se présume pas** (*C. trav.*, art. L. 1221-23). L'employeur (ou le salarié) qui invoque l'existence de la période d'essai doit en apporter la **preuve**.

Pour cela, la période d'essai doit être **expressément stipulée** dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement (*C. trav.*, art. L. 1221-23). En l'absence d'une telle mention, elle est **inopposable** au salarié, et ce **même si la convention** collective applicable prévoit une période d'essai (*Cass. soc.*, 12 janvier 2011, n° 09-66.164).

À notre sens, l'emploi du terme « expressément » à l'article L. 1221-23 du Code du travail exclut la possibilité d'un **simple renvoi** dans le contrat aux dispositions de la convention collective (par exemple : « la période d'essai applicable est celle prévue par les dispositions de la convention collective »). Dès lors que la disposition conventionnelle sur la période d'essai n'est pas reproduite dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement, le salarié pourrait être considéré comme ayant été embauché sans période d'essai.

Une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail et ne peut donc être instituée par un **usage** (*Cass. soc.*, 23 novembre 1999, n° 97-43.022) ou par un **document interne** à l'entreprise (*Cass. soc.*, 6 juin 2001, n° 99-43.929).

De même, l'employeur ne peut se prévaloir d'une période d'essai mentionnée uniquement dans la **promesse d'embauche** (*Cass. soc.*, 13 juin 2012, n° 11-10.645). À l'inverse, le fait que la promesse d'embauche ne mentionne pas l'existence d'une période d'essai n'empêche pas l'employeur d'en prévoir une dans le contrat de travail (*Cass. soc.*, 12 juin 2014, n° 13-14.258).

**À NOTER** La validité de la clause fixant l'essai doit s'apprécier à la date de sa conclusion et en se référant à la convention collective mentionnée dans le contrat, peu important qu'il soit ultérieurement établi que cette convention n'était pas celle appliquée dans l'entreprise. Autrement dit, le salarié peut se prévaloir de la période d'essai prévue par une convention collective mentionnée par erreur dans son contrat de travail (*Cass. soc.*, 16 mai 2012, n° 11-11.100).

#### ▶ Une clause signée par le salarié

Si le salarié n'a pas signé la lettre d'engagement qui seule contient la clause relative à la période d'essai, la preuve de l'existence d'une période d'essai n'est pas rapportée (*Cass. soc.*, 13 décembre 2000, n° 98-44.464).

### 3 Quelle durée fixer ?

La durée de la période d'essai est fixée par les parties au contrat de travail dans les limites maximales légales ou, le cas échéant, conventionnelles.

#### QUELLE DURÉE INITIALE ?

##### ► Durée légale

###### Contrat à durée indéterminée

Selon l'article L. 1221-19 du Code du travail, la durée **maximale** de la période d'essai (hors renouvellement ; v. page 5) pour les CDI est de :

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

En revanche, aucune durée minimale n'est imposée par la loi.

###### Contrat à durée déterminée

En cas d'embauche sous contrat à durée déterminée avec une période d'essai, la loi n'impose pas de durée minimale, mais une durée **maximale**. Ainsi, sauf si des usages ou des stipulations conventionnelles prévoient des durées moindres, la 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 dans la limite de **un mois** dans les autres cas (C. trav., art. L. 1242-10, al. 2).

**À NOTER** Lorsque le contrat à durée déterminée ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat (C. trav., art. L. 1242-10, al. 3).

###### Autres catégories de contrats et d'emplois

La période d'essai d'un salarié à **temps partiel** ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle du salarié à temps complet (C. trav., art. L. 3123-5, al. 2).

La durée de la période d'essai des **VRP** ne peut être supérieure à **trois mois** (C. trav., art. L. 7313-5).

Les périodes d'essai des **CUI-CAE** et **CUI-CIE** doivent respecter les durées maximales prévues pour le CDD ou le CDI, selon la nature du contrat (C. trav., art. L. 5134-24). Pour les salariés **intérimaires**, à défaut de convention ou d'accord, la durée maximale de l'essai varie entre deux et cinq jours, selon la durée du contrat de mission (C. trav., art. L. 1251-14).

##### ► Durée conventionnelle

Les durées fixées par la loi ont un caractère impératif. Quelle est la portée des dispositions conventionnelles régissant la durée de la période d'essai du CDI ?

###### Accords de branche conclus avant le 26 juin 2008

###### > Durée conventionnelle plus longue que la durée légale

Si l'**accord de branche** a été conclu avant le 26 juin 2008 (date de publication de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail) et qu'il prévoit une période d'essai plus longue que celle prévue par la loi, cette **durée conventionnelle** reste **applicable** (C. trav., art. L. 1221-22 ; Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009).

#### PAS DE PRISE D'ACTE PENDANT L'ESSAI

À notre sens, pendant la période d'essai, l'inexécution par l'employeur de ses obligations ne permet pas au salarié de prendre acte de la rupture du contrat de travail *stricto sensu* aux torts de l'employeur. La prise d'acte de la rupture produit, en effet, tantôt les effets d'un licenciement, tantôt ceux d'une démission. Or, durant la période d'essai, les dispositions régissant en temps normal la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne trouvent pas à s'appliquer (C. trav., art. L. 1231-1). Le salarié peut néanmoins mettre fin à l'essai et **imputer cette rupture à l'employeur**. Si les manquements sont établis, la rupture sera alors déclarée **abusive** et le salarié pourra obtenir l'**indemnisation** du préjudice subi (Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-27.525 : non-paiement de salaires par l'employeur). Ce dernier conserve donc la possibilité d'agir sur le terrain classique de la rupture abusive de la période d'essai.

Néanmoins, si l'entreprise est couverte par un tel accord de branche, mais aussi par un **accord d'entreprise** conclu depuis cette date et **prévoyant des durées moindres** que celles du législateur, c'est l'accord d'entreprise qui **prime** sur l'accord de branche.

**À NOTER** Pour être applicable, la durée conventionnelle doit être raisonnable. A ainsi été jugée excessive une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, était d'un an (Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-17.945, à propos d'un directeur de magasin ; v. dans le même sens : Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580). Une telle durée est, en effet, directement contraire à la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, laquelle exclut précisément de la protection qu'elle institue les travailleurs en période d'essai, à condition notamment que la durée de cette période soit raisonnable. Même solution s'agissant de la période d'essai d'une durée initiale de six mois imposée à une assistante commerciale (Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512). En revanche, a été jugée raisonnable, pour un cadre, une période d'essai d'une durée totale de neuf mois, sans possibilité de renouvellement (Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-11.825, à propos d'un directeur général adjoint). En définitive, le caractère raisonnable de la durée de la période d'essai s'apprécie au regard des fonctions du salarié et de la difficulté du poste.

###### > Durée conventionnelle plus courte que la durée légale

Si la durée conventionnelle est plus courte que la durée légale, c'est la **durée légale** qui s'applique. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 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 (v. Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.184 ; Cass. soc., 13 mars 2019, n° 17-22.783).

**À NOTER** Les accords de branche étendus conclus avant le 26 juin 2008 (publication de la loi de modernisation du marché du travail) et prévoyant la possibilité de renouveler la période d'essai, tout en en fixant les conditions et la durée, restent applicables en ce qui concerne le renouvellement (Circ. DGT n° 2009-5 du 17 mars 2009).

###### Accords d'entreprise conclus avant le 26 juin 2008

Dans tous les cas – durée conventionnelle plus courte ou plus longue que la durée légale –, ce sont les durées légales qui s'imposent (l'accord est inapplicable). L'article

L. 1221-22 du Code du travail prévoit en effet que les durées légales sont **impératives**, à l'exception « de durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après la date de publication de la loi du 25 juin 2008 ».

#### Accords de branche et accords d'entreprise conclus depuis le 26 juin 2008

Selon l'article L. 1221-22 du Code du travail, les durées légales sont impératives, à l'**exception** « 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 », soit après le 26 juin 2008.

Autrement dit, si l'accord de **branche** ou l'accord d'**entreprise** conclu postérieurement à cette date prévoit des périodes d'essai **plus courtes que la durée légale**, c'est cette durée conventionnelle qui doit être retenue. En revanche, si l'accord de branche ou l'accord d'entreprise conclu après l'entrée en vigueur de la loi prévoit une période d'essai **plus longue** que la durée légale, c'est la durée légale que l'on doit appliquer.

*Quid* si l'accord de branche et l'accord d'entreprise retiennent des **durées initiales différentes**? On applique alors les règles de hiérarchie de l'article L. 2253-3 du Code du travail : les stipulations de l'accord d'entreprise, que celui-ci soit conclu antérieurement ou postérieurement à la convention de branche, prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche. Attention : il en va autrement pour les dispositions conventionnelles sur le renouvellement de la période d'essai ; c'est l'accord de branche qui prime (*v. page 5*).

**À NOTER** À notre sens, si une entreprise est couverte à la fois par un accord de branche antérieur au 26 juin 2008, prévoyant une durée d'essai plus longue que la durée légale, et par un accord d'entreprise conclu depuis cette date et prévoyant des durées plus courtes que celles stipulées par la loi, c'est l'accord d'entreprise qui prime sur l'accord de branche (car plus favorable).

#### NE PAS CONFONDRE AVEC...

Certaines situations ne doivent pas être confondues avec la période d'essai. C'est notamment le cas du **test professionnel** qui se situe avant l'embauche et constitue un examen pratique, une mise en situation destinée à contrôler la qualification du candidat à un emploi et son aptitude à occuper l'emploi auquel il postule. Ce test probatoire n'est pas réglementé par la loi. Dans la mesure où le candidat n'est pas placé dans les conditions normales d'emploi, contrairement à la période d'essai, et qu'il n'existe pas de lien de subordination avec l'employeur, le candidat ne peut prétendre à une rémunération. Tel est le cas d'un chauffeur qui conduit un car de l'entreprise destiné au transport d'élèves, vide de passagers, en présence du chauffeur habituel et cela pendant quelques heures seulement sur deux mois (*Cass. soc., 4 janvier 2000 n° 97-41.154*). La **période probatoire**, quant à elle, s'inscrit dans un contrat de travail en cours d'exécution. Elle est possible, sous réserve de l'accord exprès écrit du salarié, en cas de changement de poste emportant modification du contrat de travail, pour vérifier la compétence du salarié à exercer ses nouvelles fonctions (*Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-24.308*). Si elle n'est pas concluante, le salarié doit être réintégré dans ses anciennes fonctions, et ne peut en aucun cas être licencié pour insuffisance professionnelle (*Cass. soc., 7 juillet 2015, n° 14-10.115*). La période probatoire décidée pour l'exercice de nouvelles fonctions au cours d'une période d'essai met nécessairement fin à cet essai (*Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-42.805*).

#### ► Durée contractuelle

Le contrat de travail peut toujours prévoir une période d'essai **plus courte** que celle prévue par la loi (*C. trav., art. L. 1221-22*). En revanche, il est impossible de prévoir dans le contrat une durée plus longue que la durée légale ou la durée maximale prévue par la convention collective (*Cass. soc., 31 janvier 2006, n° 03-47.060*).

On notera qu'une durée conventionnelle plus courte que la durée contractuelle s'applique immédiatement aux contrats en cours prévoyant une période plus longue (*Cass. soc., 27 juin 2000, n° 97-43.379*).

#### FAUT-IL PRENDRE EN COMPTE LES CONTRATS ANTÉRIEURS ?

##### ► CDI à l'issue d'un ou plusieurs CDD

Lorsque la relation contractuelle se poursuit après l'échéance du terme d'un CDD, celui-ci devient un CDI. La durée du **CDD** est alors **déduite** de la **durée de la période d'essai** éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail (*C. trav., art. L. 1243-11*).

La jurisprudence déduit de cette disposition que lorsqu'un salarié est engagé en CDI, après l'échéance du terme de son CDD, la **durée du ou des CDD** est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail.

**Il importe peu** que le salarié ait occupé le **même emploi**, en exécution de différents contrats : la conclusion de plusieurs CDD sur le même emploi n'interdit pas de stipuler une période d'essai dans un CDI ultérieur, à condition d'en déduire la durée de ces CDD (*Cass. soc., 9 octobre 2013, n° 12-12.113*).

L'employeur ne peut éluder cette règle en laissant s'écouler deux jours entre la fin du contrat à durée déterminée et la conclusion du CDI (*Cass. soc., 2 décembre 1997, n° 95-41.374*).

**À NOTER** Si cette règle s'applique lorsque les contrats se sont succédés sans aucune interruption ou ont été séparés d'une brève interruption, il n'est pas évident de savoir comment prendre en compte des contrats à durée déterminée conclus sur le même poste mais avec des intervalles de temps plus importants. La Cour de cassation n'a pas encore tranché cette question.

##### ► Autres cas

Lorsqu'un travailleur **temporaire** est recruté par l'entreprise **utilisatrice après une mission**, la durée des missions accomplies au sein de cette entreprise au cours des trois mois précédant le recrutement est déduite de la période d'essai éventuellement prévue au contrat de travail (*C. trav., art. L. 1251-38*).

Par ailleurs, 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 du stage est déduite de la période d'essai du salarié. Lorsque cette embauche est effectuée dans un emploi correspondant aux activités qui avaient été confiées au stagiaire, la durée du stage est déduite intégralement de la période d'essai. En revanche, dans le cas où l'emploi est différent, la durée du stage ne peut réduire la durée de la période d'essai de plus de 50 % de celle-ci (sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables) (*C. trav., art. L. 1221-24*).

## COMMENT DÉCOMPTER LA DURÉE DE L'ESSAI ?

### ▣ Quel est le point de départ de la période d'essai ?

Le point de départ de la période d'essai est le jour où le salarié **commence l'exécution** de son contrat.

Ainsi, lorsque la **prise de fonctions** effective du salarié précède la date de signature matérielle du contrat, l'essai débute à cette prise de fonctions (*Cass. soc., 9 juillet 2003, n° 01-44.386*). Mais si le salarié prend effectivement ses fonctions après la signature du contrat de travail, c'est à cette date de début d'exécution qu'il faut se fier (*Cass. soc., 5 janvier 1978, n° 76-40.954*).

Il n'est pas possible de **différer** le début de l'essai au-delà de la prise des fonctions, même par accord des parties. Selon la jurisprudence, « 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*).

Par exemple, un séminaire de formation imposé au salarié en début de contrat ne peut différer le point de départ de la période d'essai (*Cass. soc., 27 octobre 1999, n° 97-43.776*).

Il en va de même d'une période stipulée comme « **période d'adaptation** » de six mois dans le contrat de travail, pour un salarié amené à travailler à l'étranger et soumis à une période d'essai de trois mois en plus des six mois d'adaptation : au bout des trois mois, le salarié devait être considéré comme embauché à titre définitif (*Cass. soc., 5 juillet 2005, n° 03-47.038*).

### ▣ Quel est son terme ?

La période d'essai commence le premier jour travaillé et se termine le **dernier jour à minuit**.

Toute période d'essai exprimée en jours se décompte non **pas en jours travaillés**, mais en **jours calendaires** sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires. Il faut donc compter tous les jours de la semaine, sans retrancher les jours fériés ou les jours de repos (*Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-40.464*).

Pour les périodes exprimées en semaines ou en mois, il faut raisonner en **semaines civiles** (*Cass. soc., 25 juin 1992, n° 89-43.577*) ou en **mois calendaires** (*Cass. soc., 4 février 1993, n° 89-43.421*). Ainsi, s'il est stipulé « un mois à partir du 1<sup>er</sup> décembre », l'essai se terminera à la fin du mois, donc au 31 décembre.

Par ailleurs, par exception aux règles de computation des délais :

– une période d'essai de deux mois commencée le 15 février prend fin le 14 avril à minuit, et non le 15 avril à minuit (*Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544*);

– la période d'essai qui expire un jour non travaillé (le dimanche par exemple) prend effectivement fin ce jour-là. Le terme n'est pas reporté au jour travaillé suivant, contrairement à ce que prévoit l'article 642 du Code de procédure civile (*Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-45.755*).

## QUELLE EST L'INCIDENCE DES ABSENCES ?

La période d'essai est destinée à tester les aptitudes du salarié à remplir ses fonctions. Aussi, en cas d'absence au cours de cette période, la jurisprudence admet la possibilité de **prolonger** l'essai d'une **durée équivalente**, sous certaines conditions (*Cass. soc., 16 mars 2005, n° 02-45.314*).

## ▣ Dans quelles hypothèses ?

Il a été jugé que la prolongation de l'essai était possible dans les cas suivants :

– **maladie** (*Cass. soc., 26 janvier 2011, n° 09-42.492*);

– **accident du travail** (*Cass. soc., 12 janvier 1993, n° 88-44.572*);

– **accident de trajet** (*Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-23.876*);

– prise de **congé payé annuel** (*Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-44.368*; *Cass. soc., 31 janvier 2018, n° 16-11.598*);

– **fermeture annuelle** de l'entreprise (*Cass. soc., 27 novembre 1985, n° 82-42.581*);

– prise de **jours de RTT** (*Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 17-21.976*);

– **congé sans solde** (*Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338*).

Jugé en revanche que les jours de formation professionnelle n'entraînent pas de prolongation de l'essai (*CA Versailles, 5<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 février 2004, n° 02-03.427*).

**À NOTER** La désignation du salarié comme mandataire social, entraînant, en l'absence de fonctions techniques distinctes, la suspension du contrat de travail pendant la durée de ce mandat, ne met pas fin à la période d'essai en cours. Celle-ci reprend son cours après la révocation du mandat social (*Cass. soc., 24 avril 2013, n° 12-11.825*).

### ▣ Pour quelle durée ?

La période d'essai doit être prolongée d'une durée égale à celle de la suspension. Cette prolongation n'est **pas limitée** aux seuls **jours ouvrables** inclus dans la période d'absence : un salarié qui s'absente du lundi au vendredi inclus doit voir sa période d'essai prolongée de sept jours calendaires et non de cinq (*Cass. soc., 11 septembre 2019, n° 17-21.976*; *Cass. soc., 31 mars 1994, n° 90-40.204*). Ici aussi, le décompte se fait donc en jours calendaires, sauf disposition contractuelle ou conventionnelle contraire.

## PEUT-ON RENOUVELER LA PÉRIODE D'ESSAI ?

L'employeur (ou le salarié) ne peut renouveler la période d'essai que si cette possibilité a été prévue à la fois par un accord de branche étendu et par une clause contractuelle. De plus, il faut respecter les durées maximales, renouvellement inclus, fixées par la loi ou la convention collective.

### ▣ Sous quelles conditions ?

#### Une convention collective de branche étendue

La période d'essai peut être **renouvelée une fois** si un **accord de branche étendu** (y compris conclu avant le 26 juin 2008) le prévoit (*C. trav., art. L. 1221-21*; *Circ. DGT n° 2009-5, 17 mars 2009*). Le renouvellement prévu seulement par le contrat de travail et/ou un accord d'entreprise n'est donc pas possible (*Cass. soc., 25 février 2009, n° 07-40.155*; *Cass. soc., 20 décembre 2017, n° 16-17.998*).

L'accord de branche fixe les **conditions** et les **durées** de renouvellement. Ces dernières doivent être respectées scrupuleusement. Ainsi, le non-respect de la notification par écrit des motifs de la décision de reconduction, prévue par une convention collective, invalide la décision de renouvellement (*Cass. soc., 31 janvier 1995, n° 91-42.862*). Lorsque l'accord de branche prévoit que le renouvellement de l'essai ne peut intervenir qu'en cas de « nécessité technique », la jurisprudence, relativement souple, autorise le renouvellement dès

lorsqu'il s'agit de permettre à l'employeur d'apprécier l'ensemble des qualités professionnelles du salarié (*Cass. soc.*, 27 juin 2018, n° 16-25.756).

L'accord de branche **prévaut**, pour ces matières, sur l'accord d'entreprise, que celui-ci soit conclu antérieurement ou postérieurement à sa date d'entrée en vigueur (*C. trav.*, art. L. 2253-1, 10°; pour plus de précisions sur cette question : v. le dossier pratique -Droit trav.- n° 18/2018 du 25 janvier 2018).

#### Une disposition expresse dans le contrat de travail

La possibilité du renouvellement doit **également** être **stipulée** dès l'embauche dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement (*C. trav.*, art. L. 1221-23). En l'absence d'une telle mention, le renouvellement de la période d'essai n'est pas possible. Attention : il doit s'agir de la **possibilité** d'un **renouvellement** et **pas** d'un **renouvellement automatique** : celui-ci ne peut être prévu dès l'origine et de manière certaine dans le contrat de travail ou la convention collective (*Cass. soc.*, 17 janvier 1995, n° 91-43.011). Le document portant renouvellement de la période d'essai ne peut donc pas être valablement signé le jour de la signature du contrat de travail (*Cass. soc.*, 2 mars 2005, n° 02-47.400).

#### Un accord exprès du salarié

Enfin, le renouvellement de la période d'essai nécessite, en application de la jurisprudence, l'accord exprès du salarié (*Cass. soc.*, 10 janvier 2001, n° 97-45.164), même si l'accord de branche étendu ne mentionne pas cette condition (*CE*, 15 mars 2017, n° 387060; v. le dossier jurisprudence hebdo n° 60/2017 du 28 mars 2017). Il ne peut résulter d'une **décision unilatérale** de l'employeur (*Cass. soc.*, 11 mars 2009, n° 07-44.090; *Circ. DGT* n° 2009-5 du 17 mars 2009).

L'accord exprès du salarié doit être **demandé** au cours de la période d'essai initiale, **avant l'expiration** de cette celle-ci (*Cass. soc.*, 17 janvier 1995, n° 91-43.011). Le renouvellement peut être constaté par un avenant au contrat de travail (*Cass. soc.*, 9 mai 2019, n° 18-14.068). L'accord **ne saurait être tacite**. Il ne peut donc résulter de la seule poursuite de l'activité par le salarié (*Cass. soc.*, 4 octobre 2000, n° 98-44.458), de sa passivité ou de son absence de réserve sur le contenu de la lettre l'avisant du renouvellement (*Cass. soc.*, 7 avril 1999, n° 97-40.981) ou encore de sa **signature** sur un **document d'évaluation** préconisant la reconduction de l'essai (*Cass. soc.*, 15 mars 2006, n° 04-46.406).

De manière générale, la Cour de cassation considère que l'accord du salarié ne peut se déduire de la seule apposition de sa **signature** sur la **lettre de l'employeur** remise en main propre prolongeant la période d'essai (*Cass. soc.*, 25 novembre 2009, n° 08-43.008; *Cass. soc.*, 8 juillet 2015, n° 14-11.762; *Cass. soc.*, 22 septembre 2015, n° 14-11.731). La jurisprudence a, en revanche, admis que l'apposition par le salarié de sa **signature** et de la **mention « lu et approuvé »** sur la lettre notifiant le renouvellement vaut accord exprès de sa part (*Cass. soc.*, 21 janvier 2015, n° 13-23.018). Idem lorsque le salarié mentionne dans un courrier « en l'espèce, mon accord est bien exprès et sans équivoque » (*Cass. soc.*, 11 octobre 2000, n° 98-45.170). L'employeur doit idéalement obtenir du salarié qu'il **mentionne en toutes lettres** qu'il donne son accord exprès au renouvellement de l'essai. Signalons que l'accord du salarié peut résulter d'un **message électronique**, dès lors que cet accord y est exprimé dans des termes clairs et non équivoques (*Rép. min.* n° 88607, JOANQ, 1<sup>er</sup> mars 2011, p. 2088).

**À NOTER** Si le salarié refuse le renouvellement, l'employeur peut décider de rompre l'essai s'il considère que celui-ci n'est pas concluant.

#### Comment et pour quelle durée ?

L'accord de branche fixe les conditions et durées du renouvellement, étant précisé que la **durée** de la période d'essai du CDI, **renouvellement compris**, ne peut dépasser (*C. trav.*, art. L. 1221-21):

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

Ces durées légales sont **impératives**, mais avec les possibilités de dérogations suivantes (*C. trav.*, art. L. 1221-22):

- si l'accord de branche étendu, **conclu avant le 26 juin 2008**, prévoit une durée maximale, renouvellement compris, **plus longue** que la loi, cette durée reste applicable dès lors qu'elle est raisonnable. En revanche, les accords de branche conclus avant cette même date qui prévoyaient des durées plus courtes ne sont plus applicables depuis le 30 juin 2009 (*Cass. soc.*, 31 mars 2016, n° 14-29.184);
- si l'accord collectif (branche ou entreprise) **conclu après le 26 juin 2008** prévoit des durées, renouvellement compris, plus courtes que la loi, ces durées conventionnelles s'appliquent (*Cass. soc.*, 31 mars 2016, *préc.*);
- les **durées plus courtes** fixées dans la lettre d'engagement ou le **contrat de travail** s'appliquent.

## 4 Quel est le statut du salarié durant l'essai ?

### PRISE EN COMPTE DANS L'EFFECTIF

Les salariés en période d'essai sont pris en compte dans l'**effectif** de l'entreprise, selon les règles liées au contrat au titre duquel ils sont embauchés. Ainsi, les salariés sous CDI sont pris en compte intégralement dès le début de la période d'essai.

### DROITS ET OBLIGATIONS

Pendant la période d'essai, le salarié a les **mêmes droits** que les autres salariés de l'entreprise, sauf ceux soumis à condition d'ancienneté.

Il a aussi les **mêmes obligations** qui ne doivent toutefois pas être exorbitantes vis-à-vis de la précarité de sa situation contractuelle. C'est le cas d'un déménagement imposé alors que l'engagement n'est pas encore définitif (*Cass. soc.*, 9 mars 1988, n° 85-43.900).

## 5 Quelles sont les conditions de la rupture pendant l'essai ?

La rupture de la période d'essai n'obéit pas aux règles communes de rupture des contrats de travail (*C. trav.*, art. L. 1231-1, al. 2 et L. 1242-11). Ainsi, ni les règles de licenciement, ni celles de la rupture anticipée du CDD ne sont applicables. L'employeur peut donc mettre fin au contrat de travail **sans avoir à justifier du motif** de sa décision **ni à respecter la procédure de licenciement**. Il existe toutefois des règles à observer.

## LIBERTÉ DE RUPTURE... ET RESTRICTIONS

### ▣ Le principe de liberté

En principe, sous réserve du délai de prévenance (*v. ci-après*), les parties ont toute liberté pour rompre le contrat pendant la période d'essai. Dans la mesure où les règles du licenciement ne sont pas applicables, l'employeur **n'a pas l'obligation de justifier** sa décision. Il existe toutefois des restrictions à cette liberté.

### ▣ La responsabilité en cas d'abus de droit

La responsabilité de l'employeur peut être engagée lorsque la rupture de la période d'essai procède d'une **intention de nuire**, d'une **légèreté blâmable** ou qu'il y a eu **détournement** de la **finalité** de la période d'essai. La rupture abusive de la période d'essai par l'employeur se résout par l'octroi de **dommages-intérêts** à hauteur du préjudice subi.

Précisons que la preuve de l'abus de droit incombe à celui qui l'invoque (*Cass. soc., 20 décembre 1977, n° 76-41.096*). La réciprocité des obligations conduit à admettre que le salarié puisse, comme l'employeur, commettre un abus de droit, en raison des circonstances dans lesquelles il met fin à l'essai en cours (*Cass. soc., 9 mai 1979, n° 78-40.704*). Dans ce cas, la preuve incombera à l'employeur.

#### Détournement de la finalité de la période d'essai

La rupture est abusive si elle a été décidée pour des **raisons étrangères à la finalité de l'essai**, qui est d'apprécier l'aptitude professionnelle et personnelle du salarié à assumer ses fonctions.

A ainsi été jugée abusive la rupture justifiée par le refus du salarié d'accepter une **modification** de la rémunération prévue dans le contrat de travail (*Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-42.445*). De même, la rupture de la période d'essai prononcée pendant un **arrêt prolongé** pour **maladie** est abusive, malgré les perturbations que cette absence a entraînées dans le fonctionnement de l'entreprise (*Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-24.794*). En effet, la rupture prononcée durant une période pendant laquelle le salarié n'accomplit aucun travail a nécessairement un **motif étranger** à l'appréciation des **qualités professionnelles**.

**À NOTER** La rupture de la période d'essai par l'employeur ne peut reposer que sur l'appréciation des compétences et aptitudes du salarié pour occuper l'emploi proposé. En conséquence, les employeurs ayant rompu l'essai en raison de la survenance de l'épidémie de Covid-19 et de la baisse d'activité qu'elle a pu engendrer, pourraient être poursuivis pour rupture abusive dès lors que cette rupture est sans rapport avec les qualités professionnelles. La preuve de l'abus pourra être établie en rapprochant la date de la rupture de celle du confinement. Comme l'a rappelé le ministère du Travail dans son questions-réponses mis en ligne sur son site Internet, «le salarié en période d'essai est bien éligible au dispositif d'activité partielle, étape sans doute nécessaire avant d'envisager de rompre son contrat de travail» (*Q/R mis à jour au 17 avril 2020*).

#### Légèreté blâmable ou intention de nuire

La rupture de la période d'essai peut aussi être jugée abusive si l'employeur a donné de **faux espoirs** au salarié ou ne lui a **pas laissé le temps** de faire ses preuves. Commet ainsi un abus l'employeur qui, après avoir licencié un salarié pour motif économique, la réembauche au même poste dans le cadre de la priorité

## LA PRÉPARATION OPÉRATIONNELLE À L'EMPLOI

Les stages de formation effectués par l'intermédiaire de Pôle emploi ne sont pas des périodes d'essai. Il est donc possible de demander à un salarié nouvellement embauché après le stage d'effectuer une période d'essai (*Cass. soc., 27 octobre 2009, n° 08-41.661*). Selon nous, cette solution pourrait être transposée à la préparation opérationnelle à l'emploi (POE). En effet, celle-ci permet à un demandeur d'emploi ou à un salarié recruté en contrat unique d'insertion (CDD ou CDI) ou en CDD d'insertion, au sein de structures d'insertion par l'activité économique, de bénéficier d'une formation nécessaire à l'acquisition des compétences requises pour occuper un emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise auprès de Pôle emploi, ou à des besoins identifiés par un accord de branche ou, à défaut, par un conseil d'administration d'un opérateur de compétences. La formation est suivie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, d'un contrat de professionnalisation d'une durée minimale de 12 mois, d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat à durée déterminée d'une durée minimale de 12 mois (*C. trav., art. L. 6326-1 à L. 6326-4*).

de réembauchage, puis rompt le contrat pendant la période d'essai en invoquant l'insuffisance de ses capacités professionnelles (*Cass. soc., 11 octobre 2000, n° 98-42.772*). Tel est aussi le cas d'un employeur qui rompt la période d'essai après très peu de temps, alors que le salarié vient de démissionner de son emploi précédent (*Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224*; *Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-23.695*), ou encore s'agissant d'une rupture intervenant peu de jours après avoir décidé d'un renouvellement de l'essai, ce dernier n'ayant pas encore pris effet et la collaboratrice n'ayant pas achevé la formation prévue contractuellement et nécessaire à l'exercice de ses fonctions (*Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-42.826*).

La **précipitation inhabituelle** pour interrompre la période d'essai et le fait de ne pas mettre le salarié dans les conditions « normales » d'exercice de sa profession caractérisent également l'abus du droit de résiliation (*Cass. soc., 2 février 1994, n° 90-43.836*).

Constitue par exemple un abus de droit le fait de mettre fin à la période d'essai d'un mois, après seulement **deux jours de travail** et sans avoir pu apprécier sa valeur professionnelle (*Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-14.868*). Cependant, n'est pas nécessairement abusive une rupture qui 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 inadapté à l'emploi (*Cass. soc., 4 octobre 1979, n° 78-40.621*).

### ▣ Pas de motif illicite

Le contrat ne peut être rompu pendant la période d'essai pour l'un des motifs de **discrimination** prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail. À défaut, la **rupture** du contrat est **nulle**. Tel est le cas lorsque l'employeur rompt la période d'essai d'un salarié en raison de ses récents problèmes de santé (*Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43.402*).

Cette nullité entraîne le paiement de **dommages-intérêts** réparant le caractère illicite de la rupture. En revanche, le salarié ne peut pas prétendre à une indemnité compensatrice de préavis, dans la mesure où les dispositions légales relatives à la rupture du CDI ne

sont pas applicables pendant la période d'essai (*Cass. soc.*, 12 septembre 2018, n° 16-26.333).

L'employeur ne peut pas non plus prendre en considération l'état de grossesse d'une salariée pour rompre le contrat pendant la période d'essai (*C. trav.*, art. L. 1225-1).

### ▣ Le respect des statuts protecteurs

La protection dont bénéficient les salariés investis d'un **mandat syndical** ou **représentatif** s'applique en cas de rupture de la période d'essai à l'initiative de l'employeur (*Cass. soc.*, 26 octobre 2006, n° 03-44.751), qui doit donc notamment respecter la procédure de consultation et obtenir l'**autorisation** de l'inspection du travail (*v. ci-après*).

De même, il ne peut pas rompre le contrat pendant la période d'essai au motif qu'un salarié ne répond pas à ses attentes alors que le contrat de travail est suspendu suite à un **accident du travail** (*Cass. soc.*, 12 mai 2004, n° 02-44.325). Le principe de libre rupture s'efface au profit des règles interdisant de rompre le contrat, durant cette période de suspension, en dehors d'une faute grave ou d'une impossibilité de maintenir le contrat. La méconnaissance de ces dispositions protectrices rend **nulle** la **rupture** de l'essai, sans pour autant permettre au salarié de réclamer les indemnités correspondant à un licenciement nul (*Cass. soc.*, 9 janvier 2019, n° 17-31.754 : reconnaissant seulement le droit à une indemnité évaluée en fonction du préjudice subi). Encore faut-il qu'au moment où il **notifie la rupture**, l'employeur ait été **informé** de la suspension du contrat et du caractère professionnel de l'accident (*CA Paris*, 18 juin 2019, n° 17/08902 : un salarié victime d'un accident du travail alors que l'employeur a envoyé, le jour même, la lettre de rupture de l'essai ne bénéficie pas de la protection).

En revanche, en cas d'arrêt de travail suite à un **accident de trajet**, l'employeur peut mettre fin à la période d'essai pendant la période de suspension, sous réserve que la rupture ne soit pas fondée sur l'état de santé du salarié (*Cass. soc.*, 4 avril 2012, n° 10-23.876). De même, l'employeur peut mettre fin librement à la période d'essai d'une **salariée enceinte**, à condition que cette rupture ne soit pas liée à l'état de grossesse. Les dispositions de l'article L. 1225-5 du Code du travail prévoyant que le licenciement est annulé si, dans les 15 jours suivant sa notification, la salariée justifie de sa grossesse, ne sont pas applicables pendant la période d'essai (*Cass. soc.*, 21 décembre 2006, n° 05-44.806).

### ▣ Les restrictions conventionnelles

La convention collective peut limiter expressément les motifs permettant à l'employeur de rompre la période d'essai. Ce dernier ne peut alors mettre fin à la période d'essai qu'en se basant sur un ou plusieurs des motifs énumérés limitativement par la convention (*Cass. soc.*, 5 mai 2004, n° 01-47.071).

## LICENCIEMENT FONDÉ SUR DES FAUTES COMMISES PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI

Pour fonder un licenciement disciplinaire, l'employeur peut invoquer, même après l'expiration de la période d'essai, des fautes que le salarié aurait commises au cours de cette période (*Cass. soc.*, 3 décembre 2014, n° 13-19.815), sous réserve de respecter le délai de prescription des faits fautifs de deux mois (*C. trav.*, art. L. 1332-4).

## QUELLE PROCÉDURE ?

### ▣ Pas de formalité particulière...

Sauf disposition de la convention collective, **aucun formalisme** n'est imposé pour la rupture de la période d'essai. Celle-ci peut donc être **verbale** (*Cass. soc.*, 9 décembre 1998, n° 97-42.858).

Toutefois, la **rupture** doit être **explicite** : il ne peut pas être valablement convenu que le contrat prendra fin du seul fait de l'arrivée du terme de l'essai (*Cass. soc.*, 13 novembre 1996, n° 93-44.052).

Qu'elle soit à l'initiative de l'employeur ou du salarié, la volonté de rompre la période d'essai doit être **claire et non équivoque**. Ainsi, le fait que le salarié ne reprenne pas le travail après la fin de son arrêt de travail n'est pas suffisant pour témoigner d'une volonté explicite de sa part de mettre fin à l'essai (*Cass. soc.*, 27 novembre 2013, n° 12-25.308). De même, il a été jugé que ne suffit pas à caractériser que l'**employeur** aurait, **de manière explicite**, manifesté sa volonté de mettre fin à la période d'essai avant la date de son expiration, le fait que le salarié ne se soit plus présenté au travail à compter d'une certaine date, quand bien même cette date avait été mentionnée dans les documents de fin de contrat remis après l'expiration de la période d'essai (*Cass. soc.*, 24 juin 2020, n° 17-28.067).

Il est dans tous les cas conseillé, pour des raisons de **preuve** en cas de contentieux, notamment sur la **date** de la **rupture**, de notifier celle-ci par écrit, par lettre recommandée avec avis de réception ou lettre remise en main propre contre décharge.

**À NOTER** Lorsque l'employeur notifie la rupture de la période d'essai par lettre recommandée avec avis de réception, la rupture du contrat de travail se situe au jour de l'envoi de cette lettre, et non à la date de sa réception. Autrement dit, à partir du moment où la lettre est expédiée avant la fin de la période d'essai, la rupture est réputée être intervenue durant celle-ci (*Cass. soc.*, 11 mai 2005, n° 03-40.650 ; *Cass. soc.*, 28 novembre 2006, n° 05-42.202). Précisons par ailleurs que l'employeur qui a notifié la rupture de l'essai ne peut revenir sur cette décision qu'avec l'accord du salarié (*Cass. soc.*, 20 février 2019, n° 17-27.089).

### ▣ ...sauf cas particuliers

Si l'employeur décide de rompre la période d'essai pour un **motif disciplinaire**, il doit respecter la **procédure disciplinaire** prévue à l'article L. 1332-2 du Code du travail et doit ainsi convoquer le salarié à un **entretien préalable** (*Cass. soc.*, 10 mars 2004, n° 01-44.750 ; *Cass. soc.*, 14 mai 2014, n° 13-13.975). À défaut, le salarié peut obtenir des dommages-intérêts.

Par ailleurs, la **protection exceptionnelle** accordée par la loi à certains salariés, en raison du **mandat** ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs, s'applique à la rupture de la période d'essai par l'employeur (*Cass. soc.*, 26 octobre 2005, n° 03-44.751, à propos d'un conseiller du salarié). L'employeur doit donc selon le cas consulter le CSE et/ou obtenir l'**autorisation** préalable de l'**inspecteur du travail**. Encore faut-il, s'il s'agit d'un **mandat extérieur** à l'entreprise, que l'employeur ait été **informé** de son existence par le salarié **avant la notification de la rupture** de l'essai ; à défaut, la protection ne lui est pas opposable, sauf si le salarié peut établir qu'il avait eu connaissance de ce mandat par un autre moyen (*Cass. soc.*, 16 janvier 2019, n° 17-27.685, à propos d'un défenseur syndical).

En outre, certaines **conventions collectives** imposent le respect de certaines formalités. Jugé ainsi que si la convention collective prévoit que la rupture doit être confirmée par écrit, le simple envoi de l'attestation Pôle emploi ne tient pas lieu de confirmation (*Cass. soc.*, 17 octobre 2007, n° 06-44.388).

### ■ Délai de prévenance

La loi du 25 juin 2008 a instauré un délai de prévenance en cas de rupture du contrat pendant la période d'essai. Sa durée varie selon que l'auteur de la rupture est l'employeur ou le salarié.

#### Durée du délai de prévenance

Lorsque l'**employeur** prend l'**initiative** de rompre la période d'essai, il doit prévenir le salarié dans un délai qui ne peut pas être inférieur aux durées suivantes (*C. trav.*, art. L. 1221-25):

- **24 heures**, en dessous de 8 jours de présence;
- **48 heures**, entre 8 jours et un mois de présence;
- **deux semaines**, après un mois de présence et avant trois mois;
- **un mois**, après trois mois de présence.

À notre sens, si la **convention collective** impose à l'employeur un **délai de prévenance plus long** que les délais légaux, c'est lui qui doit être appliqué, car plus favorable au salarié.

Idem lorsque le **contrat de travail** prévoit un délai de prévenance plus long que le minimum légal. À défaut d'application, l'employeur devra indemniser le salarié au titre de la part du délai contractuel non exécuté (*Cass. soc.*, 15 avril 2016, n° 15-12.588; v. *l'actualité* n° 17078 du 11 mai 2016).

Si c'est le **salarié** qui décide de **rompre la période d'essai**, il doit lui aussi respecter un délai de prévenance. Ce délai est de **24 heures** si la durée de présence de l'intéressé est inférieure à huit jours, et de **48 heures** à partir de huit jours (*C. trav.*, art. L. 1221-26).

**À NOTER** S'il s'agit d'un CDD, les délais de prévenance s'appliquent si le contrat comporte une période d'essai d'au minimum une semaine (*C. trav.*, art. L. 1221-25).

#### Articulation délai de prévenance/période d'essai

L'employeur doit notifier la rupture suffisamment tôt de manière à ce que le **délai de prévenance se termine avant le terme de la période d'essai**.

Qu'en est-il lorsqu'il décide de mettre fin à l'essai à une **date ne permettant plus l'exécution intégrale du délai de prévenance** (cas où le délai de prévenance légal ou conventionnel est supérieur à la durée de la période d'essai restant à courir)? L'employeur doit veiller quoi qu'il arrive à ce que les **relations de travail** prennent effectivement **fin au plus tard à la date d'expiration de l'essai**. En effet, la **période d'essai**, renouvellement inclus, **ne peut être prolongée** du fait de la **durée du délai de prévenance** (*C. trav.*, art. L. 1221-25, al. 2). La poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donnerait naissance à un nouveau contrat de travail qui ne pourrait être rompu à l'initiative de l'employeur que par un **licenciement** (*Cass. soc.*, 5 novembre 2014, n° 13-18.114).

En pratique, lorsque le délai de prévenance légal ou conventionnel ne peut être entièrement exécuté dans

la mesure où il prend fin au-delà du terme théorique de l'essai, l'employeur qui veut éviter tout risque de requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse peut **dispenser le salarié** d'effectuer ce « préavis », moyennant le versement d'une indemnité compensatrice (*Cass. soc.*, 16 septembre 2015, n° 14-16.713; v. *le dossier jurisprudence hebdo* n° 174/2015 du 29 septembre 2015). Sur cette indemnité, v. *ci-après*.

#### Sanction en cas de non-respect du délai de prévenance

Le non-respect du délai de prévenance légal n'est pas sanctionné par la **requalification** de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, ce n'est que si la période d'essai a été rompue après son terme qu'une telle requalification sera prononcée (*Cass. soc.*, 23 janvier 2013, n° 11-23.428).

Sauf faute grave du salarié, l'employeur qui ne respecte pas le délai de prévenance doit simplement lui verser une **indemnité compensatrice**, 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 (*C. trav.*, art. L. 1221-25, al. 3).

**À NOTER** *Quid si le salarié prend l'initiative de la rupture de l'essai sans respecter le délai de prévenance? Selon nous, l'employeur pourrait réclamer au salarié une indemnité compensatrice. Tel est en effet le cas lorsque le salarié démissionnaire ne respecte pas le délai de préavis: l'employeur peut prétendre à une indemnité compensatrice égale au montant du préavis non exécuté (Cass. soc., 29 mai 1990, n° 88-40.044).*

### QUELLES SONT LES SOMMES DUES AU SALARIÉ ?

Nulle indemnité n'est due au salarié dont la rupture du contrat de travail intervient en période d'essai, sauf abus de droit donnant alors lieu au versement de dommages-intérêts à hauteur du préjudice subi (*Cass. soc.*, 15 avril 2016, n° 14-24.930). En effet, le salarié ne peut prétendre aux indemnités de **licenciement** puisque les règles régissant celui-ci sont inapplicables (*C. trav.*, art. L. 1231-1). En revanche, il a droit au versement du **dernier salaire** et, en fonction de sa durée de présence, aux **indemnités compensatrices de congés payés**, au *pro rata* des **primes annuelles**, etc.

En principe, la rupture anticipée du **CDD** qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, force majeure ou inaptitude, ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat (*C. trav.*, art. L. 1243-4). Bien entendu, cette disposition, de même que celle relative à l'indemnité de précarité, ne trouve pas à s'appliquer lorsque l'employeur rompt le contrat pendant la période d'essai (*C. trav.*, art. L. 1242-12; *Cass. soc.*, 13 mars 2013, n° 11-25.604).

**À NOTER** *Si le CUI-CAE ou le CUI-CIE est rompu au cours de la période d'essai, les montants perçus au titre de l'aide à l'insertion professionnelle ne font pas l'objet d'un reversement et l'employeur conserve le bénéfice des aides correspondant au nombre de jours travaillés par le salarié (C. trav., art. R. 5134-46 et R. 5134-47).*