

# Maîtriser les règles de la période d'essai

Durée, renouvellement, rupture... la période d'essai est strictement encadrée par la loi et les conventions collectives. Point complet sur les règles et les pièges à éviter.

Jusqu'à la loi du 25 juin 2008, l'existence et la durée de la période d'essai étaient exclusivement régies par les conventions collectives et/ou le contrat de travail, la jurisprudence de la Cour de cassation intervenant régulièrement pour en fixer les limites et le régime juridique. Il n'existait jusqu'alors dans le Code du travail aucune réglementation d'ensemble de cette période contractuelle (sauf en ce qui concerne les CDD et les VRP). Depuis cette loi – complétée par de nombreux décrets –, l'objet et les règles de fonctionnement de la période d'essai sont inscrits dans le Code du travail et cohabitent avec les dispositions conventionnelles existantes.

## La période d'essai doit être prévue par le contrat

L'article L. 1221-23 du Code du travail rend désormais impérative la contractualisation de la période d'essai en précisant que « la lettre d'engagement ou le contrat de travail doit sti-

puler expressément l'existence d'une période d'essai ». Cette disposition prive d'effet certaines conventions collectives qui ne précisent pas l'obligation d'un écrit. En l'absence de stipulation dans le contrat de travail, il ne peut y avoir de période d'essai et ce, quelle que soit la rédaction des dispositions conventionnelles. L'existence d'une période d'essai ne se présumant pas, la période d'essai et la possibilité de la renouveler doivent être expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail et sa durée fixée dès l'engagement du salarié. Dans l'hypothèse où le contrat de travail ne serait que verbal, les parties ne pourraient se prévaloir de l'existence d'une période d'essai. Cette période reste donc facultative.

### > DURÉE LÉGALE DE L'ESSAI

L'article L. 1221-19 du Code du travail fixe la durée maximale de la période d'essai, selon la qualification professionnelle du salarié : deux mois pour les ouvriers et employés ; trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ; quatre mois pour les cadres. Il faut noter que la période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle d'un salarié à temps complet (article L. 3123-9 du Code du travail). Ces durées ont un caractère impératif mais subissent des exceptions, notamment pour les représentants de commerce (l'article L. 7313-5 limite à trois mois la période d'essai des VRP statutaires) et les apprentis (l'article L. 6222-18 prévoit deux mois d'essai). Exprimée en semaines ou en mois, la durée de la période d'essai se calcule au regard des semaines civiles ou des mois calendaires. Exprimée en jours, elle se décompte en jours calendaires et non en jours travaillés. Toute période d'essai qui expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé n'est pas prorogée jusqu'au premier jour ouvrable suivant. De même, le fait que le dernier jour de la période d'essai corresponde à un jour non travaillé dans l'entreprise n'a pas pour effet de reporter son terme.

### > DURÉE « CONVENTIONNELLE » DE LA PÉRIODE D'ESSAI

L'article L. 1221-22 du Code du travail précise que les durées des périodes d'essai fixées par le Code du travail ont un caractère impératif à l'exception de :

- durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la publication de la loi du 25 juin 2008 ;
- durées plus courtes fixées par les accords collectifs conclus après la publication de cette même loi.

C'est donc en fonction de la date de signature d'un éventuel accord collectif portant sur la période d'essai que les durées légales minimales et maximales pourront être modifiées. Pour les accords de branche antérieurs à la publication de la loi, les dispositions fixant des durées plus courtes ont été maintenues jusqu'au 30 juin 2009. Depuis cette date, si les partenaires sociaux n'ont pas conclu un nouvel accord, les délais prévus par la loi se sont automatiquement substitués aux délais initialement fixés par la convention. Les dispositions prévoyant des durées plus longues perdurent en toute hypothèse.

Les accords collectifs signés postérieurement à la publication de la loi ne peuvent prévoir qu'une durée d'essai plus courte que celle prévue par l'article L. 1221-19 du Code du travail. De la même manière, le contrat de travail peut prévoir une durée d'essai plus courte que celle prévue par la loi mais ne peut prévoir (même avec l'accord du salarié) une durée plus longue.

## Le renouvellement de la période d'essai

La possibilité de renouveler la période d'essai est soumise à une double condition : elle doit être expressément prévue par le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement et être prévue par la convention collective de branche étendue applicable à l'entreprise. Par ailleurs, ce renouvellement ne peut intervenir qu'une seule fois. L'article L. 1221-21 du Code du travail fixe la durée maximale que la période d'essai ne peut pas dépasser, renouvellement compris : quatre mois pour les ouvriers ; six mois pour les techniciens et agents de maîtrise ; huit mois pour les cadres. Les dispositions conventionnelles antérieures à la publication de la loi de modernisation du

marché du travail (26 juin 2008), qui autorisent le renouvellement de la période d'essai, continuent de s'appliquer si elles sont conformes aux exigences de la loi concernant la fixation des conditions et de la durée de renouvellement. Toutefois, les durées maximales de l'essai et du renouvellement prévues par le Code du travail peuvent être écartées lorsqu'une convention collective de branche conclue antérieurement à la date de publication de la loi de modernisation du travail prévoit des durées plus longues. Les conventions collectives postérieures à cette date ne peuvent fixer que des durées inférieures ou égales aux durées légales. La jurisprudence exige que le renouvellement fasse l'objet d'un accord entre les parties au cours de la période d'essai initiale. Il ne peut jamais résulter d'une décision unilatérale de l'employeur (Cass. soc., 30 octobre 2002). Le renouvellement exige une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié qui ne peut pas être déduite de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur (Cass. soc., 25 novembre 2009, n° 08-43 008). Il est important que le salarié soit informé des raisons du renouvellement de sa période d'essai et, même s'il n'y a rien d'obligatoire, un entretien avec l'intéressé est vivement conseillé. En tout état de cause, il faut organiser le renouvellement suffisamment à l'avance pour que l'accord du salarié sur le renouvellement intervienne avant le terme de la période d'essai initiale.

## La rupture de la période d'essai

L'article L. 1231-1 du Code du travail exclut la période d'essai du champ d'application des règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée et ainsi « l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai » (Cass. soc., 10 mars 2004).

### > FORMALISME ET MOTIVATION

La rupture de l'essai est libre, l'employeur n'a pas à motiver sa décision de rompre le contrat de travail, mais cette rupture doit s'inscrire dans le cadre de l'objet de la période d'essai qui pour le Code du travail est de permettre 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 ». En consé-

quence, si l'employeur n'a pas à justifier d'un motif réel et sérieux pour rompre la période d'essai, la rupture doit toutefois être en lien avec son objet c'est-à-dire avec les compétences du salarié et leur adéquation aux besoins de l'entreprise. Ce n'est pas le cas si le poste est supprimé et que la rupture repose sur un motif économique ou si la rupture intervient pour un motif discriminatoire ou étranger à la personne du salarié.

Si la loi n'impose aucune procédure particulière à la rupture de la période d'essai, une notification écrite de rupture, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise d'une lettre en double exemplaire avec mention de la date de remise, est évidemment conseillée. Cela permettra à l'employeur de prouver non seulement qu'il a notifié au salarié la rupture de son contrat de travail avant l'expiration de la période d'essai mais aussi qu'il a respecté le délai de prévenance prévu par la loi (voir paragraphe ci-dessous).

La jurisprudence a d'ailleurs précisé que lorsqu'un article de la convention collective relatif au licenciement prévoit l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception, il s'applique également à la rupture de la période d'essai et, en conséquence, l'employeur ne peut notifier la rupture de cette période par un message électronique sur l'adresse mail du salarié (Cass. soc., 21 juin 2006). Dans la même ligne, l'envoi au salarié d'une attestation Assedic, mentionnant la rupture de l'essai, ne satisfait pas non plus à l'exigence conventionnelle d'une confirmation écrite par l'employeur de la rupture de l'essai (Cass. soc., 17 octobre 2007).

Il faut noter qu'aucun formalisme particulier n'est imposé au salarié lorsqu'il prend l'initiative de mettre un terme à la période d'essai.

### > PRÉAVIS À RESPECTER

La rupture de la période d'essai peut intervenir à tout moment au cours de l'essai mais en application de l'article L. 1221-25 du Code du travail, il faut respecter un préavis variant en fonction de la durée de l'essai déjà écoulé :

- 24 heures en deçà de huit jours de présence ;
- 48 heures entre huit jours et un mois de présence ;
- deux semaines après un mois de présence ;
- un mois après trois mois de présence.

Le point de départ du délai de prévenance est fixé au jour où le salarié prend connaissance de la rupture, c'est-à-dire le jour où il reçoit la notification de la rupture.

A noter que ce délai s'applique aux périodes d'essai convenues dans le cadre d'engagements à durée indéterminée, mais également pour les engagements à durée déterminée dès lors que la période d'essai est au moins d'une semaine. Certaines conventions collectives peuvent également prévoir un tel délai de prévenance et, en cas de conflit entre deux normes (dispositions légales et conventionnelles), c'est la disposition la plus favorable au salarié qui sera appliquée. Le non-respect du préavis par l'employeur ouvre droit, pour le salarié, au versement d'une indemnité compensatrice correspondant au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme du délai de prévenance, sans que cela ait pour effet de prolonger la durée de l'essai.

Quand c'est le salarié qui met fin à l'essai, ce dernier doit respecter un préavis de 48 heures ou de 24 heures si sa présence dans l'entreprise est inférieure à huit jours. ■

## PÉRIODE D'ESSAI ET SUSPENSION DE CONTRAT

Compte tenu de la finalité de l'essai qui est d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, la jurisprudence considère que la durée de l'essai est prorogée en cas d'absence du salarié. Cette prorogation est admise en cas de suspension du contrat de travail, quelle que soit la cause de la suspension et pour une durée égale à celle qui restait à courir au moment de la suspension calculée en prenant en compte l'ensemble des jours calendaires inclus dans la période de suspension et non seulement les jours ouvrables. Attention, seule l'absence du salarié justifie la prorogation de la période d'essai. Ainsi, la fermeture de l'entreprise pour congé annuel ne permet de proroger la période d'essai que dans la mesure où le salarié est lui-même en congé et cesse son activité pendant la période de congé de l'entreprise. (Cass. soc., 5 mars 1997).

## STAGE ET DURÉE DE L'ESSAI

L'article L. 1221-24 du Code du travail précise que lorsqu'on embauche un stagiaire, la durée de sa période d'essai doit être modifiée si le stage était intégré à un cursus de l'enseignement supérieur et a eu lieu au cours de la dernière année, et s'il a précédé immédiatement l'embauche, sans interruption. La durée du stage doit alors être déduite de la période d'essai à concurrence de la moitié de la période d'essai.