

NOUVEAUX CONTRATS – NOUVELLES RUPTURES : **LA PERIODE D'ESSAI DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL**

La loi portant modernisation du marché du travail, qualifiée par certains d'historique, instaure notamment la rupture conventionnelle, et avant cela, traite de la rupture de l'essai. Est-ce à dire que c'est une loi de rupture avec l'ordre social existant ? Peut-être par certains aspects de dérogabilité à l'ordre public, par l'allongement jugé excessif, par certains syndicats de la période d'essai.

Les ruptures ont le vent en poupe, pas seulement dans le domaine juridique, mais également dans le domaine de l'art (cf. Sophie Calle à la Biennale de Venise, Patrick Swirc aux rencontres photographiques d'Arles...)

Au théâtre, l'élément central, c'est souvent la rupture, au cinéma, c'est la rencontre... On va plutôt faire du cinéma.

Avant de rompre, il faut se rencontrer, et faire un bout de chemin ensemble. C'est le but de l'essai. Huit nouveaux articles dans le Code du travail sur cet aspect du contrat.

La loi de modernisation du marché du travail du 28 juin 2008 reprenant les principales dispositions de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008, se caractérise d'abord par une volonté de dire ce que sont les choses (cf. le portage salarial, mais aussi la période d'essai).

Le nouvel article L 1221-20 prend parti sur la finalité de l'essai qui « 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 ».

La loi reprend ici, à peu de chose près, la définition donnée dans l'arrêt Cofiroute (Soc. 20 nov. 2007, Dalloz 2008, 196, notes Mouly ; D.O. 2008, 298, notes Ferraro), formule assez voisine aussi de celle de l'arrêt Goodrich de 1933 (Grands arrêts Dalloz n° 40) qui évoquait la possibilité, avec l'essai, « d'apprécier les capacités du salarié », définition cependant un peu plus large.

Cette finalité légalement définie a son importance : la période d'essai ne peut être utilisée :

- ni pour tester la viabilité économique de l'emploi (le Médef avait voulu instaurer une période dite de validation économique qui suivait la période d'essai, pendant laquelle il pouvait être mis fin au contrat –succédané du CNE- qui ne pouvait pas « passer). On voulait s'assurer de la perrénité de l'emploi pourvu. On se souvient que la Cour de Cassation dans un arrêt du 20 novembre 2007 avait cependant déjà dit que la période d'essai ne peut être rompue pour un motif non inhérent à la personne du salarié et notamment la suppression de son poste pour un motif économique.
- ni pour remplir le rôle de contrat à durée déterminée, satisfaire un besoin temporaire de combler un manque (un arrêt de la Cour de Cassation du 5 oct. 1993 avait ainsi retenu l'existence d'une note interne de l'OPAC, Office Public d'Aménagement et de Construction, qui faisait état du caractère normalement temporaire de la présence du salarié (Bull. civ. V n° 223) pour caractériser l'abus.

La période d'essai sert à évaluer les compétences. Il y a un renforcement de cette idée de compétence qui prime de plus en plus sur la qualification. En même temps, on exclut le motif subjectif.

Avant d'entrer dans le détail de cette question, il nous faut examiner préalablement l'existence de la période d'essai (I) avant de poursuivre avec la rupture de la période d'essai (II).

I – L'EXISTENCE DE LA PERIODE D'ESSAI

La période d'essai doit d'abord exister. Sur le papier. La clause d'essai doit figurer dans le contrat (A). Il nous faut également envisager son existence dans le temps avec la question de la durée de l'essai (B).

A – La contractualisation de la période d'essai.

Contractualisation des ruptures, contractualisation de la période d'essai, décidément, le contrat est à la mode.

La période d'essai ne se présume toujours pas. Cela n'est pas récent. Elle doit, ce qui est nouveau, être prévue dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail. C'est donc bien de contractualisation au sens formel du terme qu'il s'agit. Cette exigence renforce la rédaction d'un écrit et rend caduque la jurisprudence sur l'application de plein droit des conventions collectives prévoyant l'essai à titre impératif.

1. Renforcement de l'écrit

L'écrit n'est toujours pas obligatoire pour qu'il y ait contrat de travail. Divers textes, tant européens qu'internes, sont venus le rendre quasi nécessaire mais nullement impératif. La tradition consentualiste civiliste a influencé le droit du travail.

Le nouvel article L 1221-24 précise que, ni la période d'essai, ni son renouvellement ne se présument et qu'elles doivent figurer dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Le nouveau dispositif ne s'inscrit pas seulement dans le souci exprimé à l'article 11 de l'ANI d'une meilleure lisibilité des droits contractuels, conformes d'ailleurs aux exigences de la directive européenne du 14 octobre 1991. Il dénie toute force obligatoire à la clause d'essai qui ne serait pas contractuelle. De cette contractualisation de la période d'essai, on peut déduire que si l'on veut de l'essai, ce qui est la norme, il faut faire du contrat écrit ou de la lettre. Ce point est conforme à la volonté de l'ANI de se centrer sur le contrat de travail, en tentant de prévenir le contentieux. cela devrait, en pratique, ajouter une couche supplémentaire de formalisme au droit de la relation de travail.

2. L'abandon de la jurisprudence sur l'application directe de la clause impérative de la convention collective portée à la connaissance du salarié.

Ici encore, on retrouve l'impératif de sécurité juridique voulu par la loi (certains peuvent tout de même faire des rejets sur le type de sécurité dont s'agit : sécurité des ruptures plus que les relations, défiance du juge plus qu'autre chose...). Il s'agit en tout cas de mieux définir le contenu des obligations en les formalisant dans le contrat.

Jusqu'à ce jour, le salarié pouvait se voir opposer, malgré un contrat muet sur ce point, la clause d'une convention collective prévoyant un essai impératif pourvu que la convention ait été portée à la connaissance du salarié ou qu'il soit mis en mesure de la connaître (Cass. Soc. 25 mars 1998, RJS 5.98 n° 561, bull. civ. V n° 173 ; Cass. Soc. 23 avril 1997, Bull. civ. V n° 143 ; 3 juillet 2001, Droit Soc. 2001, 1020 obs. Roy-Loustaunau ; 26 sept. 2002, Dt soc. 2002 p. 1138, obs. F. Duquesne).

- En pratique, c'est une avancée car la preuve de la connaissance est d'autant moins évidente que dans son dernier état (Cass. Soc. 15 nov. 2007, Chroniques Paul Henri Antonmattei, Dt soc. 2008, 182), la jurisprudence estime que la mention de la convention collective sur le bulletin de paie ne vaut que comme présomption simple de l'application à la relation de travail.

- Toujours en pratique (individuelle), il fallait –et on ne le faisait pas– que le DRH fasse un constat d'huissier de la place de la convention collective dans un lieu visible par tous les salariés, et dresse une lettre audit salarié.

- Enfin, en pratique (collective), les accords qui prévoyaient l'essai à titre impératif, devront être renégociés.

B – L'existence dans le temps : la durée de la période d'essai et de son renouvellement

La loi fixe des durées maximales ; il faut également tenir compte de l'articulation des textes avec les conventions collectives ; enfin, on constate que les nouveaux textes ne suppriment pas tous les problèmes.

1. la fixation légale impérative

Ce sont les articles suivants qui traitent la question :

article L 1221-19 :

« 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 L 1221-22 :

« 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 L 1221-24 :

« En cas d'embauche dans l'entreprise à 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. »

C'est plus long que les durées habituellement fixées par les conventions collectives.

Est-ce que l'on va, ici encore, dans le sens de la sécurité recherchée ?

On peut le soutenir dans la mesure où on a plus de recul pour s'assurer que la recrue est bonne, mais le système est paradoxal car la période d'essai est, par

définition, une période précaire et, si allonger la période d'essai c'est sécuriser, alors sécuriser c'est précariser. Le système rappelle le syllogisme vicieux du cheval bon marché... En réalité, ici encore, tout dépend où l'on place la sécurité...

Il est laissé à un accord collectif étendu le soin de prévoir la possibilité de renouvellement (une seule fois) si le contrat ou la lettre d'engagement le prévoit. Donc, on peut arriver à huit mois de période d'essai pour les cadres. On entre, comme le dit Antoine Mazeaud dans « la zone rose » (Dt Soc. 2008 p. 626). On se souvient en effet de l'article 158 de l'OIT et du délai raisonnable, et du très bel arrêt du 1^{er} juillet 2008 de la Cour de Cassation...

1. Articulation avec le contrat et les accords et conventions collectifs.

a) articulation avec le contrat.

Ici, il n'y a pas de difficulté. Le principe de faveur joue pleinement. Le contrat peut toujours prévoir des durées inférieures.

b) articulation avec les conventions collectives

Il faut distinguer deux cas de figure suivant que la convention prévoit une durée d'essai inférieure ou supérieure :

- durée inférieure : l'accord de branche antérieur à la loi prévoyant une durée de période d'essai inférieure va cesser de s'appliquer à partir du 30 juin 2009. autrement dit, les stipulations conventionnelles antérieures favorables au salarié vont être éliminées dans un peu moins d'un an. On a parlé d'abrogation (J. Mouly) ou de dénonciation. Si l'accord prévoyant un durée plus courte est postérieur à la loi, il s'applique comme le contrat.
- durée supérieure : ici tout dépend. Si l'accord ultérieur ne peut prévoir une durée moins favorable, l'accord collectif prévoyant une durée plus longue est maintenu !

On est donc, comme le dit Monsieur Mouly, en présence d'un principe de faveur inversé que est mis en œuvre puisque, pour chaque opposition de normes, c'est toujours la moins favorable au salarié qui s'applique.

Autrement dit l'ordre public relatif à la durée des nouvelles périodes d'essai est au moins, pour partie, un ordre public « dérogeable » (cf. sur ce point la doctrine citée par J. Mouly, F. Canut, L'ordre public en droit du travail, LGDJ 2007 n° 490 et svts ; F. Bocquillon, Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail, Dalloz 2005 Chron. 803).

On rappelle que l'ordre public au sens du droit du travail, principe général du droit du travail, n'a pas la portée d'un principe constitutionnel.

Si on considère une convention collective antérieure, prévoyant pour un cadre une période de six mois avec renouvellement, on pourra concevoir un essai d'une durée totale de un an après la loi nouvelle. C'est un véritable CNE diront

certain... D'ailleurs, pour Madame BONNECHERE, le but comme le résultat de la loi ne font aucun doute : « faire durer la période d'essai, ce que réalise la loi en liquidant les acquis conventionnels ».

II – LA RUPTURE DE L'ESSAI

Il y a une question de forme qui n'est d'ailleurs peut être pas seulement une question de forme qui est le délai de prévenance (A) et la question de fond qui est le maintien d'une cause pour la rupture, cause qui n'a pas besoin d'être exprimée ; c'est la question de dispense de motivation de la rupture (B).

A – Le délai de prévenance

1.

Le mot évoque le tact plus que le droit. Ce genre de délai de prévenance se multiplie dans le droit du travail (cf. par exemple les usages, cdd à objet défini). Il se situe dans la ligne du droit à l'information. Prévenir, c'est d'abord informer. Si on n'est pas obligé de dire pourquoi on rompt, il faut au moins prévenir qu'on va le faire.

On peut concevoir qu'il ne faille toujours pas motiver la décision de mettre fin à la période d'essai. On pourrait aussi concevoir une motivation.

La période d'essai n'a pas besoin, quant à elle d'être motivée. La prévenance apparaît ainsi là où la motivation n'est pas exigible, comme un diminutif de cette motivation. Par exemple, la dénonciation des usages qui n'a pas besoin d'être motivée, (mais ne peut pas l'être par des raisons illicites !) nécessite un délai de prévenance.

Les délais sont fixés par les articles L 1221-25 du Code du travail, et L 1221-26.

Article L 121-25 :

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

1° Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence ;

2° Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;

3° Deux semaines après un mois de présence ;

4° Un mois après trois mois de présence.

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

Article L 1221-26 :

« 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. »

Autrement dit :

quand c'est l'employeur qui rompt :

- 24 heures si le contrat est inférieur à 8 jours de présence,
- 48 heures s'il est rompu entre 8 jours et un mois,
- deux semaines après un mois de présence,
- un mois après trois mois de présence

quand c'est le salarié qui met fin au contrat :

- 24 heures si le salarié est dans l'entreprise depuis moins de 8 jours,
- 48 heures au delà.

2.

La loi ne dit rien sur le point de départ de ce délai de prévenance qui s'inspire de dispositions d'un certain nombre de conventions collectives existantes.

Elle ne dit pas si le point de départ c'est l'envoi ou la réception de la lettre mettant fin à l'essai. Pour Monsieur A. Mazeaud (Dt soc. 2008 p. 630) « la date

de réception s'impose, c'est à dire le jour où le salarié (ou l'employeur) est prévenu ».

On sait que s'agissant de la date de rupture de l'essai, la Cour de Cassation considère que lorsque la rupture est notifiée par lettre recommandée, la rupture date du jour où l'employeur a manifesté sa volonté de mettre fin au contrat, c'est à dire le jour d'envoi de la lettre RAR, peu important que cette lettre ait été reçue après l'expiration de la période d'essai, comme il fut un temps (Cass. Soc. 11 mai 2005 n° 03-40650 et 26 sept. 2006 n° 05-44670).

Donc, la question se pose et reste posée : date de réception comme le point de départ du préavis, ou date d'envoi comme la date de rupture de l'essai ?

En tout cas, les textes précisent que la durée de ce délai ne pourra pas prolonger la période d'essai, renouvellement compris.

Que signifie cette disposition prévue par l'article L 1221-25 du Code du travail ?

Cela ne semble pas impliquer que le délai de prévenance doive nécessairement prendre fin avant la fin de la période d'essai car sinon, cette disposition n'aurait aucun intérêt. C'est un texte qui conforte plutôt la jurisprudence antérieure qui prévoyait que lorsque la convention collective ne dit pas que délai de prévenance doit s'insérer dans la période d'essai et prendre fin avant le terme de celle-ci, le non respect de ce délai par l'employeur n'a pas pour effet de rendre le contrat définitif. La seule sanction serait une indemnité qu'on pourrait appeler de prévenance (Cass. Soc. 15 mars 1995, 29 juin 1999).

Il est évident qu'aucune activité ne doit être demandée au salarié, en cas de dépassement de la période de prévenance sur la période d'essai, même si le texte

induit que cette situation peut exister. La poursuite des relations de travail après la période d'essai implique, on le sait, un caractère « définitif » du contrat à durée indéterminée.

3.

Mais si la convention collective prévoit *que le délai de prévenance doit s'insérer dans cette période d'essai, est-ce que le non respect par l'employeur de ce délai rend ce contrat définitif ?*

Il ne le semble pas. Les termes de l'article précité (L 1221-25) sont trop catégoriques, et semblent précisément destinés à éviter ce type de contentieux.

4.

La question de l'articulation de la loi avec la convention collective est également posée à propos du délai de prévenance conventionnel qui serait supérieur au délai légal. Il n'existe pas d'argument permettant, nous semble-t-il, d'écarter ici le principe de faveur. Il y a donc lieu, à notre sens, de faire jouer le délai conventionnel plus intéressant pour le salarié.

De toute façon, aucune sanction n'est prévue pour la violation de ce délai.

Est-ce à dire qu'il n'y en a pas ?

La jurisprudence décidera. Il faudra de toute façon prouver le préjudice. Sauf à ce que la jurisprudence dise ultérieurement que la violation de ce délai cause nécessairement un préjudice...

5.

La forme de la prévenance.

Le salarié, dit le texte, « est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à... » (art. L 1221-25)

Est prévenu : on ne dit pas par lettre. Autrement dit, la prévenance n'est pas nécessairement écrite si l'essai, quant à lui est nécessairement stipulé dans le contrat. La loi nouvelle n'apporte sur ce point aucune précision. Il faut donc se référer à la jurisprudence. Dans un arrêt du 9 décembre 1998 (n° 97-42858) la Cour de Cassation avait estimé que la rupture de l'essai n'était pas soumise à un formalisme particulier et pouvait donc intervenir oralement.

Dans un arrêt du 5 décembre 2001, en revanche, la chambre sociale a infléchi sa position : si la décision de l'employeur de mettre fin à l'essai n'est soumise, dit-elle a aucun formalisme, sauf dispositions contractuelles ou convention collective contraires, cette décision ne peut cependant pas revêtir la forme d'une déclaration orale en présence de salarié de l'entreprise (n° 99-45758).

Alors, on se demande quelle autre forme que l'écrit ? Le dessin ? le sémaphore ? la parole, nous dit-on, mais pas en présence des autres salariés. Mais alors, la preuve ? la parole en présence d'un huissier de justice ? quelle lourdeur dans ce cas !

B – La dispense de motivation de la rupture

La rupture n'a toujours pas besoin d'être motivée. Puisque la loi qui nous occupe est qualifiée par certains d'historique, on aurait pu concevoir qu'elle aille plus loin. Mais flexibilité oblige !

Dans le contexte de cette montée en puissance, dans le droit des contrats, du droit aux explications, variante du droit à l'information accommodé à la sauce du principe de cohérence, on aurait pu concevoir la nécessité d'un motif valable exprimé pour rompre l'essai. Après tout, même en droit civil, l'obligation de motiver connaît un regain de puissance après les travaux de Xavier Lagarde (la motivation des actes juridiques, LGDJ 2000, et de Muriel Fabre-Magnan, l'obligation de motivation en droit des contrats, Etudes Ghestin, LGDJ 2001 p. 301). Ce mouvement qui « gagne la matière contractuelle » (Thierry Revet – Revue des contrats, 1^{er} avril 2004 p. 579) s'inscrit dans le contexte d'une aspiration à la rationalisation des comportements. C'est le pouvoir qui requiert l'énoncé des motifs qui fonde une décision (Xavier Lagarde, ouvrage précité p. 79).

Pour l'heure, le contrat de travail donnant naissance à une situation de subordination, la motivation est promise à un bel avenir en droit du travail (F. Gaudu, Revue des contrats p. 566 et svtes).

Ce n'est pas le cas. La finalité de l'essai exprimée dans la loi est, certes, un diminutif de cette exigence, mais qui servira essentiellement au juge. A vérifier que c'est bien pour un motif inhérent à la personne du salarié et en particulier à sa compétence que l'essai est rompu.

La dispense de motivation n'exclut pas en effet la nécessité d'une cause qui, pour n'en être pas exprimée, ne saurait être illicite.

Les textes donnent –ce qu'ils ne faisaient pas jusqu'à présent- la finalité de l'essai, ainsi que nous l'avons relevé plus haut : c'est la compétence du salarié qui doit être notamment en cause lorsqu'on rompt l'essai.

Est-ce qu'on assiste ici encore, à une objectivation de la relation de travail ?

Un peu comme on a assisté dans le cours d'exécution du contrat à durée indéterminée et à propos de sa rupture, à la suppression de la perte de confiance. Comme le dit Madame Michèle Bonnechère (Dt Soc. sept-oct 2008 p. 933 et svtes, et spéc. p. 938), « *la notion de compétence, associée à l'expérience, renvoie à une appréciation concrète et diversifiée de la capacité du salarié à réaliser un travail, assumer une responsabilité, accomplir une tâche, en fonction de son niveau de qualification* ». quand on compare cette interprétation ainsi que le texte de loi à un arrêt de la Cour d'appel de Paris (23 nov. 1990, Dalloz 1992 p. 101), la différence peut paraître sensible : dans cette décision, la Cour d'appel disait que :

« L'objet de la période d'essai est de permettre aux parties de se familiariser l'une à l'autre, de donner à l'employeur les moyens de vérifier aussi bien les compétences du salarié que son expérience et ses facultés d'adaptation à un milieu professionnel nouveau pour lui, d'aider le salarié à assimiler les méthodes de travail et l'esprit de l'entreprise, à se situer par rapport à ses collègues, à accepter l'autorité de ses supérieurs hiérarchiques ».

Est-ce que le nouveau texte incitera les juges à une appréciation plus objective du motif de rupture dans le cadre du contrôle de l'abus, en l'état de la rédaction de l'article L 1221-20 (la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience...)?

Se pose alors la question du maintien de la jurisprudence antérieure à propos de la rupture de l'essai pour raison disciplinaire ou économique. Il n'y a pas véritablement de raison que les choses changent. Autrement dit, la jurisprudence selon laquelle l'employeur doit respecter la procédure disciplinaire (Cass. Soc. 10 mars 2004, Dt soc. 2004, p. 733, chroniques Dubertret, Dalloz 2004, somm. 2189, obs. B. Géniaut) resterait d'actualité.

Les auteurs sont, pour la plupart, favorables à l'application du contrôle par le juge du bien fondé de la rupture disciplinaire de l'essai (B. Géniaut, Art. précité ; J. Mouly, La résiliation de l'essai fondée sur un motif étranger à ses résultats, Dt Soc. 2005 p. 614 et spéc. p. 618).

Comme le souligne Madame Bonnechere, la question principale actuellement est celle de la rupture pour un motif économique.

La période de consolidation n'a pas été retenue par le texte. Selon Madame Bonnechere (Dt Soc. 2008 p. 940) « *il faut raisonner sur le terrain de la finalité* ». La définition légale de l'essai, comme l'arrêt du 20 novembre 2007, vont dans le sens de l'exclusion d'une rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié. La situation est paradoxale ainsi que le relève d'autres auteurs (J. Mouly ; cf. également Madame Corrignan-Carsin, JCP 2008 n° 10005 : l'essai donnerait une garantie d'emploi au salarié à l'essai qui empêcherait la mise en œuvre du pouvoir de direction économique...

Suivant Madame Bonnechere, le salarié se verrait reconnaître non pas une garantie d'emploi, mais le droit de poursuivre l'essai. Mais pour aller où ?

Un certain nombre de questions, on le voit, restent posées. Il y a place pour la jurisprudence, même si l'un des objectifs de la loi de modernisation du marché du travail a été « d'assécher le contentieux » (A. Lyon-Caen).

Alain CHIREZ
Professeur à l'Université de Polynésie Française
Avocat au Barreau de Grasse