

## **Période d'essai : quoi de neuf ?**

06/11/2018



Chaque mois, Avosial publie une chronique pour actuEL-RH. Ce mois-ci, Stéfanie Oudard, avocate au sein du cabinet SEA Avocats, revient sur trois décisions récentes rendues par la Cour de cassation sur la période d'essai. Elle en précise les contours, invitant les employeurs à faire preuve de modération dans son utilisation

## **Atouts de la période d'essai**

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail et au salarié de vérifier que les fonctions occupées correspondent à ses attentes (1). Elle présente de nombreux avantages pour les entreprises puisque, en dépit de l'existence d'entretiens préalables à l'embauche permettant de vérifier et comparer les capacités de plusieurs candidats à un même poste, l'employeur n'est jamais à l'abri d'un "mauvais" recrutement. Grâce à la période d'essai, il est possible d'embaucher un candidat pour une durée indéterminée, tout en conservant la possibilité de tester ses compétences au cours d'une période plus au moins longue.

Flexible, la période d'essai autorise également une rupture qui échappe aux règles du droit du licenciement : les délais et formalités inhérents au licenciement ne s'appliquent pas, la décision n'a pas à être motivée, aucune indemnisation n'est due en cas de rupture. Le 12 septembre dernier, la Cour de cassation a ainsi affirmé que l'indemnité de préavis n'avait pas à être versée, y compris en cas de rupture fondée sur un motif discriminatoire (2). Contrairement à ce qu'ils avaient précédemment jugé dans un arrêt du 16 février 2005 (3), les magistrats ont cette fois exclu l'application des conséquences indemnitaires du licenciement discriminatoire à la rupture de la période d'essai. Cette solution, conforme à l'article L. 1231-1 du code du travail qui exclut la période d'essai du champ des dispositions relatives à la rupture du contrat de travail, ne prive cependant pas le salarié de demander des dommages et intérêts en réparation de son préjudice.

Compte tenu des atouts qu'elle présente, il peut être tentant d'utiliser la période d'essai comme alternative au contrat de travail à durée déterminée, sans avoir à justifier d'un cas de recours ni à verser de prime de précarité. C'est pourquoi les juges sont particulièrement vigilants sur la mise en œuvre de la période d'essai et, notamment, sur les conditions de son renouvellement.

## **Renouvellement de la période d'essai**

Le renouvellement de la période d'essai est soumis au respect de trois conditions :

- la possibilité du renouvellement doit être prévue par un accord de branche ;
- prévue par le contrat de travail ;
- et le salarié doit donner son accord exprès au renouvellement.

Depuis plusieurs années, la jurisprudence s'immisce dans la mise en œuvre du

renouvellement de la période d'essai en contrôlant strictement son régime et en sanctionnant les détournements. Ainsi, et bien que cette exigence ne résulte pas des dispositions du code du travail, la Cour de cassation juge de manière constante que la simple signature par le salarié d'un document prévoyant que sa période d'essai est renouvelée ne suffit pas à matérialiser son accord exprès au renouvellement.

Dans ces conditions, les employeurs ont pris l'habitude de ne plus se contenter de faire dater et signer au salarié la lettre de renouvellement. Ils exigent désormais que celui-ci y appose une mention manuscrite du type : "lu et approuvé, bon pour acceptation expresse du renouvellement de ma période d'essai".

Mais les juges n'en ont pas fini pour autant : c'est désormais sur le motif du renouvellement qu'ils font porter leur contrôle.

### **Motif du renouvellement de l'essai**

Le 27 juin 2018 (4), la Haute juridiction a estimé qu'en ne s'expliquant pas sur la nécessité de prolonger l'évaluation des compétences du salarié et en pratiquant le renouvellement systématique, l'employeur avait détourné la période d'essai de sa finalité. En conséquence, la rupture de l'essai a été requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et ce bien que le salarié ait expressément donné son accord au renouvellement.

Dans cette affaire, ce sont les preuves de l'existence d'une procédure de renouvellement automatique des périodes d'essai relevées par les juges du fond qui ont déterminé la décision des magistrats. La DRH avait ainsi indiqué par e-mail au supérieur hiérarchique du salarié concerné : "Je vous confirme qu'il ne s'agit que d'une procédure standard qui ne remet absolument pas en cause la qualité de vos collaborateurs, il s'agit uniquement de se donner une latitude de 6 mois, ce qui est un minimum pour un collaborateur cadre". Dans un autre e-mail, le dirigeant avait quant à lui précisé : "Nous avons dans le groupe une procédure qui est de renouveler comme vous le savez toutes les promesses d'embauche. Certaines arrivent à échéance et je vous en fait part".

Par ailleurs, la cour d'appel a constaté "qu'à une période concomitante ou proche, 7 salariés ont vu leur période d'essai renouvelée dans des termes identiques" et en a déduit que ces éléments caractérisaient l'existence d'une pratique de "systématisation du renouvellement des périodes d'essai".

Le renouvellement systématique de la période d'essai est la règle dans nombre d'entreprises. Dès l'embauche, il n'est pas rare que des salariés se voient préciser que leur période d'essai sera nécessairement renouvelée, sans qu'ils doivent s'en inquiéter particulièrement.

Sauf à prendre le risque d'une contestation du salarié, avec pour conséquence une requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et le paiement des indemnités y afférentes, le renouvellement de chaque période d'essai

doit désormais être justifié. Il suffit pour cela d'insérer dans la lettre de renouvellement une phrase du type "votre période d'essai est renouvelée pour une durée de [...] mois afin de nous permettre d'apprécier l'ensemble de vos qualités professionnelles sur le poste occupé, et notamment [...]".

Par un second arrêt du 27 juin 2018 (5), les juges ont rappelé qu'il suffit que le renouvellement d'une période d'essai ait pour but d'apprécier l'ensemble des compétences professionnelles du salarié pour qu'il soit justifié. Dans cette affaire, l'employeur s'était contenté d'invoquer la nécessité d'apprécier les compétences professionnelles, alors que la convention collective applicable prévoyait que la période d'essai ne pouvait être renouvelée qu'en cas de "nécessité technique". Le renouvellement a néanmoins été considéré comme valable, les juges ayant estimé que l'appréciation des compétences professionnelles caractérisait également la condition imposée par la convention collective.

La période d'essai doit donc être maniée avec précaution. D'autant que l'on observe un effet de vase communicant : l'assouplissement du régime du licenciement entraîne souvent un durcissement du contrôle opéré par les juges sur la période d'essai. Au vu de l'apport des ordonnances Macron au droit du licenciement, d'autres décisions relatives à la période d'essai ne manqueront certainement pas d'intervenir au cours des prochains mois.

*(1) Article L. 1221-20 du code du travail.*

*(2) Arrêt du 12 septembre 2018, n° 16-26.333*

*(3) Arrêt du 16 février 2005, n°02-43.402*

*(4) Arrêt du 27 juin 2018, n°16-28.515*

*(5) Arrêt du 27 juin 2018, n° 16-25.756*



✎ Stéphanie Oudard