



tripalium.com

POIYCOPIES DE COURS

ENGAGEMENT

La notion de contrat de travail n'apparaît pas mentionnée explicitement dans le code civil. Les art. 1779 et 1780 ne concernent que les contrats de louage et d'industrie. Ainsi, le contrat de travail n'est pour le code civil qu'un louage de service. C'est de plus un contrat synallagmatique : l'employeur s'engage à fournir travail et rémunération, le salarié une prestation de travail. On peut cependant considérer que le salarié ne se contente pas d'exécuter un service (que peut fournir tout travailleur indépendant), il se place aussi sous l'autorité de l'employeur. C'est cette *subordination* que retiendra la jurisprudence pour différencier le contrat de travail des contrats civils et commerciaux. Si la loi ne donne pas définition du contrat de travail, la jurisprudence met en évidence les trois éléments dans une définition communément admise : « *Le contrat de travail est un contrat par lequel une personne s'engage pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération.* » Contrat, le contrat de travail est un contrat obéissant aux règles de droit commun : consentement non vicié, capacité, cause, objet. Certains éléments (travail, salaire et surtout lien de subordination) sont nécessaires pour le qualifier de contrat de travail.

FORMATION DU CONTRAT

En principe, le contrat de travail n'est soumis à aucune condition de forme pour sa validité du moment où le consentement et l'objet sont valables. Le consentement doit être donné personnellement par celui qui s'oblige ce qui exclut tout contrat de travail lorsqu'une personne est mise à disposition par l'organisme qui l'occupe. Le consentement peut être tacite, ainsi un salarié qui a négligé de répondre à un lettre d'embauche mais s'est présenté au travail au jour dit a tacitement accepté le contrat de travail. Le consentement ne doit pas être vicié par erreur, violence ou dol. L'erreur doit avoir porté sur un élément déterminant lors de la conclusion du contrat de travail. L'erreur sur les qualités de la personne peut entraîner la nullité du contrat de travail. Par dol, il faut entendre une tromperie, une manoeuvre effectuée ou le silence gardé dans le but d'atteindre un certain résultat.

Capacité à contracter

Pour que le contrat soit valide, chaque partie doit être capable de contracter dans le respect de la législation qui lui est propre

Travail des mineurs

Pour les mineurs, une limite d'âge est imposée pour pouvoir travailler : 14 à 16 ans pour des travaux légers pendant les périodes de vacances scolaires comportant au moins quatorze jours sous réserve de bénéficier d'un repos continu d'une durée au moins égale à la moitié de la durée totale des dites vacances. Une demande par écrit doit être faite à l'Inspection du Travail 15 jours avant l'engagement, l'accord écrit et signé du représentant légal est nécessaire. 15 ans pour le contrat d'apprentissage (14 ans pour le préapprentissage)

Aucune limite d'âge ne saurait s'appliquer aux établissements où sont exclusivement employés les membres de la famille sous l'autorité du représentant légal. 16 ans en règle générale, 18 ans dans les mines, les transports routiers de marchandises (véhicules dont le poids total autorisé en charge dépasse pas 7,5 tonnes, 21 ans si le véhicule dépasse 7,5 tonnes). Un mineur non émancipé ne peut travailler sans l'autorisation tacite de son représentant légal.

Un mineur émancipé peut librement travailler comme salarié ou embaucher comme employeur. Des modalités

spécifiques sont prévues par la loi 90-603 du 12 juillet 1990 sur le statut des enfants employés dans le spectacle, les professions ambulantes, la mode ou la publicité comme mannequins art. L.211-6 du code du travail. Sont interdits : les travaux de manutention ou de manipulation particulièrement dangereux ; l'emploi aux étalages extérieurs des magasins et boutiques ; les emplois peu compatibles avec les bonnes mœurs et la décence publique; l'emploi dans les débits de boisson à l'exception des personnes de la famille .

Travail des femmes la nuit

Certains emplois étaient interdits, dans un souci de protection, aux femmes. Il s'agissait des emplois dans les travaux souterrains des mines, de l'emploi des femmes enceintes pendant une période de huit semaines avant et après leur accouchement (six semaines au moins après l'accouchement). Suscitant une longue polémique, l'*art. L 213-1 du code du travail interdisait le travail de nuit des femmes entre 22h et 5h.*

Dans un arrêt du 25 juillet 1991, la CJCE a décidé que cette disposition contrevenait à la directive européenne du 9 février 1976 qui impose que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions de travail, sans discrimination fondée sur le sexe. A cet effet, les Etats membres étaient tenus de prendre les mesures nécessaires afin que les obligations contraires au principe de l'égalité de traitement soient supprimées ou révisées.

Le gouvernement, pour faire prévaloir cette directive, a donc dénoncé la convention internationale du travail n°89 de l'O.I.T. interdisant le travail de nuit des femmes sans modifier le code du travail.

En réponse à une requête déposée par la Commission des communautés, la CJCE par un arrêt rendu le 13 mars 1997, a jugé que la République française manquait aux obligations qui lui incombait en vertu de l'article 5 de la directive 76/1207/CEE du 9-2-76 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, en maintenant dans le Code du travail l'article L. 213-1 relatif à l'interdiction du travail de nuit des femmes.

En effet, la CJCE avait dit pour droit, dans un précédent arrêt du 25 juillet 1991, que l'article 5 de la directive de 1976 était suffisamment précis et clair pour créer à la charge des Etats membres l'obligation de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes alors qu'il n'existait aucune interdiction du travail de nuit pour les hommes.

La CJCE rappelait que les dispositions d'une directive doivent être mise en œuvre avec une force contraignante incontestable. Elle estimait que, *par le maintien de l'article L. 213-1, la législation française est incompatible avec la directive européenne et par conséquent préconise l'abrogation de cet article pour rendre la législation française compatible avec l'article 5 de la directive 76/207/CEE.*

Le ministre du Travail en prenant acte de la décision de la CJCE a rappelé que cet article était déjà privé de tout effet juridique ; en effet, depuis l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991 qui jugeait l'interdiction du travail de nuit des femmes incompatible avec la directive de 1976, toute personne pouvait obtenir du juge national qu'il écarte l'application de cet article non conforme au droit communautaire. Alors que la Cour de justice européenne avait condamné en 1999 la France à verser une astreinte de 931.000 FF si au 30 novembre 2000, elle n'avait pas mis en conformité sa législation sur le travail de nuit, les députés ont adopté dans la nuit du 28 au 29 novembre un amendement , pour se mettre en conformité la directive européenne

Dispositif du travail de nuit

Le recours au travail de nuit est désormais autorisé pour les femmes comme pour les hommes mais doit être exceptionnel, il doit prendre en compte les impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale. Il doit être prévu par un accord collectif.

Tout travail entre 21 heures et 6 heures du matin est considéré comme un travail de nuit.

La durée quotidienne du travail effectué par un travailleur de nuit ne peut excéder 8 heures et la durée hebdomadaire ne peut dépasser 40 heures.

Les travailleurs de nuit bénéficient de contreparties sous forme de repos supplémentaire et, le cas échéant, de majoration de rémunération.

Un salarié ne peut-être licencié pour avoir refusé un travail de nuit si ce dernier est incompatible avec des obligations familiales ; pour les mêmes raisons un travailleur de nuit peut obtenir un poste de jour.

Les travailleurs de nuit bénéficient d'une surveillance médicale renforcée de la part de la médecine du travail.

Les salariées travaillant la nuit et se trouvant enceintes doivent, sur leur demande, être affectées à un poste de jour sans perte de rémunération.

Conditions de formation du contrat

Les conditions de formation du contrat de droit commun doivent être respectées.

L'objet du contrat réside dans la rémunération du travail pour l'employeur mais dans la fourniture du travail pour le salarié. La cause est l'activité déterminée dans le contrat. *Objet et cause* doivent être déterminés, possibles, et licites. Si l'une des conditions de formation (consentement non vicié, capacité, cause, objet) du contrat n'est pas remplie, ce contrat est nul et cesse de produire ses effets pour l'avenir. Si le contrat contient une clause illicite mais non déterminante pour la conclusion du contrat, seule la clause sera nulle. Ainsi, une clause de célibat n'annule pas le contrat mais est nulle de fait. Comme pour tout contrat (civil, commercial, etc.), le consentement des parties au contrat de travail ne doit pas avoir été vicié. Il a ainsi été jugé qu'un salarié, qui s'était faussement prévalu d'un DESS technique et pratique des relations économiques extérieures de l'université Paris I et d'une formation à l'École supérieure de commerce, ne pouvait pas considérer son contrat comme valide, ces allégations ayant eu un rôle déterminant pour la conclusion de son contrat de travail (cass. soc. 17 octobre 1995, n° 3790 D, Simon ci EURL École technique privée Loret et a.).

La forme du contrat est intimement liée à sa durée. L'écrit est obligatoire dans tous les contrats à l'exception du contrat de travail à durée indéterminée (contrat de droit commun) à temps plein pour lequel la forme écrite n'est pas obligatoire. Le contrat de travail conclu en France doit être rédigé en Français, même s'il est exécuté à l'étranger. Il ne peut contenir de terme étranger, ni d'expression étrangère. L'employeur qui ne respecte pas cette règle ne peut se prévaloir, à l'encontre du salarié auquel elle ferait grief, des clauses contractuelles rédigées dans une autre langue (toutefois, les contrats signés à l'étranger et exécutés totalement ou partiellement en France peuvent continuer d'être rédigés en langue étrangère). Si le salarié est étranger, une traduction est rédigée à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier. Le choix du traducteur appartient à l'employeur qui doit assumer le coût de la traduction. Le Conseil constitutionnel a censuré la disposition légale prévoyant que l'emploi d'une expression ou d'un terme étrangers ne sera possible que s'il n'existe pas une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française.

ELEMENTS DU CONTRAT DE TRAVAIL

Trois éléments sont mis en évidence par la Cour de cassation pour caractériser le contrat de travail : *le travail, le salaire, le lien de subordination*. Si le travail et le salaire ne nécessitent que peu de commentaires, le lien de subordination mérite des précisions. Le travail peut avoir pour objet les tâches les plus diverses, sa contrepartie le salaire peut être versée en nature ou en espèces. Cependant travail et « salaire » ne caractérisent pas le contrat de travail mais un autre type de contrat, contrat d'entreprise, contrat de mandat ou autre type de contrat. Pour qu'il y ait contrat de travail, il faut la présence d'un élément fondamental : le lien de subordination. Selon la Cour de Cassation, sont exclus du droit du travail les travailleurs indépendants, les artisans, les commerçants et professions libérales car ils n'effectuent pas de travail subordonné. Sont encore exclus les 5 millions de fonctionnaires et assimilés car ils sont couverts par un statut de droit public. Doivent par contre, être considérés comme salariés, les travailleurs pour lesquels la cour de cassation établit un *lien de subordination* en examinant un certain nombre d'éléments de faits provenant du comportement des parties, des conditions d'exécution du travail ou des conditions de rémunération du salarié.

Lien de subordination

Ce qui compte n'est pas la profession exercée, ni le contrat choisi, mais les conditions réelles de travail. Il n'y a pas des professions salariées et d'autres non salariées, mais des activités qui dans certaines conditions de fait se caractérisent par le salariat et dans d'autres conditions seront caractérisées comme non salariées. Certains comportements laissent présumer l'existence d'un contrat de travail : signature d'un contrat de travail; déclaration d'assujettissement au Régime Général de Sécurité sociale; paiement des cotisations Sécurité sociale; référence expresse à une convention collective; délivrance de bulletin de paie; certificat de travail. Ces indices n'ont qu'une valeur probante relative. Seules la *constance*, la *régularité*, la *soumission aux ordres* peuvent traduire une *réelle subordination juridique* et donc l'existence de contrat de travail.

Des intervenants ou formateurs chargés de dispenser un enseignement pratique, des rédacteurs de cours par correspondance et correcteurs de copies peuvent-ils recevoir des rémunérations qualifiées d'honoraires ?

Les intervenants et formateurs dispensant leurs cours dans le cadre d'un programme imposé et sous le contrôle d'un directeur pédagogique, à des élèves qui ne sont pas les leurs, dans des locaux et selon des

horaires déterminés par l'association, moyennant une rémunération forfaitaire versée par celle-ci se trouvent dans une situation de subordination par rapport à l'association qui exerce les prérogatives de l'employeur. Les rédacteurs et correcteurs accomplissant la tâche qui leur est demandée dans un délai qu'il leur faut respecter sur des thèmes qui leurs sont imposés par l'Institut dont ils utilisent le papier à en-tête, la rémunération forfaitaire étant préalablement fixée, exercent leur activité non pour leur propre compte mais pour celui de la société qui est leur employeur. Intervenants, formateurs, rédacteurs, correcteurs travaillant dans ces conditions sont donc des salariés et ne peuvent recevoir d'honoraires. Cass.soc. 7 juillet 1994, n° 3187 D

Est considéré comme salarié le travailleur exécutant son travail en un *lieu donné*, selon des *horaires précis*, même si le travail est irrégulier. La présomption de travail salarié sera confortée par *l'origine de la fourniture des matières premières*, si la fourniture des matières premières et de *l'outillage* est effectuée par l'employeur il y a indice de travail salarié. On examine encore la *direction et le contrôle effectif du travail*, ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 7/11/77 a pu décider que les avocats collaborateurs d'un cabinet important avaient toutes les caractéristiques habituelles du lien de subordination juridique... que l'avocat avait l'obligation de rendre compte de son travail que le travail s'opérait sous la direction et le contrôle effectif des membres de l'association. Cet arrêt a été dorénavant conforté par la loi du 31 décembre 1990.

Suffit-il de travailler au sein d'un service organisé pour être salarié ?

Le travail au sein d'un service organisé ne constitue qu'un *indice du lien de subordination*; Lorsque un salarié n'est pas *astreint* à des *horaires* et à des *journées précises de travail*, qu'il ne *rend pas des comptes à la société sur sa mission*, il n'y a pas de lien de subordination. (Cassation, chambre sociale, 27 mars 1997, n° 1499 D.)

Le contrat de travail implique nécessairement une rémunération. Celle-ci est normalement en argent en fonction du temps. Mais elle peut être en nature ou versée éventuellement par d'autres que l'employeur (pourboires) ou encore en fonction du travail : rémunération à la pièce ou à la tâche. La jurisprudence n'a pas de position de principe : elle examine concrètement la situation des parties, la subordination juridique, l'activité profitable (à qui ? employeur ou salarié) et statue avec, semble-t-il, la volonté d'étendre chaque fois que possible la condition salariale en raison même des protections et avantages qu'elle entraîne. Seule la participation aux pertes exclut qu'il y ait salariat.

Une société et ses filiales font appel pour le transport rapide de colis, à des artisans (chauffeurs de taxis ou ambulanciers) ou à des commerçants (loueurs de véhicules) qualifiés de sous traitants. Ces sous-traitants compte tenu de leurs conditions de travail peuvent-ils être considérés comme des salariés ?

Des caisses primaires d'assurance - maladie ont, compte tenu des conditions d'activité de ces entrepreneurs indépendants, décidé de les assujettir au régime général de sécurité sociale en tant que salariés. La cour de cassation confirme le bien fondé de ces décisions d'assujettissement en rappelant le critère de la véritable sous-traitance : le sous traitant doit garder suffisamment d'indépendance vis à vis de l'entrepreneur principal pour que les obligations qui pèsent sur lui ne soient pas constitutives d'un lien de subordination. Dans cette affaire, la cour de cassation constate que l'indépendance des entrepreneurs individuels n'est pas assurée :

ils perçoivent une rémunération fixe et régulière, versée mensuellement en fonction du taux kilométrique

ils sont soumis à des sujétions nombreuses et importantes : horaires, itinéraire, présentation extérieure du véhicule ;ils sont liés à la société principale par une clause d'exclusivité.

La charge de la preuve du lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail incombe à celui qui se prévaut d'un tel contrat. Aussi, c'est à tort qu'une Cour d'appel a retenu, pour caractériser l'existence d'un contrat de travail, qu'il appartenait à celui qui prétend que le lien de subordination n'existe pas, ou a cessé d'exister, d'en rapporter la preuve. (Cassation, chambre sociale, 17juillet1996 n° 3371 B.)

Le lien de subordination critère de requalification de contrats voisins

Contrat de société

A la différence du contrat de société où tous les associés participent à la gestion des affaires sociales et se trouvent de ce fait sur un plan d'égalité, il n'y a aucune égalité entre l'employeur et le salarié dans le contrat

de travail. Il appartient à celui qui se prévaut du contrat de travail d'en apporter la preuve. A défaut, il est possible d'envisager de négocier à l'avance une indemnité de départ ou une assurance perte d'emploi auprès de la garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise ou auprès de l'Association pour la protection des patrons indépendants.

Le gérant salarié rassemble sur sa tête la double qualité de travailleur salarié et de travailleur non salarié dans la même entreprise. Le cumul n'étant pas proscrit, des conditions de régularité sont exigées :

1. le contrat de travail ne doit pas être fictif. Le dirigeant doit être en état de subordination à l'égard de la société. Le lien de subordination suppose l'exercice d'un contrôle sur les décisions prises (difficile pour un gérant de Sarl).
2. des fonctions précises spécialisées et distinctes du mandat social sont exigées Un directeur technique ou un directeur commercial peuvent être titulaire d'un véritable contrat de travail se cumulant avec un mandat social (Cass.soc. du 16 octobre 1980)
3. des indices matériels prouvant que le gérant exécute les fonctions techniques précisées dans son contrat.
4. une rémunération séparée (salaire aligné sur la convention collective, retenues en cas d'absence)

Un salarié peut accéder au poste d'administrateur sans condition d'antériorité (loi du 11 février 1994). Les membres du conseil de surveillance peuvent aussi bénéficier d'un contrat de travail. Cependant le nombre des administrateurs ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction. Ainsi un salarié (associé minoritaire), dont le contrat de travail est antérieur de longue date à sa nomination en qualité de président du conseil d'administration, qui continue à exercer ses anciennes fonctions techniques rémunérées sous les ordres de la société bénéficie bien d'un contrat de travail (Cass.soc. 6 octobre 1993, N°3197 P.) Inversement pour le salarié (directeur commercial) nommé directeur général unique d'une société qui n'établit pas l'existence d'un contrat de travail ni l'existence d'une activité subordonnée (CA Versailles, 15^{ème} ch., 16 mars 1993, S.A Neuf industrie). *La révocation du mandat social d'un salarié n'empêche pas son licenciement pour les mêmes faits. En effet, il n'y a pas de double sanction puisque la révocation ne constitue pas une sanction disciplinaire.*

Convention de mandat

A la différence du contrat de mandat ou le mandataire s'engage à accomplir des actes juridiques pour le compte du mandant, le salarié s'engage à accomplir des actes matériels. De plus même si le mandataire doit respecter les ordres du mandant, le lien de subordination n'est pas marqué car le mandataire n'est pas sous l'autorité du mandant pour la conduite générale de ses affaires. Des négociateurs travaillaient pour une agence immobilière, en vertu d'un contrat de mandat. Ils étaient inscrits au registre spécial des agents commerciaux, affiliés à la sécurité sociale comme travailleurs indépendants et traités comme tels par les services fiscaux. La cour d'appel avait dit qu'ils n'avaient pas la qualité de salariés. Elle est désavouée par la Cour de cassation à partir d'une analyse des données de fait : ils travaillaient dans le cadre d'un service organisé. (chambre sociale de la cour de cassation 19 janvier 1983. Bull .V N°22).

Par contrat du 1^{er} juin 1993, intitulé « contrat de location d'un véhicule équipé taxi », la société B. taxi a donné en location un véhicule à M. L. pour une durée d'un mois, renouvelable par tacite reconduction, moyennant le paiement d'une somme qualifiée de « redevance ». B. taxi résilie le contrat, M. L. saisit le conseil de prud'hommes pour faire juger qu'il avait la qualité de salarié de la société B taxi et pour obtenir le paiement des indemnités liées à la rupture du contrat de travail . M.L, chauffeur de taxi, était-il salarié ?

Les prud'hommes étaient-ils compétents ? M. L ne reçoit pas d'instructions du loueur notamment quant à la clientèle à prendre en charge ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires ; M.L ne fait pas état de l'exercice d'un pouvoir de direction ou disciplinaire ; M.L ne justifie que d'une dépendance économique résultant du coût de la redevance, qui implique une quantité de travail importante pour lui procurer une certaine rémunération. M.L dépendant économiquement est-il salarié ? un lien de subordination économique est-il suffisant pour opérer une requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail ? Oui, répond la cour de cassation (Arrêt n°5371 Pourvoi n°98-40.572) «*Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le « locataire » dans un état de subordination à l'égard du « loueur » et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un « véhicule taxi », était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »*

Une salariée, vendeuse devenue gérante, qui ne détient aucune part du capital de la société et qui ne dispose d'aucune autonomie (elle est placée sous l'autorité et le contrôle des deux associés), est restée subordonnée. Son contrat de travail antérieur à sa désignation en qualité de gérante de la société s'est donc poursuivi au sein

de celle-ci jusqu'à la rupture des relations salariales décidée par l'assemblée générale extraordinaire des associés. (Cass. soc., 14 mai 1998, no 96-40.693 P.)

Convention de stage

Corrigeant sa jurisprudence, après avoir admis que des stagiaires, non rémunérés, intégrés dans un service organisé et ayant exécuté les tâches normales d'un emploi dans l'entreprise sans bénéficier d'aucune formation bénéficient d'un contrat de travail depuis l'origine (Cass. soc. 27 octobre 1993, N° 3292 D.), la Haute cour admet *que l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à disqualifier une convention de stage en entreprise*. « Qu'en statuant ainsi, alors que l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage en entreprise et alors qu'elle n'a pas recherché si les conditions requises par la convention de stage en entreprise du 20 mai 12994 pour la réalisation du stage avaient été remplies et si, en conséquence, la convention avait reçu application, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». (Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-40.986 P+B).

Dans la mesure où les conditions d'accueil, de déroulement et de suivi du stage s'accomplissent conformément aux prévisions de la convention de stage dont le contenu minimum est fixé par l'article L. 920-1 lorsqu'il s'agit d'une convention de formation professionnelle, la participation du stagiaire à l'activité productive de l'entreprise ne peut être de nature à disqualifier la convention de stage .

L'objectif du stage est pédagogique en ceci qu'il vise à compléter une formation théorique par une expérience pratique en entreprise, dans le cadre de stages d'initiation ou d'application, obligatoires ou facultatifs.

Il n'existe pas de contrat de travail dès lors qu'il n'y a pas de prestation de travail effective ; le stagiaire n'est donc pas salarié. En conséquence, les obligations liées au contrat de travail ne s'appliquent . Les obligations sociales à la charge de l'entreprise seront différentes selon le caractère obligatoire ou non du stage :

Stage obligatoire :

Sera considéré comme obligatoire le stage qui fait partie intégrante de la scolarité et qui vise à valider l'obtention d'un diplôme et qui donne lieu à une convention de stage conclue entre l'établissement d'enseignement ou un organisme de formation, l'entreprise d'accueil et le stagiaire, deux conditions qui sont cumulatives. Dans le cadre du stage obligatoire, le stagiaire reste sous la dépendance et le contrôle de l'établissement d'enseignement. Les stagiaires qui effectuent un stage obligatoire bénéficient de la législation protectrice sur les accidents du travail.

Stage non obligatoire :

Dès lors que les conditions ci-dessus précisées ne seront pas remplies, le stage sera alors considéré comme non obligatoire. Il s'agit donc des stages hors cursus d'études ou des stages qui s'inscrivent dans une scolarité mais qui n'ont pas fait l'objet d'une convention .

Statut » du stagiaire :

Le stagiaire bénéficie des règles protectrices relatives à la durée du travail ainsi qu'au repos hebdomadaire prévues par le code du travail. Il doit se conformer aux horaires et règlement intérieur de l'entreprise d'accueil. Si le versement d'une gratification de stage reste facultative.

Dans un arrêt du 3 décembre 2002 , la Chambre criminelle confirme la condamnation d'un employeur pour l'exploitation de jeunes stagiaires (BTS avec convention de stage) dans une optique de profits à 4 mois d'emprisonnement et 50 000 francs d'amende .

A l'occasion de contrôles effectués , par l'inspection du travail, dans un hôtel-restaurant de Saint-Tropez, a été constatée la présence de trois élèves d'écoles hôtelières, préparant des brevets de technicien supérieur en hôtellerie, restauration et tourisme. Ces étudiants qui devaient accomplir un stage, en exécution d'une convention passée avec leur école, occupaient en fait un poste de travail. Le directeur de cet établissement, titulaire d'une délégation de pouvoir, est poursuivi pour obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non-rétribués ou insuffisamment rétribués et pour obstacle à l'accomplissement des fonctions d'un inspecteur du travail .

Pour l'employeur, la présence de ces étudiants s'explique : les élèves hôteliers sont tenus d'effectuer un stage, pour lequel ils sont notés, et qui font partie intégrante de leurs études. Leur rapport de stage doit nécessairement

mettre en valeur les aspects positifs de leur séjour dans l'entreprise.

Pour l'Inspecteur du travail, les stagiaires étaient placés dans un état de subordination juridique de totale dépendance : ils devaient impérativement rester à la réception de l'hôtel, puisque étant les seuls présents, et ce dans les plages horaires fixées par l'employeur dans des plannings communs au personnel salarié, et pour des durées de travail, supérieures à celles autorisées par les conventions de stage. De plus, les "stagiaires" ne bénéficiaient d'aucune indépendance dans l'organisation de leur travail, dans la mesure où ils ne pouvaient quitter leur poste de travail tenu de fait par eux en l'absence de titulaire ou faute de personnel en nombre suffisant. Enfin suite à la visite des inspecteurs du travail le prévenu a dû procéder à l'embauche d'un veilleur de nuit, démontrant ainsi que les stagiaires occupaient bien un poste de travail ...

La Cour de cassation confirmant la cour d'appel estime que le délit d'obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non-rétribués ou insuffisamment rétribués, est caractérisé. : " *Que les juges ajoutent que le prévenu a abusé de cette situation en les affectant à la réception de l'hôtel, de 23 heures à 7 heures, 7 jours sur 7, pour une durée de travail hebdomadaire comprise entre 56 et 63 heures et pour une rémunération fixée à 1760 francs pour 190 heures ; Qu'ils en déduisent que cette rétribution est manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli ; Attendu qu'en prononçant ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction et répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont ils étaient saisis, les juges ont caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont ils ont déclaré le prévenu coupable ; ...* " D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ; "aux motifs que les infractions commises sont d'une gravité certaine, s'agissant de l'exploitation de jeunes stagiaires dans une optique de profits, qu'il apparaît dès lors équitable de condamner le prévenu pour les délits à 4 mois d'emprisonnement et 50 000 francs d'amende et d'ordonner l'affichage de la décision aux frais du condamné aux portes de l'établissement pendant deux mois " (Cass.soc., 3 décembre 2002, N° N° 02-81453)

PROBATION

Le postulant à un emploi peut se voir proposer un véritable parcours du combattant, pour être définitivement embauché en contrat à durée indéterminée. Ainsi, après s'être vu promettre une embauche, il peut subir un essai professionnel suivi d'un stage de formation et d'un essai.

Promesse d'embauche

La promesse d'embauche doit être distinguée des pourparlers. Constituent de simples pourparlers des projets d'embauche ne dépassant pas le stade de l'hypothèse ou encore une lettre acceptant le principe d'une candidature d'une personne.

Dès que l'on peut constater l'accord des parties sur les conditions essentielles du contrat de travail (emploi, rémunération, fonctions, qualification) il y a promesse d'embauche : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la lettre du 23 juillet 1996 de la société M. Loc précisait l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, qui n'a été suivie d'aucun début d'activité, constituait, même en l'absence de précision sur la rémunération, une promesse d'embauche ferme qui engageait la société M. Loc, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ((Cass. soc., 27 févr. 2002, no 00-41.787)

La promesse d'embauche a la valeur d'un contrat de travail. En présence d'une promesse l'employeur qui se rétracte se rend responsable d'un licenciement « *Et attendu qu'ayant relevé que, du fait de leur accord réciproque, les parties étaient liées par un contrat de travail, la cour d'appel a exactement décidé que même si son exécution n'avait pas commencé, la rupture de ce contrat, à l'initiative de l'employeur, caractérisait un licenciement* ». L'intéressé est donc en droit d'obtenir une indemnité de préavis et ce, même si le contrat n'a pas eu de début d'exécution, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et une indemnité de licenciement. (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 95-45.331)

La solution est similaire pour les contrats à durée déterminée. La Cour de cassation considère en effet que la rupture d'un CDD par l'employeur avant tout commencement d'exécution est régie par les règles de l'article L. 122-3-8 du Code du travail. Le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de dommages et intérêts pour rupture anticipée de son contrat « *Mais attendu que, dès lors qu'un contrat de travail à durée déterminée a été conclu, sa rupture à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas mentionnés à l'article L. 122-3.8, alinéa 1er, du Code du travail, 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, peut importer que l'exécution du contrat ait ou*

non commencé ; que la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; » (Cass. soc., 12 mars 2002, no 99-44.222).

Essai professionnel

Il convient de distinguer la période d'essai, partie intégrante d'un contrat de travail, généralement réglementée par la convention collective, et le test ou l'essai professionnel, préalable à toute embauche, de très courte durée, qui est constitué d'épreuves particulières permettant à l'employeur de se rendre compte de la qualification professionnelle d'un salarié et l'aptitude de ce dernier à occuper l'emploi qui est offert. L'essai professionnel se situe avant l'embauche, c'est une épreuve ou un examen de très courte durée permettant à l'employeur de vérifier la qualification professionnelle du postulant et son aptitude à occuper le poste demandé. Il n'y a pas de lien de subordination mais les sommes versées à cette occasion sont assujetties aux cotisations de sécurité sociale. Instrument de la sélection nécessaire à l'emploi à pourvoir, il peut faire l'objet d'une gratification qui dans cette hypothèse, est susceptible d'être soumis aux cotisations de sécurité sociale. Pour autant, cette situation ne place pas la personne sollicitée dans les conditions normales de l'emploi, même dans le cas où la nécessité de rendre l'essai pertinent peut conduire à faire évoluer la candidate au sein même de l'entreprise afin de restituer le cadre précis dans lequel s'effectuera la prestation demandée.

Un chauffeur auquel on demande, contre rémunération, de s'entraîner à ses futures fonctions (conduite d'un car scolaire sous la responsabilité du chauffeur permanent, quelques heures par jour, sans la présence d'élèves) effectuée un test professionnel. En conséquence, les relations contractuelles entre les parties n'ont débuté qu'après expiration de cette période de test (Cass. soc., 4 janv. 2000, no 97-41.154) . « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a constaté qu'il était établi que Mme Henry n'avait conduit un car de l'entreprise destiné au transport d'élèves que vide de passager, en présence du chauffeur habituel et ceci pendant quelques heures seulement au cours des mois de janvier et février 1992 ; qu'elle a pu décider que ces prestations, qui ont été rémunérées, constituaient un test professionnel et non une période de travail impliquant que l'intéressée soit placée dans des conditions normales d'emploi ; que les moyens ne sont pas fondés ; »*

Dans la mesure où l'essai professionnel est rémunéré l'accident survenu pendant cette période est considéré comme un accident du travail.

Remarque : Un employeur qui sollicite successivement plusieurs candidats à un poste de travail qui devait être libéré de façon temporaire, pour passer durant deux jours un essai professionnel de sélection au sein de l'entreprise ne peut être inculpé de travail dissimulé. En effet , pour les juges du fond, ce test préalable à toute embauche, distinct de la période d'essai, ne met pas en effet la personne dans les conditions normales de travail caractéristiques d'un contrat de travail (CA Pau, ch. crim., 19 févr. 2002, no 02-500).

Stage de formation

La période d'essai peut être précédée d'un stage de formation d'une durée suffisante pour former la personne au poste proposé (ou stage probatoire). Le candidat peut être astreint à suivre des conférences et subir des interrogations portant sur des connaissances théoriques. Dans ce cas la période d'essai ne court qu'à l'issue du stage. Ce stage de formation ne doit pas être détourné de son but (apport de connaissances théoriques) pour prolonger par un moyen détourné l'essai.

Quelle est la nature de ce stage ?

Si la période intitulée « stage » constitue en réalité une période d'essai, les règles du licenciement ne sont pas applicables ; mais si cette période ne constitue pas une période d'essai, alors les règles de licenciement s'appliquent aux parties et ce dès le début du contrat. Les juges recherchent la nature juridique de ces périodes probatoires malgré les termes employés par les textes les réglementant. Ainsi a été requalifiée en période d'essai, la période de stage imposée par le statut du personnel des industries électriques et gazières aux agents d'exploitation recrutés par EDF en vue de leur titularisation : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le stage d'un an auquel sont soumis, en application de l'article 4 du statut national du personnel des industries électriques et gazières, les agents d'exploitation stagiaires recrutés par EDF en vue de leur titularisation sur avis d'une commission consultative, constitue une période d'essai pendant laquelle les règles relatives au licenciement ne sont pas applicables, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »* (Cass. soc., 27 nov. 2002, no 00-46.453) .

Essai

La période d'essai ne se présume pas, elle doit être fixée dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié, (Cass. soc. 19 févr. 1997 n° 93-44.053, n°818 P). Ainsi, lorsqu'une convention collective prévoit pour un poste une période d'essai de 6 mois minimum et de 12 mois maximum, et que dans les conditions d'embauche le salarié n'avait pas approuvé l'annexe prévoyant une période probatoire d'un an, la rupture du

contrat intervenant après plus de 6 mois constitue un licenciement. (Cassation, chambre sociale, 19 février 1997, n° 818 P.)

Une salariée embauchée à l'essai (sans précision aucune sur sa durée dans son contrat de travail) est elle à l'essai , si la convention applicable prévoit 6 mois, qu'une lettre ultérieure à son embauche prévoit 1 an et qu'une mention relative à l'essai figure sur son bulletin de salaire ?

Une salariée avait sollicité un poste d'attachée de direction à l'essai, sans aucune précision sur la durée de cet essai. Or, cette dernière, selon les dispositions de la convention collective de travail applicable (échelon intermédiaire des services extérieurs de production des sociétés d'assurances), devait être de six mois au moins et d'un an au plus. La salariée fut engagée le 15 mai 1990. Dans une lettre ultérieure, précisant les conditions de son embauche, l'employeur avait prévu une période probatoire d'une durée d'un an. Clause qui ne fut jamais approuvée par la salariée. Le contrat de travail est rompu le 3 mai 1991, soit plus de six mois après l'embauche. L'employeur y voit une rupture d'essai, la salariée un licenciement. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, il s'agit d'un licenciement. La durée de la période d'essai, contrairement à ce que soutenait l'employeur, ne peut se déduire de la seule durée pendant laquelle il est fait mention de la qualité d'attachée d'inspection à l'essai sur les bulletins de paie. La période d'essai ne se présument pas, il est de loin préférable de la prévoir expressément par une clause du contrat de travail pour éviter tout contentieux.

La période d'essai peut résulter de la loi, du contrat ou de la convention collective. La loi n'impose pas la période d'essai mais peut préciser sa durée maximale (contrat à durée déterminée , contrat de travail temporaire, contrat d'apprentissage, VRP) ou la mentionner pour les règles concernant la démission ou le licenciement. L'art. L 122-4, al 2 précise que « *le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai* ».

Une période d'essai ne peut pas résulter d'un usage :« *Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt attaqué énonce qu'il est constant que l'usage dans la profession, laquelle relève de la vente, est de soumettre les salariés à une période d'essai dont la durée est au minimum d'un mois ; que la rupture a été prononcée durant le premier mois d'activité ;Qu'en statuant ainsi, alors qu'une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et ne peut être instituée par un usage, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » Cass. soc., 23 nov. 1999, no 97-43.022

A défaut de clause contractuelle ou d'intention commune des parties *le contrat de travail est réputé conclu sans essai*, le salarié est donc engagé de façon ferme et définitive dès le date convenue de prise d'effet du contrat de travail.

Une entreprise embauche une personne dans le cadre d'un contrat de qualification conclu pour une durée de 19 mois en vue d'une formation au métier d'attaché commercial. Le contrat comporte une période d'essai d'un mois, ce qui constitue la durée maximale autorisée par le Code du travail. Suivant une convention de formation du 5 octobre, le contrat devait commencer par une période de 6 semaines auprès de l'organisme de formation, suivie d'une autre période de 6 semaines au sein de l'entreprise, dans le cadre d'une alternance jusqu'au terme du contrat. Le 4 décembre, l'employeur estime que la période d'essai n'est pas expirée met fin au contrat de travail. La première période de formation de six semaines prévue et passée auprès de l'organisme de formation devait-elle être incluse dans la durée de l'essai ou au contraire ne pas être prise en compte comme le soutenait l'employeur?

La période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, même Si le salarié n'exerce pas immédiatement les fonctions pour lesquelles il a été embauché . Le fait que la relation contractuelle débute par la participation du salarié à un séminaire de formation n'autorise pas, pour autant, à différer le point de départ de l'essai. L'employeur a donc tout intérêt à faire débiter la relation contractuelle par une période dans l'entreprise avant de procéder à l'envoi en formation.

L'intention commune des parties peut être prouvée par tout moyen, ainsi en l'absence de lettre d'engagement, le fait qu'un projet de contrat prévoyait une période d'essai alors même que le contrat n'a pas été signé suffit à prouver l'intention de recourir à l'essai (Cass. Soc. ; 14 février 1980).

Peut-on imposer une nouvelle période d'essai à un salarié muté dans de nouvelles fonctions ?

Il n'est pas possible d'imposer au salarié une nouvelle période d'essai à l'occasion d'une mutation dans de nouvelles fonctions; que celle-ci soient décidées à titre disciplinaires ou dans le cadre d'une promotion (cass. soc. 17/ 02/93, n°693 P) . Tout au plus peut-on stipuler à cette occasion une période probatoire, avec possibilité de rétablissement dans la situation antérieure si cette période n'est pas

concluante. Cependant, la Cour de cassation admet que le nouveau contrat signé par un salarié suite à une promotion ou une mutation dans de nouvelles fonctions puisse prévoir l'essai (Cass. Soc. 17 mai 1982). Le salarié peut perdre ainsi le bénéfice de son ancienneté. Ainsi une période d'essai de 4 mois figurant dans le nouveau contrat d'un responsable technico-commercial six mois après son embauche comme responsable d'exploitation est valable.(Cass.soc. 13 novembre 1985). De même, une période d'essai peut être convenue si les qualités et les compétences que l'employeur était en droit d'exiger de son salarié dans le nouvel emploi étaient différentes de celles dont il avait pu faire preuve dans ses fonctions précédentes. (Cass.soc. 28 juin 1989, Desmottes c/CCE Banque de France, Recueil Dalloz Sirey 24 mai 1990 p 297) .

Plusieurs cas sont à envisager pour apprécier l'existence d'une période d'essai .

Existence de l'essai

1. Ni la convention, ni le contrat ne prévoient de période d'essai . Le salarié est embauché à titre définitif sous réserve de l'existence d'usages professionnels.

2. La convention prévoit (de façon impérative) une période d'essai mais le contrat n'en prévoit pas. La période d'essai prévue par la convention s'applique. En cas d'absence de contrat de travail écrit, l'employeur ne peut se prévaloir de l'existence d'une période d'essai que si celle-ci est instituée de façon obligatoire par la convention collective, si la disposition conventionnelle se suffit à elle-même et si le salarié a été informé de l'existence de cette convention au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance. (Cass. soc., 25 mars 1998 N° 96-40.496 P)

Un directeur commercial embauché en contrat à durée indéterminée le 2 janvier 1989 peut-il se voir signifier la rupture de l'essai le 28 février 1989 alors que son contrat de travail ne prévoit pas l'essai mais que la CCN applicable (charcuterie en gros ...) prévoit 3 mois d'essai ?

Lorsque le contrat de travail ne fait pas mention de l'essai, l'employeur ne peut se prévaloir de la période d'essai instituée de manière obligatoire par la convention collective que si le salarié a été informé , au moment de son engagement, de l'existence d'une convention collective et mis en demeure d'en prendre connaissance. Si le contrat de travail ne mentionne pas l'existence d'une période d'essai, l'employeur peut néanmoins se prévaloir de la période d'essai imposée par la convention collective à deux conditions : 1) que l'employeur ait mentionné la période d'essai dans le contrat de travail ou la lettre d'embauche; 2) que le salarié soit informé au moment de son embauche, de l'existence d'une convention et soit mis en demeure d'en prendre connaissance. Cass.soc. 29 mars 1995, n°1437

3. La convention envisage (éventualité) une période d'essai mais le contrat n'en prévoit pas. La période d'essai prévue par la convention ne s'applique pas.

Y a-t-il essai lorsque le contrat de travail ne prévoit pas de clause spécifique sur la période d'essai mais se contente de renvoyer à la convention ?

Il faut distinguer suivant selon que la convention collective prévoit ou impose une période d'essai. Si la convention ne fait que « prévoir » l'essai, il n'y a pas d'essai. Une salariée engagée à compter du 14 septembre 1987 pour une durée déterminée de 6 mois n'est pas à l'essai alors que son contrat de travail faisant référence à la convention collective de la presse hebdomadaire qui prévoit un mois d'essai pour les employés a été rompu le 25 septembre. Cass.soc. 11 janvier 1994, n°166 D. Si la convention collective impose l'essai alors que le contrat ne contient pas de clause contraire, la période d'essai s'impose même dans le silence du contrat. Cass.soc. 22 juin 1994 n°2943 P+BS

4. La convention prévoit une période d'essai, le contrat de travail la limite ou la supprime. La période d'essai s'applique (ou ne s'applique pas) suivant les conditions prévues par le contrat . Le contrat de travail ne peut contenir une disposition moins favorable que la convention collective. Lorsque celle-ci soumet le renouvellement de la période d'essai à l'accord du salarié, le contrat de travail ne peut établir des modalités de renouvellement de la période d'essai sans soumettre ce renouvellement à l'accord du salarié.(Cass. soc., 3 juin 1998, no 96-40.637 D.)

Un salarié embauché le 26 juin avec une période d'essai contractuelle de 2 mois est-il encore à l'essai, lors de la rupture intervenue le 26 juin, alors que la convention collective prévoit que la durée initiale de l'essai de l'essai ne peut excéder un mois avec une faculté de prolongation au terme ?

La période d'essai conventionnelle doit s'appliquer étant plus favorable au salarié dans ce cas de figure. L'essai ne sera que d'un mois et la rupture , le 26 juin, devra être qualifiée de licenciement. Cass.soc. 19 juillet 1994, n°3399

Puisque la période d'essai ne se présume pas, elle doit résulter d'un écrit (contrat ou convention). A défaut d'écrit peut-elle résulter d'un usage ?

Réponse : Non. ! Par un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation affirme désormais qu'une période

d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et ne peut plus désormais être instituée par un usage. « Qu'en statuant ainsi, alors qu'une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et ne peut être instituée par un usage, la cour d'appel a violé le texte susvisé » Arrêt no 4295 P Pourvoi no S 97-43.022 Godet c/ Sté Nectarys

Statut du salarié à l'essai

Pendant la période d'essai, le salarié a les mêmes droits que les autres salariés de l'entreprise . Il fera partie de l'effectif et pourra être électeur s'il est présent dans l'entreprise depuis trois mois au moins.

Une clause de non concurrence peut-elle jouer pendant l'essai ?

Lorsque les parties ont convenu, dans le contrat de travail , de faire jouer la clause de non concurrence tant pendant la période d'essai qu'après cette période, l'employeur qui interrompt le contrat durant la période d'essai est redevable de l'indemnité compensatrice de non concurrence. Cass.soc. 22 juin 1994, n°2904 .

Un salarié qui viole son obligation de non concurrence en s'engageant auprès d'une entreprise concurrente ne peut prétendre au paiement de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence alors même que son engagement n'a pas été confirmé à l'issue de la période d'essai. (Cassation, chambre sociale, 12février 1997, n° 696 D.)

Durée de l'essai

En pratique la durée de l'essai varie d'après les professions et les emplois : de quelques jours pour les ouvriers , à plusieurs mois pour les employés supérieurs. Un employeur ne peut se réserver la faculté de congédier sans préavis le salarié en fixant une période d'essai d'une durée excessive. La Chambre Sociale de la Cour de Cassation estime hors de proportion avec le temps nécessaire pour tester une employée de cette catégorie, les six mois d'essai imposés à une dactylo. (soc. 21/12/1977 - Bull, V, N° 727).

En dehors des contrats d'apprentissage, des contrats à durée déterminée et des contrats de travail temporaire la loi ne fixe une période d'essai maximale que pour les VRP (3 mois). Les conventions collectives peuvent prévoir des durées variant suivant les catégories professionnelles. On trouve souvent les durées suivantes: une ou deux semaines pour les ouvriers; *un mois* pour les employés; *deux mois* pour les techniciens et agents de maîtrise; *trois mois* pour les cadres ; *six mois* pour les cadres supérieurs. *La durée de la période d'essai fixée par le contrat de travail ne peut être supérieure à celle prévue par la convention collective.* Ainsi lorsqu'une convention collective prévoit une période d'essai de trois mois pour les cadres, l'employeur ne peut prolonger au-delà la durée de l'essai même si cette période comprenait la durée de réduction de l'activité de l'entreprise pour cause des congés du mois d'août. (Cassation, chambre sociale, 17juillet1996, n° 3382 P.)

Le point de départ de la période d'essai se situe *au jour où le salarié est engagé et rémunéré*, peu importe qu'il n'exerce pas immédiatement les fonctions prévues au contrat. *La période d'essai se situant au commencement de l'exécution du contrat de travail*, les parties ne pouvant renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement et ne peuvent, par la-même, convenir de différer le début de l'essai (Cass. soc., 25 févr. 1997, n0 93-44.923).

Un salarié embauché en qualité de directeur de magasin, avec une période d'essai de six mois, par contrat signé le 15 septembre 1987 avec prise d'effet au 4 janvier 1988 accepte de différer sa prise de fonction jusqu'au commencement de l'exploitation et, pendant cette période intermédiaire, de veiller au bon déroulement des travaux de construction du magasin. Le magasin ouvre ses portes le 15 février 1989, soit plus d'un an après le début de l'engagement, et le salarié se voit signifier la rupture de son contrat le 19juin 1989. Peut-il saisir la juridiction prud'homale en paiement d'indemnités de rupture et de dommages intérêts pour licenciement abusif ?

Oui . Pour la cour de cassation, les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement et ne peuvent, par la-même, convenir de différer le début de l'essai (Cass. soc., 25 févr. 1997, n° 93-44.923).

Elle finit le dernier jour (même férié, dimanche ou jour non travaillé) de la période d'essai. Si le contrat prévoit précisément ce dernier jour: le 10 mars par exemple pour une période d'essai courant du 10 janvier au 10 mars, l'employeur peut notifier le 10 mars la rupture de la période d'essai. Si le contrat est imprécis, la période d'essai est fixée à un mois par exemple, la fin de la période d'essai sera fixée au dernier jour du mois ou à la fin du trentième jour. Une période d'essai de 3 mois commençant le 3 septembre expire le 2 décembre à minuit, même si le 2 décembre correspond à un jour non travaillé dans l'entreprise. Si les parties ont toute liberté pour fixer la

durée de la période d'essai, elles doivent néanmoins respecter les limites prévues par les conventions collectives et les usages. La période d'essai ne saurait être excessive et inhabituelle pour l'emploi visé, l'essai peut cependant être prolongé ou renouvelé.

Prolongation de l'essai

L'essai peut être prolongé du temps de la période de congés annuels du salarié ; de congé pour événement familial ; d'arrêt maladie ou accidents du travail ; de fermeture annuelle de l'entreprise ; des jours fériés.

La prolongation est calculée au jour près et doit correspondre à la durée exacte de l'absence, dans la limite de l'essai restant à courir. Un salarié absent pour maladie trois semaines après un mois d'activité alors que sa période d'essai est de trois mois prolonge son essai de trois semaines. Par contre, s'il tombe malade une semaine avant le terme de l'essai, celui-ci ne sera prolongé que d'une semaine et non de trois.

La prolongation de l'essai doit-elle se calculer en jours calendaires ou en jours ouvrables ?

Un salarié embauché le 30 mars avec une période d'essai de six mois jusqu'au 30 septembre et ayant pris une semaine de congés payés en juillet doit-il voir prolonger son essai d'une semaine ou des quatre jours ouvrés correspondant à la période de vacances ? La prolongation doit correspondre sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires aux nombres de jours calendaires de la période d'absence (une semaine) et non pas au nombre de jours ouvrés ou ouvrables (quatre jours). La période d'essai doit se terminer le 7 octobre. Cass.soc. 31 mars 1994, n°1633 D.

Renouvellement de l'essai

Le renouvellement de la période d'essai ne peut résulter que d'un accord exprès des parties intervenu au cours de la période initiale. (Cassation, chambre sociale, 23 janvier 1997, n° 326 P.) *L'essai peut être renouvelé sous réserve d'un accord non équivoque du salarié : accord express et écrit du salarié ou continuation du travail sans formulation d'aucune réserve ; du respect du délai maximum fixé par la convention collective ; du caractère normal et non abusif du renouvellement. Le renouvellement d'un essai de 2 mois pour une secrétaire dont le travail ne demande aucune compétence spéciale est abusif. Le renouvellement ne peut être convenu qu'à l'expiration de la durée initiale même le dernier jour de la période d'essai. Il ne peut être prévu par avance. On ne peut stipuler une période d'essai de douze mois d'office alors que la convention collective prévoit six mois renouvelables. Il appartient à l'employeur de faire savoir au salarié avant l'expiration de la première période son intention de procéder au renouvellement.*

Rupture de l'essai

Rupture discrétionnaire

Chacune des parties dispose d'un droit de résiliation discrétionnaire, sans avoir à alléguer de motifs : en effet, d'après l'Art. L 122-4 du Code du Travail les règles applicables à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai. L'employeur peut toujours rompre le contrat s'il estime la salariée inapte à remplir ses fonctions.

Peut-on rompre l'essai d'un salarié pendant la période de suspension causée par un accident du travail ?

La résiliation du contrat de travail pendant la période de suspension causée par un accident du travail est nulle, même si elle intervient pendant la période d'essai, sauf faute grave ou force majeure.

La cessation de l'essai à l'initiative de l'employeur ne constitue pas un licenciement. Il n'existe donc aucune formalité, aucun préavis, aucune indemnité, aucune obligation de justifier la décision de rompre. On ne peut non plus parler de licenciement.

Une lettre recommandée informant le salarié de la rupture de son contrat en daté du 10 mars (période d'essai) mais présentée le 13 mars (hors période d'essai) est-elle valable ?

C'est la date de présentation de la lettre et non la date d'émission qui sert à la qualification de la rupture. *La volonté de l'employeur ne peut produire effet qu'au moment ou elle a été portée à la connaissance du salarié.* Cass.soc. 14 mars 1995, n°1177.

Rupture abusive de l'essai

Cependant, s'il est prouvé que la rupture du contrat de travail est justifiée par le *désir de nuire* au salarié et pour des motifs non liés à l'essai, des dommages et intérêts peuvent être obtenus par le salarié. Par exemple, rupture du contrat motivée par l'annonce du mariage de la salariée. En ce qui concerne les femmes enceintes, les règles protectrices de la maternité ne s'appliquent pas, cependant la rupture motivée par l'état de grossesse serait abusive. Commettrait un abus, de la même façon, l'employeur qui après avoir licencié un salarié pour motif économique après quinze ans d'ancienneté l'a réembauché, au même poste, dans le cadre de la priorité de réembauchage, et le licencie à nouveau durant la période d'essai, en invoquant l'insuffisance des capacités professionnelles du salarié. (Cassation, chambre sociale, 9 octobre 1996, n°3685 P.)

Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles pendant la période d'essai, c'est à la condition de ne pas commettre un abus de droit. Constitue un tel abus et une *légèreté blâmable* le fait pour un employeur de mettre fin au contrat de travail d'un salarié au motif qu'il ne présentait pas les qualités professionnelles requises quatre jours après l'avoir jugé apte à un emploi de qualification supérieure. (Cassation, chambre sociale, 17 juillet 1996, n° 3378 P.)

Période probatoire

Prévue par la convention collective ou le contrat de travail, la période probatoire a le même objet que la période d'essai. Elle ne peut précéder la période d'essai, sauf à courir le risque de voir le tribunal l'incorporer à celle-ci : « *Mais attendu que les juges du fond, ayant constaté que le stage initial effectué par demoiselle Barber se plaçait dans une phase probatoire, de sorte qu'au cours de ce délai d'épreuve, la convention permettait aux parties, tant dans l'intérêt de l'employeur que dans celui de l'employée, de mettre fin au contrat de travail, ont, sans encourir les griefs visés au moyen estimé, par interprétation de la volonté des parties, que le stage préalable était assimilable, en l'espèce à la période d'essai* » (Cass. soc., 29 nov. 1978, no 77-40.359) .