



Aperçu de la jurisprudence

23 juillet 2013
Nr. 02/2013

Publication éditée par la CSL



Aperçu de la jurisprudence sur la période d'essai



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.



Sommaire

1. LA DÉFINITION DE LA PÉRIODE D'ESSAI	6
1.1. A distinguer du test d'embauche	6
1.2. A distinguer du stage de formation	6
1.3. Dans un CDI ou CDD	7
1.4. Un écrit exigé à peine de nullité	7
2. LA DURÉE DE L'ESSAI	8
2.1. Principe	8
2.2. Deux tempéraments	8
2.3. Travail à temps partiel	9
2.4. Sanction en cas de durée excessive	9
2.5. Pas de renouvellement possible	9
3. LA PROLONGATION ET LA SUSPENSION DE LA PÉRIODE D'ESSAI	11
3.1. Causes de suspension	11
3.2. Période d'essai et protection contre la résiliation du contrat du salarié malade	11
3.3. Période d'essai d'une femme enceinte	15
4. LA RÉSILIATION DU CONTRAT PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI	16
4.1. Pas de résiliation pendant les deux premières semaines de l'essai sauf faute grave	16



4.2. Après les deux premières semaines : possible résiliation sans motif avec préavis abrégé	19
Attention : obligation d'anticiper la résiliation	20
Pas de motivation sauf faute grave	21
5. LICENCIEMENT POSTÉRIEUR À LA PÉRIODE D'ESSAI	23

Légende de lecture :

En jaune, les références jurisprudentielles

**Art. L. 121-5 du Code du travail**

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-8, alinéa 2, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai.

La clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L. 121-4, pour chaque salarié individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.

Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque la convention collective de travail applicable à l'établissement contient une disposition établissant que le contrat de travail de tout salarié nouvellement embauché est précédé d'une période d'essai conformément aux dispositions du présent article.

A défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclu pour une durée indéterminée ; la preuve contraire n'est pas admissible.

(2) La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa qui précède, la période maximale d'essai ne peut excéder :

- **trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique ;**
- **douze mois pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.**

La période d'essai n'excédant pas un mois doit être exprimée en semaines entières; la période d'essai dépassant un mois doit être exprimée en mois entiers.

En cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois.

(3) La clause d'essai ne peut être renouvelée.

(4) Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L. 124-10.

Sans préjudice des dispositions de l'alinéa qui précède, il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L. 124-3 et L. 124-4; dans ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur:

**à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines;
à quatre jours par mois d'essai convenue au contrat sans pouvoir être inférieur à quinze jours et sans devoir excéder un mois.**

Sont applicables au cours de la période d'essai les dispositions de l'article L. 121-6 et celles des articles L. 337-1 à L. 337-6.

(5) Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service.



1. LA DÉFINITION DE LA PÉRIODE D'ESSAI

Il s'agit d'une période probatoire se situant au commencement de l'exécution du contrat de travail. Elle a pour objet de permettre au salarié d'apprécier les exigences imposées et les conditions de travail offertes. Elle offre en même temps à l'employeur l'occasion de juger les qualités professionnelles du salarié.

Elle a pour effet d'écartier pendant une durée limitée les règles légales encadrant la rupture du contrat de travail. Chaque partie est, sous réserve du respect d'un délai de prévenance, libre de rompre le contrat sans motif, si elle le souhaite.

1.1. A distinguer du test d'embauche

L'employeur peut faire passer au candidat de véritables tests ou essais professionnels pour vérifier son aptitude et ses connaissances. Ces épreuves, préalables à la conclusion du contrat de travail, ne se confondent pas avec la période d'essai qui peut suivre cette conclusion. L'essai professionnel, par nature de courte durée, s'apparente à un examen, jugé par l'employeur qui reste libre de la décision d'embaucher. L'essai professionnel ne doit pas être un moyen détourné de faire travailler l'intéressé. Une prestation de travail sous les conditions « salariales » (travail productif et subordonné), ferait requalifier la situation. Il y a période d'essai lorsque le salarié est placé en situation réelle d'emploi. (Cour d'appel, 27 juin 2002, n° 24725 du rôle, Jugement du Tribunal du Travail du 10 octobre 2012 n° 3573/12)

La loi a expressément prévu la période d'essai pour permettre au patron d'apprécier et de tester les capacités et les aptitudes des salariés avant de conclure un contrat de travail définitif. S'il est vrai que l'employeur peut faire subir à l'éventuel futur salarié un test superficiel pour voir s'il remplit les critères et a le format requis pour l'emploi en question ou pour choisir un candidat parmi plusieurs autres, **ce test ne peut certainement pas s'étendre sur une période de plusieurs jours**, ce d'autant plus que le test a eu lieu **après la signature du contrat de travail** (Cour d'appel, 24 mai 2012, n°37440).

1.2. A distinguer du stage de formation

La période d'essai n'est pas à confondre avec un stage de formation préalable en entreprise en vue de l'exercice de la profession envisagée (Par exemple, le pilote d'avion qui doit être formé pour effectuer des vols sur un type déterminé d'avion).

« Le stage professionnel, qui ne doit d'ailleurs pas être un moyen détourné de faire travailler l'intéressé, ne constitue pas une prestation de travail productif et subordonné, et l'employeur reste libre d'embaucher le salarié. Ainsi, l'accomplissement de stages à l'étranger n'est pas constitutif d'un acte d'autorité et de contrôle non équivoque envers l'intéressé et partant de nature à constituer la preuve suffisante de la formation et de l'existence de relations de subordination telles qu'elles se forment entre un travailleur salarié et un employeur » (Cour 7 novembre 2002, n° 25893 JETFLY cl DESCHARRIERES).



1.3. Dans un CDI ou CDD

La période d'essai peut être insérée aussi bien dans un contrat à durée déterminée que dans un contrat à durée indéterminée.

1.4. Un écrit exigé à peine de nullité

La clause d'essai doit être stipulée par **écrit** et cela **au plus tard au moment de l'entrée en service** du salarié. Il s'ensuit que lorsque le contrat est conclu après l'entrée en service, il ne peut plus contenir une clause d'essai.

Si la clause d'essai n'est pas fixée par écrit, elle est réputée inexistante et le contrat est considéré comme ayant été conclu directement et définitivement à durée déterminée ou indéterminée.

Si le législateur a prévu l'exigence d'une disposition expresse de l'essai dans le contrat de travail, c'est non seulement dans le but de faciliter la preuve de son existence, mais également dans celui de garantir que la période d'essai a bien été fixée par accord des parties, dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié. En l'espèce, un salarié n'avait pas signé le contrat de travail contenant la clause d'essai dès l'engagement, mais avait donné explicitement son accord par message électronique quant au dudit contrat. Le tribunal a reconnu la clause d'essai valable. (Arrêt de la Cour d'appel du 13 janvier 2011, troisième chambre sociale, No 35842 du rôle)

En présence d'une **convention collective** prévoyant que tout embauchage définitif est précédé d'une période d'essai, il n'est pas nécessaire d'inclure dans chaque contrat individuel une clause d'essai. Il suffit que le contrat renvoie à la convention collective applicable et que celle-ci soit remise au salarié dès son embauche.

1

La définition de la période d'essai



2. LA DURÉE DE L'ESSAI

2.1. Principe

La période d'essai d'un salarié nouvellement embauché ne peut être ni **inférieure à 2 semaines**, ni **supérieure à 6 mois**.

La loi précise que la période d'essai doit être libellée **en semaines** dans la mesure où elle n'excède pas un mois. Dans les autres cas, elle doit être libellée **en mois**. Néanmoins, la non-observation de cette règle n'entraîne pas la nullité de la clause d'essai, mais seulement sa réduction (Par exemple 3 mois et 2 semaines deviennent 3 mois) ou à redressement (Cour d'appel 30 septembre 2009, n°33438 : 12 semaines sont convertis en 3 mois).

2

2.2. Deux tempéraments

Il existe cependant deux exceptions à ce principe :

- la période d'essai est au maximum de **3 mois** si le salarié n'a pas un niveau de formation atteignant celui du certificat d'aptitude technique professionnel (CATP) ou diplôme d'aptitude professionnelle (DAP).

Les tribunaux considèrent que l'employeur qui engage un salarié et qui entend lui imposer une période d'essai est tenu de s'informer sur le niveau de formation de celui-ci pour pouvoir fixer efficacement la durée de l'essai (Cour d'appel 23 mars 2000, Ateliers Feidert c/Poli)

A la lecture de l'article L.121-5 il appert que quant à l'hypothèse d'une période d'essai maximale de trois mois, le texte ne parle pas du salarié détenteur d'un CATP, mais du salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du CATP. L'emploi de ces termes plus généraux doit faire admettre que le législateur a visé tant la détention d'un CATP que l'équivalence correspondant à ce niveau de formation. Or le législateur a lui-même reconnu cette équivalence, ce par l'article L.222-4 (3) qui prévoit que le travailleur qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnés par un certificat officiel - un CATP p.ex. - sans être détenteur de pareil certificat, est néanmoins reconnu comme travailleur qualifié s'il justifie d'une pratique professionnelle d'au moins dix années dans ladite profession.

Une expérience de plus de dix ans dans des travaux similaires à l'emploi occupé à l'essai permet donc de déroger à la durée maximale de trois mois. (Cour d'appel, 21 décembre 2006, n°31194).

Par ailleurs, il n'est pas indiqué dans l'article L.121-5 précité que le salarié doit détenir le CATP correspondant à l'emploi à occuper sous période d'essai. Tout CATP ou DAP permet donc de porter la durée de l'essai à six mois. (Tribunal du travail de Luxembourg, 20 octobre 2005, n°4207/05).

- la période d'essai peut être de **12 mois** si le traitement mensuel brut accordé au salarié est égal ou supérieur à **536 Euros à l'indice 100** (4053,60 Euros à l'indice 756,27).

La durée de l'essai





2.3. Travail à temps partiel

Une telle période probatoire peut également être insérée dans le contrat de travail à temps partiel.

Dans ce cas, selon l'article L.123-8 du Code du Travail, « la période d'essai d'un salarié à temps partiel ne peut avoir une durée calendaire supérieure à celle des salariés à temps complet. » Cette disposition autorise dès lors la même durée de la période d'essai pour les salariés à temps partiel que pour les salariés à temps complet.

2.4. Sanction en cas de durée excessive

Si la période d'essai prévue au contrat **excède** les limites légales maximales, elle n'est pas nulle dans son intégralité, mais seulement pour la période excédant la durée de trois ou six mois et le contrat s'est transformé en contrat définitif à durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service [Cour d'appel 17 avril 1997, LTW Lux Neon c/Weis et Etat du Grand-Duché, Numéros 19172 et 19215 du rôle].

2.5. Pas de renouvellement possible

Dans le cadre d'une seule et même relation de travail, une période d'essai ne peut être prévue qu'une seule fois. La loi interdit que la période d'essai soit renouvelée. La liberté contractuelle des parties est ainsi limitée dans un but de protection du salarié qui en raison de son état de subordination ne peut être amené à signer une prolongation de la période d'essai qui touche à sa fin. Le salarié a en effet intérêt à avoir un contrat définitif [Cour, 20 octobre 1994, Careba c/ Lebeau, no 15378 du rôle].

Cette position a été confirmée dans l'arrêt de la Cour d'Appel du 11/05/1995 n° 16611, selon lequel, c'est [...] à juste titre que les premiers juges ont estimé d'abord que l'employeur, après avoir convenu avec son futur salarié d'une période d'essai de 6 semaines, n'était plus en droit de lui faire signer un deuxième contrat prévoyant une clause plus défavorable en ce sens que la durée de l'essai y était portée à 3 mois. Le salarié se trouve en effet, après la signature du contrat de travail, dans un lien de subordination tel qu'il ne dispose plus de la liberté suffisante pour rediscuter les modalités du contrat, l'employeur ayant en vertu de son pouvoir discrétionnaire la possibilité, en cas de refus, soit de mettre fin prématurément à l'essai par sa seule volonté, soit de ne pas l'engager à titre définitif.

Le fait que deux contrats successifs soient signés est sans incidence, les éléments du dossier établissant que le deuxième contrat ne fut que la continuation des relations de travail entre parties ayant pris leur origine dans le premier contrat signé le 26 juin 1995 avec une période d'essai. L'interdiction de renouvellement de l'essai ne pouvant être écartée par la signature de contrats successifs, légèrement différents [Cour d'appel, 19 février 1998, n°21099].

A l'inverse, en présence de deux contrats entièrement distincts, une clause d'essai peut valablement être prévue dans le nouveau contrat de travail conclu à la suite d'un premier contrat avec période d'essai.

A titre d'exemple, la Cour d'appel, dans un arrêt du 17 novembre 2005, Express Services S.A./M., n° 29546 du rôle retient qu'en raison de la différence fondamentale entre les deux tâches de coordinateur de chantier et de laveur de vitres, le deuxième contrat portant sur un travail

2

La durée de l'essai



manuel particulier nécessitant une certaine dextérité et un savoir-faire spécifique évident n'est pas une continuation du contrat précédent mais un contrat nouveau. Ces contrats successifs sont par conséquent à considérer comme deux contrats entièrement distincts avec des périodes d'essai respectives.

De même, une période de vingt mois située entre la fin des relations de travail issues du premier contrat de travail et la conclusion du nouveau contrat de travail permet à l'employeur d'insérer une nouvelle clause d'essai dans ce dernier contrat de travail (Cour d'appel, 13 juillet 2006, n°30732)

2

La durée de l'essai



3. LA PROLONGATION ET LA SUSPENSION DE LA PÉRIODE D'ESSAI

3.1. Causes de suspension

La loi prévoit la **prolongation** de l'essai en cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai.

L'engagement à l'essai a pour but essentiel de permettre l'appréciation des qualités du salarié, il résulte de la nature même de cet engagement que la période d'essai se trouve nécessairement suspendue pendant toute la période où, suite au congé de maladie du salarié, une telle appréciation n'était pas possible.

Les juges (Tribunal du travail de Luxembourg, 5 décembre 1991, n°3804/91) considèrent que la maladie constitue une cause de suspension du contrat de travail (Cour d'appel, 28 avril 1982, Garage central c/ Steffen, Pasicrisie XXV, page 279 ; Cour d'appel, 9 janvier 2003, n°26415 du rôle), de même que le congé payé ou non (Paris, 28 février 1984, Dalloz 1984, Info rapides 296).

La période d'essai est prolongée automatiquement d'une durée égale à celle de l'absence du salarié. Cependant, la prolongation maximale est **d'un mois**.

3.2. Période d'essai et protection contre la résiliation du contrat du salarié malade

L'article L. 121-5 du Code du travail en son dernier alinéa énonce que la protection¹ contre le licenciement du salarié malade s'applique au contrat à l'essai.

Parallèlement, cet article, tout en prévoyant la prolongation automatique de l'essai d'une durée égale à celle de la maladie, limite cette prolongation à **un mois**.

Les juges en ont déduit que la période de protection contre la résiliation du contrat était également limitée. En raison de la nature particulière du contrat à l'essai que les parties peuvent librement résilier et qui est strictement limité dans le temps, l'employeur, en cas de maladie de son salarié, recouvre [...] le droit de notifier au salarié dans les formes et délais légaux, qu'il entend dénoncer le contrat à l'essai pour empêcher qu'il ne se transforme à son échéance en contrat définitif (Cour d'appel, 3 février 1994, n°14530).

Quand l'employeur recouvre-t-il le droit de dénoncer le contrat à l'essai ?

Une réponse nous a été apportée par l'arrêt de la Cour d'appel du 4 mars 2006, numéro 29896 du rôle : Le salarié T. a été engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 11 août 2003 prévoyant une période d'essai de 3 mois.

Le 1er octobre 2003, il arrive en retard à son lieu de travail et quand le concubin de sa patronne lui a fait des remontrances à ce sujet, il lui porte des coups.

Le salarié se met ensuite en congé de maladie tout le mois d'octobre et jusqu'au 14 décembre 2003, suivant plusieurs certificats médicaux dûment envoyés à l'employeur.

L'employeur le licencie avec effet immédiat en date du 10 décembre 2003.

¹ Instaurée par l'article L.121-6 du Code du travail.



Le salarié saisit le Tribunal du travail, car il s'estime abusivement licencié. Le Tribunal a rejeté sa demande. Il a interjeté appel.

Position de la Cour d'appel

Prolongation de la période d'essai

L'incapacité de travail du salarié en période d'essai entraîne la prolongation de cette période pour la durée de l'absence. Si l'incapacité est supérieure à 1 mois, la prolongation de l'essai reste toutefois limitée à un mois.

En l'espèce, la période d'essai, initialement de 3 mois et expirant le 11 novembre 2003, a été prolongée à hauteur d'un mois, soit jusqu'au 11 décembre 2003.

Le licenciement contesté est donc intervenu pendant la période d'essai, mais à une date où le salarié était absent pour incapacité de travail.

Protection contre le licenciement pas illimitée

La période d'essai met en conflit d'une part le principe d'une résiliation aisée du contrat sans indication des motifs et d'autre part le principe de protection du salarié contre tout licenciement pendant sa maladie.

En effet, l'interdiction de licencier pendant l'incapacité de travail du salarié s'applique également pendant la période d'essai. Mais l'employeur est obligé de mettre fin au contrat à l'essai avant l'expiration de la période d'essai convenue afin d'éviter que le contrat de travail ne se transforme en contrat à durée indéterminée. De ce fait, il recouvre nécessairement la liberté de résilier le contrat à l'essai à la fin de la période de prolongation maximale de ce dernier, même si le salarié est toujours en incapacité de travail.

Il en résulte que le licenciement avec effet immédiat pour motif grave de Monsieur T., intervenu le dernier jour avant l'expiration de la période d'essai prolongée, n'est pas abusif en dépit de la maladie du salarié.

Motif grave

Un motif grave doit être invoqué dans le délai d'un mois à partir du fait ou de la connaissance du fait invoqué par l'employeur pour résilier le contrat de travail du salarié qui en est l'auteur. La suspension du droit de licencier pendant l'incapacité de travail du salarié s'applique au licenciement pour motif grave. Il en résulte que si à l'expiration de ce délai d'un mois, le salarié se trouve en congé de maladie dûment justifié, ce délai est prolongé pendant la durée de l'incapacité de travail pour expirer le jour suivant la fin de l'interdiction de licencier.

L'employeur de T. pouvait donc valablement invoquer les faits survenus le 1er octobre 2003, à savoir avoir frappé le concubin de la patronne qui lui faisait des reproches quant à son arrivée tardive sur son lieu de travail. Ce fait constitue un motif grave justifiant son licenciement avec effet immédiat.

Application au licenciement avec préavis pendant l'essai d'un salarié malade de façon prolongée

Rappelons que le délai de préavis doit se situer dans la période d'essai. A défaut, le contrat de travail devient définitif et l'employeur doit respecter les forme et délais d'un licenciement « normal ».

Selon l'arrêt objet du présent exposé, la jurisprudence reconnaît que l'employeur peut licencier le salarié malgré sa maladie, mais uniquement au tout dernier moment, lorsque le

3

La prolongation et la suspension
de la période d'essai



contrat risquerait de se transformer en contrat définitif, en l'absence de manifestation de volonté de résiliation des parties.

L'employeur doit donc procéder au calcul suivant pour déterminer la date à laquelle il peut prononcer la résiliation du contrat :

Date du licenciement = date initiale de la fin de l'essai
 + prolongation en raison de la maladie (maximum 1 mois)
 - durée du préavis à respecter.

Tout licenciement notifié avant cette date est abusif car intervenant en période de maladie du salarié. Tout licenciement notifié après cette date suivant les règles simplifiées de la période d'essai sera irrégulier en la forme puisqu'il aurait dû respecter les formes et délais du licenciement « normal » et l'employeur devra motiver sa décision.

Application au salarié T. :

Il était soumis à une période d'essai de 3 mois à partir du 11 août 2003. Il a été en maladie à partir du 1er octobre 2003, sans qu'il ne revienne travailler.

Sa période d'essai a été prolongée d'un mois, soit jusqu'au 11 décembre 2003.

Pour une période d'essai de 3 mois, le préavis est de 15 jours.

L'employeur aurait pu résilier son contrat sans devoir motiver sa décision le :

11 novembre + 1 mois (= 11 décembre) – 15 jours = 27 novembre 2003.

Contrairement à l'arrêt commenté, certaines jurisprudences ont admis que l'employeur prononce la résiliation du contrat avant cette date, à condition de prévoir comme fin du contrat la date de fin de l'essai prolongé.

Application au salarié T. :

L'employeur aurait pu résilier son contrat à partir du 1er novembre avec effet au 11 décembre 2003.

Cette position a été confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel du 26 janvier 2012, numéro 36377 du rôle.

Faits

En date du 16 juillet 2009, la salariée B a fait convoquer son ancien employeur, la s.à r.l. A, devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer son licenciement intervenu le 12 juin 2009 nul, sinon abusif et pour s'y entendre condamner au paiement de dommages et intérêts pour préjudice moral et matériel.

A l'appui de sa demande, B expliqua qu'elle a été au service de la société A du 3 mars 2009 au 6 juillet 2009 en tant que secrétaire, suivant contrat de travail comprenant une période d'essai de six mois, et qu'en date du 12 juin 2009, elle a été licenciée.

Par jugement rendu contradictoirement le 14 juin 2010, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif et condamné la s.à r.l. A à payer à B des dommages et intérêts pour préjudice matériel.

3

La prolongation et la suspension de la période d'essai



Le 21 juillet 2010, l'employeur a relevé appel contre ce jugement de première instance et demande à la Cour de le réformer, de déclarer le licenciement justifié et de débouter la salariée de ses demandes.

Quant au caractère abusif du licenciement

Raisonnement de l'employeur

A l'appui de son recours, l'employeur expose qu'en matière de contrat à l'essai, le salarié n'est, en cas de maladie dûment documentée par un certificat d'incapacité de travail, protégé contre un licenciement que pendant une durée d'un mois. L'employeur expose que la salariée était en état d'incapacité de travail depuis le 12 mai 2010 et que la protection contre le licenciement s'est achevée en date du 11 juin 2009, de sorte que l'employeur était en droit de résilier le contrat à l'essai avec préavis en date du 12 juin 2009.

Argumentation de la salariée

La salariée B de son côté est d'avis que la période d'essai prévue à son contrat de travail s'étendait du 3 mars au 2 septembre 2009 et qu'elle était en incapacité de travail médicalement constatée du 12 mai au 24 juillet 2009. Il en résultait que le contrat de travail était suspendu du 12 mai au 12 juin 2009 et que la période d'essai fut prolongée en l'espèce d'un mois en raison de la maladie de la salariée pour s'étendre dès lors jusqu'au 3 octobre 2009. La salariée estime que l'employeur a procédé au licenciement en date du 12 juin 2009 alors qu'elle était couverte par un certificat de maladie.

Analyse de la Cour d'appel

Le moyen de l'employeur consistant à affirmer qu'en matière de contrat à l'essai le salarié n'est, en cas de maladie dûment documentée par un certificat d'incapacité de travail, protégé contre un licenciement que pendant la durée d'un mois, procède d'une lecture inexacte de l'article L.121- 5.(2) alinéa 6 du Code du travail qui stipule qu' « en cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'essai, cette période est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de l'essai ne puisse excéder un mois. »

De l'avis de la Cour, le raisonnement de l'employeur serait exact si le salarié avait été en incapacité de travail uniquement pendant un mois, soit en l'occurrence du 12 mai au 12 juin, auquel cas il aurait pu être licencié à son retour au travail, ne bénéficiant à ce moment plus de la protection contre le licenciement.

Or, en l'espèce, la salariée était absente pour cause de maladie du 12 mai au 24 juillet 2009, donc également à la date du licenciement. Par ailleurs l'employeur ne conteste pas que la salariée était en incapacité de travail à la date du licenciement et qu'elle l'en avait informé suivant les dispositions de l'article L.121-6 du Code du travail.

Le Tribunal de première instance a donc correctement retenu que la salariée ayant été incapable de travailler à partir du 12 mai 2009, l'exécution du contrat à l'essai a été suspendue pendant la période maximale d'un mois et que la période d'essai a dès lors été prolongée d'un mois, soit jusqu'au 2 octobre 2009.

Il suit des développements qui précèdent que le jugement entrepris est à confirmer par adoption des motifs en ce qu'il a décidé que le licenciement intervenu le 12 juin 2009 est abusif pour être intervenu en période de protection contre le licenciement.

3

La prolongation et la suspension
de la période d'essai



3.3. Période d'essai d'une femme enceinte

La loi² règle l'hypothèse d'une salariée sous contrat de travail à durée indéterminée, qui tombe enceinte pendant sa période d'essai.

Cette dernière est alors **suspendue** à partir du jour où la salariée soumet à son employeur un certificat médical attestant de sa grossesse. La fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours à la fin de la période d'interdiction du licenciement, soit 12 semaines après l'accouchement.

Dans le cadre du contrat à l'essai, il n'y a donc pas interdiction absolue de licenciement de la femme enceinte, mais suspension de la clause d'essai jusqu'au début du congé de maternité. Après cette date, la fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours et l'employeur peut résilier le contrat à l'essai en respectant les délais prévus par la loi [Ordonnance de la Cour d'Appel du 30 juin 2011].

3

La prolongation et la suspension
de la période d'essai

² Article L.337-3 du Code du travail.



4. LA RÉSILIATION DU CONTRAT PENDANT LA PÉRIODE D'ESSAI

4.1. Pas de résiliation pendant les deux premières semaines de l'essai sans faute grave

Il n'est pas possible de résilier le contrat pendant les **deux premières semaines** de l'essai, sauf pour faute grave. Cette faute grave s'apprécie comme dans le cadre d'un licenciement avec effet immédiat dans un contrat définitif.

La jurisprudence décide que si la rupture intervient pendant les deux premières semaines à l'essai, le salarié licencié sans préavis par son employeur pour un motif autre qu'une faute grave, a droit au préavis non respecté.

Ainsi dans le cas d'un salarié ayant été licencié par son employeur au bout de deux jours à l'essai, la Cour d'appel de Luxembourg a retenu que la sanction consiste dans le paiement de dommages-intérêts. Cependant, les montants que l'employeur doit payer au salarié se limitent au délai de préavis qui aurait dû être observé. En effet, le salarié licencié pendant la période d'essai ne peut pas prétendre à se voir dédommager de la perte de salaires qu'il aurait pu toucher jusqu'à la fin de la période d'essai, voire au-delà jusqu'à la reprise d'un nouvel emploi, étant donné qu'il ne bénéficie pas d'une garantie d'emploi, son contrat à l'essai pouvant être résilié à tout moment avant la fin de la période d'essai. [Arrêt de la Cour d'Appel du 16/03/2000 n° 23186] Cette position a été confirmée [Cour d'appel 28 février 2002, Moubtadi c/Muller, N° 25283 du rôle] et encore tout dernièrement par un arrêt de Cour d'appel du 24 mai 2012, numéro 37440 du rôle.

A l'inverse si le salarié rompt le contrat pendant ces deux premières semaines pour un motif autre qu'une faute grave, la sanction se résume à des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi par l'employeur.

Dans le cas d'espèce, le salarié a démissionné avant même son entrée en fonctions. L'employeur réclame en justice une indemnité pour préavis non respecté, de même que des dommages-intérêts en raison du départ inopiné du salarié qui lui aurait causé un préjudice matériel. Concernant l'indemnité de préavis, les juges retiennent que pareille indemnité est seulement prévue en cas de rupture d'un contrat définitif, mais non d'un contrat à l'essai. Cela signifie que la rupture n'a pas besoin d'être motivée et qu'un dédommagement s'impose seulement si la preuve d'une intention de nuire ou d'une légèreté blâmable est rapportée. [Cour d'appel 24 septembre 1998, Benoy c/Cervino, N° 21678 du rôle]

De même, la Cour d'appel dans sa décision du 18 mai 2000, Hotel Central Molitor Elico Hotels c/Seltzer, N° 23758 du rôle, affirme que l'article 34 de la loi sur le contrat de travail ne prévoit pas de sanction consistant dans l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis pour la situation où soit l'employeur soit le salarié résilie un contrat à l'essai au mépris des dispositions spécifiques concernant le délai de préavis à respecter. Cependant, la Cour retient que l'employeur a droit à des dommages et intérêts si le salarié dénonce le contrat avec légèreté blâmable. Ce qui est le cas en l'espèce le salarié ayant sans motif grave, dénoncé son contrat, tel que dûment conclu, trois jours, sinon un jour, avant le commencement prévu sans respecter les formes légales et en particulier la période d'essai minimale de deux semaines prévue par l'article 34(4) alinéa 1^{er} de la loi sur le contrat de travail.

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai

**Un arrêt de la Cour d'appel du 14 juin 2007 (n°31562) a adopté une position singulière face à un employeur :**

La salariée XX avait manifesté de façon certaine et définitive sa volonté de rompre le contrat de travail le 8 avril 2005, donc en-dehors de la période d'essai qui n'a commencé à courir qu'à partir du 11 avril suivant, de sorte que les demandes de la société basées sur les dispositions de l'article L.121-5 (4) du code du travail, ne sont pas fondées.

XX était liée depuis le 1er avril 2005 à la société I par un contrat de travail à durée indéterminée, de sorte qu'il convient d'analyser la régularité de la résiliation intervenue hors la période d'essai au regard des règles régissant la démission du salarié avec effet immédiat.

L'intimée ne fait pas valoir de motif grave à charge de son employeur qui lui aurait permis de démissionner avec effet immédiat, de sorte qu'elle a résilié le contrat de travail sans y être autorisée par l'article L.124-10. du code du travail. L'employeur a partant droit en principe à se voir allouer, sur base de l'article L.124-6 du code du travail, **une indemnité compensatoire de préavis égale à la rémunération correspondant à la durée du préavis non respecté**, telle que prévue à l'article L. 124-4 du code du travail, **base légale non invoquée en l'espèce.**

Dès lors cependant que l'employeur réclame à titre plus subsidiaire la condamnation de l'intimée à lui payer sur base des règles de la responsabilité de droit commun des dommages-intérêts correspondant à la perte réelle subie du fait de la résiliation abusive du contrat de travail, alors pourtant que l'indemnisation forfaitaire prévue à l'article L.124-6 du code du travail est la seule sanction encourue par le salarié démissionnaire fautif, la demande de la société appelante en ce qu'elle tend à la condamnation de XX à lui payer la somme de 3.870,56 € est à rejeter.

Un arrêt récent de la Cour d'appel (6 juin 2013, numéro 38970) a réaffirmé l'ancienne position en sanctionnant les juges de première instance, qui avaient appliqué la jurisprudence précitée de 2007 :**Première instance**

Par jugement du 22 juin 2012, le Tribunal du travail a débouté la société A de toutes ses demandes.

Pour statuer ainsi, le Tribunal du travail a constaté que la démission était intervenue en dehors de la période d'essai qui n'a commencé à courir qu'à partir du 16 avril 2012, que B était lié par un contrat à durée indéterminée et qu'il y avait lieu d'analyser la régularité de sa démission au regard des dispositions de l'article L.124-10 (1) du Code du travail. B n'ayant pas fait valoir de faute grave dans le chef de la société A de nature à justifier sa démission, il aurait partant résilié son contrat de travail sans y être autorisé par l'article L.124-10 (1).

Le Tribunal en a déduit que la société A avait en principe droit à se voir allouer, sur base de l'article L.124-6 du Code du travail, une indemnité compensatoire de préavis non respecté, telle que prévue à l'article L.124-4 du même code, mais qu'elle n'avait pas invoqué cette base légale à l'appui de sa demande. Etant donné encore que la société A n'aurait pas mis fin au contrat de travail, sa demande de dommages et intérêts serait à rejeter.

Instance d'appel

Par exploit d'huissier du 3 août 2012, la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement lui notifié le 26 juin 2012.



L'employeur conclut, par réformation, à voir condamner le salarié B à lui payer le montant de 1.500 euros, principalement, à titre de dommages et intérêts du chef de résiliation abusive du contrat de travail sur base de l'article L.121-5 du Code du travail, subsidiairement, à titre d'indemnité compensatoire de préavis non respecté sur base de l'article L.124-6 du Code du travail.

Argumentation de l'employeur

La société A fait grief au Tribunal du travail d'avoir considéré que la démission, intervenue en dehors de la période d'essai, devrait s'analyser au regard des seules dispositions de l'article L.124-10 du Code du travail.

L'employeur soutient que la résiliation du contrat avant même la prise d'effet du contrat était intervenue de facto au mépris des dispositions de l'article L.121-5(4) du Code de travail disposant qu' « il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L.124-10 du code du travail. »

Le non-respect de cette disposition légale justifierait dès lors sa demande en dommages et intérêts.

En ordre subsidiaire et au cas où sa demande devait s'analyser au regard des dispositions de l'article L.124-6 du Code du travail, il aurait appartenu au Tribunal de première instance de faire application de cette disposition légale.

Décision de la Cour d'appel :

La rupture avant la date de sa prise d'effet d'un contrat à durée indéterminée assorti d'une période d'essai est contraire au **principe d'exécution de bonne foi des obligations contractuelles et ouvre droit pour la partie lésée à une indemnisation de son préjudice.**

Comme toute convention, le contrat de travail doit être exécuté loyalement, conformément au principe de bonne foi prévu à l'article 1134 du Code civil.

Or, le salarié, en signant le 29 mars 2012 le contrat de travail entre parties et en envoyant le lendemain un courrier recommandé à son employeur l'informant que « pour des raisons personnelles le contrat de travail signé entre parties ne sera pas conclu », a agi de manière intempestive et avec légèreté blâmable et a partant vidé son obligation de loyauté. Ayant été fautif, il est dès lors tenu à réparer les conséquences préjudiciables de son agissement.

La société A expose que son préjudice résulte « notamment » de la désorganisation de son entreprise, étant donné qu'en raison de la résiliation du contrat par B quelques jours avant le début de la prise d'effet du contrat, elle avait été contrainte de rechercher en toute hâte un autre salarié pour pourvoir à son remplacement. Elle aurait encore subi un préjudice du fait du temps qu'elle avait consacré aux tâches administratives liées à l'embauche de son salarié, à savoir plusieurs entretiens d'embauche, les démarches en vue de la convocation à l'entretien médical etc.

Il résulte des pièces versées en cause que la société A avait déjà entrepris, outre l'entretien d'embauche du salarié, les démarches nécessaires à la convocation à la visite médicale obligatoire de celui-ci (prise de rendez-vous, établissement d'une fiche personnelle, informations etc).

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai





Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de fixer ex æquo et bono, toutes causes confondues, le dommage matériel et moral subi par la société A du fait de la résiliation intempestive du contrat par B, à un montant de 500 euros.

4.2. Après les deux premières semaines : possible résiliation sans motif avec préavis abrégé

Au-delà de ces deux semaines, il peut être rompu à tout moment par lettre recommandée ou par signature apposée sur le double de la lettre de résiliation.

La procédure de l'entretien préalable au licenciement n'est pas applicable.

Hormis l'hypothèse de la faute grave, chaque partie doit donner à l'autre un **délai de préavis**. Comme il résulte du tableau ci-après, ce délai est fonction de la durée initiale de l'essai prévue au contrat (hors prolongation).

A noter que le délai de préavis se compte, à défaut de disposition contraire de la loi, en jours de calendrier et non en jours ouvrables [Cour d'appel 9 avril 1998, S.A. Fresonlux c/Van Leeuw et Etat du Grand-Duché, N° 20988 du rôle].

S'il est fréquent de faire débiter le délai de préavis le lendemain de l'envoi ou de la remise de la lettre recommandée, un arrêt de la Cour d'appel du 19 octobre 2006, n°31222, a affirmé que le préavis prend cours le jour même du licenciement.

Durée de la période d'essai	Délai de préavis à respecter
2 semaines	résiliation impossible, sauf faute grave
3 semaines	3 jours
4 semaines	4 jours
1 mois	15 jours
2 mois	15 jours
3 mois	15 jours
4 mois	16 jours
5 mois	20 jours
6 mois	24 jours
7 mois	28 jours
8 mois	1 mois
9 mois	1 mois
10 mois	1 mois
11 mois	1 mois
12 mois	1 mois

Si le contrat de travail est rompu pendant la période d'essai sans respecter le délai de préavis correspondant, l'autre partie peut-elle réclamer une indemnité couvrant le préavis non-respecté ?

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai





A cette question surgissant fréquemment dans la pratique, la jurisprudence répond par la négative. Etant donné que l'article L.121-5 du Code du travail ne prévoit pas le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, les juges refusent en principe de prononcer pareille sanction.

La jurisprudence reconnaît néanmoins à la victime d'une telle résiliation anticipée le droit de se voir indemniser du préjudice réellement subi.

Un jugement du Tribunal du Travail du 18 octobre 2012 n° 2407/12 a fait une bonne synthèse de la jurisprudence actuelle en ses termes : « Les règles définies au Code du travail pour la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai, sauf celles auxquelles l'article L.121-5 du Code du travail renvoie expressément.

L'article L.121-5, précité, renvoie aux articles L.124-3 et L.124-4 du Code du travail quant aux formes pour mettre fin au contrat à l'essai, à l'article L.124-10 du Code du travail pour la résiliation pour motif grave et à l'article L.121 - 6 du Code du travail pour la protection contre le licenciement en cas d'incapacité de travail du salarié.

L'article L.124-6 du Code du travail prévoit l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis uniquement pour le cas où la partie qui résilie le contrat à durée indéterminée n'y était pas autorisée par l'article L.124-10 du même code ou n'a pas respecté les délais de préavis visés aux articles L.124-3 et L.124-4 du Code du travail, tandis que l'article L.121-5 du Code du travail ne prévoit pas de sanction consistant dans l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis pour le cas où soit l'employeur, soit le salarié, résilie le contrat à l'essai au mépris des dispositions spécifiques concernant le délai de préavis à respecter.

Il s'ensuit que le salarié, abusivement licencié en période d'essai, ne peut, à défaut de disposition légale spéciale, prétendre à une indemnité compensatoire forfaitaire pour non-respect des délais de préavis prescrits. Il a toutefois droit à la réparation du **préjudice effectivement subi** (Cour d'appel, 3^{ème}, 24 octobre 2002, n°26416), voire selon une jurisprudence plus récente, est en droit de réclamer à titre de dédommagement **l'octroi d'une indemnité pour la période de préavis non respectée par l'employeur** (Cour, 3^{ème}, 24 mai 2012, n°37440).

En l'espèce, XX, licenciée en période d'essai, alors qu'elle n'avait encore aucune garantie d'obtenir un contrat définitif, n'a pas démontré l'existence d'un dommage matériel excédant celui susceptible de découler de l'inobservation de la période de préavis.

Eu égard aux circonstances du licenciement qui ont porté atteinte à son honneur de salariée, XX a cependant subi un préjudice moral. Compte tenu de la très courte durée des relations de travail, le préjudice moral est évalué à 125 €.

La demande est dès lors fondée à concurrence du montant de $\frac{1}{2} \times 1.817,76 \text{ €} = 908,88 \text{ €}$ en réparation du préjudice matériel et de 125 € en réparation du préjudice moral. »

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai

Attention : obligation d'anticiper la résiliation

Les tribunaux ont décidé que la notification de la rupture du contrat doit s'effectuer **bien avant l'échéance de la période d'essai : le préavis doit débuter dans la période d'essai et se terminer au plus tard le dernier jour de l'essai.**

C'est ce que confirme la Cour d'appel dans sa décision du 5 mai 2011, N° 35985 du rôle : « Il se dégage de la lecture combinée des paragraphes (4) et (5) de l'article L.121-5 du Code du travail, le paragraphe (5) en disposant « lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les



conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai... » ne permettant pas d'autre interprétation que celle que la partie qui veut mettre fin au contrat à l'essai doit obligatoirement résilier le contrat à l'essai autant de jours que comporte le délai de préavis avant l'expiration de la période d'essai (Cour, 21 octobre 2010, n°33438).

Cette interprétation est corroborée par les travaux préparatoires (exposé des motifs) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail où il est dit: «le paragraphe 5 rappelle que le contrat à l'essai qui n'est pas résilié dans les délais et formes requis par le texte avant l'expiration de la période d'essai convenue au contrat doit être considéré comme conclu [...] pour une durée indéterminée à partir de l'entrée en service [...]» (Doc. parl., n° 3222, p. 29).

Si le préavis ne se situe pas entièrement à l'intérieur de la période d'essai, les parties étaient liées par contrat de travail à durée indéterminée au moment de la résiliation. Ce sont par conséquent les règles régissant le contrat de travail à durée indéterminée qui sont applicables.

L'employeur n'avait donc pas le droit de résilier le contrat de travail moyennant la procédure simplifiée de résiliation pendant la période d'essai, mais aurait dû respecter la procédure ordinaire de licenciement avec préavis hors période d'essai.

Il appartient au salarié de contester la résiliation de son contrat ainsi intervenu tout en demandant les motifs de son licenciement. Il pourra ainsi obtenir une indemnité compensatoire de préavis non respecté, ainsi que le cas échéant des dommages et intérêts pour licenciement abusif.

Pas de motivation sauf faute grave

Un arrêt de la Cour d'appel du 9 juin 2011 n°35767 a rappelé que l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations de travail avant l'expiration de la période d'essai, sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus.

Il appartient au salarié qui s'est vu notifier la cessation du contrat de travail durant la période d'essai de présenter des éléments de nature à démontrer que la rupture présente un caractère abusif. L'existence d'un abus du droit de rompre peut résulter des circonstances dans lesquelles la relation de travail et la rupture du contrat de travail se sont déroulées. Il lui appartiendra d'établir l'exercice malveillant, de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'auteur de la résiliation ou encore le détournement de l'objet de la période d'essai. (voir Jurisclasseur Travail fasc.17-16, édition 2010, plus partic.65 ss). Le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant aux éléments de preuve réunis par le salarié (même ouvrage, numéro 72).

En revanche, une résiliation pendant la période d'essai doit être motivée si l'employeur invoque une faute grave à l'égard du salarié et le licencie donc avec effet immédiat.

Le licenciement intervenant en période d'essai sans préavis doit être fait, en vertu de l'article L. 121-5 (4), conformément à l'article L. 124-10, et ce non seulement pendant la période d'essai minimale de deux semaines visée à l'alinéa 1^{er} dudit article L. 121-5 (4), mais également, à fortiori et à défaut de disposition contraire, dans les mêmes conditions de fond et de forme, pendant la période postérieure pendant laquelle il peut être mis fin au contrat à l'essai avec préavis (Jugement du Tribunal du Travail du 2 juillet 2010 n° 1777/2010).

En ce qui concerne le salarié, celui-ci n'a pas besoin de motiver sa démission avec effet immédiat, les formalités relatives aux énonciations de la lettre recommandée inscrites à l'article 121-5 du Code du travail ne visant que l'employeur et non le salarié.

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai



Le salarié devra néanmoins expliquer son départ avec effet immédiat en cas de contestation de l'employeur.

Selon la jurisprudence, l'employeur a dans le cas d'une démission pour faute grave non justifiée seulement droit à des dommages et intérêts réparant le préjudice réellement subi, mais non pas à une indemnité de préavis.

Comme exposé supra, à défaut de disposition spéciale du Code du travail sanctionnant la résiliation du contrat à l'essai en violation de l'article 121-5 (4), la victime d'une telle mesure peut demander réparation du préjudice qu'elle a subi de ce fait conformément aux règles du droit commun.

Compte tenu des tracasseries certains causés à l'appelante par la désorganisation de son entreprise résultant du départ intempestif et du comportement désinvolte de son salarié et par la nécessité de pourvoir au remplacement immédiat de ce dernier, la Cour ordonne réparation du préjudice. (Arrêt de la Cour d'Appel du 25 janvier 2001 n° 24566).

Attention : si l'employeur motive sa décision de mettre fin au contrat à l'essai, alors même qu'il n'y est pas obligé, le salarié peut invoquer cette motivation pour établir que la résiliation n'est pas liée à ses capacités ou aptitudes professionnelles, mais repose sur tout autre motif sans relation avec les résultats concluants ou non de l'essai (Cour d'appel, 5 juillet 2001 Spinter 2000 SA contre Gravina).

4

La résiliation du contrat pendant la période d'essai





5. LICENCIEMENT POSTÉRIEUR À LA PÉRIODE D'ESSAI

Un employeur est malvenu à invoquer trois semaines seulement après la fin de la période d'essai de six mois des manquements qu'il avait constatés au courant de celle-ci et qu'il n'avait pas jugés suffisamment graves pour mettre fin à l'essai (Arrêt de la Cour d'Appel du 25/10/2007 n° 31555).

5

Licenciement postérieur à la
période d'essai