

## L'essai dans le contrat de travail: Retour sur quelques questions (pas si) évidentes

### The essay in the employment contract: A look back at some questions (not so) obvious

SAMAR Nasreddine  
Faculté de droit et sciences politiques  
Université Med Seddik Benyahia. JIJEL  
samar.droit.jijel@gmail.com

Date de soumission :22/12/2020 Date d'acceptation :26/12/2020 Date de publication :31/12/2020

#### Résumé

Il est souvent stipulé, dans un contrat individuel de travail qu'une première phase sera consacrée à l'essai du travailleur pour s'assurer des capacités et des aptitudes de ce dernier à occuper le poste.

En droit algérien, la période d'essai est régie par les art.18, 19 et 20 de la Loi90-11 qui posent deux principes directeurs :a) Possibilité de soumettre un travailleur nouvellement à un période d'essai dont la durée maximale est fixée à 6mois, et à une année pour les postes d'encadrement

b) Possibilité de rupture de la période d'essai sans préavis ni indemnités.

Mais la mise en œuvre de ces dispositions- pourtant qualifiées d'évidentes- ne va pas sans soulever des questions épineuses dans la mesure où la réglementation relative à l'opposabilité de l'essai au salarié, ainsi que sa durée est entourée d'un flou remarquable.

Bien plus, la liberté de rupture de l'essai sans préavis ni indemnités n'est pas aussi absolue, et la jurisprudence comparée nous en fournit des exemples.

**Mots clés** : essai, opposabilité, durée, renouvellement, rupture, préavis, abus.

#### Abstract

It is often stipulated in an individual employment contract that a first phase will be devoted to the testing of the worker to ensure the latter's capacities and aptitudes for the job.

Under Algerian law, the probationary period is governed by Articles 18, 19 and 20 of Law 90-11 which lay down two guiding principles :

a) Possibility of subjecting a new worker to a probation period, the maximum duration of which is set at 6 months, and one year for management positions

b) Possibility of termination of the trial period without notice or compensation.

But the implementation of these provisions - although they qualify as obvious - does not go without raising thorny questions insofar as the regulations relating to the opposability of the trial to the employee, as well as its duration are surrounded by a remarkable blur.

Moreover, the freedom to terminate the test without notice or compensation is not so absolute, and comparative case law provides examples of this

**Keywords**: trial period, opposability, duration, termination, notice, abuse

\* *Auteur correspondant*

## Introduction

L'essai comme modalité pouvant affecter un contrat n'est pas spécifique au droit du travail<sup>1</sup>, même si les effets qu'il produit sur le contrat de travail sont eux bien originaux.

Né en fait d'un usage, il était alors souvent convenu lors de l'embauche qu'une première phase de la relation de travail sera considérée comme une période d'observation pendant laquelle l'employeur, ne pouvant se satisfaire des seules qualifications professionnelles du salarié, mettra ce dernier à l'épreuve du terrain, et si l'essai s'avère satisfaisant, le contrat de travail sera alors confirmé.

Le salarié pour sa part profitera de cette même période pour s'enquérir lui aussi des conditions de travail et des exigences du poste qu'il va devoir occuper.

Et de l'existence de cette période d'essai, on adût déduire que le contrat de travail n'étant pas encore confirmé, un allègement des conditions de sa rupture s'imposait. Et c'est ainsi qu'est née la règle qui veut que pendant l'essai- ou à l'expiration de sa durée- l'employeur peut mettre fin à la relation de travail sans avoir à observer les règles de licenciement, et spécialement le respect d'un préavis et l'octroi d'une indemnité<sup>2</sup>.

En droit algérien, cette liberté de rupture reconnue aux deux parties du contrat était déjà consacrée par l'art.10 de l'Ordonnance 75-31 relative aux conditions de travail dans le secteur privé qui prévoyait que pendant la période d'essai, la relation de travail peut être librement rompue sans motif et sans préavis ni indemnités(2.)

Actuellement, la période d'essai est régie par les articles 18,19 et 20 de la loi 90-11 relative aux conditions de travail.

D'abord, le premier article pose le principe de la possibilité de soumettre un travailleur nouvellement recruté à une période d'essai et en fixe la durée.

Ensuite, le deuxième texte traite du statut du travailleur pendant l'essai (égalité des droits et des devoirs avec les travailleurs confirmés.)

Enfin, le troisième article consacre le principe de la libre rupture pendant l'essai surtout pour l'employeur qui n'aura pas à observer de préavis ni à octroyer des indemnités.

En réalité, et pour évidentes qu'elles soient, ces dispositions relatives à la période d'essai ne vont pas sans soulever parfois de grandes questions lors de leur mise en œuvre.

La première série de difficultés est relative au déroulement de l'essai : Quelles sont les conditions d'opposabilité d'une période d'essai au salarié, et quelle est la portée de sa durée telle que fixée par l'art.18?

La seconde série d'interrogations concerne la rupture de l'essai : Cette liberté, telle que consacrée par l'art .20 est-elle sans limite ? Et l'absence de préavis et d'indemnités lors de cette rupture se vérifie-t-elle toujours ?

### I. Déroulement de l'essai : les difficultés à surmonter

La période d'essai ne se présume pas, elle doit être portée à la connaissance du salarié. Sa durée et la possibilité de son renouvellement doivent être fixées par le contrat individuel de travail.

#### **A. Opposabilité de la période d'essai : les conditions à remplir**

Pour être opposable au salarié, une clause d'essai doit être prévue par le contrat de travail(a), justifiée au regard de l'objectif de l'essai (b) et enfin qu'il s'agisse d'une vraie période d'essai non équivoque(c).

a) En France, et avant la loi du 25 Juin 2008, la jurisprudence admettait que l'employeur pouvait se prévaloir d'une période d'essai malgré l'absence d'une stipulation expresse dans le contrat individuel de travail,<sup>3</sup> à condition qu'elle ait été prévue dans une convention collective, et qu'au moment de son engagement, le salarié ait été informé de l'existence de cette convention et ait été en mesure d'en prendre connaissance.<sup>4</sup>

Mais depuis, l'art.1221-19 issu de cette loi de 2008 est venu pour rendre inopposable au salarié une clause d'essai qui ne serait pas prévue dans le contrat individuel de travail alors même qu'elle ait été stipulée dans la convention collective applicable.<sup>5</sup>

Cette solution est somme toute logique au regard des principes qui gouvernent le droit du travail. En effet, faire subir un essai au travailleur nouvellement recruté est une simple faculté laissée à l'appréciation de l'employeur(art.18 Loi 90-11), et l'absence d'une telle stipulation dans le contrat de travail – et même si elle a été prévue par une convention collective- doit être interprétée comme une disposition plus favorable au salarié<sup>6</sup> dont le contrat de travail se trouve ainsi débarrassé de cette période d'incertitude qui caractérise l'essai.

b) Même prévue par le contrat individuel de travail, une période d'essai, et pour être opposable au salarié doit être justifiée au regard des fonctions que ce dernier est appelé à occuper.

En effet, l'essai a pour finalité pour l'employeur, d'apprécier les qualités professionnelles du salarié. Or s'il avait eu par le passé l'occasion de vérifier les compétences de ce dernier, le recours une nouvelle fois à une période d'essai peut paraître injustifié, auquel cas ce sont les règles de licenciement qui doivent être appliquées. Cette situation se vérifie lorsque le salarié, dont le contrat a été rompu une première fois, venait à être repris au sein de la même entreprise pour occuper le même poste de travail, ce qui présume que l'employeur était satisfait des prestations antérieures de son salarié, auquel cas le recours une nouvelle fois à une période d'essai ne se justifie pas<sup>7</sup>

Et pour la Cour de cassation en France, une période d'essai injustifiée doit être frappée de nullité et les règles de droit commun régissant la rupture de la relation de travail s'appliquent dès le début du contrat, et la violation de ces règles entrainera la qualification de cette rupture en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.<sup>8</sup>

c) Prévues dans le contrat de travail et justifiées par le but qu'elle tend à réaliser, une période d'essai ne peut être opposée au salarié que s'il s'agit réellement d'une

période d'essai qui a vocation à produire ses effets, à savoir permettre à l'employeur de mettre fin à la relation de travail sans préavis ni indemnités.

C'est qu'effet, et dans le jargon professionnel, on tend souvent à confondre trois notions voisines mais différentes, allant parfois jusqu'à les utiliser dans le même sens : période d'essai, période (ou stage) probatoire et test probatoire.<sup>9</sup>

Ces trois techniques ont pour finalité commune de permettre à l'employeur de juger des aptitudes professionnelles d'un salarié appelé à occuper un poste ou une fonction. Mais alors que la période d'essai doit se situer nécessairement dès le recrutement, c'est-à-dire au début du contrat de travail dont elle constitue une première phase, la période (ou stage) probatoire intervient au cours de l'exécution de ce même contrat.

En effet, il est d'usage que lors d'une modification de la relation de travail, et spécialement à l'occasion d'une promotion, le salarié soit soumis à une période probatoire qui permettra à l'employeur de juger des capacités du travailleur à occuper ce nouveau poste. Et comme pour la période d'essai, l'employeur, s'il n'est pas convaincu par les aptitudes du salarié peut prendre l'initiative de mettre fin à la période probatoire. Mais alors que la rupture de l'essai entraîne cessation pure et simple de la relation de travail, l'interruption de la période probatoire aura pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.<sup>10</sup> Et cela implique que le salarié, une fois confirmé ne pourra jamais être soumis une nouvelle fois à une période d'essai<sup>11</sup> car admettre le contraire serait permettre à l'employeur de contourner les règles de licenciement.

Et c'est par abus de langage que l'art.75 de la Convention collective AIR ALGERIE soumet le personnel de conduite des aéronefs à une « période d'essai » à l'issue de tout stage de formation donnant lieu à l'obtention d'une nouvelle qualification de type, et par « période d'essai » mentionnée, il faut comprendre « période probatoire » car l'application des règles qui commandent la période d'essai conduirait à permettre à l'entreprise de mettre fin lors de ce nouvel essai au contrat de travail d'un pilote déjà confirmé par le passé, sans avoir à respecter de délai de préavis, ni à lui octroyer des indemnités de rupture.

Quant au test probatoire, il se singularise par le fait qu'il soit « extérieur » au contrat de travail, en ce sens qu'il précède l'embauche car si la finalité de la période d'essai et de la période probatoire est de juger des capacités d'un salarié déjà recruté, le but du test probatoire est d'apprécier les qualifications d'un candidat au recrutement. Bien plus, et si pour la période d'essai et la période probatoire, le salarié doit être placé dans les conditions normales d'occupation du poste, il peut en être autrement pour le test probatoire. Et la Cour de cassation avait refusé la qualification de période d'essai dans un cas d'espèce où le candidat à un poste de conducteur de bus scolaire avait conduit ce bus durant un mois, mais vide de ses passagers et sous le contrôle du conducteur habituel.<sup>12</sup>

## **B) Durée de la période d'essai : le grand cafouillage**

La durée de la période d'essai telle que prévue par la législation algérienne soulève d'énormes difficultés d'interprétation, au regard du silence de la loi sur la possibilité ou non de son renouvellement, et sur l'absence d'un dispositif propre à la période d'essai dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

a) C'est l'art.18 de la Loi 90-11 qui fixe la durée maximale de la période d'essai qui ne saurait excéder 6 mois, et qui peut être portée à 12 mois pour les postes de travail de haute qualification, puis renvoie à la négociation collective quant à la fixation de cette durée, en fonction du niveau de qualification de chaque catégorie professionnelle. Mais ces durées maximales s'entendent-elles renouvellement compris?

Devant le silence de la loi, la négociation collective a fait dégager plusieurs tendances quant à la fixation de la durée de l'essai:

La plupart des conventions collectives ont prévu une durée de l'essai qui varie entre

- 1-et 2 mois pour le personnel d'exécution
- 2-et 3 mois pour le personnel de maîtrise
- 6-mois pour le personnel d'encadrement

Et ont permis son renouvellement une seule fois de façon à respecter les durées maximales prévues par la loi.

Cependant, certaines autres conventions collectives ont interprété le silence du législateur comme une interdiction implicite de renouveler l'essai, soit en éludant carrément la question (Convention collective SONELGAZ), soit en interdisant expressément la possibilité de son renouvellement (Convention collective OPGI)

Enfin, certaines conventions – semble-t-il- ont fait une lecture « extrémiste » de ce silence en partant du principe que les durées maximales prévues par la loi seraient des durées initiales que rien n'empêche de dépasser en prévoyant la possibilité de leur renouvellement une fois.<sup>13</sup>

L'absence d'une réglementation claire à propos de la durée de l'essai, de la possibilité ou non de son renouvellement et du nombre de fois où il peut être renouvelé soulève deux autres difficultés liées cette fois à l'absence de normes conventionnelles (convention collective ou accord collectif) notamment dans le secteur privé.

-La première concerne la durée de l'essai : un salarié du personnel d'exécution est soumis à une période d'essai de 6 mois ; une telle clause ne serait pas illégale puisqu'elle respecte dans sa lettre la durée maximale fixée par l'art.18 Loi 90-11, mais elle est manifestement excessive au regard des exigences professionnelles requises pour l'occupation d'un tel poste de travail.

En France, la jurisprudence tend maintenant à exercer son contrôle sur la durée de l'essai qui ne doit pas être excessive compte tenu des fonctions exercées,<sup>14</sup> et ce, sous le visa de la Convention 158 de l'O.I.T. relative aux règles protectrices du salarié en cas de cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur qui recommande que la durée de l'essai soit raisonnable(art.2 §2). Et dès lors si un conflit

survient à l'occasion de la rupture de la période d'essai, et qu'il s'avère que cette durée était excessive, cette rupture sera requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>15</sup>.

La seconde difficulté est liée au silence de la loi sur le nombre de fois où le renouvellement de l'essai est permis : un salarié est soumis à une période d'essai de 1 mois, l'employeur peut procéder à son renouvellement 5 fois sans être en porte à faux avec l'art. 18 Loi 90-11 qui fixe la durée maximale à 6 mois. Situation certes aberrante mais qui n'a rien d'illégal au regard de la loi.

b) Ensuite, et si l'on doit suivre la plupart des conventions collectives qui ont opté pour la possibilité de renouvellement de la période d'essai, ce dernier doit obéir à quatre règles:

(1) Le renouvellement doit avoir été prévu par la convention collective (ou un accord collectif). Aussi, si cette dernière n'avait pas prévu la possibilité de renouveler l'essai, une clause contractuelle dans ce sens serait nulle.<sup>16</sup>

(2) Le renouvellement de l'essai doit être prévu dans le contrat de travail, car comme pour l'existence de la période d'essai, le silence des parties au contrat doit être interprété comme une disposition plus favorable au salarié et deviendra opposable à l'employeur.

(3) L'intention de l'employeur de procéder au renouvellement de l'essai doit être portée à la connaissance du salarié avant l'expiration de sa durée initiale,<sup>17</sup> et ne saurait être automatique dès la fin de la période initiale.<sup>18</sup> En France, il a été jugé que si l'employeur ne s'explique pas sur la nécessité de prolonger l'essai, et en pratiquant son renouvellement systématique, il aura alors détourné l'essai de sa finalité, et la rupture intervenue au cours de la seconde période d'essai doit être requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.<sup>19</sup>

Aussi, il faut admettre que la Chambre sociale de la Cour suprême en Algérie avait mal appréhendé la finalité du renouvellement de l'essai lorsqu'elle a reproché aux juges de fond d'avoir exigé de l'employeur de prouver qu'il a avisé le salarié de son intention de renouveler la période d'essai pour que ce renouvellement soit opposable au travailleur.<sup>20</sup>

C'est qu'en fait, le renouvellement de l'essai n'est qu'une simple faculté que l'employeur pourra mettre en œuvre ou pas, ce qui suppose qu'elle ne peut se présumer du seul silence de ce dernier.

Bien plus, cette position ne contredit une autre jurisprudence de la même Chambre sociale qui interprète le silence de l'employeur au-delà du terme de l'essai comme une confirmation tacite de la relation de travail.<sup>21</sup>

(4) Le renouvellement doit être accepté par le salarié, et cet accord doit être exprès et dépourvu d'ambiguïté.<sup>22</sup>

c) Enfin, l'absence d'une réglementation propre à la durée de l'essai dans le cadre d'un contrat à durée déterminée pose elle aussi problème car si rien ne doit empêcher un employeur de soumettre un salarié à une période d'essai,<sup>23</sup> il est évident que les durées fixées par l'art. 18 ne peuvent recevoir application dans ce cas.

Et ce sont les conventions collectives- devant le silence de la loi- qui ont eu parfois à fixer cette durée .Ainsi pour la convention collective AIR ALGERIE, la durée de l'essai est de 8 jours lorsque le CDD est conclu pour une durée inférieure à 6 mois, et de 1 mois quand sa durée est égale ou supérieure à 6 mois.

Pour la Convention collective OPGI, la durée de l'essai dans le cadre d'un CDD varie entre 8 jours jusqu'à 3 mois selon la durée du CDD et la catégorie professionnelle à laquelle appartient le salarié (exécution, maîtrise ou encadrement.

Mais hormis ces deux conventions collectives, on a pas trouvé traces d'une autre convention qui traite de la question, ce qui est d'ailleurs à l'avantage du salarié à qui on ne pourrait pas opposer un essai dans un CDD même s'il a été stipulé dans le contrat individuel de travail, et cela en application du principe de faveur.

## **II) Rupture de l'essai : une liberté sous surveillance**

La liberté de rompre le contrat de travail au cours –ou à l'expiration- de la période d'essai, sans préavis ni indemnités semble être la caractéristique essentielle de cette première phase de la relation de travail ; elle constitue même sa raison d'être.

En France, ce principe s'était dégagé depuis bien longtemps, et la jurisprudence avait consacré déjà en 1932 la possibilité pour les deux parties de mettre fin au contrat de travail pendant l'essai sans avoir à en justifier le motif, et sans préavis ni indemnités.<sup>24</sup>

En Algérie, cette solution a été consacrée depuis 1975 par l'art.10 de l'Ordonnance 75-31 (abrogée depuis) qui prévoyait que « pendant la période d'essai, la relation peut être librement rompue par l'une ou l'autre des parties sans motif et sans préavis ni indemnité », position reprise dans les mêmes termes par l'art 6 du décret 82-302(abrogé), et enfin par l'art .20 de la Loi 90-11(en vigueur.(

Cependant, cette affirmation doit être aujourd'hui nuancée car l'absence de préavis ne se vérifie pas toujours, et la rupture de l'essai peut, lorsqu'elle est déclarée abusive donner droit à indemnité au profit du salarié. Et c'est un régime spécifique à la rupture de l'essai qui est en train de se mettre en place et qui le fait rapprocher- du moins sur certains aspects- du régime du licenciement.<sup>25</sup>

### **A. Rupture de l'essai et délai de préavis:**

a)En France,une Cour d'appel avait en 1964 magistralement illustré ce principe que la rupture de l'essai doit intervenir sans préavis, en décidant qu' « Il est de l'essence même dudit contrat (à l'essai) de pouvoir prendre fin à tout moment (.....) Sans préavis ».<sup>26</sup>

Et un auteur justifiait alors l'inutilité du respect d'un préavis lors de la rupture de l'essai par le fait que « le travailleur sait par avance que si l'essai n'est pas satisfaisant,il sera licencié, et l'effet de surprise que le préavis a pour but de supprimer n'existe plus ».<sup>27</sup>

En vérité, cet avis n'est pas convaincant dans la mesure où la rupture de l'essai n'étant qu'une simple faculté laissée à l'appréciation de l'employeur, et le salarié ne pouvant deviner l'issue satisfaisante ou non de l'essai,<sup>28</sup> il est normal qu'il doive être préparé à cette rupture ; et c'est là même la raison d'être du préavis.

D'ailleurs, et toujours en France, la Loi a clairement rompu avec cette conception qui fait de l'absence du préavis une caractéristique de la rupture de l'essai en instituant par l'effet de l'art.1221-25 issu de la Loi du 25 Juin 2008 un délai de préavis (dénommé en la circonstance délai de prévenance) applicable à la rupture de l'essai et dont la durée est modulée selon la présence du salarié dans l'entreprise. Ainsi donc se trouve condamnée l'idée que l'absence de préavis relèverait de l'« essence » même de la rupture lors de la période d'essai.<sup>29</sup>

En droit algérien, l'art.20 Loi 90-11 s'en tient dans un premier temps au principe que la rupture de l'essai ne donne pas droit à un délai de préavis. Cependant l'art.120 de la même Loi renvoie aux conventions collectives la possibilité de prévoir un préavis à respecter lors de la rupture de l'essai. Et là encore, et dans l'esprit du Législateur, rupture de la période d'essai et préavis ne sont pas antinomiques.

Mais en revenant aux normes collectives, force est de constater que la plupart des conventions collectives n'ont pas prévu cette option. Cependant, les deux seules conventions collectives qui ont eu à traiter de cette question l'ont fait d'une manière assez singulière:

-La convention collective ALGERIE POSTE, tout en restant muette sur la question, renvoie à son tour, et dans son art.33, au contrat individuel de travail la possibilité de « (...) prévoir un préavis réciproque » lors de la rupture de la période d'essai. Situation anachronique dans la mesure où cette convention « délègue » au contrat individuel ce que la Loi lui a « délégué » de réglementer. D'ailleurs, si dans le cadre de cette convention, un contrat de travail venait à prévoir un délai de préavis que les deux parties doivent respecter lors de la rupture de l'essai, et en application du principe de faveur, ce délai sera opposable à l'employeur mais pas au salarié.

-La seconde est la Convention collective AIR ALGERIE qui met à la seule charge du personnel au sol occupant un poste de maîtrise ou d'encadrement d'une part, et du personnel naviguant technique d'autre part, une obligation de respecter une période de préavis de 15 jours pour la première catégorie, et de 30 jours pour la seconde, lorsqu'ils sont l'auteur de la rupture de l'essai (Art .60 et 76). Par contre, l'employeur est exempté de respecter un quelconque préavis lorsque c'est lui prend l'initiative de rompre l'essai.

Ces dispositions vont en fait à l'encontre de la finalité même du préavis qui est de « préparer » l'autre partie à la rupture. Or s'il y a une partie qui doit profiter de ce préavis, c'est justement le travailleur qui pourrait dès lors commencer à rechercher un autre emploi.

Bien plus, si la rupture de l'essai émane du travailleur, c'est qu'il a peut être trouvé un meilleur emploi, et l'obliger dès lors à respecter – et lui seul- un délai de préavis peut le priver de cette opportunité si son employeur ne veut pas le décharger de cette obligation, alors que son éventuel nouvel employeur ne pourrait attendre jusqu'à l'expiration du préavis pour l'engager.



b) Une autre question relative au préavis lors de la rupture de l'essai peut se poser dans deux situations inédites où la rupture de la période d'essai viendrait à se confondre avec un licenciement « ordinaire. »

-La première concerne la rupture de l'essai lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un licenciement économique.<sup>30</sup>

En effet, une pratique ancienne, héritée de l'art.56 du décret 82-302 (aujourd'hui abrogé) mais que consacre tacitement l'art.71 Loi 90-11

veut que lors de la mise en œuvre d'une mesure de compression d'effectif, l'établissement de la liste des travailleurs concernés par cette mesure doit tenir compte du critère de l'ancienneté, et que les travailleurs les moins anciens seront les premiers à être « sacrifiés ». Or les salariés à l'essai sont les premiers à faire partie de cette catégorie.

Et en toute logique, un travailleur à l'essai compris dans un licenciement économique doit pouvoir bénéficier du droit à un préavis-ou à une indemnité compensatrice de préavis.-

C'est qu'en effet, et en faisant inclure un salarié à l'essai dans une mesure de licenciement collectif, l'employeur n'use plus de la faculté de rupture que lui concède l'art.20 Loi 90-11 puisque dans ce cas ce ne sont pas les aptitudes et les qualités professionnelles du salarié qui sont en cause, mais cette rupture est dictée par des difficultés économiques de l'entreprise. Et l'employeur se trouve dans ce cas contraint –et même doublement- de se séparer de ce travailleur à l'essai : d'une part par les difficultés économiques, et d'autre part par les dispositions de l'art.71 relatives à l'ordre de licenciement.

Pourtant en France, lorsqu'un cas pareil est venu se présenter, la Cour de cassation avait opté pour une autre solution, et bien qu'ayant constaté que le vrai motif de la rupture de l'essai est la suppression du poste, refusa d'appliquer les règles propres au licenciement économique, et préféra se placer sur le terrain de la rupture abusive.<sup>31</sup>

En vérité, et dans ce cas d'espèce, les deux solutions étaient bien envisageables. D'abord, rien n'empêchait l'application des procédures propres à la compression d'effectif même si la rupture est intervenue au cours de l'essai, et dès lors que la Haute cour avait qualifié l'opération de licenciement économique, rien n'aurait justifié sur le plan du droit, l'exclusion du salarié du bénéfice d'un préavis (ou d'une indemnité compensatrice.)

Ensuite, l'on peut effectivement se placer sur le terrain de la rupture abusive de la période d'essai car cette rupture étant étrangère à l'appréciation des aptitudes professionnelles du salarié, elle ouvrira nécessairement droit à une indemnité pour rupture abusive selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie.

Et il faut croire que cette seconde solution, sur le plan pécuniaire est plus favorable au salarié qui bénéficiera d'une indemnité de rupture abusive autrement plus conséquente par rapport à une indemnité de préavis si on devrait se placer sur le terrain du licenciement économique.

-La seconde situation où la rupture de l'essai peut se confondre avec un licenciement est le cas où l'employeur fonde la rupture de l'essai sur une faute disciplinaire.

En effet, et selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie en France, si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire.<sup>32</sup> Aussi, et si la procédure disciplinaire doit être respectée à tout moment de la relation de travail, y compris pendant la période d'essai lorsque le motif invoqué par l'employeur consiste en une faute professionnelle, doit-on alors conclure que lorsque le licenciement disciplinaire ouvre droit, en l'absence de faute grave, à un délai de préavis, l'employeur soit tenu de respecter ce délai quand la rupture intervient pendant l'essai. ?

De ce principe posé par la Haute cour –respect de la procédure disciplinaire en cas de rupture de l'essai- un Tribunal prudhomal a osé tirer les conséquences qui en découlent, en considérant que si les faits reprochés à la salariée à l'essai peuvent justifier son licenciement, il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de faute grave, des indemnités compensatrices de préavis lui doivent être allouées.

Mais la Cour de cassation censure au motif que « Nulle indemnité n'est due au salarié dont la rupture du contrat de travail intervient en période d'essai, sauf abus de droit ».<sup>33</sup>

Aussi, pour cette juridiction, si la procédure disciplinaire doit être respectée lorsque l'employeur invoque une faute professionnelle à l'appui de sa décision de rupture de l'essai (entretien et présence d'un représentant du personnel), il ne fallait pas aller plus loin car finalement, cette rupture ne pouvait être imputée à l'employeur qui, de toutes les façons aurait pu procéder à la résiliation du contrat de travail sans être tenu d'en justifier la cause.

### **B) Rupture de l'essai et abus de droit:**

Il paraît aujourd'hui bien loin le temps où la Cour de cassation en France décidait que « Pendant la période d'essai, le contrat peut être rompu à tout moment, quelque soit le motif d'ordre technique ou non, pour lequel l'employé, soumis à l'épreuve ne paraît pas convenir à l'emploi envisagé, sans que puisse intervenir la notion d'abus, et sans qu'il puisse être question d'un retour au droit commun pour l'allocation des indemnités »,<sup>34</sup> car depuis, la jurisprudence a connu une heureuse évolution qui a eu le mérite de protéger le salarié tout en gardant intact le droit de l'employeur quant à la libre rupture de la période d'essai.

Les prémisses d'un premier revirement apparaîtront dans deux arrêts de la Cour de cassation en 1957 et 1960 qui continuaient à exonérer

l'employeur de toute responsabilité lors de la rupture de l'essai, « sauf intention de nuire ».

Mais comme l'intention de nuire était une preuve difficilement supportable pour le salarié, l'évolution se poursuivra, et la jurisprudence se contentera d'un manque de sérieux de la part de l'employeur lors de la rupture de l'essai pour caractériser l'abus

de droit. Il en sera ainsi lorsqu'un salarié a été engagé à l'essai pour trois mois puis congédié au bout de 26 jours durant lesquels il avait effectué plusieurs stages, aux motifs que les fonctions en vue desquelles il avait été recruté seraient exercés par un salarié de la maison, et que sa candidature était annulée pour compression d'effectif. La Cour de cassation, et après avoir constaté le caractère « insolite » du comportement de l'employeur et la brutalité de la rupture, rejeta le pourvoi contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait favorablement accueilli la demande du salarié en dommages et intérêts pour rupture abusive de la période d'essai<sup>35</sup>

Les prémisses d'un premier revirement apparaîtront dans deux arrêts de la Cour de cassation en 1957 et 1960 qui continuaient à exonérer l'employeur de toute responsabilité lors de la rupture de l'essai, « sauf intention de nuire »<sup>36</sup>

Mais comme l'intention de nuire était une preuve difficilement supportable pour le salarié, l'évolution se poursuivra, et la jurisprudence se contentera d'un manque de sérieux de la part de l'employeur lors de la rupture de l'essai pour caractériser l'abus de droit. Il en sera ainsi lorsqu'un salarié a été engagé à l'essai pour trois mois puis congédié au bout de 26 jours durant lesquels il avait effectué plusieurs stages, aux motifs que les fonctions en vue desquelles il avait été recruté seraient exercés par un salarié de la maison, et que sa candidature était annulée pour compression d'effectif. La Cour de cassation, et après avoir constaté le caractère « insolite » du comportement de l'employeur et la brutalité de la rupture, rejeta le pourvoi contre l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait favorablement accueilli la demande du salarié en dommages et intérêts pour rupture abusive de la période d'essai.<sup>37</sup>

Mais c'est un arrêt de principe de la Cour de cassation en 1976 qui allait tracer les contours de la notion d'abus de droit en matière de rupture de la période d'essai. Cette rupture présentera un caractère abusif chaque fois « (...) qu'elle est inspirée par des motifs étrangers à la capacité professionnelle du salarié ». <sup>38</sup> Et c'est à peu près à cette formulation que la jurisprudence s'en tient aujourd'hui pour caractériser l'abus de droit : la rupture de l'essai sera abusive lorsqu'il s'avère que la véritable cause l'ayant motivé n'est pas inhérent à l'appréciation des qualités ou aptitudes professionnelles du salarié.<sup>39</sup>

Non exhaustifs, la jurisprudence en France nous fournit un certain nombre de cas d'espèce où la rupture de l'essai intervenue à l'initiative de l'employeur a été déclarée abusive:

-D'abord, c'est la précipitation inhabituelle de l'employeur à procéder à la rupture de l'essai qui peut caractériser l'abus lorsqu'un temps suffisant n'a pas été accordé au salarié pour faire ses preuves. Aussi, a été jugée abusive la rupture intervenue à l'initiative de l'employeur une demi-heure après le début de l'essai,<sup>40</sup> ou à plus forte raison avant même son début ;<sup>41</sup> ou encore la rupture survenue une semaine après le début de l'essai d'un salarié âgé de 45 ans et qui venait de démissionner de son poste précédent.<sup>42</sup>

-Ensuite, c'est le détournement de la période de l'essai de sa finalité qui peut constituer l'élément de l'abus, comme l'utilisation de l'essai pour faire face à un

surcroît d'activité, ou pour pourvoir au remplacement d'un salarié temporairement absent.<sup>43</sup>

-Parfois, c'est la faute liée aux circonstances de la rupture que les tribunaux retiennent pour déclarer la rupture abusive (on parle alors de l'attitude légère et blâmable de l'employeur). Ainsi a été jugé abusif le congédiement par téléphone d'un directeur d'agence à l'essai suite à une altercation avec un subordonné sans que l'employeur n'ait pris la peine de se renseigner sur la cause de la querelle, ni sur la responsabilité de l'agent incriminé<sup>44</sup>.

-Dans d'autres situations, c'est le manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles pendant l'essai qui peuvent constituer l'élément de l'abus. Ainsi, la rupture de l'essai d'un salarié recruté en tant que directeur de site mais ayant exercé dans les faits des fonctions de responsabilité moindre a été jugée abusive,<sup>45</sup> ou encore la rupture de l'essai qui trouve son origine dans le refus du salarié d'accepter une modification substantielle du contrat de travail.<sup>46</sup>

-Enfin, la rupture de l'essai fondée sur une cause de discrimination constitue aussi un abus de droit, s'il s'avère que la véritable raison de la rupture est liée à l'âge, au sexe, aux convictions politiques ou religieuses ou à l'état de santé du salarié.<sup>47</sup>

### **Conclusion:**

Pour le travailleur, la période d'essai revêt une importance capitale puisqu'elle va conditionner la suite de sa relation de travail. Et pour garder intacte la possibilité de rupture accordée aux deux parties, et préserver les droits du salarié afin que l'essai ne soit pas dévoyé de sa finalité, une intervention législative est nécessaire pour encadrer clairement la période d'essai quant aux conditions de son opposabilité au salarié, et surtout d'organiser minutieusement sa durée et la possibilité ou non de son renouvellement selon la nature du contrat de travail (cdi ou cdd), et ne pas laisser ces questions ni aux conventions collectives (sinon pour des dispositions plus favorables au salarié), ni à plus forte raison au contrat individuel de travail.

Quant à la liberté de sa rupture, cette affirmation doit être relativisée, et l'on a vu comment en France, la jurisprudence s'attache chaque fois à rechercher les véritables motifs de la rupture, qu'elle n'hésite pas à qualifier d'abusives (avec octroi d'indemnités) toutes les fois où il est établi qu'elle était étrangère à l'appréciation des qualités professionnelles du salarié.

Et même l'absence d'un préavis lors de la rupture de l'essai ne doit pas toujours se vérifier car rien en droit ne doit empêcher –même en droit algérien– un salarié à l'essai compris dans un licenciement économique de pouvoir bénéficier d'un tel délai dans la mesure où cette rupture n'est pas inhérente à ses aptitudes.

### **Notes, jurisprudence et bibliographie :**

<sup>1</sup> On pense notamment à la vente à l'essai du code civil(art.355). Pour une vue d'ensemble sur le contrat assorti d'une clause d'essai, voir L. LORVELLEC, L'essai dans les contrats, Thèse de Doctorat, Université Rennes 1, 1972 et un peu plus tard, S.TOURNAUX, L'essai en droit privé, Thèse de Doctorat, Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2008.

<sup>2</sup> En France, la période d'essai a été d'abord régie par le droit conventionnel, avant que le Législateur n'intervienne à travers l'art. 122.3-2 pour fixer la durée de l'essai dans les C.D.D. Ensuite, il avait fallu attendre 2008 pour que la Loi du 25 Juin 2008, devenue l'art .L 1221-19 vienne consacrer un régime général qui gouverne la période d'essai.

- <sup>3</sup> H.BLAISE, La période d'essai ; dix ans de jurisprudence, R.J.S. 5/89, p. 269.
- <sup>4</sup> Cas.Soc. 13 Mars 1990, R.J.S. 5/90 n° 346- 1 Février 2000, R.J.S. Mars 2000, n°246.Voir sur cette question, J. DUQUESNE, Droit du travail, Ed. Galiano, 2010, p.151.
- <sup>5</sup> J.MOULY, Une innovation ambiguë : la réglementation de la période d'essai, Dr. Soc. 2008, p.288.
- <sup>6</sup> Excepté le cas où la période d'essai est rendue obligatoire par la loi . Voir par exemple l'art.24/2 de la Loi 81.07 relative à l'apprentissage qui prévoit que les deux premiers de l'apprentissage sont considérés comme une période d'essai.
- <sup>7</sup> Voir en France Cas .Soc. 27 Octobre 2009, n°08.41-661, et en Algérie, Cour Sup. Ch .Soc. 7 Janvier 2010, n°540092 et 8 Avril 2010 n° 540093.
- <sup>8</sup> Cas.Soc. 20 Mai 1998, n° 96.41-542.
- <sup>9</sup> P. ETIENNOT, Stage et essai en droit du travail, R.J.S. 8-9/1999, p.663.
- <sup>10</sup> Cas.Soc. 20 Mars 2005 ,n° 02.46-103. Sur cette question en général, voir J.Y. FROUIN, Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi, R.J.S. 6/2005 ,p.423
- <sup>11</sup> J. MOULY, Le non-cumul de la période d'essai et la période probatoire, Note sous Cas .Soc. 20 Octobre 2010, J.C.P. Ed.G 2010, 1316, p . 2446.
- <sup>12</sup> Cas.Soc. 4 Janvier 2000, R.J.S. Fev. 2000, n°145
- <sup>13</sup> S . RIKLI, La convention collective dans la législation algérienne ( en arabe), Thèse de Doctorat, Université Constantine 1, 2014, p. 256.
- <sup>14</sup> S. TOURNAUX, Pour une appréciation in concreto du caractère raisonnable de la durée de l'essai , R.D.T. 2012, p.150.
- <sup>15</sup> Cas.Soc. 4 Juin 2009, R.D.T. 2009, p.579, Note S. TOURNAUX. Voir aussi Cas.Soc. 11 Février 2012, n° 10.17-945.
- <sup>16</sup> Cas.Soc. 25 Février 2009, R.J.S. 5/2009, n°409.
- <sup>17</sup> Cas.Soc. 29 Novembre 2009, R.J.S. 2/O1, n°162.
- <sup>18</sup> Cas.Soc. 11 Mars 2009, R.J.S. 6/O9 n°494.
- <sup>19</sup> Cas.Soc. 27 Juin 2018, n°16.28-515.
- <sup>20</sup> Cour Supr. Ch.Soc. 3 Mars 1993, n°93380.
- <sup>21</sup> Cour Supr .Ch.Soc.15 Septembre 1998, n°168829
- <sup>22</sup> Cas .Soc.25 Novembre 2009, Bull. Civ. V, n°265 et 15 Juin 2000, n°08.43-244.
- <sup>23</sup> D'ailleurs les art. 18,19 et 20 sont placés sous le chapitre « Dispositions générales » qui lui-même intègre le chapitre III de la Loi 90-11 intitulé « Relations individuelles de travail » ce qui implique que ces trois articles –sous réserve de quelques aménagements – sont applicables à tout contrat de travail quelle que soit sa nature.
- <sup>24</sup> H. SINAY, Le travail à l'essai, Dr. Soc. 1963, p.152.
- <sup>25</sup> D. CARSSIN-CORRIGNON, La rupture de la période d'essai, une autonomie sur le déclin ? J.C.P. Ed. E 2005, 1241
- <sup>26</sup> Chambéry, 21 Décembre 1964, J.C.P. 1965, IV, 51.
- <sup>27</sup> H. GROUDEL, Note sous Cas.Soc. 12 Mars 1970, J.C.P. 1970,II, 16548.
- <sup>28</sup> D'ailleurs, cette rupture peut intervenir même lorsque l'employeur est satisfait des prestations du salarié puisqu'il n'est pas tenu de justifier cette cessation.
- <sup>29</sup> A. MAZEAUD, Droit du travail, 8em. Edition Montchrestien, 2012, p.186.
- <sup>30</sup> J. MOULY, La rupture de l'essai pour motifs économiques, Note Dalloz 1982,p.206 .
- <sup>31</sup> Cas.Soc. 20 Novembre 2007, n°O6.41-212.
- <sup>32</sup> Cas .Soc. 10 Mars 2004, n°O1.44-750 et les observations de D.CARSSIN-CORRIGNON au J.C.P. Ed. G 2004, II, 10088.
- <sup>33</sup> Cas.Soc. 15 Avril 2006, n°06.24-930
- <sup>34</sup> Cas.Soc. 5 Janvier 1945, Dr.Soc. 1946, p.36 Obs. CARBONNIER
- <sup>35</sup> G. POULAIN, La liberté de rupture en période d'essai, Dr.Soc. 1980, p.470.
- <sup>36</sup> Cas.Soc. 18 Juin 1957, J.C.P. 1957,II, 9887 et 19Mai 1960, Bull.Civ IV, n°520.
- <sup>37</sup> Cas.Soc.12 Mars 1970, J.C.P. 1970, 16548, Note H. GROUDEL
- <sup>38</sup> Cas.Soc. 1er Juillet 1976, Bull.Civ . V, n°411
- <sup>39</sup> J.MOULY, La résiliation de l'essai fondée sur des motifs étrangers à ses résultats :Pour une autre logique, Dr.Soc . 2005, p. 614. .Voir aussi J.PELISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD , Droit du travail , Précis Dalloz,20ème édition 2000, p.308 et en jurisprudence Cas.Soc. 2Novembre 2007, n°06.41-212.
- <sup>40</sup> Paris, 11 Décembre 2008 n°07-2548
- <sup>41</sup> Cas.Soc. 22 Mars 1972, Dalloz 1972, 468
- <sup>42</sup> Cas.Soc. 5Mai 2004, R.J.S. 7/2004, n°792.
- <sup>43</sup> Cas.Soc. 22 Février 1979, Dalloz 1979, Inf. Rap. 424, Obs. J. PELISSIER . Add. Cas.Soc. 6 Décembre 1995,Bull.Civ. V, n°289.
- <sup>44</sup> Cas.Soc. 10 Janvier 1974, Bull.Civ. V, n°33.
- <sup>45</sup> Cas.Soc.7 Février 2012, n°10.27-525.
- <sup>46</sup> Cas.Soc. 10 Décembre 2008,n°07.42-445.
- <sup>47</sup> Il paraît que dans ces cas de discrimination, la rupture de l'essai ne serait pas abusive mais nulle. Cas.Soc.15 Février 2005, Bull.Civ. V, n°52.