

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Aurélien Witzig, Calcul du temps d'essai : une complication excessive ; Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_3/2017, Newsletter DroitDuTravail.ch avril 2018

Art. 77 et 335b CO



Calcul du temps d'essai : une complication excessive – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_3/2017

Aurélien Witzig, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et Genève

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 4A_3/2017, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a jugé que le temps d'essai au sens de l'art. 335b CO commence en principe au jour du début effectif du rapport de travail (et non au jour du début contractuellement prévu si cette date diffère de l'entrée en fonction effective). Il a en outre précisé que lorsque le contrat de travail est conclu le jour même de l'entrée en fonction, ce jour n'est pas compté dans la computation du temps d'essai, conformément à l'art. 77, al. 1 CO. En revanche, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir comment doit être compté le temps d'essai lorsque le contrat de travail est conclu avant le jour de l'entrée en fonction.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le travailleur avait commencé à travailler, par accord oral, le 15 juillet. Il avait été malade le 24 juillet. Du 27 juillet au 14 août, il avait pris des vacances. L'employeur l'avait licencié le 16 août.

B. Le droit

La question se posait de savoir si le licenciement était intervenu durant le temps d'essai ou après celui-ci.

Le Tribunal fédéral répond que le licenciement est intervenu durant le temps d'essai.

Il juge que le point de départ du temps d'essai est le premier jour de travail effectif, quel qu'ait été le premier jour de travail contractuellement prévu.

Il prend ensuite appui sur le droit romain pour indiquer que seuls les jours complets peuvent être comptés dans un délai, le jour du départ du délai n'étant pas compté puisque ce jour peut être incomplet, si l'événement déclencheur du délai a lieu en cours de journée.

Ainsi, si le rapport de travail commence à être exécuté le jour où le contrat de travail est conclu, ce jour n'est pas entièrement utile et ne peut donc être comptabilisé dans la durée du temps d'essai, qui ne commence dès lors que le lendemain.

En l'espèce, le travailleur n'ayant pas rapporté la preuve que le contrat de travail – oral – aurait été conclu avant le premier jour de travail effectif, ce premier jour de travail ne devait pas compter dans le temps d'essai.

En revanche, le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur la situation où le contrat de travail aurait été conclu avant le premier jour de travail effectif.

III. Analyse

Le temps d'essai est une période durant laquelle les parties nouvelles à un rapport de travail s'octroient un temps d'observation, avant de décider de s'engager ensemble de manière durable¹.

Vu l'objectif ainsi défini du temps d'essai, ce dernier n'est concevable qu'entre des parties qui ne se connaissent pas².

La loi présume que le premier mois de travail constitue le temps d'essai (art. 335b, al. 1 CO), une durée différente pouvant être stipulée par accord écrit, contrat type de travail ou convention collective, dans la limite de trois mois (art. 335b, al. 2 CO). En cas de dépassement de ce maximum, le temps d'essai est limité à trois mois par application de la théorie de la nullité partielle (art. 20, al. 2 CO)³.

La loi précise que si le travail est interrompu pendant le temps d'essai par suite de maladie, d'accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer, le temps d'essai est prolongé d'autant (art. 335b, al. 3 CO). Cette liste est exhaustive⁴.

Le fait que le travail soit effectué à temps partiel ne prolonge pas la durée du temps d'essai, qui se décompte de façon calendaire⁵.

Le régime de la résiliation du rapport d'emploi diffère sensiblement suivant que l'on se trouve durant le temps d'essai ou après le temps d'essai. Premièrement, le délai de résiliation légal est réduit durant le temps d'essai puisqu'il n'est que de sept jours (art. 335b, al. 1 CO), durée qui peut toutefois être allongée, ou même réduite contractuellement. Deuxièmement, la

¹ Cf. ATF 129 III 124.

² Cf. TF 4C.93/1997 du 8 octobre 1997 ; TF 4C.284/2002 du 18 mars 2003. Pourtant, alors que le Tribunal fédéral a logiquement jugé qu'un apprentissage débouchant sur un engagement en contrat de travail ordinaire empêchait qu'un nouveau temps d'essai ne fût fixé (ATF 129 III 124, cons. 3.2), il n'a pas fait preuve de la même mansuétude à l'égard des travailleurs intérimaires, jugeant que chaque mission de travail intérimaire faisait partir une nouvelle période d'essai (ATF 119 V 46, cons. 1c). Moyennant quoi, il a traité deux situations largement semblables de manière dissemblable.

³ ATF 129 III 124, cons. 3.1.

⁴ ATF 136 III 562, cons. 3.

⁵ *Ibidem*.

protection contre les licenciements en temps inopportun ne s'applique pas (art. 336c CO). Troisièmement, le régime du licenciement abusif n'est applicable que de manière restreinte⁶.

Le point de savoir si l'on se trouve encore durant le temps d'essai est dès lors important lorsque l'employeur licencie le travailleur et entend soumettre ce licenciement au régime du temps d'essai.

Pour savoir si un licenciement a été notifié durant le temps d'essai, il est acquis en doctrine que c'est le moment de la notification de la résiliation qui importe⁷.

Se pose ensuite la question de la computation du temps d'essai, en particulier du moment où celui-ci commence. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le Tribunal fédéral vient de juger que ce premier jour est en tout cas le premier jour de travail effectif, quel qu'ait été le premier jour de travail contractuellement prévu. Cette solution paraît logique au vu du but du temps d'essai, et elle peut se prévaloir d'avoir figuré dans une précédente version du Code des obligations.

La suite du raisonnement du Tribunal fédéral est toutefois plus difficilement acceptable.

Ce dernier considère que lorsque le contrat de travail est conclu le jour même où le travail commence, ce jour ne serait pas entièrement utile et ne devrait dès lors pas être comptabilisé.

Il faut tout d'abord objecter que ce genre de situation n'est fréquente que pour les travailleurs journaliers (gens de bras d'autrefois ou travailleurs précaires d'aujourd'hui) ; il s'agit donc d'une exception plutôt que d'une norme – et heureusement. En principe, un employeur raisonnable n'engage pas sur un coup de tête une personne quelques secondes avant de lui confier du travail, sans ne jamais l'avoir rencontrée au préalable.

En outre, l'idée de considérer que le premier jour de travail effectif ne soit pas un jour utile semble peu conforme à ce qui se passe concrètement dans une relation de travail. Le travailleur et l'employeur n'ont-ils pas déjà commencé leur relation en ce premier jour de travail ? N'ont-ils pas déjà l'opportunité de s'apprécier l'un l'autre durant cette première fréquentation ?

Le raisonnement par analogie, certes autorisé d'un certain point de vue par l'alinéa 2 de l'article 77 du Code des obligations, trouve sa limite dans le fait que cet article est conçu pour une obligation ponctuelle et non pour une obligation de durée comme l'accomplissement d'un travail.

Autre problème : cette solution est en contradiction avec la jurisprudence précédente du Tribunal fédéral concernant le temps partiel ; si le temps partiel n'influe pas sur la durée du temps d'essai, c'est-à-dire si un travail d'une heure suffit à être décompté comme un jour de temps d'essai (lorsque, par hypothèse, un temps partiel d'une heure par jour est prévu), comment considérer qu'un travail d'une journée entière ne doive pas être compté, du seul fait que le contrat n'aurait pas été conclu le jour précédent, avant 23h59 au plus tard ?

⁶ ATF 134 III 108, cons. 7.1.

⁷ Cf. Aurélien Witzig, *Droit du travail*, Schulthess, 2018, N 678, p. 248 et les références citées.

Au total, la distinction esquissée entre contrat de travail conclu le jour même du début effectif de l'emploi et contrat de travail conclu précédemment paraît inutilement complexe et ne ferait qu'ajouter à l'incertitude juridique. On ne voit cependant pas comment le Tribunal fédéral pourrait désormais ne pas consacrer cette distinction – sauf à revenir sur la jurisprudence ici inaugurée. En effet, quelle raison objective pourrait justifier de ne pas tenir compte du premier jour de travail effectif dans le temps d'essai lorsque le contrat a été conclu précédemment ?

Loin de nous l'idée de considérer les références au droit romain comme obsolètes. Il serait toutefois plus judicieux de tenir compte des situations concrètes actuelles telles que vécues par les parties au travail.