

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

RÉFLEXION SUR LE DROIT APPLICABLE À LA RUPTURE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 43, 21 Octobre 2004, 1546

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

RÉFLEXION SUR LE DROIT APPLICABLE À LA RUPTURE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La combinaison de l'article L. 122-4 du Code du travail et de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation entraîne l'inapplicabilité du droit du licenciement, qu'il s'agisse du droit commun ou des régimes spéciaux. Mais cette exclusion n'implique pas ou ne devrait pas impliquer celle des règles dont la loi impose le respect en cas de "rupture" du contrat de travail ou encore de "résiliation" ou enfin de "mesure" prise par l'employeur. Ainsi, la rupture du contrat de travail en période d'essai entre dans le champ d'application de nombreuses règles légales, même si la jurisprudence n'en impose pas toujours le respect. Il est vrai cependant, qu'en l'absence d'obligation pour l'employeur d'informer le salarié sur les motifs de la rupture, ces règles ne viendront que rarement limiter le droit de rompre.

1.

1. - 1 - Très fréquente en pratique, la période d'essai conserve, de nos jours, malgré l'affinement des méthodes de recrutement, une incontestable utilité. On ne saurait effectivement occulter la dimension humaine de la relation de travail ^{Note 1}, même si cette dimension est plus ou moins marquée selon la taille de l'entreprise ou la nature des fonctions confiées. Dès lors, il peut paraître souhaitable que, pendant un délai raisonnable, chacune des parties puisse se désengager sans entrave lorsque, pour le salarié, l'emploi ne lui convient pas, et pour l'employeur, le candidat retenu n'a pas la compétence requise ou les qualités nécessaires à son intégration dans l'entreprise.

2. - Mais, ce laps de temps ne saurait demeurer totalement hermétique aux évolutions que le droit du travail connaît depuis vingt ans, spécialement la montée des droits de la personne du salarié dans l'entreprise. Dès lors, la question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir dans quelle mesure cette pénétration du droit du travail peut ou doit être admise, eu égard à la finalité et à la nature de l'engagement à l'essai ^{Note 2}.

3. - 2 - Pendant longtemps, la période d'essai a été l'objet d'un intense débat doctrinal ^{Note 3}. La question qui divisait alors les auteurs concernait sa nature juridique. Plusieurs propositions avaient été

formulées. La plus ancienne voyait dans la période d'essai un avant-contrat, c'est-à-dire un contrat préparatoire, provisoire et préalable à la conclusion du contrat de travail définitif. Cette thèse de la dualité a par la suite été abandonnée dans la mesure où elle ne rendait pas compte de la réalité. En effet, en dépit de la stipulation d'une période d'essai, il apparaît que tous les éléments du contrat définitif sont, dès l'origine, convenus entre les parties et que celui-ci succède à l'essai concluant sans nouvelle manifestation de volonté de leur part. C'est donc la thèse du contrat unique qui s'est imposée, mais avec des variantes notables.

4. - Pour certains, le contrat stipulant une période d'essai serait affecté d'une condition, suspensive pour les uns, résolutoire pour le plus grand nombre. Dans le premier cas, le contrat de travail serait suspendu jusqu'au terme convenu, ce qui paraît assez peu conforme à la pratique, et deviendrait caduc en cas d'essai non satisfaisant. Dans le second cas, la réalisation de la condition résolutoire - c'est-à-dire le constat par l'une des parties du caractère non probant de l'essai - entraînerait l'anéantissement du contrat. Dans des arrêts anciens^{Note 4}, la Cour de cassation avait consacré cette dernière analyse, suscitant les critiques des partisans de la thèse de la " consolidation progressive " du contrat de travail^{Note 5} pour lesquels, définitif dès l'origine, ce dernier connaîtrait seulement un assouplissement provisoire des règles de résiliation unilatérale en cours de période d'essai.

5. - 3 - L'enjeu de la discussion n'était autre que la qualification de la rupture de la période d'essai, donc de son régime juridique, question autour de laquelle le débat doctrinal s'est quelque temps cristallisé. En effet, selon la thèse du contrat sous condition, le défaut de réalisation de la condition suspensive ou la réalisation de la condition résolutoire entraînent l'anéantissement du contrat frappé de caducité, l'absence de rétroactivité se justifiant cependant par son caractère successif. En revanche, si l'on admet que la période d'essai constitue la première phase d'un contrat à consolidation progressive, la rupture s'analyse en une résiliation unilatérale du contrat de travail et même, comme l'ont soutenu certains auteurs^{Note 6}, en un licenciement ou une démission. Effectivement, la faculté de résiliation unilatérale des contrats à exécution successive conclus sans détermination de durée ne souffre aucune limite autre que celles fixées par la loi. Dès lors, le contrat de travail à durée indéterminée doit pouvoir, en l'absence de disposition contraire de la loi, être résilié à tout moment, y compris pendant la période d'essai.

6. - Il paraît difficile aujourd'hui de soutenir la thèse du contrat sous condition dans la mesure où le législateur semble considérer la rupture de l'essai comme une résiliation du contrat. Ainsi, l'exclusion expresse par l'article L. 122-4, alinéa 2^{Note 7}, du Code du travail, des règles concernant le droit de la résiliation unilatérale tend à établir qu'à défaut de disposition en ce sens, ce dernier aurait vocation à s'appliquer en période d'essai. Mais surtout, l'article L. 122-25 du Code du travail dispose, à propos de la salariée en état de grossesse, l'interdiction pour l'employeur de " résilier son contrat de travail au cours d'une période d'essai ".

7. - 4 - Quant à la jurisprudence, elle ne prend pas aujourd'hui clairement position sur ce point précis. En revanche, elle se prononce sur les règles dont l'application doit être écartée en période d'essai. Ainsi, conformément à l'article L. 122-4, alinéa 2, du Code du travail, les dispositions de la section du Code intitulée " résiliation du contrat à durée indéterminée " ^{Note 8}, qui fixent le droit commun en la matière, ne s'appliquent pas en cours de période d'essai. L'exclusion concerne les régimes de la démission, du départ et de la mise à la retraite (même si l'hypothèse paraît peu probable) et, surtout, celui du licenciement. Comme le rappellent avec constance les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation, pendant la période d'essai, l'employeur n'a pas à justifier la rupture du contrat ; elle n'est pas non plus soumise au respect de la procédure d'entretien préalable et n'ouvre pas droit à préavis ^{Note 9}.

8. - Mais, allant plus loin, les juges rejettent également l'application de toutes les règles spéciales qui régissent le licenciement ^{Note 10}, au motif que la rupture du contrat en cours de période d'essai ne constitue pas un licenciement au sens de la loi ^{Note 11}. Il en résulte que l'employeur a, en principe, pendant la période d'essai, le pouvoir de résilier le contrat sans contrainte de fond ou de forme d'origine légale, dans la limite de la fraude et de l'abus de droit. ^{Note 12}

9. - Ainsi, la jurisprudence exclut, en période d'essai, l'application de toutes les règles régissant précisément le licenciement, qu'elles soient générales ou spéciales. Ces règles sont cependant, nous semble-t-il, les seules à devoir être écartées. Celles qui ne participent pas du régime exclusif du licenciement devraient, au contraire, trouver application chaque fois que la généralité de l'article concerné ne conduit pas à en écarter l'application en cours d'essai. Tel est le cas lorsque le texte en cause vise, non

pas strictement le licenciement, mais plus largement la " rupture " ou la " résiliation " du contrat (1). Tel est le cas, également, lorsque sont visées les " mesures " prises par l'employeur (2) ^{Note 13}.

2. 1 - L'applicabilité des dispositions visant la rupture ou la résiliation du contrat

10. -

11. - 5 - La combinaison de l'article L. 122-4, alinéa 2, du Code du travail et de la jurisprudence consacrant l'autonomie de la rupture de l'essai conduit à écarter, pendant la période d'essai, les règles applicables au seul licenciement. En revanche, la procédure de licenciement pour motif économique concernant " toute rupture du contrat ", il n'y a pas lieu, nous semble-t-il, d'en exclure l'application en période d'essai (A). De même, à défaut de constituer un licenciement, la rupture du contrat de travail en période d'essai s'analyse en une résiliation unilatérale du contrat ; dès lors, en dépit des solutions contradictoires de la Cour de cassation, elle devrait être soumise aux règles juridiques définies par des textes se référant à cette notion plus large que celle de licenciement (B).

A. - A - L'applicabilité des textes relatifs au licenciement pour motif économique

12. -

13. - 6 - Aux termes de l'article L. 321-1, alinéa 2, du Code du travail, les dispositions régissant le licenciement pour motif économique sont applicables à " toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent ". La formule, issue de la loi du 29 juillet 1992, présente un caractère général dont la doctrine n'a pas manqué de souligner qu'elle implique certainement l'obligation pour l'employeur qui décide de mettre fin à un essai pour une cause économique de se soumettre à la procédure du Livre III du Code du travail ^{Note 14}. Depuis lors, la jurisprudence n'a pas eu à connaître d'espèces lui permettant de se prononcer, les employeurs n'ayant pas l'obligation de justifier la décision de rompre l'essai et ayant même intérêt à s'abstenir. Cependant, si l'occasion se présentait, on voit mal sur quel fondement les juges refuseraient de considérer que le texte vise notamment la rupture du contrat en cours de période d'essai.

B. - B - Les contradictions de la jurisprudence concernant les textes encadrant la résiliation du contrat

14. -

15. - 7 - Plusieurs textes du Code du travail prévoient également l'interdiction pour l'employeur, non pas seulement de licencier le salarié se trouvant dans une situation particulière, mais plus largement de résilier son contrat de travail. Or, nous l'avons vu, la rupture de l'essai constitue une manifestation du droit de résiliation unilatérale découlant de l'interdiction des engagements perpétuels. Cependant, si la jurisprudence s'inscrit bien dans cette logique en ce qui concerne la protection des salariés victimes d'un accident du travail, elle s'en écarte s'agissant de la protection de la maternité.⁸ - En matière de protection des accidentés du travail, l'article L. 122-32-2 du Code du travail interdit à l'employeur de " résilier " le contrat de travail à durée indéterminée au cours des périodes de suspension, sauf faute grave de l'intéressé ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou, mais l'hypothèse est moins probable en période d'essai, la maladie.^{Note 15} Le dernier alinéa prévoit la nullité de toute résiliation prononcée en méconnaissance des dispositions précédentes. Conformément à la lettre du texte, dont le caractère compréhensif trouve certainement sa justification dans la responsabilité de l'entreprise en matière de risque professionnel, la Chambre sociale de la Cour de cassation a, plusieurs fois, décidé que l'interdiction de la résiliation du contrat posée par l'article L. 122-32-2 du Code du travail s'impose pendant la période d'essai. Il en résulte qu'en l'absence de faute grave du salarié ou d'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident, la résiliation prononcée pendant la période de suspension provoquée par l'accident est nulle alors même qu'elle intervient pendant la période d'essai.^{Note 16} En revanche, s'agissant de la protection de la maternité, en dépit de la similitude des termes des articles L. 122-32-2 et L. 122-25-2^{Note 17} du Code du travail, la Cour de cassation décide que contrairement à celui-là, celui-ci n'est pas applicable en période d'essai^{Note 18}. Or, il n'existe pas de raison d'ordre juridique de traiter différemment les deux textes. Dès lors, une harmonisation des solutions sur ce point serait souhaitable.

3. 2 - L'applicabilité des dispositions visant toutes mesures

16. -

17. - 9 - Certains articles du Code du travail régissent " toutes mesures " prises par l'employeur. La rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, pendant la période d'essai, entre bien dans leur champ. Ainsi, comme l'a décidé la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2004 ^{Note 19}, le respect du droit disciplinaire s'impose quelles que soient les modalités de la sanction, notamment en cas de rupture d'essai justifiée par une faute (A). Au-delà, il est possible d'affirmer également l'interdiction, pendant la période d'essai, de toute " mesure discriminatoire, directe ou indirecte ", décidée par l'employeur pour un motif illicite énuméré à l'article L. 122-45 du Code du travail ou pour des faits liés à un harcèlement, sexuel (C. trav., art. L. 122-46) ou moral (C. trav., art. L. 122-49) (B).

A. - A - Le respect du droit disciplinaire

18. -

19. - 10 - Dans l'arrêt du 10 mars 2004 ^{Note 20}, les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation ont décidé que les dispositions de l'article L. 122-41 du Code du travail s'imposent en période d'essai. L'espèce concernait une fonctionnaire de l'administration territoriale qui, à sa demande, avait été placée en position de détachement auprès d'une association. Un contrat de travail à durée indéterminée avait été conclu, contrat assorti, conformément à la convention collective nationale applicable, d'une période d'essai de 6 mois. Invoquant diverses fautes de la salariée, l'employeur avait mis fin à l'essai. La salariée avait alors saisi la juridiction prud'homale et obtenu des dommages et intérêts pour non-respect de la procédure disciplinaire, plus précisément de l'article L. 122-41. Après la Cour d'appel de Douai, la Cour de cassation confirme la solution : " Mais attendu que 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 ".11 - La solution est logique. Dès lors que l'employeur invoque des fautes à l'appui de la rupture du contrat, celle-ci s'analyse en une sanction disciplinaire, au sens de l'article L. 122-40 du Code du travail, dont le prononcé suppose le respect des droits de la défense, définis à l'article L. 122-41, qui fixe le droit commun disciplinaire, obligatoire chaque fois qu'une sanction, autre que le licenciement, est envisagée. Ainsi, la jurisprudence affirme de manière constante l'obligation pour l'employeur de respecter l'article L. 122-41 lorsqu'il rompt un contrat à durée déterminée pour faute grave ^{Note 21}. Mais au-delà de ce

texte précis, c'est le droit disciplinaire dans son intégralité qui devrait trouver application, en particulier l'article L. 122-43 du Code du travail qui, d'une part, confère au juge prud'homal le soin de contrôler la régularité de la procédure suivie, le caractère fautif des faits retenus ainsi que l'absence de disproportion de la sanction à la faute, et, d'autre part, prévoit que le doute profite au salarié. La liberté reconnue aux parties en période d'essai s'efface devant le droit disciplinaire. Il en résulte deux paradoxes. Tout d'abord, le fait pour le salarié en période d'essai de se voir reprocher une faute lui confère une protection accrue. Bien plus, l'autonomie de la rupture de l'essai par rapport au licenciement devrait conduire à en admettre l'annulation par le juge alors que le législateur en écarte expressément l'application en cas de licenciement disciplinaire ^{Note 22}.¹² - Il se pourrait cependant que, comme en matière de contrat à durée déterminée ^{Note 23}, la Cour de cassation aligne le régime de la rupture de la période d'essai sur celui du licenciement et écarte le pouvoir d'annuler les sanctions autres que le licenciement que le juge tient de l'article L. 122-43. La solution serait néanmoins curieuse dans la mesure où l'exclusion des règles spéciales de licenciement en période d'essai repose sur l'affirmation jurisprudentielle de l'autonomie de ce mode de rupture par rapport au licenciement. Il serait pour le moins contestable que la parenté du licenciement soit, dans ce cas précis, invoquée pour, cette fois, écarter une règle concernant les sanctions autres que le licenciement.

B. - B - L'interdiction des discriminations

20. -

21. - 13 - Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 9 mai 1986 ^{Note 24}, les juges avaient rejeté l'application de l'article L. 122-45 du Code du travail pendant la période d'essai. Ils avaient certes condamné l'employeur, qui s'était fondé sur les opinions politiques du salarié pour rompre le contrat, mais en invoquant l'abus de droit caractérisé par la violation de principes généraux du droit ^{Note 25}. La décision se justifiait alors par la rédaction du texte qui ne se référait qu'au licenciement. Or, plusieurs fois complété par la suite, l'article L. 122-45 condamne aujourd'hui, de façon très large, toute " mesure discriminatoire, directe ou indirecte... " fondée sur l'un des motifs énumérés. La généralité des termes employés permet d'affirmer que la rupture de l'essai fait partie du champ de l'article. ^{Note 26} Une argumentation identique permet de soutenir qu'elle fait également partie du champ d'application des articles L. 122-46 et L. 122-49, lesquels réputent nulle, toute " mesure discriminatoire, directe ou indirecte " à l'encontre d'un salarié ayant subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel ou moral, ou ayant témoigné ou relaté de tels agissements. Ici encore, la formulation utilisée permet de

considérer que ces dispositions s'imposent pendant la période d'essai.Or, inclure la rupture du contrat en cours d'essai dans le champ de ces textes n'est pas sans conséquence. En premier lieu, contrairement à l'abus de droit que sanctionnent des dommages et intérêts, c'est la nullité de l'acte, et donc la réintégration de la victime, que prévoient ces articles. En second lieu, ces derniers sont assortis d'un régime probatoire spécial, facilitant la preuve du motif illicite, dont le fardeau ne pèse plus principalement sur le salarié demandeur ^{Note 27} ; en présence d'éléments de fait laissant supposer une discrimination, l'employeur doit en effet établir que la rupture repose sur une cause objective ^{Note 28}. Comme le souligne un auteur, " le droit dit discrétionnaire suppose alors une certaine absence de motif. On est proche de l'exigence de motivation légitime de la rupture " ^{Note 29}. Faut-il le regretter ? Il nous semble au contraire que l'importance des valeurs en jeu et la difficulté qu'il y a à débusquer les discriminations justifient cette évolution. ^{Note 30} 14 - L'utilité pratique de la période d'essai ne saurait justifier qu'elle demeure en marge des avancées du droit quant à la protection des droits de la personne. En l'absence de disposition légale expresse, aucune raison ne justifie l'exclusion des textes applicables à la rupture du contrat ou à sa résiliation, du droit disciplinaire ou de l'interdiction des discriminations. Il est vrai cependant que la reconnaissance de l'applicabilité d'un certain nombre de règles à la rupture de l'essai n'a qu'une portée limitée en l'absence de formalisme et d'obligation pour l'employeur d'informer le salarié des motifs de la rupture. Elle renforce notamment la prime au silence déjà dénoncée par le passé. ^{Note 31} Dès lors, le moment n'est-il pas venu de franchir une nouvelle étape en imposant à l'employeur une obligation d'information du salarié sur les motifs de la rupture de l'essai ^{Note 32} ?

Laboratoire Interdisciplinaire sur les Ressources Humaines et l'Emploi, UMR 5066.

Note 1 Cf. D. Noguero, Le devenir de la période d'essai du salarié : Dr. soc. 2002, p. 589.

Note 2 S'agissant du contrat à durée déterminée, la question des règles exclues en cas de rupture du contrat pendant la période d'essai est précisément réglée par l'article L. 122-3-9 du Code du travail.

Note 3 Cf. G. Couturier, Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail, PUF 1990, Collection Droit Fondamental, n° 76, p. 138 et s.

Note 4 Cass. soc., 21 avr. 1955 : Bull. civ. 1955, IV, n° 347. - Cass. soc., 12 mars 1970 : JCP G 1970, II, 16548, note H. Grautel.

Note 5 H. Sinay, Le travail à l'essai : Dr. soc. 1963, p. 150.

Note 6 Pour ces auteurs, sauf disposition contraire expresse, la résiliation unilatérale du contrat par l'employeur constitue en principe un licenciement ; en conséquence, en cas de rupture de la période d'essai pour motif économique, l'employeur doit respecter la procédure correspondante (cf. M. Despax et J. Pélissier, La gestion du personnel, 2e éd., Cujas 1984, p. 66). Selon M. Jeammaud, not., " le contrat est,

dès la période d'essai, un véritable contrat de travail et l'article L. 122-4 du Code du travail n'exclut pas la qualification de licenciement : il écarte seulement l'application d'un nombre limité de règles (importantes certes) formant le droit commun du licenciement " (M. Jeammaud, La notion de licenciement pour motifs économiques : Dr. soc. 1981, p. 270).

Note 7 Aux termes de l'article L. 122-4, alinéa 2, du Code du travail, issu de la loi du 13 juillet 1973, " le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ".

Note 8 C. trav., art. L. 122-4, livre I, titre II, chap. II, sect. 2.

Note 9 Cass. soc., 29 mai 1979 : D. 1980, inf. rap. p. 23, obs. Ph. Langlois. - Cass. soc., 2 juin 1981 : D. 1982, 206, note J. Mouly ; JCP G 1981, I, 10017, p. 301, n° 10, obs. B. Teyssié. - Cass. soc., 10 mars 2004 : Liaisons soc. 18 mars 2004, n° 14 098, Bref soc. ; FRS Lefebvre 10 avr. 2004, p. 9 ; Semaine sociale Lamy 22 mars 2004, n° 1161, p. 11.

Note 10 C'est ainsi que la Cour de cassation avait, autrefois, écarté l'application de la procédure d'autorisation administrative, préalable au licenciement pour cause économique (Cass. soc., 2 juin 1981, op. cit.). Plus récemment, alors même que l'article L. 122-25 interdit expressément la prise en considération de l'état de grossesse d'une salariée pour résilier son contrat au cours de la période d'essai, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que la rupture du contrat, pendant la période d'essai, en raison de l'état de grossesse de la salariée, n'est pas nulle mais ouvre seulement droit à des dommages et intérêts sur le fondement, très curieusement d'ailleurs, de l'article L. 122-30, alinéa 1, du Code du travail (Cass. soc., 15 janv. 1997 : TPS 1997, comm. n° 73, obs. P.-Y. Verkindt). De même, s'agissant de la rupture de l'essai d'un conseiller prud'homme en fonctions, la Cour de cassation a admis que l'employeur n'avait pas à respecter la procédure de licenciement définie à l'article L. 514-2 du Code du travail (Cass. soc., 13 mars 1985 : D. 1985, jurispr. p. 442, note J. Mouly).

Note 11 Cass. soc., 2 juin 1981, op. cit. En revanche, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'un employeur ne pouvait mettre fin unilatéralement au contrat d'un salarié, régulièrement élu au comité d'entreprise, pendant la période d'essai (Cass. crim., 5 nov. 1974 : Bull. crim. 1974, n° 313). Contrairement à la Chambre sociale et en dépit du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, la Chambre criminelle ne considère pas la rupture de l'essai comme un mode autonome, distinct du licenciement.

Note 12 Cf. Ph. Auvergnon, Les ruptures en période d'essai, Dr. soc. 1992, p. 803 ; N. Bataille-Nevejans, La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles, Dr. soc. 2004, p. 341 ; J.-P. Tricoit, L'abus du droit de rompre le contrat au cours de la période d'essai : JSL 2004, n° 144, chron. p. 4.

Note 13 Il en va de même lorsque le contrat est à durée déterminée. En effet, l'article L. 122-3-9 du Code du travail exclut expressément l'application des articles L. 122-3-4, L. 122-3-7 et L. 122-3-8 en cours de période d'essai. En revanche, aucun texte ne justifie la mise à l'écart des règles générales concernant la rupture ou la résiliation du contrat, lorsqu'elle est autorisée par la loi, ou les mesures prises par l'employeur.

Note 14 D. Corrignan-Carsin, La période d'essai : RJS août-sept. 1995, p. 559.

Note 15 C. trav., art. L. 122-32-2, al. 2, prévoit l'interdiction pour l'employeur de résilier un contrat à durée déterminée pour un autre motif que la faute grave ou la force majeure.

Note 16 Cass. soc., 19 avr. 1989 : Bull. civ. 1989, V, n° 295 ; D. 1990, jurispr. p. 8, note C. Puigelier ; JCP G 1990, II, 21 499, note J. Mouly. - Cass. soc., 5 juin 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 266 ; Dr. trav. 1990, n° 7, p. 19 ; Cah. soc. barreau 1990, A 40. - Cass. soc., 27 févr. 1997 : Bull. civ. 1997, V, n° 80 ; Dr. soc. 1997, p. 409, obs. C. Roy-Loustaunau.

Note 17 L'article L. 122-25-2 du Code du travail dispose : " Aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit en application de l'article L. 122-6 (...) ", sauf faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse, l'accouchement ou l'adoption.

Note 18 Cass. soc., 8 nov. 1983 : Bull. civ. 1983, V, n° 545. - Cass. soc., 15 janv. 1997, op. cit.

Note 19 Cass. soc., 10 mars 2004 : Juris-Data n° 2004-022764 ; JCP G 2004, IV, 10088, note D. Carrignan-Carsin.

Note 20 Cass. soc., 10 mars 2004, préc. note (20).

Note 21 Cass. soc., 5 mars 1987 : D. 1988, jurispr. p. 241, note J.-P. Karaquillo. - Cass. soc., 20 nov. 1991 : RJS janv. 1992, n° 10 ; Dr. soc. 1992, p. 76. - Cass. soc., 26 févr. 1992 : Cah. soc. barreau 1992, S 71, p. 119. - Cass. soc., 11 avr. 1996 : RJS mai 1996, n° 523. - Cass. soc., 27 juin 2001 : RJS oct. 2001, n° 1140. - Cass. soc., 10 juill. 2002 : RJS nov. 2002, n° 1209.

Note 22 C. trav., art. L. 122-43, al. 3.

Note 23 Cass. soc., 12 nov. 2003 : Dr. soc. 2004, p. 304, obs. C. Roy-Loustaunau. Dans cet arrêt, les juges ont décidé que le pouvoir pour le juge d'annuler la sanction résultant de l'article L. 122-43 du Code du travail, ne concerne ni le licenciement, ni la rupture du contrat à durée déterminée pour faute grave qui lui est ici assimilée.

Note 24 CA Versailles, 9 mai 1986 : D. 1987, 5, note J.-P. Karaquillo.

Note 25 Principes résultant selon l'arrêt du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Convention OIT n° 111, ratifiée par la France le 28 mai 1981.

Note 26 En ce sens, D. Noguero, op. cit. note (2), p. 589.

Note 27 Sur le terrain répressif, en revanche, il semble que la rupture de l'essai pour un motif discriminatoire ne soit pas répréhensible, sauf à considérer qu'elle constitue un refus d'embauche ou un licenciement - mais le principe d'interprétation stricte de la loi pénale le permet-il ? - ou encore une sanction. Cf. C. pén., art. 225-2. Toutefois, sous l'empire de l'article 416-3 de l'ancien Code pénal, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas hésité à condamner un employeur au motif que le texte, dont les termes étaient comparables sur ce point à l'article 225-2, est applicable " non seulement au licenciement de caractère raciste, mais également au refus d'embauche et englobe toute rupture, par l'employeur, des relations, qu'elles soient définitives ou à l'essai ". Cass. crim., 14 oct. 1986, Alric : Bull. crim. 1986, n° 287.

Note 28 C. trav., art. L. 122-45-1, L. 122-52 et L. 122-53.

Note 29 D. Noguero, *op. cit.* note (2), p. 601.

Note 30 On peut également souligner l'existence d'actions de substitution ouvertes aux organisations syndicales représentatives (C. trav., art. L. 122-45-1 et L. 122-53) mais aussi, dans le cadre de l'article L. 122-45, aux associations de lutte contre les discriminations (C. trav., art. L. 122-45-1). Ce droit d'action exceptionnel peut s'avérer particulièrement utile dans la mesure où la faible ancienneté du salarié ainsi que la crainte de ne pouvoir retrouver un emploi risquent de dissuader la victime de saisir les tribunaux.

Note 31 Ph. Auvergnon, *op. cit.* note (13), p. 797.

Note 32 Cette information pourrait être faite lors d'un entretien préalable et confirmée par écrit.