

# Prolonger le temps d'essai: à quelles conditions?

## L'œil du pro

**Marianne Favre Moreillon**  
Directrice  
DroitActif



Le 29 janvier 2009, une collaboratrice, enceinte, est licenciée. Cette dernière conteste son licenciement et invoque la nullité de ce dernier. Sa grossesse lui permet en effet d'être protégée contre les congés, et ce tant qu'elle est enceinte. Son employeur rétorque que le licenciement n'est pas nul puisque le temps d'essai a été prolongé en raison d'un congé non payé de cinq semaines. Le cas a été tranché dans un arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 14 octobre 2010 (4A\_406/2010).

## Notion

Durant le temps d'essai, la collaboratrice ne bénéficie pas de la protection contre les congés. Selon le TF, le temps d'essai doit permettre aux parties de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer. Il est nécessaire de donner l'occasion aux parties d'éprouver la relation de confiance et de déterminer si l'employeur et l'employé se conviennent mutuellement. Les parties doivent se laisser le temps de la réflexion.

## Durée du temps d'essai

Selon l'article 335b alinéa 1 du Code des obligations (CO), le temps d'essai est présumé être d'une durée d'un mois. Il peut, par convention écrite, être prolongé au maximum jusqu'à trois mois (article 335b alinéa 2 CO).

## Prolongation

Néanmoins, le maximum de trois mois de temps d'essai doit être nuancé. L'article 335b alinéa 3 CO prévoit la possibilité d'une prolongation du temps d'essai lorsque le travail est interrompu pour les raisons suivantes: maladie, accident ou accomplissement d'une obligation légale (service militaire, recrutement et service d'avancement, cours de répétition, cours complémentaires, service féminin de l'armée, service de protection civile, service civil et travail d'intérêt général de l'objecteur de conscience).

Selon le TF, peu importe que l'empêchement de travailler soit fautif ou non. La liste énumérée par la loi est exhaustive et le congé non payé n'en fait pas partie.

Le TF a mentionné que, dans la mesure où la relation contractuelle est maintenue durant le congé non payé, il n'y a pas lieu de considérer que la durée des rapports de travail a été interrompue durant ce congé. Cela signifie que le licenciement est intervenu alors que le temps d'essai de l'employée était terminé. Ainsi, la protection contre les congés en cas de résiliation durant la grossesse doit être appliquée.

Dès lors, le TF a retenu que l'employée a bien été licenciée alors qu'elle était enceinte. Le temps d'essai était terminé et ne pouvait pas être prolongé. Ainsi, le congé est frappé de nullité pour avoir été donné durant une période de protection de l'article 336c alinéa 1 lettre c CO.

[www.droitactif.ch](http://www.droitactif.ch)