

# La Question du Mois

n° 307 - novembre 2011

La question du mois est une information juridique destinée aux employeurs affiliés au Secrétariat social de l'UCM.

Elle livre chaque mois, sous forme de questions/réponses, des informations pratiques qui éclairent certains aspects particuliers du droit social.

## SOMMAIRE

- Période d'essai non inscrite dans le contrat



Secrétariat social

www.ucm.be

## LA QUESTION

*Vous avez engagé un employé au cours du mois de octobre 2011.*

*Le contrat de travail ne prévoit pas de clause d'essai. Néanmoins antérieurement à la signature du contrat vous avez rédigé une promesse d'engagement d'où il ressort la volonté de prévoir une clause d'essai de 6 mois. Aujourd'hui vous souhaitez mettre fin au contrat de travail et vous vous demandez si la clause d'essai est d'application.*

## NOTRE RÉPONSE

### Qu'est-ce que la période d'essai ?

Il n'est pas obligatoire d'insérer une clause d'essai dans le contrat, cependant il peut être intéressant de l'inclure. En effet, pendant la période couverte par cette clause, les parties peuvent évaluer les droits et les obligations respectifs qui découlent du contrat et juger de l'opportunité de continuer la collaboration. Si une des parties le souhaite, elle peut mettre fin à la relation de travail de manière très simple.

Pour être valable, la clause d'essai doit respecter des conditions précises : la clause d'essai doit être constatée par écrit et dans la bonne langue, pour chaque travailleur individuellement, au plus tard au moment de son entrée en service. Le non respect d'une de ces conditions comporte la nullité absolue de la clause, cela signifie que la clause sera considérée comme inexistante.

Normalement la clause d'essai constitue un article spécifique du contrat de travail, d'ailleurs cette clause est mentionnée dans les contrats type UCM.

Mais qu'en est-il d'une clause d'essai qui n'est pas reprise dans le contrat de travail ? Est-elle valable ?

La loi ne demande pas que l'écrit revête une forme particulière. Il est acquis que l'écrit doit

contenir l'accord des parties relatif au principe de la clause d'essai. La durée ne doit pas forcément y être mentionnée, si tel est le cas, elle correspondra à la durée minimale fixée par la loi (7 jours calendrier pour l'ouvrier et 1 mois pour l'employé).

Selon les travaux préparatoires de la Loi du 3/07/1978, l'existence d'une période d'essai peut ressortir d'un échange de correspondance entre l'employeur et le travailleur, pour autant que l'accord des 2 parties soit manifeste.

Le Tribunal du Travail d'Anvers (4/01/1977) a décidé que la validité de la confirmation écrite de la clause d'essai n'est pas subordonnée à l'accomplissement d'une condition de forme bien déterminée et peut dès lors résulter d'un échange de correspondance. Il est requis que l'expression de volonté des deux parties intéressées résulte des écrits en question.

Dans le même sens, la Cour du Travail de Liège (26/11/2003) a précisé que la preuve de l'existence d'une clause d'essai peut résulter d'une fiche d'engagement travailleur, pour autant que ce document soit signé par les parties avant l'entrée en service.

Ainsi :

### 1. La promesse d'engagement n'est pas signée par le travailleur

La clause d'essai est nulle.

...

... Le contrat est valable et conclu sans période d'essai.

Si le contrat est conclu à durée indéterminée, vous pouvez le rompre en appliquant les règles habituelles (préavis de 3 mois ou indemnité de rupture équivalente).

### Les secrétariats sociaux UCM sont à votre disposition

<b>Arlon</b>	<b>063 / 22 06 07</b>
<b>Braine-l'Alleud</b>	<b>02 / 386 01 10</b>
<b>Bruxelles 1000</b>	<b>02 / 743 83 90</b>
<b>Bruxelles 1200</b>	<b>02 / 775 03 82</b>
<b>Charleroi</b>	<b>071 / 48 84 00</b>
<b>Ciney</b>	<b>083 / 21 50 04</b>
<b>Comines</b>	<b>056 / 55 72 98</b>
<b>Dinant</b>	<b>082 / 22 22 26</b>
<b>Eupen</b>	<b>087 / 55 34 19</b>
<b>Huy</b>	<b>085 / 21 36 05</b>
<b>La Louvière</b>	<b>064 / 21 35 06</b>
<b>Libramont</b>	<b>061 / 23 07 20</b>
<b>Liège</b>	<b>04 / 221 64 00</b>
<b>Louvain-L-N</b>	<b>010 / 48 99 60</b>
<b>Marche</b>	<b>084 / 31 40 16</b>
<b>Mons</b>	<b>065 / 38 38 11</b>
<b>Mouscron</b>	<b>056 / 85 60 60</b>
<b>Namur ville</b>	<b>081 / 32 06 47</b>
<b>Namur Wierde</b>	<b>081 / 32 06 11</b>
<b>Nivelles</b>	<b>067 / 89 32 30</b>
<b>Philippeville</b>	<b>071 / 66 04 30</b>
<b>Saint-Vith</b>	<b>080 / 28 00 11</b>
<b>Tournai</b>	<b>069 / 34 36 40</b>
<b>Verviers</b>	<b>087 / 22 11 55</b>
<b>Waremmes</b>	<b>019 / 32 29 42</b>

## 2. La promesse d'engagement est signée par le travailleur

La clause d'essai pourrait être considérée comme valable. Dans ce cas vous pouvez rompre le contrat moyennant un préavis de 7 jours.

Le préavis doit être notifié par écrit recommandé, et respecter les formalités requises par la loi.

Il est impératif de garder à l'esprit que la validité d'une clause d'essai non inscrite dans le contrat est une interprétation jurisprudentielle qui peut être remise en question à tout moment devant le tribunal du travail.

Le travailleur pourra donc contester le délai de préavis sous prétexte que la clause d'essai est nulle puisqu'elle n'est pas inscrite dans le contrat de travail. Il pourra ainsi tenter de réclamer une indemnité compensatoire de préavis, majorée éventuellement dommages et intérêts.

De plus, s'il s'agit d'un ouvrier il faudra envisager le risque d'un éventuel recours du travailleur devant le Tribunal du travail pour licenciement abusif.

Selon l'article 63 de la loi du 3/07/1978, le licenciement d'un ouvrier est abusif dès le moment où la motivation réelle de l'employeur n'a aucun lien avec la conduite ou l'aptitude de l'intéressé (critère individuel), ni avec les nécessités de fonctionnement de l'entreprise (critère collectif). Autrement dit, l'employeur qui souhaite licencier un ouvrier doit être à même de prouver qu'il le fait pour une de ces raisons. Il est donc utile qu'il se ménage des preuves et prépare un dossier. La charge de la preuve re-

pose dans le chef de l'employeur. L'ouvrier qui s'estime licencié abusivement doit «simple-ment» soulever cette exception devant le juge.

L'employeur pourra apporter la preuve des motifs invoqués par toutes voies de droit : enquête, témoins, accord exprimé par l'ouvrier sur la lettre de licenciement, ...

L'employeur condamné pour licenciement abusif se voit infliger le paiement d'une indemnité fixée forfaitairement à 6 mois de rémunération, et ce quelle que soit l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise.

La nature, le mode de calcul de cette indemnité ainsi que les retenues à y opérer étant controversés, nous ne développerons pas ici ces aspects de la question.

Pourquoi ce risque n'existe-t-il pas pour un employé ?

La réglementation prévue pour les employés diffère de celle appliquée aux ouvriers. En effet, la loi de 1978 ne régleme pas le licenciement abusif d'un employé. Si celui-ci veut contester le licenciement pendant une période d'essai qu'il répute inexistante, il pourra agir sur base du principe général de l'abus de droit. Dans ce cas, les critères de détermination de l'abus de droit sont ici plus larges, plus souples que ceux requis par le licenciement abusif et surtout, au niveau de la procédure, c'est à l'employé à prouver l'abus de droit.

De plus, l'indemnisation n'est pas forfaitaire comme pour les ouvriers mais est laissée à l'appréciation du juge.