

27/03/2020

Un employeur peut-il prolonger la période d'essai d'un salarié en raison de l'épidémie du COVID-19 ?

D'une manière générale, la loi et les réglementations chinoises autorisent-elles la prolongation ou la suspension de la période d'essai d'un salarié ?

Présentation du cas :

M. Zhang a été embauché par la société X (ci-après « **l'Employeur** ») à compter du 6 septembre 2017 par un contrat à durée déterminée de 3 ans prévoyant une période d'essai de 3 mois.

Au cours de l'entretien d'évaluation de M. Zhang effectué le 18 novembre 2017, l'Employeur :

- lui a reproché la qualité de son travail, ainsi que son incapacité à travailler en équipe et son manque d'initiative ;
- sa motivation était remise en cause suite à la demande de plusieurs jours de congés et d'un retard.

En conséquence, l'Employeur a décidé de prolonger la période d'essai de M. Zhang pour une durée supplémentaire de trois mois expirant au 4 mars 2018, décision qui a été validée et signée par M. Zhang.

L'Employeur a procédé à un nouvel entretien d'évaluation des performances de M. Zhang le 18 janvier 2018, à l'issue duquel un formulaire d'évaluation a été établi et contre signé par ce dernier. Le 31 janvier 2018, l'Employeur a finalement mis fin au contrat de travail de M. Zhang sur le fondement de l'incompétence de M. Zhang pour le poste proposé.

M. Zhang a intenté une action en justice contre son Employeur¹, en demandant notamment aux juges (i) de statuer sur l'illégalité de l'extension de sa période d'essai et (ii) de lui octroyer une compensation financière pendant la période d'essai illégale conformément à la Loi sur les contrats de travail de la République populaire de Chine (ci-après « **la Loi** »).²

Point de vue du juge :

Les tribunaux de première et deuxième instances ont considéré que l'extension de la période d'essai de M. Zhang était légale, dans la mesure où les quatre conditions suivantes étaient respectées (ci-après les « **Quatre Conditions** ») :

¹ En Chine, le litige doit en premier lieu être soumis à la commission d'arbitrage en droit du travail, puis généralement si l'une des parties est insatisfaite de la décision, elle peut saisir le tribunal populaire, étant précisé que la décision du tribunal de première instance est susceptible d'appel.

² L'Article 83 de la Loi sur les contrats de travail prévoit que lorsqu'en violation de la Loi, un employeur parvient à un accord avec un salarié sur une période d'essai et que celle-ci est exécutée, l'employeur doit verser au salarié une indemnité équivalente au taux de son salaire mensuel, pour la période travaillée au-delà de la période d'essai légale.

(i) Selon la Loi, la période d'essai ne peut excéder 6 mois pour un contrat de travail de trois ans ou plus. En l'espèce, la période d'essai initiale était de 3 mois et la période d'essai totale de 6 mois n'a pas excédé la durée légale.

(ii) Les raisons de cette extension étaient l'insuffisance professionnelle de M. Zhang et la nécessité de procéder à une évaluation plus approfondie des compétences du salarié.

(iii) M. Zhang a accepté par écrit l'extension de sa période d'essai.

(iv) Les droits de M. Zhang n'ont pas été enfreints par son Employeur.

Commentaires de DS Avocats :

La Loi prévoit que l'employeur et le salarié peuvent conclure une période d'essai, afin d'évaluer les compétences du salarié et de mutuellement tester la relation contractuelle.

Au cours de cette période, l'employeur a la possibilité de (i) verser au salarié un salaire réduit³ et de (ii) résilier unilatéralement le contrat de travail du salarié, plus simplement. (Voir notre Brève [« Comment résilier le contrat de travail d'un employé pendant la période d'essai ? »](#))

Afin de protéger les salariés pendant leur période d'essai, la Loi encadre strictement cette période :

- 1) Un employeur ne peut conclure qu'une seule période d'essai avec le même salarié ;
- 2) La période d'essai ne doit pas dépasser la durée maximum prévue par la loi.⁴ Dans le cas contraire, l'employeur doit payer une compensation financière au salarié.

La Loi ne prévoit pas clairement la possibilité de prolonger la période d'essai d'un salarié. Cependant, depuis le 21 juillet 2019, la province du Zhejiang est la première à avoir prévu cette possibilité. La cour populaire supérieure de la province du Zhejiang a ainsi publié un Avis d'interprétation sur plusieurs questions relatives aux contentieux du droit du travail (V), prévoyant notamment, dans son article 6 : *« Dans le cas où une période d'essai a été conclue entre l'employeur et le salarié, si les deux parties parviennent à un accord écrit prévoyant l'extension de cette période, et la période d'essai totale n'excède pas la durée légale, alors cet accord est valide. Cette situation ne doit pas être assimilée au cas où un employeur ne peut pas conclure plusieurs périodes d'essai avec un même salarié. »*

Dans la pratique, nous pouvons observer deux types de décisions de la part des tribunaux chinois :

- La majorité des tribunaux (notamment à Pékin) appliquent strictement l'article 19 de la Loi sur les contrats de travail prévoyant : *« Un employeur ne peut conclure qu'une seule période d'essai avec le même salarié »* et refusent ainsi la possibilité de prolonger la période d'essai.
- Certains tribunaux (notamment à Shanghai) acceptent en revanche parfois l'extension de la période d'essai, sous certaines conditions, ce qui est le cas de la décision citée ci-dessus. Cependant, si l'extension n'est prévue que pour quelques jours (alors même que la période d'essai est longue, par exemple 5 mois), le juge refusera l'extension de la période d'essai, dans la mesure où une courte durée n'affecte pas de manière objective l'évaluation du salarié.

³ Article 20 de la Loi sur les contrats de travail: « Le salaire d'un salarié pendant sa période d'essai ne peut être inférieur au salaire le plus bas prévu pour le même poste dans la société, ou 80% du salaire convenu dans son contrat de travail et ne peut en tout état de cause être inférieur au salaire local minimum ».

⁴ Article 19 de la Loi sur les contrats de travail: « Si la durée d'un contrat de travail est supérieure à trois mois mais inférieure à un an, la période d'essai ne peut excéder un mois ; si la durée d'un contrat de travail est supérieure à un an, mais inférieure à trois ans, la période d'essai ne peut excéder deux mois ; et si la durée est fixée à trois ans ou plus ou si le contrat est à durée indéterminée, la période d'essai ne peut excéder six mois. »

Il est intéressant d'observer que les réglementations des provinces du Jiangsu et du Zhejiang et de la municipalité de Tianjin prévoient la possibilité de suspendre le contrat de travail si le salarié est malade au cours de sa période d'essai mais sous certaines conditions.

Dans tous les cas, la loi n'étant pas de manière générale favorable à l'extension des périodes d'essai, nous préconisons de prévoir systématiquement dans les contrats de travail une période d'essai la plus longue possible et de procéder à une évaluation systématique des salariés avant son expiration.

Possibilité de prolonger la période d'essai en raison de l'épidémie du COVID-19 ?

Au cours de l'épidémie du COVID-19, de nombreuses entreprises se sont trouvées dans l'impossibilité d'évaluer convenablement les compétences de leurs nouveaux salariés. En effet, (i) certains salariés ont été placés en isolement, en observation ou en traitement médical (à la suite d'une pneumonie, ou parce qu'ils étaient considérés comme personnes à risque, ou ayant été en contact étroit avec une personne infectée par le virus) ; (ii) d'autres ont fait l'objet de mesure de confinement ou d'autres mesures d'urgence, (iii) et d'autres encore n'ont pas pu travailler normalement compte tenu de la suspension ou du retard dans les activités de leurs employeurs.

En conséquence, certaines entreprises souhaitent prolonger la période d'essai de certains employés.

Cependant, dans la pratique, comme exposé ci-dessus, une telle prolongation est susceptible d'être considérée comme illégale par de nombreux tribunaux.

Les sociétés enregistrées à Shanghai ou dans la province du Zhejiang peuvent envisager une telle possibilité mais sous réserve que les Quatre Conditions décrites ci-dessus soient totalement satisfaites.

Pour les autres, une analyse au cas par cas doit être effectuée, afin de déterminer si une suspension de la période d'essai pendant la période où le salarié n'a pas été en mesure de travailler pour les motifs liés à la survenance de l'épidémie de COVID-19 peut être envisagée.

Cette analyse devra prendre en compte les éléments suivants :

- La durée effective où le salarié n'a pas pu travailler compte tenu de l'épidémie de COVID-19, celle-ci devant être relativement longue pour justifier de l'incapacité pour l'employeur d'évaluer son salarié ;
- Le contenu du contrat de travail et le règlement intérieur de l'entreprise : existe-t-il des clauses prévoyant la possibilité de suspendre/étendre la période d'essai en cas de survenance de circonstances particulières, telle que 1) un évènement de force majeure (notamment en cas d'épidémie) ; 2) un arrêt maladie continu du salarié ; 3) la fermeture ou la suspension des activités de l'employeur, etc...
- La possibilité d'obtenir l'accord exprès du salarié sur la suspension de la période d'essai : à défaut d'accord de salarié, les risques sont alors importants pour l'employeur.

Dans le cas où l'entreprise déciderait de prolonger ou de suspendre la période d'essai, il est indispensable de signer un accord écrit avec le salarié prévoyant les modalités de cette extension/suspension, et notamment :

- La durée exacte de la suspension/extension de la période d'essai, étant rappelée qu'en cas d'extension, la durée totale de la période d'essai ne doit jamais excéder la durée maximale prévue par la loi.
- Les raisons précises permettant de justifier de cette suspension/extension.
- Le rappel des objectifs que le salarié doit atteindre, conformément à sa fiche de poste.

DING Yu
Legal Advisor-Shanghai Office
dingyu@dsavocats.com

Aude FERTE
Counsel –Shanghai Office
ferte@dsavocats.com

Sylvie SAVOIE
Counsel-Beijing Office
Savoie@dsavocats.com