

# Social Pratique

LIAISONS  
SOCIALES  
PRESSE

Questions/Réponses

## Recruter un salarié

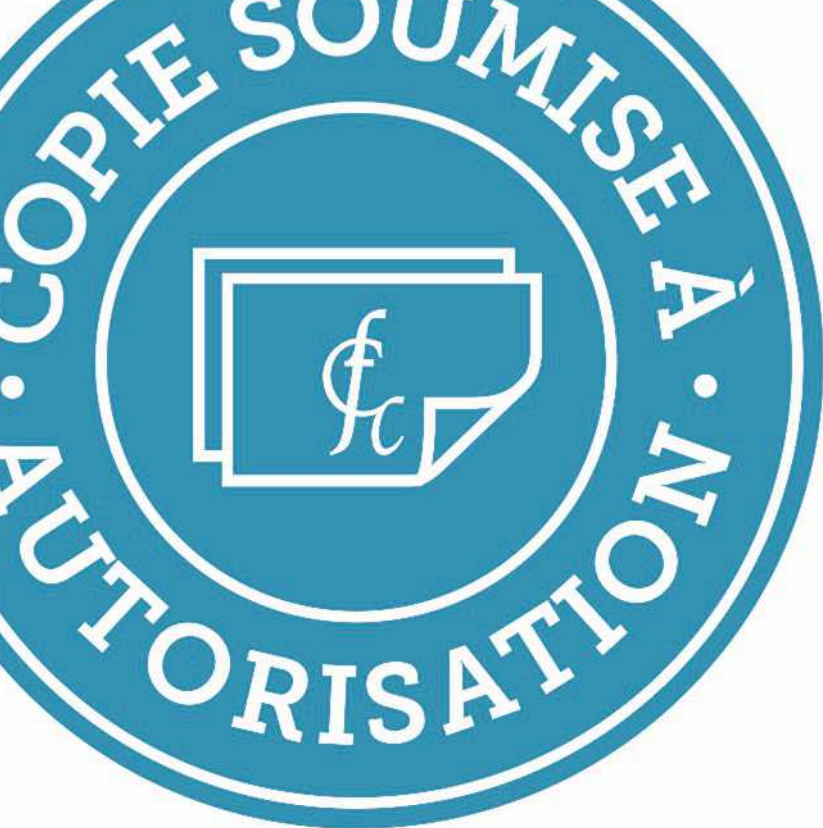
Comment sécuriser l'embauche

- Non-discrimination et respect du RGPD
- Formalités liées à l'entrée dans les effectifs
- Fixation de la durée de la période d'essai
- Effets de la promesse d'embauche

**760** | 10 FÉVRIER 2020  
CAHIER N°2



Wolters Kluwer



## **Les articles de *Social Pratique* sont protégés par le droit d'auteur**

Avant d'en faire des copies dans le cadre de votre activité professionnelle, assurez-vous qu'un contrat d'autorisation a été signé avec le CFC



Centre Français  
d'exploitation  
du droit de Copie

[www.cfcopies.com](http://www.cfcopies.com)  
CFC : 01 44 07 47 70

# sommaire

PAGE

08

## Embauche

### Liberté d'embauche et limites

---

- 08** L'employeur est-il libre d'embaucher qui bon lui semble ?
- 09** À quelles conditions peut-on embaucher un mineur ?
- 11** **Encadré** « Stages professionnels avant 16 ans »
- 12** Peut-on embaucher une personne ayant atteint l'âge légal de départ en retraite ?
- 13** **Encadré** « Le CDD senior »
- 13** Peut-on embaucher librement un travailleur européen ?
- 13** À quelles conditions peut-on embaucher un travailleur étranger non européen ?
- 17** Un régime particulier est-il prévu pour l'embauche d'un étranger effectuant ses études en France ?
- 18** Quelles sont les conséquences de l'embauche d'un étranger sans autorisation de travail ?
- 20** **Encadré** « Mise à disposition de salariés »
- 21** Un employeur peut-il embaucher un salarié qui est déjà au service d'un autre employeur ?
- 22** Le « débauchage » d'un salarié est-il licite ?
- 24** L'employeur doit-il s'assurer que le salarié n'est pas lié par une clause de non-concurrence ?
- 26** Quelles sont les entreprises soumises à l'obligation d'embaucher des personnes handicapées ?
- 27** Certains salariés de l'entreprise bénéficient-ils de priorités pour occuper un autre poste ?
- 29** **Encadré** « Procédure de demande de passage à temps partiel »
- 30** Les salariés en CDD ou intérimaires sont-ils prioritaires pour un recrutement en CDI ?
- 31** La démission au terme d'un congé de maternité ou d'adoption est-elle assortie d'une priorité de réembauchage ?
- 32** À quelles conditions les salariés licenciés pour un motif économique bénéficient-ils d'une priorité de réembauchage ?
- 36** **Encadré** « Droit à réintégration des parlementaires »

### Recherche de candidats

---

- 36** L'employeur est-il tenu de s'adresser à Pôle emploi ?

**37** Quelles sont les obligations des cabinets de recrutement ?

**38** Comment rédiger une offre d'emploi ?

**40** Comment la diffusion d'une offre d'emploi peut-elle être assurée ?

## **Sélection des candidats**

**41** Quelles techniques d'aide au recrutement l'employeur peut-il utiliser pour sélectionner les candidats ?

**41** Le comité social et économique doit-il être saisi de la question du choix des méthodes de recrutement ?

**42** L'employeur est-il tenu d'informer le candidat sur les techniques utilisées ?

**42** L'employeur peut-il utiliser un logiciel de sélection ?

**43** Quelles questions l'employeur peut-il poser au candidat ?

**44** Encadré « Questions prohibées selon la Cnil »

**44** L'employeur peut-il utiliser un questionnaire préétabli et demander au candidat de répondre par écrit ?

**45** Le candidat est-il tenu de répondre aux questions de l'employeur ?

**45** Quels documents l'employeur peut-il demander au candidat ?

**46** L'employeur peut-il procéder à une enquête sur un candidat ?

**46** L'employeur peut-il soumettre le candidat à une épreuve pratique ?

**47** Encadré « Traitement des données personnelles pendant le processus de recrutement »

**48** La fixation du salaire peut-elle être soumise à une procédure d'enchères inversées ?

**48** Comment le candidat à l'embauche est-il protégé contre une éventuelle discrimination ?

**50** Que peut faire le candidat qui s'estime victime d'une discrimination ?

**53** L'employeur peut-il demander au candidat s'il est reconnu handicapé ?

**53** Un refus d'embauche peut-il être motivé par une grossesse ?

**54** Encadré « Mise en œuvre d'une action de groupe »

**54** Peut-on reprocher à un salarié d'avoir donné à l'employeur des renseignements inexacts pour son embauche ?

## Offre et promesse de contrat

- 56** Quelle est la différence entre invitation à négocier, offre de contrat et promesse de contrat ?
- 57** Quelles sont les sanctions du non-respect de ses engagements par l'employeur ?

## Formalités d'embauche

- 59** L'employeur est-il tenu de rédiger un contrat de travail écrit ?
- 59** La visite auprès de la médecine du travail est-elle obligatoire ?

- 61** Que risque l'employeur qui omet d'organiser ou organise avec retard la visite auprès de la médecine du travail ?
- 62** Quelles sont les déclarations obligatoires relatives à l'embauche ?
- 64** Quels documents l'employeur doit-il remettre au salarié ?
- 64** Quelles indications l'employeur doit-il porter sur le registre du personnel ?
- 66** Quelles sont les sanctions de ces obligations ?
- 68** Encadré « Les dispositifs simplifiés »
- 69** Encadré « Principales aides à l'embauche »

PAGE

70

## Période d'essai

- 70** Quelle est la finalité de la période d'essai ?
- 71** Encadré « Stage professionnel, période probatoire, période de titularisation... »

## Conditions d'existence d'une période d'essai

- 71** La période d'essai est-elle obligatoire ?
- 72** Comment la période d'essai doit-elle être prévue ?
- 73** Modèle « Clause relative à la période d'essai »

- 74** L'employeur peut-il soumettre à période d'essai un salarié qui a déjà travaillé dans l'entreprise ?
- 75** L'employeur peut-il imposer une période d'essai à l'occasion d'un changement de poste ?

## Durée de la période d'essai

- 76** La loi fixe-t-elle la durée de la période d'essai ?
- 77** La période d'essai peut-elle être renouvelée ?
- 79** Les durées maximales de la période d'essai fixées par la loi sont-elles impératives ?

- 80** Quel est le point de départ de la période d'essai ?
- 81** Comment se calcule la durée de la période d'essai ?
- 82** L'employeur peut-il prolonger la période d'essai en cas d'absence du salarié ?
- 88** Dans quels cas la rupture de la période d'essai peut-elle être frappée de nullité ?
- 89** La période d'essai peut-elle être rompue en cas de grossesse ?
- 90** Quelles sont les conséquences de la nullité de la rupture en période d'essai ?
- 90** Dans quels cas la rupture de la période d'essai est-elle abusive ?
- 92** Quelles sont les obligations de l'employeur rompant la période d'essai ?
- 92** Une clause de non-concurrence s'applique-t-elle après la rupture de la période d'essai ?
- 93** Une clause de dédit-formation s'applique-t-elle en cas de rupture de la période d'essai ?
- 93** Le salarié dont la période d'essai est rompue peut-il prétendre aux allocations chômage ?

## Rupture de la période d'essai

- 83** La période d'essai peut-elle être rompue à tout moment ?
- 83** La rupture en période d'essai est-elle soumise à des conditions de forme particulières ?
- 84** Encadré « Période d'essai et prise d'acte »
- 85** L'employeur doit-il observer un délai de prévenance ?
- 86** L'employeur est-il tenu d'invoquer un motif à l'appui de la rupture ?
- 87** Modèle « Lettre de rupture de la période d'essai »



Wolters Kluwer

Éditeur : WOLTERS KLUWER FRANCE, SAS au capital de 75 000 000 € - Siège social : 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 - Tel. : 01 85 58 30 00 - RCS Paris 480 081 306 - TVA FR 55 480 081 306 - [www.wkf.fr](http://www.wkf.fr) - Associé unique : Holding Wolters Kluwer France - **Président-directeur général, directeur de la publication en chef** : Anais RENAUD - **Rédaction** : Natacha DINANT - Pierre FRANCOUAL - Farah NASSIRI - **Rédactrice en chef du Mémento social** : Diane ROUSSEAU - **Service clients** : [contact@wkf.fr](mailto:contact@wkf.fr) - n° Cristal 09 69 39 58 58 (Appel non surtaxé) - **Directrice de production** : Marie-Hélène DRABER - **Imprimeur** : IMPRIMERIE DE CHAMPAGNE - 52000 Langres - Origine du papier : FINLANDE. Taux de fibres : 0 %, Certification : PEFC, Eutrophisation : Ptot 0.010 kg/tonne - **N° CPPAP** : 1120 T 87315 - **Dépôt légal** : à parution - **ISSN** : 0769-055X - **Abonnement** : 419,63 € TTC/an. Ne peut être vendu séparément, diffusé dans le cadre de l'abonnement à Social Pratique.



# Introduction

P

armi les décisions patronales, la décision d'embaucher est sans doute l'une de celles pour lesquelles le chef d'entreprise dispose de la plus large marge de liberté. L'employeur est en effet seul juge des qualités et compétences de ses salariés et des candidats qui se présentent pour occuper un poste dans l'entreprise. Le choix d'un futur salarié relève de sa libre appréciation. Cependant, l'embauche est un processus complexe qui doit être conduit avec discernement.

L'employeur doit en effet connaître et respecter certains impératifs liés notamment à l'âge du futur salarié. Il doit également s'assurer que la personne qu'il se propose d'embaucher est libre de s'engager. Tenir compte aussi de certains droits et obligations qui peuvent restreindre sa liberté de choix : l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés notamment, et les priorités pour occuper les postes disponibles dont peuvent se prévaloir certains de ses salariés ou anciens salariés. L'employeur est par ailleurs tenu, tout au long de la procédure d'embauche, de respecter les principes fondamentaux que sont le respect de la vie privée, l'égalité hommes/femmes, l'interdiction de toute discrimination et bien sûr de tout harcèlement, principes qui protègent non seulement les salariés mais aussi les candidats à un emploi. Il doit, enfin, se conformer aux règles issues du RGPD et de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 en ce qui concerne les données qu'il est amené à collecter au cours du processus de recrutement [Règl. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016 ; L. n° 78-17, 6 janv. 1978].

La période d'essai lui permettra de parfaire son opinion sur le candidat choisi. Pendant cette période, en effet, la relation peut être rompue à tout moment, sur simple observation d'un court délai de prévenance. À tout moment, mais pas dans n'importe quelles conditions. Même si la rupture en période d'essai n'a pas à être motivée, l'essai ne saurait être utilisé à d'autres fins que celles qui sont les siennes : évaluer les compétences du salarié en situation de travail, notamment au regard de son expérience, et aussi permettre au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. En cas de rupture de la période d'essai par l'employeur, si les circonstances de celle-ci révèlent que l'essai a été détourné de cette finalité, la rupture pourra être déclarée abusive et même, dans certains cas, annulée.

# Embauche

## Liberté d'embauche et limites

---

**01**

L'employeur est-il libre d'embaucher qui bon lui semble ?

Le choix d'un futur salarié relève de la libre appréciation de l'employeur : lui seul est à même de définir les contours du poste à pourvoir et les compétences qu'il exige. De son appréciation relève également le choix du mode de recrutement : exploration des ressources internes de l'entreprise ou bien appel à des candidatures extérieures.

Sauf engagement particulier de sa part, l'employeur n'est pas tenu de procéder à un recrutement interne avant de faire appel à des candidats extérieurs. Il n'a donc en principe aucune obligation d'afficher dans l'entreprise la liste des postes disponibles et des embauches qu'il envisage. Il est courant cependant que soient instituées dans les entreprises des bourses d'emploi internes. Si tel est le cas, les offres d'emploi doivent être portées à la connaissance de tous les salariés, y compris les salariés en CDD (voir n° 13).

En toute hypothèse, l'employeur doit tenir compte des priorités de réembauchage ou pour un changement de poste accordées à certains salariés (voir n° 12).

### ATTENTION

---

Même si ce type d'engagement est rare en pratique, il peut arriver que l'entreprise se soit obligée vis-à-vis d'un salarié à engager sur son poste le successeur présenté par celui-ci. Une telle promesse est licite et doit être

**respectée : à défaut, le successeur désigné peut engager la responsabilité de l'employeur pour non-respect de la promesse d'embauche** [Cass. soc., 14 janv. 2004, n° 01-45.894].

## **02** À quelles conditions peut-on embaucher un mineur ?

Il est interdit de recruter des mineurs avant qu'ils n'aient été régulièrement libérés de l'obligation scolaire, c'est-à-dire avant l'âge de 16 ans [C. trav., art. L. 4153-1].

Toutefois, l'embauche de jeunes de moins de 16 ans est possible dans un certain nombre de situations :

- embauche dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, possible à partir de 15 ans [C. trav., art. L. 4153-1, 1° ; C. trav., art. L. 6222-1] ;
- embauche de jeunes scolarisés, à partir de 14 ans, pour l'exécution de travaux légers pendant des périodes de vacances scolaires dès lors que celles-ci sont d'au moins 14 jours et à la condition que le jeune bénéficie d'un repos effectif durant au moins la moitié des vacances scolaires. Ainsi, par exemple, si le jeune dispose de 15 jours de vacances, son contrat ne peut pas dépasser 7 jours. Cette embauche doit faire l'objet d'une demande d'autorisation adressée au moins 15 jours avant à l'inspecteur du travail. L'autorité administrative dispose de huit jours pour informer l'employeur de son éventuel désaccord. En l'absence de réponse dans ce délai, l'autorisation de recruter est réputée acquise [C. trav., art. L. 4153-3 et D. 4153-1 et s.] ;
- emploi, dans les entreprises familiales, des enfants du foyer à des travaux occasionnels ou de courte durée, ne présentant pas de risques pour leur santé ou leur sécurité [C. trav., art. L. 4153-5].

### **ATTENTION**

**L'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est passible d'une peine d'emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 75 000 €** [C. trav., art. L. 8224-2].

Un mineur non émancipé ne peut toutefois contracter qu'avec l'autorisation de son représentant légal. L'embauche d'un jeune de moins de 18 ans nécessite donc l'autorisation de son père, de sa mère ou de tout autre représentant légal (tuteur par exemple). Cette autorisation peut être donnée sur un document écrit spécifique ou consister en un contreseing du contrat ou la participation d'un parent à la procédure d'embauche.

**REMARQUE**

Dans les secteurs du spectacle, du cinéma, de la mode et des compétitions de jeux vidéo, un mineur de moins de 16 ans peut exercer une activité à la condition de bénéficier d'une autorisation individuelle préalable délivrée par la préfecture [C. trav., art. L. 7124-1]. Cette autorisation s'ajoute à l'autorisation écrite des parents. De plus, si le mineur a plus de 13 ans, il doit avoir donné son avis favorable par écrit [C. trav., art. L. 7124-2]. Par exception, certaines agences de mannequinat sont spécialement agrémentées ou disposent d'une licence pour embaucher des mineurs et sont ainsi dispensées de l'autorisation administrative préalable [C. trav., art. L. 7124-4].

Une fois embauché, un mineur bénéficie de conditions de travail encadrées :

- il ne doit pas travailler plus de 8 heures par jour, et même 7 heures pour les moins de 16 ans travaillant pendant les vacances scolaires [C. trav., art. D. 4153-3], ni plus de 35 heures par semaine [C. trav., art. L. 3162-1]. Il ne peut donc pas accomplir d'heures supplémentaires. À titre exceptionnel, des dérogations peuvent être accordées dans la limite de cinq heures par semaine par l'inspecteur du travail après avis conforme du médecin du travail. Par ailleurs, pour les mineurs travaillant sur les chantiers de bâtiment, de travaux publics et d'espaces paysagers, des dérogations sont possibles sans autorisation préalable, si l'organisation collective du travail le justifie, dans la limite de 5 heures par semaine et de deux heures par jour : l'employeur doit dans ce cas attribuer en contrepartie des périodes de repos [C. trav., art. R. 3162-1] ;
- aucune période de travail effectif ininterrompue ne peut excéder 4 h 30, une pause de 30 minutes devant alors être accordée [C. trav., art. L. 3162-3] ;
- le mineur doit bénéficier d'un repos quotidien de 12 heures, porté à 14 heures pour les moins de 16 ans [C. trav., art. L. 3164-1] ;
- il bénéficie d'un repos hebdomadaire de deux jours consécutifs [C. trav., art. L. 3164-2]. Par exception, si les caractéristiques de l'activité le justifient, il est possible de déroger à cette durée minimale de repos par accord d'entreprise ou accord de branche étendu pour les jeunes libérés de l'obligation scolaire, sous réserve que le mineur bénéficie d'une période minimale de repos de 36 heures consécutives. À défaut d'accord, une telle dérogation peut également être accordée par l'inspection du travail ;
- il ne doit pas travailler les jours fériés [C. trav., L. 3164-6].
- il y a normalement une interdiction de travail le dimanche, sauf pour les apprentis de moins de 18 ans employés dans certains secteurs bénéficiant d'une dérogation au repos dominical (hôtellerie, restauration, boulangerie, etc.) [C. trav., art. L. 3132-3 ; L. 3164-5 et R. 3164-1] ;

- les jeunes de moins de 18 ans ne sont pas admis à travailler de nuit, c'est-à-dire entre 22 heures et 6 heures du matin (ou à partir de 20 heures pour les jeunes de moins de 16 ans), sauf dérogations [C. trav., art. L. 3163-1 et L. 3163-2] ;
- enfin, quelle que soit son ancienneté dans l'entreprise, un jeune de moins de 21 ans au 30 avril de l'année précédente a droit, s'il le demande, à un congé annuel de 30 jours ouvrables, seule la part de ce congé acquise par le travail devant être rémunérée [C. trav., art. L. 3164-9].

**Les jeunes de moins de 18 ans** font partie des catégories de salariés **soumis à une surveillance médicale spéciale**. La visite d'information et de prévention doit obligatoirement avoir lieu avant l'embauche [C. trav., art. R. 4624-18]. En outre, l'employeur doit savoir qu'il est interdit d'employer des jeunes travailleurs âgés de moins de 18 ans à certains travaux les exposant à des risques pour leur santé, leur sécurité, leur moralité ou excédant leurs forces. La liste de ces travaux figure dans le Code du travail [C. trav., art. L. 4153-8 ; C. trav., art. D. 4153-15 et s.].

#### REMARQUE

Lorsqu'ils n'ont pas encore 6 mois de pratique professionnelle, le Smic est minoré de 20 % pour les jeunes de moins de 17 ans et de 10 % pour les jeunes entre 17 et 18 ans [C. trav., art. D. 3231-3].

Le jeune titulaire d'un contrat de travail est décompté dans l'effectif de l'entreprise comme les autres salariés (sauf exclusion spécifique prévue par l'article L. 1111-3 du Code du travail, attachée à certains contrats particuliers comme le contrat d'apprentissage par exemple).

## STAGES PROFES- SIONNELS AVANT 16 ans

Les mineurs de moins de 16 ans peuvent être amenés à accomplir des stages professionnels dans les entreprises dans les cas suivants :

- les élèves de l'enseignement général peuvent effectuer des visites d'information organisées par leurs enseignants ou, durant les deux dernières années de leur scolarité obligatoire, suivre des séquences d'observation ;
- les élèves qui suivent un enseignement alterné ou un enseignement professionnel peuvent accomplir, durant les deux dernières

années de leur scolarité obligatoire, des stages d'initiation, d'application ou des périodes de formation en milieu professionnel.

Dans tous les cas mentionnés ci-dessus, une convention est passée entre l'établissement d'enseignement dont relève l'élève et l'entreprise [C. trav., art. L. 4153-1 et L. 4153-2].

03

### Peut-on embaucher une personne ayant atteint l'âge légal de départ en retraite ?

La loi ne pose aucune limite d'âge pour travailler. Ainsi, un employeur peut légitimement continuer à faire travailler ou embaucher un salarié au-delà de l'âge légal de départ en retraite.

Ainsi, le fait que l'intéressé ait demandé la liquidation de sa retraite n'est pas un obstacle à l'embauche : une pension de vieillesse peut être entièrement cumulée avec les revenus d'une activité professionnelle, sans aucune restriction [CSS, art. L. 161-22, al. 4].

#### → Deux conditions doivent cependant se trouver réunies :

- l'assuré doit avoir atteint l'âge de 67 ans, ou bien l'âge de 62 ans s'il justifie d'une durée d'assurance lui permettant d'obtenir la liquidation de sa pension au taux plein ;
- et il doit avoir liquidé toutes ses pensions de vieillesse personnelles auprès de la totalité des régimes légaux ou rendus légalement obligatoires, de base et complémentaires, français et étrangers, ainsi que des régimes des organisations internationales dont il a relevé.

#### → Pour ceux qui ne remplissent pas ces conditions, le retraité peut reprendre ultérieurement une activité salariée, mais à deux conditions :

- les revenus procurés par la reprise d'activité, ajoutés aux pensions (base et complémentaires), doivent rester inférieurs au dernier salaire perçu (moyenne des salaires bruts perçus au cours des trois derniers mois d'activité) ou à 160 % du Smic [CSS, art. L. 161-22, al. 2]. En cas de dépassement du plafond, l'assuré doit en informer la caisse compétente et le service de la pension est suspendu.
- lorsque la reprise s'effectue chez le même employeur, celle-ci ne peut intervenir qu'au terme d'un délai de six mois après la liquidation de la retraite.

#### → Par exception, le retraité peut librement exercer une activité dans certains domaines couvrant notamment les activités artistiques, littéraires ou scientifiques, l'hébergement en gîte rural, les fonctions de parrainage, la poursuite d'activité pendant six mois pour la transmission de son entreprise, les consultations occasionnelles (dans la limite de 15 heures par semaine), la participation à des activités juridictionnelles, à des jurys de concours ou à des instances consultatives ou délibératives d'origine légale ou réglementaire, etc. [CSS, art. L. 161-22].

## Le CDD senior

Ce contrat de travail à durée déterminée particulier a été institué suite à l'accord du 9 mars 2006 relatif à l'emploi des seniors, afin de favoriser le retour à l'emploi des salariés d'un certain âge et de leur permettre de compléter leurs droits à pension de retraite. Ce contrat peut être conclu par tous les employeurs, à l'exception des professions agricoles. Il est ouvert à toute personne âgée de plus de

57 ans inscrite comme demandeur d'emploi depuis plus de trois mois ou bénéficiant d'un contrat de sécurisation professionnelle [C. trav., art. D. 1242-2]. D'une durée maximale de 18 mois, le contrat peut être renouvelé une fois, dans la limite d'une durée totale de 36 mois [C. trav., art. D. 1242-7]. À l'issue du contrat, les titulaires de ce CDD bénéficient de l'indemnité de fin de contrat.

04

### Peut-on embaucher librement un travailleur européen ?

Certains étrangers bénéficient d'un libre accès au travail en France en raison de leur nationalité et ne sont pas soumis à autorisation pour exercer une activité salariée [C. trav., art. R. 5221-1].

Ainsi, les ressortissants des pays de l'Union européenne et de l'Espace économique européen (Islande, Lichtenstein, Norvège) bénéficient de la liberté de circulation.

Sont également dispensés d'autorisation de travail les ressortissants de la Suisse, de Monaco, d'Andorre et de Saint-Marin (en vertu de traités internationaux).

05

### À quelles conditions peut-on embaucher un travailleur étranger non européen ?

Les ressortissants de pays non communautaires, même munis d'un titre de séjour régulier en France, ne peuvent y exercer une activité professionnelle salariée que s'ils sont munis d'un titre les y autorisant [C. trav., art. L. 5221-5].

Il incombe à l'employeur, avant toute embauche d'un étranger, non seulement de vérifier que l'intéressé dispose d'un tel titre en cours de validité, mais aussi de s'assurer de l'authenticité du titre auprès de la préfecture (sauf si le candidat est présenté par le service public de l'emploi) [C. trav. art. L. 5221-8]. Ces formalités doivent être accomplies avant la mise au travail.

Pour vérifier l'authenticité du titre, l'employeur doit transmettre au préfet du département du lieu d'embauche (préfet de police à

Paris) une copie du document produit par le travailleur étranger, soit par lettre recommandée avec AR, soit par courrier électronique [C. trav., art. R. 5221-41].

Si l'étranger n'est pas détenteur d'un titre l'autorisant à travailler en France, il appartient à l'employeur de constituer un dossier et d'engager la procédure de demande d'une autorisation de travail (voir ci-dessous). La délivrance d'une première autorisation de travail donne lieu à versement par l'employeur d'une contribution forfaitaire à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), dont le montant varie en fonction du titre concerné [C. trav., art. L. 5221-10].

Pour tout travailleur étranger, le registre unique du personnel doit indiquer le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail [C. trav., art. D. 1221-23]. Une copie du titre doit être annexée au registre et tenue à la disposition des membres du comité social et économique et des agents contrôleurs sur chaque lieu de travail concerné [C. trav., art. D. 1221-24].

### ■ Titres combinant autorisation de séjour et de travail

Certains titres de séjour permettent à leurs détenteurs d'exercer en France l'activité professionnelle de leur choix sans avoir à demander une autorisation de travail spécifique. L'employeur doit néanmoins vérifier l'existence du titre et s'assurer de son authenticité.

C'est notamment le cas de [C. trav., art. R. 5221-3] :

→ **La carte de résident** : cette carte confère à son titulaire le droit d'exercer toute activité professionnelle en France sous réserve de la justification des conditions d'exercice de cette activité lorsque celle-ci est soumise à une réglementation. Ses titulaires peuvent donc souscrire un contrat de travail ;

→ **La carte de séjour pluriannuelle portant la mention « passeport talent »** : certains cas de délivrance de la carte « passeport talent » dispensent son titulaire de l'autorisation de travail. Il s'agit notamment des étrangers ayant obtenu le titre pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée et titulaire d'un master, recruté par une entreprise innovante ou occupant un emploi hautement qualifié, participant à une mission entre établissements d'une même entreprise, menant des travaux de recherche ou dispensant un

enseignement universitaire. Sont également concernés les étrangers détenteur de la carte en tant qu'artiste-interprète, auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou dont la renommée nationale ou internationale est susceptible de participer au développement économique ou au rayonnement de la France. En revanche, pour exercer une activité professionnelle sans lien avec le projet présenté, l'étranger devra solliciter une autorisation de travail. La carte de séjour pluriannuelle « passeport talents (famille) » accordée au conjoint et aux enfants, donne également droit à l'exercice d'une activité professionnelle ;

→ **La carte de séjour pluriannuelle générale portant la mention « salarié »** : cette carte, qui peut être délivrée au terme d'une première année de séjour régulier en France à un étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire « salarié », permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée sans autorisation de travail ;

→ **La carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention « vie privée et familiale »** : cette carte est délivrée aux étrangers ayant de fortes attaches en France. Elle ouvre la possibilité d'exercer en France toute activité professionnelle. Selon les conditions de délivrance de la carte, l'exercice d'une activité professionnelle n'est parfois possible qu'à l'issue de l'année suivant la première délivrance ;

→ **La carte de séjour temporaire portant la mention « recherche d'emploi ou création d'entreprise »** : cette carte est délivrée aux étrangers qui ont été titulaires d'une carte de séjour « étudiant » ou « chercheur ». Elle permet l'exercice d'une activité professionnelle.

## ■ Titres spécifiques délivrés au vu d'un contrat de travail

D'autres types de titres autorisent les étrangers à travailler en France, mais ils sont liés à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée. C'est le cas des cartes de séjour temporaires portant la mention « salarié », « travailleur temporaire » ou « travailleur détaché » [C. trav., art. R. 5221-3, 4°, 8° et 9°].

C'est à l'employeur qu'il incombe d'effectuer la demande d'autorisation de travail [C. trav., art. R. 5221-11]. Lorsque l'étranger est déjà présent sur le territoire national, la demande est adressée au préfet de son département de résidence. Sinon, l'employeur s'adresse au préfet du département dans lequel se trouve l'établissement

auquel l'étranger sera rattaché [C. trav., art. R. 5221-15 et R. 5221-16]. En pratique, le dossier est adressé à la Direccte, auprès du Service de la main-d'œuvre étrangère. Un arrêté du 28 octobre 2016 fixe la liste des pièces à fournir à l'appui de la demande [Arr. 28 oct. 2016, NOR : INTV1629674A].

Saisie d'une telle demande, l'administration prendra notamment en compte la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique pour lesquelles la demande est formulée, compte tenu des spécificités requises pour le poste de travail concerné et des recherches déjà effectuées par l'employeur auprès des organismes de placement concourant au service public de l'emploi pour recruter un candidat déjà présent sur le marché du travail [C. trav., art. R. 5221-20, 1°]. La situation de l'emploi, toutefois, ne peut pas être opposée aux étrangers qui postulent à un emploi dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et qui figurent sur une liste nationale [Arr. 18 janv. 2008, JO 20 janv.].

Dans les trois mois de la délivrance de l'autorisation de travail, l'intéressé doit se soumettre à une visite médicale [C. trav., art. R. 5221-1].

### REMARQUE

Par exception, la demande d'autorisation de travail n'est pas requise pour les étrangers entrant en France pour exercer une activité professionnelle salariée de moins de trois mois dans des certains domaines déterminés par décret [C. trav., art. L. 5221-2-1 ; C. trav., art. D. 5221-2-1].

Par ailleurs, l'autorisation de travail est accordée de droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée, ainsi qu'aux mineurs isolés étrangers pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, sous réserve de la présentation d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation [C. trav., art. L. 5221-5].

## ■ Autorisation provisoire de travail

Les étrangers qui ne relèvent pas des titres et autorisations de travail énumérés ci-dessus, appelés à exercer chez un employeur déterminé une activité présentant un caractère temporaire, peuvent obtenir une **autorisation provisoire de travail**, d'une durée maximale de 12 mois renouvelable [C. trav., art. R. 5221-3, 14°]. Le bénéficiaire doit être titulaire d'une autorisation provisoire de séjour de même durée.

## ATTENTION

Si l'étranger que l'employeur se propose de recruter ne réside pas en France, c'est une demande d'introduction de travailleur étranger qui doit être déposée à la préfecture. Les autorisations de travail délivrées dans ce cadre ou dans le cadre d'une demande de changement de statut donnent lieu à versement par l'employeur d'une taxe au profit de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

Si l'embauche intervient pour une durée supérieure ou égale à 12 mois, le montant de la taxe est égal à 55 % du salaire versé au travailleur étranger, pris en compte dans la limite de 2,5 Smic. Pour toute embauche d'une durée supérieure à trois mois et inférieure à 12 mois, l'employeur doit acquitter une taxe de 74 € si le salaire est inférieur ou égal au montant mensuel du Smic à temps plein, 210 € si le salaire est supérieur au Smic et inférieur ou égal à 1,5 Smic, et 300 € si le salaire est supérieur à 1,5 Smic. En cas d'embauche sur un emploi à caractère saisonnier, le montant de la taxe est calculé selon la durée de l'embauche, sur la base de 50 € par mois d'activité salariée complet ou incomplet [CESEDA, art. L. 311-15 et art. D. 311-18-2].

06

## Un régime particulier est-il prévu pour l'embauche d'un étranger effectuant ses études en France ?

### ■ Travail pendant les études

Les étrangers qui poursuivent leurs études en France peuvent obtenir une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant ». Cette carte les autorise à travailler pendant la durée de leurs études, dans la limite de 60 % de la durée annuelle de travail, soit 964 heures dans l'année [C. trav., art. R. 5221-26].

L'embauche d'un étudiant ne peut toutefois intervenir qu'après une **déclaration nominative** préalable effectuée par l'employeur à la préfecture qui a délivré le titre de séjour de l'étudiant. Cette déclaration doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par courrier électronique, au moins deux jours avant le début du contrat de travail [C. trav., art. R. 5221-27]. Accompagnée d'une copie du titre de séjour de l'étudiant, elle doit mentionner [C. trav., art. R. 5221-28] :

- la dénomination sociale (ou nom et prénom), adresse, numéro Siret (ou, à défaut, numéro sous lequel les cotisations sociales sont versées) de l'employeur ;
- les nom de famille, prénom, nationalité, date et lieu de naissance, numéro du titre de séjour de l'étudiant étranger ;
- des précisions sur la nature de l'emploi, la durée du contrat, le nombre d'heures de travail annuel, et la date prévue d'embauche.

### ■ **Embauche à l'issue des études**

Si, à l'issue de ses études, l'étudiant étranger entend rester en France pour y travailler, il doit, muni d'une promesse d'embauche, solliciter son **changement de statut** auprès de la préfecture de son domicile pour obtenir une carte de séjour l'autorisant à travailler. Le titre qui lui sera délivré dépend de la durée de son contrat de travail : carte de séjour temporaire mention « salarié » si la durée du contrat est d'au moins un an, carte de séjour temporaire mention « travailleur temporaire » si cette durée est inférieure à un an [CESEDA, art. L. 313-10].

**07**

### Quelles sont les conséquences de l'embauche d'un étranger sans autorisation de travail ?

→ **Sanctions encourues.** L'emploi d'un salarié qui n'est pas détenteur d'un titre de travail régulier est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 €. L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés [C. trav., art. L. 8256-2]. Ces peines s'appliquent même si l'employeur a involontairement omis de vérifier la situation du travailleur étranger [Cass. crim., 10 mars 1998, n° 96-85.980].

#### REMARQUE

Le fait de recourir sciemment, directement ou indirectement, aux services d'un employeur d'un étranger non autorisé à travailler est puni des mêmes peines.

Ces peines peuvent être assorties de peines complémentaires [C. trav., art. L. 8256-3 et s.], par exemple :

- l'interdiction d'exercer, pendant cinq ans au plus, directement ou par personne interposée, l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;
- l'exclusion des marchés publics pendant cinq ans au plus ;
- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée ;
- l'interdiction des droits civiques, civils et de la famille ;
- l'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ;
- la fermeture des locaux ou établissements.

Par ailleurs, l'employeur qui a employé un travailleur étranger non muni d'un titre de travail doit s'acquitter d'une contribution spéciale au bénéfice de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) dont le montant de base est fixé à 5 000 fois le taux horaire du minimum garanti, soit 18 250 € au 1<sup>er</sup> janvier 2020 [C. trav., art. L. 8253-1 ; C. trav., art. R. 8253-2]. Ce montant est réduit à 2 000 fois le taux horaire du minimum garanti, soit 7 300 € au

1<sup>er</sup> janvier 2020, s'il n'y a pas d'autre infraction commise ou en cas de paiement spontané par l'employeur des salaires et indemnités dus au salarié étranger non autorisé à travailler. En cas de récidive, le montant de la contribution est porté à 15 000 fois le taux horaire du minimum garanti soit 54 750 € au 1<sup>er</sup> janvier 2020. La contribution est due pour chaque étranger concerné.

Est également passible de sanctions pénales le simple fait pour l'employeur de ne pas s'être assuré au moment de l'embauche de l'existence d'une autorisation de travail ou de ne pas avoir accompli la déclaration nominative de l'étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire « étudiant ». La sanction encourue est l'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe : 1 500 € pour une personne physique, montant porté à 3 000 € en cas de récidive [C. trav., art. R. 5224-1].

→ **Situation du travailleur étranger.** Le travailleur étranger irrégulièrement employé est assimilé, dès l'embauche, à un travailleur régulièrement engagé pour tout ce qui concerne les obligations de l'employeur [C. trav., art. L. 8252-1 et s.]. Son contrat ne peut donc pas être considéré comme nul [Cass. soc., 3 juin 1998, n° 96-45.035].

Au titre de la période d'emploi illicite, il a droit au paiement de l'intégralité de son salaire [C. trav., art. L. 8252-2, 1<sup>er</sup>].

En revanche, l'employeur ne peut pas le conserver à son service et doit le licencier. Il en va ainsi en particulier lorsque le titre de séjour du salarié étranger arrive à expiration et n'est pas renouvelé. Le motif du licenciement sera le défaut d'autorisation de travail.

Le salarié licencié dans ces conditions ne peut pas prétendre aux indemnités pour licenciement abusif [Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-40.689] ou invoquer une irrégularité de procédure, l'absence d'entretien préalable par exemple [Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-40.434]. Il a droit cependant à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire, à moins que l'application des règles légales relatives aux indemnités de rupture (préavis, indemnité de licenciement, indemnisation de la rupture anticipée d'un CDD) ou des stipulations contractuelles ne conduise à une solution plus favorable [C. trav., art. L. 8252-2, 2<sup>e</sup>]. À noter que, dans ce cas, l'indemnité de préavis est due bien que la non-exécution résulte de l'impossibilité pour le salarié de travailler sur le sol français [Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-44.316; Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-23.920].

En revanche, seule l'une ou l'autre de ces deux solutions (indemnisation forfaitaire ou indemnités légales) doit être appliquée, sans cumul possible [Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-44.983].

Le salarié doit être indemnisé même si, au moment de l'embauche, l'employeur ignorait l'irrégularité de la carte présentée [Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-40.434].

Toutefois, si le salarié étranger a commis une fraude en présentant un faux titre de séjour, il peut être licencié pour faute grave et être privé des indemnités de rupture, ainsi que de l'indemnité forfaitaire [Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-19.214].

Ces règles ne font pas obstacle à ce que le salarié obtienne une indemnisation supplémentaire s'il établit l'existence d'un préjudice spécifique.

### Mise à disposition de salariés

Différentes formules de mise à disposition permettent aux entreprises de s'entourer des services de salariés sans être liées par un contrat de travail.

#### → Groupements d'employeurs.

Créés entre plusieurs personnes physiques ou morales, les groupements d'employeurs sont des associations ou coopératives dont l'objet est l'embauche de salariés pour les mettre à la disposition de leurs membres. Ils peuvent aussi apporter à leurs membres aide et conseil en matière d'emploi et de gestion des ressources humaines. La formule est en principe réservée à des personnes physiques ou morales relevant de la même convention collective ; il est toutefois possible que des entreprises relevant de conventions collectives différentes constituent un groupement d'employeurs, en choisissant la convention collective qui s'applique au groupement. Les salariés sont embauchés par le groupement qui est leur employeur en titre, et mis à la disposition des

membres du groupement [C. trav., art. L. 1253-1 et s.].

#### → Associations intermédiaires.

Conventionnées par l'État, ces associations ont pour objet d'embaucher des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières et de les mettre, à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques ou morales. Les personnes recrutées par les associations intermédiaires peuvent être mises à la disposition d'entreprises sous certaines conditions, dont une limitation du nombre d'heures : 480 heures au maximum par salarié et pour la durée (24 mois) du parcours d'insertion [C. trav., art. L. 5132-7 et s.].

#### → Travail à temps partagé.

Des entreprises de travail à temps partagé (ETTP) peuvent être créées dans le but exclusif de mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié (ingénieurs, spécialistes en ressources humaines, etc.) qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes en raison de leur taille ou de leurs moyens. L'entreprise de travail à temps partagé peut également apporter à ses entreprises clientes des conseils en matière de gestion des compétences et de la

formation. Comme le travail temporaire, le travail à temps partagé repose sur une relation triangulaire entre l'ETTP, le salarié et l'entreprise cliente : un contrat de travail réputé à durée indéterminée est signé entre le salarié et l'ETTP. Un contrat est également signé, pour chaque mise à disposition, entre l'ETTP et l'entreprise cliente. Ce contrat précise le contenu et la durée de la mission, qui peut être à temps plein ou à temps partiel. Pendant toute la durée de la mise à disposition, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du contrat de travail [C. trav., art. L. 1252-2 et s.].

#### → Portage salarial.

Le portage salarial est une relation triangulaire entre un salarié porté, une entreprise de portage salarial qui l'embauche, et une entreprise cliente auprès de laquelle le salarié porté effectue une prestation. C'est le salarié porté qui recherche la prestation à effectuer chez une entreprise cliente et définit avec elle les conditions d'exécution de cette prestation. L'entreprise de portage salarial, qui emploie le salarié porté, se charge pour sa part de conclure le contrat commercial avec l'entreprise cliente [C. trav., art. L. 1254-1 et s.].

## REMARQUE

Si le salarié non autorisé à travailler a été employé dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie soit de l'indemnité forfaitaire de trois mois de salaire (ou des indemnités légales qui s'y substituent si elles sont plus favorables), soit de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé égale à six mois de salaire [C. trav., art. L. 8252-2]. Il ne peut prétendre qu'à l'une ou l'autre des deux indemnités qui ne se cumulent pas [Cass. soc., 14 févr. 2018, n° 16-22.335].

08

## Un employeur peut-il embaucher un salarié qui est déjà au service d'un autre employeur ?

Rien n'interdit à un salarié de s'engager simultanément auprès de plusieurs employeurs. Concrètement, il cumule plusieurs emplois à temps partiel.

Seule une **clause d'exclusivité** interdisant au salarié, pendant l'exécution du contrat de travail, de travailler pour un autre employeur, peut limiter cette possibilité. Mais comme une telle clause porte atteinte à la liberté du travail, elle n'est licite, selon la jurisprudence, que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. En particulier, lorsqu'un salarié s'est engagé à travailler à temps partiel pour un employeur, une clause d'exclusivité ne peut pas avoir pour effet de lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle [Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-40.143]. De surcroît, compte tenu du caractère attentatoire à la liberté de travailler, la clause doit être rédigée en des termes précis, de manière à ce que le salarié puisse en connaître exactement le champ d'application et vérifier son caractère justifié et proportionné [Cass. soc., 16 mai 2018, n° 16-25.272]. Si la clause ne respecte pas ces conditions, elle encourt, dans ce cas, la nullité, le salarié pouvant prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi [Cass. soc., 25 févr. 2004, n° 01-43.392].

En cas de cumul d'emplois, la principale question est celle de la **durée du travail**, au regard en particulier de l'obligation de respecter la limite maximale hebdomadaire fixée à 48 heures [C. trav., art. L. 8261-1 ; L. 3121-20]. En cas de dépassement, faut-il déclarer nul le deuxième contrat conclu ? La Cour de cassation a écarté cette solution et considère qu'il appartient alors au salarié de mettre un terme à la situation en choisissant lequel des deux contrats il entend conserver [Cass. soc., 13 mai 1992, n° 91-40.734 ; Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 01-45.826]. Ceci n'exclut pas que le salarié qui a accompli des travaux au-delà de la durée maximale de travail et l'employeur qui

est à l'origine du dépassement soient passibles de sanctions pénales [amende de 1 500 € ; C. trav., art. R. 8262-1 et R. 8262-2].

À noter que si le salarié demande à l'un de ses employeurs de réduire son temps de travail, celui-ci n'est pas tenu d'accepter [Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985]. Si le salarié, invité à régulariser sa situation, persiste à méconnaître les règles qui limitent la durée du travail, l'employeur peut le licencier [Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 01-40.507].

### REMARQUE

Lorsqu'il fixe l'ordre des départs en congés, l'employeur doit tenir compte de l'activité du salarié chez un ou plusieurs autres employeurs, sauf accord définissant l'ordre des départs [C. trav., art. L. 3141-16].

## 09

### Le « débauchage » d'un salarié est-il licite ?

Un employeur peut très bien faire une proposition d'embauche à un salarié alors qu'il se trouve encore dans les liens d'un contrat de travail avec un autre employeur. Cela correspond d'ailleurs à une pratique courante et parfaitement légale, que l'initiative de la démarche vienne du salarié ou du futur employeur. Si les pourparlers aboutissent, le salarié quittera son ancien employeur par une démission et prendra ses nouvelles fonctions au terme du préavis. C'est ainsi que s'opèrent la plupart des changements d'employeur en pratique. Il ne s'agit pas de débauchage illicite. Dans certains cas, cependant, la responsabilité du nouvel employeur peut être engagée. Elle sera recherchée sur le terrain de la rupture abusive opérée à l'instigation d'un concurrent (débauchage), ou sur celui de la concurrence déloyale [Cass. com., 21 janv. 2004, n° 02-10.328].

### ■ Débauchage

Dans le cas de débauchage, le Code du travail déclare le nouvel employeur solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent [C. trav., art. L. 1237-3]. Mais le débauchage, au sens de ce texte, suppose :

- d'une part, que le salarié ait rompu abusivement le contrat de travail qui le liait pour en conclure un nouveau (par exemple par brusque rupture) ;
- d'autre part, que le nouvel employeur soit intervenu dans cette rupture abusive (en la suscitant, par exemple, ou en faisant immé-

diatement travailler le salarié alors qu'il savait qu'il était engagé par ailleurs).

Le débauchage se caractérise donc, en premier lieu, par une **rupture abusive**. Ne rompt pas abusivement son contrat de travail le salarié qui démissionne dans des conditions régulières pour entrer au service d'un autre employeur [Cass. soc., 27 févr. 1996, n° 92-43.469]. La rupture abusive est en revanche caractérisée lorsque le salarié commence déjà à travailler pour une société concurrente avant sa démission et prospecte la même clientèle sur le même secteur [Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1992, n° 88-42.056].

Le débauchage suppose ensuite une **intervention du nouvel employeur** dans cette rupture par des manœuvres déloyales [Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-12.064]. Un nombre important de départs de salariés ne suffit pas à établir l'existence de telles manœuvres [Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-13.421] : il peut en effet s'expliquer par un climat social dégradé au sein de l'entreprise dont les salariés ont démissionné [Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-17.647].

Le débauchage est également caractérisé, en l'absence d'intervention du nouvel employeur dans la rupture abusive, si l'employeur embauche un salarié qu'il sait déjà lié par un contrat de travail, ou continue d'occuper un salarié après avoir appris qu'il était encore lié par un contrat [C. trav., art. L. 1237-3].

## ■ Concurrence déloyale

Le nouvel employeur peut aussi être déclaré coupable de concurrence déloyale s'il a procédé à des manœuvres destinées à désorganiser une entreprise concurrente ou embauché en connaissance de cause un salarié qui était au service d'un concurrent, tenu au surplus d'une obligation de non-concurrence, afin de tirer profit de ses connaissances techniques et des informations commerciales acquises au service de l'ancien employeur [Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-16.881].

Il y a également concurrence déloyale en cas de débauchage massif des employés d'un concurrent lorsqu'il a pour effet de désorganiser l'entreprise concurrente : dans cette affaire, le nouvel employeur avait embauché simultanément l'ensemble de l'équipe commerciale de la société concurrente [Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-12.437]. Concurrence déloyale retenue également dans un cas de création par un ancien salarié d'une société concurrente assortie du débau-

chage d'un salarié qui était lié par une clause de non-concurrence [Cass. com., 2 mai 2007, n° 05-21.361]. Ou à l'encontre d'un employeur qui avait débauché deux salariés d'une agence de travail temporaire et détourné la clientèle, ce qui avait eu de graves conséquences sur les résultats de l'agence, et avait tenté au surplus de couvrir la manœuvre en publiant une offre d'emploi fictive [Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-12.405].

Dans des situations de ce type, il est nécessaire, pour que la concurrence déloyale soit retenue, que le premier employeur établisse non seulement des manœuvres, mais également la désorganisation de son entreprise provoquée par les recrutements litigieux [Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-18.654]. Il faut une véritable désorganisation, et pas uniquement une simple perturbation [Cass. soc., 20 sept. 2011, n° 10-19.443].

Ainsi, le recrutement même massif de salariés libres de tout engagement ne saurait à lui seul, hors de toute manœuvre déloyale, constituer un fait caractéristique de concurrence déloyale, qu'il s'en soit ou non suivi un déplacement de clientèle [Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-17.635; Cass. com., 21 janv. 2004, n° 02-10.328]. Il en a été jugé ainsi à propos d'embauches échelonnées sur sept mois sans surenchère quant aux salaires offerts [Cass. com., 24 sept. 2002, n° 00-15.596] ou encore de départs de salariés consécutifs à une dégradation du climat social au sein de leur entreprise d'origine, sans qu'ils aient été l'objet d'offres particulières de la part de la société qui les a recrutés : au contraire, l'échelonnement des dates des démissions permettait d'exclure toute action concertée et la perte de chiffre d'affaires alléguée avait débuté avant même la création de la société concurrente [Cass. com., 26 sept. 2006, n° 05-14.410; Cass. soc., 29 mars 2011, n° 10-17.647].

### 10

### L'employeur doit-il s'assurer que le salarié n'est pas lié par une clause de non-concurrence ?

→ **La responsabilité du nouvel employeur peut être engagée.** L'employeur a intérêt à se renseigner sur ce point, spécialement lorsque le salarié qu'il se propose de recruter travaille ou travaillait pour une entreprise directement concurrente. La responsabilité du nouvel employeur peut en effet être engagée sur la base de l'article 1240 du Code civil (responsabilité délictuelle) s'il recrute un salarié qu'il sait lié par une clause de non-concurrence [Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.455; Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-15.795] sans qu'il

soit besoin d'établir à son encontre l'existence de manœuvres dolosives et la similitude des clientèles [Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-18.728]. C'est le premier employeur qui doit prouver que le nouveau avait connaissance de l'existence de la clause au moment de l'embauche [Cass. com., 18 déc. 2001, n° 00-10.978].

Un employeur a même été condamné comme complice de la violation d'une clause de non-concurrence pour avoir procédé à l'embauche sans la moindre vérification qu'imposait l'expérience professionnelle du salarié qui venait d'une société exerçant une activité exactement concurrentielle de la sienne [Cass. com., 11 juill. 2000, n° 95-21.888].

Si le nouvel employeur découvre l'existence de la clause de non-concurrence alors que le salarié est déjà à son service, il doit le licencier sans tarder. En effet, sa responsabilité peut également être engagée s'il garde le salarié à son service après avoir appris qu'il était lié par une telle clause [Cass. com., 19 oct. 1983, n° 82-12.619; Cass. com., 23 oct. 1984, n° 83-11.506]. Ce motif constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement et même une faute grave si le salarié a dissimulé sciemment l'existence de la clause. La situation engendre au surplus un trouble manifestement illicite qui justifie la compétence du juge des référés [Cass. soc., 25 oct. 1990, n° 88-18.624]; celui-ci peut ordonner sous astreinte au nouvel employeur de rompre le contrat [Cass. com., 26 oct. 1993, n° 91-21.044], mais ne peut pas ordonner la résiliation du contrat sous astreinte, car il n'a pas le pouvoir de prononcer lui-même la rupture [Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-17.452].

→ **La jurisprudence n'exige pas que l'ancien employeur démontre avoir effectivement subi un préjudice matériel avéré.** Estimant qu'un acte de concurrence déloyale entraîne nécessairement un trouble commercial, elle prend en compte l'existence d'un dommage seulement imminent [Cass. com., 9 oct. 2001, n° 99-16.512] et même d'un préjudice purement moral [Cass. com., 18 déc. 2007 n° 05-13.697] : en engageant ou en gardant le salarié à son service, le nouvel employeur a pris le risque évident de causer un préjudice à l'ancien employeur et il en doit réparation [Cass. com., 26 oct. 1993, n° 91-21.044; Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.455]. La simple connaissance de la clause suffit, même en l'absence de tout acte effectif de concurrence et même si le salarié en conteste la validité [Cass. soc., 25 janv. 1984, n° 82-13.172]. Saisi de la demande de l'ancien employeur en réparation du préjudice subi et de la contestation par le salarié de la validité de la clause, **le juge devra cependant s'assurer, avant de condamner le nouvel employeur, que celle-ci n'encourait pas**

**la nullité** [Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-18.654]. Si la clause n'a pas de contrepartie financière, elle est nulle, mais seul le salarié peut s'en prévaloir, pas le nouvel employeur poursuivi par l'ancien [Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 05-17.520].

Le premier employeur est admis à agir contre le nouveau, même s'il a parallèlement intenté une action contractuelle contre son ancien salarié ; les deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent, peuvent se cumuler [Cass. com., 24 mars 1998, n° 96-15.694 ; Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 99-45.771].

### **11** Quelles sont les entreprises soumises à l'obligation d'embaucher des personnes handicapées ?

Tous les établissements comprenant au moins 20 salariés sont tenus d'avoir au sein de leur effectif des personnes handicapées ou assimilées (invalides, inaptes reclassés, veuves ou orphelins de guerre, invalides du travail, etc.) dans une proportion de 6 % de leur effectif total [C. trav., art. L. 5212-1 et s.].

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, l'effectif doit s'apprécier suivant les règles de l'article L. 130-1 du Code de la sécurité sociale :

- il convient de se référer à la moyenne du nombre de personnes employées au cours de chacun des mois de l'année civile précédente ;
- le franchissement à la hausse du seuil de 20 salariés n'est pris en compte que lorsque le seuil a été atteint ou dépassé pendant cinq années civiles consécutives ;
- et le franchissement à la baisse du seuil de 20 salariés sur une année civile a pour effet de faire à nouveau courir la règle de franchissement à la hausse pris en compte uniquement s'il est constaté pendant cinq années consécutives.

Pour respecter son obligation l'entreprise doit employer directement des bénéficiaires de l'obligation d'emploi (travailleurs handicapés, victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles atteints d'une incapacité d'au moins 10 %, etc.) [C. trav., art. L. 5212-13].

Sont également pris en compte :

- les travailleurs handicapés mis à disposition par un groupement d'employeurs ou par une entreprise de travail temporaire ;
- les travailleurs handicapés accueillis en stage ou en période de mise en situation en milieu professionnel [C. trav., art. L. 5212-7].

Il faut cependant noter que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, il n'est plus possible de s'acquitter de l'obligation d'emploi en concluant des contrats de fourniture, sous-traitance ou prestation de services avec des entreprises adaptées, des centres de distribution de travail à domicile ou des établissements ou services d'aide par le travail. En revanche, les dépenses afférentes à ces contrats sont déduites de la contribution annuelle que l'entreprise doit verser auprès de l'Agefiph [C. trav., art. L. 5212-10-1].

L'employeur peut en effet également s'acquitter de son obligation d'emploi en payant une contribution destinée à l'Agefiph [C. trav., art. L. 5212-9].

► Pour plus de détails sur l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, voir *Social Pratique* Bleu n° 748, 10 juillet 2019.

## **12** Certains salariés de l'entreprise bénéficient-ils de priorités pour occuper un autre poste ?

### **■ Passage de temps partiel à temps plein et de travail de nuit à travail de jour**

Si, en règle générale, les salariés de l'entreprise n'ont aucun droit à occuper un poste nouvellement créé ou qui vient à se libérer, certains d'entre eux bénéficient de priorités légales dont l'employeur doit tenir compte.

→ **Passage à temps complet ou partiel.** Le salarié à temps partiel qui souhaite occuper soit un poste à temps complet, soit un poste d'une durée au moins égale à la durée minimale hebdomadaire dans l'établissement ou dans l'entreprise, bénéficie d'une priorité par rapport aux autres candidats. La priorité joue, à l'identique, pour les salariés à temps plein qui souhaitent occuper un emploi à temps partiel [C. trav., art. L. 3123-3]. La liste des postes disponibles ou nouvellement créés doit donc être d'abord proposée aux salariés en place qui ont exprimé ce souhait.

→ **Travailleurs de nuit.** Les travailleurs de nuit qui souhaitent occuper ou reprendre un poste de jour et inversement bénéficient d'une priorité comparable. L'employeur doit porter à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants [C. trav., art. L. 3122-13].

La priorité ne concerne en principe que les emplois de la **même catégorie professionnelle** ou les emplois équivalents. L'employeur n'a donc l'obligation d'accéder à une demande de changement de poste que si le salarié a bien la qualification professionnelle et les compétences requises pour occuper le poste disponible [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-44.741 ; Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-68.740]. Dans le cas contraire, le salarié ne peut se prévaloir d'aucune priorité [Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-40.366]. Ainsi, par exemple, lorsque la salariée qui souhaite changer de poste ne possède pas le diplôme requis pour occuper l'emploi qui se libère [Cass. soc., 9 juin 2004, n° 01-45.463]. En revanche, si les fonctions sont similaires, l'employeur manque à ses obligations et cause un préjudice au salarié en ne le faisant pas bénéficier de la priorité légale [Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 06-44.271 ; Cass. soc., 3 mai 2000, n° 98-41.228].

En cas de litige, le juge doit rechercher si le salarié candidat au changement de poste était ou non en mesure d'occuper l'emploi créé ou libéré [Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-41.551]. En cas de pluralité de candidatures pour un seul poste, l'employeur peut librement choisir entre les intéressés, mais en cas de contestation, il devra communiquer aux juges les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix [Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 95-43.443].

### ATTENTION :

**Pour le passage à temps plein ou partiel, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir que la priorité d'accès s'applique, de manière plus large, sur un emploi présentant des caractéristiques différentes [C. trav., art. L. 3123-3]. Si tel est le cas, l'employeur ne peut pas arguer du fait que le poste n'est pas équivalent pour refuser la priorité d'accès. Pour autant, il doit logiquement pouvoir se prévaloir d'un défaut de compétences pour occuper le poste.**

Il n'y a pas lieu de tenir compte, en revanche, de la **nature du contrat de travail**. La jurisprudence a en effet précisé, à propos du travail à temps partiel, que l'article L. 3123-3 du Code du travail n'exclut pas que la priorité d'emploi puisse s'exercer sur un emploi à durée déterminée. Il en a été jugé ainsi à propos d'une salariée occupant au sein d'une association, sous contrat de travail à durée indéterminée, un poste de psychologue clinicienne à mi-temps, qui avait postulé pour le remplacement, sous CDD et à trois quarts de temps, de la titulaire d'un autre poste absente pour maladie ; l'employeur avait l'obligation d'accéder à sa demande, dès lors que l'intéressée répondait bien aux exigences du poste [Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-46.292].

En application de ces priorités légales, l'employeur doit porter tout emploi disponible à la connaissance des salariés ayant manifesté l'intention de passer d'un poste à temps partiel à un poste à temps complet ou d'un poste de nuit à un poste de jour, et inversement. Il doit procéder à une **information directe et personnelle des salariés intéressés**. En effet, s'il peut porter à la connaissance de ses salariés les emplois disponibles par voie de communication électronique, notamment sur le réseau intranet de l'entreprise, il est tenu, pour la mise en œuvre de ces priorités, de procéder à une diffusion spécifique [Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-41.802]. Il n'omettra pas d'indiquer tous les emplois disponibles, même s'ils sont sous CDD.

## Procédure de demande de passage à temps partiel

Au-delà de la priorité légale, les conditions de mise en place d'horaires à temps partiel à la demande des salariés peuvent être fixées par accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut, par une convention ou un accord de branche étendu [C. trav., art. L. 3123-17].

En l'absence d'accord traitant de cette question, la demande du salarié doit être communiquée au chef d'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception, six mois au moins avant la date souhaitée. Le

chef d'entreprise est tenu de répondre au salarié par lettre recommandée avec AR dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande. La demande du salarié ne peut être refusée que si le chef d'entreprise justifie de l'absence d'emploi disponible ressortissant de la catégorie professionnelle du salarié ou de l'absence d'emploi équivalent ou s'il peut démontrer que le changement d'emploi demandé aurait des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise [C. trav., art. L. 3123-26 ; C. trav., art. D. 3123-3].

*Remarque :*  
*Le formalisme de la demande n'est prévu que pour le passage à temps*

*partiel : il ne concerne donc pas la demande de passage à temps plein* [Cass. soc., 2 juin 2010, n° 09-41.395].

Le refus de l'employeur ne le dispense pas ultérieurement de respecter la priorité d'accès à un temps partiel.

Au cours de la consultation du comité social et économique sur la politique sociale de l'entreprise, dans le cadre de la présentation du bilan annuel du temps partiel, le chef d'entreprise devra expliquer les raisons qui l'ont amené à refuser à certains salariés le passage du temps complet au temps partiel ou vice-versa [C. trav., art. L. 3123-15 ; C. trav., art. R. 3123-1].

## REMARQUE

Il existe également, en faveur du télétravailleur, une priorité d'accès à tout emploi vacant s'exerçant dans les locaux de l'entreprise et correspondant à la qualification et aux compétences professionnelles du télétravailleur [C. trav., art. L. 1222-10]. Lorsque le télétravailleur entend bénéficier de cette priorité, l'employeur doit porter à sa connaissance la disponibilité de tout poste de cette nature.

## ■ Salariés bénéficiaires d'une obligation de recherche de reclassement

Il existe également une priorité pour les salariés à l'égard desquels l'employeur est tenu d'une obligation de recherche de reclassement.

Tel est le cas d'un **salarié déclaré inapte par le médecin du travail**, pour lequel l'employeur doit rechercher un emploi aussi comparable que possible à celui précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail [C. trav., art. L. 1226-2; C. trav., art. L. 1226-10].

Le salarié déclaré inapte doit ainsi se voir proposer de manière prioritaire, tous les emplois disponibles compatibles avec ses capacités physiques, y compris s'il s'agit d'emplois devant être pourvus par un contrat à durée déterminée [Cass. soc., 4 sept. 2019, n° 18-18.169].

C'est également le cas des **salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé**, ceux-ci devant se voir proposer des emplois relevant de la même catégorie que celui qu'ils occupent, des emplois équivalents assortis d'une rémunération équivalente, ou à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, les emplois de catégorie inférieure [C. trav., art. L. 1233-4].

## 13 Les salariés en CDD ou intérimaires sont-ils prioritaires pour un recrutement en CDI ?

Non. Les salariés en CDD ne sont aucunement prioritaires pour les emplois offerts en CDI dans l'entreprise, et ce même si l'emploi disponible correspond à leur qualification.

Toutefois, si un dispositif d'information sur les postes à pourvoir existe dans l'entreprise pour les salariés sous CDI (bourse d'emplois interne, information par l'intranet ou par affichage...), l'employeur doit en faire bénéficier les salariés sous CDD [C. trav., art. L. 1242-17].

## À NOTER

Une embauche en CDI sur le même type d'emploi ne remet pas en cause la justification du recours au CDD et n'entraîne pas automatiquement une requalification du contrat en CDI. En effet, la cause du recours à un CDD s'apprécie à la date de sa conclusion [Cass. soc., 3 oct. 2000, n° 98-44.431].

## 14 La démission au terme d'un congé de maternité ou d'adoption est-elle assortie d'une priorité de réembauchage ?

Pour élever son enfant, le salarié qui vient de bénéficier d'un congé de maternité ou d'adoption peut démissionner au terme de ce congé sans avoir à effectuer de préavis ni à verser une indemnité de rupture [C. trav., art. L. 1225-66]. Le salarié qui a rompu son contrat de travail dans ces conditions bénéficie, pendant l'année qui suit la rupture, d'une priorité de réembauche. Il peut donc demander à son ancien employeur à être réembauché dans un emploi auquel sa qualification lui permet de prétendre en bénéficiant de tous les avantages qu'il avait acquis au moment de son départ [C. trav., art. L. 1225-67].

La priorité de réembauchage, toutefois, ne lie l'employeur que si le ou la salarié(e) en a exprimé la demande. L'employeur ne peut donc se voir reprocher d'avoir procédé à une embauche sur un poste qui aurait pu convenir au salarié prioritaire, si celui-ci n'a pas manifesté le désir de bénéficier de la priorité d'embauche. En revanche, si une demande en ce sens a été exprimée, l'employeur doit en tenir compte. En effet, s'il a procédé à une embauche correspondant à la qualification du salarié sans lui avoir proposé le poste, il devra lui verser une indemnité dont le montant ne peut être inférieur au salaire des six derniers mois de travail [C. trav., art. L. 1225-71].

Le Code du travail impose des formes particulières – lettre recommandée avec avis de réception ou lettre remise contre récépissé – tant pour la demande du salarié que pour les propositions d'embauche faites par l'employeur [C. trav., art. R. 1225-18 et R. 1225-19].

Quelle est la portée de ces exigences ? S'agit-il d'une condition d'existence du droit ou d'un simple moyen de preuve ? Bien que la jurisprudence ne se soit pas, à notre connaissance, directement prononcée sur la question, on peut penser qu'elle ne priverait pas de son droit à être réemployé le salarié qui aurait omis de formuler sa demande par lettre recommandée, dès lors qu'il établirait avoir porté à la connaissance de l'employeur, par un autre moyen, son désir de reprendre le travail. C'est en effet la solution qui a

été retenue dans des circonstances voisines, à propos d'un congé parental [Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-43.501].

### REMARQUE

Le non-respect de la priorité de réembauche expose l'employeur à l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe [C. trav., art. R. 1227-5].

## 15 À quelles conditions les salariés licenciés pour un motif économique bénéficient-ils d'une priorité de réembauchage ?

Tout salarié licencié pour un motif économique bénéficie d'une priorité de réembauchage pendant l'année qui suit la rupture de son contrat de travail. Si le salarié demande à bénéficier de ce droit il doit être informé par l'employeur, au cours de cette période, de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification, et accéder par priorité à cet emploi [C. trav., art. L. 1233-45].

En cas de réembauche, c'est un nouveau contrat de travail qui est conclu. Sauf convention contraire, l'ancienneté du salarié ne remonte en principe qu'à la date de sa réembauche.

Cette priorité s'applique également aux départs volontaires prévus dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi [Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 04-40.135; Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 09-71.075] ou encore aux salariés qui ont adhéré à un contrat de sécurisation professionnelle [Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 09-43.183].

Elle ne concerne, en principe, que l'employeur qui a licencié le salarié. Ce dernier ne peut donc s'en prévaloir pour accéder à des emplois créés dans le cadre du groupe auquel appartient l'entreprise [Cass. soc., 20 juin 2000, n° 98-40.152]. Le droit à la priorité de réembauche ne s'exerce qu'à l'égard de l'entreprise qui a licencié le salarié [Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 14-22.265].

Cependant, la priorité de réembauchage subsiste en cas de reprise de l'entité économique par un autre employeur [Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-40.945; Cass. soc., 16 nov. 2017, n° 16-15.205]. Elle ne bénéficie toutefois qu'aux salariés qui étaient affectés à l'entité transférée [Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-41.429].

### REMARQUE

L'employeur est tenu d'informer le salarié dans sa lettre de licenciement de l'existence de cette priorité et des modalités de sa mise en œuvre. La méconnaissance de cette obligation d'information ouvre droit pour le salarié à des

dommages et intérêts, même si tout réembauchage s'avère impossible [Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 05-44.236; Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-43.374]. Il faut cependant que le salarié démontre l'existence et l'étendue de son préjudice, lequel doit être distinct de celui qui résulte du licenciement [Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-27.796]. Si l'employeur propose un contrat de sécurisation professionnelle au salarié, c'est dans le document énonçant le motif économique porté à la connaissance du salarié que la mention de la priorité de réembauche doit figurer [Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-21.678]. Si l'omission d'information a effectivement empêché le salarié de bénéficier de la priorité, alors les sanctions encourues sont celles qui s'appliquent à la violation de la priorité de réembauchage (voir ci-après).

→ **Délai d'un an.** Le délai légal d'un an au cours duquel s'exerce la priorité de réembauchage court à compter de la date de fin de préavis, qu'il soit exécuté ou non [Cass. soc., 27 nov. 2001, n° 99-44.240]. Si le salarié a bénéficié d'un congé de reclassement dont la durée excède la durée normale du préavis, le délai d'un an court à compter du terme du congé [Circ. DGEFP/DRT/DSS n° 2002-1, 5 mai 2002].

Pour les salariés à qui il a été proposé un contrat de sécurisation professionnelle, le contrat de travail étant rompu d'un commun accord au terme du délai de réflexion imparti et aucun préavis n'étant dû par le salarié, le délai d'un an court à compter de la rupture. Des dispositions conventionnelles ou les stipulations du plan de sauvegarde de l'emploi peuvent prévoir un délai plus long [Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-41.441].

→ **Demande du salarié.** La priorité de réembauchage ne lie l'employeur qu'à partir du moment où le salarié a demandé à en bénéficier dans le délai d'un an. Aucune forme particulière n'est requise pour cette demande, un courrier simple suffit [Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-42.155; Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 11-11.037].

→ **Obligations de l'employeur.** À partir du moment où il est saisi d'une telle demande du salarié licencié, l'employeur est tenu de l'informer de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification [Cass. soc., 6 juin 2007, n° 06-41.001; Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.264]. Même si aucune forme particulière n'est prescrite pour cette information, l'employeur a intérêt à se ménager la preuve qu'il a proposé au salarié prioritaire tel emploi disponible. Cette obligation dure pendant un an à compter de la rupture du contrat de travail (et non à compter de la demande du salarié) ou pendant le délai plus long prévu conventionnellement.

#### ATTENTION

L'obligation qui pèse également sur l'employeur d'informer les représentants du personnel des postes disponibles et d'afficher la liste de ces postes, ne le dispense pas d'informer personnellement chaque bénéficiaire de la priorité de réembauchage.

La priorité de réembauchage s'applique même si le salarié a retrouvé un autre emploi [Cass. soc., 5 mars 2002, n° 00-41.429] ou si son licenciement est sans cause réelle et sérieuse [Cass. soc., 13 avr. 1999, n° 96-45.028]. L'employeur ne saurait non plus, pour se soustraire à ses obligations, préjuger de l'aptitude physique du salarié, ou invoquer un refus antérieur du salarié pour le poste proposé dans le cadre de l'obligation de recherche de reclassement [Cass. soc., 21 mai 2014, n° 12-29.508; Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-41.024]. Il ne peut pas non plus restreindre ses propositions au motif que le salarié a exprimé dans sa demande le souhait de pouvoir être réintégré dans un secteur géographique particulier [Cass. soc., 16 juin 2016, n° 14-18.590].

La priorité de réembauchage ne joue cependant que si l'employeur procède à une embauche à l'externe [Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 97-40.546; Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41.679], et non lorsque le poste créé est pourvu par une promotion ou mutation interne. Il en va différemment toutefois en cas d'engagement sous CDI d'un salarié jusqu'alors employé sous contrat précaire : un tel poste doit être proposé aux salariés bénéficiant de la priorité de réembauche [Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-41.441].

→ **Emplois concernés.** L'employeur n'est tenu de proposer au bénéficiaire de la priorité de réembauchage que les emplois disponibles et compatibles avec sa qualification :

– Si l'emploi proposé n'a pas à être nécessairement identique à l'emploi perdu, il doit être **compatible avec la qualification du salarié** [Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.938], l'employeur n'étant pas tenu de proposer des postes pour lesquels le salarié licencié n'a pas les compétences requises [Cass. soc., 27 oct. 1998, n° 96-45.005; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-41.203]. En revanche, il semble tenu de proposer un emploi de qualification inférieure, le salarié restant libre de le refuser.

Si le salarié a acquis de nouvelles compétences et en a informé l'employeur, il bénéficie de la priorité de réembauche au titre de sa nouvelle qualification [C. trav., art. L. 1233-45]. Mais l'information de l'employeur est nécessaire pour que la priorité de réembauchage joue dans ces conditions [Cass. soc., 20 nov. 2002, n° 00-41.460];

– Est un emploi disponible tout emploi vacant, c'est-à-dire dépourvu de titulaire. Par conséquent, n'est pas disponible l'emploi d'un salarié absent par exemple pour congés payés ou pour cause de maladie [Cass. soc., 6 févr. 1997, n° 94-41.379; Cass. soc., 28 juin 2003, n° 00-46.243].

La notion d'emploi disponible ne doit cependant pas être confondue avec celle d'emploi permanent. L'employeur ne doit donc pas limiter son offre aux emplois sous CDI. Il doit aussi proposer aux bénéficiaires de la priorité de réembauche les emplois sous CDD, dès lors qu'il s'agit d'emplois disponibles [Cass. soc., 28 avr. 2006, n° 03-47.171 ; Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-40.125].

#### ATTENTION

**Le fait pour l'employeur de recourir, après un licenciement économique, à des travailleurs extérieurs (pigistes en l'occurrence), pour un nombre d'heures correspondant à l'emploi de plusieurs salariés dont un travaillant à temps complet, peut apporter la démonstration que des postes étaient en réalité disponibles** [Cass. soc., 7 févr. 2007, n° 05-41.623].

Lorsque plusieurs salariés ont demandé à bénéficier de la priorité de réembauchage, l'employeur n'a pas à suivre un ordre déterminé et peut choisir ses collaborateurs en fonction de l'intérêt de l'entreprise. Toutefois, il devra communiquer au juge, en cas de contestation du salarié, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix [Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-44.416]. En tout état de cause, il doit adresser préalablement l'information sur le poste disponible à l'ensemble des salariés ayant demandé à bénéficier de la priorité de réembauche [Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 11-11.037].

#### REMARQUE

L'employeur a la possibilité de fixer un délai de réponse lorsqu'il propose un poste à un salarié ayant demandé à bénéficier de la priorité de réembauche : en l'absence de retour dans ce délai, l'employeur retrouve sa liberté pour procéder à une embauche [Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-21.175].

→ **Sanctions.** L'employeur qui n'a pas respecté la priorité de réembauchage est sanctionné par le versement de dommages et intérêts. Cette indemnité est cumulable avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque celle-ci est accordée au salarié, dans la limite des plafonds fixés par le barème d'indemnisation [Cass. soc., 3 févr. 1998, n° 95-42.914 ; C. trav., art. L. 1235-3].

Pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté et lorsque l'effectif de l'entreprise est d'au moins 11 salariés, le montant des dommages et intérêts octroyés ne peut être inférieur à un mois de salaire [C. trav., art. L. 1235-13]. Dans le cas contraire, l'indemnité est fixée par le juge en fonction de l'étendue du préjudice [C. trav., art. L. 1235-14].

REMARQUE

Si le licenciement est requalifié en licenciement pour motif personnel, la priorité de réembauchage n'est plus applicable [Cass. soc., 14 mai 1996, n° 93-40.447].

## Droit à réintégration des parlementaires

Il existe également un droit de réintégration pour les parlementaires qui ont demandé la suspension de leur contrat de travail jusqu'à l'expiration de leur mandat : cette réintégration intervient dans les deux mois suivant la date à laquelle l'intéressé a manifesté son intention de retrouver son emploi, cette manifestation devant intervenir au plus tard dans les deux mois suivant l'expiration du mandat [C. trav., art. L. 3142-84 ; C. trav., art. D. 3142-60].

Ces modalités de réintégration ne s'appliquent pas en cas de renouvellement du mandat (sauf si la suspension du contrat a duré moins de cinq ans). Mais le salarié peut dans ce cas demander à bénéficier d'une priorité de réembauche dans les deux mois suivant l'expiration de son mandat. Celle-ci s'applique pendant un an sur les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre [C. trav., art. L. 3142-85].

# Recherche de candidats

## 16 L'employeur est-il tenu de s'adresser à Pôle emploi ?

Les employeurs n'ont pas l'obligation de notifier au service public de l'emploi toute place vacante dans les entreprises, comme ce fût longtemps le cas avant la disparition en 2005, du monopole de l'activité de placement.

L'activité de placement, qui consiste à fournir, à titre habituel, des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que la personne physique ou morale assurant cette activité ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler [C. trav., art. L. 5321-1], peut être exercée par d'autres opérateurs, publics ou privés, y compris par des entreprises de travail temporaire, sous réserve pour ces derniers de déclaration préalable et du respect d'un certain nombre de règles (non-discrimination, service gratuit pour les personnes à la recherche d'emploi, etc.).

Par conséquent, les employeurs, s'ils peuvent s'adresser à Pôle emploi, disposent de multiples autres possibilités pour trouver des candidats au poste à pourvoir : petites annonces (par voie de presse ou sur Internet), examen de candidatures spontanées, recours à l'interim, à un conseil en recrutement ou à un « chasseur de têtes », etc.

## **17** Quelles sont les obligations des cabinets de recrutement ?

Ils sont tenus vis-à-vis de l'employeur d'une obligation de moyens et non de résultat : ils doivent mettre en œuvre tous les moyens et compétences dont ils disposent pour trouver le candidat adéquat, mais ils ne sont pas tenus d'y parvenir.

Le contenu exact de la mission du cabinet de recrutement sera précisé dans le contrat signé avec l'employeur. Il comportera dans tous les cas une description complète et précise du poste à pourvoir, il pourra aussi préciser utilement le nombre de candidats à présenter à l'entreprise ainsi que les engagements du cabinet en cas de difficultés pour trouver un candidat.

En tout état de cause, **la décision finale** d'embauche **reste de la seule compétence de l'employeur**. Le cabinet de recrutement n'est donc pas, en principe, responsable vis-à-vis de son client si le candidat proposé ne lui apporte pas satisfaction. Il doit toutefois répondre des conséquences dommageables de ses négligences ou de la mauvaise exécution de ses obligations : dans le cas d'un comptable qui s'était rendu coupable de détournements de valeurs et qui avait été recruté par l'intermédiaire d'un conseil en recrutement, la responsabilité pour faute de ce dernier a été retenue pour n'avoir pas vérifié les informations portées sur le curriculum vitae de l'intéressé, tant en ce qui concerne les diplômes invoqués que les emplois déclarés, ni même attiré l'attention de l'employeur sur cette absence de vérification et sur les risques d'une embauche dans de telles conditions [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 nov. 2005, n° 03-10.909].

S'agissant d'une obligation de moyens, c'est à l'entreprise cliente qu'il appartient d'apporter la preuve des manquements reprochés au conseil dans l'exécution de ses obligations [CA Paris, 5<sup>e</sup> ch. B, 30 nov. 2001, n° 99-252022].

➔ **Les cabinets de recrutement sont soumis aux mêmes obligations que celles qui pèsent sur l'employeur** dans le cadre de

la procédure d'embauche (respect de la vie privée du candidat et non-discrimination notamment). Ils sont de surcroît soumis à des obligations spécifiques et, notamment, à une **obligation de confidentialité** vis-à-vis des candidats qu'ils rencontrent.

Ils peuvent collecter les données à caractère personnel nécessaires à leur activité, à l'exception du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques. La collecte, l'utilisation, la conservation et la transmission de ces données doivent être réalisées dans le respect du principe de non-discrimination et des dispositions du RGPD et de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ces données personnelles ne peuvent pas être conservées plus de six ans [C. trav., art. R. 5323-9 à R. 5323-11].

### REMARQUE

Les dispositions du Code du travail n'ont pas été mises à jour suite à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données [RGPD, Règle n° 2016/679, 27 avr. 2016, JOUE n° L. 119, 4 mai 2019]. Celui-ci pose notamment comme principe celui de la minimisation des données, à savoir que seules peuvent être recueillies les données adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités définies. Il pose également comme principe celui de la limitation de la conservation : on peut s'interroger sur la conformité à ce principe du délai de six ans fixé par le Code du travail.

## 18 Comment rédiger une offre d'emploi ?

Lorsqu'il rédige une offre d'emploi, l'employeur doit s'efforcer de bien définir les caractéristiques du poste à pourvoir et le profil souhaité des candidats. Un certain nombre de règles doivent en outre être respectées :

→ **Une offre d'emploi doit être datée et elle doit être rédigée en français** [C. trav., art. L. 5332-1 et L. 5331-4]. Lorsque l'emploi ou le travail offert ne peut être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le texte français doit en comporter une description suffisamment détaillée pour ne pas induire en erreur les candidats.

Ces prescriptions s'appliquent aux emplois à exécuter sur le territoire français, quelle que soit la nationalité de l'auteur de l'offre ou de l'employeur, et aux emplois à exécuter hors du territoire français, lorsque l'auteur de l'offre ou l'employeur est français, alors même

que la parfaite connaissance d'une langue étrangère serait une des conditions requises pour tenir l'emploi proposé.

La rédaction d'une offre d'emploi dans une langue étrangère n'est possible que dans deux cas :

- offre, par un employeur étranger, d'un emploi à exécuter hors du territoire français ;
- offre d'emploi insérée dans une publication ou autre moyen de communication rédigé en tout ou partie en langue étrangère ;

→ **Une offre d'emploi ne doit pas mentionner de limite d'âge maximale**, sauf si cette condition résulte de textes législatifs ou réglementaires [C. trav., art. L. 5331-2]. À noter que selon la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde, désormais remplacée par le Défenseur des Droits), les références aux termes de « junior » ou de « senior » renvoient au niveau d'expérience professionnelle exigé et ne désignent pas en elles-mêmes l'âge du candidat. Elles n'établissent donc pas à elles seules une discrimination fondée sur l'âge, mais peuvent cependant constituer un indice susceptible, parmi d'autres éléments, de mettre en évidence une pratique discriminatoire [Délib. Halde n° 2007-306, 26 nov. 2007 ; voir également Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 08-45.254] ;

→ **Une offre d'emploi ne doit pas comporter mention du sexe du candidat recherché**, de sa situation de famille ou toute autre **mention de caractère discriminatoire** : origine, religion, race, etc. [C. trav., art. L. 1142-1]. Constitue une discrimination prohibée la diffusion d'une offre d'emploi exigeant la présentation de la carte d'électeur du candidat ce qui revient à subordonner l'offre à une condition de nationalité [Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710]. Il est donc recommandé de s'abstenir de toute mention de ce type et, s'agissant du sexe, de toujours indiquer les deux genres : cadre (H/F) ou employé·e, par exemple. Les uniques exceptions permettant de faire figurer le sexe du candidat concernent les emplois d'acteurs, mannequins et modèles [C. trav., art. R. 1142-1]. Une peine d'un an d'emprisonnement et/ou une amende de 3 750 € est encourue lorsque cette interdiction est méconnue [C. trav., art. L. 1146-1] ;

→ Enfin, il est interdit à l'employeur de proférer des **allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur** portant notamment sur l'existence, le caractère effectivement disponible, l'origine, la nature, la rémunération et les avantages annexes proposés, ainsi que le lieu du travail [C. trav., art. L. 5331-3].

REMARQUE

L'utilisation d'annonces qui ne correspondraient pas à des postes à pourvoir, mais auraient pour seul objet de constituer un fichier de candidatures, serait contraire aux dispositions de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, imposant que les données soient collectées de manière licite, loyale et transparente, pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne soient pas traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités.

## 19 Comment la diffusion d'une offre d'emploi peut-elle être assurée ?

Les offres d'emploi peuvent être diffusées par voie d'affichage, par voie de presse ou par tout autre moyen de communication accessible au public. Le canal de diffusion par Internet, aujourd'hui essentiel, est donc soumis au même régime que la diffusion par voie de presse [C. trav., art. L. 5332-2].

S'il est interdit de vendre des offres ou demandes d'emploi quel que soit le support utilisé, l'insertion, à titre onéreux, d'offres (ou de demandes) d'emploi dans une publication ou un autre moyen de communication payant est autorisée [C. trav., art. L. 5331-1].

Toute offre d'emploi publiée ou diffusée doit être datée. Par ailleurs, l'employeur qui fait publier ou diffuser une offre anonyme d'emploi doit faire connaître son nom, sa raison sociale et son adresse au directeur de la publication ou au responsable du moyen de communication [C. trav., art. L. 5332-1 et L. 5332-2]. Lorsque l'insertion est demandée par un intermédiaire (agence de publicité, organisme de sélection, cabinet de recrutement, etc.), ces renseignements sont fournis par l'intermédiaire. Ils seront communiqués par le directeur de la publication ou le responsable du moyen de communication à la Directe ou à Pôle emploi s'ils le demandent [C. trav., art. L. 5332-4].

Ne sont pas visés par ces dispositions les canaux plus confidentiels que sont les journaux d'annonces au sein des grandes écoles ou d'organismes de formation, etc.

# Sélection des candidats

---

## 20 Quelles techniques d'aide au recrutement l'employeur peut-il utiliser pour sélectionner les candidats ?

L'employeur est libre d'utiliser la méthode de sélection et d'évaluation des candidats qui lui paraît la plus fiable : entretien, questionnaire, soumission des candidats à un test, mise en situation ou épreuve professionnelle destinée à vérifier leurs compétences. Ces moyens, toutefois, doivent être pertinents au regard de la finalité poursuivie qui est l'appréciation des qualités professionnelles du candidat [C. trav., art. L. 1221-6 et L. 1221-8].

Les techniques mises en œuvre doivent donc être exclusivement orientées vers cette appréciation, à l'exclusion de toute investigation sur la personne et la vie privée.

De même, en l'absence de définition de la « pertinence », l'employeur s'en tiendra à des techniques éprouvées et évitera de recourir à des procédés d'efficacité contestable (analyse graphologique, astrologie, numérologie, etc.) dont la valeur scientifique n'est pas démontrée [Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993].

**EXEMPLE** En ce qui concerne la graphologie, la jurisprudence a eu l'occasion de manifester sa réticence à l'égard de cette méthode. Ainsi, à deux reprises, un employeur qui avait fait pratiquer une analyse graphologique au cours de la procédure d'embauche et invoquait la nullité du contrat de travail pour dol au motif que le curriculum vitae fourni par le candidat avait été écrit par une autre personne, a été débouté de son action, au motif que l'examen graphologique n'avait été qu'un élément parmi d'autres de la décision définitive d'embauche et qu'il n'était pas évident que sans cette manœuvre du salarié, l'employeur ne l'aurait pas embauché [Cass. soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615; Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-41.223].

## 21 Le comité social et économique doit-il être saisi de la question du choix des méthodes de recrutement ?

Oui. Dans les entreprises de 50 salariés et plus, **le comité social et économique doit être informé**, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci [C. trav., art. L. 2312-38].

## REMARQUE

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur n'est pas tenu d'informer les membres du comité social et économique. Toutefois, ceux-ci pourront saisir le chef d'établissement dans le cadre de leur droit d'alerte. S'ils constatent que les techniques de recrutement mises en œuvre portent une atteinte injustifiée aux droits des personnes [C. trav., art. L. 2312-5 et art. L. 2312-59].

## 22

### L'employeur est-il tenu d'informer le candidat sur les techniques utilisées ?

Le candidat à un emploi doit être informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard [C. trav., art. L. 1221-8 et L. 1221-9]. La Cnil recommande que cette information soit dispensée préalablement par écrit sous une forme individuelle ou collective [Délib. Cnil n° 2002-017, 21 mars 2002].

Par ailleurs, aucune information concernant personnellement le candidat ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance [C. trav., art. L. 1221-9]. Ainsi, il n'est pas possible d'enregistrer ou de filmer un candidat à son insu.

En tout état de cause, en application du RGDP, le candidat doit être informé sur l'identité du responsable de traitement, les finalités du traitement, la durée de conservation des données, la possibilité d'accéder aux données et d'en demander la rectification ou l'effacement [Règl. n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 13 et 14].

## À NOTER

Les résultats obtenus doivent rester confidentiels. Ils ne peuvent donc pas être diffusés hors de l'entreprise sans l'accord du salarié [C. trav., art. L. 1221-8]. Les résultats doivent être portés à la connaissance du candidat s'il en émet le souhait [Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993].

## 23

### L'employeur peut-il utiliser un logiciel de sélection ?

L'employeur peut utiliser des outils informatiques permettant une analyse du profil psychologique du salarié, de ses capacités cognitives ou de raisonnement, de son niveau en langues, de ses connaissances. Ces outils informatiques constituent simplement un outil supplémentaire à la disposition du recruteur, le candidat ayant le droit d'être informé des raisonnements utilisés lors du traitement.

S'agissant toutefois de traitement établissant des profils de personnes physiques à des fins de gestion des ressources humaines, une analyse d'impact relative à la protection des données doit être mise en place avant l'utilisation de tels logiciels [Délib. Cnil, n° 2018-327, 11 oct. 2018, JO 6 nov.]. Le RGPD considère en effet que l'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels fondée sur un traitement automatisé, ce qui inclut le profilage, et sur la base de laquelle des décisions produisant des effets juridiques pour la personne sont prises, constitue un traitement susceptible de présenter un risque élevé pour les droits et libertés des personnes [Règl. UE, n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 35; L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 62].

## **24** Quelles questions l'employeur peut-il poser au candidat ?

Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi, ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Elles doivent présenter un lien direct et nécessaire avec cette finalité [C. trav., art. L. 1221-6].

À titre d'exemples, peuvent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi des questions concernant l'état civil du candidat, ses emplois précédents, la formation professionnelle suivie, les diplômes dont il est titulaire ou un éventuel engagement de non-concurrence.

S'agissant de la personnalité du candidat, si elle entre à l'évidence en compte dans le choix de l'employeur, ce choix ne saurait cependant être déterminé à partir d'éléments relevant de la vie privée du salarié. Sont ainsi proscrites les questions portant sur :

- l'état de santé du salarié;
- les convictions religieuses, sauf dans les entreprises dites « de tendance » (comme, par exemple, un collège proposant une éducation religieuse);
- l'appartenance ou non à une organisation syndicale ou à un parti politique;
- les éventuels projets matrimoniaux;
- l'état de grossesse;
- toutes questions concernant le conjoint ou la famille du candidat, etc.

## Questions prohibées selon la Cnil

Appelée à se prononcer sur la collecte et le traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement, la Cnil a estimé que, de manière générale, la collecte des informations suivantes n'est pas conforme à la loi, sauf cas particuliers justifiés par la nature très spécifique du poste à pourvoir ou, le cas échéant, des règles en vigueur dans le pays étranger concerné par le poste : date d'entrée

en France, date de naturalisation, modalités d'acquisition de la nationalité française, nationalité d'origine, numéros d'immatriculation ou d'affiliation aux régimes de sécurité sociale, détail de la situation militaire sous la forme « objecteur de conscience, ajourné, réformé, motifs d'exemption ou de réformation, arme, grade », adresse précédente, entourage familial du candidat (nom, prénom, nationalité, profession et employeur du conjoint ainsi que nom, prénom, nationalité, profession, employeur, des parents, des beaux-

parents, des frères et sœurs et des enfants), état de santé, taille, poids, vue, conditions de logement (propriétaire ou locataire), vie associative, domiciliation bancaire, emprunts souscrits [Délib. Cnil n° 2002-017, 21 mars 2002].

De même, l'employeur ne saurait solliciter la production du dossier scolaire du candidat, celui-ci comportant des appréciations personnelles sur le salarié. Il peut en revanche demander un relevé de notes [Rép. min. n° 13309 : JOAN Q, 16 mars 1987, p. 1486].

**25**

L'employeur peut-il utiliser un questionnaire préétabli et demander au candidat de répondre par écrit ?

L'employeur peut élaborer un questionnaire d'embauche. Cette pratique est évidemment soumise aux mêmes limites, quant à la nature des sujets abordés, que la demande d'information orale. Ce support écrit pourra également servir à préciser aux candidats les techniques de recrutement qui sont mises en œuvre (voir n° 22).

Le questionnaire constituant un traitement de données à caractère personnel, il doit répondre aux exigences fixées par la RGPD et la Loi Informatique et libertés (voir encadré p.47).

Le questionnaire doit comporter les mentions suivantes :

- l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;
- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- les finalités du traitement auquel sont destinées les données ainsi que la base juridique du traitement ;
- les droits du candidat qu'il tient des articles 117 à 120 de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 (les droits d'opposition,

d'accès, de rectification et d'effacement des données notamment) [L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 116].

## **26** Le candidat est-il tenu de répondre aux questions de l'employeur ?

Oui, le candidat est tenu de répondre aux demandes d'informations du futur employeur, et d'y répondre de bonne foi [C. trav., art. L. 1221-6]. Cependant, il peut s'abstenir d'apporter une réponse aux questions qui n'auraient pas dû être posées par l'employeur : questions sur la vie privée, les convictions religieuses ou l'engagement politique ou syndical par exemple. Il peut même se permettre d'apporter à ces questions une réponse erronée sans risquer de se voir reprocher sa mauvaise foi [Rép. min. n° 24397 : JOAN Q, 20 juill. 1987, p. 4132].

Si le candidat évincé parvient à établir que des questions d'ordre personnel sont directement à l'origine d'un refus d'embauche, il n'obtiendra pas du juge qu'il ordonne son embauche, mais il pourra obtenir des dommages et intérêts. Il lui appartiendra de démontrer non seulement que les questions posées étaient illicites, mais encore que ce sont les réponses (ou les non-réponses) à ces questions qui ont été déterminantes dans le refus d'embauche. Cette preuve sera le plus souvent très difficile à apporter.

Néanmoins, lorsque les questions posées mettent en évidence un critère discriminatoire au sens de la loi [C. trav., art. L. 1132-1], notamment la situation familiale, l'orientation sexuelle, les activités syndicales, politiques, associatives, mutualistes, un tel élément est de nature à laisser présumer une discrimination. Dans un tel cas, le candidat évincé pourra chercher à obtenir réparation sur ce fondement (voir n°s 31 et 32).

## **27** Quels documents l'employeur peut-il demander au candidat ?

L'employeur peut légitimement solliciter du candidat la présentation de ses diplômes ainsi que des certificats de travail attestant tant de sa formation que de son expérience professionnelle.

Le permis de conduire peut aussi être demandé si sa détention est nécessaire.

Un extrait de casier judiciaire peut également être demandé au candidat, mais seulement si l'emploi proposé requiert des qualités

de bonne moralité, c'est-à-dire si une éventuelle condamnation peut être de nature à compromettre l'exercice des fonctions (postes impliquant la gestion de fonds, personnes en charge de la sécurité, pour lesquelles la loi du 12 juillet 1983 exige l'absence de toute condamnation pénale).

### **28** L'employeur peut-il procéder à une enquête sur un candidat ?

Aucune collecte d'informations sur un candidat à l'embauche, par quelque moyen que ce soit, ne peut être opérée à son insu [C. trav., art. L. 1221-9]. Dès lors, toute enquête privée sur le candidat, son conjoint ou sa famille, et notamment sur leurs antécédents syndicaux, est interdite.

Toutefois, la collecte de références auprès de l'environnement professionnel du candidat (supérieurs hiérarchiques, collègues, maîtres de stages, clients, fournisseurs, etc.) est possible dès lors qu'il en est informé. En pratique, les questionnaires de recrutement sollicitent souvent les coordonnées de personnes pouvant être contactées.

Néanmoins, la collecte du nom et de l'adresse de références personnelles aux fins de diligenter une enquête dite « de moralité » serait excessive et contraire à la loi [Délib. Cnil n° 2002-017, 21 mars 2002].

### **29** L'employeur peut-il soumettre le candidat à une épreuve pratique ?

Oui, et pour certaines fonctions, ce sera un excellent moyen de s'assurer des compétences du candidat (capacité à exécuter un travail correctement dans un délai donné, maîtrise de l'outil informatique ou d'un logiciel précis, etc.). L'employeur peut donc soumettre le candidat à un test professionnel. Il peut arriver d'ailleurs que l'accomplissement d'un stage soit une condition de la prise des fonctions [Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 97-41.908].

La question de savoir si le test professionnel doit donner lieu à rémunération peut être réglée par la convention collective. À défaut, la jurisprudence exclut la rémunération du test professionnel, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une prestation de travail [Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.485].

Mais attention ! Pour qu'en cas de litige, le test professionnel ou le stage préalable ainsi réalisé soit considéré comme tel et non comme

## Traitement des données personnelles pendant le processus de recrutement

→ **Traitement des données.** Dans le cadre du processus de recrutement l'employeur peut être amené à traiter des données à caractère personnel. Il faut entendre par traitement de données toute opération portant sur des données personnelles, comme l'enregistrement, l'organisation, la conservation, la modification, la transmission, etc. des données personnelles, selon la Cnil. Il peut s'agir d'un fichier informatique, d'un tableau Excel, d'une base de données, d'une application, mais également d'un fichier papier classé, de formulaires papiers nominatifs ou de dossiers de candidatures classés par ordre alphabétique ou chronologique par exemple.

→ **Limitation à la collecte des données et sécurité.** La collecte de ces données doit être conforme aux principes du RGPD et de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978. Ainsi ne doivent être traitées que les informations nécessaires au recrutement, permettant d'évaluer les capacités du candidat à occuper le poste (portant sur sa formation, sa qualification ou son expérience). Ne peuvent pas être collectées, sauf exception, des données dites « sensibles » (révélant les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale des personnes, les données génétiques, biométriques ou relatives à leur santé ou à leur vie sexuelle). Les données obtenues ne pourront être utilisées à d'autres fins. L'employeur doit par ailleurs s'assurer de leur confidentialité, en mettant en place les mesures de sécurité nécessaires à leur non divulgation.

→ **Les droits du candidat sur ses données.** Le candidat dispose d'un certain nombre de droits sur ses données, il peut demander à tout moment, à y accéder, à les faire rectifier ou supprimer.

→ **Information.** Au moment de la collecte des informations, il doit être informé sur ses droits et sur la manière dont les données sont traitées. Plus précisément cette information porte sur les éléments suivants :

- l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;
- les coordonnées du délégué à la protection des données s'il en existe un ;
- les finalités du traitement auquel sont destinées les données ainsi que la base juridique du traitement ;
- le ou les destinataires des données à caractère personnel ;
- le cas échéant, le fait que le responsable du traitement a l'intention d'effectuer un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ;
- la durée de conservation des données à caractère personnel ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée ;
- le droit de demander l'accès aux données, leur rectification ou leur effacement, ou une limitation du traitement, ou le droit de s'opposer au traitement, et le droit à la portabilité des données ;
- le droit d'introduire une réclamation auprès de la Cnil ;
- la question de savoir si l'exigence de fourniture de données a un caractère réglementaire ou contractuel ou si elle conditionne la conclusion d'un contrat et si la personne est tenue de fournir des données à caractère personnel, ainsi que sur les conséquences éventuelles de la non-fourniture de ces données ;
- l'existence d'une prise de décision automatisée et les informations utiles concernant le mode de fonctionnement de la méthode d'analyse des données, l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée. Par ailleurs, lorsque les informations sont collectées par questionnaire, certaines mentions doivent y figurer (voir n° 25).

→ **Conservation limitée.** L'entreprise ne peut conserver ces données que pour une durée limitée. La Cnil considère, qu'une fois le processus de recrutement achevé les données des candidats non retenus doivent être supprimées, sauf si ces derniers consentent à ce qu'elles soient conservées par l'entreprise. Dans ce cas, elles ne peuvent l'être que pour une durée n'excédant pas 2 ans [Règl. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 5§1 et 9§1 ; L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 4 et 8].

le début du contrat de travail, il est important que les conditions de son déroulement ne soient pas les conditions normales d'emploi. C'est l'enseignement qu'il convient de tirer de la jurisprudence de la Cour de cassation.

---

**EXEMPLES** Un chauffeur de car prétendait faire remonter le point de départ de son contrat de travail à la date où son employeur l'avait soumis à un test préalable à l'embauche. Ses prétentions n'ont pas été accueillies car il n'avait conduit un car de l'entreprise, que vide de passager et en présence du chauffeur habituel, et ceci pendant quelques heures seulement au cours des mois précédant l'embauche. Ces prestations qui avaient été rémunérées, constituaient bien un test professionnel et non une période de travail qui aurait impliqué que l'intéressé soit placé dans des conditions normales d'emploi [Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154]. En revanche, lorsque le candidat à un poste de chauffeur-livreur participe activement, pendant toute la journée et dans des conditions normales d'emploi, à la livraison des colis avec le véhicule de l'entreprise, en se tenant à la disposition de l'employeur et en écoutant ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses propres affaires, c'est une relation de travail qui s'est établie entre les parties pendant cette journée et non un essai professionnel [Cass. soc., 26 nov. 2008, n° 07-42.673].

---

En toute hypothèse, si l'employeur décide d'avoir recours à un test professionnel, il doit l'organiser avant l'embauche, et non trois ans après celle-ci, pour démontrer l'insuffisance professionnelle reprochée à la salariée [Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-44.362].

### 30 La fixation du salaire peut-elle être soumise à une procédure d'enchères inversées ?

Non, les procédures d'enchères électroniques inversées sont interdites pour la fixation du salaire, sous peine de nullité du contrat de travail [C. trav., art. L. 1221-4]. Ces méthodes, qui ont parfois été utilisées en matière de recrutement, consistaient à demander aux candidats leurs propositions de salaire pour le poste convoité tout en les informant des offres des autres candidats, l'emploi revenant au candidat qui a demandé le salaire le plus bas. Elles ont été interdites.

### 31 Comment le candidat à l'embauche est-il protégé contre une éventuelle discrimination ?

Trois principes essentiels s'imposent à l'employeur en matière de recrutement :

– il lui est interdit de **choisir son futur salarié sur la base d'un certain nombre de critères considérés comme discriminatoires**.

En effet, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques

génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son exercice d'un mandat électif local, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français [C. trav., art. L. 1132-1];

– il doit respecter rigoureusement le **principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes**. Outre l'interdiction de mentionner le sexe du candidat recherché dans une offre d'emploi (voir n° 18), il résulte de ce principe qu'un refus d'embauche ne doit pas reposer sur la prise en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse ou de critères se rattachant à ces considérations [C. trav., art. L. 1142-1]. À noter que ce principe d'égalité de traitement peut être revendiqué par des hommes [Cass. soc., 18 déc. 2007, n° 06-45.132];

– par ailleurs, aucun candidat à un recrutement ne peut être écarté de la procédure d'embauche au motif qu'il a subi ou refusé de subir des **agissements de harcèlement sexuel** [C. trav., art. L. 1153-2].

Les différences de traitement ne sont admises que lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée [C. trav., art. L. 1133-1]. Ainsi, les différences fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas des discriminations lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées [C. trav., art. L. 1133-3].

Sont également admises les différences fondées sur le sexe lorsqu'elles constituent une condition déterminante de l'emploi ; la liste des emplois et activités professionnelles concernées reste toutefois très limitée : artistes devant interpréter un rôle, mannequins et modèles [C. trav., art. R. 1142-1].

De même, les différences fondées sur l'âge ne sont admises que si elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Ces différences peuvent consister, par exemple, en la fixation d'un âge maximal pour le recrutement, fondée sur la

formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite [C. trav., art. L. 1133-2].

À noter qu'en revanche, l'employeur ne peut pas prendre en considération l'état de grossesse pour refuser d'embaucher une femme enceinte même si une disposition légale interdit pour des raisons de santé aux femmes enceintes d'occuper l'emploi qu'il propose [CJCE, 3 févr. 2000, aff. C-207/98].

Ces règles protègent le candidat, que le recrutement soit conduit par l'employeur lui-même ou par un intermédiaire (cabinet de recrutement, conseil en recrutement, chasseur de têtes).

### REMARQUE

Un candidat ne peut pas être écarté d'une procédure de recrutement pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délai ou d'un crime dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Une protection identique existe pour les lanceurs d'alerte [C. trav., art. L. 1132-3-3].

## 32 Que peut faire le candidat qui s'estime victime d'une discrimination ?

Le candidat à l'embauche qui s'estime victime d'une discrimination peut saisir le juge d'une demande de réparation. Il peut aussi se plaindre auprès de la Direccte qui jugera de l'opportunité de déclencher des poursuites pénales, ou encore saisir le Défenseur des droits.

→ **Action en justice.** Le candidat à l'embauche qui a été évincé d'une procédure d'embauche pour des motifs qu'il considère comme discriminatoires peut saisir le juge d'une demande de réparation.

→ **Compétence du conseil de prud'hommes.** C'est le juge du contrat de travail qui est compétent, même si le comportement discriminatoire supposé s'est produit au cours d'une procédure de recrutement [Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 06-40.864 ; Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 07-40.787].

→ **Régime de la preuve.** Afin de ne pas faire peser sur le salarié ou le candidat à l'emploi la lourde charge de prouver le comportement discriminatoire, le régime de la preuve est aménagé [C. trav., art. L. 1134-1] :

- le candidat à l'emploi commence par présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. S'il n'est pas tenu d'établir la preuve d'une discrimination, il doit cependant apporter des faits précis : des allégations ou attestations formulées en termes très généraux ne sont pas jugées suffisantes [Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748] ;
- au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
- au final, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Il peut ainsi décider d'une expertise pour rechercher les éléments de comparaison nécessaires, en sommant au besoin l'entreprise de fournir certains documents ou listes de salariés.

Le refus d'embauche de l'employeur n'étant soumis à aucune obligation de motivation, il sera le plus souvent très difficile au candidat évincé d'apporter la preuve non seulement de la discrimination, mais encore du lien entre la discrimination et le refus d'embauche. Cette preuve peut résulter, par exemple, d'une directive émanant de l'employeur interdisant l'embauche, en contrat à durée indéterminée, des enfants des membres du personnel [Cass. soc., 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 96-43.617].

Afin de faciliter la tâche du demandeur, la pratique du « testing » est admise en la matière et peut être utilisée comme mode de preuve [C. pén., art. 225-3-1] : le candidat envoie à l'employeur qu'il suspecte de comportement discriminatoire un nouveau CV transformé reprenant l'ensemble de ses caractéristiques professionnelles, mais sous un autre nom par exemple.

#### REMARQUE

Selon la Cour de justice de l'union européenne, un employeur peut être condamné pour discrimination directe à l'embauche en l'absence de victime identifiable. Tel est le cas lorsqu'il a affirmé publiquement qu'il ne recrutera pas de candidat ayant une certaine origine. Il lui appartient alors de prouver, qu'il n'y a pas de violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations [CJCE, 10 juil. 2008, aff. C-54/07].

➔ **Nature de la réparation.** Si la discrimination est établie, la victime obtiendra des dommages et intérêts réparant l'entier préjudice résultant de la discrimination (matériel et moral).

Mais attention ! L'action en réparation se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination [C. trav., art. L. 1134-5].

## À NOTER

Les syndicats représentatifs sont habilités à exercer en justice toutes les actions en matière de discrimination, notamment en faveur du candidat à un emploi, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit et ne se soit pas opposé à l'action. Peuvent également exercer ces actions, à condition de justifier de l'accord écrit de l'intéressé, les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations [C. trav., art. L. 1134-2 et L. 1134-3].

### → Saisine de l'inspecteur du travail et poursuites pénales.

Le salarié peut solliciter l'intervention de l'inspecteur du travail, sans que celui-ci soit toutefois tenu d'agir. L'inspecteur du travail peut exiger de l'employeur qu'il lui transmette tout document ou tout élément d'information utile à la constatation de faits permettant d'établir l'existence d'une discrimination. Il a en outre accès aux différents registres obligatoires, dont le livre de paye [C. trav., art. L. 8113-4]. Ces informations peuvent appuyer un éventuel procès-verbal constatant une discrimination, lequel peut conduire au déclenchement de poursuites pénales, si le parquet l'estime opportun.

Sans attendre un procès-verbal, le salarié peut déposer une plainte simple en discrimination, ou se constituer partie civile. Il peut également procéder par citation directe devant le tribunal correctionnel, si sa plainte est suffisamment argumentée.

Les sanctions encourues par l'employeur sont fixées par le Code pénal à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende [C. pén., art. 225-2]. Elles peuvent être assorties de peines complémentaires, comme l'exclusion des marchés publics [CCP, art., L. 2141-4].

## À NOTER

La répartition de la charge de la preuve prévue en matière civile ne s'applique pas en matière pénale, le candidat devant établir que la décision prise l'a été sur la base d'un critère discriminatoire.

→ **Saisine du Défenseur des droits.** La victime d'une discrimination à l'embauche peut également s'adresser au Défenseur des droits. Saisi par courrier motivé de l'intéressé, cette institution peut charger ses agents de procéder à des vérifications sur place, demander des explications aux personnes mises en cause et, si besoin, les mettre en demeure de s'expliquer. Il peut décider d'organiser une médiation ou bien, si l'action publique n'est pas encore déclenchée, proposer à l'auteur des faits une transaction pénale (versement d'une amende transactionnelle d'un montant de 3 000 € au maximum ; 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale) et l'indemnisation de la victime. Si ces procédures n'aboutissent pas, le

Défenseur des droits peut informer le Procureur de la République. Enfin, il peut formuler des recommandations aux entreprises, voire enjoindre de prendre des mesures nécessaires dans un délai déterminé si ses recommandations ne sont pas suivies d'effet.

Adresse du Défenseur des droits : 7 rue Saint-Florentin 75008 Paris ([www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr)).

► Pour plus de détails sur les discriminations, voir *Social Pratique* Supplément « Égalité professionnelle » n° 755.

### **33** L'employeur peut-il demander au candidat s'il est reconnu handicapé ?

Oui, bien que le handicap figure parmi les motifs discriminatoires qui ne doivent pas être pris en compte dans la décision d'embauche (voir n° 31).

Compte tenu de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (voir n° 11), l'employeur peut légitimement se préoccuper de savoir combien de travailleurs handicapés il emploie. Il importe donc que l'employeur soit informé du handicap pour remplir cette obligation.

Le candidat, toutefois, n'est pas tenu de répondre à la question. En effet, l'employeur ne peut pas reprocher une faute au salarié qui ne lui a pas révélé sa qualité de travailleur handicapé [Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370].

### **34** Un refus d'embauche peut-il être motivé par une grossesse ?

L'employeur ne peut en aucun cas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher. La femme candidate à un emploi n'est même pas tenue de révéler son état de grossesse (sauf si elle souhaite bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte). Quant à l'employeur, il lui est fait interdiction de rechercher toute information concernant l'état de grossesse éventuel de la candidate [C. trav., art. L. 1225-1 et L. 1225-2]. En cas de litige, il pourra être tenu de communiquer au juge le dossier de recrutement.

L'employeur ne peut donc pas reprocher à une salariée de lui avoir dissimulé son état de grossesse lors de son engagement. Il ne peut invoquer, pour refuser de l'embaucher, ni des questions

financières ou d'organisation de l'entreprise (liées à la perspective d'une absence pour congé de maternité) ni même le fait qu'étant enceinte, elle ne sera pas en mesure, en raison des règles de sécurité, d'occuper l'emploi qu'il propose [CJCE, 3 févr. 2000, aff. C-207/98]. L'employeur doit donc procéder à l'embauche, puis affecter temporairement l'intéressée à un poste compatible avec son état.

Toute atteinte à ces principes est punie par une contravention de 5<sup>e</sup> classe [1 500 € au plus; C. trav., art. R. 1227-5], ainsi que par le versement de dommages et intérêts à la salariée victime d'une telle discrimination [C. trav., art. L. 1225-71].

### À NOTER

Le médecin du travail est tenu au secret professionnel et, en conséquence, ne peut en aucun cas révéler l'état de grossesse de la candidate à l'employeur.

### Mise en œuvre d'une action de groupe

Une action de groupe peut être mise en œuvre en cas de discrimination à l'encontre de plusieurs candidats à un emploi. Elle doit être engagée par une organisation syndicale de salariés représentative ou par une association régulièrement déclarée depuis au

moins cinq ans, intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap [C. trav., art. L. 1134-7]. L'organisation syndicale ou l'association demande préalablement à l'employeur de faire cesser la situation de discrimination collective [C. trav., art. L. 1134-9]. L'action de groupe peut être engagée :  
– à l'issue d'un délai de six mois à compter de la

demande préalable, en l'absence de régularisation de l'employeur ;

– ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande.

Elle est exercée devant le Tribunal judiciaire [C. trav., art. L. 1134-10].

Elle permet de faire cesser le manquement et de réparer les préjudices subis en cas de manquement [C. trav., art. L. 1134-8].

**35**

### Peut-on reprocher à un salarié d'avoir donné à l'employeur des renseignements inexacts pour son embauche ?

En règle générale, l'employeur qui recrute ne doit pas s'en tenir aux seuls dires des candidats, il doit procéder aux vérifications qu'il estime nécessaires, concernant par exemple la détention effective des diplômes annoncés et la durée des expériences professionnelles (voir n° 27). Il ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même s'il a porté son choix sur un candidat dont il a mal apprécié les qualités et compétences ou n'a pas vérifié qu'il détenait tous les titres requis

[Cass. soc., 2 mai 2000, n° 98-42.127 ; Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-41.730]. Par ailleurs, il est de pratique courante que le candidat à un emploi promette des performances exceptionnelles pour obtenir le poste. Si les résultats annoncés ne sont pas atteints, l'employeur est mal-venu à prétendre qu'il y a eu tromperie [CA Nancy, ch. soc., 27 mars 2002, n° 00/1923].

Cependant, tenu d'une obligation de bonne foi, le candidat à l'embauche qui donne des informations erronées sur ses diplômes et compétences ou produit de faux documents pour se faire embaucher s'expose à la nullité du contrat de travail ou au licenciement.

→ **La nullité du contrat suppose des manœuvres frauduleuses constitutives de dol** (production de faux documents par exemple).

Pour obtenir la nullité, l'employeur doit démontrer non seulement l'existence de manœuvres de la part du salarié, mais encore que ces manœuvres ont été déterminantes dans la décision d'embauche ; cela correspond à la définition du dol par le Code civil : « *le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* » [C. civ., art. 1137].

**EXEMPLE** Lorsqu'il est établi, d'une part, que pour se faire embaucher, un salarié s'était faussement prévalu d'un DESS technique et pratique des relations économiques extérieures Paris I (Dauphine) et d'une formation suivie à « SUB DE CO » à Bordeaux et, d'autre part, que ces fausses affirmations avaient eu un rôle déterminant pour son recrutement, l'annulation du contrat de travail est justifiée [Cass. soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239]. En revanche, n'a pas été considérée comme constitutive de manœuvres frauduleuses justifiant l'annulation du contrat, la simple fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche [Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912] ; pas d'avantage le fait d'user de mentions imprécises ou susceptibles d'une interprétation erronée dans son curriculum vitae. Il en a été décidé ainsi à propos d'une salariée qui avait fait figurer dans son CV la mention « 1993 assistance de responsable de formation, Renault (Rueil-Malmaison) », alors qu'en réalité il s'agissait d'un stage de formation de quatre mois à la direction des études de Renault dans le service formation linguistique [Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565].

→ En l'absence de dol qualifié, **le fait de fournir au futur employeur des renseignements erronés lors de l'embauche peut cependant constituer une faute justifiant le licenciement** s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté [Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912]. C'est une faute grave qui a même été retenue dans le cas d'une salariée, candidate à des fonctions d'aide-comptable, qui avait volontairement lors de son embauche falsifié son curriculum vitae pour dissimuler une période d'activité au cours de laquelle

elle avait commis des détournements de valeurs ayant donné lieu à condamnation pénale [Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-44.825]. Même raisonnement pour un candidat ayant menti sur ses employeurs précédents, dès lors que cette information avait été déterminante pour procéder à son recrutement [Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521].

## Offre et promesse de contrat

---

### **36** Quelle est la différence entre invitation à négocier, offre de contrat et promesse de contrat ?

Les employeurs ont intérêt à établir avec la plus grande prudence tous les courriers ou documents échangés avec un candidat à l'embauche, tant que le contrat n'est pas conclu : la rédaction utilisée va en effet déterminer le degré d'engagement par lequel l'employeur se trouve tenu.

Ce sont les règles du droit des contrats prévues par le Code civil qui s'appliquent pour mesurer le niveau d'engagement de l'employeur [C. civ., art. 1113 et s; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103].

En pratique, trois situations sont à distinguer :

→ **L'invitation à négocier, les pourparlers** : avant toute offre ou promesse de contrat engageant l'employeur, celui-ci peut échanger avec le candidat dans le cadre de pourparlers [C. civ., art. 1114]. À ce stade, les éléments essentiels du contrat ne sont pas définis et l'employeur n'entend pas exprimer sa volonté d'être lié en cas d'acceptation du candidat. Ainsi, il n'y a ni offre ni promesse de contrat lorsque le courrier de l'employeur précise le poste, la durée et les horaires de travail, mais n'indique ni le montant de la rémunération, ni la date d'embauche [Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.782] ;

→ **L'offre de contrat de travail** : l'employeur formalise une offre de contrat de travail dès lors qu'il précise les éléments essen-

tiels du contrat (poste proposé, rémunération, date d'entrée en fonction) et qu'il exprime la volonté de l'employeur d'être lié en cas d'acceptation du candidat [C. civ., art. 1114; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103]. Cette offre devient caduque à l'expiration du délai donné par l'employeur pour y répondre ou, à défaut, à l'expiration d'un délai raisonnable [C. civ., art. 1117]. Mais dès que l'employeur reçoit l'acceptation de l'offre par le candidat, le contrat de travail est formé [C. civ., art. 1121];

→ **La promesse de contrat** : la promesse de contrat engage définitivement l'employeur. Elle précise les éléments essentiels du contrat de travail et donne au candidat le droit d'opter pour la conclusion du contrat [C. civ., art. 1124; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103].

La distinction est importante car les effets d'une rétractation de l'employeur diffèrent selon la nature de l'engagement.

#### REMARQUE

Ces règles sont issues d'un revirement jurisprudentiel dans le cadre duquel la Cour de cassation a mis un terme à une jurisprudence établie de longue date, au profit d'une analyse calée sur les règles issues de la réforme du droit des contrats [Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103]. Il y a donc à ce jour peu de jurisprudence permettant d'illustrer la distinction.

## 37 Quelles sont les sanctions du non-respect de ses engagements par l'employeur ?

Les sanctions varient selon le degré d'engagement de l'employeur.

Les pourparlers n'engagent pas l'employeur qui peut rompre ceux-ci de manière libre. Seul un abus dans la rupture des pourparlers peut être sanctionné par des dommages-intérêts, sous réserve que le candidat prouve l'existence d'un préjudice.

En cas d'offre de contrat de travail :

- l'employeur a la possibilité de se rétracter librement tant que l'offre n'a pas été reçue par le candidat [C. civ., art. 1115];
- une fois l'offre reçue par le candidat, l'employeur peut la retirer, ce qui aura pour effet d'empêcher la formation du contrat de travail, mais cette rétractation engage la responsabilité de l'employeur qui encourt une condamnation à payer des dommages-intérêts au candidat, en fonction du préjudice subi par celui-ci [C. civ., art. 1116];
- une fois l'offre acceptée, le contrat de travail est formé et la rétractation de l'employeur vaut rupture abusive du contrat de

travail [C. civ., art. 1121]. L'employeur peut être condamné à payer une indemnité de préavis et des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail ;

– l'employeur retrouve sa liberté si le salarié n'a pas accepté l'offre dans le délai qui lui était imparti, ou à défaut de délai fixé, à l'issue d'un délai raisonnable [C. civ., art. 1117].

Si l'employeur a émis une promesse de contrat de travail, il est engagé définitivement dès l'émission de sa promesse :

– il ne peut plus se rétracter sans que le salarié ne se prévale d'une rupture abusive du contrat de travail [C. civ., art. 1124]. L'employeur encourt dans ce cas une condamnation à payer au salarié une indemnité de préavis ainsi que des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat ;

– il doit fournir au salarié un poste conforme à celui présenté dans la promesse de contrat : s'il entend modifier un élément figurant dans la promesse, il doit recueillir l'accord du salarié sur cette modification et formaliser celle-ci dans le contrat de travail qui est signé par le salarié [Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 04-45.251].

Les litiges résultant de la non-exécution d'une offre ou d'une promesse de contrat de travail relèvent de la compétence du conseil de prud'hommes, même si la relation de travail n'a pas reçu un commencement d'exécution [Cass. soc., 2 déc. 1987, n° 86-41.618].

# Formalités d'embauche

## 38 L'employeur est-il tenu de rédiger un contrat de travail écrit ?

Même si la rédaction d'un écrit est préférable, le contrat de travail de droit commun n'est soumis à aucune condition de forme particulière. Il peut donc être verbal [Cass. soc., 4 déc. 2001, n° 99-43.324], voire se déduire d'une simple situation de fait. Cependant, le droit communautaire impose à l'employeur de communiquer par écrit au salarié les éléments essentiels du contrat dans un délai de deux mois au maximum [Directive 91/533, 14 oct. 1991].

### REMARQUE

La directive européenne du 14 octobre 1991 sera abrogée à compter du 1<sup>er</sup> août 2022 par la Directive 2019/1152 du 20 juin 2019 qui élargit le contenu de l'information communiquée au salarié : durée et conditions de la période d'essai, précisions sur les horaires de travail en cas de rythme entièrement ou majoritairement imprévisible. Le texte réduit par ailleurs le délai pour remettre au salarié ces informations, à compter du premier jour de travail : selon les informations concernées, le délai est de sept jours calendaires ou d'un mois.

En France, cette obligation posée par le droit européen est considérée comme remplie par la remise au salarié d'une copie de la déclaration préalable à l'embauche (voir n° 41) et d'un bulletin de paye portant mention des informations visées par le droit européen [Rép. min. n° 11165, JO Ass. nat., 25 avr. 1994, p. 2079]. Cette position pourrait cependant ne plus être d'actualité compte tenu de la modification prévue par la directive du 20 juin 2019.

L'obligation de donner au contrat de travail la forme écrite n'est exigée que pour certains contrats particuliers (CDD, contrat de travail temporaire, contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation...) ou certaines formes de travail (travail à temps partiel notamment).

## 39 La visite auprès de la médecine du travail est-elle obligatoire ?

Lors de l'embauche, l'employeur doit en principe organiser une **visite d'information et de prévention** dans les trois mois suivant la prise effective du poste de travail [C. trav., art. L. 4624-1 ; C. trav., art. R. 4624-10].

Il n'existe donc plus d'obligation de visite médicale d'embauche systématique, comme c'était le cas avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

La visite d'information et de prévention permet :

- d'interroger le salarié sur son état de santé ;
- de l'informer sur les risques éventuels auxquels son poste de travail l'expose ;
- de le sensibiliser sur les moyens de prévention à mettre en œuvre ;
- d'identifier si son état de santé ou les risques auxquels il est exposé nécessitent une orientation vers le médecin du travail, ce qui est obligatoirement le cas lorsque le salarié est reconnu travailleur handicapé, titulaire d'une pension d'invalidité, ou s'il s'agit d'une femme enceinte, venant d'accoucher ou allaitante [C. trav., art. L. 4624-1 ; C. trav., art. R. 4624-19 et art. R. 4624-20] ;
- de l'informer sur les modalités de suivi de son état de santé par le service et sur la possibilité dont il dispose, à tout moment, de bénéficier d'une visite à sa demande avec le médecin du travail [C. trav., art. R. 4624-11].

Par exception, l'employeur est **dispensé d'organiser cette visite d'information et de prévention** si les conditions suivantes sont cumulativement réunies [C. trav., art. R. 4624-15] :

- le salarié a déjà bénéficié de cette visite au cours des cinq ans précédant son embauche (voire trois ans pour les salariés dont l'état de santé, l'âge, les conditions de travail ou les risques professionnels auxquels ils sont exposés nécessitent des modalités de suivi adaptées) ;
- il occupe un emploi identique présentant des risques d'exposition équivalents ;
- les services de médecine du travail sont en possession de la dernière attestation de suivi ou du dernier avis d'aptitude ;
- aucune mesure individuelle d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou d'aménagement du temps de travail n'a été préconisée, ou aucun avis d'aptitude émis au cours des cinq dernières années (ou des trois dernières années).

Il existe cependant des situations dans lesquelles l'employeur va devoir mettre en place un **suivi individuel renforcé**. C'est le cas si le salarié est affecté à un poste présentant des risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité, ou pour celles de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail [C. trav., art. L. 4624-2 ; C. trav., art. R. 4624-22]. Au lieu de la visite d'information et de prévention, le salarié bénéficie d'un examen médical d'aptitude à l'embauche qui a notamment pour objet de s'assurer

que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter [C. trav., art. R. 4624-24], et donne lieu à l'établissement d'un avis d'aptitude ou d'inaptitude [C. trav., art. R. 4624-25].

Par exception, la visite médicale d'aptitude n'a pas à être mise en œuvre si le salarié a déjà bénéficié d'une telle visite dans les deux ans précédant son embauche, sous réserve :

- qu'il occupe un emploi identique présentant des risques d'exposition équivalents ;
- que le médecin du travail soit en possession du dernier avis d'aptitude du salarié ;
- et qu'aucune mesure individuelle d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou aucun avis d'inaptitude n'a été émis au cours des deux dernières années [C. trav., art. R. 4624-27].

**40**

### Que risque l'employeur qui omet d'organiser ou organise avec retard la visite auprès de la médecine du travail ?

L'employeur est tenu à une obligation de sécurité : il a, à ce titre, l'obligation de mettre en œuvre les visites d'information et de prévention et les examens médicaux d'embauche, s'agissant de mesures de prévention permettant d'assurer la sécurité et de protéger la santé de ses salariés [C. trav., art. L. 4121-1 ; C. trav., art. L. 4121-2].

À défaut, il encourt d'être sanctionné civilement au titre de l'absence de mise en œuvre de l'ensemble des mesures de prévention qui s'imposent à l'employeur conformément aux dispositions de l'article L. 4121-2 du Code du travail. Le salarié devra cependant prouver l'existence d'un préjudice résultant de cette absence ou de ce retard de visite [Cass. soc., 27 juin 2018, n° 17-15.438].

Sur le plan pénal, l'employeur qui ne met pas en œuvre les visites auprès de la médecine du travail engage sa responsabilité pénale et peut être condamné :

- pour avoir méconnu les dispositions relatives à l'action du médecin du travail, ce qui concerne l'organisation de la visite d'information et de prévention ou de l'examen médical d'aptitude à l'embauche [C. trav., art. R. 4745-3]. Il encourt l'amende maximale de 1 500 € prévue pour les contraventions de 5<sup>e</sup> classe [Cass. crim., 12 janv. 2016, n° 14-87.696] ;
- pour avoir méconnu les règles relatives à la médecine du travail figurant aux articles L. 4621-1 à L. 4624-9 du Code du travail

[C. trav., art. L. 4745-1]. Les peines encourues sont une peine d'emprisonnement de quatre mois et une amende de 3 750 euros en cas de récidive dans un délai de trois ans.

Il peut également être condamné pour atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne, celle-ci pouvant résulter d'une maladresse, d'une imprudence, d'une inattention, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement [C. pén., art. 221-6; C. pén., art. 222-19].

### 41

### Quelles sont les déclarations obligatoires relatives à l'embauche ?

#### ■ Déclaration préalable à l'embauche (DPAE)

Tous les employeurs qui relèvent du régime général de sécurité sociale ou du régime social agricole, doivent, préalablement à toute embauche, déclarer leurs salariés auprès de l'Urssaf [C. trav., art. L. 1221-10]. Peu importe la nature et la durée du contrat : la déclaration préalable à l'embauche doit être effectuée pour les salariés titulaires de CDD ou de CDI, les travailleurs temporaires, les bénéficiaires d'un contrat d'apprentissage, de professionnalisation ou d'autres contrats aidés, les travailleurs à domicile, les VRP, etc.

La DPAE regroupe les formalités suivantes [C. trav., art. R. 1221-2] :

- immatriculation de l'employeur au régime général de la sécurité sociale ;
- immatriculation du salarié à la CPAM ;
- affiliation de l'employeur au régime d'assurance chômage ;
- demande d'adhésion à un service de santé au travail ;
- demande de visite d'information et de prévention, ou d'examen médical d'aptitude à l'embauche.

La DPAE est adressée à l'Urssaf dans le ressort territorial duquel est situé l'établissement devant embaucher le futur salarié [C. trav., art. R. 1221-3], ainsi qu'au service de santé au travail [C. trav., art. R. 1221-3].

#### REMARQUES

Pour les salariés agricoles, c'est à la Caisse de mutualité sociale agricole qu'il convient de transmettre la déclaration.

La DPAE doit être réalisée **avant la mise au travail effective** du salarié. Elle s'effectue au plus tôt huit jours avant l'embauche et au plus tard le dernier jour ouvrable précédant l'embauche si elle est

envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception [C. trav., art. R. 1221-5]. Si elle est réalisée par voie électronique, la déclaration peut être faite dans l'instant qui précède l'embauche.

L'envoi de la DPAE par voie électronique est obligatoire pour les entreprises ayant accompli plus de 50 déclarations préalables à l'embauche au cours de l'année civile précédente [C. trav., art. L. 1221-12-1 ; C. trav., art. D. 1221-18].

L'Urssaf délivre à l'employeur, dès réception de la déclaration, un numéro de dossier. Dans les cinq jours ouvrables suivant la réception de la déclaration, l'Urssaf adresse à l'employeur un accusé de réception de la déclaration mentionnant les informations enregistrées. À défaut de contestation par l'employeur des informations figurant sur ce document, dans le délai de deux jours ouvrables suivant la réception de celui-ci, ledit document vaut preuve de la déclaration [C. trav., art. R. 1221-7].

Cet accusé de réception doit être conservé par l'employeur jusqu'à la transmission de la déclaration sociale nominative. En effet, en cas de contrôle il peut être demandé à l'employeur de présenter ce document [C. trav., art. R. 1221-8].

L'employeur doit par ailleurs remettre au salarié une copie de la déclaration préalable ou de l'accusé de réception. Cette obligation est satisfaite si l'employeur remet au salarié son contrat de travail écrit, portant la mention de l'organisme destinataire de la déclaration [C. trav., art. R. 1221-9].

## **Déclaration mensuelle des mouvements de personnel**

Cette déclaration se fait désormais par le biais de la déclaration sociale nominative.

Dans les établissements de 50 salariés et plus, les employeurs sont tenus d'adresser, dans les huit premiers jours de chaque mois, à la direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES) le relevé des contrats de travail conclus ou rompus au cours du mois précédent [C. trav., art. L. 1221-16 ; C. trav., art. D. 1221-29].

42

## Quels documents l'employeur doit-il remettre au salarié ?

Lors de l'embauche, l'employeur doit remettre au salarié un **document écrit reprenant les informations contenues dans la déclaration préalable à l'embauche** et mentionnant l'identité de l'Urssaf ou de la MSA destinataire de la déclaration [C. trav., art. R. 1221-8]. Ce document peut être :

- une copie de la déclaration préalable à l'embauche ou de l'accusé de réception adressé par l'Urssaf (ou la MSA) (voir n° 41) ;
- ou bien un contrat de travail écrit comportant l'identification de l'Urssaf (ou de la MSA).

L'employeur doit en outre, au moment de l'embauche, informer le salarié sur les **textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement**. Sauf dispositions conventionnelles fixant les modalités de cette communication, l'employeur doit donner au salarié, au moment de l'embauche, une notice l'informant des textes conventionnels applicables, tenir un exemplaire à jour de ces textes à la disposition des salariés sur le lieu de travail et, le cas échéant, mettre à disposition sur l'intranet de l'entreprise, un exemplaire à jour des textes [C. trav., art. R. 2262-1].

Il doit également lui remettre une **notice d'information sur les garanties collectives prévoyance/retraite supplémentaire** prévues [C. assurances, art. L. 141-4 ; CSS., art. L. 932-6 ; CSS., art. L. 932-18 ; C. mut., art. L. 221-6 ; Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.454] ainsi que sur le ou les **dispositifs d'épargne salariale** institués dans l'entreprise [C. trav., art. L. 3341-6].

L'employeur doit aussi informer le salarié, lors de son embauche, qu'il bénéficiera d'un **entretien professionnel** tous les deux ans et transmettre les informations relatives aux risques pour la santé et la sécurité des salariés [C. trav., art. L. 6315-1 et R. 4141-2].

43

## Quelles indications l'employeur doit-il porter sur le registre du personnel ?

L'employeur a pour obligation de tenir un registre unique du personnel sur lequel doivent figurer à l'encre indélébile dans l'ordre d'embauchage, notamment les noms et prénoms, la nationalité, la date de naissance, le sexe, l'emploi, la qualification, les dates d'entrée et de sortie de tous les salariés occupés dans l'établissement [C. trav., art. L. 1221-13 et D. 1221-23].

Le registre du personnel doit être présent dans les établissements où existe un représentant de l'employeur ayant le pouvoir de recruter du personnel [Cass. crim, 17 janv. 1995, n° 93-85.078].

Pour certains salariés, les mentions suivantes doivent être portées sur le registre :

- en ce qui concerne les salariés étrangers (voir n°s 4 et s.), le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail. Copies de ces titres doivent être annexées au registre du personnel et tenues à la disposition des membres du comité social et économique et des agents contrôleurs ;
- pour les jeunes travailleurs sous contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, la mention « contrat d'apprentissage » ou « contrat de professionnalisation » ;
- pour les travailleurs sous CDD, la mention « contrat à durée déterminée » ;
- pour les travailleurs à temps partiel, la mention « travailleur à temps partiel » ;
- pour les travailleurs temporaires, la mention « travailleur temporaire » ainsi que le nom et l'adresse de l'entreprise de travail temporaire ;
- pour les travailleurs mis à disposition par un groupement d'employeurs, la mention « mis à disposition par un groupement d'employeurs » ainsi que la dénomination et l'adresse de ce dernier [C. trav., art. D. 1221-23 et D. 1221-24] ;
- pour les stagiaires, les noms et prénom du stagiaire, les dates de début et de fin de la période de formation en milieu professionnel ou du stage, les noms et prénom du tuteur et le lieu de présence du stagiaire [C. trav., art. D. 1221-23-1].

S'agissant des salariés pour lesquels une autorisation d'embauche ou de licenciement est requise, le registre doit indiquer la date de cette autorisation ou, à défaut, la date de la demande d'autorisation.

Lorsqu'un des éléments mentionnés au registre est modifié (changement de qualification, de statut...) ou en cas de rupture du contrat de travail, ces événements doivent être portés au moment où ils surviennent [C. trav., art. D. 1221-25].

Les mentions obligatoires portées sur le registre doivent être conservées pendant cinq ans à compter de la date à laquelle le salarié a quitté l'établissement [C. trav., art. R. 1221-6].

Le registre unique du personnel peut être remplacé par un support informatique, à condition que des garanties de contrôle équivalentes soient maintenues et après consultation du comité social et économique dont l'avis doit être transmis par l'employeur à l'inspecteur du travail [C. trav., art. L. 8113-6; L. 2315-5 et D. 1121-27].

### 44

### Quelles sont les sanctions de ces obligations ?

→ **Peines d'amende pour certaines omissions.** L'omission de la déclaration préalable à l'embauche est passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe, soit 1 500 € [C. trav., art. R. 1227-1]. Une pénalité de 300 fois le montant du minimum garanti (soit 1 095 € depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020) est prévue ; elle est recouvrée par l'Urssaf dont relève l'employeur [C. trav., art. L. 1221-11].

Par ailleurs, est puni de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 4<sup>e</sup> classe, soit 750 €, le fait pour tout employeur de :

- ne pas fournir au salarié, lors de son embauche, la copie de la DPAE ou de l'accusé de réception (voir n° 42) ;
- ne pas présenter à toute réquisition des agents de contrôle l'accusé de réception de la DPAE s'il est encore tenu de le conserver, ou tant qu'il n'a pas reçu cet avis, les éléments permettant de vérifier qu'il a bien procédé à la DPAE [C. trav., art. R. 1227-2].

L'omission des mentions obligatoires sur le registre unique du personnel ou l'absence de copies des titres de travail, est sanctionnée par une contravention de 4<sup>e</sup> classe, soit une amende de 750 € au plus [C. trav., art. R. 1227-7].

→ **Délit de travail dissimulé.** La dissimulation intentionnelle de tout ou partie d'un emploi salarié, révélée notamment par l'absence de déclaration préalable à l'embauche, constitue le délit de travail dissimulé passible d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 €. Si le délit concerne un mineur soumis à l'obligation scolaire, les peines encourues sont de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende [C. trav., art. L. 8224-1 à L. 8224-3].

Ces peines peuvent être assorties de peines complémentaires comme :

- l'interdiction soit d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle,

de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale ;

- l'affichage ou la diffusion du jugement ;
- l'exclusion des marchés publics pendant cinq ans, etc.

Par ailleurs, les rémunérations versées ou dues au salarié non déclaré doivent être réintégrées dans l'assiette des cotisations, sans pouvoir faire l'objet de réduction ou d'exonération de cotisations de sécurité sociale ou de minoration de ces cotisations [CSS, art. L. 242-1-1].

#### ATTENTION

**Lors de la rupture de la relation de travail, le salarié non déclaré a droit à une indemnité au moins égale à six mois de salaire, sauf dispositions légales ou conventionnelles plus favorables [C. trav., art. L. 8223-1], et ce quel que soit le mode de rupture de la relation de travail : licenciement, démission, rupture du CDD arrivé à son terme, etc. [Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-40.197]. Elle n'est cependant due qu'en cas de rupture du contrat de travail [Cass. soc., 29 sept. 2015, n° 14-17.955]. Elle a un caractère indemnitaire et n'est donc pas soumise à cotisations de sécurité sociale [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-44.964]. L'indemnité peut se cumuler avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, y compris l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement [Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-23.738]. Elle peut également se cumuler avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse [Cass. soc., 12 janv. 2006, n° 03-46.800].**

## Les dispositifs simplifiés

Les petites entreprises peuvent avoir recours à des dispositifs destinés à leur faciliter l'accomplissement des obligations sociales liées à l'embauche et à l'emploi de salariés.

### Titre emploi-service entreprise (Tese)

Le Tese permet à l'entreprise d'effectuer les déclarations obligatoires et d'obtenir le calcul des rémunérations dues aux salariés et de l'ensemble des cotisations et contributions sociales, ainsi que l'établissement du bulletin de paye [C. trav.,

art. L. 1273-3; L. 1273-5 et s. et D. 1272-1 et s.]. L'employeur qui a recours au Tese est réputé satisfaire aux formalités suivantes :

- établissement d'un contrat de travail, y compris pour un CDD ou un contrat à temps partiel;
- déclaration préalable à l'embauche;
- délivrance d'un certificat de travail.

Ce dispositif s'adresse à toutes les entreprises, sans condition d'effectif, à l'exception des entreprises du régime agricole, des entreprises relevant de régimes spéciaux, des entreprises de travail temporaire, des groupements d'employeurs et des comités sociaux et économiques. Toutefois,

l'employeur qui fait le choix d'adhérer au Tese doit utiliser ce dispositif simplifié pour tous ses salariés.

L'employeur doit adhérer au Tese par le biais du site [www.letese.urssaf.fr](http://www.letese.urssaf.fr). L'ensemble des démarches est ensuite réalisé par le biais de ce site.

### Chèque-emploi associatif

Les associations à but non lucratif peuvent recourir au chèque emploi associatif avec l'accord des salariés concernés. Ce dispositif permet d'effectuer les déclarations obligatoires et de rémunérer les salariés [C. trav., art. L. 1272-4 et D. 1272-1 et s.].

## Principales aides à l'embauche

Outre la réduction générale des cotisations patronales sur les rémunérations n'excédant pas 1,6 Smic, et certains dispositifs spécifiques, telles les aides accordées pour l'embauche de travailleurs handicapés, les principales aides destinées à favoriser l'embauche sont les suivantes.

### Aides applicables dans certaines zones du territoire :

→ **Dans les zones de revitalisation rurale (ZRR)**, les entreprises de moins de 50 salariés peuvent bénéficier, pour tout recrutement effectué sous CDI ou CDD d'au moins 12 mois, d'une exonération des cotisations patronales d'assurances sociales (hors cotisation AT) et d'allocations familiales calculées selon un barème dégressif sur les salaires entre 1,5 et 2,4 Smic. L'exonération est applicable pendant 12 mois.

→ Les employeurs qui s'implantent jusqu'au 31 décembre 2020 **dans un bassin d'emploi à redynamiser (BER)** peuvent bénéficier pendant cinq ans d'une exonération des cotisations patronales d'assurances sociales et d'allocations familiales, ainsi que du versement de transport et des cotisations Fnal sur la fraction des rémunérations n'excédant pas 1,4 Smic.

→ Le dispositif des **emplois francs**, mis en place à titre expérimental du 1<sup>er</sup> avril 2018 au 31 décembre 2019 a été reconduit jusque fin 2020. Il permet aux employeurs de bénéficier d'une aide financière lorsqu'ils embauchent sous CDI ou CDD d'au moins six mois un demandeur d'emploi qui réside dans un quartier prioritaire de la ville ou un adhérent à un contrat de sécurisation professionnelle. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020,

le dispositif est également applicable aux embauches de jeunes suivis par une mission locale sans être inscrit en tant que demandeur d'emploi. Il est également possible désormais de cumuler l'aide emploi franc avec les autres aides financières disponibles dans le cadre d'un recrutement d'un contrat de professionnalisation. Le montant de l'aide est de 2 500 € à 5 000 € par an, selon la nature du contrat. *[D. n° 2019-1471, 29 déc. 2019].*

### Aides attachées à certains types de contrats :

→ **Contrat d'apprentissage.** Ce contrat ouvre droit au bénéfice d'une aide unique pour les entreprises de moins de 250 salariés, lorsqu'il permet de préparer un diplôme ou un titre à finalité professionnelle équivalant au plus au baccalauréat *[C. trav., art. L. 6243-1]*. Il donne également lieu à une prise en charge des frais annexes à la formation, des dépenses de tutorat et des frais de formation des maîtres d'apprentissage *[C. trav., art. L. 6332-14]*.

→ **Contrat de professionnalisation.** Ce type de contrat ouvre droit à une aide de l'État pour l'embauche d'un demandeur d'emploi âgé de 45 ans et plus *[D. n° 2011-524, 16 mai 2011, JO 17 mai]*, ou d'une aide de Pôle emploi pour l'embauche d'un demandeur d'emploi d'au moins 26 ans *[Délib PE n° 2011/18, 24 mai 2011, BOPE n° 50, 1<sup>er</sup> juin]*.

→ **Parcours emploi compétences.** Le parcours emploi compétences est le support pour conclure des contrats uniques d'insertion. La conclusion de ce type de contrat est cependant désormais essentiellement mobilisable que dans le secteur non-marchand. Elle ouvre droit à des aides financières.

# Période d'essai

## 45 Quelle est la finalité de la période d'essai ?

La période d'essai précède l'engagement définitif du salarié. Au cours de cette période, le contrat de travail peut être rompu par l'employeur ou le salarié sans avoir à justifier du motif de la rupture et sans donner lieu, en principe, à indemnités.

La période d'essai répond à une double finalité :

- permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience ;
- et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent [C. trav., art. L. 1221-20].

La période d'essai doit être distinguée du test professionnel qui peut avoir lieu avant toute décision d'embauche pour vérifier les compétences et aptitudes du candidat (voir n° 29). Alors que le test professionnel, généralement de très courte durée, se déroule dans des conditions qui ne sont pas les conditions normales de travail, l'essai exige quant à lui une mise en situation réelle de travail.

### ATTENTION

Pendant la période d'essai, c'est la rémunération convenue qui est due. L'employeur n'est pas autorisé à pratiquer un abattement sur la rémunération d'une façon ou d'une autre : dans une affaire concernant un VRP engagé avec une période d'essai de trois mois, le contrat de travail stipulait que, pendant le premier mois de la période d'essai, et seulement en cas de chiffre d'affaires mensuel inférieur à un certain montant, le représentant accepterait de n'être rémunéré qu'à raison de 10% des commissions sur le chiffre d'affaires réalisé. Une telle stipulation a été jugée illégale, car la possibilité de convenir d'une période d'essai ne saurait priver le salarié de la rémunération minimale prévue à son profit par la convention collective pendant la durée de son activité, ni en différer le point de départ [Cass. soc., 5 mai 1999, n° 97-40.443].

## Stage professionnel, période probatoire, période de titularisation...

De nombreuses conventions collectives subordonnent l'embauche définitive à l'accomplissement d'une période de travail plus ou moins longue, pouvant aller jusqu'à un an, destinée à tester les qualités et connaissances professionnelles du salarié avant son intégration définitive dans l'entre-

prise. Ces périodes sont souvent intitulées « stage professionnel », « période probatoire » ou « période de titularisation ».

Selon la nature de ces stages la Cour de cassation a jugé que ces périodes pouvaient juridiquement constituer une période d'essai. Ainsi, pour les agents du Crédit Agricole qui doivent accomplir une période de stage de six mois ou un an à l'issue duquel soit il est titularisé, soit il est mis fin à son contrat [Cass. soc., 8 janv. 1995, n° 93-40.291]. Il en est de même pour les conduc-

teurs des entreprises de transports urbains embauchés après un « stage de 12 mois » [Cass. soc., 16 déc. 2003, n° 01-44.241].

La Cour de cassation a cependant depuis considéré que de telles périodes d'essai avaient une durée déraisonnable au regard de la finalité de la période d'essai [Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359].

S'agissant des stages intégrés à cursus pédagogique effectués dans l'entreprise avant l'embauche, voir n° 50.

## Conditions d'existence d'une période d'essai

**46**

### La période d'essai est-elle obligatoire ?

Non. Dans un souci de protection du salarié, la loi encadre la mise en œuvre de la période d'essai quant à sa durée notamment, mais ne l'impose pas [C. trav., art. L. 1221-19]. Prévoir une période d'essai n'est donc pas obligatoire, même si cela correspond à une pratique courante. La période d'essai n'existe que si elle a été expressément prévue par les parties au contrat de travail [C. trav., art. L. 1221-23].

47

## Comment la période d'essai doit-elle être prévue ?

La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles doivent être **expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail** [C. trav., art. L. 1221-23]. La période d'essai doit faire l'objet d'une mention expresse dans le contrat de travail (ou la lettre d'engagement). Faute d'une telle mention, le contrat de travail est considéré comme conclu de manière ferme dès l'origine. L'existence d'une période d'essai ne peut donc résulter que d'une clause du contrat de travail.

### REMARQUE

D'anciennes solutions jurisprudentielles considéraient que l'existence d'une période d'essai pouvait résulter de dispositions conventionnelles la rendant obligatoire. La période d'essai, alors, s'appliquait automatiquement, même si le contrat de travail ne la mentionnait pas, dès lors que le salarié avait été informé, au moment de son engagement, de l'existence de la convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance [Cass. soc., 21 juin 2006, n° 04-44.515].

Cette exigence de mention expresse a un double intérêt :

- elle garantit que le salarié a connaissance de l'existence d'une période d'essai dès son engagement ; la période d'essai doit en effet être connue du salarié et acceptée par lui [Cass. soc., 13 déc. 2000, n° 98-44.464] et être fixée dans son principe et dans sa durée dès l'engagement [Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-44.048] ;
- elle écarte toute tentation d'instaurer après coup une période d'essai.

### REMARQUE

Même si la promesse d'embauche ne prévoit pas de période d'essai, l'employeur conserve la possibilité d'en insérer une dans le contrat de travail lors de sa conclusion formelle [Cass. soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258].

## CLAUSE RELATIVE À LA PÉRIODE D'ESSAI

**Le présent contrat ne deviendra ferme qu'à l'issue d'une période d'essai de**

**< durée >, allant du < date > au < date > <sup>(1)</sup>.**

Cette période devant correspondre à une période de travail effectif, elle sera suspendue en cas d'absence du salarié pour quelque motif que ce soit : cette suspension entraîne la prolongation de la période d'essai pour une durée égale à la durée totale de la suspension.

**Éventuellement (uniquement si un accord de branche étendu prévoit la possibilité de renouvellement de la période d'essai) :**

**Cette période d'essai pourra être éventuellement renouvelée, dans les conditions prévues par l'accord de branche étendu applicable au sein de l'entreprise, à savoir < reprendre les conditions et durées conventionnelles de renouvellement >.**

Au cours de cette période, le présent contrat est résiliable à tout moment par l'une ou l'autre des parties, par écrit remis en main propre contre décharge ou courrier recommandé avec accusé de réception, sous réserve de respecter un délai de prévenance conforme aux dispositions des articles L. 1221-25 et L. 1221-26 du Code du travail, calculé en fonction de la durée de présence du salarié au sein de l'entreprise :

	Durée de présence dans l'entreprise	Délai de prévenance
Rupture de la période d'essai par l'employeur	Moins de huit jours	24 heures
	Entre huit jours et un mois de présence	48 heures
	Plus d'un mois de présence	Deux semaines
	Plus de trois mois de présence	Un mois
Rupture de la période d'essai par le salarié	Moins de huit jours	24 heures
	Au moins huit jours de présence	48 heures

Toutes les autres conditions prévues au contrat sont applicables à la période d'essai.

<sup>(1)</sup> L'indication du début et de la fin de la période d'essai évite l'incertitude quant à la date exacte d'achèvement de la période d'essai.

48

## L'employeur peut-il soumettre à période d'essai un salarié qui a déjà travaillé dans l'entreprise ?

Étant donné l'objet de la période d'essai (voir n° 45), l'employeur qui a déjà fait travailler le salarié et connaît parfaitement ses compétences professionnelles ne peut valablement lui imposer une période d'essai.

Ainsi, une période d'essai ne peut être prévue lorsque :

- un contrat à durée indéterminée fait suite à un contrat à durée déterminée [Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-41.255] ;
- le salarié a déjà réalisé dans l'entreprise un stage de formation de trois mois suivi d'un stage probatoire d'un an [Cass. soc., 9 déc. 1998, n° 96-43.512] ;
- la salariée a déjà bénéficié de CDD successifs ayant permis à l'employeur d'apprécier ses qualités [Cass. soc., 5 oct. 2016, n° 15-16.384] ;
- le salarié a déjà travaillé avec l'entreprise en qualité de travailleur indépendant pour exercer les mêmes fonctions [Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-21.875].

Dans ces hypothèses, la période d'activité antérieure doit être imputée sur la période d'essai [C. trav., art. L. 1243-11 pour les CDD ; C. trav., art. L. 1251-38 pour les intérimaires ; Cass. soc., 31 janv. 2006, n° 04-46.782 ; Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-44.340]. Et si, de ce fait, la période d'essai est expirée à la date où intervient la rupture, celle-ci s'analyse en un licenciement, lequel, en l'absence de motif, est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

### REMARQUES

Il a été jugé que lorsque le salarié a déjà occupé plusieurs postes successifs dans un même groupe et est connu du nouvel employeur, il n'est pas possible d'instaurer de période d'essai [Cass. soc., 7 mars 2000, n° 98-40.198 ; Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 03-47.214]. La Cour de cassation a cependant jugé ultérieurement, en cas de démission d'un salarié pour changer d'employeur au sein d'un même groupe, qu'une nouvelle période d'essai pouvait être conclue, ce qui semble moins restrictif [Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-40.822].

Encore faut-il, toutefois, que le nouveau poste donnant lieu à essai soit identique à celui précédemment occupé. Ainsi lorsque le salarié passe au service d'une autre société du groupe pour exercer des fonctions différentes, il peut être soumis à une période d'essai [Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-40.556]. Il en va de même s'il est réembauché dans son entreprise après une longue période d'absence, en raison de l'évolution potentielle de la technique ou de l'emploi en cause. Tel n'est pas le cas, cependant, lorsque seulement six mois

séparent deux CDD conclus pour le même emploi avec le même employeur [Cass. soc., 26 févr. 2002, n° 00-40.749].

L'essai est également légitime lorsque l'employeur consent, à la demande expresse du salarié, à conclure avec lui un deuxième contrat de travail, après rupture d'un premier contrat au cours de la période d'essai, motivée par le fait que la prestation de travail du salarié n'était pas satisfaisante [Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 05-45.471].

#### À NOTER

Une proposition de reclassement faite au salarié dans le cadre d'un projet de licenciement économique peut être assortie d'une période d'essai [CE, 26 juin 2002, n° 223952]. En cas de litige, le juge examinera le sérieux d'une telle proposition, au regard de l'obligation de reclassement des salariés menacés de licenciement.

**49**

### L'employeur peut-il imposer une période d'essai à l'occasion d'un changement de poste ?

Non. Même en cas de changement important de fonctions, il n'est possible de prévoir qu'une **période probatoire**, dans la mesure où le salarié ne peut pas valablement renoncer, pendant la durée de son contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement [Cass. soc., 3 mars 2005, n° 03-41.797] : une telle période probatoire, stipulée en cours d'exécution du contrat de travail en vue d'une promotion professionnelle, ne constitue pas une période d'essai et n'en emporte pas les effets [Cass. soc., 25 avr. 2001, n° 98-43.856]. Si elle ne s'avère pas concluante, le salarié ne perdra pas son emploi, il sera réintégré dans ses fonctions antérieures [Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-46.103 ; Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 06-40.021].

#### REMARQUES

La mise en place de la période probatoire doit faire l'objet d'un écrit, à défaut de quoi le salarié pourrait refuser une réaffectation sur son ancien poste [Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-10.623].

Si l'employeur met un terme au contrat à l'issue de la période probatoire, il s'agira alors d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse [à moins que le motif de rupture du contrat soit totalement distinct de l'échec de la période probatoire : Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 14-10.115]. Lorsque l'employeur ne peut pas réaffecter le salarié dans ses anciennes fonctions ou que celui-ci refuse de les reprendre, le contrat peut être rompu, mais l'employeur est tenu de respecter les règles du licenciement.

ATTENTION

Dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise entraînant un changement légal d'employeur, notamment par fusion, scission, apport partiel d'activité, reprise des salariés en cas de changement de sous-traitant, etc. [C. trav., art. L. 1224-1], le nouvel employeur ne peut pas imposer une nouvelle période d'essai aux salariés qui passent à son service par l'effet de la loi [Cass. soc., 28 févr. 2001, n° 99-41.162; Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-41.218], même dans le cas d'application volontaire de ce texte [Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-41.880].

## Durée de la période d'essai

50

### La loi fixe-t-elle la durée de la période d'essai ?

Le Code du travail fixe la **durée maximale de la période d'essai** applicable à tout contrat de travail à durée indéterminée à :

- deux mois pour les ouvriers et employés;
- trois mois pour les agents de maîtrise et techniciens;
- quatre mois pour les cadres [C. trav., art. L. 1221-19].

Les parties peuvent donc convenir d'une période d'essai plus courte que celle qui est prévue par le Code, mais elles ne peuvent pas prévoir une période d'essai plus longue.

Par ailleurs, la loi impose la **prise en compte des stages** : en cas d'embauche dans l'entreprise dans les trois mois suivant l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage doit être déduite de la période d'essai. Toutefois, cette règle ne doit pas avoir pour effet de réduire la durée de la période d'essai de plus de la moitié, sauf accord collectif plus favorable. Par exception, si l'embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui ont été confiées à l'intéressé pendant son stage, la durée du stage doit être intégralement déduite de la période d'essai [C. trav., art. L. 1221-24].

Elle précise également qu'aucune période d'essai ne peut être prévue en cas d'embauche à l'issue d'un **contrat d'apprentissage**, sauf dispositions conventionnelles contraires [C. trav., art. L. 6222-16].

## À NOTER

Des dispositions particulières sont prévues pour certaines catégories de salariés. Elles concernent principalement :

- les salariés en contrat à durée déterminée : à défaut d'usages ou de dispositions conventionnelles prévoyant des durées moindres, la période d'essai ne peut être supérieure à une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue du contrat est au plus égale à six mois, et d'un mois dans les autres cas. Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat [C. trav., art. L. 1242-10];
- les VRP statutaires : la durée maximale de l'essai est fixée à trois mois [C. trav., art. L. 7313-5];
- les apprentis : la durée de la période d'essai ne peut pas excéder 45 jours [C. trav., art. L. 6222-18];
- les assistants maternels : la durée de la période d'essai ne peut pas excéder trois mois [C. action sociale et des familles, art. L. 423-9];
- les salariés intérimaires : la durée maximale de la période d'essai est de deux jours calendaires pour un contrat inférieur ou égal à un mois ; trois jours calendaires pour un contrat conclu pour une durée comprise entre un et deux mois ; cinq jours calendaires au-delà de deux mois [C. trav., art. L. 1251-14].

## 51 La période d'essai peut-elle être renouvelée ?

L'essai peut être renouvelé une seule fois et à deux conditions. Il faut :

- que la possibilité de renouveler l'essai **soit prévue par un accord de branche étendu** [C. trav., art. L. 1221-21];
- et qu'elle ait été **prévue dès l'origine, dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail** [C. trav., art. L. 1221-23].

## ATTENTION

**Lorsque la convention collective ne prévoit pas la possibilité de renouveler la période d'essai, la clause du contrat de travail prévoyant son éventuel renouvellement est nulle** [Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.132; Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-44.153] **quand bien même la durée totale de la période d'essai renouvelée n'excéderait pas la durée maximale prévue par la convention collective** [Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-40.155].

C'est l'accord de branche, nécessaire, qui détermine les conditions du renouvellement (il peut par exemple imposer des règles de forme ou fixer des conditions particulières) ainsi que les durées de renouvellement, dans les limites suivantes, fixées par la loi [C. trav., art. L. 1221-21]. Lorsque l'essai fait l'objet de renouvellement, la durée totale de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

- quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;
- huit mois pour les cadres.

Il est en outre indispensable **que le salarié accepte le renouvellement** [Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 97-40.808]. Cette condition est issue de la jurisprudence. Le renouvellement de la période d'essai ne peut résulter que d'un accord exprès des parties et non d'une décision unilatérale de l'employeur [Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-45.185; Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.090]. Il suppose une volonté claire et non équivoque du salarié de l'accepter et ne peut résulter d'un accord tacite [Cass. soc., 16 oct. 2002, n° 00-45.556]. Il est donc toujours préférable de recueillir par écrit l'accord du salarié. Le document signé – un avenant au contrat de travail par exemple [Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 05-44.996] – établira son consentement au renouvellement de l'essai et fera preuve de la date à laquelle il a été donné. En aucun cas, une telle volonté ne peut résulter de la seule poursuite du contrat de travail [Cass. soc., 6 juin 2001, n° 99-42.435]. Elle ne peut pas non plus se déduire de la signature d'un document d'évaluation prévoyant le renouvellement de la période d'essai ou de la seule apposition de la signature du salarié sur un document établi par l'employeur [Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-46.406; Cass. soc., 25 nov. 2009, n° 08-43.008].

Cet accord entre le salarié et l'employeur doit intervenir **avant la fin de la première période d'essai** : le lendemain de son expiration, le contrat est définitif et le renouvellement n'est plus possible [Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-44.449].

Le renouvellement de la période d'essai ne peut en aucun cas être convenu d'avance : le contrat de travail qui prévoit une période d'essai de trois mois renouvelable ne peut stipuler dès l'origine que la période d'essai sera renouvelée [Cass. soc., 21 janv. 2004, n° 01-46.840; Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-44.806], et ce d'autant moins lorsque la convention collective exige quant à elle l'accord écrit du salarié [Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44.090]. Renouvellement irrégulier également dans le cas d'un avenant qui avait été établi et signé le même jour que le contrat de travail initial [Cass. soc., 2 mars 2005, n° 02-47.400].

Enfin, le renouvellement de la période d'essai doit répondre à une **nécessité professionnelle** : il doit permettre à l'employeur d'apprécier les qualités du salarié dans le cas où la première période d'essai s'est révélée insuffisante [Cass. soc., 15 juin 2000, n° 97-45.565], et ne doit pas être un moyen pour l'employeur de retarder l'engagement définitif du salarié ou d'éluder les règles du licenciement [Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 97-40.613]. Ainsi, les juges ont refusé de valider le renouvellement d'une période d'essai de deux mois pour une secrétaire embauchée par une base de loisirs, dans la mesure où

le travail de la salariée ne demandait pas de compétence spéciale pouvant justifier une période d'essai aussi longue [Cass. soc., 28 févr. 1990, n° 87-42.657].

On relèvera que, dans la mesure où un accord de branche étendu doit prévoir les conditions et modalités de renouvellement, il est possible que celui-ci définisse un cadre restrictif dans lequel le renouvellement de la période d'essai doit s'inscrire [Cass. soc., 27 juin 2018, n° 16-25.756].

#### ATTENTION

Si le salarié refuse de voir sa période d'essai renouvelée, l'employeur peut mettre un terme à la relation au motif que l'essai n'a pas été concluant. Mais le refus du salarié de prolonger la période d'essai ne peut en aucun cas constituer à lui seul un motif légitime de rupture pour l'employeur. Dans une affaire où la salariée avait donné son accord pour le renouvellement de l'essai mais en faisant observer à son employeur que cette façon de procéder créait un sentiment d'insécurité, et où il apparaissait que la rupture consécutive avait été provoquée par cette réaction, les juges ont estimé que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et avait abusé de son droit de mettre fin à l'essai [Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-42.652].

## 52 Les durées maximales de la période d'essai fixées par la loi sont-elles impératives ?

Oui. Aucun accord collectif conclu après le 26 juin 2008 (date de publication de la loi du 25 juin 2008 qui a imposé les durées maximales) et aucun contrat de travail ne peut prévoir une période d'essai de durée plus longue que la durée légale. Ils peuvent, en revanche, prévoir des durées plus courtes [C. trav., art. L. 1221-22].

→ **Durées plus longues.** S'agissant toutefois des accords de branche conclus avant le 26 juin 2008, qui prévoient des durées de période d'essai plus longues que celles fixées par l'article L. 1221-19 du Code du travail, leurs stipulations sont maintenues en vigueur et continuent à s'appliquer sans limitation de durée [C. trav., art. L. 1221-22]. Il faut cependant s'assurer que la durée de la période d'essai reste raisonnable au regard des fonctions occupées par le salarié [Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512; Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-11.825].

→ **Durées plus courtes.** Les dispositions des accords de branche conclus avant le 26 juin 2008, prévoyant des durées d'essai plus courtes que les durées légales n'ont été maintenues en vigueur que jusqu'au 30 juin 2009 [L. n° 2008-596, 25 juin 2008, art. 2, II]. En l'absence

de renégociation, de ces dispositions, un salarié ne peut se prévaloir de durées maximales conventionnelles plus courtes ainsi fixées [Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.184 ; Cass. soc., 13 mars 2019, n° 17-22.783].

Seuls des accords collectifs conclus après le 26 juin 2008 peuvent donc prévoir des durées maximales plus courtes que la loi [C. trav., art. L. 1221-22]. Ils peuvent être conclus au niveau de la branche, mais également au niveau de l'entreprise.

### REMARQUE

Les parties peuvent également convenir de durées plus courtes dans le contrat de travail [C. trav., art. L. 1221-22].

# 53

## Quel est le point de départ de la période d'essai ?

La période d'essai débute au premier jour d'exécution du contrat de travail. Les parties ne peuvent convenir de différer le début de l'essai, ce qui aboutirait à renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement. Ces principes sont constamment rappelés par la jurisprudence [Cass. soc., 30 oct. 2000, n° 98-46.225 ; Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-47.038].

Il en résulte en particulier que les périodes d'activité antérieures à l'embauche en CDI doivent être imputées sur la durée de la période d'essai (voir n° 48).

Le début de l'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail, **peu important sa date de signature**. Ainsi, lorsqu'un contrat de travail prévoyant une période d'essai de trois mois commence à être exécuté le 28 novembre mais n'est signé que le 3 décembre, la rupture notifiée par l'employeur le 1<sup>er</sup> mars 1991 pour essai non concluant est, en fait, un licenciement [Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 1998, n° 96-41.382].

Le commencement de l'exécution du contrat de travail s'entend de l'exécution du contrat dans les conditions convenues par les parties. Cela signifie que si les parties ont décidé que leurs relations commenceraient par un stage de formation théorique, la période d'essai court dès le début du stage. Il n'y a pas lieu d'en reporter le point de départ au démarrage du travail proprement dit [Cass. soc., 16 juin 1999, n° 97-41.957 ; Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 97-43.776]. Il appartient donc à l'employeur, dans ce cas, de prévoir une période d'essai

suffisamment longue (tout en restant dans les limites légales) pour qu'elle englobe une période d'activité du salarié au poste prévu.

## **54** Comment se calcule la durée de la période d'essai ?

Lorsqu'elle est exprimée en semaines ou en mois (par exemple : deux semaines ou un mois), on prend en compte les semaines civiles ou les mois calendaires [Cass. soc., 4 févr. 1993, n° 8943.421]. Lorsqu'elle est exprimée en jours (par exemple : 65 jours ou 3 jours), la période d'essai se décompte en jours calendaires [Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.701 ; Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-40.464].

Par ailleurs, il est important de noter que les règles de la procédure civile relatives à la computation des délais [C. proc. civ., art. 641, al. 2] ne s'appliquent pas au calcul de la durée d'une période d'essai. Il en résulte qu'une période d'essai d'un mois commence le premier jour d'exécution du contrat de travail et se termine le jour du mois suivant qui porte le même quantième moins un [Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544]. Ainsi, une période d'essai d'un mois, renouvelée pour une durée équivalente, qui commence à courir le 14 mai, s'achève le 13 juillet à minuit.

Par ailleurs, lorsqu'une période d'essai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié, elle n'est pas prorogée jusqu'au premier jour ouvrable suivant : une période d'essai de 45 jours commençant le 1<sup>er</sup> juillet prendra fin le 15 août à minuit [Cass. soc., 10 juin 1992, n° 88-45.755 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-44.544].

De même lorsque la fin de la période d'essai correspond à un jour non-travaillé dans l'entreprise [Cass. soc., 10 nov. 1988, n° 85-46.558].

À noter que s'agissant des salariés à temps partiel, la durée de la période d'essai ne peut être plus longue que celle des salariés à temps plein [C. trav., art. L. 3123-5]. La durée de la période d'essai se calcule donc de manière calendaire, et non par référence à un nombre de journées complètes effectivement travaillées dans l'entreprise, ou à l'horaire de travail.

### **ATTENTION**

**Lorsque l'activité se poursuit après le terme de la période d'essai sans qu'aucune des deux parties ait exprimé sa volonté de rompre, l'engagement à l'essai devient automatiquement un engagement ferme sans formalité.**

55

## L'employeur peut-il prolonger la période d'essai en cas d'absence du salarié ?

Lorsque le salarié s'est absenté pendant la période d'essai, l'employeur est en droit de prolonger la durée de l'essai afin de disposer du temps nécessaire à l'appréciation des qualités professionnelles du salarié.

Ainsi, si le salarié prend des congés pendant sa période d'essai, l'employeur peut la prolonger d'une durée égale à celle du temps de congé [Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-42.457], qu'il s'agisse du congé annuel [Cass. soc., 22 mai 2002, n° 00-44.368], d'un congé sans solde [Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338], d'une absence de deux jours pour subir les épreuves de sélection du service national [Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-43.266] ou d'un congé pour toute autre raison [Cass. soc., 18 avr. 2000, n° 98-45.350].

La prolongation s'opère pour une durée égale à celle de la suspension [Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-43.266], sans que la prolongation soit limitée aux seuls jours ouvrables inclus dans la période [Cass. soc., 14 nov. 1990, n° 87-42.795]. Il faut donc prendre en compte tous les jours calendaires inclus dans la période de suspension, les jours ouvrables aussi bien que les dimanches et les jours fériés.

### REMARQUE

Le raisonnement est le même si le salarié s'absente dans le cadre de journées RTT : même si ces journées ont en principe vocation à récupérer des heures réalisées au-delà de la durée légale, la Cour de cassation juge que la prolongation de la période d'essai est égale au nombre de jours calendaires de l'absence, jours non ouvrables compris [Cass. soc., 11 sept. 2019, n° 17-21.976]. Ainsi, s'agissant d'un salarié ayant pris sept jours de RTT, dont cinq en continu, du 19 au 23 mai 2014, il a été retenu que la prolongation devait être égale à neuf jours calendaires (incluant le samedi 24 mai et le dimanche 25 mai).

Mais seules les périodes de suspension du contrat de travail permettent de prolonger la période d'essai : arrêt de travail pour maladie, accident du travail, congés pour événements familiaux, congés payés, chômage partiel, congé pour examen, congé sans solde, départ au service national... Pendant les congés annuels de l'entreprise, l'essai n'est valablement suspendu et susceptible de prolongation que si le salarié est lui-même en congé [Cass. soc., 5 mars 1997, n° 94-40.042]. La prolongation n'a pas lieu lorsque l'activité de l'entreprise est seulement réduite. Ainsi, il est impossible de prolonger la période d'essai de la durée des congés annuels si le salarié continue d'exercer son activité durant les congés [Cass. soc., 17 juill. 1996, n° 94-44.057].

# Rupture de la période d'essai

---

## **56** La période d'essai peut-elle être rompue à tout moment ?

La période d'essai peut, en principe, être rompue à tout moment par l'employeur ou par le salarié.

L'employeur n'est donc pas tenu d'attendre la fin de l'essai pour notifier au salarié que l'essai n'a pas été concluant. Il doit cependant se garder de toute précipitation : en effet, une rupture prématurée pourra apparaître suspecte au regard de la finalité de l'essai et, en cas de litige, l'employeur pourra être amené à s'expliquer devant le juge sur la véritable motivation de la rupture (voir n° 63).

À l'inverse, une notification en fin de période d'essai suppose que la date précise d'expiration de celle-ci soit déterminée avec certitude, tout dépassement de cette date, si limité soit-il, transformant automatiquement l'engagement à l'essai en engagement ferme et la rupture en licenciement. On précisera à cet égard que, pour la rupture d'une période d'essai comme pour la notification d'un licenciement, la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire, en cas de notification par lettre recommandée avec AR, à la date de l'envoi de cette lettre [Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 05-42.202 ; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338]. Il est donc essentiel que la lettre de rupture soit envoyée au plus tard le dernier jour de l'essai, avant minuit, peu important la date à laquelle le salarié en prend connaissance.

### REMARQUE

Lorsque l'employeur rompt la période d'essai, il peut se rétracter, mais doit pour cela recueillir l'accord du salarié [Cass. soc., 20 févr. 2019, n° 17-27.089].

## **57** La rupture en période d'essai est-elle soumise à des conditions de forme particulières ?

La rupture de la période d'essai n'est soumise à aucune exigence particulière de forme. L'employeur n'est nullement tenu de respecter les règles du licenciement et de notifier la rupture par lettre recom-

## Période d'essai et prise d'acte

Dans la mesure où les dispositions relatives à la rupture du contrat ne s'appliquent pas pendant la période d'essai, le salarié ne peut pas prendre acte de la rupture de son contrat pendant sa période d'essai et demander la requalification de la rupture en rupture aux torts de

l'employeur produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse : il peut en revanche demander la condamnation de son employeur à des dommages-intérêts pour rupture abusive de la période d'essai [Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-27.525].

mandée avec avis de réception [C. trav., art. L. 1231-1]. L'employeur, comme le salarié, peut donc, en théorie, mettre fin verbalement à la période d'essai [Cass. soc., 9 déc. 1998, n° 97-42.858]. Cependant, il est en pratique fortement conseillé de notifier cette rupture par lettre recommandée ou remise en main propre afin d'éviter tout contentieux quant à sa date.

### ATTENTION

**Lorsque, pour mettre un terme à la période d'essai, l'employeur invoque une faute du salarié, il se place sur le terrain disciplinaire et se trouve de ce fait contraint d'observer la procédure correspondante : organisation d'un entretien préalable, notification par lettre recommandée ou remise en main propre, énonciation des motifs...** [Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750].

La décision de mettre un terme à la période d'essai doit toute-fois être explicite : il n'est pas possible de convenir que le contrat prendra fin du seul fait de l'arrivée à son terme de l'essai [Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 93-44.052]. La décision de rompre ne peut pas non plus revêtir la forme d'une déclaration orale faite au cours d'une réunion, en présence d'autres salariés de l'entreprise [Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 99-45.758].

Certaines conventions collectives imposent parfois des conditions de forme (lettre recommandée de notification, par exemple) et/ou un délai de préavis plus long que le délai de prévenance obligatoire. Lorsque de telles conditions existent, elles doivent être respectées. Ainsi, lorsque la convention collective applicable impose la confirmation par écrit de la rupture en période d'essai, le simple envoi au salarié de l'attestation Pôle Emploi, quelles qu'en soient les mentions, ne saurait tenir lieu de confirmation écrite de la rupture [Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 06-44.388]. De même, lorsque les dispositions conventionnelles applicables exigent que la rupture soit notifiée par lettre recommandée avec avis de réception, la rupture de la période d'essai ne saurait être portée à la connaissance du salarié par l'envoi d'un message électronique [Cass. soc., 21 juin 2006, n° 04-47.839].

## ATTENTION

Un salarié protégé (représentant du personnel, délégué syndical, conseiller du salarié, conseiller prud'homal, médecin du travail, etc.) bénéficie de la protection légale dès la période d'essai. En conséquence, l'employeur ne peut pas mettre un terme à la période d'essai d'un salarié protégé sans observer la procédure légale et saisir l'inspecteur du travail d'une demande d'autorisation [Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 03-44.585]. À défaut, la rupture du contrat est nulle.

S'agissant toutefois, de mandats extérieurs à l'entreprise, l'employeur ne peut se voir reprocher de ne pas avoir appliqué la procédure protectrice qu'à la condition qu'il ait été informé du mandat du salarié au plus tard avant la notification de la rupture de la période d'essai [Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-27.685].

58

## L'employeur doit-il observer un délai de prévenance ?

L'observation d'un délai de prévenance est obligatoire en cas de rupture au cours de la période d'essai [C. trav., art. L. 1221-25 et L. 1221-26].

La durée de ce délai de prévenance varie selon que c'est l'employeur ou le salarié qui prend l'initiative de mettre un terme à l'essai.

→ **Lorsque c'est l'employeur qui met fin à la période d'essai**, le salarié doit être prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures en deçà de 8 jours de présence ;
- 48 heures entre 8 jours et un mois de présence ;
- 2 semaines après 1 mois de présence ;
- 1 mois après 3 mois de présence.

## REMARQUE

Le contrat de travail peut prévoir un délai de prévenance plus long : c'est lui qui s'applique dès lors qu'il est plus favorable que les dispositions légales [Cass. soc., 15 avr. 2016, n° 15-12.588]. Suivant le même raisonnement, un accord collectif peut également prévoir des règles plus favorables qui prévaudront sur les dispositions légales.

Ces délais s'appliquent aux périodes d'essai stipulées dans des contrats à durée indéterminée ainsi que dans des CDD, dès lors que la période d'essai prévue est d'au moins une semaine [C. trav., art. L. 1221-25].

## ATTENTION

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut pas être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance [C. trav., art. L. 1221-25]. Si tel était le cas, le contrat deviendrait définitif dès l'expiration de la période d'essai, et le contrat ne pourrait alors être rompu que par un licenciement [Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-18.114].

**L'employeur conserve cependant la possibilité, s'il n'est plus en mesure de respecter le délai de prévenance, de notifier la rupture de période d'essai en dispensant le salarié de l'exécution du délai de prévenance tout en réglant le salaire correspondant** [Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 14-16.713].

→ **Lorsque c'est le salarié qui met fin à la période d'essai**, il doit respecter un délai de prévenance fixé au maximum à 48 heures. Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à 8 jours [C. trav., art. L. 1221-26].

→ **S'agissant des conséquences de l'inobservation de ces délais**, l'inexécution du délai de prévenance a pour effet d'ouvrir droit, pour le salarié, à une indemnité compensatrice égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai, indemnité compensatrice de congés payés comprise [C. trav., art. L. 1221-25].

Cette indemnisation est cependant exclue en cas de faute grave du salarié.

Le non-respect du délai de prévenance ne remet donc pas en cause la nature de la rupture du contrat, qui reste une rupture de période d'essai : il ouvre seulement droit à indemnisation [Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-23.428].

**59**

### L'employeur est-il tenu d'invoquer un motif à l'appui de la rupture ?

Au cours de la période d'essai, l'employeur peut mettre un terme à l'exécution du contrat sans avoir à donner de motif. Le salarié peut faire de même. La décision de rompre est donc discrétionnaire.

#### REMARQUE

Si l'employeur décide de rompre la période d'essai en raison d'une faute du salarié, il peut motiver sa rupture par cette faute : il doit cependant, dans ce cas, respecter les règles applicables à la rupture à caractère disciplinaire (voir n° 57).

La rupture en période d'essai est cependant susceptible d'abus et même dans certains cas de nullité s'il s'avère que la décision de l'employeur repose sur des motifs prohibés (voir n° 60 à 63). En cas de litige, l'employeur pourra donc être amené à s'expliquer sur les raisons qui l'ont conduit à mettre un terme à la période d'essai et sur les conditions de la rupture. Ces motifs seront examinés par le juge au regard notamment :

## LETTRÉ DE RUPTURE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

À < lieu >, le < date >

< Madame, Monsieur > ,

**Le contrat de travail que nous avons conclu le < date > comportait une période d'essai de < préciser la durée > .**

**Cet essai ne nous ayant pas donné satisfaction, nous vous notifions par cette lettre la rupture du contrat de travail.**

### ***VARIANTE n° 1 (le délai de prévenance peut être respecté)***

**En conséquence, le contrat prendra fin le < date > , au terme du délai de prévenance de < durée > prévu par l'article L. 1221-25 du Code du travail. À cette date, vous pourrez percevoir votre solde de tout compte et retirer votre certificat de travail ainsi que votre attestation Pôle Emploi.**

### ***VARIANTE n° 2 (le délai de prévenance ne peut pas être respecté)***

**En conséquence le contrat prendra fin le < date de la fin de période d'essai > . À cette date, vous pourrez percevoir votre solde de tout compte et retirer votre certificat de travail ainsi que votre attestation Pôle Emploi. N'étant pas en mesure de respecter le délai légal de prévenance de < durée > , nous vous indemniserons, dans le cadre du solde de tout compte, à hauteur des salaires et avantages que vous auriez perçus si vous aviez accompli votre travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise.**

Nous vous prions d'agréer, < Madame, Monsieur > ,  
nos salutations distinguées.

< Signature >

- de la finalité de la période d'essai ;
- de l'obligation de non-discrimination qui pèse en toutes circonstances sur l'employeur.

Le juge sanctionnera tout comportement démontrant que la période d'essai a été détournée de son but, ou révélant que la rupture repose en fait sur un motif discriminatoire.

#### À NOTER

Il peut arriver que la convention collective applicable limite les causes légitimes de rupture en période d'essai et impose, en cas de rupture, la communication au salarié du motif retenu. La validité du motif sera alors examinée au regard des stipulations conventionnelles (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-47.071).

60

### Dans quels cas la rupture de la période d'essai peut-elle être frappée de nullité ?

→ **Accident du travail.** L'employeur ne peut pas rompre le contrat de travail d'un salarié qui a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, pendant toute la durée de la suspension de son contrat, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie [C. trav., art. L. 1226-9]. Toute résiliation du contrat de travail reposant sur un autre motif est nulle même si elle intervient pendant la période d'essai [Cass. soc., 12 mai 2004, n° 02-44.325].

→ **Rupture pour un motif discriminatoire.** Les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail, qui prohibent les comportements discriminatoires, sont applicables à la période d'essai. La rupture de la période d'essai est donc nulle lorsqu'elle est prononcée pour un motif discriminatoire au sens de ce texte, c'est-à-dire en raison de l'origine du salarié, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, ou de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Si le salarié soutient avoir fait l'objet d'une telle mesure, il incombera à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, par exemple les résultats professionnels du salarié constatés avant l'interruption d'activité.

Ainsi, lorsqu'il apparaît manifeste que l'employeur a souhaité écarter un salarié en raison de ses problèmes de santé (le salarié avait été malade pendant l'essai), la rupture de la période d'essai est nulle [Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 02-43.402]. De même, l'employeur ne peut pas rompre l'essai après un congé maladie en invoquant les qualités supérieures du remplaçant [Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44.891].

En cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail en cours de période d'essai, l'employeur devra respecter les règles applicables prévues aux articles L. 1226-2 ou L. 1226-10 et suivants du Code du travail (recherche de reclassement, rupture d'essai motivée par le constat d'inaptitude et l'impossibilité de reclassement).

**61**

### La période d'essai peut-elle être rompue en cas de grossesse ?

L'état de grossesse d'une salariée, qui figure parmi les motifs discriminatoires prohibés (voir n° 60), ne saurait être pris en considération pour mettre un terme à la période d'essai [C. trav., art. L. 1225-1]. En cas de litige, l'employeur devra communiquer au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision [C. trav., art. L. 1225-3]. S'il apparaît que la rupture de la période d'essai est motivée par la grossesse, la salariée obtiendra la nullité de la rupture.

En revanche, si l'employeur n'a pas connaissance de l'état de grossesse de la salariée au moment de la rupture de la période d'essai, celle-ci ne sera pas remise en cause. En effet, la règle relative à l'annulation du licenciement en cas de connaissance postérieure par l'employeur de l'état de grossesse (prévue à l'article L. 1225-5 du code du travail) n'est pas transposable à l'essai. Autrement dit, la rupture de la période d'essai ne sera pas considérée comme nulle [Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-44.806].

62

## Quelles sont les conséquences de la nullité de la rupture en période d'essai ?

Par transposition des règles applicables au licenciement nul, la nullité de la rupture de la période d'essai a pour conséquence le droit à réintégration du salarié dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent [Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-44.811]. Lorsque le salarié demande sa réintégration, il a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la rupture et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé [Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-47.517]. Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il obtiendra une indemnité réparant le préjudice subi du fait de l'irrégularité de la rupture.

Il n'est cependant pas en droit d'obtenir le paiement d'une indemnité compensatrice de préavis [Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-26.333].

63

## Dans quels cas la rupture de la période d'essai est-elle abusive ?

La rupture de la période d'essai n'ayant pas à être motivée, l'employeur n'a pas, en principe, à rendre compte des raisons qui l'ont amené à mettre un terme à l'essai. De fait, le juge n'exerce aucun contrôle sur l'appréciation faite par l'employeur des qualités professionnelles du salarié et sur la décision qui en découle. Cependant, lorsque les circonstances de la rupture révèlent des incohérences ou des contradictions flagrantes dans le comportement de l'employeur, les juges peuvent être amenés à constater le caractère abusif de la rupture.

→ **Essai détourné de sa finalité.** Un abus peut être constaté lorsque la période d'essai est utilisée à d'autres fins que l'évaluation des compétences du salarié dans son travail. Ainsi par exemple si la période d'essai a en fait servi à pourvoir un poste provisoire [Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-44.029].

La rupture est également abusive lorsqu'elle répond à un motif non inhérent à la personne du salarié, motif économique par exemple [Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212], ou perturbation causée par l'absence pour maladie du salarié [Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 11-24.794], ou encore fermeture de l'établissement [Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-42.273].

Il y a encore abus lorsque la rupture correspond à une mesure de rétorsion sans rapport avec les conditions ou les résultats de l'essai lui-même : il y a abus lorsque la rupture est uniquement motivée par une réclamation du salarié [Cass. soc., 20 oct. 1998, n° 97-41.087], son refus d'accepter une réduction de sa rémunération [Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42.445], par un désaccord sur la prolongation de la période d'essai [Cass. soc., 20 avr. 1989, n° 86-42.652] ou encore sur le contenu du contrat [Cass. soc., 4 juill. 2001, n° 99-44.469].

Le détournement de la finalité de l'essai peut également se déduire d'une rupture précipitée de la période d'essai dans des circonstances qui démontrent que le salarié n'a manifestement pas eu le temps de faire ses preuves. Soutenir que le salarié ne présentait pas les qualités professionnelles requises manque alors de sérieux et de crédibilité. Ainsi, une rupture intervenue une semaine après l'embauche est prématurée pour un salarié qui n'a pas encore été mis en mesure d'exercer ses fonctions [Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224]. Agit de même avec une légèreté blâmable et abuse de son droit de résiliation, l'employeur qui met fin à la période d'essai (de trois mois) moins de deux semaines après le début des relations contractuelles, alors que le salarié venait de démissionner de son emploi précédent, avait été engagé après de longues négociations et n'avait pas été mis en mesure de donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions [Cass. soc., 15 nov. 2005, n° 03-47.546]. Est également suspecte, la rupture intervenue alors que l'employeur n'avait manifestement pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, puisque celui-ci, au moment où la rupture lui avait été notifiée, avait passé tout son temps en stage [Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42.289].

A fortiori, lorsque le contrat n'a fait l'objet d'aucun commencement d'exécution, l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une rupture en période d'essai [Cass. soc., 16 oct. 2002, n° 00-46.378; Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 00-42.581]. Les conséquences de cette rupture abusive dépendent selon que le salarié peut se prévaloir d'une offre de contrat ou d'une promesse de contrat (voir n° 37).

→ **Rupture brusque et inopinée, opérée avec une légèreté blâmable.** L'abus peut également se déduire des circonstances dans lesquelles la rupture a été opérée. Circonstances traduisant de la part de l'employeur une précipitation intempestive et une totale désinvolture [Cass. soc., 3 nov. 1998, n° 96-42.906] :

- rupture opérée quatre jours à peine après le début de la période d'essai fixée à trois mois [Cass. soc., 2 févr. 1994, n° 90-43.836] ;
- rupture au bout de deux jours d'une période d'essai d'un mois [Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.868] ;
- précipitation inhabituelle pour interrompre la période d'essai d'un salarié qui, en raison de difficultés matérielles, n'avait pas été mis en situation de donner la preuve de ses capacités [Cass. soc., 2 févr. 1994, n° 90-43.836] ;
- rupture après seulement une semaine de la période d'essai d'un salarié, âgé de 45 ans, qui venait de démissionner de son emploi précédent [Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224].

### REMARQUE

Ces appréciations, faites au cas par cas, peuvent varier : n'a pas été jugée fautive la rupture intervenue alors que les parties venaient juste de convenir d'un renouvellement de la période d'essai et qui traduisait pourtant de la part de l'employeur une modification d'attitude aussi brusque qu'inopinée [Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-42.561].

C'est au salarié invoquant une rupture abusive durant la période d'essai d'apporter la preuve que les circonstances dans lesquelles est intervenue la rupture sont constitutives d'abus. Pour s'opposer à la demande du salarié, l'employeur s'efforcera de démontrer que la rupture est justifiée par des insuffisances professionnelles ou des difficultés d'adaptation.

Si la demande du salarié aboutit, il obtiendra des dommages et intérêts souverainement évalués par le juge en fonction du préjudice subi (durée de la recherche d'emploi, préjudice moral...).

**64**

### Quelles sont les obligations de l'employeur rompant la période d'essai ?

L'employeur qui met fin à la période d'essai doit :

- remettre au salarié un certificat de travail, une attestation Pôle emploi et un reçu pour solde de tout compte ;
- régler les salaires dus, ainsi qu'une indemnité de congés payés.

**65**

### Une clause de non-concurrence s'applique-t-elle après la rupture de la période d'essai ?

Si le contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence, cette clause s'applique en cas de rupture pendant la période d'essai, à défaut de précisions contraires [Cass. soc., 24 nov. 1999, n° 97-43.054 ; Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-41.338].

Saisi d'un différend, le juge recherchera quelle a été l'intention des parties [Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.581]. S'il s'avère que la clause avait vocation à s'appliquer en cas de cessation des relations contractuelles pour quelque cause que ce soit, l'application de la clause n'est pas conditionnée par l'acquisition d'une connaissance ou d'un savoir-faire quelconque [Cass. soc., 15 nov. 2005, n° 03-47.546; Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.748].

**66**

### Une clause de dédit-formation s'applique-t-elle en cas de rupture de la période d'essai ?

Par la clause de dédit-formation, le salarié s'engage à ne pas démissionner pendant une durée déterminée, après avoir bénéficié d'une formation financée par son employeur. Lorsque la rupture du contrat intervient pendant la période d'essai à l'initiative du salarié, l'employeur peut donc solliciter le versement du dédit-formation prévu au contrat : en effet, dès lors que la clause est licite, c'est-à-dire qu'elle constitue la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective, que le montant de l'indemnité est proportionné aux frais engagés et que la clause n'a pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner, la circonstance que la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié soit intervenue en cours de période d'essai ne prive pas l'employeur de son droit au dédit-formation contractuellement prévu [Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-44.327].

En revanche, le dédit-formation ne saurait être exigé en cas de rupture de la période d'essai par l'employeur, et ce par analogie avec la position de la Cour de cassation s'opposant à ce qu'il soit demandé en cas de licenciement.

**67**

### Le salarié dont la période d'essai est rompue peut-il prétendre aux allocations chômage ?

Plusieurs situations doivent être distinguées.

→ **Rupture par l'employeur.** Si l'essai a duré plus de 65 jours, sa rupture par l'employeur est pour le salarié une privation « involontaire » d'emploi. Il a donc droit aux allocations de l'assurance chômage s'il en remplit les conditions.

Si l'essai a duré moins de 65 jours et a été rompu par l'employeur, le salarié aura droit aux allocations chômage s'il justifie de trois

années d'affiliation continue dans une ou plusieurs entreprises (cas du salarié qui démissionne pour prendre un nouvel emploi auquel l'employeur met fin avant 65 jours) [D. n° 2019-797, 26 juill. 2019, JO 28 juill. Annexe A, art. 2, § 2I].

→ **Rupture par le salarié.** Si c'est le salarié qui met un terme à la période d'essai, il n'aura droit aux allocations chômage que si les deux conditions suivantes sont remplies :

- la période d'essai n'a pas excédé 65 jours ;
- la précédente rupture était un cas de privation « involontaire » d'emploi (licenciement, rupture conventionnelle, rupture conventionnelle par accord collectif, ou fin de CDD) n'ayant pas donné lieu à une inscription comme demandeur d'emploi (cas du salarié qui retrouve immédiatement un travail mais s'aperçoit en cours d'essai que ce travail ne lui convient pas) [D. n° 2019-797, 26 juill. 2019, JO 28 juill. Annexe A, art. 2, § 2k].

### REMARQUE

Si ces conditions ne sont pas remplies, le salarié qui a volontairement quitté un emploi depuis au moins 121 jours a la possibilité de demander à bénéficier de l'assurance chômage : sa demande est examinée par l'instance paritaire régionale de Pôle emploi qui vérifie les efforts de reclassement et décide si le chômage peut être considéré comme involontaire [D. n° 2019-797, 26 juill. 2019, JO 28 juill. Annexe A, art. 46 bis].



LE MÉMO SOCIAL

*L'essentiel à connaître  
sur tous les sujets  
du droit social*



- Relations individuelles et collectives de travail
- Formation professionnelle
- Dialogue social
- Sécurité sociale
- Retraite

NOUVEAU

**INCLUS DANS  
VOTRE ABONNEMENT**



**liaisons-sociales.fr**, le 1<sup>er</sup> site d'actualité  
RH et Social en temps réel

- L'actualité juridique et sociale en temps réel
- Des outils opérationnels toujours disponibles
- Des conseils et expertises fiables
- Toute la législation du droit du travail à portée de clic

## Social pratique

# 3 outils pour comprendre et appliquer sans risque d'erreur le droit du travail

### Social pratique actualités: Appliquez le droit social simplement!

Tous les 15 jours l'information juridique dans un style clair et opérationnel. Les derniers décrets, lois et décisions de justice et leurs incidences concrètes sur le terrain.

### Les dossiers de Social pratique: Mettez en œuvre les changements en droit social!

Tous les mois un supplément sous forme de Questions/Réponses. Une véritable analyse des sujets forts qui ont marqué l'actualité.

### Le mémo social: Agissez en toute sécurité!

Rédigé dans un langage clair et accessible, les réponses à vos questions étayées par la jurisprudence la plus récente.



**liaisons-sociales.fr**  
Partagez le même lien!

## BULLETIN D'ABONNEMENT

À retourner à l'adresse suivante: Wolters Kluwer France - Service clients

CP 402 - 14, rue Fructidor 75814 Paris Cedex 17 - contact@wkl.fr

N° Cristal 09 69 39 58 58

appel non gratuit

002739 027

☐ Oui, je m'abonne à **Social pratique** et je profite de **L'OFFRE SPÉCIALE -16%\***

### Composition de l'abonnement:

**En ligne sur liaisons-sociales.fr:** La version numérique de la publication + les archives + le Code du travail et le Code de la sécurité sociale + les conventions collectives

**Papier (version en ligne incluse):** 22 numéros + 11 dossiers de Social pratique + l'édition en cours du mémo social et son édition refondue en cours d'année + la version e-book de votre ouvrage sur smarteca.fr et la version en ligne sur liaisons-sociales.fr

Version	Réf.	Tarif HT	Tarif TTC
<input type="checkbox"/> En ligne	LS106	316 €	373,20 €
<input type="checkbox"/> Papier (version en ligne incluse)	LR006	345 € au lieu de 411 €	352,24 € au lieu de 419,63 €

### Merci de compléter vos coordonnées:

(obligatoire pour la mise en place de votre abonnement)

☐ Mme ☐ M.

Nom : ..... Prénom : .....

Fonction : .....

Service : .....

Raison sociale : .....

Adresse : .....

Code Postal : ..... Ville : .....

Tél. : ..... Mobile : ..... Fax : .....

E-mail : .....

N° Siret : ..... Code NAF : .....

☐ Je règle par virement sur le compte de Wolters Kluwer France, IBAN : FR76 30003 03620 00020142228 17 / BIC : SOGEFRPP et je recevrai une facture acquittée.

☐ Je règle directement en ligne, en me connectant à wkl.fr. Je recevrai une facture acquittée.

☐ Je suis déjà client, je peux régler à réception de facture.

Date, Signature et cachet

La signature de ce bon de commande emporte acceptation des conditions générales de vente consultables sur [www.wkl.fr](http://www.wkl.fr).

\*Les tarifs indiqués sont valables au 01/01/2020 sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande. Frais de port pour l'Europe et les DOM-COM : 10 % du montant HT de l'abonnement. Autres Pays : 20 % du montant HT de l'abonnement. Tous les éléments compris dans l'abonnement sont indisposables et ne peuvent être vendus séparément. Les abonnements sont automatiquement renouvelés d'une année sur l'autre sauf avis contraire de votre part signifié deux mois avant la date d'échéance.

En complétant ce bon de commande, vous acceptez que Wolters Kluwer France, responsable de traitement, traite vos données personnelles à des fins de création et de gestion de votre compte abonné. Pour plus d'informations sur vos données et vos droits, merci de consulter notre politique de confidentialité sur notre site : [www.wkl.fr/donnees-personnelles](http://www.wkl.fr/donnees-personnelles)

Vous êtes susceptible de recevoir des offres de Wolters Kluwer France :

☐ En cochant cette case, je m'oppose à recevoir par courrier électronique des offres commerciales et des informations personnalisées.

☐ En cochant cette case, j'accepte de recevoir par SMS des offres commerciales et des informations personnalisées.

Wolters Kluwer