
SÉANCE 6 : LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Objectifs :

- Comprendre le principe de non-discrimination et son régime juridique (preuve et sanction d'une discrimination)
- Connaître les obligations de l'employeur en matière de recrutement et conclusion du contrat de travail
- Mettre en œuvre une période d'essai

I. Code du travail

A. Principe de non-discrimination.

Article L1132-1

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Différences de traitement autorisées.

Article L1133-1

L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Article L1133-3

Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

B. Formalisme

Article L1221-1

Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter.

C. Recrutement.

Article L1221-6

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.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations.

Article L1221-8

Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard.

Les résultats obtenus sont confidentiels.

Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.

Article L1221-9

Aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

D. Déclaration préalable à l'embauche.

Article L1221-10

L'embauche d'un salarié ne peut intervenir qu'après déclaration nominative accomplie par l'employeur auprès des organismes de protection sociale désignés à cet effet.

L'employeur accomplit cette déclaration dans tous les lieux de travail où sont employés des salariés.

Article L1221-1

Le non-respect de l'obligation de déclaration préalable à l'embauche, constaté par les agents mentionnés à l'article L. 8271-7, entraîne une pénalité dont le montant est égal à trois cents fois le taux horaire du minimum garanti prévu à l'article L. 3231-12.

E. Objet de la surveillance et examens médicaux

Article R7214-9

La surveillance médicale a un caractère exclusivement préventif. Elle est assurée par des médecins dont le rôle est limité aux examens et visites définis à l'article L. 7214-1.

Article R7214-11

L'examen médical d'embauche et les visites médicales périodiques ont pour finalité de s'assurer que l'emploi n'est pas incompatible avec l'état de santé du salarié et que celui-ci n'est pas atteint d'une affection contagieuse ou dangereuse pour l'entourage.

Article R7214-12

L'examen médical d'embauche a lieu avant l'engagement du salarié ou, au plus tard, dans les quinze jours ouvrables qui suivent cet engagement.

Dans le cas prévu à l'article R. 7214-6, le délai de quinze jours ne court qu'à partir de l'admission de la demande d'adhésion par le service interentreprises.

Article R7214-13

L'examen médical d'embauche n'est pas obligatoire si une attestation, délivrée par un médecin du travail à la suite d'une visite pratiquée au cours des six mois précédant l'embauche, conclut à la compatibilité de l'état de santé de l'intéressé avec l'emploi alors occupé et si le nouvel emploi est de la même nature.

La fiche médicale d'aptitude prévue à l'article R. 7214-20 équivaut à l'attestation mentionnée au premier alinéa lorsqu'elle répond aux conditions de ce même

F. Période d'essai.

Article L1221-19

Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :

1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;

2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ;

3° Pour les cadres, de quatre mois.

Article L1221-20

La période d'essai permet 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.

Article L1221-21

La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.

La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

- 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;
- 3° Huit mois pour les cadres.

Article L1221-22

Les durées des périodes d'essai fixées par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 ont un caractère impératif, à l'exception :

- de durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ;
- de durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 précitée ;
- de durées plus courtes fixées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Article L1221-23

La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Article L1221-24

En cas d'embauche dans l'entreprise à l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables.

Article L1221-25

Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L. 1221-19 à L. 1221-24 ou à l'article L. 1242-10 pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 1° Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence ;
- 2° Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;
- 3° Deux semaines après un mois de présence ;
- 4° Un mois après trois mois de présence.

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

Article L1221-26

Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de quarante-huit heures. Ce délai est ramené à vingt-quatre heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à huit jours.

II. Jurisprudence

A. Promesse d'embauche

Soc. 30 mars 2005, n° 03-40901, Publié au bulletin

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que par un écrit en date du 18 septembre 2000, intitulé "promesse d'embauche", la société Génération route a certifié vouloir embaucher Mlle X... à compter du mois de janvier 2001, en qualité de secrétaire-hôtesse d'accueil ; que Mlle X... a sollicité la société Génération route en vue de son embauche ; qu'estimant avoir bénéficié d'une promesse d'embauche et que celle-ci avait été indûment rompue, Mlle X... a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts ; Attendu que, pour débouter la salariée de cette demande, le jugement énonce que si la nature de l'emploi envisagée est bien indiquée, il manque dans cette promesse d'embauche un élément

essentiel qui est la rémunération ; que ce document matérialise seulement une étape des pourparlers en cours et son acceptation par Mlle X... ne peut pas constituer le contrat en l'absence de détermination de la rémunération ou d'une référence à la classification prévue par la Convention collective et à la rémunération afférente ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté que l'écrit du 18 septembre 2000 précisait l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, de sorte que ce document constituait, même en l'absence de précision sur la rémunération, une promesse d'embauche ferme qui engageait la société Génération route, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS, CASSE ET ANNULE ;

B. Clause de non-concurrence

Soc. 10 juillet 2002, n°00-45135, publié au bulletin

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail ;

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence, la cour d'appel a énoncé que la clause litigieuse était licite et régulière ; qu'elle ne comportait aucune contrepartie financière, ce qui était conforme à la convention collective applicable ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en déclarant licite une clause de non-concurrence qui ne comportait pas de contrepartie financière, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,

C. Période d'essai

Début de l'essai

Soc. 15 mars 2006, n° 04-44544, publié au bulletin Cassation.

Sur le moyen unique :

Vu l'article 641, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que Mme X... a été engagée le 14 mai 2001 en qualité de réceptionniste par la société Hôtel Europe Saint-Séverin, suivant contrat de travail prévoyant une période d'essai d'un mois renouvelable une fois, pour une durée

équivalente, après accord des parties ; que, contestant les conditions dans lesquelles l'employeur avait mis fin à la relation de travail, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement de diverses indemnités au titre de la rupture de son contrat de travail ; Attendu que pour rejeter les demandes de la salariée, l'arrêt attaqué, après

avoir constaté que le 14 juillet au matin, Mme X... avait été avisée verbalement de la volonté de l'employeur de ne pas poursuivre la relation de travail, retient qu'il s'ensuit que la rupture a été notifiée à la salariée avant la fin de la période d'essai qui expirait le dernier jour, soit le 14 juillet à 24 heures ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 641, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, propres à la computation des délais de

procédure, ne s'appliquent pas au calcul de la durée d'une période d'essai, laquelle, sauf disposition contraire, commence le jour même de la conclusions du contrat de travail, de sorte que la période d'essai de un mois, renouvelée une fois pour une durée équivalente, ayant commencé à courir le 14 mai 2001 avait expiré le 13 juillet 2001 à minuit, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé ;
PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,

Décompte

Soc. 29 juin 2005, n° 02-45701, Publié au bulletin

Sur le moyen unique :

Attendu que la société Drieux reproche à l'arrêt attaqué (Douai, 28 juin 2002) d'avoir décidé que la période d'essai de 30 jours impartie à sa salariée, Mme X..., devait se décompter en jours

calendaires, alors que le décompte devait se faire en jours travaillés ;
Mais attendu que toute période d'essai exprimée en jours se décompte en jours calendaires ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Fin de l'essai

Soc. 10 juin 1992 n°88-45755 Publié au bulletin Rejet.

Sur les deux moyens réunis :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 2 novembre 1988), que M. X... a été engagé le 2 novembre 1986, par contrat à durée déterminée de 6 mois comportant une période d'essai de 2 semaines, en qualité de cadre commercial, par la société Vins de la Graffe ; que l'employeur a mis fin aux relations de travail le 17 novembre 1986 ;

Attendu qu'il en fait grief à la cour d'appel d'avoir condamné la société au paiement de dommages-intérêts d'un montant égal aux rémunérations qui auraient été perçues jusqu'au terme du contrat et à une somme à titre d'indemnité de fin de contrat, alors, selon le pourvoi, (...)Mais attendu, d'une part, que les dispositions propres à la computation des délais de procédure ne s'appliquant pas au calcul de la durée de la période d'essai, il en résulte que tout essai qui expire normalement un samedi,

un dimanche ou un jour férié ou chômé, n'est pas prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ;

Attendu d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 122-3-2 du Code du travail, la " période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de 2 semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à 6 mois " ; que la cour d'appel, saisie de conclusions par lesquelles les parties fixaient au 3 novembre 1986 la date réelle de l'entrée en fonction, ayant par un motif qui suffit à justifier sa décision, constaté que le salarié avait effectué un essai de 2 semaines et que l'employeur avait mis fin au contrat au début de la troisième semaine de travail, a décidé à bon droit que la rupture était intervenue hors de la période d'essai ; d'où il suit qu'aucun des moyens n'est fondé ;

PAR CES MOTIFS ; REJETTE le pourvoi

Essai en cours de contrat

Soc. 30 mars 2005, n°03-41797 Publié au bulletin Rejet

Sur le moyen unique :

Attendu que M. X..., qui avait été engagé par la société Exa informatique en qualité de chef de projet suivant contrat à durée indéterminée prenant effet le 2

mai 2000 avec une période d'essai de trois mois renouvelable, a signé le 1er novembre 2000 un avenant pour un poste d'attaché commercial avec une nouvelle période d'essai de trois mois

renouvelable à laquelle l'employeur a mis fin par lettre du 18 décembre 2000 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour contester la rupture ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 14 janvier 2003) de l'avoir condamné au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen : (...)

Mais attendu, d'abord, qu'un salarié ne peut valablement renoncer pendant la durée du contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales du licenciement ;

Et attendu, ensuite, qu'en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier

contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures ;

que la cour d'appel qui a relevé que la société avait mis fin à la période probatoire de l'avenant qualifiée de période d'essai sans proposer au salarié de retrouver ses fonctions antérieures et qui avait rompu le contrat de travail, a décidé à bon droit que cette rupture s'analysait en un licenciement qui, en l'absence de lettre en précisant les motifs, était dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Détournement de finalité

Soc. 31 octobre 2007, n°06-44029, Non publié au bulletin Rejet

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mai 2006), que M. X... a été engagé par la société Alain Afflelou franchiseur en qualité de directeur général opérationnel selon contrat de travail écrit à durée indéterminée en date du 10 décembre 2001, prévoyant une période d'essai de trois mois, renouvelable une fois pour la même durée ;

qu'après avoir renouvelé le 15 février 2002 la période d'essai à compter du 10 mars 2002, l'employeur a mis fin le 14 mai aux relations contractuelles ; qu'estimant la rupture abusive, le salarié a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'avoir dit la rupture abusive en cours de période d'essai du contrat de travail et de l'avoir condamné à payer des dommages-intérêts à ce titre alors, selon le moyen : (...)

Mais attendu que la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté que le salarié avait été engagé

concomitamment avec trois autres cadres supérieurs par l'intermédiaire du même cabinet de recrutement, que ce recrutement avait été annoncé à la presse en liaison avec la préparation de l'entrée en bourse de la société, que la période d'essai qui avait été renouvelée pour chaque cadre avait été rompue au cours du même mois pour trois d'entre eux et en octobre 2002 pour le quatrième, que les quatre salariés n'avaient pas été remplacés après la réalisation de l'opération boursière en avril 2002 ; qu'en l'état de ces constatations, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant critiqué par la quatrième branche, elle a pu décider que l'employeur avait utilisé la période d'essai à des fins étrangères à l'évaluation des compétences du salarié et que la rupture qui était dépourvue de lien avec ses qualités était abusive ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Accident du travail

Soc. 12 mai 2004 n°02-44325 Publié au bulletin Cassation.

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 122-32-2 du Code du travail ;

Attendu que Mme Le X... a été embauchée le 11 septembre 2001 par l'EURL Manfredi en qualité de femme de ménage ; que le 17 septembre, elle a

été victime d'un accident du travail ayant entraîné un arrêt de travail prolongé jusqu'au 28 septembre 2001 ;

que par lettre recommandée avec accusé de réception du 24 septembre 2001, l'employeur a mis fin au contrat de travail estimant la période d'essai non

concluante ; que la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de demandes afférentes à la rupture ;
Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes chiffrées, le conseil de prud'hommes a énoncé que Mme Le X... n'a pas rempli ses obligations envers son employeur en ne justifiant pas de son absence le 24 septembre ; qu'il ne fera pas droit au titre des dommages-intérêts ; que la rupture du contrat de travail intervient pendant la période d'essai contractuelle ; que cette rupture n'est pas assimilable à un licenciement ; qu'il ne fera pas droit aux demandes de Mme Le X... concernant l'indemnité de

préavis, de congés payés y afférents et à l'indemnité pour non respect de la procédure de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la résiliation du contrat de travail pendant la période de suspension provoquée par un accident du travail, est nulle même si elle intervient pendant la période d'essai et alors d'autre part, que l'impossibilité de maintenir le contrat pendant cette même période ne peut résulter que de circonstances indépendantes du comportement du salarié, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,

III. Exercices

1/ M. Pixel, dessinateur maquettiste, a été embauché en raison de ses compétences dans l'utilisation de logiciels très pointus d'infographie. Or, après quatre semaines de travail, il s'avère que M. Pixel ne maîtrise pas l'utilisation de ces logiciels contrairement aux énonciations de son curriculum vitae.

Vous savez que l'entreprise applique la convention collective nationale étendue du textile qui précise dans son article 4 que les salariés embauchés par contrat de travail à durée indéterminée sont soumis à une période d'essai de deux mois renouvelable une fois.

En posant toutes les questions que vous jugez utiles, précisez quelles mesures M. Jean Bobine peut prendre à l'égard de M. Pixel.

2 (RH) / M. Jean Bobine entend recruter un nouveau dessinateur maquettiste. Il s'est montré très intéressé par la candidature de Mlle Rébecca Méra. Il a alors donné à celle-ci, dans un document écrit, des détails précis sur le poste de travail et sur les conditions essentielles du contrat.

Que risque M. Bobine si, finalement, il ne retenait pas la candidature de Mlle Méra ?

3 (RH) / M. Bobine a finalement recruté Mlle Méra. La période d'essai stipulée au contrat doit prendre fin le 18 septembre. Mais, le 10 septembre, la salariée tombe malade et adresse à son employeur un avis d'arrêt de travail d'une durée de 5 jours. Le 20 septembre, alors qu'elle a repris le travail, elle commet des actes délibérés mettant en jeu la sécurité de tout le système informatique de l'entreprise. M. Bobine juge qu'il s'agit là d'une faute grave et renvoie la salariée, qu'il considère toujours en période d'essai, sans respecter aucune formalité ni procédure.

Qu'en pensez-vous ?

4/ Mme Doliprane est embauchée par contrat à durée indéterminée avec une période d'essai de 3 mois. Elle tombe malade lors du premier mois et adresse à son employeur un arrêt de travail d'une durée d'un mois. L'entreprise ne pouvant se passer des services d'une aide comptable, Mme Doliprane est remplacée par Mlle Bilan. L'employeur rompt la période d'essai de Mme Doliprane et embauche définitivement Mlle Bilan.

Mme Doliprane peut-elle faire valoir des droits en justice ? Si oui, précisez devant quelle juridiction et ce qu'elle peut obtenir en fondant votre réponse en droit.