

SEMESTRE 3 – DROIT DU TRAVAIL

Fiche 2 : Conclusion du contrat de travail

1) La promesse d'embauche

A) Définition et distinctions

Un employeur a la possibilité de faire une **proposition d'embauche** à un candidat. Dans ce cadre, il a deux possibilités :

- Soit il réalise une offre de contrat de travail.
- Soit il s'engage dans une promesse unilatérale de contrat de travail.

Une **offre de contrat de travail** est un acte par lequel l'employeur propose dans un document **écrit**, qui peut être une lettre ou un courrier électronique, à un candidat de l'engager. Le candidat peut librement **refuser**, avant l'expiration du délai fixé par l'employeur. Ainsi, tant que le candidat n'a pas donné son accord, l'employeur pourra revenir sur sa décision, et il ne paiera aucune indemnité au candidat.

En revanche, si le salarié accepte et que l'employeur se désiste (après acceptation), et qu'il démontre qu'il a subi un **préjudice**, l'employeur pourra être condamné à verser des dommages et intérêts (c'est réciproque pour le salarié).

La deuxième possibilité est la **promesse unilatérale de contrat de travail**. Dans ce deuxième cas, l'employeur n'a pas la possibilité de se rétracter. Il a donc promis unilatéralement au candidat de l'engager. Cette promesse équivaut à un contrat de travail.

En conséquence, le non-respect d'une promesse unilatérale par l'employeur est assimilé à un **licenciement injustifié**. Dans ce cas-là, on peut saisir le CPH.

B) Obligations liées à la promesse unilatérale

Elle doit préciser le poste, la date de prise des fonctions, la rémunération, et le lieu de travail. Les engagements pris par l'employeur dans cette lettre vont lier ce dernier à ses obligations (il ne peut modifier ces termes), même si le contrat rédigé et signé par la suite ne les mentionne pas.

En cas de non-respect, des **dommages et intérêts** sont versés.

Exception : *Si l'entreprise rencontre des difficultés économiques qui rendent impossible le maintien du poste.*

2) Les critères du contrat de travail

Un contrat de travail est une convention par laquelle une personne appelée « salariée », met à disposition son **activité** et effectue une prestation de travail, moyennant une **rémunération**, et sous la **subordination** de son employeur.

A) Existence d'une prestation de travail

La prestation de travail est prise au sens **large**. Elle peut être intellectuelle, manuelle, artistique, et même spirituelle. La prestation doit aussi être personnelle, par opposition à la sous-traitance. Il faut que la prestation soit volontaire.

B) Existence d'une rémunération

Il doit y avoir une **rémunération**. Sinon, c'est du travail forcé ou du bénévolat. Les indemnités ne sont pas des rémunérations.

C) Existence d'un lien de subordination

Les juges ont un **pouvoir d'interprétation** dans le cadre duquel ils vont évaluer l'existence ou non d'un lien de subordination entre salariés et employeurs.

On va regarder si la personne a des horaires imposés, des contraintes de lieu de travail, de délais, d'objectifs, si des directives sont données, si du matériel est fourni, si la personne est intégrée dans une structure organisée...

3) Le contenu et les clauses du contrat de travail

Le contrat doit toujours être **écrit**, sauf pour un **CDI à temps complet**. Si le contrat est un CDI à temps complet tacite, on a un document écrit sur la base de la DUE pour l'URSSAF.

Les **mentions obligatoires** du contrat de travail varient selon les types de contrat (CDD, temps partiel...).

A) Clause de confidentialité

Si l'entreprise veut se protéger concernant certaines informations secrètes, elle a la possibilité d'insérer une **clause de confidentialité** dans le contrat. Cette clause vise à interdire aux salariés de divulguer des informations confidentielles relatives à l'entreprise.

Exemple : Secret de fabrication.

Dans cette clause, on précisera les **secrets concernés**, les **personnes** habilitées à recevoir les informations, et aussi la **durée** de l'interdiction (qui peut aller au-delà du contrat de travail).

B) Clauses d'objectifs

L'employeur fixe dans le contrat de travail les **résultats à atteindre** sur une période donnée (objectifs annuels, trimestriels...). Ces objectifs sont quantitatifs ou qualitatifs.

Le fait de ne pas atteindre les objectifs ne constitue pas théoriquement une cause réelle et sérieuse de licenciement. Seulement, dans la jurisprudence, il a été montré que cela pouvait être une cause de licenciement, à condition que l'objectif reste **réalisable**.

Si l'employeur a lié la rémunération aux objectifs et qu'il souhaite les modifier, il devra obtenir **l'accord** du salarié.

C) Clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence est une clause par laquelle l'employeur interdit au salarié une **activité concurrente** après la rupture de son contrat. Pour être licite, elle doit respecter **5 conditions cumulatives** :

- La clause doit être **justifiée** par les intérêts légitimes de l'entreprise, c'est-à-dire que l'entreprise doit subir un **réel préjudice** si le salarié a une activité concurrente.
- La clause doit être **limitée dans le temps**, et cela doit être raisonnable (2 ans dans la plupart des Conventions Collectives).
- La clause doit être **limitée dans l'espace** (un département ou une région réaliste par rapport l'activité économique de l'entreprise).
- La clause doit comporter une **contrepartie financière** (non dérisoire). Cette contrepartie financière est due quel que soit le mode de rupture du contrat.
- La clause doit tenir compte des **spécificités** de l'emploi du salarié et de la possibilité pour le salarié de retrouver un emploi (il faudra donc limiter le secteur d'activité).

D) La clause de dédit formation

La clause de dédit formation est une clause par laquelle le salarié s'engage, en contrepartie d'une **formation** (payée par l'employeur, qui a donc investi en son salarié), à **rester** au service de celui-ci pendant une durée minimum, ou bien à **rembourser** une partie des frais de formation avant ce délai.

Dans la pratique, ce délai varie entre 6 mois et 4 à 5 ans, selon la durée de la formation et le coût du stage.

Exemple : Pour une formation de 18 mois pour un cadre, la clause sera souvent de 4 à 5 ans.

Pour être licite, la clause doit respecter des **conditions de validité cumulatives** :

- Les frais réels de la formation vont au-delà des dépenses imposées par la loi ou la Convention Collective.
- La clause n'a pas pour conséquence de priver le salarié de la faculté de démissionner.
- Le délai imposé est respectable par rapport à la durée et coûts du stage.
- La durée et le montant du dédit sont précisés dans la clause.

E) La clause de mobilité

Le salarié s'engage à accepter un **déplacement** éventuel de son lieu de travail, même si cela implique un déménagement d'un salarié dans une autre région. La clause doit être écrite soit dans le contrat, soit dans une Convention Collective.

Les **conditions de validité cumulatives** sont :

- Ne doit pas résulter d'un abus de droit de l'employeur.
- Doit être utile à l'intérêt de l'entreprise au moment où la mutation est demandée.
- Doit être limitée précisément géographiquement.
- Ne doit pas modifier un autre élément essentiel du contrat lors de sa mise en œuvre.

F) La période d'essai

La période d'essai est **non obligatoire**. Elle doit être prévue dans le contrat de travail ou la lettre d'engagement pour être valable.

Elle a une **durée maximale** fixée par le Code du travail, les Conventions Collectives ou le contrat de travail, mais peut être rompue librement sous réserve du respect d'un délai de prévenance.

À la fin de la période d'essai, le salarié est définitivement embauché.

1. Durée de la période d'essai pour un CDI

La durée maximale initiale est de :

- 2 mois pour les ouvriers et employés.
- 3 mois pour les techniciens agents de maîtrise (TAM).
- 4 mois pour les cadres.

2. Renouvellement de la période d'essai

Il est possible dans certains cas de **renouveler** (1 fois maximum) cette période, lorsqu'un **accord de branche** étendu le prévoit.

La possibilité de renouvellement est expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut donc pas dépasser : 4 mois pour les ouvriers et employés, 6 mois pour les TAM, 8 mois pour les cadres.

Lorsque l'entreprise embauche un jeune à l'issue d'un stage de dernière année, la durée de ce stage est **déduite** de la période d'essai. Cependant, elle ne peut pas être réduite de plus de la moitié.

3. Rupture de l'essai : délai de prévenance

En cas de rupture de l'essai, l'employeur a l'obligation de **prévenir son salarié** dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures si 1 à 7 jours dans l'entreprise.
- 48 heures si 8 à 30 jours de présence.
- 2 semaines si plus d'1 mois de présence.
- 1 mois si plus de 3 mois de présence.

L'obligation du salarié est le respect d'un délai de prévenance de l'employeur de 48 heures, ou de 24 heures si la durée de présence est inférieure à 8 jours.

Remarque : Si le salarié se présente pour être représentant du personnel (CSE) pendant la période d'essai, il devient un salarié protégé et il faudra alors une autorisation de l'inspection du travail pour se séparer de lui.

4) Les différents types de contrats de travail

A) Le Contrat de travail à Durée Indéterminée (CDI)

En théorie, le CDI devrait être la **forme normale et générale** d'un contrat de travail, c'est-à-dire que tous les autres contrats sont des exceptions.

On peut être en CDI à **temps plein ou partiel**.

Le contrat ne doit pas présenter de clauses **discriminatoires** ou ne respectant pas la vie privée du salarié. Les clauses doivent être au moins aussi **favorables** que le droit du travail.

B) Le Contrat de travail à Durée Déterminée (CDD)

Le CDD n'est possible que pour l'exécution d'une **tâche précise et temporaire**, et uniquement pour les motifs autorisés par la loi.

Il existe un cadre très strict qui **règlemente** les CDD. Un contrat écrit est obligatoire, remis dans les 48 heures au salarié. Un CDD ne peut pas avoir ni pour but ni pour conséquence de pouvoir **durablement** un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise.

S'il est conclu en dehors du cadre légal, il peut être **requalifié** en CDI.

1. Règles de recours au CDD

• Motifs autorisés

Les motifs de recours au CDD autorisés sont :

- **Remplacement** d'un salarié absent (maladie, maternité) ou provisoirement à temps partiel (congé parental d'éducation, temps partiel pour création ou reprise d'entreprise...). Toutefois, il est interdit de remplacer un salarié gréviste par un CDD.
- **Attente de la prise de fonction** d'un nouveau salarié déjà recruté (prise d'un CDD le temps que le CDI arrive).
- **Attente de la suppression définitive** du poste du salarié ayant quitté définitivement l'entreprise.
- **Accroissement temporaire** de l'activité de l'entreprise. Il est interdit de faire appel à ce motif si l'entreprise a réalisé un licenciement économique pendant 6 mois sur les postes concernés.
- **Travaux saisonniers** (tourisme, agroalimentaire, agriculture, Noël...).
- **CDD d'usage**, seulement valable pour certains secteurs (hôtellerie, sportifs professionnels, spectacles...).
- **Certains travaux urgents**, c'est-à-dire dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir un accident. Néanmoins, le travail en lui-même ne doit pas être dangereux.
- **CDD « senior »**, qui sont de CDD pour des personnes de plus de 57 ans (pour faciliter l'accès à l'emploi à cet âge-là).

- Le contrat de chantier, un simili CDD déguisé en CDI

C'est un **CDI de chantier** de mission ou d'opération. Le CDI de chantier (CDIC) va en effet être étendu à d'autres secteurs que le BTP par accord de branche. Le contrat s'arrête au **terme de la mission** pour laquelle le salarié a été engagé. Celui-ci a alors droit au chômage, mais pas aux primes de précarité prévues pour un CDD.

Le seul garde-fou est la négociation de branche entre partenaires sociaux.

2. Durées légales selon les motifs

En principe le CDD ne peut excéder 18 mois (avec 2 renouvellements compris). Il existe toutefois quelques exceptions :

Cas dérogatoires	Durée maximale
Remplacement d'un salarié en cas de départ définitif précédant une suppression de poste	24 mois
Missions exécutées à l'étranger	24 mois
Relais avant l'arrivée du titulaire du CDI	9 mois
Travaux urgents de sécurité	9 mois

- Ordonnances Macron

Des durées sont désormais fixées par **négociation** au sein de la Convention Collective ou de l'accord de branche (on peut donc signer un accord de branche pour rallonger la durée du CDD). À défaut d'accord, la durée maximale ne pourrait pas excéder **18 mois**, renouvellements inclus (sauf exceptions vues plus tôt).

La Convention Collective peut également prévoir :

- Le nombre maximal de renouvellements (qui peut donc être augmenté).
- La durée du délai de carence entre deux CDD et les cas où cette carence ne serait pas applicable.

Ces mesures devraient également concerner les **contrats de mission**.

- Durée des CDD à terme imprécis

Certains CDD, du fait de leur motif, sont à **terme imprécis**. Les cas exceptionnels autorisés sont les suivants :

- Remplacement d'un salarié absent dont le contrat est suspendu (terme au retour du salarié).
- Attente de l'entrée effective d'un travailleur recruté en CDI (durée maximale 6 mois).
- Pourvoir un emploi à caractère saisonnier (terme à la fin de la saison).
- Pourvoir un emploi où il est d'usage de ne pas recouvrir au CDI (terme lors de la réalisation de l'objet du contrat).

Remarque : La durée minimale (libre) est à préciser sur le contrat.

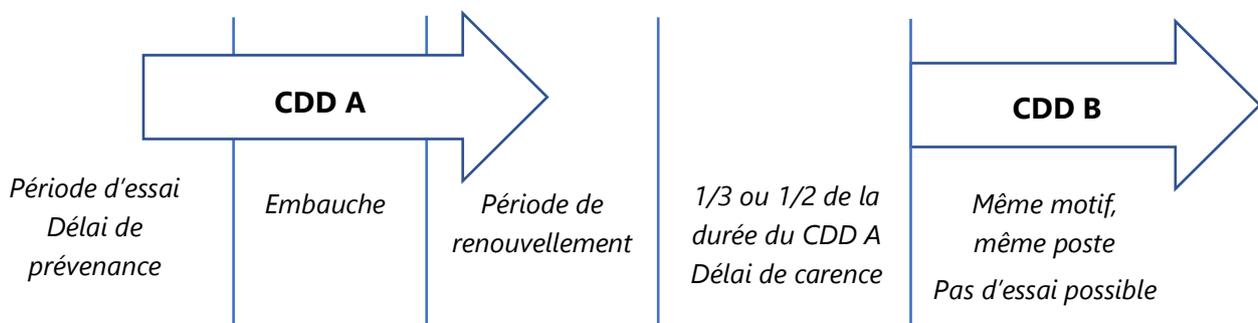
• Délais de carence : quels délais respecter entre deux CDD

Lorsqu'un CDD s'achève, il n'est pas possible de refaire un CDD sur le même poste de travail sans avoir respecté un **délai de carence** fixé par la loi :

- Si le 1^{er} CDD est supérieur ou égal à 14 jours : durée de carence de **1/3** de la durée du précédent CDD (renouvellement compris).
- Si le 1^{er} CDD est inférieur à 14 jours : durée de carence de **1/2** de la durée du précédent CDD.

Exceptions :

- Remplacement d'un salarié à nouveau absent
- CDD d'usage, saisonniers
- Travaux urgents de sécurité
- Rupture anticipée du salarié en CDD



3. Mentions obligatoires du contrat

• Quelles mentions doivent figurer sur le CDD ?

L'**écrit** est obligatoire. Il doit comporter des mentions précises. À défaut, il peut être **requalifié** en CDI par le CPH.

Il doit être transmis au salarié au plus tard dans les **deux jours** qui suivent le jour de l'embauche.

Les CDD nécessite plusieurs **mentions légales**. Le contrat de CDD doit en effet indiquer :

- La date et le motif de fin du contrat.
- Le motif (et le nom du salarié remplacé).
- Si l'on va peut-être renouveler le CDD.
- La durée minimale, pour les contrats à terme incertain.
- Le poste de travail.
- L'intitulé de la Convention Collective applicable.
- La durée de la période d'essai éventuelle.
- La rémunération.
- Le lieu, les horaires de travail, le nom des caisses de retraite.

• Dans quels cas le CDD peut-il être requalifié en CDI ?

Le CPH est susceptible de **requalifier** le CDD en CDI, à la demande du salarié, lorsque :

- Absence écrit.
- Non-respect des mentions obligatoires, notamment pas de motif précis ou le nom du salarié remplacé.
- Poursuite de la relation de travail après l'échéance du terme.
- Non-respect du délai de carence.

• Quelle est la durée de la période d'essai pour un CDD ?

La durée maximale de la période d'essai d'un CDD varie selon sa durée :

- CDD inférieur ou égal à 6 mois : **1 jour par semaine** (maximum 2 semaines).
- CDD supérieur à 6 mois : **1 mois maximum**.

En l'absence de terme précis, la période d'essai est calculé de la même façon, par rapport à la durée minimale du contrat.

Pour les CDD avec période d'essai supérieure à 7 jours, l'employeur doit prévenir le salarié dans les mêmes délais que pour les CDI en cas de rupture du contrat (*délais vus plus tôt*).

• Quels sont les droits individuels des salariés sous CDD ?

Les salariés en CDD disposent des **mêmes droits** que les autres salariés, et les **mêmes conditions** de travail. Normalement, un accès aux mêmes équipements collectifs est prévu, et la **rémunération** se voudrait équivalente à celle d'une personne en CDI à un poste comparable.

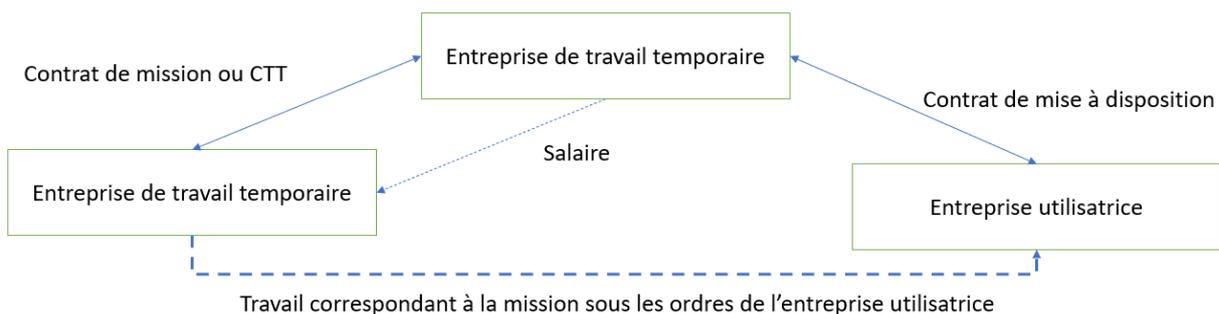
Une indemnité de fin de contrat, appelée **prime de précarité**, est versée. Elle équivaut à 10% de sa rémunération brute totale. Une **indemnité de congés payés**, aussi de 10% de la rémunération totale brute est également due au salarié.

Pour les CDD saisonniers, les contrats étudiants, et lorsque le CDI a été proposé mais refusé, l'entreprise n'est pas obligée de verser cette prime de précarité.

C) Le Contrat de Travail Temporaire (CTT)

1. Règles de recours au CTT

Tout comme le CDD, le CTT a un **usage limité** par la loi. La mission doit être **précise et temporaire**. Le CTT obéit quasiment aux mêmes règles que le CDD.



Il est également possible d'avoir recours à un **CDI intérimaire**, dans ce cas, le salarié doit être disponible pour travailler lorsque l'entreprise d'intérim a besoin de lui. En échange, durant les périodes d'inactivité (intermissions), le salarié est **rémunéré**.

- Motifs de recours

Les motifs de recours, les interdictions et les risques de requalification en CDI sont les mêmes que pour le CDD.

- Durée et délais de carence

Les durées maximales sont identiques à celles du CDD. Le contrat peut être renouvelé **2 fois**. Les délais de carence sont similaires. La seule différence est que le terme (la fin) du contrat d'intérim est **légalement modulable**.

- Durée de l'essai

La durée de la période d'essai est la suivante :

- Contrat inférieur ou égal à 1 mois : **2 jours** ouvrés.
- Contrat entre 1 et 2 mois : **3 jours** ouvrés.
- Contrat de plus de 2 mois : **5 jours** ouvrés.

2. Mentions légales obligatoires

Les deux contrats signés (**contrat de mise à disposition et de mission**) doivent contenir les informations suivantes :

- Le motif et le poste.
- La qualification.
- S'il s'agit d'un remplacement, le nom et la qualification du salarié absent.
- La durée de la mission et les conditions de renouvellement du contrat.
- Les lieux et les horaires de travail.
- Les conditions de rémunération.

D) Le contrat de travail à temps partiel

1. Définition et règles de recours

La durée de travail doit être **inférieure à la durée légale**. L'écrit est obligatoire. Des **clauses** sont obligatoires pour garantir les droits du salarié concerné. **Plusieurs employeurs** sont possibles si la durée totale n'excède pas les durées maximales légales.

2. Les heures complémentaires

Pas plus de **10%** de la durée prévue par le contrat (*ex : pour un contrat de 30 heures par semaine, il peut y avoir 3 heures complémentaires par semaine maximum*), et **majoration** de 10% de la rémunération.

Exception : *Pour une Convention ou un accord de branche étendu, les heures complémentaires peuvent aller jusqu'à 1/3 de la durée prévue au contrat, et la majoration de salaire sera alors de 25% par heure.*

L'accomplissement d'heures complémentaires ne doit pas avoir ni pour effet ni pour but de porter la durée du travail à celle d'un **temps plein**.

3. Quelles mentions doivent figurer dans le contrat de travail à temps partiel ?

Pour un CDI ou CDD, le contrat doit en tous les cas être **écrit** et doit mentionner la qualification du salarié et les éléments de rémunération.

Tout ce qui touche à la durée du travail, ou encore à la répartition des heures, doit être écrit dans le contrat et le salarié doit être prévenu 7 jours à l'avance.