

Droit social : relations individuelles

Leçon 2 : La formation du contrat de travail

Anaëlle DONNETTE

Table des matières

Section 1. L'embauche.....	p. 2
§1. Le recrutement.....	p. 3
A. Les opérations de recrutement.....	p. 3
1. Les limites à la liberté de recrutement.....	p. 3
2. Les principes directeurs du recrutement.....	p. 6
B. Les formalités liées au recrutement.....	p. 7
§2. Le formalisme.....	p. 7
Section 2. La période d'essai.....	p. 9
§1. Notion de période d'essai.....	p. 9
A. Définition.....	p. 9
B. Distinctions.....	p. 9
§2. Conditions de la période d'essai.....	p. 10
A. Conditions relatives à l'existence de la période d'essai.....	p. 10
B. Conditions relatives à la durée de la période d'essai.....	p. 10
§3. Rupture de la période d'essai.....	p. 11
A. Liberté de rompre limitée par l'abus.....	p. 12
B. Délai de prévenance.....	p. 12

Le contrat de travail est soumis au droit commun des contrats (art. [L. 1221-1](#) du C. trav.). Sa formation répond donc avant tout aux conditions de validité communes à tout contrat, au premier rang desquelles celles relatives à la capacité des parties et celles relatives à leur consentement.

Remarque

Le contrat de travail est avant tout un contrat, et à ce titre il doit respecter les conditions de formation des contrats. Le défaut de ces conditions emporte cependant rarement la nullité du contrat de travail ou alors elle n'aura pas d'effet rétroactif.

Arrêtons-nous sur le consentement et sur la capacité.

- **Le consentement :**

L'existence du contrat de travail suppose la rencontre des volontés. Cette rencontre des volontés peut être formalisée explicitement par la rédaction d'un contrat de travail ou le renvoi de lettres d'embauche, ou bien se manifester implicitement lorsque le salarié exécute sa prestation de travail et reçoit en contrepartie une rémunération.

Le salarié, afin d'augmenter ses chances d'embauche, pourrait mentir sur ses diplômes ou sur son expérience. Un tel mensonge est-il constitutif d'un dol ? Si le diplôme ou l'expérience mentionnée de façon mensongère a été déterminant de l'embauche, alors il y a dol qui emporte nullité du contrat de travail (Cass. soc., 18 déc. 2001, n° [99-46.255](#)). Mais la qualification de dol reste rare ; le plus souvent le mensonge est constitutif d'une faute justifiant la rupture du contrat de travail.

- **La capacité :**

Ne peuvent être salariées que les personnes de plus de 16 ans, sous réserve de dérogations.

Il existe des dérogations qui relèvent l'âge à 18 ans (par exemple, s'il s'agit de vendre des objets considérés comme contraire aux bonnes mœurs) ou, au contraire, qui abaissent l'âge à 15 ans (pour le contrat d'apprentissage par exemple).

De plus, parce que soumis au droit commun des contrats, la formation du contrat est en principe couverte par la liberté contractuelle, laquelle autorise à contracter, ne pas contracter, choisir librement son cocontractant, définir librement les termes du contrat etc.

Cependant, en raison du déséquilibre de la relation de travail, la liberté contractuelle trouve de nombreuses limites en droit du travail. Parmi elles, il en est qui concernent la formation du contrat de travail.

Le législateur encadre fortement l'embauche (Section 1) mais aussi le contenu du contrat de travail, et en particulier la période d'essai s'il en prévoit une (Section 2).

Section 1. L'embauche

L'embauche peut parfois se réaliser après formulation d'une promesse d'embauche provenant de l'employeur. À la suite de la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance n° [2016-131](#) du 10 février 2016, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence et elle **distingue désormais, pour leur faire produire des effets juridiques différents, l'offre de contrat de travail et la promesse de contrat de travail** (Cass. soc., 21 septembre 2017, n° [16-20.103](#) et n° [16-20.104](#)).

- L'offre de contrat de travail est « l'acte par lequel l'employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

Elle peut être « librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ». Lorsqu'elle est parvenue à son destinataire, elle ne peut pas être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, avant l'issue d'un délai raisonnable. Si la rétractation intervient tout de même, l'employeur engage sa responsabilité extracontractuelle mais aucun contrat de travail n'est formé.

- La promesse de contrat de travail est un engagement ferme et définitif de l'employeur puisque c'est « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion du contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

Ainsi, la promesse donne au salarié la possibilité d'opter pour la conclusion du contrat de travail. Elle lie l'employeur qui ne peut donc se rétracter. Une rétractation pourrait alors être inefficace, l'exécution forcée pouvant être demandée, ou bien s'analyser en une rupture nécessairement un licenciement sans cause réelle et sérieuse dans le cas d'un contrat à durée indéterminée ou donner lieu à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations que le bénéficiaire aurait perçues jusqu'au terme du contrat en cas de contrat à durée déterminée.

Remarque Attention !

Offre et promesse ne doivent pas être confondues avec une simple invitation à entrer en pourparlers ou à négocier.

Au-delà, l'embauche se réalise après la phase de recrutement par la conclusion d'un contrat de travail soumis à un formalisme différent selon sa nature.

À la phase de **recrutement**, étape nécessaire à la préparation et à la négociation du contrat de travail (§1), succède la phase de sa **rédaction** qui renvoie à la question du **formalisme** du contrat de travail (§2).

§1. Le recrutement

Le recrutement vise l'ensemble des opérations qui précèdent l'éventuelle conclusion d'un contrat de travail et qui permettent aux employeurs de chercher, évaluer et trier les candidats. On l'oublie, mais ces opérations permettent aussi aux candidats de savoir si l'offre d'emploi leur convient réellement. A ce stade, tout n'est pas permis, fort heureusement.

La liberté contractuelle trouve une première limite en ce qui concerne le choix du salarié. En effet, l'existence de clauses de non-concurrence ou d'exclusivité peut restreindre la liberté de choix de ses salariés par l'employeur. De même, les durées maximales de travail peuvent s'ériger en frein à l'embauche (cf. Leçon 11).

Mais les limites à la liberté contractuelle sont encore plus importantes à l'égard de l'employeur, lequel doit respecter de nombreuses règles relatives aux **opérations de recrutement** (A) et aux **formalités de recrutement** (B).

A. Les opérations de recrutement

Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, laquelle implique le libre choix de ses collaborateurs (Cons. const., 20 juillet 1988, n° [88-244 DC](#) : « *Considérant que les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* »). Mais cette liberté d'embauche, qui est une manifestation de la liberté contractuelle, n'est pas sans limite.

Les opérations de recrutement sont encadrées par de nombreuses **limites à la liberté de recruter** venant restreindre le choix du salarié (1) ainsi que par les **principes directeurs du recrutement** (2), lesquels constituent également des limites à la liberté de recruter mais d'un point de vue des méthodes de sélection des candidats.

1. Les limites à la liberté de recrutement

Une limite n'existe plus, elle tenait à la place du service public de l'emploi dans les opérations de recrutement. Le service public de l'emploi a pour mission l'accueil, l'orientation, la formation et l'insertion. Il comprend le placement, le versement d'un revenu de remplacement, l'accompagnement des demandeurs d'emploi et l'aide à la sécurisation des parcours professionnels. Pendant longtemps, l'employeur avait l'obligation de s'adresser au service public de l'emploi avant toute phase de recrutement. Il fallait notifier à l'ANPE (agence

nationale pour l'emploi) toute place vacante dans son entreprise (contravention de 3^{ème} classe à défaut). En 1986, puis davantage encore en 2005, l'ANPE perd cependant le monopole du placement et, en 2008, elle fusionne avec les Assedic et devient Pôle emploi, chargé de réceptionner les demandes d'emploi et de conseiller les demandeurs d'emploi. En 2024, l'ANPE devient France Travail. L'employeur est libre de rechercher directement des candidats, tout en pouvant continuer à bénéficier de l'intervention d'intermédiaire, France Travail ou agences privées. Qu'elle soit toutefois gérée par le service public ou une entité privée, la procédure de placement des salariés est guidée par un certain nombre de principes : gratuité, égalité, lisibilité et vérité.

Une première limite au choix du salarié tient aux multiples obligations pesant sur l'employeur.

Ainsi, par exemple :

- les employeurs de plus de 20 salariés ont l'obligation d'embaucher des personnes handicapées à hauteur d'au moins 6 % de leur effectif total de salariés (art. [L. 5212-1 et s.](#) du C. trav.), sachant que l'employeur peut s'acquitter de l'obligation en versant au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés une contribution annuelle pour chacun des bénéficiaires qu'il aurait dû employer ;
- les employeurs ont l'obligation de respecter la priorité d'emploi ou de réemploi dont pourrait bénéficier certains anciens salariés, comme ceux qui ont été licenciés pour motif économique (art. [L. 1233-45](#) du C. trav.) ou ceux qui étaient mis à disposition d'une filiale étrangère (art. [L. 1231-5](#) du C. trav.) ;
- les employeurs doivent respecter les conditions d'âge (art. [L. 4153-1](#) du C. trav. prohibant l'emploi des jeunes de moins de 16 ans sous réserve de certaines exceptions), et ne pas embaucher de jeunes qui ne seraient pas libérés de leur obligation scolaire... ;
- les employeurs doivent respecter l'interdiction d'embaucher des travailleurs étrangers sans autorisation ou titre de séjour lorsque cela est requis ;
- les employeurs doivent veiller à respecter le régime des professions réglementées, le cas échéant : architectes, avocat, professions du sport, travailleurs agricoles etc. et bien vérifier le diplôme lorsqu'il est nécessaire à l'exercice de la profession.

Une **seconde limite** tient à l'obligation pour les employeurs de respecter **le principe de non-discrimination** tel que cela résulte de l'article [L. 1132-1](#) du Code du travail : « *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 ou identité 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.* »

Exemple

Jurisprudence.

Deux arrêts rendus en 2009 par la Cour de cassation apportent des précisions sur la discrimination à l'embauche.

Dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt rendu le 23 juin (n° [07-85.109](#)), une entreprise de cosmétiques inscrit dans une note interne relative à une offre d'emploi la mention « BBR » (signifiant bleu-blanc-rouge). Se pose alors la question de la sanction pénale et la chambre criminelle de la Cour de cassation retient la qualification de délit d'offre d'emploi discriminatoire prévu à l'article [225-3](#) du Code pénal et affirme que « *les faits de la cause et les témoignages recueillis établissent que la recherche des animatrices de l'opération Fructis Style du mois de septembre 2000 s'est faite sur la base de critères d'origine et a exclu les personnes non européennes ou de couleur alors que les produits à promouvoir ne justifiaient pas l'exclusion de ces personnes* » (la Cour exclut en revanche le délit de refus d'embauche de l'article [225-2 3°](#) du Code pénal au motif que les victimes n'étaient pas suffisamment identifiées).

Dans un arrêt du 10 novembre (n° [08-42.286](#)), la chambre sociale de la Cour de cassation estime que « *le fait de demander au salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de nature à constituer une discrimination à raison de son origine et alors que la circonstance que plusieurs salariés portaient le prénom de Mohamed n'était pas de nature à caractériser l'existence d'un élément objectif susceptible de la justifier* ». Ainsi l'employeur ne peut évidemment pas franciser le prénom de ses salariés sous peine de tomber dans le champ de l'interdiction de l'article [L. 1132-1](#) du Code du travail. Appliqué ici à un salarié, la solution vaut naturellement pour le candidat à l'embauche auquel on demanderait s'il serait d'accord pour changer de prénom et lui expliquant qu'il s'agit d'une condition de son embauche.

Lors de l'entretien d'embauche, l'employeur ne saurait poser de questions manifestant un comportement discriminatoire.

Exemple

Par exemple : « avez-vous des enfants ou souhaitez-vous en avoir ? », « êtes-vous affilié à un parti politique, si oui lequel ? », « êtes-vous adhérent d'un syndicat, si oui lequel ? ». L'illicéité de ces questions, exprimant une discrimination mais portant également atteinte à la vie privée, ne fait aucun doute, même si malheureusement ne pratique elles sont trop souvent posées.

La discrimination avance cependant masquée. Il est en effet rare qu'un employeur affiche ouvertement son refus d'embaucher certaines personnes en se fondant expressément sur un motif discriminatoire. Cela pose la question de la preuve, très complexe en la matière, rendant difficile de parvenir à sanctionner les discriminations à l'embauche.

Afin de faciliter la preuve, le régime de preuve mis en place est celui de la preuve partagée ainsi que cela résulte de l'article [L. 1134-1](#) du Code du travail : le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et, au vu de ces éléments, il incombe à la partie adverse, à l'employeur donc, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Sont alors nées de nouvelles pratiques permettant de faciliter la preuve. C'est le cas notamment du testing et du CV anonyme.

Le *testing*, ou test de discrimination, est une opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom de personnes différentes par l'origine ou l'appartenance. Concrètement, pour l'embauche, il s'agit d'envoyer en réponse à une même offre d'emploi de nombreuses candidatures similaires mais comportant une caractéristique différente (adresse, nom, photo par exemple). D'abord admis par la jurisprudence (Cass. crim., 11 juin 2002, n° [01-85.559](#)), le testing a été consacré par le législateur à l'article [225-3-1](#) du Code pénal. Il faut, selon l'administration, pour que le testing soit valable, que l'un au moins des CV appartienne à un véritable candidat et, selon la jurisprudence, que soit respecté le principe de loyauté de la preuve (Cass. crim., 4 février 2015, n° [14-90.048](#)).

A l'ère de l'éthique et de la moralisation de la vie des affaires, le CV anonyme est une pratique employée depuis quelques années dans certaines entreprises, notamment la société Axa. Les informations masquées sont le nom, l'âge, le sexe, le lieu de naissance, la nationalité, l'adresse et l'e-mail du candidat. En revanche doivent naturellement être révélés les diplômes et expériences professionnelles. Cette pratique a été consacrée par le législateur, on la retrouve aujourd'hui à l'article [L. 1221-7](#) du Code du travail en ces termes : « *Les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi peuvent être examinées dans des conditions préservant son anonymat* ». Cependant, demeure un obstacle à l'application de ce texte : l'absence de décret d'application qui se fait toujours attendre et la discussion du dispositif lui-même qui est à l'origine de son quasi-abandon, de fait. Et ce d'autant plus que la pratique est limitée car, si le candidat parvient à neutraliser la discrimination au stade du CV, celle-ci peut revenir au stade de l'entretien d'embauche et demeurer, ensuite, difficile à prouver. Un CV peut être anonyme, un entretien à l'embauche peut en revanche difficilement être effectué en cachant le candidat !

Remarque

Nb : Il existe des discriminations autorisées :

- par ex., lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, à une exigence liée à la santé (âge, inaptitude, handicapés) ; cf. art. [L. 1133-1](#) et s. du C. trav. ;
- on peut aussi penser à une offre d'emploi pour un rôle au cinéma ou du mannequinat, s'il s'agit d'un rôle féminin ou de défiler pour de la lingerie féminine, on comprend bien que l'offre d'emploi pourra mentionner la recherche d'une femme.

Naturellement, le refus d'embauche pour un motif discriminatoire est pénalement sanctionné (art. 225-2, 3° du C. pén.). L'est également le fait de subordonner une offre d'embauche à un critère ou une condition discriminatoire (art. 225-2, 5° du C. pén.).

Sur le plan civil, il serait possible de demander l'annulation de la procédure de recrutement, mais il paraît compliqué de prononcer la nullité de l'embauche de celui qui a été recruté... Sans doute le candidat évincé peut-il en revanche solliciter des dommages et intérêts, s'il démontre le préjudice subi (pouvant être constitué par la perte d'une chance de trouver un emploi).

2. Les principes directeurs du recrutement

La sélection du candidat est une étape clé de la procédure de recrutement.

L'employeur dispose en la matière de la plus grande liberté, sous réserve de respecter les limites que nous venons d'exposer. Pour ce faire, il peut utiliser différents moyens et peut aussi recourir à des techniques et des méthodes d'aide au recrutement diverses (banque de CV, sélection de CV, questionnaires d'embauche, entretien, tests professionnels...).

Les recruteurs ont parfois beaucoup d'imagination. Ils ont quelques fois recours à des méthodes de recrutement qui peuvent être jugées contestables : graphologie, astrologie, numérologie, morphopsychologie etc. Face à ces pratiques (dérives, devrait-on dire...), **des dispositions ont été adoptées afin de protéger le candidat à l'emploi contre toute atteinte aux libertés individuelles, et contre toute mesure discriminatoire voire ésotérique**. Ces dispositions font suite au rapport Lyon-Caen, « Les libertés publiques et l'emploi », rendu en 1992 et qui a donné lieu à la loi du 31 décembre 1992. Elles posent des **principes directeurs du recrutement** qui ont pour objet de moraliser les méthodes de recrutement, on les trouve aujourd'hui aux articles [L. 1221-1 et s.](#) du Code du travail.

L'employeur qui recrute doit précisément respecter trois principes : finalité, transparence et pertinence.

- **Principe de finalité**, art. [L. 1226-6](#) du C. trav. : Les informations demandées ne peuvent avoir comme finalité que d'**apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé**. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. Le candidat à un emploi est alors tenu de répondre de bonne foi. Dans le cas contraire, si les questions posées contrarient ce principe, le candidat doit être considéré comme bénéficiant d'un droit au mensonge.
Ce principe permet d'éviter qu'un entretien d'embauche ne soit consacré exclusivement à des investigations sur la vie privée du candidat. Certes, certains sujets ne pourront être écartés (domicile, âge, situation matrimoniale...) mais le candidat est en droit de ne pas répondre aux questions éminemment personnelles (désirez-vous des enfants ? Êtes-vous en bonne santé ? etc.) qui n'ont aucun rapport avec l'emploi proposé.
- **Principe de transparence**, art. [L. 1221-8](#) du C. trav. : **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**.
Ainsi, par exemple, l'utilisation d'une caméra cachée ou de micros dans la salle où les candidats attendent avant l'entretien est strictement prohibé. De même, il est interdit d'avoir recours à un détective privé pour enquêter sur le candidat.
De plus, la collecte des informations doit être elle aussi transparente, il faut donc informer le salarié de ce que l'on met en œuvre afin de collecter des informations (par exemple, l'appel à l'ancien employeur). Enfin, les résultats obtenus sont mis à la disposition du salarié à sa demande et doivent rester confidentiels.
- **Principe de pertinence**, art. [L. 1221-8](#) du C. trav. : **Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie**. C'est à dire que les méthodes ne doivent avoir pour seul objectif que d'évaluer les seules capacités à occuper l'emploi et qu'elles doivent être suffisamment sérieuses que pour aboutir à ce résultat.

**Remarque
Attention !**

Quid de certaines méthodes douteuses d'appréciation des aptitudes professionnelles ?

L'employeur reste libre dans le choix d'une ou plusieurs méthodes d'évaluation appropriées ; le législateur n'a pas voulu directement interdire l'utilisation des techniques dont on peut douter de la rationalité scientifique, mais il ne les autorise que dans le respect de leur pertinence au regard de la finalité poursuivie.

Il y a toutefois de nombreuses raisons de douter de cette pertinence pour de nombreuses « méthodes ».

La graphologie repose sur la correspondance entre l'écriture et les traits de personnalité. La validité prédictive de cette méthode du point de vue de l'aptitude à l'emploi est, aux dires des psychologues, proche de zéro. De plus, cette technique renseigne – si elle renseigne sur quelque chose... – non sur les capacités professionnelles mais sur la personnalité.

Pour ce qui concerne l'astrologie, les spécialistes de la psychologie du travail sont unanimes pour relever l'absence de toute validité de ce procédé.

Idem pour la morphopsychologie ou encore la numérologie.

A bon entendeur...

B. Les formalités liées au recrutement

En vertu de l'article [L. 1221-10](#) du Code du travail, **l'employeur recrutant un salarié doit effectuer, dans les 8 jours précédant l'embauche, la DPAE, déclaration préalable à l'embauche**, auprès de l'URSSAF.

**Remarque
FOCUS : sanctions**

Le défaut de déclaration est sanctionné par une amende administrative recouvrée par les URSSAF d'un montant égal à 300 fois le taux horaire du minimum garanti, il est également constitutif du délit de travail dissimulé pénalement sanctionné (art. [L. 8221-3 et s.](#) du C. trav., 45 000 € d'amende et 3 ans d'emprisonnement pour un employeur personne physique, 225 000 € d'amende et un placement sous surveillance judiciaire pour un employeur personne morale).

Le salarié dont le travail aura été dissimulé peut par ailleurs, en cas de rupture de son contrat de travail, solliciter l'indemnité forfaitaire minimale de six mois de salaire sur le fondement de l'article [L. 8223-1](#) du Code du travail.

Toute embauche doit par ailleurs être notée sur un **registre du personnel**, tenu à la disposition du comité social et économique et de l'inspecteur du travail, en vertu des articles [L. 1221-13](#) et [s. C. trav.](#)

§2. Le formalisme

Le contrat de travail est un contrat consensuel, c'est-à-dire qui se forme par le seul échange des consentements, **qui n'est soumis par principe à aucune forme particulière**.

On retrouve le principe à l'article [L. 1221-1](#) du Code du travail formulé en ces termes : « *Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

Le contrat de travail est un contrat dont la forme est libre. Le contrat de travail peut donc ne pas être rédigé par écrit. Il peut être verbal. **En cas de contrat dit oral, verbal ou tacite, il est présumé être un contrat de travail à durée indéterminée à temps complet**, ce qui implique pour les parties le respect de certaines obligations (notamment un préavis en cas de rupture).

Cependant, cette liberté de la forme connaît plusieurs limites.

Tout d'abord, de nombreux éléments juridiques et pratiques militent en faveur d'un écrit, c'est-à-dire de l'établissement du contrat de travail par écrit, qu'il s'agisse de la **contractualisation** du rapport de travail (ainsi, il ne sera pas permis de se prévaloir de certaines clauses dans le cadre de la relation de travail si elles ne sont pas prévues, donc écrites, dans le contrat de travail : période d'essai, clause de mobilité, clause d'exclusivité, clause de non-concurrence etc.), de la prolifération des **obligations d'information** pesant sur l'employeur (notamment en vertu de la directive n° 91/533 du 14 octobre 1991 remplacée par la directive n° [2019/1152](#) du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes, exigeant que le salarié soit informé par écrit des conditions essentielles de son contrat) ou les questions de **preuve** de manière plus générale.

Ensuite, nombreuses sont les **conventions collectives** qui font obligation de conclure par écrit tout contrat de travail à durée indéterminée, il faut alors y veiller.

De surcroît, **nombreux sont les contrats de travail de type particulier pour lesquels l'écrit est imposé** (contrat d'apprentissage, contrat à durée déterminée, contrat de travail temporaire, contrat de travail à temps partiel, contrat de travail de l'avocat salarié, contrat liant un médecin du travail à un employeur ou au président du service médical interentreprises...), ainsi que des mentions obligatoires.

La sanction du non-respect du formalisme n'est cependant pas unique. Force est de constater que législateur et juge préfèrent la requalification du contrat particulier en contrat de travail à durée indéterminée à la nullité de l'accord ; c'est une sanction protectrice du salarié.

C'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. En pratique, dans la plupart des cas, la charge de la preuve de l'existence d'un contrat de travail pèsera sur le salarié désireux de faire valoir ses droits. De ce fait, la jurisprudence est particulièrement libérale s'agissant des moyens de preuve : si, en principe, tout acte juridique d'une valeur supérieure à 1 500 € doit être prouvé par écrit, **la preuve du contrat de travail peut être rapportée par tous moyens.**

Remarque

Rappel !

En cas d'accord des parties sur l'existence d'un contrat de travail ou, à l'inverse, sur l'existence d'un contrat d'entreprise, le juge n'est aucunement lié. En effet, selon l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000 (n° [98-40.572](#)), « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquels est exercée l'activité du travailleur ». Il appartient au juge de vérifier l'existence ou non d'un contrat de travail en s'interrogeant sur les critères de qualification du contrat de travail (cf. Leçon 1).

Section 2. La période d'essai

Les clauses relatives à la période d'essai permettent sous certaines conditions et dans certaines limites de faire exception au droit commun du licenciement et de la démission, puisqu'elles permettent à l'employeur comme au salarié de rompre le contrat de travail, dans les premiers temps de son exécution, sans formalités.

Il importe de bien s'entendre sur la notion (§1), avant d'étudier les conditions (§2) et la rupture (§3) de la période d'essai.

§1. Notion de période d'essai

Définir la période d'essai (A) permet de mieux faire la distinction avec des notions voisines (B).

A. Définition

La période d'essai se définit nécessairement par sa finalité.

La période d'essai est une période qui se situe au début de l'exécution d'un contrat de travail, et il s'agit de la période pendant laquelle les parties vont pouvoir faire l'expérience du contrat, **c'est-à-dire que l'employeur va pouvoir juger des aptitudes professionnelles et de la capacité du salarié à occuper le poste sur lequel il a été recruté, et le salarié va pouvoir juger si l'entreprise et les conditions de travail lui conviennent.**

En pratique, surtout au regard de l'état du marché du travail, la période d'essai sert surtout à l'employeur, qui peut ainsi évaluer les qualités du salarié et vérifier son aptitude à occuper son poste.

Donc :

- L'employeur évalue les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience.
- Le salarié apprécie si les fonctions occupées lui conviennent.

On comprend alors que **la période d'essai ne peut se situer qu'au commencement de la relation de travail.** Les parties ne sauraient en différer l'application (Cass. soc., 25 février 1997, n° [93-44.923](#)). On comprend aussi que l'employeur qui a déjà pu apprécier les aptitudes professionnelles du salarié, ne peut plus lui imposer de période d'essai sauf à considérer la durée de celle-ci : en cas de succession de stage et contrat ou de CDD et CDI, la durée du stage ou du CDD doit être déduite de la période d'essai éventuellement comprise dans le nouveau contrat de travail (Cass. soc., 9 octobre 2013, n° [12-12.113](#) et art. [L. 1221-24](#) du C. trav.).

B. Distinctions

Plusieurs distinctions s'imposent.

Il faut tout d'abord **distinguer la période d'essai et la période probatoire.**

Depuis plusieurs arrêts rendus le même jour, le 30 mars 2005, la chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'en présence de deux contrats de travail successifs 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 (Cass. soc., 30 mars 2005, n° [02-46.338](#)). Le changement de fonctions peut donc justifier une période probatoire, nullement une période d'essai (Cass. soc., 16 mai 2012, n° [10-10.623](#)).

Remarque Attention !

En revanche, la chambre sociale a refusé d'étendre la notion de période probatoire en cas de succession de contrats au sein d'un même groupe (Cass. soc., 20 octobre 2010, n° [08-40.822](#)). La solution se comprend :

il y a ici changement d'employeur, la période d'essai retrouve donc son utilité et sa pertinence. Ce qui a été jugé par un premier employeur ne peut valoir pour un nouvel employeur. En conséquence, en cas de rupture des relations contractuelles avec la deuxième société du groupe en cours de période d'essai, le salarié ne peut prétendre à une réintégration dans la première société du groupe.

Il faut ensuite également **distinguer la période d'essai du test professionnel**.

Un test professionnel, effectué en dehors de toute relation contractuelle, est une épreuve de courte durée effectuée par un candidat à l'embauche à un poste de travail qui n'est pas placé dans les conditions normales de l'emploi (Cass. soc., 4 janvier 2000, n° [97-41.154](#) ; Cass. soc., 16 septembre 2009, n° [07-45.485](#)). Le test professionnel est simplement une mise à l'essai en phase de recrutement. On parle aussi d'essai professionnel. Il s'agit ni plus ni moins qu'une méthode, parmi d'autres, d'aide au recrutement.

Remarque Attention !

On comprend toutefois de la jurisprudence que le test professionnel sera requalifié en période d'essai s'il s'inscrit en revanche dans l'activité normale de l'entreprise.

§2. Conditions de la période d'essai

La prévision d'une période d'essai place le salarié dans une situation incertaine. S'il est considéré comme inapte par l'employeur, il peut à tout moment être sommé de partir. La jurisprudence s'est donc efforcée de contrôler l'existence et la durée de l'essai comme elle s'est préoccupée des conditions de la rupture prononcée en période d'essai. Puis la loi de modernisation du marché du travail (loi n° 2008-596 du 25 juin 2008) est venue encadrer cette période d'essai désormais régie par les articles [L. 1221-20](#) et [s.](#) du Code du travail.

Plusieurs conditions doivent être respectées.

Des conditions relatives à l'existence de la période d'essai (A), des conditions relatives à la durée de la période d'essai (B).

A. Conditions relatives à l'existence de la période d'essai

En ce qui concerne **les conditions relatives à l'existence de la période d'essai, la période d'essai ne se présume pas.**

La loi relative à la modernisation du marché du travail prévoit que **la période d'essai doit être expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou dans le contrat de travail.**

Elle doit par ailleurs être **prévue par la convention collective** applicable dans l'entreprise.

Remarque Attention !

Si l'une de ces deux conditions cumulatives fait défaut, l'employeur ne saurait se prévaloir de l'existence d'une période d'essai et donc l'imposer à son salarié.

B. Conditions relatives à la durée de la période d'essai

En ce qui concerne **les conditions relatives à la durée de la période d'essai**, l'article [L. 1221-19](#) du Code du travail prévoit des durées maximales pour chaque catégorie professionnelle :

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

Ces périodes ne peuvent être **renouvelées qu'une seule fois**, à condition toutefois qu'un accord de branche étendu le prévoit.

Des durées maximales sont alors prévues par la loi, renouvellement compris :

- 4 mois pour les ouvriers et employés ;
- 6 mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;
- 8 mois pour les cadres.

Remarque

Nb : Qu'il s'agisse de la durée de la période initiale ou du renouvellement compris, la loi pose bien des durées maximales ; la convention collective qui régit la période d'essai peut fixer des durées plus courtes (et non des durées plus longues) qu'il faudra alors respecter.

Remarque

Attention !

À la suite de l'adoption de la loi n° [2023-171](#) du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne, l'employeur ne peut plus, depuis le 9 septembre 2023, prévoir des durées de période d'essai plus longues que les durées maximales légales. Les accords de branche antérieurs à la réforme de 2008 ne sont plus autorisés à dépasser les durées maximales fixées par le législateur. L'objectif est la mise en conformité avec le droit de l'Union européenne qui prévoit, sauf exception, une durée maximale des périodes d'essai de 6 mois. Au regard de l'exception permise, le législateur n'a pas souhaité remettre en cause la durée maximale de 8 mois renouvellement compris prévue pour les cadres. Il est vrai que leur situation entre pleinement dans les cas de dérogation à la durée maximale de 6 mois prévus par la directive 2019/1152, laquelle vise sur ce point, notamment, l'exercice de fonctions managériales ou de direction.

Le renouvellement n'est possible que s'il est prévu par la convention collective de branche étendue (art. [L. 1221-21](#) du C. trav.), et si les parties s'accordent en ce sens, ce qui requiert que le renouvellement soit expressément stipulé dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. [L. 1221-23](#) du C. trav. ; Cass. soc., 25 novembre 2009, n° [08-43.008](#) ; Cass. soc., 8 juillet 2015, n° [14-11.762](#)).

Remarque

Attention !

Même si la possibilité du renouvellement est prévue par la convention collective, l'employeur ne peut pas l'imposer au salarié.

Naturellement, l'absence du salarié suspend la période d'essai. Que le salarié soit absent pour maladie, congés, jour de récupération par exemple, l'écoulement de la période d'essai ne reprendra qu'à son retour (Cass. soc., 11 septembre 2019, n° [17-21.976](#)). Cela s'explique par la finalité de la période d'essai : le travail est suspendu, il n'est pas possible d'évaluer les capacités du salarié côté employeur, les fonctions occupées et conditions de travail pour le salarié.

§3. Rupture de la période d'essai

En ce qui concerne, enfin, **les conditions relatives à la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai**, il faut savoir que les parties au contrat de travail bénéficient d'un **droit de libre rupture** puisque

les règles du licenciement ne s'appliquent pas à la période d'essai. La période d'essai offre ainsi un droit de repentir, un droit de dédit. Les parties peuvent, si la relation ne leur convient pas, librement rompre le contrat de travail c'est-à-dire sans motif ni formalité. Ainsi, l'employeur qui rompt la période d'essai n'a pas à se prévaloir d'une cause réelle et sérieuse ni à respecter la procédure de licenciement.

Mais faut-il pour autant considérer que cette faculté de rompre la période d'essai peut s'exercer de manière discrétionnaire ? Absolument pas. La rupture de la période d'essai ne doit pas être abusive (A). Si aucune formalité n'est par ailleurs à respecter, s'impose toutefois l'observation d'un délai de prévenance (B).

A. Liberté de rompre limitée par l'abus

En cours de période d'essai, l'employeur a le droit de rompre librement le contrat de travail sans avoir à justifier d'un motif ou d'une cause réelle et sérieuse. Mais comme pour tout droit, l'exercice de ce droit est susceptible d'abus.

L'abus peut résulter d'une **intention de nuire** ou d'une **légèreté blâmable**.

Il en va ainsi lorsque l'employeur engage un salarié et s'en sépare aussitôt avant même qu'il ait commencé à travailler (Cass. soc., 2 février 1994, n° [90-43.836](#)) ou alors que l'on se situe au tout début de la période d'essai et que les capacités du salarié n'ont pas pu être appréciées (Cass. soc., 15 novembre 2005, n° [03-47.546](#)). Se trouve également caractérisée la faute de l'employeur qui attend la fin de la période d'essai pour se séparer d'un cadre supérieur ; plus largement l'abus résultera de l'embauche d'un salarié avec l'idée, dès l'origine, de ne jamais aller au-delà de la période d'essai quels que soient les résultats du salarié, mais encore faut-il le prouver...

Il est par ailleurs interdit à l'employeur de rompre la période d'essai pour motif économique (Cass. soc., 15 déc. 2010, n° [09-42.273](#)), motif non inhérent à la personne du salarié alors que la période d'essai a pour objet de permettre à l'employeur d'apprécier les compétences professionnelles du salarié. Il est également, évidemment, interdit de rompre la période d'essai pour motif discriminatoire... De manière générale **il n'est pas possible de rompre la période d'essai pour un autre motif que celui lié à l'appréciation des capacités professionnelles du salarié** (Cass. soc., 10 décembre 2008, n° [07-42.445](#) ; Cass. soc., 20 novembre 2007, n° [06-41.212](#)), mais encore faut-il pouvoir le prouver...

B. Délai de prévenance

Si aucune formalité ne s'impose pour rompre valablement la période d'essai, il faut cependant préciser que la loi de 2008 a fixé des **délais de prévenance** à respecter.

C'est l'article [L. 1221-25](#) du Code du travail qui fixe ces délais.

Lorsque c'est **l'employeur** qui rompt la période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance de :

- **48h au cours du premier mois de présence ;**
- **2 semaines après un mois de présence ;**
- **1 mois après trois mois de présence.**

Lorsque c'est **le salarié** qui rompt la période d'essai, il doit respecter un délai de prévenance de :

- **24h pour une présence de moins de 8 jours ;**
- **48h pour une présence de 8 jours et plus.**

Une rupture tardive conduisant à l'impossibilité de respecter le délai de prévenance qui s'impose est sanctionnée par l'octroi d'une indemnité compensatrice, en revanche le salarié ne pourra pas se prévaloir d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 16 septembre 2015, n° [14-16.713](#)).

Nb : La mise en œuvre des délais de prévenance ne peut avoir pour effet de dépasser les durées maximales de la période d'essai, ce qui oblige à anticiper la volonté de rompre celle-ci, ce qui est assez curieux... Cela revient à ce que les durées maximales de l'article [L. 1221-19](#) du Code du travail se trouvent amputées de la durée du délai de prévenance...