

## Aperçu rapide

**AvoSial**

 AVOCATS D'ENTREPRISE  
 EN DROIT SOCIAL

291

# En questions : la « promesse d'embauche », entre technicité contractuelle et conséquences pratiques



**Frédéric CALINAUD,**  
*avocat associé, Calinaud David Avocats,*  
*Membre d'Avosial*



**Isabelle PONS,**  
*avocate, Calinaud David Avocats,*  
*membre d'Avosial*

**P**AR DEUX arrêts largement commentés du 21 septembre 2017, la chambre sociale de la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 21 sept. 2017 ; n° 16-20.103 : *JurisData* n° 2017-018092 – *Cass. soc.*, 21 sept. 2017, n° 16-20.104 : *JurisData* n° 2017-018090 ; *JCP S* 2017, 1356, note G. Loiseau ; *JCP G* 2017, 1238, note N. Molfessis) a pris le soin de distinguer l'offre d'emploi et la promesse unilatérale de contrat de travail, en intégrant l'évolution du droit des obligations. Le régime de la « promesse d'embauche » a ainsi sensiblement évolué, laissant certains praticiens perplexes sur l'implication pratique de ces précisions et l'éventuelle recrudescence de contestations voire de contentieux sur ce sujet.

De manière classique, pour qualifier une promesse d'embauche, il était fait référence à la jurisprudence établie mais critiquée de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui interprétait l'ancien article 1134 du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation jugeait : « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction » (*Cass. soc.*, 15 déc. 2010, n° 08-42.951 : *JurisData* n° 2010-023845 ; *JCP S* 2011, 1104, note C. Puigelier. – *Cass. soc.*, 12 juin 2014, n° 13-14.258 : *JurisData* n° 2014-012808 ; *JCP S* 2014, 1330 ; note G. Duchange). En somme, la fixation des principales caractéristiques du contrat de travail engageait l'employeur et entraînait des effets similaires au contrat de travail, alors même que le candidat pouvait ne pas avoir manifesté sa volonté de conclure le futur contrat.

De même, la doctrine soulignait ainsi les limites de cette définition prétorienne assez protectrice des intérêts du salarié et notamment l'absence d'un droit d'option au profit du bénéficiaire (le salarié). Par deux arrêts du 21 septembre 2017, la chambre sociale a adapté de manière « anticipée », la définition de la promesse d'em-

bauche. Ainsi, elle a rappelé dans ces arrêts que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ». Cette ordonnance n'était pourtant pas à applicable aux faits de l'espèce.

### 1. Quelle est la portée des deux arrêts du 21 septembre 2017 ?

La Cour de cassation opère dans ces deux arrêts une distinction subtile entre une offre de contrat de travail et une promesse unilatérale de contrat.

En l'espèce, un club de rugby avait fait des propositions d'engagement à deux joueurs professionnels, propositions auxquelles il avait finalement renoncé avant que ces derniers ne manifestent leur acceptation (postérieures donc à la rétractation). Ces offres étaient pour le moins précises puisqu'elles étaient faites pour deux saisons sportives et précisaient la rémunération et la mise à disposition d'un logement et d'un véhicule de fonction.

Les joueurs s'appuyaient sur la jurisprudence établie et soutenaient que les « promesses » d'embauche répondaient aux critères de précisions et valaient donc contrat de travail. Ils sollicitaient ainsi des indemnités pour rupture injustifiée de leur contrat de travail, ceux-ci n'ayant, d'ailleurs, même pas commencé à être exécutés.

Pour reprendre les termes de la note explicative des arrêts, « la Cour de cassation a pris acte des choix opérés pour l'avenir par le législateur avec l'ordonnance du 10 février 2016, ainsi que la jurisprudence des autres chambres civiles pour modifier sa jurisprudence ».

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation a ainsi précisé la distinction entre l'offre et la promesse unilatérale de contrat de travail.

– **L'offre de contrat** est définie comme l'acte par lequel un employeur propose un engagement en 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. Celle-ci peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. De même, la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion d'un contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur. Ce dernier s'expose donc seulement à verser des dommages et intérêts si l'autre partie rapporte la preuve d'un préjudice subi.

– Au contraire, **la promesse unilatérale de contrat de travail**, est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel il ne manque que le consentement du bénéficiaire. La promesse implique que la révocation de celle-ci pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exercer son option n'empêche pas la formation du contrat de travail promis. La sanction de la révocation de la promesse est alors la possibilité d'obtenir une exécution forcée du contrat.

La solution dégagée par la Cour de cassation dans ces arrêts se comprend à la lumière de la réforme du droit des contrats et s'accorde mieux avec la « technicité contractuelle ». La place de la volonté des parties et l'intention de l'employeur prévalent pour déterminer la qualification de la nature de la « promesse », au détriment du seul contenu de la promesse.

## 2. Quels sont les impacts pratiques de cette nouvelle distinction contractuelle technique ?

Une simple lecture des faits des deux arrêts du 21 septembre 2017 ou une tentative d'application de cette définition à un cas concret, permet de prendre la mesure de la difficulté pratique apportée par un regain (certes nécessaire) de technicité contractuelle.

Si la doctrine peut se féliciter d'une analyse juridique plus conforme au droit des contrats (intention des parties prise en compte, droit d'option du salarié), les praticiens du droit social seront eux perplexes sur l'application pratique du régime de la « promesse ».

Les distinctions techniques « subtiles » entre offre et promesse de contrat, invitent donc les entreprises à s'interroger sur le contenu des promesses (que constituent souvent de simples emails rédigés à la hâte), voire sur l'opportunité même de celle-ci, au regard de la complexité grandissante de cet outil.

En tout état de cause, il apparaît judicieux pour l'employeur de nommer correctement le document adressé au salarié (« offre ou promesse de contrat de travail ») et d'exclure le terme générique de « promesse d'embauche ». La simple mention en objet de la nature du document ne devrait pas à elle seule emporter sa qualification mais sera certainement un indice permettant de préciser l'intention de la société.

Par ailleurs, une mention spécifique indiquant la possibilité pour l'employeur de se rétracter ou non et selon quels délais et conditions, devra être intégrée. Enfin, l'existence ou non d'un droit d'option pour le salarié sur la « promesse » devrait également être ajouté. La complexification du régime de la promesse et le bon sens devraient inviter les employeurs, dans la mesure du possible, à supprimer l'étape de la rédaction de « promesse » qui, devenant plus complexe, perd une partie de son intérêt.

En somme, une proposition de contrat de travail contenant toutes les informations nécessaires, remis uniquement contre signature du salarié, quand les conditions d'engagement sont fermes et définitives entre les parties, devraient être le standard.

En pratique, il ne peut être exclu qu'un contentieux se développe et soit l'occasion de préciser les contours de la « promesse d'embauche », notamment s'agissant du délai raisonnable de rétractation de l'employeur, des éléments permettant de prouver l'intention de l'employeur en l'absence de mention claire ou encore celle du candidat déçu... La nouvelle définition de la « promesse » saluée par la doctrine au nom de la bonne application du droit des contrats, ne devrait pas nécessairement réjouir les praticiens (ressources humaines, juriste social ou gérant) négligeant souvent cette étape de la relation précontractuelle.

## 3. Quels risques en cas de contentieux ?

En cas de non-respect d'une promesse unilatérale de contrat de travail, à laquelle le bénéficiaire a apporté son consentement, impliquant une absence d'exécution du contrat, les potentielles sanctions en cas de contentieux prud'homal sont diverses.

Si l'employeur ne respecte pas son engagement, théoriquement, le salarié pourrait demander l'exécution forcée du contrat. Pourtant, s'agissant d'une rupture injustifiée d'une promesse d'embauche, la jurisprudence retient jusqu'à présent une indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc.*, 15 déc. 2010, n° 08-42.951, *préc.*). Il est probable que la Cour de cassation retienne la même indemnisation en cas de non-respect d'une promesse unilatérale de contrat de travail.

D'un point de vue pratique, il appartiendra au salarié de démontrer le préjudice subi. Il pourra par exemple démontrer qu'il a dû démissionner pour accepter la promesse unilatérale de contrat faite par son nouvel employeur. Il pourra ainsi démontrer le préjudice lié à la perte d'une situation stable et l'impossibilité, dans ces conditions, de percevoir des indemnités auprès de Pôle emploi. Si la rupture du contrat est requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié pourra également prétendre au paiement de son préavis (tel que prévu par la convention collective applicable).

## 4. Qu'en est-il des contentieux diligentés à l'encontre des salariés ? Un salarié n'honorant pas son acceptation d'une promesse unilatérale de contrat pourrait-il être, lui aussi, sanctionné ?

Les cas sont rares et la jurisprudence tout autant. On notera toutefois une décision de la cour d'appel de Paris (*CA Paris*, 3 mai 2017, n° 14/04641 : *JurisData* n° 2017-008700), concernant une affaire dans laquelle un salarié qui avait signé un contrat de travail ne s'était pas présenté sur son lieu de travail. La cour d'appel a considéré que l'employeur ne pouvait demander la nullité du contrat mais qu'il devait rompre ce dernier (rupture de période d'essai ou licenciement). Ici encore, il est probable qu'en cas de non-respect d'une promesse unilatérale de contrat, la Cour de cassation retienne la même conséquence : l'employeur devra prendre l'initiative de la rupture.

Par ailleurs, il est probable que les contentieux initiés par les employeurs en cas de non-respect d'une promesse unilatérale de contrat continuent à se développer devant le conseil de prud'hommes, du fait de la difficulté qu'ont les employeurs à recruter dans certains secteurs. Ainsi, les employeurs n'hésitaient pas, déjà avant la réforme du Code civil, à saisir le conseil de

prud'hommes contre les salariés leur ayant fait faux bond afin de les condamner à leur verser une indemnisation. Celle-ci était fonction du préjudice subi (et prouvé) par l'employeur lequel pouvait résulter du temps passé sur le recrutement de tel ou tel candidat, les

moyens mis en œuvre pour le recrutement (recours à un cabinet de recrutement, processus administratif interne). Le nouveau régime de la « promesse d'embauche » ne devrait pas changer cette tendance.

## L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYN

### Accidents du travail et maladies professionnelles

#### 292 Précisions sur le repérage de l'amiante avant certaines opérations dans les immeubles bâtis

A. 16 juill. 2019 : JO 18 juill. 2019 : texte n° 34

**Un arrêté précise les conditions, modalités, formalisation et traçabilité du repérage de l'amiante avant certaines opérations dans les immeubles bâtis.**

Le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou le propriétaire d'immeuble bâti doit faire rechercher la présence d'amiante préalablement à toute opération comportant des risques d'exposition des travailleurs à l'amiante. Cette obligation vise à permettre : 1) au donneur d'ordre de réaliser le marquage réglementaire des matériaux et produits contenant de l'amiante ; 2) à l'entreprise appelée à réaliser l'opération de procéder à son évaluation des risques professionnels et d'ajuster les mesures à mettre en œuvre pour assurer la protection collective et individuelle de ses travailleurs et à prévenir la dispersion environnementale des fibres d'amiante.

Par arrêté publié au Journal officiel du 18 juillet 2019, pris pour l'application des articles R. 4412-97 à R. 4412-97-6 du Code du travail, sont précisées les **situations ou conditions dans lesquelles il peut être constaté l'impossibilité de réaliser tout ou partie du repérage** amiante, ainsi que les **mesures que l'entreprise appelée à réaliser l'opération doit prévoir dans ce cas** pour assurer la protection des travailleurs et des populations résidant ou travaillant dans l'immeuble bâti concerné.

### Contentieux du travail

#### 293 Réforme de la procédure « en la forme des référés »

Ord. n° 2019-740, 17 juill. 2019 : JO 18 juill. 2019, texte n° 3

Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance : JO 18 juill. 2019, texte n° 2

Conseil des ministres, 17 juill. 2019, compte-rendu

**Une première étape dans la réforme de la procédure « en la forme des référés » a été franchie avec la publication d'une ordonnance prise en application de l'article 28 de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. La réforme s'appliquera dans son entier aux demandes introduites à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020.**

Répondre aux critiques exprimées par les praticiens du droit à l'endroit de la procédure dite « en la forme des référés », dont « les appellations variables et les contours flous génèrent confusion et difficultés procédurales » : telle est l'ambition que s'est donnée l'exécutif. Pour la concrétiser, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a autorisé le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier les dispositions régissant les procédures en la forme des référés devant les juridictions judiciaires aux fins de les **unifier et d'harmoniser le traitement des procédures au fond à bref délai** (L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 28). L'ordonnance a été publiée au Journal officiel du 18 juillet 2019.

● **Objectifs.** – Elle clarifie la procédure « en la forme des référés » en la renommant de manière à mettre en évidence le fait qu'il s'agit d'une **décision statuant au fond, obtenue rapidement**, tout en supprimant la référence expresse au « référé », trop souvent source d'erreurs. La terminologie retenue de « *procédure accélérée au fond* » remplit cet objectif.

L'ordonnance s'inscrit également dans une démarche de simplification de cette procédure, dont les références et déclinaisons figurent dans de nombreux codes et textes épars. Pour ce faire, elle s'attache à préserver la philosophie de la procédure « en la forme des référés » dans les matières dans lesquelles il est indispensable de pouvoir disposer d'une voie procédurale permettant d'obtenir un jugement au fond dans des délais rapides, tout en faisant œuvre d'harmonisation. « Comme dans le cadre d'une procédure à jour fixe, le demandeur se verra indiquer une date d'audience à bref délai, sans qu'il n'ait à justifier préalablement d'une urgence particulière », précise le rapport au président de la République explicitant le texte. Celui-ci « entreprend toutefois, dans la mesure du possible, d'harmoniser les déclinaisons existant dans les différentes matières. En effet, de nombreuses dispositions, tout en renvoyant à la procédure en la forme des référés, s'écartent de manière plus ou moins significative du dispositif de droit commun tel que décrit par le Code de procédure civile et nuisent ainsi à sa lisibilité ».

Enfin, dans les cas précis dans lesquels le recours à cette procédure particulière ne se justifie pas, l'ordonnance prévoit de **lui substituer une procédure de droit commun, au fond**, en référé ou sur requête selon les cas, « qui remplira tout aussi bien les objectifs recherchés ». Il est ainsi proposé de supprimer la procédure « en la forme des référés » au profit d'une **procédure en référé ou sur requête** lorsque la décision rendue peut être provisoire et que le cas requiert une certaine célérité. En revanche, les justiciables sont renvoyés à une procédure contentieuse au fond lorsqu'il n'y a pas d'urgence à statuer et que la juridiction doit connaître du fond de l'affaire.

● **Premier étage de la fusée.** – L'ordonnance publiée constitue une première étape dans la réforme de la procédure « en la forme des référés ». En effet, un décret est en cours de rédaction pour harmoniser, suivant ces mêmes