

## Consultation – Barthélémy Avocats – 3 avril 2020

\*\*\*\*\*

Vous nous interrogez sur la distinction entre offre et promesse d'embauche ainsi que sur l'éventuel impact de la période de confinement, liée à la pandémie Covid-19, sur les offres et promesses d'embauche faites par vos entreprises adhérentes auprès de salariés, notamment d'intermittents du spectacle susceptibles d'être embauchés par CDD d'usage.

Vous trouverez ci-après notre analyse sur ces questions.

\*\*\*\*\*

### ***Les notions d'offre et de promesse de contrat de travail***

Il convient de noter que la réforme du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, a conduit la Cour de cassation à distinguer, dans les relations de travail, la portée de la proposition d'embauche selon qu'elle constitue une simple offre de contrat de travail ou une promesse unilatérale de contrat de travail (abandonnant ainsi la notion de promesse d'embauche).

L'obligation faite à l'employeur d'honorer son engagement diffère selon que l'on se trouve en présence d'une offre ou d'une promesse de contrat de travail. Il convient donc de distinguer les notions d'offre de contrat de travail et de promesse de contrat de travail.

Pour une plus grande compréhension de la frontière – ténue – entre ces deux notions, les éléments essentiels sont récapitulés dans un tableau suivant.

	<b>OFFRE DE CONTRAT</b>	<b>PROMESSE DE CONTRAT</b>
<b>Valeur juridique</b>	<b>Aucune valeur</b> : il s'agit d'une simple proposition d'engagement.	<b>La promesse vaut contrat de travail</b> : il s'agit d'un contrat par lequel l'employeur accorde au candidat choisi le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail. En clair, il ne reste plus qu'à obtenir l'accord du candidat.
<b>Contenu</b>	Le contenu de la promesse unilatérale d'embauche est similaire à celui de l'offre de contrat de travail (c'est la raison principale de la difficulté qu'ont les praticiens à les distinguer) : Emploi (poste de travail) ; date d'entrée ; rémunération.	
<b>Durée de validité</b>	Le candidat peut accepter ou refuser l'offre proposée dans un délai fixé par l'employeur ou, à défaut, dans un délai jugé raisonnable (libre appréciation des juges).	Droit d'option encadré dans un délai fixé par l'employeur.
<b>Forme</b>	Ecrite : papier, lettre, fax, email...	
<b>Révocation par l'employeur</b>	<p>Une fois l'offre émise, l'employeur ne peut s'en rétracter que dans deux cas :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si elle n'est pas parvenue à son destinataire.</li> <li>• Si l'employeur a fixé une date limite d'acceptation, il peut se rétracter avant l'expiration de ce délai (ou à défaut dans un délai raisonnable).</li> </ul> <p>A savoir que dans le dernier cas (le plus répandu en pratique), la rétractation de l'employeur empêche la conclusion du contrat de travail. Pour autant, l'employeur engage sa responsabilité extracontractuelle : il peut être amené à indemniser par dommages et intérêts le candidat pour le préjudice subi. Ce dernier devra toutefois apporter la preuve de ce préjudice à l'occasion du contentieux qu'il diligentera.</p>	<p>La promesse d'embauche valant contrat de travail, sa révocation par l'employeur pendant le délai (laissé au salarié pour accepter ou non la proposition) n'est pas valable (en cas de litige porté devant le juge, elle caractérisera un licenciement sans cause réelle et sérieuse).</p> <p>L'employeur qui souhaite rompre sa promesse unilatérale de contrat de travail doit donc respecter la procédure de licenciement (CDI) ou de rupture anticipée (CDD) classique.</p>

Ce tableau démontre que la distinction entre offre et promesse unilatérale de contrat de travail est complexe à appréhender. L'opération de qualification en est en effet rendue plus difficile puisque le contenu objectif de l'offre et celui de la promesse est matériellement le même. C'est donc la volonté exprimée par l'auteur de l'acte qui les distinguera :

- S'il s'agit d'une offre de contrat, la volonté à exprimer est celle d'être lié en cas d'acceptation.
- S'il s'agit d'une promesse unilatérale de contrat, l'auteur de la promesse doit exprimer la volonté d'être d'ores et déjà engagé par le contrat de travail dont il propose la conclusion à un bénéficiaire auquel il reconnaît la faculté de s'engager aux conditions qu'il a déterminées ou qui ont fait l'objet d'une négociation préalable.

A noter toutefois que si les négociations relatives à la rémunération sont encore en cours, les juges ne reconnaissent ni une offre ni une promesse de contrat de travail, mais de simples pourparlers susceptibles d'être révoqués à tout moment (*CA Amiens 19-12-2017 n° 15-01915 ; Cass. soc. 28-11-2018 n° 17-20.782*).

L'étude de la jurisprudence récente, postérieure à la réforme du droit des obligations, semble confirmer cette analyse, y compris dans votre secteur d'activité.

EXEMPLES JURISPRUDENTIELS	OFFRE DE CONTRAT	PROMESSE DE CONTRAT	POURPARLERS
Adresser un <b>exemplaire de contrat de travail avec simulations de salaire</b> au candidat, l'intéressé n'ayant pas retourné ce document contractuel signé mais ayant accepté l'offre par courriel sans équivoque ( <i>CA Colmar 11-12-2018 n° 17/04877</i> ).		x	
<b>Contrat indiquant la nature de l'emploi, la rémunération et la date d'embauche</b> , adressé au candidat après des pourparlers par téléphone, par mail et par SMS, peu important que le contrat ne précise pas le régime mutualiste applicable ou que l'employeur invoque avoir reçu de mauvais renseignements concernant le candidat de la part d'un de ses anciens employeurs postérieurement à son envoi ( <i>CA Chambéry 25-9-2018 n° 17/02534</i> ).		x	
<b>Courrier énonçant les conditions du CDI envisagé quant au salaire net mensuel, à la durée hebdomadaire du temps de travail, à la date de prise d'effet, et au lieu d'exécution dudit contrat, mais dont la datation suscite des interrogations</b> ( <i>CA Pau 18-10-2018 n° 15/02724</i> ).		x	
<b>Lettre rédigée de la manière suivante : « Suite à notre entretien, nous vous confirmons votre embauche en CDI, au plus tard le X aux conditions suivantes... »</b> mais subordonnant la conclusion du contrat à l'acceptation du candidat ( <i>CA Poitiers 2-5-2018 n° 16-03766</i> ).	x		
Les parties ont <b>signé un CDD d'usage</b> et sont convenues que l'artiste était engagée pour interpréter le rôle d'Alexandra' dans les épisodes 1 à 8 de la saison 2 de la série «no limit'». L'article 1.2 dudit contrat précise que le producteur et le diffuseur français, partenaires, pourront seuls décider de la poursuite de la production de la série au-delà des épisodes 1 à 8 [...] ainsi que de la récurrence du rôle interprété par l'artiste [...] Aux termes de ce même article, il est précisé que dans l'hypothèse où la poursuite de la série serait décidée et la récurrence du rôle confirmée, pour les épisodes suivants de la série, l'artiste accepte d'ores et déjà de tenir le rôle d'Alexandra dans la série mise en production.			x

<p>Il est également spécifié que pour les épisodes de la saison 3, dans l'hypothèse où des épisodes seraient mis en production au-delà des épisodes 1 à 8 de la saison 2, le cachet de l'artiste interprète serait négocié de bonne foi entre les parties, cette augmentation ne pouvant être supérieure à 10 %. 25 cachets minimums seraient alors garantis (CA Paris 9-01-2019 n° 16/11996).</p> <p>En l'espèce, les juges ont estimé « <i>alors même que le principe du tournage de la saison 3 pouvait être arrêté, et qu'un tournage d'une saison 3 a effectivement eu lieu dans le courant de l'année 2014, la clause précédemment rappelée ne peut en aucun cas être analysée comme une offre d'emploi, ni une promesse d'embauche. Elle ne comporte pas un engagement du producteur employeur précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction de l'artiste pour la saison 3 ni n'exprime pas la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation par l'interprète</i> ».</p>			
<p><b>La transmission d'un courriel destiné à une dizaine de personnes leur demandant de transmettre une fiche de renseignements techniques accompagnée d'un RIB et d'un certificat médical (CMB), sans accord ni fixation d'un salaire déterminé (CA Paris 22-02-2017 n°14/03097).</b></p>			x

Il se déduit de ces éléments que seule la volonté exprimée par l'auteur de l'acte est susceptible de distinguer, en pratique, les pourparlers de l'offre et de la promesse de contrat de travail. Cette donnée, par nature subjective, ne ressortira que de la rédaction même du document adressé par l'employeur au candidat.

**Les termes de ce document doivent ainsi être soigneusement pesés pour déterminer la nature exacte de l'acte que son auteur entend réaliser.**

## **II. La rupture de l'offre ou de la promesse de contrat de travail en période de covid-19**

Dans le contexte inédit d'un confinement lié à la pandémie Covid-19, qui suspend toute période de tournage notamment, les entreprises des secteurs de la production cinématographique et audiovisuelle doivent composer avec une donnée majeure qui leur est imposée : l'incapacité d'échanges physiques et ce, au moins jusqu'au 15 avril 2020. Il est hélas probable que ce délai soit prolongé.

Ce contexte pourrait-il justifier la rupture de l'offre ou de la promesse unilatérale de contrat de travail faite à candidat, notamment un intermittent du spectacle ?

Tout dépend de la situation présentée.

Si le candidat à l'embauche et l'employeur sont simplement entrés en pourparlers, avant ou pendant la période de confinement, sans formaliser par écrit les conditions d'une embauche (emploi, date d'entrée en fonctions, rémunération), il peut être considéré qu'ils ne sont pas liés. Par conséquent, ces pourparlers peuvent être librement rompus à tout moment.

Si l'employeur a adressé au candidat une proposition ferme écrite, par lettre ou e-mail par exemple, précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonctions :

- Il ne peut en principe se rétracter que si le candidat n'a pas encore reçu son offre, ou s'il ne l'a pas acceptée dans le délai qui lui était imparti pour le faire (par exemple

: « sans réponse de votre part dans un délai de 15 jours ... ») ou dans un délai considéré comme raisonnable.

- En revanche, si le candidat a déjà accepté la proposition, les parties sont en principe liées par un contrat de travail. La rupture unilatérale par l'employeur s'analyserait alors en un licenciement sans cause réelle et sérieuse si le contrat promis était à durée indéterminée (*Cass. soc. 15-12-2010 n° 08-42.951*), et en une rupture abusive si le contrat était à durée déterminée (*CA Aix-en-Provence 20-1-2012 n° 10-22931*). Elle ouvrirait donc droit à des dommages et intérêts pour le salarié.

A l'instar de la démonstration faite antérieurement sur la qualification de force majeure, il semblerait que les conséquences de la pandémie Covid-19 ne suffisent pas, à elles seules, à justifier devant un juge de la rupture d'une promesse unilatérale de contrat de travail et ce, pour deux raisons essentielles :

- D'une part, parce que les circonstances particulières légitimant la rupture d'une promesse unilatérale de contrat sont très peu admises par les juges.
- D'autre part, parce que les mesures prises par le Gouvernement pour soutenir l'emploi pendant la crise sanitaire actuelle sont importantes (activité partielle, report des cotisations, etc.). Cet engagement est du reste rappelé par le Ministère de la Culture au travers de sa FAQ ([ici](#)): « *Dans la mesure du possible et dans une démarche de solidarité professionnelle, il est recommandé aux employeurs d'honorer les promesses d'embauche, à l'instar des contrats signés qu'ils aient reçu début d'exécution ou pas* ».

A noter que la date de promesse unilatérale de contrat de travail importe peu dans les faits : le raisonnement précédemment développé trouvera application tant antérieurement que pendant la période de confinement.

**Nous préconisons ainsi aux employeurs ayant formalisé des promesses unilatérales de contrat de travail, même sous forme de CDD d'usage, d'honorer leurs engagements.**

Pour des raisons économiques que nous comprenons aisément, il faut insister sur la possibilité qu'ils détiennent de recourir à l'activité partielle, y compris avec des salariés embauchés par CDD d'usage.

Précisons que les employeurs ont également la possibilité de négocier, avec les salariés concernés, un report de la date de début d'exécution du travail afin de laisser passer la crise sanitaire, tout en permettant auxdits salariés de bénéficier d'une rémunération au titre de l'activité partielle.

Le report de la date d'exécution du travail pourrait se révéler opportune dans le cas de CDD d'usage à très courte durée. En effet, la mise en place de l'activité partielle permet, dès l'embauche, c'est-à-dire dès que l'acte vaut contrat de travail, de faire bénéficier les intéressés de l'activité partielle, ce dispositif n'étant pas soumis à une condition d'ancienneté des salariés.

**Pour des raisons pratiques toutefois, nous recommandons aux employeurs de faire signer les contrats de travail aux salariés concernés (en bonne et due forme), avant de diligenter la demande d'activité partielle.**

Nous profitons de ces développements pour vous rappeler également que l'état de crise sanitaire ne peut en aucun cas justifier une rupture de la période d'essai des salariés déjà embauchés (en CDI ou en CDD). En effet, l'essai a pour but de tester les capacités

professionnelles du salarié. Il ne peut donc être rompu que pour un motif lié aux aptitudes de l'intéressé : en aucun cas la rupture ne peut être décidée pour une autre cause, telle que des difficultés économiques ou une période de confinement faisant obstacle à la présence d'un salarié en tournage. Une telle rupture de l'essai risquerait d'être assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec toutes les conséquences indemnitaires qui en découlent.

A noter que le salarié actuellement en période d'essai peut être placé en activité partielle, au même titre que les autres salariés. Par ailleurs, si le salarié en période d'essai est placé en arrêt de travail, soit parce qu'il est atteint par le coronavirus, soit parce qu'il doit garder son enfant, ces causes de suspension du contrat de travail prorogeront l'essai pour une durée équivalente.

Vous espérant pleinement informée, nous restons à votre entière disposition pour échanger sur ces éléments et nous vous prions de croire, Chère Louise, en l'expression de nos salutations respectueuses.

**Élodie BRUNNER & Valérie GUICHARD**



Elodie BRUNNER  
Docteur en Droit  
Juriste

Tél: 01 53 53 63 60 - Fax: 04  
37 22 15 42  
24 Rue de Berri - 75008 PARIS  
[www.barthelemy-avocats.com](http://www.barthelemy-avocats.com)

Suivez-nous :  

Pour recevoir les dernières actualités sociales, inscrivez-vous à notre newsletter [ici](#)

*Afin de contribuer au respect de l'environnement, merci de n'imprimer ce mail qu'en cas de nécessité*

**CONFIDENTIEL / PRIVILEGED & CONFIDENTIAL**

*Cet e-mail contient des informations confidentielles protégées par le secret professionnel. S'il ne vous est pas destiné, nous vous remercions de le détruire immédiatement, sans le copier, ni révéler ou transmettre son contenu à quiconque.*

*This message contains privileged and confidential information. If you are not the named recipient of this message, please destroy it without reading, copying or disclosing its contents to any other person.*