

Le confinement et l'arrêt brutal des activités pour bon nombre d'entreprises, ou le passage massif en télétravail pour leurs salariés, ne sont pas sans conséquences, notamment en matière d'embauche... Voici quelques questions pratiques auxquelles nous répondons en l'état actuel du droit. Des réponses qui pourront évoluer en fonction du contenu des ordonnances annoncées par le gouvernement.

### Processus d'embauche en cours

Tant que le processus d'embauche est en cours et qu'aucune proposition d'embauche n'a été adressée au candidat, l'employeur est libre : il peut poursuivre le processus si son besoin existe toujours en dépit des circonstances, mais il faudra alors privilégier des moyens de communication à distance (visioconférence) pour tenir les entretiens.

La situation se corse un peu si une promesse unilatérale de contrat avait été adressée au candidat : cette promesse, qui précise notamment le poste, la rémunération et la date d'entrée en fonction souhaitée, engage l'employeur à partir du moment où elle est émise. Elle vaut donc contrat de travail et l'employeur ne peut se rétracter, sans quoi il engage sa responsabilité et peut être condamné à indemniser le salarié.

remarque: la jurisprudence opère désormais une distinction – subtile – entre promesse unilatérale de contrat et offre de contrat (Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-20.103) . Dans le cas de la promesse, il s'engage vis-à-vis du candidat à partir du moment où il l'émet. Dans le cas de l'offre et sauf abus manifeste, il a la possibilité de se rétracter dans le délai de réflexion accordé au candidat.

En cas de litige, ce sera au juge de déterminer s'il s'agit d'une offre ou d'une promesse.

Le contrat est déjà signé mais le salarié n'a pas encore pris son poste

Dans le cas où le candidat a été recruté et a signé son contrat de travail juste avant la mise en confinement mais avant sa prise de poste, il doit être traité comme les autres salariés de l'entreprise, c'est-à-dire prendre son poste en télétravail à la date convenue ou être placé en activité partielle à compter de celle-ci. La crise actuelle n'est pas, en tant que telle, un motif de rupture du contrat, sauf à engager une procédure de licenciement mais les circonstances actuelles la rendent difficiles en pratique, s'agissant notamment de la tenue de l'entretien préalable et de la notification du licenciement par lettre recommandée avec accusé réception. La préoccupation du gouvernement étant de limiter les ruptures de contrats, il n'est pas sûr qu'il clarifie ce point dans les ordonnances attendues suite à l'adoption de la loi du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de covid-19.

### Cas des salariés en CDD et des intérimaires

La crise actuelle est-elle un motif de rupture anticipée des CDD et des contrats d'intérim ? Ces contrats ne peuvent être rompus par anticipation que dans un nombre limité de situations (C. trav., art. L. 1243-1) dont la force majeure. La crise actuelle constitue-t-elle un cas de force majeure ? A ce stade, il nous semble que non : les CDD et les missions d'intérim doivent donc se poursuivre ou les salariés concernés être mis en activité partielle. Mais là encore, il faut attendre les ordonnances à venir pour voir si une adaptation des règles est envisagée.

Remarque: rappelons que la jurisprudence a toujours eu une approche restrictive de la notion de force majeure qui s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution (Cass. soc., 16 mai 2012, n°10-17.726). L'article 1218 du code civil qui reprend ces principes dispose « qu'il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

### Sort de la période d'essai

Se pose aussi la question des périodes d'essai en cours durant le confinement. Dans ce cas, si l'entreprise est passée en activité partielle, le salarié ne peut fournir de travail effectif durant la ou les journées chômées, son contrat de travail étant en effet suspendu durant cette période : la période d'essai doit logiquement être suspendue pour une durée équivalente, son terme étant repoussé d'autant.

Mais si le salarié travaille (dans l'entreprise, pour les secteurs autorisés) ou en en télétravail,

la période d'essai se poursuit normalement, même si, dans le cas du télétravail, la distance peut compliquer les choses.

En tout état de cause, rappelons que la période d'essai ne peut être rompue que pour un motif inhérent à la personne du salarié : si l'employeur justifie sa décision par les difficultés actuelles, cette rupture risquerait d'être assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec toutes les conséquences indemnitaires qui en découlent.

Mais il peut aussi, comme le lui permet la loi et à condition de respecter le délai de prévenance prévu, la rompre sans se justifier, le salarié disposant d'ailleurs de la même possibilité...attention toutefois car même si l'employeur n'a pas, en théorie, à justifier sa décision, le salarié pourrait produire en justice des éléments de nature à prouver que la rupture est en réalité liée à la crise actuelle et ainsi faire reconnaître qu'elle était abusive.

Marie Excoffier, Guides RH