

Offre vs promesse d'embauche: Quand l'employeur est-il contractuellement engagé ?

Par Astrid Brébant, collaboratrice droit social
et Marie-Emilie Rousseau-Brunel, associée droit social

24 février 2022

Des pourparlers ... au contrat de travail

Les échanges qui précèdent le recrutement sont des **pourparlers** qui **n'engagent pas les parties**

Quand les pourparlers deviennent-ils engageants pour l'employeur ?

➔ Tenant compte de la réforme du droit des contrats intervenue en 2016, la chambre sociale de la Cour de Cassation a modifié sa jurisprudence relative à la promesse d'embauche et **distingue désormais deux situations** (Cass. Soc., 21 septembre 2017, n°16-20.103) :

- L'offre de contrat** de travail (offre d'embauche)
- La **promesse unilatérale** de contrat de travail (promesse d'embauche)

➔ La **différence** entre ces deux notions réside dans :

- le **degré d'engagement** de l'auteur de l'offre ou de la proposition d'embauche, et
- les **conséquences indemnitaires en cas de rétractation irrégulière** de sa part

Offre vs Promesse : des concepts juridiques distincts...

→ Offre d'embauche

Acte par lequel un recruteur **propose un engagement** précisant **l'emploi, la rémunération, la date d'entrée en fonction** et **exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation**

- ☐ Nature juridique : **acte unilatéral** de l'employeur **nécessitant l'acceptation** du candidat pour former un contrat de travail

→ Promesse unilatérale d'embauche

Contrat par lequel un recruteur **accorde au bénéficiaire le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail** fixant **l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction** et pour la formation duquel ne manque que le **consentement du bénéficiaire**

- ☐ Nature juridique : **avant-contrat** de travail conférant au candidat **un droit d'option** dont seule la levée parachève la formation du contrat

... aux contenus similaires

➔ Un contenu obligatoire identique

- ❑ Dans les deux cas, le candidat doit se voir proposer avec précision les éléments essentiels du contrat de travail : **l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction envisagée**
- ❑ En l'absence d'un de ces éléments, la proposition ne peut être qualifiée d'offre ou de promesse d'embauche et vaut uniquement invitation à négocier dont la révocation n'ouvre pas droit à un dédommagement

➔ Un contenu facultatif indifférent : la mention d'un délai de réponse

- ❑ La mention d'un tel délai ne permet pas de différencier l'offre et la promesse qui toutes deux **peuvent être consenties pour une durée limitée**
- ❑ A défaut de délai de réponse mentionné dans l'acte :
 - ❑ La durée de la **promesse** est limitée **par la date prévue pour l'embauche** qui est obligatoirement mentionnée dans l'acte
 - ❑ La durée de l'**offre** est limitée à **un délai « raisonnable »** lequel est laissé à l'appréciation des juges du fond (au moins 15 jours)

En tout état de cause, l'offre devient caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue du délai raisonnable et, pour la promesse, à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à la date prévue pour l'embauche

Le critère de différenciation déterminant : la volonté d'engagement de l'auteur

A contenus identiques, **le critère de distinction** se situe dans **le degré d'engagement** de l'auteur

L'offre d'embauche exprime la **volonté** de son auteur **d'être lié en cas d'acceptation** alors que **la promesse d'embauche accorde** au candidat **le droit d'opter** pour la conclusion d'un contrat de travail

➔ **L'offre lie** son auteur **sous réserve de l'acceptation** du candidat alors que **la promesse** exprime la **volonté d'être engagé** par un contrat de travail dès son émission et indépendamment de l'acceptation du candidat

➔ La **promesse d'embauche** est **plus engageante** pour l'employeur et doit être consentie avec **précaution**, aux candidats dont le recrutement doit être sécurisé

La différence est **subtile** et, il convient, en pratique, d'être **vigilant dans la rédaction de l'acte** afin de ne pas lui donner une valeur juridique qui ne correspond pas à celle voulue

L'enjeu de la qualification : les effets de la rétractation par l'employeur

Enjeu de la qualification : les **conséquences indemnitaires** en cas de rétractation

- ➔ L'offre ou la promesse peuvent être **librement rétractées** tant **qu'elles ne sont pas parvenues à leur destinataire**
- ➔ Une fois parvenue au candidat :
 - ❑ L'offre **ne peut être rétractée** avant l'expiration du **délai fixé par son auteur** ou, à défaut, à l'issue du **délai raisonnable** précité
 - ❑ La **promesse d'embauche** fait naître **une obligation contractuelle** à l'égard du recruteur **qui perd le pouvoir de se rétracter** dans le délai laissé au candidat pour lever l'option

Dans les deux cas, l'employeur ne peut pas se rétracter dans le délai laissé au candidat pour répondre mais les conséquences indemnitaires d'une **rétractation irrégulière** diffèrent selon la qualification de l'acte :

- ➔ La rétractation irrégulière de l'offre **empêche la conclusion du contrat** → elle **engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur** et permet au candidat de solliciter des **dommages et intérêts en fonction du préjudice subi**
- ➔ La révocation irrégulière de la promesse **n'empêche pas la formation du contrat** en cas d'acceptation ultérieure par le candidat → elle produit les effets d'un **licenciement** (paiement du préavis et, le cas échéant, des dommages et intérêts pour **licenciement sans cause réelle et sérieuse** - l'indemnité de licenciement ne sera pas due, faute pour le candidat d'avoir l'ancienneté requise)
- ❑ Si la promesse d'embauche contenait une période d'essai, l'employeur ne peut éluder les conséquences ci-dessus en invoquant la rupture de la période d'essai, cette dernière étant sans effet faute d'exécution du contrat.

Les développements ci-dessus ne valent que si l'offre ou la promesse n'a pas encore été acceptée par le candidat : si l'offre ou la promesse est **acceptée avant sa rétractation, le contrat est formé** et sa **rétractation postérieure** vaut **licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Conseils / Points de vigilance

Pour limiter le risque d'une requalification d'une offre en promesse d'embauche, il est conseillé de :

- ➔ **Qualifier expressément l'acte d'offre d'embauche** dans son libellé/ contenu (et non pas de promesse d'embauche)
- ➔ **Assortir l'offre d'une condition de régularisation** du contrat dont les termes et conditions seront proposées par le recruteur
- ➔ **Assortir l'offre d'un délai** d'acceptation au-delà duquel, en l'absence de réponse du candidat, elle devient caduque
- ➔ **Privilégier l'emploi du conditionnel** plutôt que celui du futur ou du présent afin d'exprimer une possibilité et non un fait certain
- ➔ **Eviter l'emploi de termes trop engageants**, tels que « *nous vous confirmons votre embauche* », « *votre candidature a été retenue* » et utiliser des formules moins fermes, telles que « *nous vous proposons de vous engager* » ou « *nous vous soumettons une offre d'embauche* »
- ➔ **Préciser expressément que l'offre ne vaut pas contrat de travail** dont la formation est subordonnée à l'accord du candidat

Résumé

	Contenu	Conséquence de la rétractation avant acceptation du candidat	Conséquence de la rétractation après acceptation du candidat
Pourparlers/Négociation	Prise de contact / description du poste sans trop de précisions / fourchette de rémunération	Aucune	Aucune
Offre de contrat	Précise les éléments essentiels du contrat de travail Volonté du recruteur d'engager le candidat si ce dernier accepte	Domages et intérêts au regard du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité délictuelle	Paiement du préavis et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
Promesse d'embauche	Précise les éléments essentiels du contrat de travail Engagement ferme du recruteur Sécurise le candidat	Paiement du préavis et de dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse Si CDD : dommages et intérêts équivalents au montant des salaires dus jusqu'au terme du CDD	Paiement du préavis et de dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse Si CDD : dommages et intérêts équivalents au montant des salaires dus jusqu'au terme du CDD

VIVIEN & ASSOCIÉS

V&A

Vivien & Associés

AARPI

Bureau de Paris
3, rue de Montessuy
F – 75007 Paris

Vivien & Associés

Bureau de Bordeaux
110, rue Sainte Catherine
F – 33000 Bordeaux

Vivien & Associés Bruxelles

SRL

Avenue Louise 438
B – 1050 Bruxelles

www.va-fr.com