Le contrat de travail et la période d'essai

Lorsqu'un particulier employeur souhaite embaucher un salarié, il doit effectuer différentes modalités et notamment établir un contrat de travail.

1. L'établissement d'un contrat de travail

La formalité principale énoncée à l'article 41 de la convention collective de la branche du secteur des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile **consiste à rédiger un contrat de travail.**

La conclusion du contrat de travail est l'aboutissement d'une négociation entre le parent employeur et le salarié. Il expose de manière claire les conditions de travail et de rémunération.

Il est rédigé en deux exemplaires datés, paraphés et signés par le parent employeur et le salarié qui en gardent chacun un exemplaire.

Attention, un contrat de travail non signé par les deux parties n'est pas valable.

Des dispositions contractuelles moins favorables pour le salarié à celles figurant dans la convention collective ne peuvent pas s'appliquer. Les particuliers employeurs ne peuvent donc pas prévoir au contrat des dispositions moins favorables que les dispositions de la convention collective.

La convention collective prévoit que le contrat est rédigé soit à l'embauche soit à la fin de la période d'essai au plus tard.
Dans ce dernier cas, une lettre d'engagement doit être établie lors de l'engagement du salarié. Elle doit contenir certaines mentions et préciser la période d'essai. En effet, la période d'essai ne se présume pas. Elle doit donc être prévue par écrit soit dans le contrat de travail, soit dans la lettre d'engagement.

Concernant la rédaction du contrat obligatoire, **il existe une exception légale pour les salariés du particulier employeur déclarés via le Chèque emplois service universel (Cesu).**

La loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 entrée en vigueur le 11 mars 2023 est venue modifier l'article L1271-5 du Code du travail. Ainsi, depuis cette date, en cas de déclaration au Cesu, le contrat de travail écrit n'est pas obligatoire si la durée de travail du salarié n'excède pas trois heures par semaine au cours d'une période de référence de quatre semaines. Cette loi élargit donc désormais l'obligation de rédiger le contrat de travail.

Pour les emplois d'une durée supérieure, un contrat de travail est obligatoirement établi par écrit.

Toutefois, la FEPEM préconise de toujours rédiger un contrat de travail afin de formaliser les obligations respectives des parties et ainsi prévenir d'un contentieux.

L'avenant n°1 à la convention collective contient des modèles de lettre d'engagement et de contrat de travail à durée indéterminée.

Les clauses qui doivent obligatoirement figurer dans le contrat de travail sont notamment les suivantes :
- L'identification des parties ;
- La date d'embauche ;
- L'emploi occupé ;
- La durée de la période d'essai ;
- La durée de travail ;
- Le lieu de travail ;
- La rémunération ;
- Les jours fériés travaillés ;
- Le repos hebdomadaire ;
- Les congés payés.

Les parties doivent préciser au contrat les conditions particulières essentielles.

Si les parties n'ont pas conclu de contrat écrit au moment de l'embauche il est conseillé de régulariser la situation rapidement.

2. Deux types de contrats : CDI ou CDD

Le contrat de travail peut prendre la forme d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD) ou à durée indéterminée (CDI).

Le CDI est le contrat de droit commun, et le CDD est l'exception.
Les règles applicables au contrat à durée déterminée sont celles issues du Code du travail

Le CDD ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire (art L.1242-2 du Code du travail). Dans notre secteur, il peut s'agir du remplacement d'un salarié absent, d'un besoin temporaire clairement défini et exprimé au contrat ou de l'attente de l'entrée en fonction du titulaire du poste déjà recruté.

Le CDD peut être :

- **À terme imprécis**

Le terme imprécis signifie que la date exacte de fin du contrat n'est pas connue et ne peut donc être déterminée précisément dans le contrat. La fin du contrat est en fait un évènement *(par exemple le retour du salarié absent, titulaire du poste).*

- **À terme précis**

Le terme précis signifie que le contrat prend fin à une date fixe.

Le CDD obéit à un formalisme strict.

Il s'agit en principe d'un contrat écrit (article L.1242-12 du Code du travail. S'il n'est pas écrit, il est présumé être un contrat à durée indéterminée. Il doit comporter la définition précise de son motif.

Il doit comporter les mentions suivantes :
- Le nom et la qualification professionnelle du salarié remplacé en cas de CDD de remplacement ;
- La date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis ;
- La durée minimale pour laquelle il est conclu s'il ne comporte pas de terme précis.

Selon l'article L.1242-13 du Code du travail, le CDD doit être transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche.
Précision jurisprudentielle : le jour de l'embauche ne compte pas pour le calcul de ce délai de deux jours ouvrables (Cass. Soc., 29 octobre 2008 n°07-41842).

⚠ Le non-respect de ces dispositions relatives au motif de recours au CDD ou au contenu du CDD peut entrainer, à la demande du salarié, la requalification du CDD en CDI en cas de litige devant le conseil de prud'hommes.

Le non-respect du délai de transmission du contrat au salarié n'entraine pas, à lui seul, la requalification en CDI. En revanche, cela ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

Selon l'article L.1243-1 du Code du travail, sauf accord entre les parties, le particulier employeur ne peut rompre le CDD avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure, ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail.

De son côté, le salarié peut rompre le CDD avant l'échéance du terme s'il justifie de la conclusion d'un CDI (article L.1243-2 du Code du travail).

A l'issue du CDD, il convient de verser au salarié une prime de précarité correspondant à 10% des salaires bruts perçus au cours du contrat (sauf exceptions) à l'exclusion de l'indemnité compensatrice de congés payés.
Le particulier employeur doit également verser une indemnité compensatrice de congés payés (sauf si le salarié est déclaré au Cesu et que son salaire est majoré de 10% au titre des congés payés).

3. La période d'essai

La période d'essai permet aux particuliers employeurs d'évaluer les compétences de leurs salariés avant une embauche définitive. C'est également l'occasion pour le salarié d'apprécier si les fonctions proposées lui conviennent.

a. L'existence de la période d'essai

La période d'essai n'est pas obligatoire : un contrat de travail peut être conclu sans période d'essai. Le contrat est alors définitif dès le début de la relation de travail.

⚠ La période d'essai ne se présume pas.
Elle doit être expressément prévue dans une lettre d'engagement préalable à l'entrée en poste ou dans le contrat de travail à condition qu'il soit signé au plus tard le premier jour de travail.

A défaut, l'embauche est définitive dès le jour de l'entrée en poste.

b. La durée de la période d'essai

La durée de la période d'essai diffère selon que le salarié est embauché en contrat à durée indéterminée (CDI) ou déterminée (CDD).

En cas d'embauche en CDI, la période d'essai initiale est d'une durée d'un mois au maximum.
Elle peut être renouvelée une fois, sous réserve que le salarié ait été averti préalablement par écrit.

En cas d'embauche en CDD, la période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine de travail, dans la limite de :

- Deux semaines de période d'essai lorsque la durée initiale du contrat est au plus égale à six mois ;
- D'un mois pour un contrat d'une durée supérieure à six mois.

Lorsque le CDD est conclu sans terme précis (par exemple, pour le remplacement d'un salarié absent), la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

Quelle que soit la nature du contrat, la durée de la période d'essai se décompte en jours calendaires.
Par exemple : une période d'essai de deux mois débutant le 4 septembre 2020 se terminera le 3 novembre 2020 à minuit.

Le particulier employeur peut prévoir au contrat une durée moindre que celles susmentionnées.

A noter : la période d'essai est suspendue dans plusieurs cas : pendant les congés payés, les congés pour événement familial, les congés sans solde, un arrêt maladie ou accident du travail.

c. La rupture de la période d'essai

La rupture à l'initiative du particulier employeur ou du salarié est libre.

Aucun formalisme n'est prévu. Cependant pour des questions de preuve, il est vivement recommandé au particulier employeur qui souhaite mettre fin à la période d'essai de le faire par courrier remis en main propre contre décharge ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

De même, lorsque le salarié exprime oralement son souhait de rompre la période d'essai, il est recommandé à l'employeur de lui demander une confirmation écrite.

A noter, toutefois, que la rupture de la période d'essai à l'initiative du particulier employeur doit être fondée sur une cause inhérente à la personne du salarié et en lien avec le travail effectué. Par ailleurs, certaines situations de rupture de période d'essai sont soumises à des règles spécifiques ou demandent une vigilance particulière (rupture pour faute, rupture pendant un arrêt accident du travail/maladie professionnel, salarié inapte, ...).

Aucun délai de prévenance n'est applicable en cas de rupture de la période d'essai d'un salarié embauché en CDI. Le contrat de travail prend fin à la date de la notification de la rupture de la période d'essai.

En revanche, un délai de prévenance doit être respecté en cas d'embauche en CDD, lorsque la période d'essai est rompue par le particulier employeur.

Lorsque l'essai n'est pas concluant et que l'une des parties met un terme à celle-ci, le particulier employeur doit remettre au salarié les documents de fin de contrat suivants :

- Un bulletin de salaire ;
- Un reçu pour solde de tout compte ;
- Un certificat de travail :
- Une attestation France travail spécifique aux particuliers employeurs.