



tripalium.com

POIYCOPIES DE COURS

DROIT DU RECRUTEMENT

Bien qu'il n'existe aucune définition légale du *recrutement*, la doctrine (cf. Rapport Lyon-Caen sur les libertés publiques et l'emploi) a pu le définir comme *l'ensemble des actes évaluatifs préparant la conclusion d'un contrat de travail*. Ces actes ne peuvent être confiés qu'à des professionnels dont la qualification est attestée. Ils appartiennent à l'entreprise qui recrute ou à l'organisme auquel celle-ci, par mandat, a sous-traité les opérations d'évaluation et de sélection, le contrat de sous-traitance précisant les garanties assurées aux candidats.

Il convient d'entendre par opérations de recrutement « *tout recrutement opéré par un intermédiaire choisi par un employeur afin de l'assister dans le choix d'une personne extérieure pour un poste à pourvoir, ainsi que tout recrutement opéré directement par un employeur partie prenante dans le choix d'une personne extérieure pour un poste à pourvoir* » (Délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement)

Afin que les recruteurs ne se transforment pas en inquisiteurs, un cadre juridique a été donné au recrutement tant pour le choix des méthodes utilisées que pour l'exercice de la profession. Les recruteurs doivent de plus, dans leur sélection des candidats, tenir compte des obligations légales d'emploi et de réemploi de leur mandant compte tenu de la réglementation de l'emploi. Le cadre juridique du recrutement concerne tant le choix des méthodes que la profession de conseil.

DROIT A L'INFORMATION DES POSTULANTS A UN EMPLOI

Les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées :

- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

Lorsque de telles informations sont recueillies par voie de questionnaires, ceux-ci doivent porter mention de ces prescriptions. De plus, le candidat à un emploi doit être informé de *l'identité du responsable du traitement* ainsi que les finalités du traitement auquel les données sont destinées (article 10 de la directive 95-46 du 24 octobre 1995). Toute personne a le *droit de s'opposer*, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement (article 27 de la loi du 6 janvier 1978).

En conséquence la CNIL recommande aux chargés de recrutement :

- de prendre toutes les dispositions nécessaires pour *informer le candidat, dans un délai raisonnable, de l'issue donnée à sa candidature*, de la durée de conservation des informations le concernant ainsi que de la possibilité de demander la restitution ou la destruction de ces informations.
- d'informer les personnes dont les coordonnées sont enregistrées dans un fichier de candidats potentiels utilisé dans le cadre d'une activité par approche directe des dispositions de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978, *au plus tard lors du premier contact*.
- de recueillir l'accord du candidat préalablement à la transmission des informations nominatives à l'employeur, si l'identité de l'employeur n'a pas été précisée lors de l'offre de poste.
- d'informer dans le cas de collecte d'informations nominatives par le biais de connexions à distance, le

candidat à l'emploi *de la forme, nominative ou non, sous laquelle les informations le concernant seront éventuellement diffusées en ligne ou transmises aux employeurs.*

Le candidat doit également être préalablement informé de toute éventuelle cession d'informations avec d'autres organismes chargés de recrutement et être en mesure de s'y opposer. Les informations collectées ne peuvent être utilisées que pour la proposition d'emploi à l'exclusion de toute autre finalité, notamment de prospection commerciale.

Information sur les méthodes d'aide au recrutement :

Selon l'article L 121-7 du code du travail *“le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. (...) Les résultats obtenus doivent rester confidentiels. Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.”*

La CNIL recommande que l'information concernant les méthodes d'aide au recrutement employées soit dispensée *préalablement par écrit* sous une forme individuelle ou collective.

Droit d'accès et de rectification :

Tout candidat peut obtenir communication des informations le concernant (articles 34 et suivants, 45 de la loi du 6 janvier 1978, et L 121-7 du code du travail). En cas de contestation portant sur l'exactitude des informations, la charge de la preuve incombe au service auprès duquel est exercé le droit d'accès sauf lorsqu'il est établi que les informations contestées ont été communiquées par la personne concernée ou avec son accord.

La CNIL recommande que tout candidat soit clairement informé des modalités d'exercice du droit d'accès et puisse obtenir sur sa demande toutes les informations le concernant y compris les résultats des analyses et des tests ou évaluations professionnelles éventuellement pratiqués.

Le droit d'accès s'applique aux informations collectées directement auprès du candidat, aux informations éventuellement collectées auprès de tiers ainsi qu'aux informations issues des méthodes et techniques d'aide au recrutement. La communication des informations contenues dans la fiche du candidat soit effectuée par écrit, la communication des résultats des tests ou évaluations devant être faite par tout moyen approprié au regard de la nature de l'outil utilisé.

Sanctions

Les traitements automatisés d'informations nominatives effectués par les personnes chargées du recrutement doivent, préalablement à leur mise en oeuvre, faire l'objet respectivement d'une demande d'avis ou d'une déclaration ordinaire auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'omission de ces formalités préalables étant passible des sanctions prévues aux articles 226-16 à 226-24 du code pénal.

LE CONSEIL EN RECRUTEMENT

La profession de conseil en recrutement ne fait l'objet d'aucune réglementation. Si l'art. L.312-7 du code du travail prohibe le « *placement payant* » il ne concerne pas le recrutement. Les professionnels du recrutement sont tenus d'une obligation de confidentialité et doivent veiller à la licéité des méthodes utilisées.

Différence entre recrutement et placement

Par *placement*, il faut entendre : une activité d'intermédiaire entre les chercheurs d'emplois et les chercheurs d'employés.

Par *recrutement*, il faut entendre : une activité d'intermédiaire mandaté par un employeur afin de l'assister dans le choix d'une personne extérieure pour un poste à pourvoir. Si les conseils sont tenus d'obligations vis-à-vis de leurs clients et vis-à-vis des candidats, leurs clients doivent les informer de façon précise quant à l'emploi à pourvoir.

Obligation de confidentialité des chargés de recrutement

Le rôle du conseil en recrutement consiste à préciser en accord avec le client le profil que devra avoir le cadre dont la mission de recherche lui est confiée tant sur le plan des qualités techniques que sur celui des qualités personnelles.

Le conseil n'est tenu que d'une *obligation de moyen*. L'obligation de résultat implique qu'il ait la maîtrise de toutes les données relatives à la définition des postes à pourvoir et de la rémunération à offrir, ce qui n'est pas le cas. Le conseil a ainsi l'obligation :

- d'informer le client des difficultés particulières que peut présenter la recherche de certains types de candidats et l'obligation

- de vérifier les diplômes et les références du candidat (préjudice réel à l'employeur).

Le conseil doit donner des informations fiables sous peine d'engager sa responsabilité. (*le conseil assure que le candidat sera engagé à une date précise*). Le conseil s'oblige à la confidentialité des données recueillies et indiquer le caractère obligatoire ou facultatif des réponses, les conséquences d'un défaut de réponse, l'existence d'un droit d'accès et de rectification (*la durée de conservation des données nominatives ne doit pas dépasser celle de la mission de recrutement, sauf accord exprès de l'intéressé*).

Il est interdit, selon la CNIL, de constituer des fichiers par des moyens déloyaux, de collecter des informations confidentielles à l'insu du candidat et d'informer un employeur de la candidature d'un de ses employés. Il appartient au client de définir en relation avec le conseil les caractéristiques du poste à pourvoir. Le client doit décrire le contenu des tâches entrant dans le champ du poste, indiquer la rémunération allouée, établir le portrait du candidat idéal et collaborer avec le conseil afin de l'épauler dans sa tâche et le guider dans ses interrogations.

Les personnes chargées du recrutement sont tenues de s'engager vis-à-vis des candidats à prendre toutes précautions utiles afin de préserver la sécurité et la confidentialité des informations, quels que soient les tests, méthodes ou techniques utilisées. Cette obligation de confidentialité s'oppose à ce que des tiers à la procédure de recrutement puissent avoir directement ou indirectement connaissance d'informations recueillies à l'occasion d'une procédure de recrutement, sauf accord préalable des intéressés. Elle n'est pas opposable aux candidats (articles 29 et 45, de la loi du 6 janvier 1978 et L 121-7 du code du travail).

METHODES DE RECRUTEMENT

Les méthodes de recrutement et les questions posées doivent présenter un lien direct avec l'emploi, la publicité des offres d'emploi doit tenir compte du monopole de l'ANPE, les informations doivent être traitées selon la loi Informatique et libertés de 1978. La loi du 31 décembre 1992 a été à l'origine de l'art. L 120-2 qui postule que : « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. ». Cet article est complété par les art. L.121-7 et L.432-2-1 qui précisent que *le candidat à un emploi doit être expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement et d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard* (art. L.121-7) et que *le Comité d'Entreprise doit être informé, préalablement à leur utilisation des méthodes et techniques d'aide ou de recrutement utilisés* (art. L. 432-2-1). Les questionnaires, les informations et les questions permises ont donc été réglementées.

Prohibition des profils automatiques :

Aucune décision de sélection de candidature impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement informatisé donnant une définition du profil ou de la personnalité du candidat. *Une candidature ne peut être exclue sur le seul fondement de méthodes et techniques automatisées d'aide au recrutement et doit faire l'objet d'une appréciation humaine.*

La CNIL recommande que les outils d'évaluation automatisés à distance excluant toute appréciation humaine sur la candidature soient proscrits.

Licéité des méthodes de recrutement

Selon le ministère du travail et des affaires sociales les méthodes de recrutement doivent :

- ❑ D'une part, être conformes au « principe de validité scientifique » c'est à dire qu'elles doivent avoir fait la preuve de leur validité prédictive;

D'autre part, ne comporter aucune investigation portant directement sur la personne, c'est à dire sur sa vie privée, puisque seules les aptitudes professionnelles requises pour l'emploi sont objet de recherche.

la graphologie repose sur la correspondance entre l'écriture et les traits de la personnalité. La validité prédictive de cette méthode du point de vue de l'aptitude à l'emploi est proche de zéro aux dires des psychologues. De plus, cette technique renseigne non sur les capacités professionnelles mais sur la personnalité. Dans ces conditions si l'analyse graphologique est effectuée à l'insu du candidat, sur la base d'une lettre de candidature spontanée, par exemple, celui-ci peut saisir le juge civil *non de la décision d'embauche* (puisque l'employeur est souverain dans son choix), mais des moyens ayant conduit à la décision. Il a été jugé ainsi qu'*une lettre de demande d'embauche et un curriculum-vitae non écrits par le candidat mais par son épouse ne constitue pas un dol si l'employeur ne peut prouver que si la lettre de demande d'embauche et le curriculum-vitae avait été écrit de la main du salarié il n'aurait pas contracté. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté; le dol ne se présume pas et doit être prouvé (Cass. Soc. 5 octobre 1994 N°3531 P.).*

Pour ce qui concerne l'astrologie, les spécialistes de la psychologie du travail sont unanimes pour relever l'absence de toute validité de ce procédé. Au minimum le recruteur doit recueillir au préalable l'accord de la personne testée. Dans le cas contraire, le candidat pourra attaquer les moyens sur la base desquels l'employeur s'est fondé pour prendre sa décision d'embauche, en invoquant les dispositions de l'article 9 du code civil régissant la protection de la vie privée des personnes physiques.¹

Collecte d'informations

Nature des informations demandées

Le souci légitime de l'employeur de cerner la personnalité et les aptitudes de son futur salarié se heurte cependant à des limites, celles qui tiennent à la protection de la vie privée des candidats. L'art L.121.6 du code du travail précise que les informations demandées sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi doit y répondre de bonne foi. *Les omissions et inexactitudes du salarié lors de son embauche ne sont constitutives de faute justifiant son licenciement (ou le refus de recrutement) que si elles portent sur un élément déterminant pour la conclusion du contrat de travail.*

La réponse donnée par le salarié à la question posée par l'employeur ou la mention figurant dans le curriculum vitae doit non seulement avoir eu un rôle déterminant dans la conclusion du contrat, mais également être constitutive d'une manœuvre frauduleuse (cass. soc. 16 février 1999). Le contrat de travail d'une salariée ne peut être déclaré nul parce qu'elle a fait figurer dans son curriculum vitae la mention suivante «assistante de formation» d'une société alors qu'il s'agissait en réalité d'un stage de formation de 4 mois à la direction des études dans le service «formation linguistique» de cette entreprise. On ne peut en effet conclure de cette mention litigieuse, même si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, qu'elle était constitutive d'une manœuvre frauduleuse et que la relation salariale ne se serait jamais nouée. Lorsque la possession d'un titre ou d'un diplôme est obligatoire pour l'exercice d'une profession, la question de savoir si le consentement de l'employeur a été vicié ne se pose évidemment plus. Ainsi, si la possession du diplôme relevant d'une spécialité médicale manque à un salarié recruté pour exercer cette spécialité, l'employeur peut en ce cas considérer que le contrat est nul (un chirurgien recruté par une clinique dont on découvrirait après l'embauche qu'il ne possède que le diplôme de médecine générale, par exemple). Il en serait de même pour un expert comptable ou un avocat salarié.

Collecte licite d'informations

Certains conseils en recrutement n'hésitent pas à ajouter aux méthodes classiques de recrutement des questionnaires parfois insidieux, sans lien apparent avec l'emploi postulé. Des méthodes de recrutement ont été basées sur la numérologie, le thème astral. Certains questionnaires de recrutement se surpassent dans l'atteinte à la vie privée : il faut décrire l'état de santé des ascendants ou descendants, décrire l'épouse ou la sœur, préciser si l'on a des projets de mariage, préciser la profession des conjoints, ascendants, frères, sœurs. C'est pourquoi, dorénavant, les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.

Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance de l'intéressé (art L 121-8 du code du travail, art 25 de la loi informatique et libertés).

¹ Intérêts privés 530 février 1997 p 35

Au cours d'un recrutement ne peuvent être collectées que *les informations respectant la réglementation relative à la vie privée*, conformément à la réglementation en vigueur :

- ❑ article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978 : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. (...) Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».
- ❑ article 9 du code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».
- ❑ article L 120-2 du code du travail : «Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.»
- ❑ article L 121-6 du code du travail : «Les informations demandées sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Les informations doivent présenter un lien direct est nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi (...) est tenu d'y répondre de bonne foi.»

La *collecte de références auprès de l'environnement professionnel du candidat* (supérieurs hiérarchiques, collègues, maîtres de stages, clients fournisseurs ...) n'est pas contraire aux dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 dès lors qu'elle n'est pas faite à l'insu du candidat. Par contre, la collecte du nom et de l'adresse de références personnelles aux fins de diligenter une enquête dite « de moralité » serait excessive et contraire à la loi.

Collecte frauduleuse et illicite

La collecte de données, *par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite* (l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978). En conséquence, sont considérés comme illicites :

- ❑ l'utilisation d'annonces qui ne correspondrait pas à un poste à pourvoir, mais aurait pour seul objet de constituer un fichier de candidatures.
- ❑ le fait, par une personne chargée du recrutement, de porter à la connaissance d'un employeur la candidature de l'un de ses salariés sans l'accord exprès de celui-ci.

Il est interdit de collecter et de conserver (article 31 de la loi du 6 janvier 1978 et de l'article 6 de la convention 108 du Conseil de l'Europe), sauf accord exprès du candidat, des *données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales, les informations relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes*. L'accord exprès exigé par la loi qui doit être recueilli par écrit ne saurait, à lui seul, justifier la collecte de telles données si ces dernières sont dépourvues de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. Aussi *de telles informations ne peuvent-elles être collectées, sous réserve des interdictions légales, que lorsqu'elles sont justifiées par la spécificité du poste à pourvoir*.

Pour la CNIL , la collecte des informations suivantes est illicite :

- ❑ date d'entrée en France ;
- ❑ date de naturalisation ;
- ❑ modalités d'acquisition de la nationalité française ;
- ❑ nationalité d'origine ;
- ❑ numéros d'immatriculation ou d'affiliation aux régimes de sécurité sociale ;
- ❑ détail de la situation militaire : sous la forme « objecteur de conscience, ajourné, réformé, motifs d'exemption ou de réformation, arme, grade » ; adresse précédente ;
- ❑ entourage familial du candidat (nom, prénom, nationalité, profession et employeur du conjoint ainsi que nom, prénom, nationalité, profession, employeur, des parents, des beaux-parents, des frères et sœurs et des enfants) état de santé ; taille ; poids ; vue ; conditions de logement (propriétaire ou locataire); vie associative ; domiciliation bancaire ; emprunts souscrits.

Licéité des questions posées

Il ne peut en principe être demandé à un candidat ou à un salarié des renseignements portant sur son état de santé, sur sa vie sexuelle, sur son logement, sur la profession de ses parents ou du conjoint, sur les noms et les coordonnées de connaissances non professionnelles ou encore sur ses loisirs. Par contre, le recrutement achevé, des informations sur la vie familiale (nombre d'enfants) du nouveau salarié peuvent être utiles pour qu'il puisse bénéficier de prestations.

Questions licites

Sont licites les questions relatives à l'État civil du candidat, au relevé de notes, à l'extrait n°3 du casier judiciaire, aux antécédents professionnels, à l'existence d'une clause de non concurrence.

Questions relatives à l'État civil du candidat et à ses diplômes. Toute information inexacte ou mensongère caractérise un manque de loyauté de nature à justifier un licenciement pour faute grave, sous la condition expresse que la tromperie ait été un élément déterminant dans la conclusion du contrat de travail (diplôme indispensable pour l'exercice de la fonction). La tromperie n'est pas un élément déterminant si le candidat a simplement menti sur son grade militaire de réserve. Le salarié n'ayant pas l'obligation de faire état de ses antécédents judiciaires, son silence n'a pas de caractère dolosif. (Cass. soc. 25 avril 1990).

Questions relatives au relevé de notes. L'employeur est en droit de demander les différents postes occupés, les raisons de son départ et exiger les justificatifs correspondants. L'employeur peut interroger le candidat sur la formation qu'il a suivie et les diplômes qu'il a obtenus, et lui demander les justifications nécessaires (attestations, certificat de scolarité, etc.). Le relevé de notes n'est pas fondamentalement différent d'une attestation scolaire permettant de connaître le niveau d'un candidat dans les matières qui peuvent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé.

Questions relatives à l'extrait N°3 du casier judiciaire. La loi ne prévoit pas la production du casier judiciaire lors de l'embauche. Seul le salarié peut demander communication de l'extrait N°3 (le relevé intégral du casier ne peut jamais être délivré même à l'intéressé, seules les autorités judiciaires peuvent en prendre connaissance). L'employeur peut obtenir communication de l'extrait N°3 dans certains cas : Gardiennage et surveillance, Banque (art 18 de la CCN Banque). Il ne peut être reproché à un salarié de dissimuler lors de son embauche une condamnation pénale antérieure. Il n'existe pas en effet d'obligation de faire mention des antécédents judiciaires et le silence du salarié n'a donc pas de caractère dolosif (cass. soc. 25 avril 1990, BC V n° 186). Ce droit au silence peut être de nature à vicier le consentement de l'employeur dans certaines professions (convoyeurs de fonds par exemple).

Questions relatives aux antécédents professionnels.

Questions relatives à l'existence d'une clause de non concurrence. Le mensonge du salarié ou son silence peut constituer une faute grave pouvant justifier un licenciement sans préavis ni indemnité (Cass soc 14 décembre 1983 Havette c/Sataic Central Intérim).

Questions relatives à la situation matrimoniale. Il semble possible d'interroger un candidat sur sa situation matrimoniale ou sur le nombre de ses enfants. Cependant l'employeur n'a pas à savoir si une candidate est fiancée ou va se marier si ces circonstances sont sans rapport avec le travail.

questions illicites :

Sont illicites les questions relatives à la vie privée du candidat, à son origine sociale, à son état de grossesse, à ses convictions religieuses, à son affiliation syndicale, à son dossier scolaire.

Questions relatives à la vie privée du candidat. Selon l'art.9 du code civil, « chacun a droit au respect de sa vie privée ». De plus selon l'art. L 122-45 « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de son état de santé ou de son handicap » .

Questions relatives à la situation de famille. Un employeur ne peut pas, rompre la période d'essai d'une salariée suite à l'annonce de son mariage, en invoquant son silence sur sa situation de fiancée lors de son recrutement (cass. soc. I i mars 1 97 1, Sté Lyonnaise de Dépôts et de Crédit industriel c/ Courtia, BCV n° 216).

Questions relatives à l'origine sociale et ethnique du candidat ainsi qu'à ses mœurs. Ces questions tomberaient sous le coup de l'art. 225-1 du code pénal.

Questions relatives à l'état de grossesse. Selon l'art. L 122-25, alinéa 2 du code du travail, la femme candidate à un emploi de salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse. Le chef d'entreprise ne peut donc questionner une candidate à ce sujet.

Questions relatives à l'état de santé. La loi interdit de prendre en considération l'état de santé d'une personne pour refuser de l'embaucher (art. 225-1 du code pénal). *La visite médicale d'embauche a simplement pour but*

de vérifier l'aptitude physique du salarié à son emploi. Cette interdiction s'applique notamment aux candidats porteurs du virus du SIDA. Cependant le fait pour un candidat de dissimuler une maladie ou un handicap incompatible avec l'exercice du travail à effectuer constitue une faute justifiant son licenciement ultérieur. (Cass. soc. 23 février 1983, Peirani c/Entreprise Travaux et Régies). Le fait pour un salarié de ne pas déclarer à son employeur, lors de son embauche, qu'il bénéficiait d'une allocation pour handicapé ne constitue pas, par exemple, une faute grave, permettant de rompre avant terme un contrat à durée déterminée (cass. soc. 9 janvier 1991, n°9 D, Plaudin).

Questions relatives aux convictions religieuses. Toute question de ce type est formellement interdite, le silence sur ce point ne saurait être reproché (un prêtre ne révélant pas sa situation lors de son embauche, Cass soc 17/10/73). La Cour de cassation précise cependant que si l'employeur doit respecter les convictions religieuses du salarié, *celles-ci sont sans incidences sur l'exécution du contrat de travail, sauf clause contractuelle ou disposition d'ordre public contraire. L'employeur peut donc, sans commettre de faute, demander au salarié d'exécuter la tâche convenue.*

Peut-on affecter un salarié musulman au rayon boucherie ou il est en contact avec la viande de porc ?.

Oui, pour la cour de cassation. « S'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public. »

En l'espèce, un salarié demeurant à Mayotte, employé dans un magasin d'alimentation depuis huit ans, a été affecté au rayon boucherie comme boucher. Après deux années passées dans ce rayon, il s'est avisé être en contact avec de la viande de porc. Estimant que cette situation n'était pas compatible avec sa confession musulmane, il a demandé à son employeur de le muter dans un autre service. Suite au refus de celui-ci, il a cessé le travail et saisi le tribunal pour réclamer des indemnités de rupture et des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le tribunal ayant rejeté sa demande, il a fait appel. La cour d'appel fait droit à sa demande, estimant, d'une part, que l'employeur aurait dû respecter les croyances religieuses du salarié dans un territoire essentiellement voué à l'Islam et que, d'autre part, en l'affectant au rayon boucherie, l'employeur avait commis une faute en ne l'informant pas correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail. La Cour de cassation casse l'arrêt et pose le principe suivant :La Cour de cassation, comme la cour d'appel, relève en effet que le salarié avait accepté d'occuper le poste de boucher et qu'il n'avait jamais soutenu qu'une clause de son contrat de travail ou une disposition du statut local prévoyait qu'en raison de ses convictions religieuses il serait dispensé de traiter la viande de porc.Cass. soc. 24-3-98, Azad c/ Chamsidine.

Questions relatives à l'affiliation syndicale, aux opinions politiques, au montant des revenus.

Questions relatives au dossier scolaire. Le dossier scolaire étant un document personnel comportant des appréciations sur le candidat lui-même ou des renseignements confidentiels.

En revanche, l'employeur ne peut exiger du candidat qu'il fournisse son dossier scolaire. En effet, le dossier scolaire est un document personnel comportant des appréciations sur le candidat lui-même, parfois des renseignements confidentiels relatifs à son environnement familial et social, qui n'ont pas à être connus de l'employeur sous peine de porter atteinte à la vie privée du candidat (rép. Chauvierre, JO AN 6 mars 1987, p. 1486).

Comment la discrimination est elle sanctionnée dans le code pénal ?

Art. 225-1 du code pénal : Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les *personnes physiques* à raison de leur origine , de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les *personnes morales* à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'état de santé, du handicap, des mœurs, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

Art. 225-2 du code pénal : La discrimination commise à l'égard d'une personne physique ou morale est punie de 2 ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende (x 5) lorsqu'elle consiste : ... A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ... A subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'art. L.225-1

DUREE DE CONSERVATION DES INFORMATIONS DEMANDEES

Les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la Commission.

La CNIL recommande que le candidat ayant fait l'objet d'une procédure de recrutement, que cette dernière ait abouti ou non, soit informé de la durée pendant laquelle les informations le concernant seront conservées et du droit dont il dispose d'en demander, à tout moment, la suppression. En tout état de cause, la durée de conservation des informations ne devrait pas excéder deux ans après le dernier contact avec la personne concernée.

Ces recommandations sont applicables quelle que soit la forme sous laquelle les informations relatives aux candidats sont conservées, qu'il s'agisse de traitements automatisés d'informations nominatives ou de fichiers manuels ou mécanographiques.

REGLEMENTATION DE L'EMPLOI

Selon l'art. L 311-2 al.2 du code du travail tout employeur est tenu de notifier toute place vacante dans son entreprise au service public spécialisé pour le placement. Le placement est assuré par l'ANPE. *L'employeur n'est pas obligé d'aller au delà de la lettre du code.* Il peut se borner à signaler à l'ANPE la vacance d'un poste de travail sans être juridiquement tenu d'apporter aucune précision, ni sur le motif de la vacance, ni sur la qualification requise, ni sur le contrat de travail à conclure. e plus, l'obligation de notification concerne les seuls emplois que l'employeur veut pourvoir par l'intermédiaire d'organismes ou de moyens d'information extérieurs. Ce qui veut dire que *les postes vacants destinés à être pourvus par recrutement interne échappent à cette obligation.* L'obligation de notification n'implique pas pour l'employeur, celle d'accepter un des candidats proposés par l'ANPE. Cependant quelle que soit la personne embauchée, l'employeur doit dans les 48 h en informer le service de l'agence dont il relève.

La publicité des offres et demandes d'emploi est interdite, la diffusion de ces mêmes offres fortement réglementée et la collecte des données soumise à la loi Informatique et Libertés.

L'emploi est réglementé quant aux offres et demandes, quant au choix du salarié, quant au cumul et au débauchage, l'embauche elle même doit respecter un formalisme rigoureux (cf. DPAE). De fait, l'espace du travail clandestin se trouve circonscrit, le recours à la sous-traitance ne constituant plus une échappatoire au formalisme ambiant.

PUBLICITE DES OFFRES ET DEMANDES D'EMPLOI

Selon l'art. L. 311-4 al.1 du Code du travail *la publicité des offres et demandes d'emploi est interdite.* Cette interdiction est générale et pénalement sanctionnée. L'infraction peut être reprochée aussi bien à l'auteur de l'offre qu'à l'agence de publicité ou au cabinet de recrutement.

Exception : les emplois domestiques : les particuliers sont libres de laisser leurs annonces auprès des commerçants de leur quartier. La notion d'emploi domestique doit être interprétée au sens large. Elle concerne les emplois de femme de ménage, les emplois de proximité ou les petits « boulots »

La loi N°95-96 du 1^{er} fevrier 1995 relative aux clauses abusives dans les contrats prévoit dans son article 14 l'interdiction de la publicité pour les offres de services trompeuses concernant les offres d'emploi ou les carrières de manière à mieux protéger les demandeurs d'emploi. Cette interdiction concerne notamment le Minitel. Elle est sanctionnée par un emprisonnement d'un an et une amende de 250 000 F (art .L 631-4). Le contrôle des offres d'emploi et des offres de services est confié aux agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Si l'affichage des offres d'emploi à l'extérieur et à l'intérieur des entreprises est permis, la diffusion de ces mêmes offres est soumise à plusieurs obligations :

une obligation de forme : Les offres d'emploi peuvent légalement paraître dans des journaux gratuits. Leur publication dans la presse payante n'est possible que si le périodique n'a pas pour objet le placement par voie d'annonce et que plus de la moitié de la surface ne soit pas consacré à ces offres et demandes.

une obligation de langue française : Les offres publiées ne sauraient être rédigées en langue étrangère ou contenir des termes étrangers. Des exceptions sont admises lorsque la langue n'a pas son correspondant dans la langue nationale ou lorsque l'emploi est essentiellement proposé à des étrangers ou lorsqu'il est destiné à être occupé hors de France ou si la publication est rédigée en langue étrangère.

une obligation de communication : Toute offre d'emploi, qu'elle précise ou non l'employeur en cause doit être communiquée d'office par le directeur de la publication à l'ANPE. La communication est faite à l'occasion de chaque édition et au plus tard le jour de parution. L'offre qui paraît plusieurs jours de suite dans un intervalle n'excédant pas une semaine peut n'être communiquée qu'une fois. Les directeurs des publications sont pénalement responsables de l'obligation de communication. Lorsque l'offre est anonyme, l'employeur ou l'intermédiaire doit fournir au directeur de la publication tous renseignements permettant l'identification de l'annonceur. Ces renseignements peuvent être utilisés par l'ANPE.

Quelles annonces sont interdites ?

Sont prohibées :

- les annonces mensongères (allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur le candidat à l'emploi)
- les limites d'âge maximales art. L 311-4, al 5, 1° (ce qui est possible dans le public)
- les annonces discriminatoires (art. L 225-1). Il est donc recommandé d'utiliser des mots neutres (cadres H/F, personne chargée de ...)

Collecte des données

Pour essayer de contenir les abus, la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) s'appuie sur la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978, sur la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 « protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données personnelles » et sur le titre 5 de la loi Aubry du 31 décembre 1992. La portée de ce dernier texte est cependant limitée car il ne prévoit pas de sanctions. En conséquence , tout fichier doit être déclaré à la CNIL; il est interdit de recourir exclusivement à un système informatique pour sélectionner et recruter un candidat à un emploi. Le système informatique ne peut que servir d'aide, de complément à la décision finale qui devra être prise par une personne physique. Toute personne a le droit de connaître et contester les informations et raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés. La collecte de données opérées par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite. Quiconque collecte, notamment à l'insu d'une personne, des éléments de son écriture afin d'établir par exemple une *analyse graphologique* risque de tomber sous le coup de la loi et être puni d'une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20 000 F à 2 000 000 F ou de l'une de ces deux peines (art. 226-18 du code pénal). Les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des informations, de l'existence d'un droit d'accès et de rectification. L'employeur doit prendre toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité des informations nominatives contenues dans les questionnaires afin notamment d'empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés. L'employeur ne peut mettre ou conserver en mémoire informatique, sauf accord express de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement , font apparaître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales des personnes. Par exemple constitue une infraction à la loi du 6 janvier 1978 *la tenue d'un cahier sur lequel sont consignés, sans l'accord des intéressés, des renseignements sur les appartenances politiques ou syndicales d'employés ou de candidats à l'embauche d'une usine ainsi que des informations sur leur vie privée.* (TGI créteil, 10 juillet 1987).

Contraintes légales quant au choix du salarié

Si le choix du salarié est libre, il doit se faire en dehors de toute discrimination. Avant d'embaucher, l'employeur doit vérifier que le poste à pourvoir ne doit pas être proposé à un salarié bénéficiant d'un emploi réservé, d'une priorité d'emploi, d'un droit à réintégration.

Interdiction des discriminations à l'embauche

L'interdiction de toute discrimination à l'embauche résulte de nombreux textes :

- conventions 97 et 111 de l'O.I.T

- ❑ déclaration internationale des droits de l'homme
- ❑ convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
- ❑ directive communautaire du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement Hommes/Femmes.
- ❑ préambule de la constitution française
- ❑ art 225-1 du code pénal
- ❑ loi du 12 juillet 1990 sur les discriminations fondées sur l'État de santé ou le Handicap.

Sur le plan pénal, s'agissant d'un délit et non d'une contravention, l'infraction n'est caractérisée que si l'élément intentionnel est prouvé. L'employeur qui à l'issue d'un recrutement adresse à une candidate non retenue une lettre commençant ainsi : « parmi plusieurs candidatures nous avons préféré celles d'un homme qui a des qualifications comparables aux vôtres... » fait preuve d'une maladresse pas de discrimination sexiste, dès lors que la personne recrutée avait une expérience professionnelle jugée primordiale. Une compagnie aérienne ne peut refuser une candidature masculine à un emploi « d'hôtesse navigante » même dans le souci de satisfaire les préférences de la clientèle pour un personnel féminin (T. Corr. Morlaix , 20 janv. 1984). Il est interdit à un employeur de rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée (art. L 122-25 du code du travail). Cette dernière n'est pas tenue sous réserve du cas où elle demande le bénéfice des dispositions législatives et réglementaires concernant la protection de la femme enceinte de révéler son état. Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauche.

Emplois réservés

Les employeurs employant habituellement au moins 20 salariés sont tenus d'occuper un pourcentage d'handicapés de 6% de l'effectif salarié (ou payer une contribution à l'AGEFIPH). Sont concernés : les travailleurs reconnus handicapés par la COTOREP, les victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle dont l'incapacité permanente est au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente de sécurité sociale, les anciens militaires.

Priorité de réemploi

Bénéficient d'une *priorité de réemploi* après la rupture de leur contrat de travail : les jeunes gens libérés du service national qui n'ont pu être réintégrés; les personnes ayant moins d'un an d'ancienneté en congé postnatal; les salariés licenciés pour motif économique pendant un an.

Droit de réintégration

Bénéficient d'un *droit de réintégration* les salariés à l'issue de leur congés maternité, congé sabbatique, congé pour création d'entreprise, congé parental d'éducation et les victimes d'accidents du travail aptes à reprendre un emploi.

CUMUL D'EMPLOIS

Le cumul d'emplois n'est pas interdit. Cependant certaines limites existent dans le respect de certaines obligations.

S'il n'est pas interdit au salarié choisi de cumuler des emplois, ce cumul doit se faire dans le respect des contraintes légales et ne pas porter préjudice à un des employeurs en tenant compte des obligations de non-concurrence.

Un cumul d'emplois limité pour certaines catégories de salariés

Les fonctionnaires et agents publics ne peuvent pas travailler dans le secteur privé, certaines professions ne peuvent pas être salariées, des limites peuvent être inscrites dans les contrats. Dans tous les cas la durée maximale du travail doit être respectée. Les fonctionnaires et agents publics ne peuvent occuper un emploi privé rémunéré ou effectuer à titre privé un travail moyennant rémunération. Sont exclus de cette interdiction : les travaux d'ordre scientifique, littéraire ou artistiques ainsi que les concours apportés aux œuvres d'intérêt général, les travaux effectués sous forme d'une entraide bénévole, les travaux ménagers de peu d'importance

effectués chez des particuliers pour leurs besoins personnels, les travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures sauvetages. Un fonctionnaire en disponibilité ou ayant cessé ses fonctions ne peut exercer aucune activité professionnelle dans une entreprise privée si, au cours des cinq dernières années, il a été chargé soit de la surveillance ou du contrôle de cette entreprise, soit de la passation avec celle de marchés ou de contrats au nom de l'État. Les experts-comptables (loi du 31 octobre 1968), les administrateurs judiciaires (loi du 29 janvier 1985), les géomètres experts (loi du 7 mai 1946) ne peuvent exercer de travail salarié. Depuis le 1^{er} janvier 1992, les avocats et les conseils juridiques peuvent être salariés sous certaines conditions (loi du 31 décembre 1990).

Réglementation du cumul d'emplois

Certaines obligations inscrites dans le contrat de travail peuvent limiter la liberté du salarié, dans tous les cas le salarié doit respecter la durée maximale légale.

❑ Obligations contractuelles

Avec l'*obligation d'exclusivité* : le salarié s'engage à réserver à son employeur tout son temps de travail.

L'exercice de toute activité concurrentielle constituerait alors une faute grave justifiant un licenciement. Avec l'*obligation de fidélité* : le salarié ne peut, durant l'exécution du contrat de travail, exercer une activité concurrente de celle de son employeur même en l'absence de toute clause dans son contrat.

❑ Durée maximale du travail

Aucun salarié ne peut travailler au delà de la durée maximale du travail : 10 h par jour, 48 h par semaine ou 46 h en moyenne si l'on calcule sur une période de 12 semaines consécutives. L'art. L 324-3 du code du travail interdit de recourir aux services d'une personne qui contrevient aux dispositions relatives à la durée du travail. Des sanctions pénales (art. R 261-3,4,5,6 du code du travail) sont prévues : amendes de 5000 F par salariés pour non respect de la durée hebdomadaire ou quotidienne du travail, non paiement des majorations, dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires sans autorisation, dépassement de la durée de travail quotidienne de 8 h ou 39 h pour les jeunes de moins de 18 ans. Amendes de 10 000 F par salariés en cas de dépassement de la durée du travail effectif ininterrompu de 4 h 30 pour les femmes et les jeunes de moins de 18 ans .

Quelles modifications apporte la directive sur la protection des jeunes au travail au droit du travail français ?

Une directive du conseil de l' Union Européenne sur la protection des jeunes au travail donne aux Etats européens jusqu'au 22 juin 1996 pour se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions. Pour se conformer avec la directive, le code du travail devra prévoir que la durée du travail des enfants effectuant des travaux légers pendant les vacances scolaires passera à 35 h par semaine au lieu de 39 h, que le travail de nuit des enfants sera fixé sur une période allant de 20 h à 6h au lieu de 22 h à 6 h, que le repos continu sera de 14 h au lieu de 12 h, d'une pause obligatoire de 30 mn si après 4h 30 de travail (aucune pause n'est expressément prévue dans le code). Ces prescriptions sont minimales et ne doivent pas remettre en cause les dispositions plus favorables en vigueur actuellement.

Il appartient à l'employeur de s'assurer que le salarié n'exerce pas déjà une autre activité dont la durée rend la nouvelle embauche illicite. Cette vérification peut s'opérer par l'intermédiaire du questionnaire d'embauche ou auprès de l'Inspection du travail chargée de contrôler l'application des dispositions relatives au cumul d'emplois. (art. L 342-6 du code du travail). Le salarié en infraction s'expose à une mesure de licenciement pour cause réelle et sérieuse si la durée excessive est de nature à nuire à la bonne exécution du contrat.

Exemple : Une entreprise avertie par l'Inspecteur du Travail qu'elle se trouve en infraction avec l'article L.324-2 du code du travail pour avoir embauché à temps complet un salarié bénéficiant déjà d'un emploi l'occupant 139 h par mois peut valablement licencier ce salarié pour cause réelle et sérieuse (CA Paris 21 septembre 1983, Cardoso c/ Goupil).

Non concurrence

La liberté de travail est un droit mais le recrutement de salariés d'entreprises concurrentes peut être assimilé à du débauchage, des indemnités peuvent être dues du fait d'une clause de non concurrence.

Réglementation du débauchage de salariés

Un salarié peut donc, sauf clause de non concurrence insérée dans son contrat de travail, s'engager chez un autre employeur. La responsabilité du nouvel employeur peut être recherchée s'il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture; qu'il a embauché un salarié qu'il savait déjà lié par un contrat de

travail; qu'il a continué à occuper un salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Le débauchage de salariés peut constituer un *acte fautif de concurrence déloyale* dès l'instant où il a pour objet soit de permettre, par l'intermédiaire des personnes débauchées, de récupérer des informations commerciales ou techniques ou un savoir faire propre à leur ancien employeur, soit de désorganiser l'entreprise concurrente.

Clause de non concurrence

La *clause de non concurrence* insérée dans de nombreux contrats vise à interdire à un salarié l'exercice d'activités susceptibles de nuire à son ancien employeur. Cette clause est souvent incluse dans les contrats à durée indéterminée, dans les secteurs du commerce, des services, de certaines professions libérales comme les cabinets comptables.

Cette clause est *nécessairement contractuelle*, ainsi un contrat de travail dépourvu de clause de non concurrence ne peut être modifié par un accord d'établissement instituant une interdiction de concurrence ! (cass.soc.17/10/2000, N°98-42018).

Cette clause ne doit pas être confondue avec l'obligation de fidélité et de loyauté .

L'obligation de fidélité et de loyauté est une obligation à laquelle est soumis le salarié pendant la durée du contrat et finit le dernier jour de travail effectif, alors que la clause de non concurrence prend le relais dès la rupture du contrat de travail .

La clause ne constitue pas une prolongation de l'obligation dans le temps, il s'agit de deux notions différentes.

Si primitivement, la clause de non concurrence avait pour objet de protéger l'entreprise contre un dommage concurrentiel sur le marché des produits et services, elle est de plus en plus appliquée à des salariés qui n'ont pas les moyens de contribuer à un détournement de clientèle. L'objet de la clause devient dès lors un procédé de captation de main d'œuvre sur le marché du travail en dissuadant le salarié de démissionner pour accéder à des postes plus intéressants pour lui. La clause n'en reste pas moins licite, elle doit prévoir une indemnité compensatrice et des dommages et intérêts . Son exécution forcée peut même être demandée . La jurisprudence impose le respect de certaines conditions.

Conditions

la clause de non concurrence ne doit pas faire échec au principe de la liberté du travail, elle doit : être limitée dans le temps; être limitée dans l'espace; être limitée quant aux activités exercées et laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre. Le fait qu'une clause de non concurrence aboutisse à interdire à un chef d'agence intérimaire de reprendre du travail dans cette branche n'entraîne pas sa nullité, dès lors qu'il n'est pas établi que le salarié a une spécialisation telle dans l'activité de cette entreprise qu'il ne conserve pas la possibilité d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation et ses connaissances dans un domaine autre que celui des entreprises de travail intérimaires (Cass. Soc. 2 juillet 1981).

Pour être valable la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Ainsi, l'imposition d'une clause de non concurrence à un salarié non qualifié n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Le fait de laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement son métier est jugée la plus importante.

Un salarié, exerçant l'emploi de laveur de vitres dans une entreprise de nettoyage, était lié par une clause de non concurrence portant sur une durée de quatre ans et un secteur comprenant le département de son employeur et les départements limitrophes. Ayant démissionné, il est immédiatement embauché par une entreprise concurrente située dans la même ville. Son ancien employeur l'assigne en justice pour violation de la clause de non concurrence, en faisant valoir que cette clause était licite puisque limitée dans le temps et dans l'espace, et qu'elle ne mettait pas le salarié, qui exerçait d'ailleurs initialement la profession de boucher, dans l'impossibilité de gagner sa vie. Les juges ont néanmoins estimé que la clause de non concurrence est illicite, et la Cour de Cassation les approuve « ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause » (Cass.soc. 14-5-92, Ets Marietta c/Soulhiol).

La notion de *l'intérêt légitime* a été réaffirmée à de nombreuses reprises par la cour de cassation, ainsi une clause de rachat conférant au salarié la faculté d'être libéré de son obligation avec l'accord de l'employeur et moyennant le versement d'une somme forfaitaire apporte la preuve que la clause n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur « *attendu que pour être valable, la clause de non concurrence*

doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise qui en bénéficie » (cass.soc., 7 avril 1998, N°95-42.495).

Indemnité de non concurrence

L'indemnité compensatrice prévue par certaines conventions collectives n'était qu'une indemnité facultative jusqu'à la série d'arrêts rendus le 10 juillet 2002.

Dans plusieurs affaires rendues le même jour la cour de cassation affirme la nécessité d'une clause financière « *Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* »

Il convient de rappeler que l'employeur peut libérer dans certains le salarié de sa clause de non concurrence, l'indemnité n'étant plus alors due.

Si la clause de non-concurrence comporte une *contrepartie pécuniaire*, l'employeur doit renoncer à son bénéfice dès le moment de la rupture, peu important qu'un avenant au contrat de travail ait prévu expressément cette faculté à la convenance de l'employeur (Cassation, chambre sociale, 26février 1997, n° 960 D.)

La renonciation intervenue ultérieurement n'est pas valable. En l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles et lorsque le salarié est dispensé d'exécuter son préavis, il convient de retenir que la renonciation doit intervenir au moment de la notification de la rupture (notification du licenciement).

Il est parfois admis un délai très court pour la renonciation : 8 jours pour la convention collective nationale de la métallurgie. Ces délais sont impératifs, l'employeur ne pourrait, par exemple, invoquer la nullité de la clause de non concurrence (absence de limitation géographique) pour ne pas régler l'indemnité (cass soc. 3 mai 1989, SA Erca c/Guillot).

Clause pénale

Le concurrent qui embauche en violation d'une clause de non concurrence commet un acte de concurrence déloyale. Le salarié peut être condamné à verser des dommages et intérêts qui peuvent être fixés dans une clause pénale figurant au contrat de travail. Le montant de la clause pénale peut faire l'objet d'une révision judiciaire. *L'art. R. 516-31 du Code du travail dispose que la formation de référés du Conseil de prud'hommes peut même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent. L'intervention préventive du juge des référés peut être justifiée par le détournement de clientèle.*

FORMALISME PREALABLE A L'EMBAUCHE

Certains emplois nécessitent une autorisation préalable . Il en est ainsi des étrangers, des emplois supprimés dans le cadre d'une convention de préretraite ASFNE ou des contrats de retour à l'emploi après un licenciement. Que l'autorisation de travail soit ou non nécessaire, les obligations communautaires doivent être respectées et la DPAE remplie. Le gestionnaire du personnel doit enfin administrer l'embauche et effectuer certaines déclarations.

Formalisme quant à l'emploi des étrangers : l'autorisation de travail

Il faut distinguer suivant que l'étranger provient de l'union Européenne ou d'un pays hors UE.

Un étranger (hors UE) ne peut travailler en France qu'après avoir obtenu une autorisation de travail (art. L 321-4 du code du travail).Il est donc interdit à toute personne d'employer ou de conserver pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée. Le fait qu'un salarié étranger régulièrement embauché n'ait plus été autorisé à poursuivre l'exécution de son contrat de travail, faute de prolongation de son autorisation, n'a pas pour effet de rendre nul son contrat de travail. Aussi, l'employeur qui estime que cette interdiction de travailler doit entraîner la rupture immédiate du contrat et non sa suspension, eu égard aux possibilités de régularisation de l'intéressé, doit procéder au licenciement de ce dernier.(C.A. Paris, 8 novembre 1995.)

Les ressortissants de l'UE bénéficient de la libre circulation à travers la France et du libre accès au travail. Dans

les trois mois de leur arrivée, ils doivent demander une carte de séjour de ressortissant d'un Etat membre de l'UE qui porte la mention « travailleur salarié, dispensé d'autorisation ». Des dispositions particulières sont applicables aux Algériens, Centrafricains, Togolais, Gabonais, Monégasques, Andorrans et aux réfugiés et apatrides.

Quelle est la réglementation applicable aux ressortissants communautaires séjournant en France ?

Un décret du 23 septembre faisant suite à la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France précise la réglementation applicable aux ressortissants communautaires pour les durées de validité des cartes de séjour.

a) Validité de la carte de séjour lors de la 1^{ère} délivrance :

- ❑ 10 ans, pour : les bénéficiaires du droit de s'établir en France pour exercer une activité non salariée ; les ressortissants venant en France occuper un emploi salarié autre que temporaire ou saisonnier ; les ressortissants ayant exercé en France une activité salariée ou non-salariée, lorsqu'ils ont atteint, au moment où ils cessent leur activité, l'âge prévu pour faire valoir leurs droits à une pension de retraite ; les travailleurs atteints d'une incapacité permanente de travail ; les travailleurs frontaliers résidant en France ; les conjoints de Français ; les membres de la famille.
- ❑ 5 ans, pour : les ressortissants qui ne bénéficient pas du droit de séjour, à condition qu'ils disposent pour eux-mêmes et leur famille d'une assurance maladie et maternité et de ressources suffisantes ; les retraités ou pensionnés qui disposent pour eux-mêmes et leur famille d'une assurance maladie et maternité et de ressources suffisantes.
- ❑ 1 an, pour : les étudiants et leur famille, la durée du séjour étant limitée à la durée de la formation si celle-ci est inférieure à un an.

b) Conditions de renouvellement de la carte de séjour

- ❑ Renouvelable de plein droit et validité permanente pour : les bénéficiaires du droit de s'établir en France pour exercer une activité non salariée ; les ressortissants venant en France occuper un emploi salarié autre que temporaire ou saisonnier ; les ressortissants ayant exercé en France une activité salariée ou non-salariée, lorsqu'ils ont atteint, au moment où ils cessent leur activité, l'âge prévu pour faire valoir leurs droits à une pension de retraite ; les travailleurs atteints d'une incapacité permanente de travail ; les travailleurs frontaliers résidant en France ; les conjoints de Français ; les membres de la famille du travailleur ; à condition qu'ils soient originaires de pays accordant la réciprocité aux ressortissants français. Si cette condition n'est pas remplie, la validité de la carte de séjour sera limitée à 10 ans. (Italiens, les Espagnols et les Portugais.)
- ❑ Renouvelable 5 ans pour : les ressortissants et les membres de leur famille qui ne bénéficient pas du droit de séjour, à condition qu'ils disposent pour eux-mêmes et leur famille d'une assurance maladie et maternité et de ressources suffisantes ; les retraités ou pensionnés et les membres de leur famille qui disposent pour eux-mêmes et leur famille d'une assurance maladie et maternité et de ressources suffisantes. -Renouvelable 1 an pour : les étudiants et leur famille. A signaler toutefois que les travailleurs frontaliers travaillant en France et résidant hors de France sont dispensés de l'obtention d'une carte de séjour. D. no 94-211 du 11-3-94 : JO 13-3-94 modifié par Décret no 98-864 du 23-9-98 : JO 27-9-98).

L'employeur qui ne respecterait pas ces dispositions pourrait se voir infliger deux types de sanctions : des sanctions administratives (contribution à l'OMI²), des sanctions pénales. Le fait d'engager ou de conserver à son service un étranger dans une profession ou une zone géographique autres que celles mentionnées sur son titre de séjour est puni d'une amende 3000 euros. L'embauche d'un travailleur étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, la violation du monopole de l'OMI en matière de recrutement de travailleurs étrangers sont punis de 3 ans d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende.

Quels étrangers sont dispensés de l'autorisation de travail ?

Tout étranger désirant exercer sur le territoire français une activité professionnelle doit être titulaire d'une *autorisation de travail*, ainsi que d'un *visa* d'entrée lorsqu'il est requis eu égard à sa nationalité. En sont dispensés les ressortissants des Etats avec lesquels la France est liée par convention bilatérale et les ressortissants communautaires. *Les ressortissants non communautaires employés régulièrement* (autorisation de

² Le montant de la contribution forfaitaire à l'OMI est fixé pour l'année 1997 à 4 150 F pour les salaires inférieurs ou égaux à 10 000 F et 8 400 F pour les salaires supérieurs à 10 000 F (D.n°97-400, 22 avril 1997).

séjour à titre permanent) et *habituellement par des entreprises communautaires qui sont détachés en France sont dispensés d'autorisation de travail* (arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 9 août 1994 - Van der Elst, Aff. C-43-93).

Le contrat de travail d'un étranger employé sans titre est nul pour l'avenir. C'est une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur devra cependant les rémunérations, la remise des bulletins de paie et le paiement des cotisations sociales depuis le premier jour de l'embauche. (art. L.341-6 du code du travail) ainsi qu'une indemnité minimum de six mois de salaire.

Une entreprise belge doit-elle demander une autorisation de travail pour ses salariés marocains exécutant une prestation en France ?

Faut-il une *autorisation de travail* pour des salariés non communautaires détachés en France par une entreprise de droit communautaire venue exécuter une prestation de service sur le territoire français ? A défaut, faut-il respecter certaines conditions ? Qu'en serait-il si l'entreprise de travail temporaire était extra-communautaire ?

Dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (arrêt Van der Elst du 9 août 1994) la France a été condamnée pour avoir imposé une autorisation de travail à des salariés marocains régulièrement employés par une entreprise belge venue exécuter une prestation de service sur le territoire français. Cette solution a servi de cadre pour fixer le régime juridique des salariés non communautaires détachés en France par une entreprise de travail temporaire établie dans un pays membre de l'Union Européenne . Si la France ne peut s'opposer à la venue sur son territoire d'un salarié ressortissant d'un Etat tiers employé par une entreprise de travail temporaire régulièrement implantée sur le territoire de la communauté , elle peut imposer certaines conditions :

1. L'entreprise de travail temporaire qui effectue le détachement doit respecter l'intégralité du décret du 11 juillet 1994 sur le droit applicable aux entreprises de travail temporaire établies dans l' Espace Economique Européen et mentionner le motif du recours au travail temporaire, le terme de la mission où la durée minimale, les caractéristiques du poste du travail, la qualification professionnelle exigée, le lieu de mission et l'horaire de travail, la nature des équipements de protection individuelle, le montant de la rémunération. Les règles générales du droit français relatives à la durée des missions, aux cas de recours, à la période d'essai et à l'aménagement du terme de la mission sont applicables. Les salariés détachés doivent bénéficier des mêmes droits que les autres salariés occupés dans des établissements français.
2. Le salarié doit être en conformité avec les dispositions relatives à l'emploi de salariés étrangers dans le secteur de l'intérim dans l'Etat d'origine de l'entreprise (autorisation de travail ou document équivalent).
3. Le salarié doit être en conformité avec les dispositions de police applicables aux ressortissants non communautaires sur le territoire français (un visa si la formalité est exigée).
4. L'employeur devra prouver que le salarié retournera dans son Etat d'origine à l'issue de l'exécution de la prestation (engagement de le rapatrier dans le contrat à durée indéterminée par exemple) puisque le salarié non communautaire n'a pas vocation à accéder au marché de l'emploi français.

Remarque : si l'entreprise de travail temporaire est extra-communautaire, elle ne bénéficie pas de la liberté de prestations de services.(circulaire DRT 94/18 du 30 décembre 1994)

Obligations communautaires

La directive N° 91/533/CEE du 14 octobre 1991 adoptée par le conseil des communautés européennes a généralisé l'obligation pour tout employeur de mentionner par écrit dès le *30 juin 1993* les éléments essentiels de la relation de travail avec le salarié. Le texte communautaire prévoit que tout travailleur exerçant une activité salariée dépassant *8 heures* de travail par semaine et ne disposant pas d'un contrat de travail constaté par écrit ou d'une lettre d'engagement renvoyant à une convention collective ou à une autre réglementation facilement accessible, soit obligatoirement destinataire d'une déclaration de l'employeur contenant les éléments essentiels suivants : identité des parties, lieu du travail ou, en cas de mobilité du salarié, siège de l'entreprise, titre, grade ou catégorie d'emploi, durée de la relation de travail, temps de travail, congés payés, rémunération, régime de sécurité sociale, conventions collectives applicables.

Il est également prévu que lorsque les travailleurs salariés seront amenés à exercer leur emploi dans un autre pays, la déclaration spécifie également la durée de déplacement, les devises de paiement des salaires et le cas échéant les conditions de rapatriement. *La déclaration de l'employeur devra, au plus tard, être remise deux mois après le début du travail. De même toute modification des éléments initialement convenus devra faire l'objet d'un écrit dans les plus brefs délais et au plus tard un mois après sa date de prise d'effet.* Les dispositions nationales portant transcription de la directive devront s'appliquer aussi bien pour les contrats nouveaux que pour les contrats en cours si le salarié en fait la demande. L'absence de réponse de l'employeur

dans les quinze jours d'une mise en demeure préalable par le salarié permet tous les recours judiciaires. La mise en demeure préalable ne pourra être exigée pour les salariés détachés à l'étranger, les intérimaires ou les salariés non couverts par une convention collective.

La directive communautaire N° 91/533/CEE a-t-elle été transcrite en droit français ?

Le droit français a été jugé satisfaisant. En délivrant au salarié une copie de la déclaration préalable à l'embauche qu'il adresse à l'URSSAF et en établissant régulièrement des bulletins de paie, *l'employeur français satisfait aux obligations communautaires*. Ainsi le décret N°94 761 du 31 août 1994 qui porte transcription de la directive ne fait qu'ajouter un dispositif suivant lequel le bulletin de paie doit comporter obligatoirement « l'intitulé de la convention collective applicable au salarié ou, à défaut, la référence au code du travail pour les dispositions relatives à la durée des congés payés et du préavis.

En réponse à plusieurs questions préjudicielles posées par une juridiction allemande sur l'interprétation de la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, « relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail » (JOCE n° L. 288 du 18-10-91), la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a dit pour droit :

- ❑ que la communication visée à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 91/533, en tant qu'elle informe le travailleur sur les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail, et en particulier sur les éléments visés à l'article 2, paragraphe 2, sous c) (titre, qualité ou catégorie d'emploi du travailleur), est *revêtue d'une présomption de vérité* comparable à celle qui s'attacherait, dans l'ordre juridique interne, à pareil document établi par l'employeur et communiqué au travailleur. *L'employeur doit cependant être admis à apporter toute preuve contraire en démontrant soit que les informations contenues dans ladite communication sont fausses en elles-mêmes, soit qu'elles ont été démenties par les faits ;*
- ❑ que l'article 2, paragraphe 2, sous c), de la directive 91/533 peut être invoqué directement devant les juridictions nationales par les particuliers à l'encontre de l'État et de tout organisme ou entité soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers, soit lorsque l'État s'est abstenu de transposer dans les délais prescrits la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte. L'article 2, paragraphe 2, sous c), ii), de la directive 91/533 (permettant la caractérisation ou la description sommaire du travail effectué) s'oppose à ce qu'un État membre, transposant cette disposition, permette à l'employeur de limiter, dans tous les cas, l'information à communiquer au travailleur à la seule dénomination de son activité ;
- ❑ que l'article 9, paragraphe 2, de la directive 91/533 (relatif à l'effectivité de l'information pour les contrats en cours à la date d'entrée en vigueur des mesures de transposition) doit être interprété en ce sens *qu'il ne s'oppose pas à ce que les États membres puissent dispenser l'employeur de l'obligation d'informer par écrit le travailleur des éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail, même à la demande de ce dernier, lorsqu'un document ou un contrat de travail établi antérieurement à l'entrée en vigueur des mesures de transposition de la directive fait déjà mention de tels éléments.* CJCE 4-12-97, affaires jointes C-253/96 à C-258/96, Kampelmann et a. c/ Landschaftsverband Westfalen-Lippe et a.

Le droit français ne paraît pas conforme à l'article 5 de la directive qui prévoit que toute modification des éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail – qu'elle soit ou non d'origine économique – doit faire l'objet d'un document écrit remis par l'employeur au salarié au plus tard dans *le mois suivant la date de prise d'effet de la modification concernée*.

Déclaration Unique d'Embauche(DUE)

Depuis le 6 avril 1998 (sauf pour les entreprises de travail temporaire - Décret n° 98-252 du 1-4-98 JO 4-4-98), la déclaration unique d'embauche (DUE) est désormais obligatoire. Cette procédure permet à l'employeur d'effectuer sur un support unique un certain nombre de déclarations ou formalités requises en cas d'embauche.

La DUE concerne tout employeur qui embauche un salarié relevant du régime général de la Sécurité sociale ou du régime des salariés agricoles, à l'exception des particuliers employeurs ; des employeurs autorisés à recourir à une formule déclarative spécifique en application de dispositions particulières.

La DUE se substitue aux formalités suivantes :

- ❑ demande d'immatriculation de l'employeur à la Sécurité sociale pour la première embauche (pour un salarié non agricole) ;
- ❑ demande d'immatriculation du salarié à la Sécurité sociale (s'il s'agit d'un salarié non agricole) ;

- ❑ demande d'affiliation de l'entreprise à l'assurance chômage pour une première embauche ;
- ❑ déclaration nominative préalable à l'embauche d'un salarié du régime général ;— demande d'adhésion à un service de médecine du travail ;
- ❑ déclaration d'embauche du salarié auprès du centre de médecine du travail en vue de la visite médicale obligatoire ;
- ❑ déclaration à l'URSSAF liée à une demande d'exonération des cotisations patronales pour l'embauche d'un premier salarié ;
- ❑ demande de bénéfice de taux réduits de cotisations d'assurance sociale agricole pour les salariés agricoles occasionnels ou demandeurs d'emploi en agriculture.

L'employeur peut aussi (à titre facultatif) effectuer sur la DUE :

- ❑ la déclaration destinée à l'affiliation des salariés agricoles aux institutions de retraite complémentaire et de prévoyance visées à l'article 1050 du Code rural ;
- ❑ la déclaration d'embauche de travailleur temporaire, jusqu'à ce qu'elle soit rendue obligatoire par décret à paraître.

La DUE doit être adressée à l'URSSAF du lieu de l'établissement devant employer le futur salarié :

- ❑ par télématique ou échange de données informatisées dans les conditions fixées par un arrêté ministériel à paraître ;
- ou par envoi (postal ou télécopie) d'un formulaire daté et signé par l'employeur.

Lorsque la DUE constitue le support de la déclaration préalable à l'embauche, elle doit être remplie avant toute embauche et, au plus tôt, 8 jours avant celle-ci.

L'indisponibilité de l'un de ces deux moyens techniques ne dispense pas l'employeur de son obligation de déclaration. La DUE vaut déclaration auprès de l'URSSAF ou demande auprès de l'administration, du service ou de l'organisme intéressé dès lors qu'elle est régulière et complète. L'URSSAF transmet les renseignements portés sur la DUE à chaque administration et organisme concernés par l'une ou l'autre des déclarations citées ci-dessus, selon des modalités fixées par convention entre l'ACOSS et ces organismes. L'URSSAF conserve les données portées sur la DUE pendant un délai de six mois suivant la date de leur réception.

La DPAE - déclaration préalable à l'embauche

La déclaration préalable à l'embauche auprès des organismes de sécurité sociale (DPAE) est issue d'un nouvel article L 320 du code du travail qui impose comme préalable à toute embauche d'un salarié une déclaration nominative auprès des organismes de protection sociale. Cette déclaration doit contenir les mentions suivantes :

dénomination sociale ou nom et prénom de l'employeur (code APE ou code NAF, N° SIRET, N° URSSAF),
adresse de l'employeur et, éventuellement de l'établissement auquel sera rattaché le salarié, nom et prénoms du salarié, nationalité du salarié et, s'il est étranger, le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail, numéro national d'identification du salarié ou, à défaut, date et lieu de naissance, date et heure d'embauche.

La déclaration peut être faite au choix de l'employeur , au plus tôt dans les huit jours précédant la date prévisible de l'embauche par télécommunication ou télématique (36 14 DPAE), par lettre datée et signée de l'employeur et postée au plus tard le dernier jour ouvrable précédant l'embauche le cachet de la poste faisant foi.

Dans les 5 jours ouvrables suivant la réception de la déclaration, l'URSSAF adresse à l'employeur un document accusant réception de la déclaration et mentionnant les informations enregistrées. Ce document comporte un volet détachable destiné à être remis au salarié sans délai . L'employeur dispose de deux jours ouvrables pour contester les informations figurant sur le document. Les documents doivent être présentés à toute réquisition des agents de contrôle tant que le salarié n'a pas reçu son premier bulletin de paie.

Le non - respect de l'obligation de déclaration entraîne l'application *d'une sanction administrative à caractère automatique et forfaitaire* (c. trav. art. L. 320 modifié) soit une pénalité dont le montant est égal à trois cents fois le taux horaire du minimum garanti, soit, au taux actuel : 2,95 euros x 300=885 euros. Cette pénalité est recouvrée selon les modalités et dans les conditions fixées pour le défaut de production de la DADS . La régularisation, après mise en demeure, ne permet pas d'échapper à la sanction. Tout salarié a désormais le droit d'obtenir des informations sur l'accomplissement, par son employeur, de la déclaration préalable à l'embauche». *Il pourra s'adresser à cet effet aux agents de contrôle de l'URSSAF (art. R. 324-9 du code du travail) qui doivent lui répondre dans le délai de 30 jours qui suivent réception de la demande. Au cas où la déclaration préalable n'aurait pas été effectuée, les agents de contrôle seront désormais habilités à communiquer au salarié*

NOTION DE TRAVAIL DISSIMULE

Le travail dissimulé fausse la concurrence entre les entreprises. il représente un manque à gagner considérable, tant pour l'État que pour les régimes de protection sociale (de l'ordre de 156 milliards de francs selon les travaux parlementaires).

Adoptée définitivement le 6 mars par le Parlement, la loi relative au renforcement de la lutte contre le travail dissimulé est publiée au Journal Officiel du 12 mars. Ce texte a pour but de clarifier et d'adapter la définition du travail clandestin, de renforcer la complémentarité, la coordination et les moyens des services et enfin de développer la prévention et la sanction du travail illégal.

Il faut distinguer le travail dissimulé par dissimulation d'activité de la dissimulation d'un emploi salarié.

Le travail clandestin devient travail dissimulé. Cette nouvelle terminologie est destinée à éviter tout amalgame avec l'immigration clandestine.

La dissimulation d'activité est caractérisée par l'exercice à but lucratif d'une activité économique de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne physique ou morale qui, s'est soustraite *intentionnellement* à l'une quelconque des obligations suivantes:

- ❑ n'avoir pas requis son immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation,
- ❑ ou ne pas avoir procédé aux déclarations aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale (auparavant l'omission des deux déclarations étaient requises).

la *dissimulation d'emploi salarié* consiste dans le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à ('accomplissement de l'une des formalités (suivantes) :

- ❑ soit la déclaration nominative préalable à l'embauche (c. trav. art. L. 320)
- ❑ soit la remise de bulletins de salaire (c. trav. art. L. 143-3).

La dissimulation peut également être partielle, notamment lorsque figure sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (sauf accord de modulation d'horaire). La mention, sur un bulletin de salaire, d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué constitue aussi une dissimulation d'emploi salarié, sauf s'il s'agit d'une application d'un accord d'aménagement du temps de travail (annualisation dans le cadre d'un accord de modulation, par exemple). Dans l'un et l'autre de ces deux cas de figure, l'omission doit être *volontaire* pour qu'il y ait travail dissimulé.

Un employeur qui lors d'un contrôle de l'Inspecteur du travail ne peut présenter de registre du personnel et fournit des bulletins de paie inexacts par rapport aux heures effectivement travaillées par les salariés peut-il être condamné du chef de travail clandestin ?.

L'employeur ne peut se retrancher derrière le fait qu'il a partiellement rempli ses obligations ! (Cass.crim. 27 septembre 1994, N°93-84.665 P+F).

Infractions de travail dissimulé

La loi du 11 mars 1997 fait donc entrer dans le champ du travail illégal les infractions suivantes :

- ❑ Les trafics de main-d'œuvre étrangère (art. L 341.6 du Code du travail). Cette pratique consiste à employer un salarié étranger non muni d'un titre l'autorisant à occuper un emploi salarié pour ceux dont la nationalité rend obligatoire une telle autorisation.
- ❑ Le marchandage et le prêt illicite de personnel (art. L 125.1 et 125.3 du Code du travail) consistent à louer du personnel sans être une entreprise de travail temporaire régulière. Le marchandage sera constitué lorsqu'une fourniture de main-d'œuvre à but lucratif cause de plus un préjudice au salarié prêté ou permet d'éviter des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles qui lui auraient été favorables. Quant au prêt illicite de main-d'œuvre, il consiste pour une entreprise à fournir, sous forme de location rémunérée, des salariés à une autre entreprise qui les emploie alors

comme ses propres salariés.

- ❑ Le faux travail indépendant consiste à dissimuler l'emploi de salariés sous l'apparence d'une relation commerciale indépendante. Présenté formellement comme indépendant, l'intéressé travaille en réalité sous la subordination de son donneur d'ordre, employeur de fait qui est le plus souvent son unique client.
- ❑ L'emploi non déclaré. Il s'agit du non respect par un employeur des différentes obligations liées à l'embauche et à l'emploi d'un salarié, en matière de droit du travail ou de la Sécurité sociale, sans que ces manquements constituent juridiquement du travail dissimulé. L'emploi non déclaré peut s'appliquer à des situations pour lesquelles l'élément intentionnel du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié n'est pas établi. Il peut s'agir d'un manquement à l'une des obligations suivantes : la non immatriculation de l'employeur aux organismes de protection sociale,
- ❑ Le défaut de déclaration du salarié à ces organismes, le non versement des cotisations sociales patronales ou salariales, l'absence de déclaration préalable à l'embauche (DPAE), de registre du personnel ou de mention du salarié sur ledit registre, l'absence de délivrance de bulletin de paie, l'absence d'assurance du salarié contre le risque chômage. Certaines formes interdites de cumul d'emplois. La réglementation sur les cumuls d'emploi vise d'une part le cas des fonctionnaires, agents de services publics et assimilés auxquels le Code du travail interdit l'exercice à titre professionnel d'une activité lucrative et d'autre part, le cas des salariés des professions industrielles, commerciales et artisanales qui ne peuvent effectuer de travaux rémunérés relevant de leur profession au-delà de la durée maximale du travail.
- ❑ Le cumul irrégulier de revenus de remplacement avec les revenus d'un emploi (art. L 365.1 du code du travail) concerne les salariés qui perçoivent une allocation de chômage, à la suite d'une (<http://www.tripalium.com/gazette/Gazette2003htm/travilleg01.htm>)

Contrôle du travail dissimulé

Le travail dissimulé est contrôlé par un corps étendu d'agents qui disposent d'un large pouvoir d'investigation. De nouvelles obligations pour la passation des marchés publics ont été créées ainsi qu'une commission nationale de lutte contre le travail illégal.

Agents de contrôle

Tous les corps de contrôle existants sont mobilisés dans la lutte contre le travail dissimulé.

- ❑ officiers et agents de police judiciaire;
- ❑ agents de la Direction générale des impôts et de la Direction générale des douanes;
- ❑ agents agréés à cet effet et assermentés des organismes de sécurité sociale (tels que les inspecteurs du recouvrement des URSSAF) et des caisses de MSA;
- ❑ inspecteurs et contrôleurs du travail et fonctionnaires de contrôle assimilés et des officiers et agents assermentés des affaires maritimes.
- ❑ fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile commissionnés à cet effet et assermentés et des contrôleurs et adjoints de contrôle des transports terrestres .
- ❑ contrôleurs des caisses de congés payés

Les infractions au travail dissimulé sont recherchées et constatées par les différents agents de contrôle au moyen de procès-verbaux directement transmis au Parquet. Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire .

A l'occasion de leurs investigations, les agents de contrôle peuvent se faire présenter :

- ❑ les documents justifiant de l'immatriculation au répertoire des métiers ou au registre du commerce et des sociétés;
- ❑ en cas d'emploi de salariés la preuve que la déclaration préalable à l'embauche a été faite et les bulletins de salaire des intéressés;
- ❑ les documents justifiant que l'entreprise s'est assurée que ses cocontractants éventuels sont eux-mêmes en règle et non pas en situation de dissimulation d'activité ou de dissimulation d'emploi salarié;
- ❑ les devis, bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en violation des dispositions interdisant le travail dissimulé.

Les agents agréés des **organismes** de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole et les agents de la Direction générale des impôts sont désormais habilités à entendre *en quelque lieu que ce soit* (mais avec son

consentement toute personne rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant (y compris les avantages en nature).

Les agents sont autorisés à échanger leurs informations, en particulier :

- ❑ l'inspection du travail et les Directions générales des impôts et des douanes pourront désormais se communiquer tous renseignements et tous documents nécessaires à ce sujet (c. trav. nouvel art. L. 125-3-2);
- ❑ l'ensemble des fonctionnaires et agents de contrôle cités à l'article L. 324-12 du code du travail sont désormais habilités à se communiquer réciproquement tous renseignements et tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail dissimulé (c. trav. art. L. 324-13). A cette fin, ils peuvent en particulier: sur demande écrite, obtenir de la part d'un organisme de protection sociale ou d'une caisse de congés payés «tous renseignements et tous documents utiles» et, inversement, transmettre à ces organismes sur leur demande, «tous renseignements et tous documents leur permettant de recouvrer des sommes impayées ou d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées»; lorsque le siège d'une entreprise est domicilié dans des locaux occupés en commun, se faire communiquer par l'entreprise domiciliataire tous documents détenus dans ses locaux nécessaires à la lutte contre le travail dissimulé.

L'autorité judiciaire peut communiquer aux organismes de sécurité sociale, aux caisses de MSA et aux caisses de congés payés (celles du bâtiment et des travaux publics, des intermittents des transports, des dockers ou du spectacle) toute indication qu'elle peut recueillir de nature à faire présumer une fraude commise en matière sociale ou une manœuvre ayant pour objet ou pour résultat de frauder ou de compromettre le recouvrement des cotisations sociales. Cette communication est possible dans le cadre d'une instance civile ou commerciale, ou encore dans le cadre d'une information criminelle ou correctionnelle, même terminée par un non-lieu (c. séc. soc. art. L. 243-13-1 nouveau).

Les agents de contrôle sont autorisés à communiquer aux *conseillers rapporteurs* (aux Prud'hommes) les renseignements dont ils disposent sur le travail dissimulé sur le marchandage, ou sur le prêt illicite de main-d'œuvre sans pouvoir opposer le secret professionnel (c. trav. art. L. 516-2 modifié).

Commission nationale de lutte contre le travail illégal

Un décret du 11 mars 1997 a institué une Commission nationale de lutte contre le travail illégal chargée de coordonner l'action des différents départements ministériels compétents dans ce domaine. Ce même décret a institué également une commission de lutte contre le travail illégal dans chaque département chargée de déterminer les objectifs départementaux au regard des orientations de la Commission nationale de lutte contre le travail illégal comme au regard de la situation locale. Par ailleurs, dans chaque département un comité opérationnel de lutte contre le travail illégal est mis en place afin de coordonner les opérations de contrôle nécessaires à la réalisation du programme départemental de lutte contre le travail illégal.

La délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal

Elle est placée sous la Présidence d'un délégué interministériel nommé sur proposition du Premier Ministre. Elle prépare les travaux de la Commission nationale et est chargée d'apporter une assistance aux Administrations et organismes concernés ainsi qu'aux structures locales.

Ces structures nationales sont déclinées et relayées au niveau local par :

La commission départementale de lutte contre le travail illégal

Cette commission est présidée par le Préfet. Composée des représentants locaux des Administrations et organismes concernés (Inspection du travail, services fiscaux et douaniers, police, gendarmerie nationale, organismes de Sécurité sociale...), elle accueille au moins deux fois par an les organisations professionnelles et syndicales. Son rôle est de déterminer, à partir des objectifs et orientations de la Commission nationale, un programme de lutte et de prévention.

Le comité opérationnel

Ce comité est présidé par le Procureur de la République et réunit tous les agents dont les compétences sont requises pour l'examen des questions à l'ordre du jour. Il relève de ses attributions de coordonner les opérations de contrôle, de définir les modalités et programmer les opérations concertées, de s'assurer que les organismes chargés du recouvrement des cotisations sociales et impositions disposent des informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

(<http://www.tripalium.com/gazette/Gazette2003htm/dilti1.htm>)

Obligations pour la passation de contrats en cas de marchés publics

Une nouvelle obligation est imposée aux personnes morales soumises, pour la passation de contrats ou marchés publics, aux règles de publicité et de mise en concurrence : le candidat (ainsi que le sous-traitant du titulaire d'un contrat ou marché public) doit attester qu'il n'a pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire au titre d'un des délits suivants : travail dissimulé, emploi d'un étranger sans titre de travail, marchandage, prêt de main-d'œuvre illicite. En outre, lorsqu'un agent de contrôle aura averti la personne morale de droit public de la situation irrégulière vis-à-vis du travail illégal d'une entreprise avec laquelle elle a contracté, cette dernière sera mise en demeure de faire cesser cette situation. L'entreprise aura alors un délai de 15 jours pour apporter la preuve qu'elle a mis fin à la situation irrégulière, à défaut il pourra être mis fin au contrat sans indemnité, aux frais et risques de l'entrepreneur.

Responsabilité civile solidaire

De nouveaux articles : R.324-2 à R.324-77 créés par le décret N°92-508 du 11 juin 1992 précisent et renforcent la lutte contre le travail dissimulé en instituant une *responsabilité civile solidaire* des personnes qui contractent avec des travailleurs dissimulés. *Pour échapper à cette responsabilité*, avant de conclure un contrat ou un marché en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, tout professionnel doit s'assurer que son cocontractant respecte les obligations prévues par le code du travail. *A défaut d'avoir procédé à cette vérification, le professionnel ou le particulier sera tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, des taxes et cotisations obligatoires et le paiement des rémunérations et charges sociales dues à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet des déclarations obligatoires.*

Solidarité financière

La solidarité financière encourue est étendue, par la loi du 11 mars 1997, aux majorations et pénalités de retard dues en matière d'impôts, taxes et cotisations, ainsi qu'aux indemnités devant être versées aux salariés dissimulés

Toute personne condamnée pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé (clandestin) est tenue solidairement avec ce dernier :

1° Au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor et aux organismes de protection sociale

2° Le cas échéant, au remboursement des sommes correspondant au montant des aides publiques dont il a bénéficié

3° Au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par celui-ci à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration préalable d'embauche ou n'étant pas inscrit sur le registre du personnel.

Les sommes dont le paiement est exigible sont déterminées au prorata de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession.

Quel risque court la personne qui ne s'est pas assurée du respect de ses obligations sociales par son cocontractant ?

Toute personne qui ne s'est pas assurée, lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant au moins égal à 20 000 F en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de services ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, que son cocontractant s'acquitte de ses obligations au regard de l'article L. 324-10, ou de l'une d'entre elles seulement, dans le cas d'un contrat conclu par un particulier pour son usage personnel, celui de son conjoint ou de ses ascendants ou descendants, sera tenue solidairement avec celui qui exerce un travail dissimulé (le travailleur clandestin).

1° Au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale

2° Le cas échéant, au remboursement des sommes correspondant au montant des aides publiques dont il a bénéficié

3° Au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par lui à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une (d'au moins deux) des formalités prévues aux articles L. 143-3 et L. 320 (prescrites au 30 de l'article L. 324-10).

Les sommes dont le paiement est exigible sont déterminées au prorata de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession.

Le maître de l'ouvrage ou le donneur d'ouvrage, informé par écrit par un agent mentionné à l'article L. 324-12 ou par un syndicat ou une association professionnels ou une institution représentative du personnel, de l'intervention d'un sous-traitant ou d'un subdélégué en situation irrégulière au regard des obligations fixées par l'article L. 324-10, *enjoint aussitôt par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à la personne avec laquelle il a contracté de faire cesser sans délai la situation. A défaut, il est tenu solidairement avec son cocontractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges.*

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas au particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint, de ses ascendants ou descendants.

Toute personne morale de droit public ayant contracté avec une entreprise, informée par écrit par un agent de l'URSSAF de la situation irrégulière de cette entreprise au regard des obligations sociales, l'enjoint aussitôt par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de faire cesser sans délai cette situation. L'entreprise mise ainsi en demeure doit, dans un délai de quinze jours, apporter à la personne publique la preuve qu'elle a mis fin à la situation délictuelle. A défaut, le contrat peut être résilié sans indemnité, aux frais et risques de l'entrepreneur. La personne publique informe l'agent auteur du signalement des suites données par l'entreprise à son injonction.

Le donneur d'ouvrage doit vérifier la situation de son cocontractant lors de la conclusion d'un contrat dont l'objet porte sur une obligation d'un montant au moins égal à 3 000 euros en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de service ou de l'accomplissement d'un acte de commerce. Un décret du 31 mai 1997 introduit dans le code du travail un article R.324-9 qui prévoit que *toute personne* qui signe un contrat dont l'objet porte sur un montant au moins égal à 3 000 euros se fait *remettre une attestation sur l'honneur indiquant s'il a l'intention ou non de faire appel à des salariés de nationalité étrangère pour l'exécution du contrat*, et dans l'affirmative certifiant que les salariés intéressés sont ou seront autorisés à exercer une activité professionnelle en France. Lorsque cette formalité n'est pas accomplie, et qu'est constatée une infraction aux dispositions sur l'emploi d'étranger sans titre (art. L.341-6 du code du travail) le directeur de l'Office des migrations internationales notifie *le titre de recouvrement de la contribution spéciale soit à celui qui a occupé le salarié, soit au donneur d'ordre*. Le montant de la contribution spéciale due pour tout salarié employé en infraction est 1000 MG à la date de l'infraction (2000 MG en cas de récidive dans les 5 dernières années).

Documents attestant de la régularité de la situation sociale du cocontractant

Il faut distinguer suivant que le cocontractant est établi et domicilié en France ou à l'étranger.

le cocontractant est établi et domicilié en France

au choix

- attestation de fournitures de déclarations sociales datant de moins d'un an,
- avis d'imposition afférent à la taxe professionnelle pour l'exercice précédent lorsque le cocontractant est assujetti,
- en cas de marchés de travaux publics, attestations sociales et fiscales prévues par le code des marchés publics,
 - en cas de recours à une entreprise de travail temporaire, attestation de garantie financière. de plus, lorsque l'immatriculation pour le cocontractant au RCS ou au RM est obligatoire; au choix :
- extrait de l'inscription au RCS (KBIS)
- carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers
- devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle mentionnant le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au RCS, au RM, ou à un ordre professionnel de plus, en cas d'emploi de salariés par le cocontractant,
- une attestation sur l'honneur établie par le cocontractant certifiant que le travail sera réalisé avec des salariés employés de façon régulière.

le cocontractant est établi et domicilié à l'étranger

Il faut un document mentionnant l'identité et l'adresse du représentant du cocontractant auprès de l'administration fiscale française; un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard des règlements internationaux, ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale et datant de moins de trois mois et au choix : en cas de marchés de travaux publics, des attestations sociales et fiscales prévues par le code des marchés publics ou par des règles d'effet équivalent applicables dans le pays où le cocontractant est établi. De plus, lorsque l'immatriculation est obligatoire dans le pays d'établissement, au choix : un document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou document équivalent certifiant cette inscription, un devis, document publicitaire ou correspondance professionnelle mentionnant le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et la nature de l'inscription au registre professionnel

En cas d'emploi de salariés : attestation sur l'honneur établie par le cocontractant certifiant que le travail sera réalisé avec des salariés employés de façon régulière au regard des art.L.143-3, L.143-5 et L.620-3 du code du travail ou des règles d'effet équivalent dans le pays auquel ils sont rattachés.

Sanctions du travail dissimulé.

Outre la sanction spécifique applicable en cas de défaut de déclaration préalable à l'embauche, la loi instaure notamment les sanctions suivantes en cas de verbalisation pour travail clandestin :

Refus des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle .

L'administration compétente peut, eu égard à la gravité des faits constaté, à la nature des aides sollicitées et aux avantages procurés à l'employeur, refuser d'accorder à l'entreprise concernée l'octroi des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle pendant une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. Les aides en question sont celles rattachées :

- à l'apprentissage;
- aux conventions de coopération du F.N.E.;
- à l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi et en particulier des chômeurs de longue durée ou cumulant les situations de précarité les plus graves;
- aux contrats aidés (contrats initiative-emploi, emploi-solidarité, emploi-consolidé) ;
- au travail à temps partiel;
- aux embauches dans les zones de revitalisation rurale et de redynamisation urbaine;
- au chômage partiel;
- à la participation à la formation professionnelle continue des employeurs occupant moins de 10 salariés;
- aux contrats d'insertion en alternance;
- aux contrats d'orientation professionnelle;
- à l'allocation spéciale du F.N.E. pour les travailleurs âgés faisant l'objet d'un licenciement économique;
- à la réduction du temps de travail en contrepartie d'embauches ou pour éviter des licenciements économiques (art~39 et 39-1 de la loi quinquennale);
- aux concours du Fonds Social Européen

Le refus étant du ressort de l'administration, il peut être contesté par les voies du recours hiérarchique et contentieux. Le refus des aides à l'emploi ou à la formation peut être décidé «sans préjudice des poursuites judiciaires qui pourront être engagées »

Extension de la solidarité financière en cas de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé

Le recours à un tiers exerçant un travail dissimulé était déjà sanctionné par l'article L. 324-13-1 du code du travail. Dans sa version, datant de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991, ce texte prévoit la solidarité financière du donneur d'ouvrage avec le tiers, en cas de condamnation de ce dernier.

La loi nouvelle étend cette solidarité financière :

- au paiement, non seulement des impôts, taxes et cotisations dus par le tiers exerçant un travail dissimulé au Trésor et aux organismes de protection sociale,
- aux pénalités et majorations applicables le cas échéant,
- au remboursement des sommes correspondant au montant des aides publiques accordées;
- au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par le tiers à raison de l'emploi de

salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 (bulletin de paie) et L. 320 (DPAE) du code du travail.

Sanctions pénales.

Rappelons qu'en tout état de cause, le travail dissimulé est un délit passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende pouvant aller jusqu'à 300 000 euros (c. trav. art. L. 362-3). Parmi les peines complémentaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des personnes reconnues coupables de travail dissimulé, il est ajouté l'interdiction des droits civiques, civils et de famille (c. trav. art. L. 362-4 et L. 364-8 et 131-26 du code pénal).

Les personnes physiques coupables de l'infraction prévue à l'article L. 362-3 encourent également les peines complémentaires suivantes :

› L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer, directement ou par personne interposée, l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise selon les modalités prévues par l'article 131-27 du Code pénal;

› L'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus

› La confiscation des objets ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, ainsi que de ceux qui en sont le produit et qui appartiennent au condamné

› L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal

Indemnités à verser au salarié

En cas de rupture de la relation de travail les salariés peuvent prétendre à une indemnisation portée à *six mois* de salaire, à moins, comme précédemment, que l'application d'autres règles légales ou de stipulations conventionnelles ne conduise à une solution plus favorable pour l'intéressé. Les donneurs d'ouvrage ayant recouru aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé sont solidairement responsables avec l'employeur pour le paiement de cette indemnisation.