

# Le recrutement

### Ce que je dois savoir

#### I. La procédure d'embauche

##### A. Le recrutement est libre

Le contrat de travail est un contrat intuitu personae, l'employeur est donc libre de recruter qui il veut.

C'est une liberté fondamentale : on ne peut imposer à l'employeur de recruter telle ou telle personne (Cons.const. 20/07/1988, n° 88-244 DC). Elle est toutefois limitée par le respect de règles impératives.

Cependant un certain nombre d'obligations pèsent sur l'employeur :

- On ne peut embaucher de jeune de moins de seize ans. Exceptions pour les jeunes de quatorze ans en apprentissage, dans les entreprises familiales, dans le spectacle et pour les mannequins.
- Toute entreprise occupant au moins vingt salariés doit employer des travailleurs handicapés, mutilés de guerre ou assimilés, dans la proportion de 6 % de l'effectif. Ce pourcentage correspond à une obligation de résultat.
- Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande dans ce délai. De même en cas de rupture du contrat de travail pour élever un enfant.

Le recrutement peut être direct, par le recours au service public de l'emploi ou à des entreprises spécialisées.

## B. Le candidat est protégé

### 1. Information du candidat sur les méthodes de recrutement

Le candidat à l'emploi doit être informé des méthodes et techniques de recrutement qui vont être utilisées.

Il est loisible de penser que cette obligation se trouve renforcée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit de contrats, qui précise dans l'article 1112-1 du Code civil les contours de l'obligation précontractuelle d'information venant compléter l'article L. 1221-8.

Celles-ci doivent aussi être portées à la connaissance préalable du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2323-47).

### 2. Pertinence des méthodes de recrutement

Les méthodes utilisées doivent être pertinentes, c'est-à-dire présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi (C. trav., art. L. 1221-6). Elles doivent permettre d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé et ses aptitudes professionnelles. Les résultats doivent rester confidentiels.

### 3. Interdiction des enchères inversées

Depuis le 31 mars 2006, il est interdit aux employeurs d'avoir recours aux enchères électroniques inversées. Cette méthode consiste en un appel d'offre au moins disant. Elle est aussi interdite en matière de fixation du salaire (C. trav., art. L. 1221-4).

### 4. Interdiction des discriminations lors du recrutement

Dans la logique de la pertinence des méthodes utilisées, la discrimination du candidat ne peut se faire en raison :

*« de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap »* (C. trav., art. L. 1132-1).

La loi 2015-994 du 17 août 2015 a inscrit dans le code du travail la notion d'agissement sexiste. Désormais nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

La notion de violence économique énoncée dans le nouvel article 1143 du Code civil est introduite dans le code du travail par la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 en tant que motif prohibé de discrimination. Il s'agit de « la particulière vulnérabilité » résultant de la « situation économique » (C. trav., art. L. 1132-1).

Les faits de discrimination sont réprimés par le Code pénal (C. pén., art. 225-1 à 225-4).

## II. Le recrutement des ressortissants de l'Union européenne

Pour les ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen il existe un principe de libre circulation et d'établissement.

Ces travailleurs disposent des mêmes droits que les nationaux.

## III. Les obligations administratives

L'embauche d'un salarié ne peut intervenir qu'après déclaration nominative accomplie par l'employeur auprès des organismes de protection sociale, dans tous les établissements où sont employés des salariés.

Elle doit être accomplie dans les huit jours précédant la date prévisible d'embauche et au plus tard un jour ouvrable avant l'embauche.

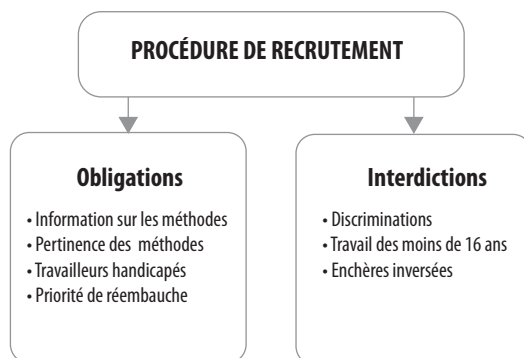
Il faut que l'employeur en remette un exemplaire au salarié sauf si celui-ci a un contrat écrit dans lequel est mentionné l'organisme destinataire.

Si l'employeur ne satisfait pas à cette obligation, le salarié doit établir lui-même la déclaration dans les huit jours qui suivent l'embauche.

Une visite médicale d'embauche, obligatoire pour tous les salariés, intervient avant l'embauche, au plus tard avant la fin de la période d'essai.

Elle est obligatoire quel que soit le type de contrat de travail, CDI, CDD, travail temporaire.

Concernant les salariés soumis à un suivi médical renforcé, en particulier jeunes de moins de dix-huit ans, femmes enceintes, travailleurs de nuit, salariés exposés à des risques sanitaires, elle doit avoir lieu avant l'embauche.



## Illustration

### « La discrimination à l'embauche »

« [...] Comme en 2013, près de neuf demandeurs d'emploi interrogés sur dix estiment que les discriminations sont fréquentes au moment d'accéder à un emploi (85 %, même s'ils sont un peu moins nombreux à considérer qu'elles sont « très fréquentes » : 32 %, -5 points).

[...] La perception des facteurs les plus discriminants pour l'accès à l'emploi, qu'il s'agisse de critères relevant de l'âge, du genre, de l'apparence physique, du handicap, de l'identité sexuelle, mais aussi de la situation sociale comme du lieu d'habitation, révèle un premier clivage entre les demandeurs d'emploi d'origine étrangère et les demandeurs d'emploi pris dans leur ensemble.

[...] Le nombre de demandeurs d'emploi ayant le sentiment d'avoir été discriminés pour accéder à l'emploi reste élevé : un tiers déclare en avoir déjà été victime (34 %, comme en 2013), et plus de la moitié déclare l'avoir vécue de façon répétée (19 %). Les 50 ans et plus (43 %, +9 points par rapport à l'ensemble) et les CSP+ (42 %, +8 points) rapportent plus volontiers ces situations. En moyenne, la discrimination perçue est également importante auprès des chômeurs d'origine étrangère (32 %) et une proportion élevée d'entre eux (les deux tiers) considère avoir déjà été plusieurs fois victimes de discrimination.

[...] Les candidats à l'embauche qui ont déjà été victimes de discriminations sont significativement plus enclins à affirmer avoir été interrogés sur six sujets : l'âge (72 %, +14 points par rapport à l'ensemble), la situation familiale (61 %, +13 points), la tenue vestimentaire et le look (32 %, +12 points), l'origine du nom de famille (31 %, +15 points), la corpulence (17 %, +6 points) et la religion (16 %, +10 points). Un phénomène que l'on constate au sein de l'échantillon de demandeurs d'emploi d'origine étrangère pour 7 sujets sur 15.

[...] Dans l'ensemble, les demandeurs d'emploi demeurent démunis face aux discriminations qui peuvent les toucher. Dès lors, ils sont en attente de solutions de la part des pouvoirs publics pour pallier les inégalités de traitement dont ils peuvent faire l'objet. Les mesures qui présentent le caractère le plus concret sont particulièrement plébiscitées. Sont ainsi privilégiées les mesures qui s'adressent directement aux employeurs : plus des trois quarts d'entre eux considèrent que le renforcement des sanctions à l'encontre des auteurs de discriminations dans les recrutements serait efficace pour lutter contre les inégalités de traitement (77 %).

[...] Les quatre principaux critères de refus d'embauche liés à l'apparence physique jugés inacceptables concernent des caractéristiques physiologiques sur lesquelles les candidats n'ont pas ou peu prise. Lors d'un recrutement, prendre en considération la taille (61 %), la pilosité (60 %), le manque d'attractivité physique (57 %) et le poids (55 %) provoque ainsi un sentiment d'injustice plus grand que pour des caractéristiques susceptibles d'être adaptées aux codes du milieu professionnel, telles que la coiffure (44 %), le maquillage (40 %), les tatouages (34 %), les piercings (28 %) ou la tenue vestimentaire (28 %). »

8<sup>e</sup> Baromètre DDD/OIT de perception des discriminations dans l'emploi. Enquête auprès des demandeurs d'emploi, réalisé par l'IFOP pour le Défenseur des Droits et l'OIT.  
Note de synthèse janvier 2015.

## J'approfondis

### I. Les différentes formes de discriminations

En matière de discrimination on distingue la discrimination directe de la discrimination indirecte (directive n° 76-2007 du 9 février 1976 et article L. 1132-1 du code du travail).

La discrimination indirecte est celle qui résulte d'une mesure ou d'une pratique apparemment neutre.

On distingue aussi la discrimination positive qui consiste à privilégier certaines catégories de travailleurs. Ce type de discrimination s'attache au respect des droits et de l'égalité de catégories en situation d'inégalité. En droit français on peut citer l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

### II. Les dérogations au principe de non-discrimination

La directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi garantit à toute personne de l'Union européenne un niveau minimal commun de protection juridique contre la discrimination au travail. Ce principe trouvera toutefois un certain nombre d'aménagements légaux ou jurisprudentiels.

#### A. Les discriminations légales

L'article 6, § 1, de la directive 2000/78 énonce clairement que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime.

Aux termes de l'article 4, § 1 de cette même directive, il peut être dérogé au principe de non-discrimination *« lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »*

Ceci permet aux états membres de réglementer l'accès à certaines professions, accès qui pourra être partiellement ou totalement interdit aux étrangers en raison d'une condition de nationalité et/ou de diplôme.

Les emplois fermés aux étrangers dans le secteur privé concernent des professions telles vétérinaire, avocat, aide-soignant, chirurgien... De même que dans le secteur public des emplois dans l'administration, la police, les forces armées.

Au § 2 de ce même article, la directive énonce le droit des églises et entreprises de tendance de « *requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers [leur] éthique* ».

Cette tolérance a permis aux jurisprudences des juridictions nationales et de la Cour européenne des droits de l'homme de développer la notion d'entreprise de tendance ou de conviction.

#### B. Les discriminations tolérées

Leur reconnaissance justifie une différence de traitement si elle correspond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Toutes les jurisprudences insistent sur le fait que la différenciation doit être fondée sur des critères objectifs, raisonnables, « pertinents » au regard du but poursuivi et à la nature des fonctions exercées afin d'éviter un trouble caractérisé.

Dans cette catégorie rentrent, outre les organismes confessionnels ou philosophiques, les partis politiques, les syndicats professionnels, les associations ou fondations, les clubs sportifs, les entreprises du spectacle ou de la mode.

#### C. Discrimination positive

Jusqu'à présent, absente du droit positif, la discrimination positive fait son entrée dans le code du travail, la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016 créant l'article L. 1133-6 qui dispose que « Les mesures prises en faveur des personnes vulnérables en raison de leur situation économique et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination. »

#### D. Aménagement de la charge de la preuve

Dans son article 10 la convention 2000/78 aménage la charge de la preuve en énonçant que « *dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.* »

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il ne s'agit ni plus ni moins que de l'inversion de la charge de la preuve.

### III. Les ressortissants des pays hors Union européenne et CEE

#### A. Étranger résidant en France

Une autorisation de travail peut être délivrée à tout étranger en situation régulière qui dispose d'une carte de séjour en cours de validité autorisant l'exercice d'une activité professionnelle.

L'employeur doit s'assurer auprès de l'administration de la validité de ce document. L'étranger sans titre de séjour doit obtenir l'autorisation de travailler en demandant à la préfecture de son domicile un changement de statut. Cette autorisation est conditionnée à une visite médicale auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, à défaut l'autorisation de travail pourra être retirée.

L'autorisation de travail est accordée de droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée.

#### B. Étranger résidant hors de France

L'employeur doit faire connaître à Pôle emploi ses offres d'emploi et vérifier dans un délai de trois semaines que les demandeurs d'emploi nationaux ne peuvent les pourvoir.

Il transmet alors un dossier motivant son choix, le contrat de travail proposé, l'engagement de paiement des redevances à l'OFII, un imprimé sur les conditions de logement du salarié et d'autres pièces justificatives à la DIRECCTE.

Si le visa est accordé, le travailleur étranger se voit délivrer un visa de long séjour valant titre de séjour.

Le salarié étranger doit conclure un « contrat d'accueil et d'intégration » qui précise ses conditions d'accueil compte tenu de sa situation et de son parcours professionnel.

Il doit aussi justifier d'une connaissance suffisante de la langue française.

Le non-respect des règles relatives à l'embauche et à l'emploi d'un travailleur étranger est passible de sanctions.

### IV. Le travail dissimulé

Aux termes de l'article L. 8221-3 du code du travail, il y a présomption de travail dissimulé chaque fois que l'employeur « *n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions légales en vigueur.* »

Le non-respect de ces obligations entraîne une pénalité égale à trois cents fois le taux horaire minimum garanti.

La loi « relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels », renforce les obligations des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre qui recourent à des prestataires établis à l'étranger.

Cette même loi transpose partiellement la proposition de directive européenne sur les travailleurs détachés concernant l'intérim.

## Je récapitule

L'employeur, libre de recruter qui il veut, est obligé d'informer le candidat à l'emploi des méthodes et techniques de recrutement qui vont être utilisées.

Ces méthodes doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé.

L'employeur doit respecter des obligations légales concernant certaines catégories de travailleurs (mineurs de moins de 16 ans, travailleurs handicapés, salariés licenciés économiquement dans l'année qui suit le licenciement).

Il lui est interdit de pratiquer des discriminations. Principe qui peut être écarté pour les entreprises dites de tendance et de conviction.

En ce qui concerne les travailleurs étrangers, principe de libre circulation et d'établissement des travailleurs venant des pays de l'UE et de l'EEE. Pour les autres pays, l'employeur doit s'assurer auprès de l'administration de la validité de l'autorisation de travailler.

## Je m'exerce

### Question de cours

Quels sont les cas de discrimination énoncés à l'article L. 1132-1 du code du travail ?