

CONTRAINTES LIÉE À LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Avant d'engager une procédure de recrutement, l'employeur doit vérifier qu'il n'est pas concerné par :

- les impossibilités légales d'emploi ;
- des obligations d'emploi de certaines catégories de salariés ;
- une priorité d'emploi ou de réemploi.

Il est, par ailleurs, tenu de respecter certaines règles relatives à la sélection non-discriminatoire des candidats et de s'acquitter des formalités administratives liées à l'embauche.

IMPOSSIBILITÉS D'EMPLOI

INTERDICTIONS DE RECOURS AUX CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE OU DE TRAVAIL TEMPORAIRE

Après un licenciement économique

Dans un établissement où il a été procédé à un licenciement pour motif économique, et dans les six mois qui suivent ce licenciement, un salarié ne peut être embauché par contrat à durée déterminée pour le motif d'accroissement temporaire d'activité, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise.

Cette interdiction s'applique aux postes concernés par ledit licenciement.

Article L. 1242-5 du Code du travail

Le non-respect de cette interdiction légale est sanctionné pénalement par une amende de 3 750 €, portée à 7 500 € et 6 mois d'emprisonnement, en cas de récidive.

Article L. 1248-3 du Code du travail

Ne peuvent pas non plus être employés les salariés d'une entreprise de travail temporaire.

Article L. 1251-9 du Code du travail

L'interdiction de recours au travail dit «précaire» est levée dans deux hypothèses :

- durée du contrat non susceptible de renouvellement n'excédant pas 3 mois ;
- contrat de travail lié à la survenance dans l'entreprise d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement et qualitativement exorbitants. La commande peut également concerner un sous-traitant de l'entreprise.

Lorsque l'entreprise décide de recourir à un contrat à durée déterminée ou à un travailleur intérimaire, dans ces conditions exceptionnelles, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, doivent être préalablement informés et consultés.

Au cours d'une grève

Un contrat à durée déterminée ne peut être conclu pour remplacer un salarié dont le contrat est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail. De même, ne peut être employé un salarié d'une entreprise de travail temporaire pour remplacer un salarié gréviste.

Articles L. 1242-6 et L. 1251-10 du Code du travail

Travaux particulièrement dangereux

Il est interdit de recourir au contrat à durée déterminée ou aux salariés d'une entreprise de travail temporaire pour certains travaux dangereux dont la liste est établie par arrêté ministériel et qui font l'objet d'une surveillance médicale spéciale.

Articles L. 1242-6 et L. 1251-10 du Code du travail

Il est cependant possible d'obtenir une dérogation à cette interdiction auprès de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) ou son unité territoriale compétente dans le département.

Prestation accomplie hors du territoire français

Sous réserve d'accords internationaux en matière d'emploi, il est interdit à une entreprise de travail temporaire de mettre à la disposition d'une entreprise des travailleurs de nationalité étrangère, si la prestation de services doit s'effectuer hors du territoire français.

Article L. 5221-4 du Code du travail

LIMITES AU DÉBAUCHAGE DES SALARIÉS D'UNE AUTRE ENTREPRISE

Liberté du travail

Un employeur peut contacter librement des salariés sous contrat dans une autre entreprise, fût-elle concurrente. En effet, le principe de liberté du travail implique la possibilité pour un salarié de rechercher un autre emploi, voire de négocier son futur contrat et d'obtenir une promesse d'embauche, alors même qu'il est encore lié par ailleurs.

Toutefois, l'employeur qui entend faire des propositions d'embauche à des salariés travaillant dans d'autres entreprises doit vérifier au préalable :

- que le salarié ne rompt pas abusivement le contrat de travail le liant à son ancienne entreprise ;
- dans quelle mesure ce salarié est lié par une clause de non-concurrence ;

En outre, le nouvel employeur ne doit pas utiliser de manœuvres frauduleuses qui pourraient engager sa responsabilité délictuelle, pour débauchage fautif.

Responsabilité solidaire en cas de rupture abusive de l'ancien contrat

En cas de rupture abusive du précédent contrat de travail par le salarié, le nouvel employeur de celui-ci peut être tenu solidairement responsable du dommage causé à l'ancien employeur, dans trois hypothèses :

- s'il est démontré qu'il est intervenu dans la rupture abusive, notamment en la provoquant ;
- lorsqu'il embauche un salarié qu'il sait déjà lié par un contrat de travail ;
- quand il continue à employer le salarié, après avoir eu connaissance de l'existence de son autre contrat.

Dans le troisième cas, la responsabilité du nouvel employeur cesse d'exister si, au moment où il est averti de l'autre engagement du salarié :

- le contrat de travail rompu de façon abusive est arrivé à expiration :
 - échéance du terme, en cas de contrat à durée déterminée,
 - expiration du préavis, en cas de contrat à durée indéterminée,
- un délai de 15 jours s'est écoulé depuis la rupture irrégulière du contrat de travail.

Article L. 1237-3 du Code du travail

La démission du salarié de son précédent emploi peut notamment être qualifiée d'abusives et ouvrir droit à des dommages-intérêts au profit de l'ancien employeur :

- lorsqu'elle intervient du jour au lendemain, sans respecter le délai-congé ou sans information de l'employeur ;
- lorsqu'elle est entachée de concurrence déloyale (actes effectifs de concurrence visant à nuire à l'entreprise).

Il est alors nécessaire de prouver la volonté délibérée du salarié de nuire à son ancien employeur ou sa légèreté blâmable, c'est-à-dire une totale indifférence aux conséquences de ses actes sur la bonne marche de l'entreprise.

La charge de la preuve de la responsabilité solidaire du nouvel employeur incombe à l'ancien employeur, auquel la démission abusive du salarié ou la concomitance des deux contrats de travail a porté préjudice. L'action en justice dirigée contre le nouvel employeur doit être intentée devant le Tribunal d'Instance ou le Tribunal de Grande Instance, en fonction du montant du préjudice subi. Parallèlement, l'ex-employeur met en œuvre la responsabilité du salarié devant le Conseil de prud'hommes.

La reconnaissance de la responsabilité solidaire du nouvel employeur par les juges peut entraîner sa condamnation à payer les indemnités de préavis du salarié débauché, les coûts du recrutement et de la formation de son remplaçant, les conséquences commerciales et financières de la désorganisation de l'entreprise, ...

Mais l'action intentée contre le nouvel employeur en responsabilité solidaire ne doit pas être un motif pour rompre le nouveau contrat de travail qui le lie au salarié débauché.

Responsabilité délictuelle en cas de concurrence déloyale

L'employeur qui débauche des salariés d'une entreprise concurrente, par le biais de manœuvres frauduleuses, peut voir engagée sa responsabilité délictuelle, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Les manœuvres frauduleuses ne sont pas nécessairement caractérisées par l'intention de nuire à l'ancien employeur. Pour retenir le caractère déloyal du débauchage, les juges peuvent prendre en compte le nombre de salariés débauchés simultanément ou successivement, ou l'offre d'une rémunération anormalement élevée.

La responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale ne peut être reconnue à l'encontre du nouvel employeur que si ses manœuvres pour débaucher du personnel d'une autre entreprise sont effectivement déloyales, ont créé un réel préjudice à cette dernière et qu'il existe un lien de cause à effet entre le comportement fautif et le dommage subi.

Exemples

Aussi, notamment, il ne peut y avoir délit de concurrence déloyale si l'entreprise qui débauche les salariés de l'autre entreprise n'est pas concurrente de celle-ci.

De même, l'embauche d'un salarié qui a récemment travaillé dans une entreprise appartenant au même secteur d'activité ne caractérise pas, en soi, un acte de concurrence déloyal.

Cass. soc. 19 octobre 1999 - Société Sector Ingénierie c/ Société Réalix Technologies - RJS 1/00 n° 39

L'action en justice à l'encontre du nouvel employeur pour concurrence déloyale, est intentée par l'entreprise lésée devant le Tribunal de Grande Instance ou le Tribunal de Commerce, selon que les deux employeurs ont, ou non, la qualité de commerçant. La charge de la preuve appartient à l'ancienne entreprise pour laquelle le débauchage a eu des conséquences dommageables. La demande de réparation se résout en dommages-intérêts.

La compétence de la juridiction commerciale, lorsque les deux parties ont la qualité de commerçant, s'étend à la contestation formée en défense par la société mise en cause, relative à l'applicabilité de la clause contractuelle de non-concurrence qui lui est opposée.

Cass. com. 27 mars 2001 - CGPF c/ SARL Robant prestations

Parallèlement, l'ex-employeur peut agir, devant le Conseil de prud'hommes, à l'encontre du salarié débauché pour violation de la clause de non-concurrence, si elle existe.

RESPECT DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE LIANT LE SALARIÉ

L'embauche d'un salarié lié par une clause de non-concurrence à son ancien employeur doit respecter les conditions prévues par cette clause.

Le respect de la clause de non-concurrence s'impose même si la validité de celle-ci est litigieuse. Dans cette hypothèse, une action en reconnaissance de la clause illicite peut être parallèlement intentée par le salarié.

Cass. soc. 25 octobre 1990 - Bull. civ. V, n° 495

«La nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié, dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard.

De même, l'action en concurrence déloyale engagée contre le nouvel employeur devant la juridiction commerciale ne fait pas obstacle à l'action engagée par l'ancien employeur contre le salarié, en réparation du préjudice subi».

Cass.soc. 28 janvier 2005 - Monsbrot c/ Société Fretoccitan

Responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale

L'employeur qui embauche un salarié au mépris de sa clause de non-concurrence peut voir engagée sa responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et en tant que tiers responsable de la violation de l'obligation de non-concurrence souscrite par le salarié. Le non-respect de cette obligation se résout alors en dommages-intérêts au profit de l'ancien employeur.

Cette responsabilité à l'égard de l'ancien employeur peut être reconnue lorsque celui-ci démontre que le nouvel employeur :

- a aidé le salarié à enfreindre sa clause de non-concurrence ;
- connaît l'existence de la clause de non-concurrence lors de l'embauche du salarié ;
- n'a pas licencié le salarié pour faute grave, dans un bref délai, dans l'hypothèse où l'existence de la clause a été connue après l'embauche.

☞ Le nouvel employeur ne peut prétendre ignorer l'existence d'une clause de non-concurrence lorsque les deux employeurs successifs sont soumis à la même convention collective qui prévoit une telle clause, ou lorsque les fonctions du salarié, cadre supérieur, implique systématiquement une obligation de non-concurrence.

Cass. soc. 25 octobre 1990 - Bull. civ. V, n° 495

De même, la connaissance de l'existence d'une clause de non-concurrence est présumée dans les secteurs professionnels où elle est habituelle.

Cass. com. 7 février 1995 - SA TF1 c/ SA Antenne 2 - RJS 7/95 n° 779 (animateurs de télévision)

A l'inverse, l'embauche d'un salarié qui a récemment travaillé dans une entreprise appartenant au même secteur d'activité ne fait pas présumer, par elle-même, que l'entreprise connaît l'existence de la clause de non-concurrence qui lie ce salarié.

Cass. soc. 19 octobre 1999 - Société Sector Ingenierie c/ Société Réalix Technologies - RJS 1/00 n° 39

L'action en responsabilité délictuelle à l'encontre du nouvel employeur, devant le Tribunal de Commerce ou le Tribunal de Grande Instance, selon que les deux employeurs sont commerçants ou non, n'est pas exclusive d'une action en responsabilité contractuelle à l'encontre du salarié, devant le Conseil de prud'hommes.

Cass. com. 24 mars 1998 - Bull. civ. IV, n° 111

Résiliation judiciaire du nouveau contrat de travail

L'ancien employeur peut également obtenir en justice, éventuellement sous astreinte et en référé, la résiliation du nouveau contrat de travail, sur le fondement de l'article 1143 du Code civil (responsabilité contractuelle).

La demande de résiliation du contrat intentée à l'encontre du salarié doit être portée devant le Conseil de prud'hommes. La même demande formulée à l'encontre du nouvel employeur doit être déposée auprès du Tribunal de Commerce, Tribunal de Grande Instance, ou Tribunal d'Instance, selon la qualité de commerçant ou non des parties et selon l'importance du dommage subi.

Dès lors que la violation de la clause de non-concurrence est établie, le juge ne peut écarter la demande de résiliation du contrat de travail effectuée par l'ancien employeur, alors même que le salarié a, par ailleurs, été condamné à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

Cass. soc. 24 janvier 1979 - Bull. civ. V, n° 67

RESPECT DE L'ÂGE D'ADMISSION AU TRAVAIL

Interdiction d'emploi en deçà de 16 ans

Ne peuvent être employés les enfants de l'un ou l'autre sexe avant d'être régulièrement libérés de l'obligation scolaire. La fin de l'obligation scolaire se situe actuellement à l'âge de 16 ans.

Article L. 4153-1 du Code du travail

Cette interdiction légale d'emploi s'applique aux établissements visés à l'article L. 200-1 du Code du travail :

- établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, qu'ils soient de nature publique ou privée, laïque ou religieuse, même s'ils ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance ;
- offices publics et ministériels ;
- professions libérales ;
- sociétés civiles ;
- syndicats professionnels et associations de quelque nature que ce soit.

Le Code rural énonce la même interdiction d'emploi des jeunes non libérés de l'obligation scolaire (moins de 16 ans) dans les établissements agricoles.

Article 1^{er} - Décret n° 97-370 du 14 avril 1997

Toute discrimination fondée sur l'âge dans le cadre d'un refus d'embauche peut être pénalement sanctionnée : 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

Article 225-3 du Code pénal modifié par Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 28 mai

Stages d'initiation ou d'application en milieu professionnel

L'interdiction d'emploi des enfants de moins de 16 ans ne fait pas obstacle à ce que les élèves qui suivent un enseignement alterné accomplissent des stages d'initiation ou d'application en milieu professionnel durant les deux dernières années de leur scolarité obligatoire. Ces stages ne peuvent être effectués que dans des entreprises commerciales ou artisanales ou des PME ayant fait l'objet d'un agrément, par convention entre l'entreprise utilisatrice et l'établissement scolaire.

Article L. 4153-1 du Code du travail

Travaux légers pendant les vacances scolaires

Il est possible d'employer des adolescents de plus de 14 ans à des travaux légers pendant les vacances scolaires, à condition que leur soit assuré un repos effectif d'une durée au moins égale à la moitié de chaque période de congé. L'employeur doit en faire la demande 15 jours au préalable auprès de l'Inspection du Travail. Celle-ci dispose d'un délai de 8 jours pour notifier son désaccord éventuel.

Articles L. 4153-3, D. 4153-1 à D. 4153-7 du Code du travail

Dérogations pour les entreprises familiales

L'interdiction d'emploi des enfants de moins de 16 ans est levée dans les établissements où ne sont employés que les membres de la famille sous l'autorité soit du père, soit de la mère, soit du tuteur, même lorsque ces établissements exercent leur activité professionnelle sur la voie publique.

Article L. 4153-5 du Code du travail

Apprentis

En principe, nul ne peut être engagé en qualité d'apprenti, s'il n'est âgé de 16 ans au moins à 25 ans, au début de l'apprentissage. Toutefois, les jeunes âgés d'au moins 15 ans peuvent souscrire un contrat d'apprentissage s'ils justifient avoir effectué la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire (classe de troisième).

Articles L. 4153-1 et L. 6222-1 du Code du travail

Différences de traitement autorisées

Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé et la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Ces différences de traitement peuvent consister en :

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement fondé sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

OBLIGATION D'EMPLOI DES TRAVAILLEURS HANDICAPÉS

OBLIGATION D'EMPLOI DE 6 % DANS LES ENTREPRISES DE PLUS DE 20 SALARIÉS

Les entreprises occupant au moins 20 salariés sont tenues d'employer des travailleurs handicapés, à temps plein ou à temps partiel, dans la proportion de 6 % de l'effectif total des salariés. Pour les entreprises à établissements multiples, cette obligation d'emploi s'applique établissement par établissement.

Article L. 5212-2 du Code du travail

Les entreprises qui atteignent le seuil des 20 salariés en cours d'année disposent d'un délai de 3 ans pour se mettre en conformité avec cette obligation d'emploi. Pour être plus incitatif à l'emploi direct de personnes handicapées, le dispositif est réformé par une loi du 11 février 2005.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février

L'obligation d'emploi de travailleurs handicapés est également applicable aux contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestation de service passés par les entreprises de plus de 20 salariés concernées. Afin de garantir le principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur doit prendre des mesures appropriées pour leur permettre d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser, ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures ne constituent pas une discrimination au regard de la définition donnée par la loi du 27 mai 2008. À l'inverse, le refus de prendre ces mesures en faveur des personnes handicapées caractérise une discrimination.

Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 28 mai

Articles L. 5213-6 et L. 1133-3 du Code du travail

La volonté politique de prendre en compte des problématiques liées au handicap s'est accentuée et généralisée : une loi du 28 juillet 2011 prévoit notamment le renforcement de la coopération entre le Département, la Région et l'État, par le biais de conventions pluriannuelles d'objectifs et de moyens (financiers et techniques) et de plans régionaux d'insertion professionnelle déclinés au niveau local par les Maisons Départementales des Personnes Handicapées (MDPH), déjà depuis 2009. Cette loi fixe aussi une nouvelle condition liée à la conclusion de contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestation de services avec des entreprises adaptées. Une ordonnance du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives a également modifié les articles L. 5212-1 et suivants du Code du travail relatifs à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

Loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 – JO du 30 juillet

Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 – JO du 24 mars

Ordonnance n° 2012-387 du 22 mars 2012 – JO du 24 mars

Circulaire interministérielle du 4 septembre 2012 relative à la prise en compte du handicap dans les projets de loi – JO du 5 septembre 2012

Une loi du 5 mars 2014 réorganise les rôles du service public national de l'emploi (en l'occurrence Pôle Emploi et Cap Emploi) et de la Région chargée de l'insertion professionnelle des personnes handicapées. Le département n'est plus que le relais de la Région sur un territoire par l'intermédiaire des maisons départementales des personnes handicapées: doit être élaboré tous les 5 ans un plan régional des travailleurs handicapés comprenant un diagnostic local dressé par les maisons départementales des personnes handicapées, un plan d'action régional d'insertion assorti d'objectifs précis, des indicateurs d'évaluation des actions menées, Les conventions régionales pluriannuelles de coordination de l'emploi, de l'orientation et de la formation conclues entre le Préfet de région et le Président du Conseil Régional contribuent à mettre en œuvre ce plan.

Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – JO du 6 mars

Calcul de l'effectif de l'entreprise

Sont intégralement pris en compte dans cet effectif :

- les salariés sous contrat à durée indéterminée ;
- les travailleurs à domicile.

Sont pris en compte au prorata de leur temps de présence, au cours des 12 mois précédents :

- les salariés en contrats à durée déterminée ;
- les salariés sous contrat de travail intermittent ;
- les travailleurs mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires.

Sont par contre exclus du décompte de l'effectif de l'entreprise :

- les salariés sous contrat à durée déterminée ou de travail temporaire, ou mis à disposition par une entreprise extérieure, lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu ;
- les apprentis ;
- les titulaires de contrats unique d'insertion (CUI-CIE et CUI-CAE), contrat d'avenir, contrat de professionnalisation.

Les salariés à temps partiel sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leur contrat de travail par la durée légale ou conventionnelle de travail applicable dans l'entreprise.

Articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail

Déclaration annuelle obligatoire

La DOETH est un imprimé administratif en double exemplaire que l'employeur adresse, non plus à la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE) ou son unité territoriale compétente dans le département, mais à l'AGEFIPH et ce, avant le 30 mars de l'année suivante. Cette date est fixée au 30 avril lorsque la déclaration est effectuée par voie électronique.

Les dates limites de déclaration ainsi que le destinataire ont été modifiés à partir de 2013 (donc pour les déclarations au titre de l'année civile 2012), depuis l'entrée en vigueur d'un décret du 4 décembre 2012.

L'AGEFIPH est destinataire des informations contenues dans la déclaration d'emploi des travailleurs handicapés et de la DADS auxquels est assujéti l'employeur chaque année civile. Cette association est en effet chargée de la gestion de ces données, des déclarations obligatoires de l'employeur et du contrôle des contributions employeur depuis janvier 2013.

Articles R. 5212-1 et suivants du Code du travail modifiés par Décret n° 2012-1354 du 4 décembre 2012 – JO du 6 décembre

☞ Depuis le 1^{er} janvier 2000, la partie D1 de l'imprimé est supprimée et intégrée dans la DADS. Elle permettait d'établir si l'entreprise était ou non assujéti à l'obligation d'emploi de personnes handicapées : déclaration de l'effectif de l'établissement, comptabilisation des personnes handicapées.

La déclaration (DOETH), sur laquelle l'employeur justifie s'être acquitté de son obligation d'emploi reste, quant à elle, obligatoire : liste des salariés bénéficiaires et état d'avancement du programme d'embauche ou de réinsertion professionnelle, versement d'une contribution à l'AGEFIPH, liste des contrats passés avec des ateliers protégés.

Les pièces justificatives des éléments inscrits doivent être jointes à la déclaration : copie des contrats conclus, titres de règlement à l'AGEFIPH,... L'employeur conserve un volet de la déclaration et la transmet, pour information, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Article R. 5212-4 du Code du travail

SANCTIONS

L'absence de déclaration, le fait de ne pas remplir son obligation d'emploi des travailleurs handicapés ou de ne pas répondre aux demandes de pièces justificatives faites par l'administration, peuvent être sanctionnés par une pénalité. Son recouvrement est assuré par le Trésorier Payeur Général.

Le prononcé de la sanction relève de la compétence du préfet du département où est situé chaque établissement, lorsque l'employeur n'a pas appliqué le programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés issu d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement agréé.

Décret n° 2014-551 du 27 mai 2014 – JO du 29 mai

Depuis le **1^{er} janvier 2006**, la pénalité est égale au montant de la contribution AGEFIPH dont sont redevables les entreprises qui, pendant une durée supérieure à 3 ans, n'ont occupé aucun travailleur handicapé, n'ont passé aucun contrat de sous-traitance avec le secteur protégé ou n'appliquent aucun accord en faveur des travailleurs handicapés, majoré de **25 %**, soit **1 875 €**.

Cette mesure, entrée en vigueur au **1^{er} janvier 2006**, prend effet au **1^{er} janvier 2009**.

Le délai de 3 ans, dont dispose l'entreprise pour se conformer à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, mentionné à l'article L. 5212-4 du Code du travail, et le délai de 3 ans au terme duquel l'entreprise est pénalisée si elle n'a pas employé de travailleur handicapé alors qu'elle le devait, prévu à l'article L. 5212-10 du Code du travail, ne sont pas cumulables. Autrement dit, l'entreprise ne dispose pas de 6 ans pour remplir son obligation d'emploi de travailleur handicapé.

Note de service DGEFP n° 2006-22 du 5 juillet 2006

Les établissements qui occupent au moins vingt salariés au moment de leur création ou en raison de l'accroissement de leurs effectifs disposent donc, pour se mettre en conformité avec l'obligation d'emploi, d'un délai déterminé par décret qui ne peut excéder trois ans.

Article L. 5212-4 du Code du travail modifié par la Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 - JO du 24 mars

Les entreprises ne peuvent plus concourir aux marchés publics si, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, elles n'ont pas souscrit la déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés ou si elles n'ont pas versé la contribution AGEFIPH dont elles sont redevables. Les candidatures, au concours des marchés publics, ne sont désormais éligibles que si l'entreprise a respecté ses obligations en matière d'emploi de travailleurs handicapés.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février

ALTERNATIVES À L'EMBAUCHE DE SALARIÉS HANDICAPÉS

Au lieu d'embaucher effectivement des travailleurs handicapés, les entreprises peuvent :

- sous-traiter certains travaux au secteur protégé, dans la limite de 3 % de l'effectif total des salariés ;
- conclure un accord collectif de groupe, de branche, d'entreprise ou d'établissement prévoyant la mise en œuvre d'un programme d'action en faveur des handicapés (plan d'embauche en milieu ordinaire, plan d'insertion ou de formation, plan d'adaptation aux mutations technologiques, plan de maintien dans l'entreprise en cas de licenciement). Le destinataire de la déclaration de l'accord de groupe ou de branche n'est plus le Préfet du département où l'entreprise a son siège mais l'AGEFIPH chargée de la gestion administrative et financière de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés depuis l'entrée en vigueur d'un décret du 4 décembre 2012 ;

Décret n° 2012-1354 du 4 décembre 2012 – JO du 6 décembre

- verser une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (AGEFIPH) :

La passation par l'entreprise de contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services ne donne lieu à l'exonération partielle de l'obligation d'emploi, dans la limite de 50 %, que si ces contrats ont été conclus :

- soit avec des entreprises adaptées ou des centres de distribution de travail à domicile agréés ;
- soit avec des établissements ou services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles et autorisés.

Les contrats passés avec ces entreprises doivent en outre dépasser un certain montant plancher, fixé par décret.

Décret n° 2006-135 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 - JO du 30 juillet

Un décret du 4 août 2012 fixe ce montant minimal, hors taxe, à 400 fois le SMIC horaire pour une entreprise de 20 à 199 salariés, à 500 fois le SMIC horaire pour une entreprise de 200 à 749 salariés et à 600 fois le SMIC horaire pour une entreprise de 750 salariés et plus, sur une période de 4 ans.

Décret n° 2012-943 du 1^{er} août 2012 - JO du 3 août

Il est également possible d'accueillir des stagiaires handicapés dans l'entreprise, pour s'acquitter de son obligation d'emploi de travailleurs handicapés, dans la limite de 2 % de l'effectif total de l'entreprise. La durée minimale du stage est de 40 heures. Pour que les jeunes handicapés accèdent plus facilement à l'emploi, la loi du 28 juillet 2011 permet la reconnaissance automatique du statut de travailleur handicapé aux jeunes stagiaires de plus de 16 ans ayant droit à la prestation de compensation, à l'allocation pour tierce personne ou à l'allocation d'éducation.

Articles L. 5212-7 et R. 5212-10 du code du travail modifiés par Décret n° 2014-524 du 22 mai 2014 – JO du 24 mai

Bénéficiaires de l'obligation d'emploi

Les travailleurs handicapés bénéficiaires de cette obligation d'emploi sont principalement :

- les travailleurs reconnus handicapés par la COTOREP ;
- les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles dont l'incapacité permanente est au moins égale à 10 % ;
- les titulaires d'une pension d'invalidité attribuée par un régime de Sécurité sociale obligatoire, dès lors que cette invalidité réduit d'au moins 2/3 leur capacité de travail ou de gain ;
- les anciens militaires et assimilés, titulaires d'une pension militaire d'invalidité ;
- les veuves et orphelins de guerre (mères veuves non remariées ou mères célibataires d'enfants décédés par suite de guerre, femmes d'invalides internés), y compris, depuis le 1^{er} juin 1990, les victimes d'actes de terrorisme ;
- les sapeurs-pompiers volontaires titulaires d'une rente invalidité à la suite d'un accident ou d'une maladie contractée en service ;
- les titulaires d'une carte d'invalidité ;
- les titulaires de l'allocation adultes handicapés (AAH).

Article L. 5212-13 du Code du travail

La suspension ou la perte de l'allocation pour adultes handicapés (AAH) ne fait pas perdre la qualité de bénéficiaire de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

Note de service DGEFP n° 2006-22 du 5 juillet 2006

Depuis 2002, certains stagiaires peuvent être pris en compte comme bénéficiaires de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés. Ce sont notamment les personnes qui suivent :

- un stage agréé et rémunéré par l'État, la région, un SAE, ... ;
- un stage de formation professionnelle continue de plus de 150 heures.

Ces stagiaires sont décomptés au titre de l'année où se termine le stage, pour un effectif calculé en divisant la durée du stage par la durée annuelle de travail applicable dans l'entreprise.

Décret n° 2202-1066 du 7 août 2002 - JO du 9 août

Le nombre de ces stagiaires ne peut excéder 2 % de l'effectif total de l'entreprise.

Comptabilisation des bénéficiaires

Chaque personne handicapée bénéficiaire est en principe comptabilisée pour une unité. Certains peuvent cependant compter pour plus d'une unité.

Les modalités de décompte des bénéficiaires de l'obligation d'emploi sont modifiées à compter du **1^{er} janvier 2006**. Le système des unités bénéficiaires supplémentaires est supprimé. Chaque bénéficiaire compte pour une unité, lorsqu'il est présent dans l'entreprise au moins 6 mois au cours des 18 derniers mois, quelle que soit la nature de son contrat de travail ou la durée de ce contrat. Les contrats de travail temporaire ou de mise à disposition par une entreprise extérieure sont comptabilisés au prorata de leur temps de présence dans l'entreprise utilisatrice au cours des 12 mois précédents.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février

Les personnes handicapées mises à disposition dans une entreprise, dans le cadre de contrat de sous-traitance, ne peuvent être comptabilisées ni dans l'effectif des bénéficiaires de l'entreprise qui met à disposition, ni dans celui des bénéficiaires de l'entreprise utilisatrice.

Les travailleurs handicapés mis à disposition d'une entreprise par une entreprise de travail temporaire, ou dans le cadre d'un prêt de main d'œuvre sans but lucratif, sont, quant à eux, comptabilisés au prorata de leur temps de présence dans l'effectif des bénéficiaires de l'entreprise utilisatrice, même s'ils remplacent des salariés absents.

Note de service DGEFP n° 2006-22 du 5 juillet 2006

AIDES FAVORISANT L'EMPLOI DE TRAVAILLEURS HANDICAPÉS

De façon générale, les ressources du Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (FIPH) sont affectées notamment :

- à la compensation du coût supplémentaire des actions de formation et au financement d'actions d'innovation et de recherche dont bénéficient les intéressés dans l'entreprise ;
- à des mesures nécessaires à l'insertion et au suivi des travailleurs handicapés dans leur vie professionnelle.

L'AGEFIPH (association pour la gestion de ce fonds) assure en particulier la redistribution et la répartition de ce fonds public entre entreprises privées fournissant un effort dans l'emploi des travailleurs handicapés, personnes handicapées et établissement d'accueil de celles-ci.

Les aides de l'AGEFIPH sont multiples et variées, évolutives dans le temps au gré des priorités définies par les politiques nationales.

Depuis 2012, l'offre de services de l'AGEFIPH est structurée autour des quatre grands pôles suivants :

- l'offre directe de l'AGEFIPH : conseil aux grands comptes, candidathèque, offres d'emploi, prestations pendant la Semaine de l'emploi des personnes handicapées, etc. ;

- les aides, à la formation, à l'insertion, au maintien dans l'emploi, à l'apprentissage, aux contrats de professionnalisation, à l'adaptation des situations de travail, etc. dont une large partie est dorénavant prescrite par les professionnels de terrain, tels les conseillers du réseau « Cap Emploi », en fonction de la situation concrète de la personne concernée ;
- les services délivrés par Cap Emploi (insertion), SAMETH (Service d'appui au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés) et Alther (conseil et mobilisation des entreprises) ;
- les prestations spécialisées délivrées ponctuellement sur prescription pour répondre à un besoin identifié : compensations de handicaps (déficiences auditives, visuelles, motrices, psychiques, intellectuelles), études préalables à l'aménagement des situations de travail, conseil en création d'activité, formations courtes et collectives.

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2012, les aides financières gérées par l'AGEFIPH ne sont plus versées automatiquement, mais en fonction du besoin de l'entreprise et seulement si elles s'avèrent déterminantes pour concrétiser le recrutement ou le maintien dans l'emploi d'une personne handicapée.

CONTRIBUTION ANNUELLE AGEFIPH

La contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH) a été modifiée par une loi du 11 février 2005 et ses décrets d'application du 9 février 2006.

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février

Décrets n° 2006-134, 2006-135 et 2006-136 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Arrêtés ministériels du 9 février 2006 - JO du 10 février

D'une part, le plafond de contribution est relevé à 600 fois le SMIC horaire par bénéficiaire de l'obligation d'emploi non employé ou « manquant ». Cette limite peut être portée à 1500 fois le SMIC horaire, pour les entreprises ne faisant aucun effort d'embauche directe de personnes handicapées. Cette absence d'effort se caractérise par l'absence d'embauche directe de travailleurs handicapés, l'absence de contrats de sous-traitance avec les secteurs protégés, et l'absence d'accord collectif prévoyant la mise en œuvre d'un programme annuel ou pluri-annuel en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise, et ce, pendant une période supérieure à 3 ans.

Article D. 5212-27 du Code du travail, créé par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006 - JO du 10 février et modifié par Décret n° 2012-943 du 1^{er} août 2012 – JO du 4 août

D'autre part, la contribution annuelle à l'AGEFIPH peut être modulée en fonction du nombre d'emplois exigeant des conditions particulières d'aptitude existants dans l'entreprise et du nombre de bénéficiaires dont la lourdeur du handicap a été reconnue.

Modalités de calcul de la contribution AGEFIPH

La contribution annuelle AGEFIPH est égale :

- au nombre de bénéficiaires manquants, déduction faite, le cas échéant, des coefficients de minoration au titre des efforts consentis par l'employeur en matière de maintien dans l'emploi ou de recrutement direct de bénéficiaires ;
- multiplié, le cas échéant, par le coefficient de minoration au titre des emplois exigeant des conditions d'aptitude particulières occupés par des salariés de l'établissement ;
- multiplié par les montants fixés à l'article D. 5212-27 du Code du travail pour tenir compte de l'effectif de l'entreprise.

Toutefois, la contribution annuelle ne peut pas être inférieure au produit du nombre de bénéficiaires manquants, par 50 fois le SMIC horaire. Par exception, pour les établissements dont le pourcentage de l'effectif des salariés occupant des emplois qui relèvent des catégories d'emploi exigeant des conditions d'aptitude particulières excède 80 %, la contribution annuelle à l'AGEFIPH est égale au nombre de bénéficiaires manquants, multiplié par 40 fois le SMIC horaire.

Article D. 5212-19 du Code du travail modifié par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006 - JO du 10 février 2006

Le nombre de bénéficiaires manquants est égal à la différence entre le nombre des bénéficiaires que l'employeur est tenu d'employer et le nombre de bénéficiaires occupés auquel est ajouté l'équivalent d'embauche de bénéficiaires dû à la passation de contrats de fourniture, sous-traitance, ou prestation de service, ou dû à l'accueil de stagiaires handicapés. Un bénéficiaire occupé ne peut pas être comptabilisé plusieurs fois au motif qu'il entre dans plusieurs catégories de bénéficiaires.

Article D. 5212-22 du Code du travail, créé par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Catégories d'emplois exigeant des conditions d'aptitude particulières			
Numéro de la nomenclature	Intitulé de la nomenclature 2003 des professions et catégories socioprofessionnelles PCS	Numéro de la nomenclature	Intitulé de la nomenclature 2003 des professions et catégories socioprofessionnelles PCS
389 b	Personnel navigant technique de l'aviation civile	632 a	Maçons qualifiés
389 c	Officier de la marine marchande	632 c	Charpentiers en bois qualifiés
480 b	Maîtres d'équipage	632 e	Couvreurs qualifiés
526 e	Ambulanciers	641 a	Conducteurs routiers et grands routiers
533 a	Pompiers	641 b	Conducteurs de véhicules routiers de transports en commun
533 b	Agents techniques forestiers, gardes des espaces naturels exclusivement pour les gardes-chasses et les gardes-pêche.	643 a	Conducteurs, livreurs, coursiers salariés
534 a	Agents de sécurité et de surveillance, excepté les gardiens d'usine, les gardiens de musée et les gardiens de nuit	651 a	Conducteurs d'engins lourds de levage
534 b	Convoyeurs de fonds, gardes du corps, enquêteurs privés et métiers assimilés	651 b	Conducteurs d'engins lourds de manœuvre
546 a	Contrôleurs des transports	652 b	Dockers
546 e	Agents et hôtesses d'accompagnement	654 b	Conducteurs qualifiés d'engins de transport guidés
553 b	Vendeurs polyvalents de grands magasins	656 b	Matelots de marine marchande
624 d	Monteurs qualifiés en charpente métallique	656 c	Capitaines et matelots, timoniers de la navigation fluviale
621 a	Chefs d'équipe du gros-œuvre et des travaux publics	671 c	Ouvriers non qualifiés des travaux publics et du travail du béton
621 b	Ouvriers qualifiés du travail du béton	671 d	Aides mineurs, ouvriers non qualifiés de l'extraction
621 c	Conducteurs qualifiés d'engins de chantier du bâtiment et des travaux publics	681 a	Ouvriers non qualifiés du gros-œuvre du bâtiment
621 e	Autres ouvriers qualifiés des travaux publics	691 a	Conducteurs d'engins agricoles ou forestiers
621 g	Mineurs de fond qualifiés et ouvriers qualifiés de l'extraction	692 a	Marins pêcheurs et ouvriers de l'aquaculture

La définition est donnée par la nomenclature (ESE) : "elle est exclusive de toute interprétation et limitative. Aucune assimilation à des catégories existant dans cette nomenclature (reprise à l'article D. 323-3 du Code du travail) ni aucun ajout ne peuvent être effectués". En particulier, la catégorie 553 b ne concerne que les vendeurs polyvalents de grands magasins. Toutes précisions peuvent être fournies par la DDTEFP auprès de laquelle peut être obtenue cette nomenclature. La liste des emplois exigeant des conditions d'aptitude particulières est complétée par décret du 16 septembre 2003. Ce texte se réfère à la version 2003 de la nomenclature PCE-ESE, qui est donc utilisée pour la première fois à l'occasion de la déclaration à souscrire pour le 15 février 2004. Décret n° 2003-887 du 16 septembre 2003 - JO du 18 septembre.

Dépenses déductibles

Dans la limite de 10 % du montant de la contribution annuelle, les employeurs peuvent déduire du montant de cette contribution les dépenses, ne leur incombant pas en application d'une disposition législative ou réglementaire, qu'ils ont supportées pour favoriser l'accueil, l'insertion ou le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés au sein de l'entreprise ou l'accès à la vie professionnelle de personnes handicapées. Sont exclues des dépenses déductibles les dépenses donnant lieu à une décision de reconnaissance de la lourdeur du handicap.

Article D. 5212-28 du Code du travail créé par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Les dépenses déductibles sont celles liées :

- à la réalisation de travaux, dans les locaux de l'entreprise, afin de faciliter l'accessibilité sous toutes ses formes des travailleurs handicapés ;
- à la réalisation d'études et d'aménagements des postes de travail en liaison avec le médecin du travail et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, afin d'améliorer l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés dans l'entreprise ;
- à la mise en place de moyens de transport adaptés en fonction de la mobilité et du problème particulier de chaque travailleur handicapé ;
- à la mise en œuvre de moyens pour le maintien dans l'emploi et la reconversion professionnelle de travailleurs handicapés ;
- à la mise en place d'actions pour aider au logement des travailleurs handicapés afin qu'ils puissent se rapprocher de leur lieu de travail ;
- à la mise en place d'actions pour aider à la formation des travailleurs handicapés des entreprises adaptées et des établissements ou services d'aide par le travail dans le cas d'adaptation de la qualification liée à l'achat d'une prestation ;
- au partenariat avec des associations ou organismes œuvrant pour l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées, à l'exclusion des actions financées dans le cadre du mécénat ;
- à la mise en place d'actions d'aide à la création d'entreprises par des personnes handicapées ;
- à la formation et à la sensibilisation de l'ensemble des salariés de l'entreprise dans le cadre de l'embauche ou du maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- à la conception et à la réalisation de matériel ou d'aides techniques pour les travailleurs handicapés ;
- à l'aide à l'équipement et à l'apport de compétences et de matériel aux organismes de formation pour accroître leur accueil de personnes handicapées ;
- à la formation initiale et professionnelle en faveur des personnes handicapées au-delà de l'obligation légale.

Arrêté du 9 février 2006 fixant la liste des dépenses déductibles de cette contribution

La décision prise par la DIRECCTE sur la demande de reconnaissance de la lourdeur du handicap est motivée. Le bénéficiaire de l'obligation d'emploi en est informé. Cette décision prend effet à compter de la date du dépôt de la demande. Elle fait l'objet d'un réexamen tous les 1 ou 3 ans. Lorsque le bénéficiaire de l'obligation d'emploi change de poste au sein de l'entreprise, ou lorsque son handicap évolue, l'employeur présente une demande de révision de la décision de reconnaissance de la lourdeur du handicap.

Article R. 5213-46 du Code du travail, créé par le décret n° 2006-134 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Dans le mois qui suit la date de notification de la décision de reconnaissance de la lourdeur du handicap, l'employeur soumis à l'obligation d'emploi indique à la DIRECCTE s'il opte pour la modulation de la contribution annuelle prévue à l'article L. 5212-9 ou pour le versement de l'aide à l'emploi mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 5213-11.

Article R. 5213-51 du Code du travail, créé par le décret n° 2006-134 du 9 février 2006 - JO du 10 février

Coefficients de minoration		
En fonction de l'âge : - de 26 ans et 50 ans et +	0,5 : à titre permanent	
En fonction de la lourdeur du handicap	1 : pour handicap lourd reconnu par la DIRECCTE	0,5 : la 1 ^{ère} année d'emploi, pour les autres bénéficiaires
En fonction de la situation antérieure du bénéficiaire :	1 : la 1 ^{ère} année d'emploi, pour un bénéficiaire en chômage de longue durée	1 : à titre permanent d'un bénéficiaire à sa sortie d'une entreprise adaptée, d'un centre de distribution de travail à domicile ou d'un établissement ou service d'aide par le travail
En fonction du nombre d'emplois exigeant des conditions d'aptitude particulières existant dans l'entreprise	1 - 1,3 % effectif des salariés occupant des emplois exigeant des conditions d'aptitude particulières. Ce pourcentage est calculé par rapport à l'effectif total des salariés de l'établissement.	

Articles D. 5212-23 et D. 5212-25 du Code du travail, créés par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006

Les minoration de la contribution AGEFIPH ne sont pas proratisées en fonction du temps de présence dans l'entreprise du bénéficiaire de l'obligation d'emploi, quand bien même celui-ci serait comptabilisé au prorata de son temps de présence, parce que mis à disposition par une entreprise de travail temporaire ou dans le cadre d'un prêt de main d'œuvre à but non lucratif.

La minoration de 0,5, au titre de l'âge vaut pour l'embauche autant que pour le maintien dans l'emploi d'un travailleur handicapé bénéficiaire de l'obligation d'emploi.

Note de service DGEFP n° 2006-22 du 5 juillet 2006

Les montants mentionnés à l'article D. 5212-19 du Code du travail aux fins de tenir compte de l'effectif de l'entreprise, sont fixés à :

- 400 fois le salaire horaire minimum de croissance pour les entreprises comptant de 20 à 199 salariés ;
- 500 fois le salaire horaire minimum de croissance pour les entreprises comptant de 200 à 749 salariés ;
- 600 fois le salaire horaire minimum de croissance pour les entreprises comptant de 750 salariés et plus.

Article D. 5212-26 du Code du travail, créé par le décret n° 2006-136 du 9 février 2006

Depuis le 20 septembre 2003, l'obligation de communiquer la déclaration annuelle des handicapés au comité d'entreprise ou, à défaut aux délégués du personnel, ne s'étend pas à la liste nominative des travailleurs handicapés employés par l'entreprise.

Décret n° 2003-886 du 16 septembre 2003 - JO du 18 septembre

Cette disposition met fin à une divergence d'interprétation de l'ancien texte entre l'administration et la jurisprudence. L'administration considérait en effet que la liste nominative des travailleurs handicapés revêtait un caractère confidentiel, en raison des données qu'elle contient sur l'importance du handicap de chaque personne. L'employeur ne devait pas alors la communiquer aux représentants du personnel sans l'accord des intéressés.

Note DE n° 89-9 du 10 février 1989 - BOMT n° 89-7

La Cour d'appel de Lyon s'était prononcée en sens contraire, considérant que la confidentialité des renseignements fournis était suffisamment garantie par l'obligation de discrétion pesant sur les représentants du personnel.

Cour d'appel de Lyon - 24 janvier 2002 - RJS 11/02 n° 1309

En pratique, compte tenu de la configuration actuelle de la DOETH, il convient à compter du 15 février 2004, de ne pas transmettre aux représentants du personnel la rubrique IV de l'imprimé.

Ces dispositions sont applicables aux employeurs concernés par l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés à compter de l'année où ils entrent dans le champ d'application du dispositif.

Article R. 5212-1 du Code du travail, modifié par le décret n° 2006-135 du 9 février 2006 - JO du 10 février

PRIORITÉS D'EMPLOI ET DE RÉEMBAUCHAGE

Avant d'engager une procédure de recrutement, l'employeur doit vérifier que le poste concerné ne peut être pourvu par une personne déjà salariée dans l'entreprise et susceptible de bénéficier d'une priorité d'emploi, de réembauchage, d'un reclassement ou d'une réintégration.

PRIORITÉ D'EMPLOI DES SALARIÉS À TEMPS PARTIEL

Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement, ou, à défaut, dans la même entreprise, ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent.

Nouvel article L. 3123-8 du Code du travail

L'employeur doit porter à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles équivalents. La mise en œuvre de cette priorité d'emploi sur un des postes proposés implique alors une demande préalable en ce sens de la part des salariés intéressés.

L'employeur ne peut rejeter la demande d'un salarié à temps partiel pour travailler à temps complet qu'en l'absence de poste équivalent disponible. Son refus injustifié de faire droit à la requête du salarié l'expose au versement de dommages-intérêts.

Cass. soc. 29 mars 1995 - Bull. civ. V, n° 116

Des dispositions conventionnelles, relatives à la mise en place du temps partiel dans l'entreprise, peuvent préciser les conditions dans lesquelles les salariés bénéficient de cette priorité d'emploi.

Le chef d'entreprise communique au moins une fois par an au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, un bilan du travail à temps partiel réalisé dans l'entreprise. Lors de la réunion au cours de laquelle est discuté ce bilan, il est tenu d'expliquer les raisons qui l'ont amené à refuser à des salariés à temps complet de passer à temps partiel et à des salariés à temps partiel de travailler à temps complet. Ce bilan est également communiqué aux délégués syndicaux de l'entreprise.

Articles L. 2323-29 et L. 3123-3 du Code du travail

RECLASSEMENT DANS LE CADRE D'UN LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

L'employeur qui ne respecte pas son obligation de rechercher les possibilités de reclassement du salarié dont il envisage le licenciement pour motif économique s'expose à ce que le licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse.

Cass. soc. 12 décembre 1995 - Bull. civ. V, n° 342

En effet, la Cour de cassation considère que le licenciement économique n'est légitime que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise est impossible.

Cass. soc. 1^{er} avril 1992 - Bull. civ. V, n° 228

L'employeur doit proposer des emplois de même catégorie professionnelle que les postes anciennement occupés par les salariés concernés ou, à défaut, des postes de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail.

L'obligation de reclassement est doublée d'une obligation patronale d'adaptation du salarié à son emploi. Si le salarié est dans l'impossibilité d'occuper un poste disponible, en l'état de ses compétences professionnelles, l'employeur doit lui proposer une formation.

Cass. soc. 25 février 1992 - Bull. civ. V, n° 122

PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE APRÈS UN LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

Bénéficiaires

Le salarié licencié pour motif économique ou ayant adhéré à une convention de conversion bénéficie d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de la rupture de son contrat.

Article L. 1233-45 du Code du travail

☞ *La priorité de réembauchage n'est pas un droit automatique. Elle ne s'impose à l'employeur qu'à partir du jour où le salarié demande à en bénéficier.*

Cass. soc. 30 mars 1999 - Société Dumez GTM c/ Ganeau

Point de départ du délai de réembauchage

La date de rupture du contrat, point de départ du délai de réembauchage, s'entend :

- de la date d'expiration du préavis, qu'il soit exécuté ou non.

Cass. soc. 21 juillet 1993 - SA Socopan Super U c/ Berthelot - RJS 8-9/93 n° 858

Le délai au cours duquel le salarié peut se prévaloir de la priorité de réembauchage commence donc à courir le lendemain de la date d'expiration du préavis.

Exemple

La priorité de réembauchage a une durée d'un an, si le salarié en fait la demande le jour de la rupture du contrat de travail ou antérieurement.

Par contre, si le salarié manifeste le désir d'user de cette priorité au bout de 4 mois, la priorité de réembauchage ne peut être revendiquée que pendant 8 mois.

Obligation de proposer tout poste disponible et compatible

L'employeur doit informer le salarié qui se prévaut de la priorité de réembauchage de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. Il est par ailleurs tenu d'informer les représentants du personnel des postes disponibles et d'afficher dans l'entreprise la liste de ces postes.

Article L. 1233-45 du Code du travail

Est disponible tout emploi qui n'a pas encore ou n'a plus de titulaire : création d'un poste dans l'entreprise ou départ définitif d'un salarié. Peu importe que le poste soit à pouvoir à titre permanent ou seulement sous contrat à durée déterminée. Par contre, le salarié ne peut revendiquer un poste dont le titulaire est temporairement absent, pour maladie, congé, ...

Cass. soc. 26 janvier 1994 - Bull. civ. V, n° 31

Cass. soc. 12 décembre 1995 - Bull. civ. V, n° 343

Selon la jurisprudence, la priorité de réembauchage ne peut s'exercer que lorsque l'employeur procède à des embauches. Un poste proposé en interne, dans le cadre d'une mesure de gestion prévisionnelle des emplois, n'est donc pas un poste disponible au sens de l'article L. 321-14 du Code du travail.

Cass. soc. 6 juillet 1999 - Salignac c/ SA Société Française des Jeux

Les emplois à proposer doivent être compatibles avec la qualification du salarié, c'est-à-dire requérant des capacités professionnelles identiques au poste anciennement occupé par le salarié. Les emplois de catégorie inférieure doivent également être proposés, dès lors qu'ils ressortent de la même qualification professionnelle. Par contre, les postes de catégorie professionnelle différente n'ont pas à être proposés, l'employeur n'ayant pas de devoir d'adaptation, comme dans le cadre du reclassement.

La qualification à prendre en considération est celle du salarié au moment de la rupture du contrat, sauf si celui-ci informe son employeur de la nouvelle qualification qu'il a acquise au cours des formations successives qu'il a suivies depuis son licenciement. Dans cette dernière hypothèse, le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauchage au titre de celle-ci.

Article L. 1233-45 du Code du travail

Sanctions

En cas de non-respect de la priorité de réembauchage, l'employeur peut être condamné à verser au salarié une indemnité d'un montant au moins égal à 2 mois de salaire.

Article L. 1235-13 du Code du travail

PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE DU SALARIÉ DÉMISSIONNAIRE À L'ISSUE DU CONGÉ DE MATERNITÉ OU D'ADOPTION

A l'issue du congé de maternité ou d'adoption, le salarié peut démissionner pour élever son enfant, sans être tenu de respecter un délai de préavis, ni de payer de ce fait d'indemnités de rupture. Cette rupture du contrat est assortie d'une priorité de réembauchage pendant un an.

Article L. 1225-67 du Code du travail

La demande de réembauchage peut intervenir pendant un an à compter de la date de la rupture du contrat de travail. Elle doit être effectuée par lettre recommandée avec avis de réception.

Dès lors, l'employeur est tenu d'embaucher le salarié demandeur par priorité dans les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre, pendant un délai d'un an à compter de la demande de réemploi.

Dans l'hypothèse de la réintégration du salarié, celui-ci bénéficie de tous les avantages qu'il avait acquis au moment de son départ. Pour les droits liés à l'ancienneté, notamment, il est tenu compte des années d'ancienneté acquises avant la démission du salarié.

RÉINTÉGRATION DANS UN POSTE SIMILAIRE À L'ISSUE D'UN CONGÉ DE LONGUE DURÉE

Le Code du travail prévoit la possibilité pour les salariés en congé de longue durée de réintégrer leur poste de travail ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente, à l'issue de la suspension du contrat :

- dans le cadre d'un congé sabbatique ;

Article L. 3142-85 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé pour création d'entreprise, sous réserve que le salarié en manifeste la volonté au moins 3 mois avant la fin de son congé ;

Article L. 3142-74 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé de solidarité internationale ;

Article L. 3142-28 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé de maternité ;

Article L. 1225-25 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé parental d'éducation ;

Article L. 125-55 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé d'adoption internationale ;

Articles L. 1225-43 et suivants du Code du travail

- dans le cadre d'un congé de paternité ;

Article L. 1225-36 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé de présence parentale ;

Article L. 1225-64 du Code du travail

- dans le cadre d'un congé de solidarité familiale ;

Article L. 3142-19 du Code du travail

L'employeur ne doit pas oublier de proposer les postes vacants à ces salariés dont le contrat de travail est suspendu et dont l'ancien poste de travail n'est pas disponible.

RÉINTÉGRATION OU RECLASSEMENT À LA SUITE D'UNE MALADIE OU D'UN ACCIDENT

Réintégration en cas d'aptitude

A l'issue d'une suspension du contrat de travail consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle, le salarié déclaré apte par le médecin du travail retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente.

Article L. 1226-8 du Code du travail

Un poste similaire ne peut être proposé que lorsque l'ancien emploi du salarié n'est plus disponible, c'est-à-dire n'existe plus ou n'est plus vacant. Dès lors que l'ancien poste du salarié est toujours vacant, l'employeur a l'obligation d'y réintégrer le salarié.

Cass. soc. 22 octobre 1997- Bull. civ. V, n° 324

Le poste similaire proposé au salarié doit au moins être assorti d'une rémunération équivalente, en application de l'article L. 122-32-4 du Code du travail. La jurisprudence recommande que le poste présente également le même niveau de qualification professionnelle et les mêmes perspectives de carrière que le poste initial. Dès lors que ces conditions sont réunies, il est possible de proposer un poste dans un autre établissement, en vertu d'une clause de mobilité contenue dans le contrat de travail du salarié.

Cass. soc. 31 octobre 1996 - Bull. civ. V, n° 369

Reclassement en cas d'inaptitude

A l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident, et si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. L'emploi proposé doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutation ou transformation de poste de travail.

Articles L. 1226-2 et suivants du Code du travail

L'employeur doit prendre en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer une tâche existant dans l'entreprise. Il ne doit donc pas proposer un poste qui serait contradictoire aux mesures préconisées par le médecin du travail. L'employeur n'est cependant pas tenu de créer un poste qui n'existe pas dans l'entreprise pour le travailleur devenu inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

La recherche des possibilités de reclassement s'impose à l'employeur, bien que le salarié ait été déclaré inapte à tout poste dans l'entreprise, ou même reconnu handicapé par la COTOREP.

Cass. soc. 29 mai 1991 - Bull. civ. V, n° 272

Par ailleurs, les délégués du personnel doivent être consultés avant qu'une éventuelle procédure de reclassement ne soit engagée.

«Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date d'examen de reprise du travail, ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension du contrat de travail. Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail».

Article L. 1226-4 du Code du travail

RÉINTÉGRATION ET RÉEMBAUCHAGE DES SALARIÉS TITULAIRES DE MANDATS POLITIQUES

A sa demande, le salarié membre de l'Assemblée Nationale ou du Sénat peut suspendre son contrat de travail jusqu'à l'expiration de son mandat, s'il justifie d'un an d'ancienneté au moins, à la date de son entrée en fonction.

Mandat parlementaire d'une durée inférieure ou égale à 5 ans

Lorsque le mandat parlementaire est d'une durée inférieure ou égale à 5 ans, le salarié peut demander à être réemployé dans son ancien poste, par lettre recommandée avec avis de réception adressée à l'ancien employeur dans un délai de 2 mois après l'expiration dudit mandat.

L'employeur est tenu de faire droit à sa demande, sauf si la demande de réintégration intervient au-delà du délai de 2 mois.

Le salarié peut être réintégré dans son ancien emploi ou dans un poste similaire assorti du même niveau de rémunération. Il bénéficie alors de tous les avantages acquis par les salariés de la même catégorie professionnelle pendant son mandat et conserve les avantages qu'il a acquis avant la suspension de son contrat. Il a également droit, le cas échéant, à une mesure de réadaptation professionnelle.

Lorsque l'employeur ne peut pas faire droit à la demande de réintégration, parce que le poste anciennement occupé par le salarié n'est plus vacant ou n'existe plus et qu'il n'y a pas de poste similaire disponible, il doit prendre l'initiative de le licencier.

Article L. 3142-46 du Code du travail

Mandat parlementaire d'une durée supérieure à 5 ans

La suspension du contrat de travail pour exercice d'un mandat parlementaire ne peut excéder 5 ans. Aussi, si le mandat est prolongé au-delà de 5 ans, le contrat de travail du salarié est automatiquement rompu.

Cette rupture du contrat de travail n'est ni un licenciement, ni une démission. L'employeur n'a pas à respecter la procédure de licenciement. Le salarié n'a pas droit aux indemnités de rupture et est dispensé d'exécuter un préavis.

Néanmoins, le salarié peut bénéficier d'une priorité de réembauchage pendant un an à compter de l'expiration de son mandat parlementaire. Le salarié doit en faire la demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans les 2 mois qui suivent l'expiration de son mandat.

L'employeur est alors tenu, pendant une année, de lui proposer tout poste disponible compatible avec sa qualification professionnelle. Dans l'hypothèse où le salarié est ainsi réintégré, il conserve tous les avantages qu'il avait acquis avant l'exercice de son mandat.

Article L. 3142-46 du Code du travail

CONCOURS ENTRE LES DIFFÉRENTES PRIORITÉS D'EMPLOI

Lorsqu'un poste se libère ou est créé, l'employeur doit le proposer à tous les salariés susceptibles de le pourvoir et bénéficiaires d'une priorité d'emploi, de réembauchage ou qui ont demandé leur réintégration dans l'entreprise. Plusieurs personnes peuvent alors se trouver en concurrence sur le même poste.

Aucune hiérarchie entre les différentes priorités d'emploi ou de réembauchage n'est établie par le Code du travail. Il appartient à l'employeur de faire un choix objectif entre ces différents candidats, en fonction de l'intérêt de l'entreprise. En tout état de cause, il n'est lié ni par les dates de demande de réemploi, ni par les critères fixés pour l'ordre des licenciements pour motif économique.

Cass. soc. 2 décembre 1998 - SARL Primalait c/ Mme Hermann

En cas de contestation émise par le salarié devant le juge, l'employeur doit communiquer à celui-ci les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix.

Cette justification doit être liée à l'intérêt de l'entreprise.

LIMITES AU CUMUL D'ACTIVITÉS

OBLIGATION DE LOYAUTÉ ET DE NON-CONCURRENCE

Le contrat de travail est assorti d'une obligation de loyauté et de discrétion qui rend incompatible l'exercice d'une activité simultanée dans une entreprise concurrente, par le salarié. Peu importe qu'il exerce cette activité en tant que salarié d'une autre entreprise ou en qualité de travailleur indépendant.

L'obligation de loyauté implique que le salarié ne doit pas favoriser d'autres intérêts que ceux de son employeur à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle. Elle n'est plus applicable pendant le préavis, lorsque le salarié est dispensé d'exécuter celui-ci.

L'obligation de discrétion interdit au salarié de divulguer des secrets professionnels ou de fabrication et peut être reprise dans une clause contractuelle de confidentialité. Sa violation est passible de sanctions pénales : 1 an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende.

Article L. 226-13 du Code pénal

Enfin, le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi, ce qui peut freiner l'exécution d'une activité professionnelle dans une autre entreprise, notamment lorsqu'elle exerce une activité concurrente.

Dans ces conditions, l'employeur qui embauche un salarié qui exerce déjà une activité salariée dans une entreprise concurrente est passible des sanctions relatives à la violation d'une clause de non-concurrence. Ainsi, il peut voir engagée sa responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et en tant que tiers responsable de la violation de l'obligation de non-concurrence souscrite par le salarié. Le non-respect de cette obligation se résout alors en dommages-intérêts au profit de l'ancien employeur.

☞ *Le juge des référés n'est pas compétent pour ordonner la résiliation judiciaire du contrat de travail conclu au mépris de la clause de non-concurrence liant le salarié nouvellement recruté et son ancien employeur. Ainsi en a décidé la Cour de cassation en 2003. Reste alors deux solutions à l'entreprise lésée, pour faire respecter la clause de non-concurrence :*

- demander en référé la cessation de l'activité illégale (en violation de la clause), sous astreinte, à l'encontre de la nouvelle entreprise et du salarié contrevenant lui-même ;
- réclamer, en référé également, non pas le licenciement du salarié mais la suspension de son nouveau contrat de travail, jusqu'à l'expiration de la période d'application de la clause de non-concurrence. Cette mesure provisoire empêche certes le salarié de toucher un salaire et de percevoir les allocations de chômage (il n'y a pas rupture de contrat), mais a le mérite pour l'entreprise lésée d'atteindre son objectif, à savoir faire respecter la clause.

Cass. soc. 13 mai 2003 - SARL Vialatte Pneus c/ SNC Euromaster France

EXISTENCE D'UNE CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ

Le contrat de travail peut prévoir une clause d'exclusivité, imposant au salarié de "consacrer tout son temps et son activité de manière constante et exclusive à la société". L'inclusion d'une telle clause dans un contrat de travail n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Cass. soc. 11 juillet 2000 - Marchal c/ Pimouguet - RJS 11/00, n° 1155

L'employeur qui engage un salarié qu'il sait lié par ailleurs par une clause d'exclusivité se rend complice de la violation de cette clause contractuelle et engage systématiquement sa responsabilité délictuelle, même si le premier employeur ne démontre pas de préjudice. La violation de la clause d'exclusivité se résout en dommages-intérêts au profit de l'employeur lésé.

L'ancien employeur peut également obtenir en justice, éventuellement sous astreinte et en référé, la résiliation du nouveau contrat de travail, sur le fondement de l'article 1143 du Code civil (responsabilité contractuelle).

Enfin, la violation d'une clause contractuelle d'exclusivité est constitutive d'une faute grave susceptible d'entraîner le licenciement du salarié par son premier employeur.

RESPECT DES DURÉES MAXIMALES DU TRAVAIL

Aucun salarié ne peut effectuer des travaux rémunérés au-delà de la durée maximale du travail, telle qu'elle ressort des lois et règlements en vigueur dans sa profession, et nul ne peut recourir aux services d'une personne qui contrevient à ces dispositions.

Article L. 8261-1 du Code du travail

Durée maximale hebdomadaire

Le cumul d'activité ne doit pas conduire le salarié à travailler plus de 46 heures sur 12 semaines consécutives ou 48 heures hebdomadaires.

Articles L. 3121-35 et L. 3121-36 du Code du travail

Durée maximale journalière

La durée quotidienne de travail effectif par salarié ne peut excéder 10 heures.

Article L. 3121-34 du Code du travail

Le cumul d'activités salariées ne peut donc porter la durée de travail de l'intéressé au-delà de cette limite légale.

Sanction du dépassement non autorisé

En cas de non-respect des durées maximales de travail, l'employeur, comme le salarié, peut être sanctionné pénalement de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe : 1 500 € au plus, portée à 3 000 € en cas de récidive.

Article R. 8262-2 du Code du travail

Les contrats de travail amenant le salarié à dépasser les durées maximales autorisées ne sont pas atteints de nullité. Il appartient simplement au salarié de choisir l'emploi qu'il entend conserver.

Cass. soc. 13 mai 1992 - Bull. civ. V, n° 299

L'employeur n'est pas dispensé de payer les salaires correspondant aux heures excédant les durées maximales du travail.

Cass. soc. 31 juillet 1996 - Bull. civ. V, n° 34

L'employeur peut mettre en demeure le salarié de se conformer aux dispositions du Code du travail relatives aux durées maximales du travail, sous peine d'engager une procédure de licenciement.

Cass. soc. 4 juin 1998 - Bull. civ. V, n° 302

INTERDICTION D'EMPLOI PENDANT LES CONGÉS PAYÉS

L'employeur qui occupe pendant la période fixée pour son congé légal un salarié à un travail rémunéré, même en dehors de l'entreprise, est considéré comme ne donnant pas de congé légal, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il peut être condamné envers le fonds de chômage.

Article D. 3141-1 du Code du travail

Le travailleur qui exécute pendant ses congés payés des travaux rétribués privant de ce fait des chômeurs d'un travail qui aurait pu leur être confié, peut être l'objet d'une action devant le Juge d'Instance en dommages-intérêts envers le fonds de chômage. Ces dommages-intérêts ne peuvent être inférieurs au montant de l'indemnité de congés payés.

L'action en dommages-intérêts au profit du fonds de chômage peut être exercée à la diligence soit du maire de la commune intéressée, soit du préfet.

Quoi qu'il en soit, l'employeur qui a occupé sciemment un travailleur bénéficiaire d'un congé payé dans une autre entreprise peut également être l'objet, dans les mêmes conditions, de l'action en justice exercée par le fonds de chômage.

Article D. 3141-2 du Code du travail

EMPLOI D'UN AGENT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Interdictions légales d'exercer un emploi privé

Auparavant, pour certaines personnes titulaires d'un emploi public à des obligations statutaires il était interdit d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer, à titre privé, un travail moyennant rémunération :

- fonctionnaires, agents et ouvriers des services publics de l'État, des départements et des communes, offices et établissements publics ;
- personnels, titulaires ou non, de la SNCF, réseaux de chemins de fer d'intérêt local et autres services concédés ;
- compagnies de navigation aériennes et maritimes subventionnées ;
- régies municipales et départementales, directes ou indirectes ;
- personnels titulaires des organismes de Sécurité sociale.

Ancien article L. 324-1 du Code du travail

Aujourd'hui, il faut se reporter aux statuts publics qui régissent ce personnel et aux conventions collectives de branche qui encadrent les éventuels emplois privés, pour apprécier les possibilités pour les agents de la fonction publique et assimilés d'occuper un poste dans le secteur privé.

Certains travaux sont également autorisés par la loi :

- travaux d'ordre scientifique, littéraire ou artistique et concours apportés aux oeuvres d'intérêt général, notamment d'enseignement, d'éducation ou de bienfaisance ;
- travaux effectués pour le propre compte du salarié ou à titre gratuit sous forme d'une entraide bénévole ;
- travaux ménagers de peu d'importance effectués chez des particuliers pour leurs besoins personnels ;
- travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage.

Article L. 8261-3 du Code du travail

Possibilité élargie dans les communes de moins de 3500 habitants

Il est désormais possible de cumuler un emploi public et un emploi privé, dans les communes de moins de 3500 habitants et les EPCI (Etablissements Publics de Coopération Intercommunaux) composés exclusivement de communes de cette catégorie.

Ainsi, lorsque les besoins de ces communes ou EPCI permettent le recrutement d'un agent à temps complet, pour une durée cumulée de service au moins égale à la moitié de la durée légale du travail, il est possible de recruter pour une durée supérieure et mettre l'agent recruté, avec son accord, et pour le temps restant disponible, à la disposition d'un ou plusieurs employeurs privés.

L'activité alors accomplie auprès de ces derniers doit être compatible avec l'emploi public exercé, au regard des règles de déontologie des agents publics.

Cette mise à disposition fait l'objet d'une convention qui prévoit le remboursement par l'employeur privé à la collectivité publique employeur, du salaire et des charges correspondant à l'emploi privé.

Mais, une telle mise à disposition n'est pas possible auprès d'entreprises dans lesquelles l'agent ou les maires des communes concernées ont des intérêts.

Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 - JO du 24 février modifiant la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984

CUMUL EMPLOI / PENSION DE RETRAITE

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007 a modifié les possibilités de cumul emploi-retraite. Celui-ci est permis si la somme des revenus issus de l'activité professionnelle et des pensions de base et complémentaires n'excède pas :

- 160 % du SMIC mensuel ;
- ou le dernier salaire d'activité perçu avant le départ en retraite (règle applicable auparavant depuis la réforme de 2003), calculé en fonction des 3 derniers mois d'activité.

Article L.161-22 du Code de la Sécurité sociale modifié par Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 - JO du 22 décembre

En cas de dépassement du plafond ainsi fixé, le versement des pensions de retraite peut être suspendu.

Cette limite au cumul emploi-retraite s'applique aux pensions de retraite dont le point de départ est postérieur au 31 décembre 2003, pour les arrérages de retraite dus à compter de janvier 2007.

Circulaire CNAV n° 2007/2 du 16 janvier 2007

Il est tenu compte du salaire brut mensuel, servant d'assiette à CSG, pour apprécier le montant des revenus issus de la reprise d'activité professionnelle.

À noter que depuis 2003, lorsque l'activité professionnelle salariée est reprise auprès du dernier employeur, le cumul emploi-retraite est autorisé seulement 6 mois à compter de la date d'entrée en jouissance de la pension du régime général de Sécurité sociale.

Ces dispositions ne font pas obstacle à l'exercice de certaines activités :

- activités artistiques, littéraires et scientifiques ;
- participation aux activités juridictionnelles ou assimilées ;
- transmission d'entreprise ;
- activités d'hébergement en milieu rural réalisées avec des biens patrimoniaux ;
- activités de parrainage dans le cadre des contrats d'apprentissage (DOM) ;
- activités correspondant à des vacances accomplies dans des établissements de santé ou dans des établissements ou services sociaux et médico-sociaux ;
- activités de tutorat d'un ou plusieurs salariés de l'entreprise exerçant, après liquidation de sa pension, cette activité à titre exclusif auprès du même employeur sous le régime d'un CDD pour une durée maximale et dans la limite d'un montant fixé par décret.

Les dispositions sur le cumul emploi retraite ne sont pas opposables à l'assuré qui demande le bénéfice d'une pension au titre d'une retraite progressive.

Article L. 161-22 du Code de la Sécurité sociale - Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 - JO du 22 décembre

Le délai de carence de 6 mois pour une reprise d'emploi auprès du dernier employeur et le non-dépassement du plafond de revenu ne s'appliquent pas à l'activité de tutorat.

Le CDD de tutorat est soumis aux dispositions du Code du travail, comme tous les CDD prévus dans le cadre des politiques d'emploi, des contrats « aidés » destinés aux chômeurs de longue durée et des contrats en alternance.

OFFRES D'EMPLOI

OFFRES D'EMPLOI

L'employeur doit solliciter des candidatures extérieures, dès lors que le poste proposé ne peut être pourvu en interne, notamment par le jeu des priorités d'emploi et de réembauchage.

DÉPÔT PRÉALABLE AUPRÈS DE L'ANPE

L'employeur est tenu de notifier à l'ANPE toute place vacante dans son entreprise.

Peuvent également concourir au service public du placement : des établissements publics, les communes, à la condition d'avoir passé une convention avec l'ANPE.

Article L. 5322-2 du Code du travail

L'obligation de notification des places vacantes concerne celles auxquelles l'entreprise veut pourvoir par l'intermédiaire d'organismes ou de moyens d'information extérieurs. Elle intervient donc une fois épurées les solutions de réembauchage, de reclassement et les priorités d'emploi, au sein de l'entreprise, voire du groupe.

La personne qui contrevient à ces dispositions est passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 3^e classe : 450 € au plus.

Article R. 5334-1 du Code du travail

Cette obligation de dépôt des offres d'emploi auprès des organismes assurant le service public de placement n'implique pas que l'employeur est tenu d'embaucher les candidats proposés par eux. En effet, l'employeur conserve la liberté de choisir ses collaborateurs.

RÉDACTION D'UNE OFFRE D'EMPLOI

La loi ne prévoit aucun contenu obligatoire. Aucune mention relative à la qualification recherchée, à la rémunération ou au lieu et horaires de travail n'est notamment exigée. De même, il n'est pas nécessaire de préciser le nom et la raison sociale de l'entreprise dans l'offre d'emploi, les annonces anonymes étant expressément autorisées.

Article L. 5332-4 alinéa 3 du Code du travail

Toutefois, il est interdit de publier une offre d'emploi comportant :

- la mention d'une limite d'âge supérieure du postulant, sous réserve des textes législatifs et réglementaires régissant certaines professions ;
- des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur concernant notamment l'existence, l'origine, la nature et la description de l'emploi, la rémunération et avantages annexes, ainsi que le lieu de travail ;
- un texte rédigé en langue étrangère ; lorsque l'emploi offert ne peut être désigné que par un terme étranger sans correspondant en français, le texte français doit en comporter une description suffisamment détaillée pour ne pas induire en erreur.

Articles L. 5331-2, L. 5331-3, L. 5331-4 du Code du travail

Les allégations fausses concernant l'emploi offert sont passibles d'un an de prison et de 37 500 € d'amende.

Article L. 5331-3 du Code du travail

L'employeur peut également être sanctionné si l'offre d'emploi présente un caractère discriminatoire. Les références au sexe et à la situation de famille sont en particuliers interdites. L'employeur risque 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

Articles L. 1142-1 du Code du travail et 225-3 du Code pénal modifiés par Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 JO du 28 mai

Une offre d'emploi litigieuse peut également entraîner la responsabilité du dirigeant de la société ou de la personne chargée du recrutement, lorsque celle-ci est titulaire d'une délégation de pouvoir expresse qui se résout en dommages-intérêts.

Mais lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, la mention du sexe ou de la situation de famille est possible sur l'offre d'emploi. La liste des emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante est strictement déterminée par décret en Conseil d'État et révisée périodiquement.

Article L. 1142-2 modifié par Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 – JO du 28 mai

Un décret du 7 mars 2008 désigne les emplois suivants :

- artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;
- mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;
- modèles masculins et féminins.

Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 - JO du 8 mars

DIFFUSION DE L'OFFRE D'EMPLOI

L'affichage des offres d'emploi est interdit, ainsi que tout autre moyen de publicité.

Par contre, les insertions d'offres d'emploi dans la presse (journal, revue ou écrit périodique) sont légalement autorisées, sous certaines conditions :

- l'employeur doit respecter les dispositions légales relatives aux mentions décrites ci-dessus ;
- pour la diffusion des offres anonymes d'emploi, l'employeur est tenu de faire connaître son nom ou sa raison sociale et son adresse au directeur de la publication ;
- les directeurs de publication doivent faire connaître à l'ANPE, simultanément à la parution, les offres d'emploi qu'il leur est demandé de faire paraître ;
- en cas d'annonce anonyme, les directeurs de publication doivent transmettre à la direction départementale du travail et de l'emploi les renseignements concernant l'identité de l'employeur, si une demande leur est faite en ce sens.

Articles L. 5331-2 et suivants, L. 5332-4 du Code du travail

Les offres d'emploi provenant des entreprises de travail temporaire doivent expressément mentionner leur dénomination et leur caractère d'entreprise de travail temporaire.

Article L. 5332-3 du Code du travail

Toute offre d'emploi publiée ou diffusée est datée.

Article L. 5332-1 du Code du travail

PORTÉE DES OFFRES D'EMPLOI

Une fois diffusée et acceptée par le candidat, l'offre d'emploi peut véritablement lier l'employeur et revêtir ainsi les effets d'une promesse d'embauche.

Dès lors, la rétractation de l'employeur peut se résoudre aux dommages-intérêts au profit du candidat.

Exemple

Constitue une offre d'emploi ferme, engageant la responsabilité de son auteur, un écrit précisant la nature de l'emploi proposé (employé libre-service), la date de prise de fonctions et les horaires de travail. Aussi, lorsque l'employeur se rétracte, le candidat qui a accepté l'offre en se présentant sur le lieu de travail à l'heure convenue, est recevable à demander réparation du préjudice subi.

Cass. soc. 19 juin 2001 - SA GLP Vins c/ Palisseaux

MÉTHODES DE RECRUTEMENT ET D'ÉVALUATION DES CANDIDATS

QUESTIONS AUTORISÉES

De façon générale, les informations demandées aux candidats qui ont répondu à l'offre d'emploi doivent avoir pour seule finalité d'apprécier la capacité à occuper l'emploi proposé ou les aptitudes professionnelles. Elles doivent donc présenter un lien direct et nécessaire avec l'un et/ou l'autre de ces éléments.

Article L. 1221-6 du Code du travail

Quel que soit le support d'information, entretien oral ou questionnaire, il est permis de demander au candidat :

- des renseignements relatifs à son état civil : nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse et nationalité ;
- sa situation de famille, sous réserve de ne pas porter atteinte à sa vie privée : situation matrimoniale, nombre d'enfants à charge ;
- la formation suivie, assortie des justificatifs nécessaires, surtout lorsque la loi exige la possession d'un titre ou d'un diplôme particulier pour pourvoir l'emploi proposé ;
- ses antécédents professionnels, sur présentation des certificats de travail par exemple ;
- l'existence ou non d'une clause de non-concurrence, la mention «libre de tout engagement» sur le certificat de travail ne suffisant pas à établir le renoncement, de la part de l'ancien employeur, à la clause de non-concurrence ;
- s'il est dégagé ou non des obligations militaires, sans pour autant le questionner sur sa conduite pendant le service ou sur les motifs de son exemption ;
- s'il est titulaire d'un permis de conduire, dès lors qu'il est lié à l'emploi proposé et à la capacité du titulaire de l'exercer (poste de chauffeur-livreur notamment).

L'employeur a une obligation de confidentialité concernant les renseignements obtenus.

Article L. 1221-8 du Code du travail

Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces questions.

Article L. 1221-6 du Code du travail

☞ L'obligation de répondre de bonne foi ne signifie pas que le salarié ne peut rien passer sous silence. Aucune conséquence ne peut être tirée de l'absence de réponse de la part du salarié ou du caractère erroné de ses réponses, si l'intéressé a effectivement les compétences requises pour occuper le poste proposé.

La fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'entretien d'embauche peut constituer un manquement à l'obligation de loyauté qui pèse sur lui, susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail uniquement si elle est dolosive.

Exemple

Le contrat de travail n'est pas nul lorsqu'un salarié fait mention dans son curriculum vitae d'un poste d'assistance de responsable de formation, alors qu'il s'agit seulement d'un stage de formation de 4 mois au sein du service formation de cette entreprise. En effet, même imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, la mention litigieuse n'est pas constitutive de manœuvres frauduleuses pour être embauchée.

Cass. soc. 16 février 1999 - Bertenat c/ IFPIC

Dans le même sens, l'inexactitude des renseignements fournis lors du recrutement ne caractérise la faute susceptible d'entraîner le licenciement de l'intéressé que s'il s'avère que celui-ci n'a effectivement pas les compétences requises pour exercer les fonctions pour lesquelles il est embauché.

Cass. soc. 30 mars 1999 - Mme Poupardin c/ Société Elsydel

Enfin, la rupture du contrat avant que celui-ci ait commencé à recevoir exécution s'analyse en un licenciement. L'employeur qui apprend l'inexactitude des informations données lors de l'embauche avant que le contrat soit exécuté doit prendre l'initiative de la rupture du contrat.

Cass. soc. 2 février 1999 - Duffas c/ SA Sogéa

QUESTIONS INTERDITES

Les Traités internationaux relatifs aux Droits de l'Homme, la Constitution française et le Code civil posent le principe général du droit au respect de la vie privée. Dans le même sens, le Code du travail énonce un principe général de non-discrimination qui s'applique à toute la procédure de recrutement du salarié.

Articles L. 1131-1 et suivants du Code du travail .

En conséquence, sont notamment à proscrire les questions intéressant :

- l'origine raciale ou ethnique de l'intéressé ;
- ses mœurs ;
- son logement ;
- les noms et coordonnées de ses connaissances non professionnelles ;
- sa situation de famille, notamment la profession des membres de la famille, l'origine du conjoint, cette information étant sans rapport avec l'exécution du travail ;
- son état de grossesse, la salariée n'étant pas elle-même tenue de le dévoiler ;
- son état de santé, qu'il appartient seulement au médecin du travail de vérifier ;
- ses convictions religieuses ;
- son appartenance ou sa non appartenance syndicale ;
- ses opinions politiques ;
- ses antécédents judiciaires, excepté pour des postes très particuliers comme le transport de fonds ;
- son dossier scolaire ;

Réponse ministérielle Chauvierre - JOANQ du 16 mars 1987, p. 1486

- le nombre de points du permis de conduire dont le candidat est encore titulaire, seules les autorités administratives et judiciaires ayant accès à une telle information.

Article L. 11-6 du Code de la route

La demande de renseignements prohibés ou discriminatoires est passible de sanctions pénales : 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende.

Article 225-2 du Code pénal

En ce qui concerne l'âge des candidats, une différence de traitement est autorisée quand elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Il peut s'agir :

- d'interdictions d'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- de la fixation d'un âge maximum pour le recrutement fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la réussite d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Article L. 1133-1 du Code du travail

La personne qui démontre qu'elle a été écartée d'une procédure de recrutement pour des raisons discriminatoires, peut également obtenir des dommages-intérêts.

Le gouvernement a instauré en 2004 une autorité indépendante pour lutter contre toutes les formes de discrimination possibles, notamment en milieu professionnel, la HALDE. La création d'une telle instance répond aux exigences communautaires édictées dans la directive n° 2000-43 du 29 juin 2000, qu'il s'agira de transposer en droit interne français. Ses missions sont multiples : prévenir les situations discriminatoires, saisir la justice pour faire cesser de telles situations, travaux d'expertise juridique... En outre, une loi du 3 février 2003 aggrave les peines encourues pour un délit à caractère raciste, antisémite ou xénophobe.

Loi n° 2003-88 du 3 février 2003 – JO du 4 février

TRANSPARENCE ET PERTINENCE DES MÉTHODES DE RECRUTEMENT UTILISÉES

Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.

Article L. 1221-8 du Code du travail

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 du candidat.

Article L. 1221-9 du Code du travail

De même, toute personne a le droit de connaître les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés.

Article 3 - Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 «informatique et libertés»

Enfin, le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes et techniques de recrutement des candidats à un emploi, ainsi que sur toute modification de celles-ci.

Article L. 2323-32 du Code du travail

Transparence des questionnaires d'embauche

Les questionnaires d'embauche permettant de recueillir des informations nominatives sur les candidats mentionnent obligatoirement :

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

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 «informatique et libertés»

Le questionnaire d'embauche faisant l'objet d'un traitement automatisé doit en tout état de cause faire l'objet d'une déclaration préalable à la :

CNIL

21, rue Saint-Guillaume - 75340 Paris Cedex 07

Tel : 01 53 73 22 22

TESTS D'EMBAUCHE

Tests de personnalité

Les tests de personnalité (tests psychologiques, graphologiques, de logique etc.) sont licites à la condition :

- qu'ils aient pour unique but d'apprécier les capacités du candidat à occuper le poste proposé et présentent donc un lien direct avec celui-ci ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles de l'intéressé ;
- que le candidat en soit préalablement informé ;
- que le comité d'entreprise en soit également informé.

Il n'est pas possible de recourir uniquement à un système de traitement automatisé des candidatures. La décision finale doit toujours être prise par une personne physique.

Article 2 - Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 «informatique et libertés»

Tests professionnels

L'employeur peut exiger une période de test professionnel ou stage probatoire. Il s'agit d'une épreuve ou d'un examen permettant à l'employeur de tester les aptitudes professionnelles, notamment techniques, d'un candidat au poste à pourvoir. Il peut s'agir également d'une préformation, antérieure à l'essai lui-même, ou d'une période de mise en condition ou de mise en situation.

L'essai professionnel est en général de courte durée : quelques heures ou une journée.

A la différence de la période d'essai, le test professionnel est effectué avant la conclusion du contrat de travail. Le contrat n'étant pas encore conclu, le candidat ne bénéficie pas des droits attachés au salariat, dans l'entreprise.

En outre, dans le cadre d'un test professionnel, le candidat à l'emploi n'est pas mis dans la situation réelle de son emploi. A l'inverse, au cours de la période d'essai, le salarié exécute la prestation de travail prévue au contrat de travail et pour laquelle il est embauché.

Exemple

Il s'agit d'un test professionnel, et non d'une période d'essai, lorsqu'un candidat à un poste de chauffeur de car est amené, durant quelques heures par jour sur une période d'environ un mois, à conduire un car de l'entreprise vide de passagers et en présence du chauffeur habituel du car. En effet, le candidat n'est pas placé dans les conditions normales d'emploi, comme durant une véritable période d'essai.

Cass. soc. 4 janvier 2000 - Henry c/ SARL Coulet Fils - RJS 2/00, n° 145

Le test professionnel peut ne pas être indemnisé. Lorsqu'il donne lieu à versement d'une rémunération, celle-ci est soumise à cotisations sociales.

Cass. soc. 19 avril 1967 - URSSAF de Paris c/Sté SNECMA et autres - Bull. civ. V, n° 313

Cass. soc. 10 juillet 1969 - CPAM c/ Sté Manuso - Bull. civ. V, n° 487

Selon la jurisprudence, lorsque les tests professionnels ou stages probatoires ne peuvent être qualifiés de période d'essai, la rupture du «contrat» pendant le test est soumise au droit commun.

Cass. soc. 13 décembre 1989 - Houillères du Bassin de Lorraine c/ Muller - Bull. civ. V, n° 711

A l'inverse, lorsque la convention collective assimile ces périodes de stages ou de tests à une période d'essai, le contrat peut être rompu sans avoir à respecter les règles du droit du travail relatives au licenciement ou à la démission.

Cass. soc. 8 janvier 1997 - Caisse régionale de Crédit Agricole mutuel Anjou Mayenne c/ Hamon - Bull. civ. V, n° 9

RECOURS À UN CABINET DE RECRUTEMENT

L'employeur peut lui-même procéder à la recherche et à la sélection des candidats ou faire appel à un cabinet spécialisé dans le recrutement.

La profession de conseil en recrutement ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique mais est soumise à un ensemble d'obligations tant envers l'employeur, son client, qu'envers les candidats.

Rédaction du contrat de conseil

Le cabinet de conseil est lié à l'employeur par un contrat de conseil, qui détermine les missions du cabinet dans le cadre du recrutement, notamment :

- définir un profil du salarié pour le poste à pourvoir (qualification technique requise et qualités personnelles) ;
- procéder à une présélection des candidats, par un contrôle des connaissances, de l'expérience professionnelle et des diplômes (tests psychologiques, etc.) ;
- établir un rapport à destination de l'employeur client et lui présenter les candidats retenus.

Il est également possible de prévoir, dans le contrat de conseil :

- un délai ferme dans lequel le cabinet doit pour le moins présenter quelques candidats à l'employeur ;
- une clause d'obligation de résultat, par laquelle le cabinet s'engage à remplacer gratuitement la personne recrutée par son intermédiaire, si celle-ci ne donne pas satisfaction pendant la période d'essai.

Obligations réciproques

A défaut de clause contractuelle de résultat, le cabinet de recrutement a seulement une obligation de moyen envers l'employeur client, dans la mesure où il ne peut garantir que le salarié sélectionné par ses soins correspondra parfaitement au souhait de l'entreprise. Dans le même sens, il ne peut être reproché au cabinet de recrutement la défection du candidat après conclusion d'une promesse d'embauche ou du contrat de travail. Le choix final du salarié appartient à l'employeur.

De son côté, l'employeur doit donner à l'intermédiaire du recrutement les moyens de remplir sa mission, en l'informant de façon très précise des caractéristiques du poste à pourvoir et en collaborant étroitement dans l'établissement du portrait idéal du candidat et durant la période de recherche. Il est préférable de contresigner la description du poste établie par le cabinet de recrutement et remise au candidat. A défaut, l'employeur pourrait engager sa responsabilité civile pour publicité mensongère.

L'intermédiaire du recrutement a également des obligations envers le candidat au poste à pourvoir, notamment :

- obligation de confidentialité des renseignements recueillis ;
- obligation de fiabilité (ne pas induire le candidat en erreur sur le poste à pourvoir).

Sanctions

Le cabinet de recrutement peut être condamné par les tribunaux à verser des dommages-intérêts, au titre de :

- sa responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article 1134 du Code civil envers l'employeur client, lorsqu'il ne respecte pas son obligation de moyen ou de résultat découlant du contrat de conseil qui le lie à lui ;
- sa responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil :
 - envers les candidats, en cas de violation de ses obligations de confidentialité et de fiabilité,
 - envers l'ancien employeur du salarié, s'il est démontré que par des manœuvres frauduleuses, il a contribué à son débauchage déloyal d'une autre entreprise.

Articles 1134, 1382 et 1383 du Code civil

PROMESSE D'EMBAUCHE

DÉFINITION

La promesse d'embauche est un acte par lequel l'employeur s'engage à conclure un contrat de travail avec un candidat au poste à pourvoir. La conclusion définitive du contrat de travail est seulement subordonnée à l'acceptation de la promesse d'embauche par le salarié.

La promesse d'embauche peut être orale ou notifiée par écrit.

Distinction avec les pourparlers

La promesse d'embauche doit être distinguée des simples pourparlers ou des «offres d'emploi» :

- la promesse d'embauche est un acte unilatéral qui engage l'entreprise envers le candidat, notamment en cas de rétractation, alors que la rupture des pourparlers ou le fait de ne pas donner suite à une offre d'emploi n'implique pas la responsabilité de l'entreprise ;
- la promesse d'embauche est une offre d'emploi ferme et définitive, précisant les conditions essentielles du contrat de travail (rémunération, qualification, date d'entrée en fonction), alors que les pourparlers ou offres d'emploi sont des entretiens ou des correspondances dans lesquels les conditions du contrat ne sont pas encore définitivement fixées ;
- la promesse d'embauche est inconditionnelle et dépourvue d'équivoque, alors que les pourparlers ou offres d'emploi peuvent être subordonnés à une condition qui ne se réalise pas.

Exemples

Sont de véritables promesses d'embauche :

- *la lettre confirmant la proposition d'emploi faite à un candidat nommé désigné, précisant le lieu de travail et la rémunération, mais n'indiquant pas la date de prise de fonctions, le poste et la qualification, et n'appelant pas de réponse écrite de la part du salarié ;*

Cass. soc. 4 décembre 2201 - SARL Prodident c/ Bourachot

- *la notification précisant «comme suite à notre entretien, nous vous confirmons votre engagement dans notre société à dater de votre jour de départ au Nigéria» ;*

Cass. soc. 16 février 1994 - Ertzcheid c/ Société Format

A l'inverse, constitue de simples pourparlers n'engageant pas l'entreprise le fait pour une association d'envisager de demander à un metteur en scène dénommé de construire une maquette en vue de la réalisation d'une pièce de théâtre, tout en précisant que la conclusion du contrat dépend des prévisions budgétaires et que le devis présenté par le metteur en scène est trop élevé.

Cass. soc. 17 mai 1979 - Bull. civ. V, n° 424

RÉTRACTATION DE LA PROMESSE D'EMBAUCHE

Les modalités de rupture en cours de période d'essai ne sont pas applicables dans la mesure où le salarié n'a pas encore commencé à exécuter sa prestation de travail.

Les litiges nés de la non-exécution d'une promesse d'embauche sont de la compétence du Conseil de prud'hommes.

Rétractation par l'employeur

Lorsque l'employeur rompt unilatéralement la promesse d'embauche sans motif légitime, il peut être condamné à dédommager le candidat au poste à pourvoir. Cette rétractation intervient entre le moment de la notification de la promesse d'embauche et la date de prise des fonctions du salarié.

Cass. soc. 6 février 2001 - Noblet c/ SA Francest

Le montant des dommages-intérêts varie en fonction du préjudice subi par le candidat, moral et/ou matériel, et est apprécié souverainement par les juges du fond.

Si l'employeur se rétracte dans un délai raisonnable et avant que le candidat ait accepté sa proposition, il dédommage celui-ci au titre de sa responsabilité délictuelle, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Mais, une fois que le candidat a fait connaître son acceptation de la promesse d'embauche, rendant définitive la conclusion du contrat de travail, le retrait de la promesse par l'employeur doit s'analyser en un licenciement et implique le versement :

- d'une indemnité de préavis.

Cass. soc. 4 décembre 2001 - SARL Prodident c/ Bourachot

- d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le cas échéant.

Cass. soc. 2 février 1999 - Diffas c/ Société SOGEA

- des dommages-intérêts correspondant aux rémunérations dues jusqu'au terme du contrat à durée déterminée, le cas échéant.

Cass. soc. 12 mars 2002 - AGS de Paris c/ Detmers

Exemple jurisprudentiel

Dès lors que la promesse d'embauche précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction, elle vaut contrat de travail. L'employeur ne peut alors plus se rétracter librement et le non-respect de cette promesse doit s'analyser comme un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Peu importe que le salarié ait déjà ou non accepté cet emploi.

Cass. Soc. 15 déc. 2010 – n° 08-42.951

Rétractation par le salarié

Lorsque le salarié se rétracte alors qu'il a accepté la promesse d'embauche, il commet une faute contractuelle entraînant le versement de dommages-intérêts au profit de l'employeur, en fonction du préjudice moral et/ou matériel subi par celui-ci.

Cass. soc. 26 avril 1967 - Bull. civ. V, n° 331

Cass. soc. 23 mars 1995 - Le Scoul c/ Société Erce

FORMALITÉS ADMINISTRATIVES D'EMBAUCHE

Une loi du 20 décembre 2007 supprime, pour les rémunérations versées à compter du 1^{er} janvier 2008, les déclarations relatives à :

- la taxe professionnelle ;
- la contribution au développement de l'apprentissage ;
- la participation au développement de la formation professionnelle continue dans les entreprises de moins de 10 salariés.

Ces 3 taxes font désormais l'objet de mentions complémentaires apposées à la DADS ou à la déclaration des salaires.

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit - JO du 21 décembre

Un décret du 16 juin 2011 fusionne la déclaration préalable à l'embauche et la déclaration unique d'embauche à compter du 1^{er} août 2011.

Décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 – JO du 18 juin

DÉCLARATION UNIQUE D'EMBAUCHE DEVENUE DÉCLARATION PRÉALABLE À L'EMBAUCHE

Le dispositif permet à chaque employeur à l'occasion de l'embauche d'un salarié relevant du régime général de la Sécurité sociale, de se dégager de plusieurs obligations au moyen d'une déclaration unique auprès d'un interlocuteur unique.

Champ d'application

Cette déclaration doit être utilisée au titre de l'embauche d'un salarié relevant du régime général de la Sécurité sociale ou du régime des salariés agricoles.

Cette déclaration concerne toutes les entreprises, à l'exception :

- des particuliers employant des salariés à leur service ;
- des employeurs qui, pour l'embauche de salariés peuvent, en application de dispositions particulières, recourir à une formule déclarative spécifique ;
- des employeurs de salariés occasionnels dans l'agriculture pouvant recourir au titre d'emploi saisonnier dans l'agriculture.

Formalités - Obligations ou demandes concernées

Les formalités ou demandes au titre desquelles l'employeur doit utiliser la déclaration unique d'embauche sont les suivantes :

- immatriculation de l'employeur auprès de la Sécurité sociale ;

Article R. 243-2 du Code de la Sécurité sociale

- immatriculation du salarié au régime général de la Sécurité sociale ou au régime des salariés agricoles ;

Article R. 312-4 du Code de la Sécurité sociale

- affiliation au régime d'assurance-chômage ;
- déclaration préalable à l'embauche (DPAE) ;

Article L. 1221-10 et R. 1221-2 du Code du travail modifié par décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 – JO du 18 juin

- demande d'adhésion à un service de médecine du travail ;

Article R. 4622-4 du Code du travail

- demande adressée au service médical du travail pour la visite d'embauche ;

Article R. 4624-10 du Code du travail

- déclaration d'exonération des cotisations sociales pour l'embauche d'un premier salarié ;

Articles 6-2 et 6-4 - Loi DMOS n° 89-18 du 13 janvier 1989 - JO du 14 janvier

- déclaration en vue d'appliquer l'exonération des cotisations patronales au titre de l'embauche d'un salarié à temps partiel ;

Article 6 - Décret n° 94-281 du 11 avril 1994 - JO du 12 avril

- déclaration afin de bénéficier de la réduction de charges sociales pour l'emploi de salariés occasionnels en agriculture.

Article 4 - Décret n° 95-703 du 9 mai 1995 - JO du 11 mai

Organisme destinataire

La déclaration est adressée à l'organisme chargé du recouvrement des cotisations du régime général de Sécurité sociale (URSSAF) dans le ressort duquel est situé l'établissement devant employer le futur salarié ou, s'il s'agit d'un salarié agricole, à la caisse de mutualité sociale agricole du lieu de travail de ce salarié.

Il en est ainsi même si l'entreprise est autorisée à acquitter les cotisations auprès d'un organisme unique. La déclaration unique d'embauche doit être adressée à l'URSSAF dont relève l'établissement et non à l'URSSAF de liaison.

Certaines informations sont également transmises à Pôle Emploi.

Article R. 1221-3 et R. 1221-4 du Code du travail modifié par décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 – JO du 18 juin

Une copie de la déclaration ou de l'accusé de réception est transmise au salarié lors de son embauche.

Article R. 1221-9 du Code du travail modifié par Décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 – JO du 18 juin

Supports de déclaration

La déclaration peut être effectuée selon plusieurs modalités :

- par un formulaire daté et signé par l'employeur adressé par courrier ou télécopie,

Le formulaire est disponible auprès des URSSAF. Il est à retourner au «service déclaration d'embauche» de l'URSSAF dont relève l'établissement.

☞ La transmission de cette déclaration se substitue à la production de tout autre formulaire utilisé jusqu'alors dans le cadre de l'accomplissement des obligations concernées par le dispositif.

- par voie électronique, à l'aide du numéro d'identification de l'établissement employeur et du numéro national d'identification du salarié qui correspond le cas échéant au numéro de Sécurité sociale du salarié.

Article R. 1221-6 du Code du travail modifié par Décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 - JO du 18 juin

A compter du 1^{er} octobre 2014, les employeurs relevant du régime général de Sécurité sociale qui ont accompli plus de 50 déclarations préalables à l'embauche au cours de l'année civile précédente ont l'obligation d'adresser les déclarations préalables à l'embauche par voie électronique. Le non-respect de cette obligation entraîne l'application d'une pénalité fixée à 0,5 % du plafond mensuel de la Sécurité sociale par salarié, recouvrée et contrôlée selon les règles, garanties et sanctions relatives au recouvrement des cotisations de Sécurité sociale.

Décret n° 2014-628 du 17 juin 2014 – JO du 19 juin

Délais de déclaration

La déclaration préalable à l'embauche version 2011 doit être remise à l'URSSAF ou la MSA dans un délai de 8 jours précédant la date prévisible d'embauche.

Article R. 1221-3 et R. 1221-4 du Code du travail modifiés par Décret n° 2011-681 du 16 juin 2011 - JO du 18 juin

Transmission des renseignements

L'URSSAF adresse à l'employeur un document accusant réception de la déclaration et mentionnant les informations enregistrées, dans les 5 jours ouvrables suivant celui de la réception du formulaire de déclaration. A défaut de contestation par l'employeur des informations figurant sur ce document, dans le délai de 2 jours ouvrables suivant la réception de celui-ci, le document constitue une preuve de la déclaration. L'employeur doit conserver cet avis de réception, qu'il présentera en particuliers lors des éventuels contrôles de l'inspection du travail relatifs au travail dissimulé.

Décret n° 2014-628 du 17 juin 2014 – JO du 19 juin

L'organisme de recouvrement des cotisations, à qui a été adressée la déclaration unique d'embauche, est chargé de transmettre aux diverses administrations les informations les concernant.

La déclaration unique d'embauche vaut déclaration ou demande auprès de l'administration, du service ou de l'organisme intéressé, dès lors qu'elle est régulière et complète en ce qui le concerne.

FORMALITÉS SPÉCIFIQUES À CERTAINES CATÉGORIES DE SALARIÉS

Déclaration de premier emploi

Outre la déclaration préalable à l'embauche, une déclaration est également exigée :

- si un établissement, ayant cessé d'occuper du personnel pendant au moins 6 mois, se propose d'en occuper à nouveau ;
- si un établissement occupant du personnel change d'exploitant ;
- si un établissement occupant du personnel est transféré dans un autre emplacement ou s'il est l'objet d'extension ou de transformation entraînant une modification dans les industries ou commerces exercés.

Article L. 1221-17 du Code du travail

La déclaration peut également être effectuée auprès du centre de formalités des entreprises (CFE), guichet unique permettant de procéder aux déclarations obligatoires au moment de la création d'une entreprise, dans un même lieu et sur un même document.

La déclaration précise notamment :

- auxquels de ces cas elle répond ;
- le nom et l'adresse du déclarant ;
- l'emplacement de l'établissement ;
- la nature exacte des commerces ou industries exercés.

Article R. 1221-33 du Code du travail

L'absence de déclaration est passible d'une peine d'amende de 4^e classe, soit 750 € au plus.

Article R. 4741-3 du Code du travail

Depuis juillet 2006, les formalités relatives à la création, la modification ou la cessation d'entreprise destinées au Centre des Formalités peuvent être effectuées par voie électronique.

Décret n° 2006-679 du 9 juin 2006 - JO du 10 juin

Ouverture d'un chantier temporaire

Le chef d'établissement autre qu'agricole doit tenir à la disposition de l'inspecteur du travail, au siège de son établissement, une liste de ses chantiers et autres lieux de travail temporaire.

Il doit en outre aviser par écrit l'inspecteur du travail de l'ouverture de tout chantier ou autre lieu de travail occupant 10 personnes au moins pendant plus d'une semaine.

Article R. 8113-1 du Code du travail

La violation de cette obligation est passible d'une peine d'amende de 4^e classe, soit 750 € au plus.

Article R. 1227-7 du Code du travail

Affiliation à une caisse de congés payés

Dans certaines branches d'activités, des caisses de congés annuels payés sont constituées auxquelles doivent obligatoirement s'affilier les employeurs intéressés. Elles concernent les professions où les salariés ne sont pas habituellement occupés d'une façon continue chez un même employeur au cours de la période reconnue pour l'appréciation du droit à congés.

Article L. 3141-30 du Code du travail

Les branches professionnelles concernées sont :

- bâtiments et travaux publics ;
- transports ;
- manutentions des ports et dockers ;
- spectacles.

INSCRIPTION SUR LE REGISTRE UNIQUE DU PERSONNEL

Mentions obligatoires

Au moment de l'embauche d'un salarié, l'employeur est tenu d'inscrire sur le registre unique du personnel des informations concernant le nouvel arrivant dans l'entreprise :

- nom et prénoms du salarié ;
- nationalité ;
- date et lieu de naissance ;
- sexe ;
- emploi ;
- qualification ;
- date d'entrée dans l'établissement.

Article L. 1221-3 du Code du travail

Si le salarié est étranger, il est obligatoire de préciser sur le registre :

- le type de permis de travail : autorisation provisoire de travail, carte de résident, carte de séjour temporaire mention «salarié» ;
- le numéro d'ordre du titre possédé.

Une copie du permis de travail doit être annexée au registre.

Les travailleurs à domicile doivent figurer sur ce même registre. En effet, la loi quinquennale sur l'emploi a supprimé le registre spécifique des travailleurs à domicile.

Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 - JO du 21 décembre

La mutation d'un salarié dans un autre établissement de la même entreprise doit également être mentionnée sur le registre.

Si le salarié est embauché sous contrat particulier, cette information est indiquée :

- contrat à durée déterminée ;
- contrat à temps partiel ;
- contrat d'intérim ou «travailleur temporaire» ;
- apprenti ;
- contrat de qualification ;
- contrat d'adaptation ;
- salarié mis à disposition.

Article D. 1221-23 du Code du travail

Les nom et prénoms des stagiaires accueillis dans l'établissement sont inscrits dans l'ordre d'arrivée, dans une partie spécifique du registre unique du personnel.

Article L.1221-13 du Code du travail modifié par Loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 – JO du 11 juillet

Lieu de l'obligation

Le registre unique du personnel doit être tenu dans chaque établissement et non au siège de la société si celle-ci en compte plusieurs.

La Cour de cassation a estimé qu'il fallait comprendre en tant qu'établissement, un lieu de travail où se trouvait l'employeur ou toute autre personne ayant délégation de pouvoir.

Destinataires

Le registre unique du personnel doit être mis à disposition :

- des délégués du personnel ;
- des inspecteurs du travail et autres agents chargés de veiller à l'application du droit du travail et de la législation relative à la Sécurité sociale.

Articles D. 1221-23 à D. 1221-27 du Code du travail

Sanctions

La non tenue ou le refus de présentation du registre du personnel peut entraîner des poursuites pour délit de travail clandestin. Outre ces poursuites, toute infraction à ces dispositions est passible d'une amende de 4^e classe (750 € au plus). Cette amende est appliquée autant de fois qu'il y a de personnes irrégulièrement employées.

Article R. 1227-7 du Code du travail

RELEVÉ MENSUEL DES MOUVEMENTS DE MAIN-D'ŒUVRE

Les employeurs d'au moins 50 salariés sont tenus d'adresser, dans les 8 premiers jours de chaque mois, à la DARES (Direction de l'animation, de la recherche, des études et statistiques) un relevé des contrats de travail conclus ou résiliés au cours du mois précédent. Doivent y être mentionnés :

- nom et adresse de l'employeur ;
- nature de l'activité de l'entreprise ;
- nom, prénoms, nationalité, date de naissance, sexe, emploi et qualification du ou des salariés dont le contrat de travail a été conclu ou résilié ;
- date d'effet du ou des contrats ou de leur résiliation avec, dans le cas de résiliation pour motif économique, l'indication de la nature de ce motif.

Article D. 1221-28 et suivants du Code du travail modifié par décret n° 2010-1334 du 8 novembre 2010 - JO du 10 novembre

N'ont pas à être mentionnés sur cette déclaration les contrats à durée déterminée conclus pour une durée d'un mois non renouvelable.

Arrêté ministériel du 27 février 1987 - JO du 28 février

La violation de cette obligation est passible d'une peine d'amende de 4^e classe, soit 750 € au plus.

Article D. 1227-4 du Code du travail

INFORMATION DE PÔLE EMPLOI

L'employeur est tenu de transmettre à Pôle Emploi certaines informations portées sur la déclaration unique d'embauche :

- éléments d'identification de l'employeur ;
- date d'embauche du salarié ;
- sexe et date de naissance du salarié ;
- nature et qualification de l'emploi occupé ;
- durée hebdomadaire du travail ;
- nature du contrat de travail et, le cas échéant, date de fin de ce contrat.

Article R. 1221-22 du Code du travail

AFFILIATION À UNE INSTITUTION DE RETRAITE COMPLÉMENTAIRE

L'employeur est tenu d'affilier les salariés nouvellement embauchés auprès d'une institution ARRCO de retraite complémentaire, et auprès d'une institution AGIRC, pour les cadres et assimilés.

Depuis le 1^{er} janvier 1999, date à laquelle la limite d'âge de 65 ans a été supprimée, l'affiliation de chaque nouveau salarié est obligatoire sans condition d'âge.

HYGIÈNE ET SÉCURITÉ

Les observations et mises en demeure relatives à l'hygiène et sécurité, à la médecine du travail et à la prévention des risques, formulées par l'inspection du travail, ne doivent pas obligatoirement figurer dans un registre spécifique. Simplement, l'employeur a l'obligation de conserver ces documents, sans autre forme particulière, pendant 5 ans dans l'entreprise.

Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 - JO du 5 mai

AFFICHAGE DES COMPORTEMENTS INTERDITS

Le texte des articles 225-1 et 225-4 du Code pénal, relatifs aux discriminations susceptibles d'être pénalement sanctionnées, doit en principe être affiché sur les lieux de travail, ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche.

Article L. 1142-6 du Code du travail modifié par Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 28 mai

Il en est de même pour la définition et les sanctions pénales du harcèlement moral et sexuel.

Article L.1152-4 et L.1153-5 du Code du travail

Toutefois, une ordonnance du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail supprime l'obligation d'affichage et la remplace par une information obligatoire mais « par tout moyen ».

Ordonnance n°2014-699 du 26 juin 2014 – JO du 27 juin

INFORMATION DES SALARIES SUR L'ORIENTATION PROFESSIONNELLE

Depuis mars 2014, l'employeur doit informer chaque salarié nouvellement embauché qu'il bénéficiera tous les deux ans d'un entretien professionnel avec son employeur consacré à ses perspectives d'évolution professionnelle, notamment en termes de qualifications et d'emploi.

Article L. 6315-1 du Code du travail

Cette information est réalisée à l'embauche, puis tous les 2 ans, avec un récapitulatif du parcours professionnel du salarié tous les 6 ans, et à chaque retour du salarié après une absence de longue durée (congé parental d'éducation, congé de maternité) ou à l'issue d'un mandat syndical.

Elle concerne l'évolution professionnelle en particuliers par le biais de la formation professionnelle continue. Cet entretien d'orientation professionnelle ne doit pas être confondu avec l'entretien annuel d'évaluation.

Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – JO du 6 mars

☞ *A noter également la création à compter du 1^{er} janvier 2015 d'un compte individuel de formation, qui se substitue au dispositif du DIF (Droit individuel à la formation.) : « Afin de favoriser son accès à la formation professionnelle tout au long de la vie, chaque personne dispose dès son entrée sur le marché du travail et jusqu'à la retraite, indépendamment de son statut, d'un compte personnel de formation qui contribue à l'acquisition d'un premier niveau de qualification ou au développement de ses compétences et de ses qualifications en lui permettant, à son initiative, de bénéficier de formations.*

Peuvent être mobilisés en complément du compte les autres dispositifs de formation auxquels son titulaire peut prétendre. »

Article L. 6111-1 du Code du travail

VISITE MÉDICALE D'EMBAUCHE

Tout salarié nouvellement embauché doit faire l'objet d'un examen médical. L'employeur en fait la demande par le biais de la déclaration préalable à l'embauche auprès du service de la médecine du travail compétent dans l'entreprise ou interentreprises.

Article R. 4624-10 et suivants du Code du travail

La réforme des services de santé au travail, en particuliers concernant la territorialité des services et les missions de la médecine du travail, a été engagée par une loi du 20 juillet 2011 et se poursuit avec en particuliers le Décret n° 2014-423 du 24 avril 2014 (JO du 26 avril) relatif à l'application des dispositions relatives à la santé au travail aux travailleurs éloignés.

Un décret du 11 juillet 2014 crée également une fiche d'entreprise ou d'établissement sur laquelle figurent, notamment, les risques professionnels et les effectifs de salariés qui y sont exposés. Les services de santé au travail mettent à jour cette fiche. Ce même décret impose au service de santé au travail la création d'un dossier médical pour chaque salarié relevant de leur compétence.

Décret n° 2014-798 du 11 juillet 2014 – JO du 13 juillet

OBJET DE LA VISITE MÉDICALE D'EMBAUCHE

L'examen médical d'embauche a pour but :

- de rechercher si le salarié n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres salariés ;
- de s'assurer qu'il est médicalement apte au poste de travail auquel le chef d'entreprise envisage de l'affecter ;
- de proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes.
- d'informer le salarié sur les risques des expositions au poste de travail et le suivi médical nécessaire ;
- de sensibiliser le salarié sur les moyens de prévention à mettre en œuvre.

Article R. 4624-11 du Code du travail modifié par Décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012 – JO du 31 janvier

MOMENT DE LA VISITE MÉDICALE D'EMBAUCHE

L'examen médical d'embauche doit avoir lieu avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai qui suit l'embauchage.

Article R. 4624-10 du Code du travail

Certains salariés bénéficient d'une surveillance dite « renforcée ». Ainsi en est-il pour :

- les travailleurs âgés de moins de dix-huit ans ;
- les femmes enceintes ;
- les salariés exposés : a l'amiante ; aux rayonnements ionisants ; au plomb dans les conditions prévues à l'article R. 4412-160 du Code du travail ; au risque hyperbare au bruit dans les conditions prévues au 2° de l'article R. 4434-7 ; du même code ; aux vibrations dans les conditions prévues à l'article R. 4443-2 du même code ; aux agents biologiques des groupes 3 et 4 ; aux agents cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction mentionnés à l'article R. 4412-60 du même Code;

- les travailleurs handicapés.

Le médecin du travail est juge des modalités de la surveillance médicale renforcée, en tenant compte des recommandations de bonnes pratiques existantes et des dispositions légales spécifiques à la protection des travailleurs exposés à certains agents toxiques (article R. 4451-84 du Code du travail).

Article R. 4624-18 du Code du travail modifié par décret n° 2014-798 du 11 juillet 2014 – JO du 13 juillet

EXCEPTIONS

Le salarié est dispensé de passer une visite médicale d'embauche lorsque certaines conditions cumulatives sont remplies :

- il est appelé à occuper un emploi identique au précédent ;
- le médecin du travail est déjà en possession de sa fiche d'aptitude ;
- aucune inaptitude n'a été reconnue lors du dernier examen médical intervenu au cours :
 - soit des 24 mois précédents si le salarié est à nouveau embauché par le même employeur ;
 - soit des 12 derniers mois lorsque le salarié change d'entreprise.

Article R. 4624-12 du Code du travail

En outre, cette disposition n'est applicable que lorsque le salarié ne fait pas l'objet d'une surveillance médicale particulière ou renforcée.

L'examen médical d'embauche peut toutefois avoir lieu si le médecin du travail l'estime nécessaire ou si le salarié en fait lui-même la demande.

FICHE D'APTITUDE ET DOSSIER MÉDICAL

Au moment de la visite d'embauche, le médecin du travail constitue un dossier médical qu'il ne peut communiquer qu'aux médecins inspecteurs du travail ou, à la demande de l'intéressé, au médecin de son choix.

Article R. 4624-46 du Code du travail modifié par décret n° 2014-798 du 11 juillet 2014 – JO du 13 juillet

A l'issue de l'examen médical d'embauche, le médecin du travail établit une fiche d'aptitude en double exemplaire :

- un pour le salarié ;
- l'autre à destination de l'employeur.

L'employeur doit conserver l'exemplaire qui lui a été transmis afin d'être présenté à tout moment et sur leur demande à l'inspecteur du travail ou au médecin inspecteur régional du travail et de la main-d'oeuvre.

Article R. 4624-47 du Code du travail

L'exemplaire remis à l'employeur ne doit indiquer que la mention «apte» ou «inapte» à effectuer la prestation de travail, l'indication des postes où le salarié ne doit pas être affecté, le cas échéant, ainsi que ceux qui lui conviendraient le mieux. Mais la mention de l'état de grossesse de la salariée ne doit jamais y figurer, celle-ci ayant la possibilité de taire son état.

CONSÉQUENCES DE L'INAPTITUDE DU SALARIÉ

L'employeur ne peut embaucher ou continuer à employer à son service un salarié déclaré inapte. Il peut renoncer à l'embaucher ou rompre la période d'essai suite à une visite médicale défavorable, sans être poursuivi pour attitude discriminatoire à l'embauche, à raison de l'état de santé ou du handicap du salarié.

Une loi du 11 février 2005 supprime, dans l'article L. 1132-1 du Code du travail, le membre de phrase « sauf inaptitude constatée par le médecin du travail... en raison de son état de santé ou de son handicap ». Est créé à la place un nouvel article L. 1133-2 du Code du travail : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail, dans le cadre du titre IV du livre II, en raison de l'état de santé ou du handicap, ne constituent pas une discrimination prohibée, lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées ».

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 - JO du 12 février

En cas de contestation de l'avis médical par le salarié ou l'employeur, le recours est adressé dans un délai de deux mois, par tout moyen permettant de leur conférer une date certaine, à l'inspecteur du travail dont relève l'établissement qui emploie le salarié. La demande énonce les motifs de la contestation.

Article R. 4624-35 modifié par décret n° 2014-798 du 11 juillet 2014 – JO du 13 juillet

SANCTIONS

Les infractions aux dispositions relatives à la visite médicale d'embauche sont passibles d'une contravention de 5^e classe, soit 1 500 € d'amende. La récidive dans un délai de 3 ans peut alourdir cette peine jusqu'à 4 mois d'emprisonnement et 3 750 € d'amende.

Articles L. 4745-1 et R. 4745-1 et suivants du Code du travail

En outre, l'employeur peut voir engager sa responsabilité civile à l'égard du salarié, s'il existe un lien de causalité entre l'absence de visite médicale, constitutive d'une faute de l'employeur, et un préjudice subi par le salarié relatif à son état de santé. L'action en responsabilité peut également être exercée par un salarié contaminé par le salarié qui n'a pu bénéficier d'une visite médicale d'embauche. Le litige se résout en dommages-intérêts au profit de la victime.

AUTRES EXAMENS MÉDICAUX OBLIGATOIRES

Dans les 24 mois qui suivent la visite médicale d'embauche, l'employeur est tenu d'organiser un nouvel examen médical en vue de s'assurer du maintien de l'aptitude du salarié au poste de travail occupé. Cet examen doit ensuite être renouvelé au moins une fois tous les deux ans.

Article R. 4624-16 du Code du travail

En outre, les salariés doivent bénéficier au minimum d'un examen par le médecin du travail après :

- une absence pour cause de maladie professionnelle ;
- un congé de maternité ;
- une absence d'au moins 30 jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel ;
- en cas d'absences répétées pour raisons de santé.

Article R. 4624-21 du Code du travail

Ces examens doivent avoir lieu lors de la reprise du travail et au plus tard dans un délai de 8 jours.

En vue de favoriser le maintien dans l'emploi des salariés en arrêt de travail d'une durée de plus de trois mois, une visite de préreprise est également organisée par le médecin du travail à l'initiative du médecin traitant, du médecin conseil des organismes de sécurité sociale ou du salarié.

Article R. 4624-20 du Code du travail

Le médecin du travail est informé de tout arrêt de travail d'une durée inférieure à trente jours pour cause d'accident du travail afin de pouvoir apprécier, notamment, l'opportunité d'un nouvel examen médical et, avec l'équipe pluridisciplinaire, de préconiser des mesures de prévention des risques professionnels.

Article R. 4624-24 du Code du travail

SITUATION DU SALARIÉ AU COURS DES EXAMENS MÉDICAUX

Le temps nécessité par les examens médicaux, y compris les examens complémentaires, est :

- soit pris sur les heures de travail des salariés sans qu'aucune retenue de salaire puisse être effectuée ;
- soit rémunéré comme temps de travail normal dans l'hypothèse où ces examens ne pourraient avoir lieu pendant les heures de travail.

Le temps et les frais de transport nécessités par ces examens sont pris en charge par le chef d'entreprise.

Article R. 4624-28 du Code du travail

SEUILS D'EFFECTIF

Incidence de l'embauche sur les seuils d'effectifs

L'embauche d'un salarié a pour effet d'augmenter l'effectif de l'entreprise, c'est-à-dire le nombre de salariés de l'entreprise. Il est alors possible que l'entreprise passe un seuil au-delà duquel elle est soumise à une nouvelle obligation ou à une obligation accrue.

L'effectif de l'entreprise pris en compte pour déterminer si l'entreprise est soumise à une obligation ou non n'est jamais fixe et définitif. Son appréciation diffère selon que sont pris en compte différents éléments :

- niveau d'appréciation : entreprise, établissement, unité économique et sociale, ...
- date ou période d'évaluation : échéance annuelle ou décompte effectué sur une période de plusieurs années ;
- nature des contrats de travail : contrats à durée déterminée ou indéterminée, en alternance, à temps partiel.

Exemple

Exclusion des contrats à durée déterminée qui remplacent des salariés absents, mais prise en compte des mêmes contrats conclus pour faire face à un surcroît d'activité.

- *sexe et âge des salariés :*

Exemple

Pour la mise en place de chambres d'allaitement, seules les femmes de l'entreprise âgées de plus de 15 ans sont décomptées.

HARMONISATION DE SEUILS ET RÉFORME DE LEURS MODALITÉS DE CALCUL

Depuis juillet 2003, le gouvernement est habilité à simplifier le droit par voie d'ordonnances. L'une des mesures intéresse les seuils d'effectifs. L'objectif est de simplifier et d'harmoniser les formalités administratives qui découlent du franchissement des seuils d'effectifs.

Il s'agit en particulier de regrouper les seuils très proches, dont l'écart n'excède pas un salarié, et de modifier les règles de calcul de ces seuils.

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit - JO du 3 juillet

Articulation des anciennes et nouvelles réglementations

Certains seuils, relatifs au financement de la formation professionnelle continue notamment, étaient franchis lorsque l'entreprise occupait 10 salariés et plus, ou moins de 10 salariés. Ceux relatifs à la représentation du personnel intéressaient les entreprises qui employaient 11 salariés et plus. Parfois, également, les seuils étaient identiques mais définis de façon différente : moins de 10 salariés, au moins 10 salariés, au moins 11 salariés ou moins de 11 salariés.

Le mode de calcul des seuils différait selon :

- le statut des salariés travaillant dans l'entreprise :
 - pour certains seuils, seuls ceux titulaires d'un véritable contrat de travail étaient comptés,
 - pour d'autres seuils, tous les salariés occupés dans les locaux étaient pris en compte, c'est-à-dire y compris les intérimaires et les salariés mis à disposition d'autres entreprises.

- la durée du travail considérée :
 - soit était pris en considération l'emploi habituel ou régulier du salarié, indépendamment de son temps de travail effectif,
 - soit le calcul s'effectuait au prorata temporis, les travailleurs à temps partiel et les contrats à durée déterminée n'étaient alors décomptés qu'à hauteur de leur temps de travail réel.

ORDONNANCE DU 12 MARS 2007 OPÉRANT LA REFORTE DU CODE DU TRAVAIL

Par ordonnance, le gouvernement achève la simplification du Code du travail engagée en 2003, et en particulier la réglementation relative aux seuils d'effectifs.

A partir de 2008, les dispositions légales relatives aux seuils d'effectifs sont regroupées au tout début du Code du travail.

Elles uniformisent le calcul des seuils d'effectifs pour toutes les matières de la législation du travail où il est nécessaire : mise en place des représentants du personnel, licenciement économique, emploi de travailleurs handicapés, groupement d'employeur etc....

Les principes érigés dans les précédentes ordonnances depuis 2003 sont intégralement repris : règle du prorata temporis, prise en compte de l'ensemble des travailleurs mis à disposition dans l'entreprise sauf ceux qui assurent le remplacement d'autres salariés, exclusion des jeunes de moins de 26 ans.

Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 - JO du 13 mars

Pour la mise en œuvre de toutes les dispositions du Code du travail, les effectifs de l'entreprise sont calculés comme suit :

- les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein et les travailleurs à domicile sont pris intégralement en compte dans l'effectif de l'entreprise ;
- les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis au moins 1 an, y compris les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ;
- toutefois, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation ;
- toutefois, les salariés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire, par un groupement d'employeur ou une association intermédiaire, ne sont pas pris en compte pour le calcul des effectifs de l'entreprise utilisatrice pour l'application des dispositions légales relatives à la Formation Professionnelle Continue et à la Tarification des Accidents du travail et Maladies professionnelles, qui se réfèrent à une condition d'effectif ;
- les salariés à temps partiel, quelle que soit la nature de leur contrat de travail, sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail.

Article L. 1111-2 du Code du travail, modifié par Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

Article R. 1111-1 du Code du travail créé par Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 - JO du 8 mars

Ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise :

- les apprentis ;
- les titulaires d'un contrat initiative-emploi (CIE), pendant la durée de la convention conclue avec l'État ;
- les titulaires des contrats insertion-revenu minimum d'activité (CIRMA) pendant la durée de la convention conclue avec l'État ;
- les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) ;
- les titulaires d'un contrat d'avenir ;
- les titulaires d'un contrat de professionnalisation pendant la période de professionnalisation.

Toutefois, ces salariés sont pris en compte pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

Article L. 1111-3 du Code du travail

Portée de ces ordonnances

Le processus de validation des ordonnances diffère de celui des lois : le gouvernement demande d'abord au Parlement l'autorisation de prendre les ordonnances, dans un délai limité, et dans des domaines qui relèvent d'ordinaire de la loi. Ces ordonnances sont ensuite prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État.

Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques, si dans un délai de 3 mois, elles ne font pas l'objet d'une demande de ratification déposée au Parlement. Si elles font effectivement l'objet d'une ratification devant le Parlement, elles prennent alors réelle valeur législative. Lorsque le Parlement n'est pas sollicité pour ratification, les ordonnances peuvent tout de même avoir valeur réglementaire (comme les décrets et les arrêtés ministériels). L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 a été ratifiée par une loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, pour une application au 1^{er} mars 2008 des nouvelles dispositions législatives et réglementaires du Code du travail.

NEUTRALISATION DES EFFETS FINANCIERS JUSQUE FIN 2011

La neutralisation des effets financiers du passage du seuil de 10 ou 20 salariés, prévue depuis 2008 est prolongée en 2011, pour les dispositifs suivants :

- participation des employeurs au développement de la formation professionnelle continue ;
- exonérations de cotisations sociales pour les apprentis ;
- réduction de charges sociales dite « Fillon » ;
- majoration de la déduction forfaitaire des charges patronales sur les heures supplémentaires ;
- contribution patronale FNAL.

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 modifiée par Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 - JO du 30 décembre

PRINCIPAUX SEUILS D'EFFECTIF

Seuil de 10 salariés

Effectif requis	Obligations	Date ou période d'appréciation de l'effectif	Niveau d'appréciation
- de 10	Versement trimestriel des cotisations sociales	au 31 décembre de chaque année	entreprise
- de 10	Repos compensateur obligatoire pour heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent légal égal à 50 %	au moment où sont effectuées les heures supplémentaires	entreprise
- de 10	Participation à la formation professionnelle à hauteur de 0,15 + 0,10 % de la masse salariale	année entière d'activité	entreprise
10 et +	Participation à la formation professionnelle à hauteur de 1,5 % de la masse salariale	année entière d'activité	entreprise
10 et +	Participation à l'effort de construction à hauteur de 0,45 % des salaires versés l'année précédente	année civile écoulée	entreprise
10 et +	Versement transport en région parisienne et certaines autres grandes agglomérations	à la fin de chaque trimestre civil	lieu de travail compris dans l'agglomération concernée
10 et +	Repos compensateur obligatoire pour heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent légal égal à 100 %	au moment où sont effectuées les heures supplémentaires	entreprise
- de 11	Indemnité de licenciement illégitime ou pour irrégularité de procédure calculée en fonction du préjudice subi	à la date du licenciement	entreprise
11 au moins	Mise en place des délégués du personnel	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement, unité économique et sociale
11 au moins	Indemnité de licenciement illégitime au plus égale à 1 mois de salaire Indemnité pour irrégularité de procédure au moins égale à : <ul style="list-style-type: none"> ■ 6 mois de salaire ■ + réintégration ■ + remboursement des indemnités de chômage ⁽¹⁾ 	à la date du licenciement	entreprise
11 au moins	Crédit d'heures du conseiller du salarié (licenciement) et des conseillers prud'homaux		établissement
entre 10 et 50	Versement annuel des cotisations sociales	au 31 décembre de chaque année	entreprise

⁽¹⁾ Pour salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté à la date du licenciement

Seuil de 20 salariés

Effectif requis	Obligations	Date ou période d'appréciation de l'effectif	Niveau d'appréciation
au + 20	Durée légale du travail fixée à 35 heures au 1 ^{er} janvier 2002	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise ou unité économique et sociale
20 et +	Emploi de salariés handicapés	au 31 décembre de chaque année	établissement
20 et +	Élaboration d'un règlement intérieur		établissement
20 et plus	Durée légale du travail fixée à 35 heures au 1 ^{er} février 2000	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise ou unité économique et sociale
25 et +	Mise à disposition d'un local de restauration		établissement ^(*)

^(*) Seuls sont pris en compte les salariés souhaitant prendre leur repas sur le lieu de travail, dans le décompte de l'effectif de 25

Seuil de 50 salariés

Effectif requis	Obligations	Date ou période d'appréciation de l'effectif	Niveau d'appréciation
50 et +	Relevé mensuel des contrats conclus ou résiliés ou des mouvements de main-d'œuvre		entreprise
50 et +	Mise en place du comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement, unité économique et sociale
50 et +	Mise en place du CHSCT	12 mois au cours des 3 années précédentes	établissement
50 et +	Augmentation du crédit d'heures des délégués du personnel (15 heures au lieu de 10)	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement, unité économique et sociale
50 et +	Négociation annuelle avec les syndicats sur les salaires, la durée et l'organisation du temps de travail	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise pourvue d'un délégué syndical
50 et +	Rapport annuel sur la situation comparée des hommes et des femmes à présenter devant les représentants du personnel	année entière d'activité	entreprise
50 et +	Mise en place d'une alarme incendie		établissement
50 et +	Élaboration d'un plan social en cas de licenciement économique de + de 10 salariés sur 30 jours	à la date du projet de licenciement	établissement
50 et +	Mise en place de la participation aux résultats de l'entreprise	6 mois au cours de l'exercice considéré	entreprise
50 et +	Modification de la périodicité de versement des cotisations sociales	au 31 décembre de chaque année	entreprise
entre 50 et 150	Réunion du comité d'entreprise une fois tous les 2 mois	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
entre 50 et 300	Délégué syndical de droit représentant syndical au comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise

Seuils supérieurs à 100 salariés

Effectif requis	Obligations	Date ou période d'appréciation de l'effectif	Niveau d'appréciation
100 et +	Chambre d'allaitement	à la date de la demande	établissement ^(*)
150 et +	Réunions mensuelles du comité d'entreprise, au lieu d'une fois tous les 2 mois	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
200 et +	Mise en place d'une commission de formation interne au comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
200 et +	Présence d'un infirmier propre à l'entreprise		entreprise, établissement
+ de 200	Fin de la possibilité de mettre en place une délégation unique du personnel	date du 1 ^{er} tour des élections du comité d'entreprise	entreprise
+ de 200	Mise à disposition d'un local syndical commun à toutes les sections syndicales	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement
300 et +	Présentation annuelle d'un bilan social au comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement
300 et +	Mise en place d'une commission d'aide au logement interne au comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
300 et +	Représentant au comité d'entreprise de chaque section syndicale	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
+ de 300	Rapport annuel du médecin du travail à présenter au comité d'entreprise et au CHSCT	année entière d'activité	entreprise
500 et +	Augmentation du nombre de CHSCT	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise
500 et +	Désignation de délégués syndicaux supplémentaires	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise
500 et +	Crédit d'heures accordé aux sections syndicales	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise
500 et +	Augmentation du crédit d'heures des membres du comité d'entreprise (20 heures)	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise
500 et +	Installation de locaux médicaux pour les examens médicaux obligatoires		entreprise
1000 et +	Mise en place d'une commission économique interne au comité d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	cadre d'élection du comité d'entreprise
1000 et +	Augmentation du crédit d'heures des sections syndicales et local syndical propre à chaque section	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise, établissement
1000 et +	Un infirmier supplémentaire par tranche de 1000		entreprise
2000 et +	Désignation d'un délégué central d'entreprise	12 mois au cours des 3 années précédentes	entreprise

^(*) Seules sont décomptées dans l'effectif requis les femmes de plus de 15 ans

