

Véronique Roy

Agrégée d'économie et gestion
Professeur en DCG

Droit du travail 2018

À jour au 1^{er} janvier 2018

22^e édition

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée. Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du

Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, 2018

11, rue Paul Bert, 92240 Malakoff

www.dunod.com

ISBN 978-2-10-077856-0

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

Fiche 1	Les sources du droit du travail	1
Fiche 2	Le contrôle du droit du travail	6
Fiche 3	L'embauche	12
Fiche 4	Le contrat de travail	18
Fiche 5	Les différents contrats de travail	24
Fiche 6	Les pouvoirs de l'employeur et les droits des salariés	34
Fiche 7	La durée du travail	41
Fiche 8	Repos et congés	50
Fiche 9	L'hygiène et la sécurité	58
Fiche 10	Le salaire	63
Fiche 11	La participation des salariés	69
Fiche 12	La formation professionnelle	76
Fiche 13	Les événements affectant la relation de travail	83
Fiche 14	Le licenciement pour motif personnel	90
Fiche 15	Le licenciement pour motif économique	95
Fiche 16	Les autres modes de rupture	106
Fiche 17	Les conséquences de la rupture	112
Fiche 18	La négociation collective	116
Fiche 19	Le syndicalisme dans l'entreprise	126
Fiche 20	Les institutions représentatives du personnel	131
Fiche 21	Le statut des représentants du personnel	142
Fiche 22	Les conflits collectifs	148
Index		153

Les sources du droit du travail

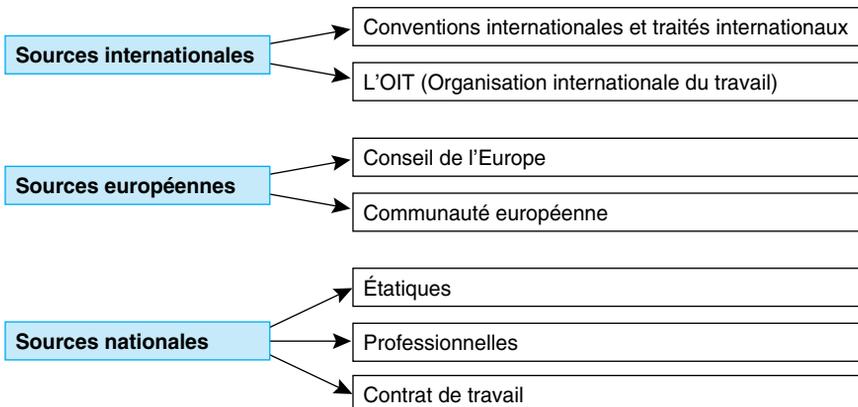
I Principes généraux

- Le droit social comprend le droit du travail et le droit de la sécurité sociale, ce dernier représentant le droit de la solidarité professionnelle et sociale. Le droit du travail est un droit récent et progressiste, marqué par les pouvoirs publics qui instituent un ordre public social et un droit à l'emploi au travers des politiques de l'emploi. Il est surtout un droit négocié : la loi pose les grands principes et incite les partenaires sociaux à négocier la mise en place de règles au niveau de l'entreprise (cf. fiche 18).
- Le droit du travail, malgré son intitulé, ne régit pas toutes les formes du travail. Il ne s'applique ni aux travailleurs indépendants ni aux fonctionnaires. N'entrent dans son domaine que les relations salariées, c'est-à-dire celles qui découlent d'un contrat de travail créant une situation de subordination du salarié. Il ne s'applique qu'aux salariés du secteur privé ou à certains salariés du secteur public ou nationalisé (comme par exemple les salariés dans les Établissements publics industriels et commerciaux – ÉPIC).

II Règles applicables

Les sources du droit du travail sont nombreuses et variées.

Les différentes sources du droit du travail



A. Les sources internationales

Le développement de ces sources est surtout l'œuvre de l'Organisation internationale du travail (OIT), créée en 1919 par le traité de Versailles et, aujourd'hui, institution de l'ONU. Elle élabore des conventions soumises à ratification par les États ou simplement des recommandations. Les conventions portent sur de grands principes pour la simple raison qu'elles s'adressent à des pays très différents. Le respect de ces conventions dépend de l'unique bon vouloir des États car aucun moyen de contrainte n'est instauré.

Les traités internationaux sont signés au sein de conférences de l'OIT alors que les traités bilatéraux sont adoptés par certains États cosignataires.

B. Les sources européennes

Il faut distinguer les sources européennes au sens large des sources communautaires.

1. Les sources européennes au sens large

Certaines conventions sont signées au sein du Conseil de l'Europe créé en 1949. Elles concernent les grandes libertés fondamentales.

2. Les sources communautaires

Le droit communautaire fait partie intégrante de notre droit positif. Les traités communautaires abordent de grands thèmes : la libre circulation des personnes (et donc des salariés), les droits fondamentaux des salariés, l'égalité entre hommes et femmes, les conditions de travail... Tous ces thèmes sont repris dans les directives et règlements communautaires qui s'imposent aux États membres. La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est aussi une source importante du droit du travail. Il existe un droit communautaire négocié avec les partenaires sociaux : Business Europe, côté employeurs, et la Confédération européenne des syndicats (CES), coté salariés.

C. Les sources nationales

On peut regrouper ces sources en trois catégories.

1. Les normes étatiques

- **La Constitution de la 5^e République** renvoie au préambule de celle de 1946 ; de ce fait, certains droits reconnus ont une valeur constitutionnelle, ils s'imposent à tous.

- **La loi** pose les principes fondamentaux du droit du travail et **les règlements** en précisent l'application. L'ensemble de ces textes a fait l'objet d'une codification en 1910 et le nouveau Code du travail est en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008.
- **La jurisprudence** représente l'ensemble des décisions de justice. Son rôle est de préciser ou d'interpréter la loi. De ce fait, elle est d'une importance primordiale.

2. Les sources professionnelles

- **Les conventions et accords** négociés entre employeurs et salariés sont une source essentielle du droit du travail (cf. fiche 18).
- **Les usages professionnels** sont des règles non inscrites créant une pratique constante et répétée suscitant l'adhésion de tous. Pour les dénoncer, l'employeur doit informer les représentants du personnel et chaque salarié individuellement et il doit respecter un délai de préavis suffisant pour des nouvelles négociations.
- **Les actes unilatéraux de l'employeur** : ils résultent de toute manifestation de volonté de l'employeur à l'égard de l'ensemble des salariés (communiqué, note de service, décision lors d'un CE, etc.). Pour y mettre fin, l'employeur doit le dénoncer.
- **L'accord atypique** : c'est un accord signé par l'employeur ne répondant pas aux règles de conclusion d'un accord collectif.

3. Le contrat de travail

La dernière source est bien évidemment le contrat de travail qui définit les droits et obligations de chacune des parties. Nous étudierons le contrat de travail à la fiche 4.

III Compléments : l'histoire du droit du travail selon quelques lois repères

Le droit du travail et la Révolution

Le décret d'Allarde, du 2 et 17 mars 1791, pose comme principe qu'« il est libre à toute personne [...] d'exercer toute profession, art ou métier qu'elle trouvera bon... ».

La loi Le Chapelier, du 14 et 17 juin 1791, interdit tout groupement professionnel et toute coalition.

Le droit du travail et le XIX^e siècle

La loi du 18 mars 1806 institue les conseils des prud'hommes.

La loi du 22 mars 1841 est la première loi sociale ; elle concerne le travail des enfants dans les manufactures et limite la durée de leur travail à 8 heures quotidiennes à 8 ans et à 12 heures à l'âge de 12 ans.

Avec la **Révolution de 1848**, le droit au travail est proclamé, la grève n'est plus un délit, l'inspection du travail est créée et la durée journalière du travail est réduite. Mais ces réformes n'ont jamais été appliquées.

Le droit du travail et la III^e République

- **La loi du 21 mars 1884** proclame donc la liberté syndicale.
- **La loi du 13 juillet 1906** accorde le repos hebdomadaire.
- **1910** : promulgation du Code du travail.
- En **1919**, la journée est de 8 heures et la semaine de 48 heures de travail.

Le droit du travail du Front populaire à la V^e République

- **Les accords de Matignon, en 1936**, établissent le droit syndical et les conventions collectives, 40 heures de travail par semaine, deux semaines de congés payés, l'élection de délégués du personnel.
- **1945** : création de la Sécurité sociale et des comités d'entreprise.
- **1950** : instauration du **SMIG** (salaire minimum interprofessionnel garanti).
- **1956** : trois semaines de congés payés.

Le droit du travail et la V^e République

- **1968** : **accords de Grenelle** où figure l'instauration des sections syndicales.
- **1969** : quatre semaines de congés payés, intéressement obligatoire.
- **1970** : le **SMIC** (salaire minimum interprofessionnel de croissance).
- **1982** : 39 heures hebdomadaires et une cinquième semaine de congés payés.
Lois Auroux.
- **1994** : réforme de la participation aux résultats.
- **1997** : loi contre le travail dissimulé.
- **1998-2000** : lois Aubry sur les 35 heures.
- **2001** : loi sur l'épargne salariale.
loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes.
loi sur les discriminations.
- **2003** : loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.
loi sur les retraites.
- **2004** : loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

- **2006** : loi sur l'égalité salariale entre les hommes et les femmes.
loi pour le développement, la participation et l'actionnariat salarié.
- **2007** : loi sur la modernisation du dialogue social.
loi sur la continuité du service public dans les transports.
- **2008** : loi sur les discriminations.
loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
loi portant modernisation du marché du travail.
- **2009** : loi sur le travail dominical.
loi sur la formation.
- **2010** : loi sur les retraites.
- **2011** : loi sur le travail des handicapés.
loi sur l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.
- **2014** : loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraite.
loi relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.
- **2015** : loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi Macron).
loi relative au dialogue social et à l'emploi (loi Rebsamen).
- **2016** : loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dite « loi Travail ».
- **2017** : ordonnances sur la négociation collective, sur la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail et sur le compte professionnel de prévention.

Le contrôle du droit du travail

I Principes généraux

Le contrôle du droit du travail, dont le but est de rendre ce droit effectif, a pour originalité d'être de deux ordres. Il est tout d'abord administratif (inspection du travail) mais il peut être aussi judiciaire.

II Les règles applicables

A. L'inspection du travail

Sa mission consiste à « assurer le respect de la législation du travail et de constater, le cas échéant, les infractions à celle-ci ». Les inspecteurs assurent, en outre, un rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits.

1. Les missions de l'inspection du travail

Les trois fonctions essentielles de l'inspecteur du travail

Surveillance de l'application des dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles	Pouvoir de décision	Conseil, assistance et conciliation
<ul style="list-style-type: none"> • Droit de visite dans les entreprises sans obligation d'informer l'employeur. • Droit de se faire communiquer tous les documents imposés par la loi (registres du personnel, des délégués, le livre de paye...). • Droit d'enquête (avec entretien) et de prélèvement sur les matières et produits utilisés. 	<ul style="list-style-type: none"> • Il peut autoriser ou interdire certaines décisions (aménagement du temps de travail, licenciement des salariés protégés). • Il contrôle le règlement intérieur : peut faire modifier ou supprimer une clause. • Il contrôle l'organisation de la bonne représentation du personnel. 	<ul style="list-style-type: none"> • Il répond à toute question concernant le droit du travail, il a un rôle de conseil aux salariés et aux employeurs. • Sur demande, il peut essayer de concilier les parties en jouant le rôle de médiateur et en évitant aussi les conflits individuels ou collectifs.

Toute personne ayant fait obstacle à l'accomplissement de la mission des inspecteurs du travail est passible de sanctions pénales au titre de délit d'entrave.

2. Le constat des infractions

Lorsque l'inspecteur découvre une infraction, il dispose d'un large éventail de sanctions.

Sanctions	Conséquences
Les observations	Elles sont un simple avertissement.
La mise en demeure	Elle est la demande de faire cesser le trouble dans un délai déterminé. Elle est obligatoire pour les infractions à l'hygiène et à la sécurité.
Le procès-verbal	Un exemplaire est transmis au parquet qui jugera de l'opportunité des poursuites judiciaires.
La saisine du juge des référés	Elle est automatique en cas de risques d'atteinte à l'intégrité physique. Le juge ordonnera les mesures propres à faire cesser le trouble.
L'arrêt temporaire de l'activité	Différents textes donnent des valeurs limites d'exposition des salariés aux substances cancérigènes, mutagènes et toxiques pour la reproduction. L'inspecteur peut faire arrêter l'activité si le dépassement de valeur limite persiste malgré une mise en demeure de la faire cesser.

Les décisions de l'inspecteur peuvent faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès du ministère du Travail ou devant le tribunal administratif, ce qui nous amène au rôle du juge.

3. Amendes et transaction pénale

Le directeur de la DIRECCTE peut prononcer des amendes administratives de 2 000 € par salarié concerné pour certains manquements relatifs à la durée du travail, au salaire et aux locaux de travail et des amendes administratives de 10 000 € par salarié concerné pour certains manquements en matière de santé et sécurité au travail.

Le directeur peut aussi proposer une transaction pénale à l'employeur qui a commis une infraction. L'employeur a un mois pour accepter et dans ce cas la transaction est homologuée. La transaction ne peut concerner que des contraventions et des délits précis et est elle est impossible lorsque l'infraction peut faire l'objet d'une amende administrative et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'1 an ou plus.

B. Le juge

1. Le conseil des prud'hommes

■ Généralités

Le conseil des prud'hommes est le juge naturel du droit du travail, il est compétent pour tous les litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail.

Il existe au moins une telle juridiction par ressort de tribunal de grande instance, elle est composée de cinq sections (industrie, commerce et services commerciaux, agriculture, activités diverses, encadrement) composées d'employeurs et de salariés désignés par les organisations syndicales en fonction de leur représentativité.

■ *La saisie et les procédures*

L'action est ouverte à tous ceux qui justifient d'un intérêt légitime, c'est à dire l'employeur, le salarié ou encore un syndicat agissant dans le cadre de sa mission de protection et de défense des intérêts des salariés. Le conseil compétent est celui du lieu de l'établissement où le salarié travaille ou à défaut celui du domicile du salarié. Si le salarié est demandeur il peut aussi saisir le conseil du lieu où il a été engagé ou du siège social de l'entreprise qui l'emploie. Les délais de prescription sont de 2 ans pour les actions portant sur l'exécution et la rupture du contrat (sauf en cas d'action en réparation d'un dommage corporel, d'une discrimination ou d'un harcèlement) et de 3 ans pour les actions en paiement de salaire.

La saisine se fait soit par demande formée au secrétariat greffe ou par lettre recommandée, soit par la présentation volontaire des parties devant le bureau de conciliation. Elle comporte les éléments d'identification des parties (noms, adresses et professions) et les différentes prétentions. Le secrétariat greffe informe le demandeur de la date de la séance du bureau de conciliation et convoque le défendeur par lettre recommandée comprenant le nom, la profession, l'adresse du demandeur et les chefs d'accusation.

Il existe deux procédures gratuites distinctes : la procédure ordinaire, que nous détaillerons, et la procédure en référé. Cette dernière, dont l'avantage est la rapidité, n'est possible que dans trois cas :

- l'urgence pour prendre les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ;
- le trouble illicite ou le dommage imminent ;
- l'octroi d'une provision ou l'exécution d'une obligation.

■ *Le bureau de conciliation et d'orientation (BCO)*

La procédure ordinaire comporte deux phases : une phase de conciliation devant le bureau de conciliation et d'orientation puis une phase de jugement. La conciliation s'effectue à huis clos et est en principe obligatoire sauf en cas de requalification en contrat à durée indéterminée d'un CDD ou d'un contrat d'intérim, d'une demande de requalification en contrat de travail d'un stage, ou de prise d'acte par un salarié de la rupture de son contrat de travail.

- **Le rôle du bureau est d'amener les parties à se mettre d'accord pour régler leur conflit.** Il peut pour cela, depuis la loi Macron, entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité.

Les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent également se faire assister. Les personnes habilitées à représenter ou à assister les parties sont :

- les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activité ;
- le défenseur syndical ;

- le conjoint, le concubin, ou la personne liée au salarié ou à l’employeur par un pacs ;
- les avocats.

L’employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l’entreprise ou de l’établissement.

Sauf motif légitime, si une partie ne comparaît pas ou ne se fait pas représenter, le BCO peut juger l’affaire en l’état des pièces et moyens que la partie comparante a contradictoirement communiqués.

En cas d’accord, le bureau le constate dans un procès-verbal de conciliation qui a autorité de la chose jugée. Des extraits valant titre exécutoire sont délivrés aux parties. À défaut de conciliation totale, les prétentions qui restent contestées et les déclarations sont notées au dossier ou au procès-verbal. L’affaire est alors portée devant le bureau de jugement mais le BCO peut ordonner auparavant des mesures d’instruction et prendre des mesures provisoires d’urgence.

Comme la conciliation aboutit rarement, la loi autorise les parties à mettre fin à un litige quant au caractère réel et sérieux d’un licenciement et à son irrégularité moyennant le paiement d’une indemnité forfaitaire versée par l’employeur en contrepartie de la renonciation du salarié à ses réclamations. Le bureau de conciliation peut le proposer aux parties. En cas d’accord, un PV est établi. Le montant est fixé en fonction de l’ancienneté et varie de 2 mois de salaire (pour moins de 2 ans d’ancienneté) à 14 mois (pour plus de 25 ans d’ancienneté). Cette indemnité ne couvre pas les indemnités légales conventionnelles ou contractuelles ainsi que celle liées à l’exécution du contrat de travail et les indemnités liées au licenciement pour inaptitude.

- Le BCO a pour mission d’assurer la mise en état des affaires. Cela signifie qu’il fait procéder aux débats contradictoires et échanges de pièces et de conclusions entre les parties.
- En cas d’échec de la conciliation, le BCO peut renvoyer l’affaire devant le bureau de jugement :
 - dans sa formation normale (2 conseillers employeurs et 2 conseillers salariés) ;
 - dans sa formation restreinte (1 conseiller employeur et un conseiller salarié) avec l’accord des parties si le litige porte sur un licenciement ou une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. La formation restreinte doit statuer dans les 3 mois ;
 - devant la formation de départage (présidée par un juge du tribunal de grande instance) si les parties le demandent ou si la nature du litige le justifie.

■ Le bureau de jugement

En cas de non-conciliation l’affaire est instruite par le **bureau de jugement** (2 salariés + 2 employeurs et en composition restreinte : 1 + 1) qui dispose de tous les moyens d’une juridiction. Les parties présentes à la conciliation peuvent soit accepter de comparaître à

une audience tenue immédiatement par le bureau de jugement, soit être convoquées verbalement ou par lettre recommandée devant ce bureau à une date précise.

La représentation du demandeur ou du défendeur lors d'une audience est possible en cas d'absence pour motif légitime.

L'avocat n'est pas obligatoire aux prud'hommes par contre, en appel, il est obligatoire d'avoir un avocat ou un défenseur syndical et un avocat-conseil devant la Cour de cassation.

Le jugement est pris à la majorité mais si cela n'est pas possible une nouvelle audience, dans le délai d'un mois, devant le même bureau a lieu mais avec en plus en son sein le juge du TGI qui agit en tant que juge départiteur. Dans ce cas, le juge départiteur ne peut pas statuer seul en cas d'absence d'un conseiller. Si la décision n'est pas rendue immédiatement la date du prononcé est rappelée aux parties.

Le secrétariat-greffe notifie le jugement au demandeur et au défendeur. Si la partie condamnée n'exécute pas volontairement la décision son adversaire peut l'y contraindre par la voie de l'exécution forcée.

Si la demande n'excède pas 4 000 € le bureau des jugements juge en premier et dernier ressort, sinon l'appel reste possible et il est suspensif.

2. Les autres juridictions

■ *Les juridictions administratives*

Les décisions et actes de l'administration du travail peuvent être attaqués devant les juridictions administratives.

Tribunal administratif → Cour d'appel (Chambre administrative) → Conseil d'État

Il existe deux sortes de recours :

- le recours pour excès de pouvoir : pour obtenir l'annulation de la décision ;
- le recours de plein contentieux : il s'agit ici d'obtenir dédommagement du préjudice subi du fait de l'action ou de l'inaction de l'administration.

■ *Les juridictions civiles*

- Le tribunal d'instance est compétent en matière de litiges relatifs aux élections professionnelles et prud'homales, et en matière de litiges relatifs à la désignation des membres des comités d'entreprise européens.
- Le tribunal de grande instance est compétent en matière de litiges collectifs (conflits, conventions...) ; il est saisi en référé en cas d'urgence afin de faire cesser un trouble illicite ou de prévenir un danger immédiat.

TI ou TGI $\xrightarrow[\text{délai 1 mois}]{\text{appel}}$ Cour d'appel $\xrightarrow[\text{dans les 2 mois}]{\text{pours}} \rightarrow$ Cour de cassation

■ Les juridictions répressives

En droit du travail, nombreuses sont les dispositions sanctionnées pénalement. À l'origine de l'action, on retrouve souvent le procès-verbal dressé par l'inspecteur du travail, mais le ministère public peut aussi se saisir lui-même. De même les syndicats peuvent agir devant ces juridictions (plainte, citation directe). Le tribunal de police est compétent pour les contraventions, le tribunal correctionnel pour les délits et la cour d'assises pour les crimes.

III Complément : les modes de résolution amiable des conflits

La loi Macron a étendu au droit du travail deux procédures de règlement amiable des conflits. Un employeur et un salarié peuvent, avant de saisir le juge, recourir à la médiation conventionnelle ou à la procédure participative pour régler à l'amiable un différend s'élevant à l'occasion du contrat de travail qui les lie ou qui les liait.

La médiation conventionnelle

Pour tenter de résoudre leur différend, les parties choisissent un médiateur qui recueille leurs déclarations, ces dernières ne peuvent pas être invoquées en justice sauf en cas d'accord des parties.

Les parties peuvent s'entendre uniquement sur des points pour lesquels il est autorisé de négocier et ne peuvent pas porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge qui lui donne force exécutoire. En cas d'échec, les parties saisiront le juge et dans ce cas la procédure de conciliation devant le BCO reste obligatoire, mais les parties pourront invoquer leur tentative de médiation.

La procédure participative

Il s'agit d'une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent, avant de saisir le juge, à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend sous l'égide d'un avocat.

Cette convention est écrite et à durée déterminée et ne peut porter que sur des droits dont chaque partie a la libre disposition. Elle détaille les éléments ayant permis la conclusion de l'accord. Tant que la convention est en cours toute action devant le juge est irrecevable, mais elle redevient possible au cas d'inexécution.

L'accord peut être homologué par le juge afin de le rendre exécutoire. Cette homologation peut être partielle, et dans ce cas la partie du litige non réglée est soumise au juge.

En cas d'échec les parties saisissent le juge et elles ne sont pas dispensées de la phase de conciliation.

I Principes généraux

- L'embauche est un acte important car il est le début de la future relation de travail. L'employeur a une liberté presque totale dans le choix de son futur salarié, et tout candidat à un emploi peut accepter ou non le poste proposé.
- Cette liberté n'est pas entravée par l'existence du Pôle Emploi. Certes, il est un organisme de placement auprès duquel toute personne en recherche d'emploi doit solliciter son inscription, mais il n'est en aucun cas un intermédiaire obligé (la loi de cohésion sociale avait mis fin au monopole du placement de l'ANPE).

II Règles applicables

A. Les règles concernant la procédure d'embauche

1. Les règles générales

- Il est interdit de vendre des offres et des demandes d'emploi. Elles peuvent être publiées par tout moyen accessible au public.
- L'offre ne peut pas contenir :
 - de mentions discriminatoires ou de mentions concernant un âge maximum sauf obligation légale ou réglementaire ;
 - des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur ;
 - un texte en langue étrangère mais lorsque l'emploi ne peut être désigné que par un terme étranger, le texte français doit être suffisamment explicite.
- L'employeur et les cabinets de recrutement doivent respecter certaines règles concernant les techniques de recrutement utilisées.

Obligations	Interdictions
<ul style="list-style-type: none">• L'employeur doit respecter la transparence en informant le candidat et le comité d'entreprise sur les méthodes utilisées pour le recrutement.	<ul style="list-style-type: none">• Toute discrimination (sexe, race, opinions politiques, religion, santé...) est interdite et sanctionnée pénalement et civilement.





Obligations	Interdictions
<ul style="list-style-type: none"> • Les méthodes ou techniques utilisées doivent être pertinentes car les informations demandées ne doivent avoir comme seule finalité d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi. • La confidentialité des informations doit être respectée. Quand ces obligations sont remplies, le candidat est tenu de répondre de bonne foi. 	<ul style="list-style-type: none"> • Le CV anonyme est facultatif dans les entreprises d'au moins 50 salariés. • Les preuves de discriminations peuvent résulter de la pratique du <i>testing</i>.

2. Les règles concernant les formalités

- Dans les 48 heures de l'embauche, l'employeur doit prévenir le Pôle Emploi si la personne était inscrite comme demandeur d'emploi.
- L'employeur doit établir une déclaration préalable d'embauche qui doit parvenir en principe par voie électronique à l'URSSAF au plus tôt dans les 8 jours précédant la date de l'embauche et au plus tard la veille. En réponse, l'organisme délivre un numéro de dossier, et envoie, dans les 5 jours, un document à l'employeur accusant réception de la déclaration.

Elle permet de réaliser :

- l'immatriculation de l'employeur au régime général de la Sécurité sociale ;
- l'immatriculation du salarié à la CPAM ;
- l'affiliation de l'employeur au régime d'assurance chômage ;
- la demande d'adhésion à un service de santé au travail ;
- la demande de visite d'information et de prévention ou de l'examen médical d'aptitude.
- L'employeur qui embauche pour la première fois doit informer l'inspecteur du travail.
- Il est tenu d'immatriculer dans les huit jours de l'embauche tout salarié non encore immatriculé au Registre général de la Sécurité sociale, sinon il informe la caisse primaire.
- L'employeur doit tenir un registre unique du personnel recensant l'identité de tous les salariés dans l'ordre d'embauchage.
- Dans les entreprises de 50 salariés au plus, l'employeur doit dans les huit jours suivant l'embauche la déclarer au directeur départemental du travail.
- Un document écrit doit être remis au salarié dans les deux mois de son embauche en CDI sous peine d'une amende de 750 €.

B. Les priorités et incitations à l'embauche

La liberté de choix de l'employeur peut être limitée par une règle de priorité d'embauche, ce qui signifie que l'employeur devra proposer le travail aux titulaires de cet avantage. De plus, les pouvoirs publics essaient d'influencer l'employeur en incitant à l'embauche de certaines personnes en accordant de nombreux avantages comme l'exonération partielle ou totale des charges sociales.

Obligation d'embauche

- Il existe une obligation d'embauche, dans toute entreprise d'au moins 20 salariés, **de salariés handicapés** (ou titulaires de la carte d'invalidité ou bénéficiaires de l'allocation adultes handicapés) à hauteur de 6 % de l'effectif total. Pour s'acquitter de cette obligation, les employeurs peuvent soit :
 - embaucher directement des salariés handicapés ou conclure des contrats de prestations avec des établissements de travailleurs protégés (cela ne les libère que pour moitié de leur obligation et un montant minimal du contrat doit être respecté) ;
 - appliquer un accord collectif prévoyant au profit des handicapés un plan d'insertion et de formation (comme l'accueil en stage mais dans la limite de 2 % de l'effectif total) ou un plan d'adaptation aux mutations technologiques ou un plan de maintien dans l'entreprise en cas de licenciement. La loi autorise l'accueil d'handicapés dans le cadre de périodes de mise en situation en milieu professionnel ou d'accueil d'élèves de moins de 16 ans lors des périodes d'observation ;
 - s'acquitter d'une contribution annuelle dont le montant est un multiple du SMIC horaire (maximum 600 fois) par personne qu'ils auraient dû employer.

Les salariés handicapés légers perçoivent un salaire normal, un abattement de 10 % pour un handicap modéré ou de 20 % pour un handicap grave est autorisé lorsque le rendement professionnel est notablement diminué (l'État verse un complément de rémunération).

Priorités à l'embauche

- Les salariés à temps partiel ont une priorité d'emploi quand un employeur cherche à pourvoir un poste à temps complet.
- Un salarié ayant fait l'objet d'un licenciement économique bénéficie d'une priorité d'embauche dans son ancienne entreprise dans l'année suivant son licenciement.
- Les parents ayant rompu leur contrat de travail afin de prendre un congé parental d'éducation bénéficient d'une priorité d'embauche dans leur ancienne entreprise.

Incidations à l'embauche

Il existe un **contrat unique d'insertion** (CUI) destiné aux personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi. Il repose sur une convention individuelle de 24 mois, prorogable jusqu'à 60 mois dans certains cas. Ce contrat prend la forme d'un CIE dans le secteur marchand (il disparaîtra courant 2018) et d'un CAE dans le secteur non marchand (il deviendra le contrat parcours emploi compétence courant 2018). Ce contrat ouvre droit à une aide étatique. Il peut être rompu avant le terme par le salarié en cas d'embauche en CDI ou CDD d'au moins 6 mois ou de formation qualifiante. Il peut être suspendu pour effectuer une période d'essai et en cas d'embauche le CIE est rompu sans préavis.

En fonction de l'âge il existe des contrats spécifiques :

- **Le contrat starter** est un CIE. CDI ou CDD de 6 mois minimum et de 20 heures hebdomadaires minimum pour le recrutement d'un jeune de moins de 30 ans en difficulté d'insertion (résidant dans un quartier prioritaire ou/et bénéficiaire du RSA, demandeur d'emploi de longue durée, travailleur handicapé). L'aide est de 45 % du SMIC horaire brut pendant 6 à 24 mois.
- **Les emplois d'avenir** ont été créés pour les jeunes sans emploi de 16 à 25 ans (30 ans pour les handicapés), peu ou pas qualifiés, rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi (résidant en zones urbaines ou rurales à fort taux de chômage). Les employeurs concernés sont les personnes morales de droit public, les organismes de droit privé à but non lucratif et les entreprises privées sous certaines conditions. Les activités visées présentent un caractère d'utilité sociale ou environnementale ou ont un fort potentiel de création d'emplois. Le contrat de travail, en principe à plein temps sauf accord du salarié, est un CDI ou un CDD de 3 ans. Une aide de l'État est accordée pour 12 à 36 mois en fonction des engagements pris par l'employeur notamment en termes d'actions de formation.
- **Le CDD senior** ; pour les personnes de plus de 57 ans et inscrites depuis plus de 3 mois comme demandeur d'emploi ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé, a pour but de permettre un retour à l'emploi afin d'acquies des droits en vue de la liquidation de la retraite. CDD à terme précis, d'une durée maximale de 18 mois pouvant être renouvelé sans excéder 36 mois. À la fin du contrat, l'indemnité de précarité des CDD est due.

C. La lutte contre le travail dissimulé

Le travail dissimulé prend en compte deux catégories d'infractions :

- **la dissimulation d'activités** qui se caractérise soit par l'omission intentionnelle de s'immatriculer au répertoire des entreprises (en Alsace-Lorraine) ou des métiers ou encore au RCS soit par l'omission de déclarations aux organismes de protection sociale ou URSSAF ou à l'administration fiscale.
- **la dissimulation d'emplois salariés** qui se caractérise, lorsque l'employeur n'a pas accompli intentionnellement, auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales, les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ces salaires, ou en cas de non remise de bulletin de paie ou de déclaration préalable d'embauche.

Pour permettre un meilleur contrôle et éviter toute fraude, la loi impose que les mentions sur les registres du personnel soient indélébiles. En cas d'infraction les sanctions pénales sont, pour les personnes physiques, de trois ans de prison et 45 000 € d'amende ainsi que des peines complémentaires et pour les personnes morales 225 000 € et des peines complémentaires. Les employeurs se verront supprimer toute aide étatique. Quand l'entreprise appartient à un groupe, la société mère est subsidiairement et solidairement responsable pour le paiement des contributions et cotisations sociales et pénalités.

Le salarié qui, intentionnellement, a accepté de travailler sans bulletin de paie et déclaration d'embauche encourt la suspension et le remboursement des indemnités de chômage et du RSA ainsi que des sanctions pénales.

L'employeur faisant appel à la sous-traitance pour au moins 5 000 € doit se faire remettre par son sous-traitant, lors de la conclusion du contrat et tous les 6 mois, un document délivré au sous-traitant par l'URSSAF attestant la réalisation des déclarations sociales et le paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale. L'employeur doit contrôler l'authenticité de l'attestation. En cas de non-respect de cette obligation, le donneur d'ordres pourra être tenu des cotisations non acquittées par son sous-traitant en proportion du montant de sous-traitance.

III Compléments : l'emploi des travailleurs étrangers

L'introduction en France des travailleurs étrangers et le contrôle de leur recrutement sont du ressort de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

Pour pouvoir exercer une activité salariée en France les étrangers (hors UE, EEE et Suisse) doivent détenir une autorisation de travail qui peut revêtir principalement trois formes :

- un titre de séjour valant autorisation de travail ;
- un titre de séjour et une autorisation de travail distincte ;
- un visa valant titre de séjour et autorisation de travail.

L'emploi d'un étranger non muni d'un titre de travail est passible d'une amende de 15 000 € et d'un emprisonnement de 5 ans avec des peines complémentaires (telles que la suppression des aides ou l'interdiction d'exercice).

En cas de travail illégal, l'employeur a à verser une contribution spéciale à l'Office français de l'immigration et de l'intégration voire même, si l'étranger est en plus en situation irrégulière, une contribution forfaitaire aux frais de réacheminement.

De plus il doit verser au salarié :

- les salaires et accessoires qui auraient dû lui être versés pendant la période d'emploi illicite, présumée avoir durée 3 mois sauf preuve contraire ;
- en cas de rupture de la relation de travail, une indemnité forfaitaire égale à 3 mois de salaire.

Le montant total des sanctions pécuniaires est plafonné à 15 000 €.

De plus, dès qu'un contrat de sous-traitance d'au moins 5 000 € est conclu, le donneur d'ordres doit se faire remettre par son contractant la liste nominative des travailleurs étrangers soumis à autorisation de travail. En cas d'emploi d'étranger sans titre, le donneur d'ordres doit lui enjoindre de faire cesser cette situation. Si le contractant ne prend aucune mesure, le donneur d'ordres peut alors résilier le contrat. Le donneur d'ordres qui ne respecte pas cette procédure est solidairement responsable, avec son co-contractant, des sommes dues au titre de l'emploi d'un étranger sans titre de travail.

Application

É n o n c é

Deux salariés viennent vous consulter afin de connaître leurs droits :

- M. X, joueur international de rugby, a reçu en mai 2017 du club de rugby Y une offre de contrat de travail pour la saison 2017-2018, à laquelle était jointe une convention prévoyant l'engagement pour la saison 2017-2018, avec un début d'activité en juillet 2017 et un salaire de de 3 000 euros ainsi qu'un véhicule. Par mail, le 6 juin 2017, le club a indiqué à l'agent du joueur ne pas pouvoir donner suite aux contacts noués. Le 12 juin 2017, M. X faisait parvenir le contrat au club et son agent adressait la promesse d'embauche signée.

Suite au refus du club, M. X souhaite ester en justice pour licenciement sans cause et sérieuse car la promesse de contrat valait contrat de travail. A-t-il des chances de gagner ?

- Madame Becca a reçu une proposition de CDD contenant comme mentions : le poste, la durée des fonctions (3 mois du 1^{er} juillet au 1^{er} octobre) sans autre précision, la rémunération, le temps de travail... Elle accepte ce poste mais dans son contrat figure une période d'essai et son employeur a mis fin à son contrat 10 jours après sa date de prise de fonction. Madame Becca souhaite faire dire cette période d'essai illégale.

S o l u t i o n

Ces deux affaires portent sur la promesse d'embauche.

- La Cour de cassation considérait qu'une promesse d'embauche qui précisait les éléments essentiels du contrat de travail valait contrat de travail et engageait l'employeur. Ainsi tout retrait de l'employeur entraînait rupture du contrat de travail et le salarié percevait une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais le 21 septembre 2017 la Cour de cassation par deux arrêts a procédé un revirement de jurisprudence justifié par la réforme du droit des contrats. De et plus dans la note explicative de l'arrêt il est mentionné que cette jurisprudence « pouvait avoir pour effet d'assécher les possibilités de négociations précontractuelles, car un employeur qui s'avance trop, risque de se voir opposer la conclusion d'un contrat de travail » et qu'un candidat à un emploi pouvait y voir un « effet d'aubaine » en demandant des indemnités alors qu'il n'avait pas du tout l'intention de s'engager avec l'employeur.

Ainsi dorénavant la Cour de cassation distingue offre de contrat de travail qui ne vaut pas contrat de travail de la promesse de contrat de travail.

« Attendu que l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail, qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ;

Attendu, en revanche, que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ».

Ainsi ce n'est plus le contenu de l'écrit qui importe et la présence de mentions essentielles mais l'intention de l'employeur de s'engager. Ainsi M. X ne peut obtenir gain de cause que s'il démontre avoir reçu une promesse unilatérale de contrat à laquelle il ne manque que son consentement pour qu'il y ait contrat.

- Le cas de Madame Becca concerne les différences possibles entre les mentions de la promesse d'embauche et celles du contrat de travail. En fait Madame Becca se trompe car l'existence d'une promesse d'embauche ne fait pas obstacle à ce que le CDD qui s'ensuit prévoit une période d'essai.