

Chapitre

1

Comment recruter

A priori, rien de plus simple qu'une embauche. Pourtant, les pièges sont nombreux. Vous devez d'abord savoir qui vous pouvez embaucher et quels critères de recrutement sont admis. Vous devez aussi connaître le maquis administratif qui fait du recrutement un parcours semé d'embûches.

1. Les grands principes du processus de recrutement

■ Ne pas recruter en se fondant sur des critères interdits

Si l'entreprise est libre de déterminer le contenu d'un poste et les qualifications exigées, encore faut-il qu'elle s'abstienne de toute discrimination. La discrimination consiste à préférer un candidat à un autre sur la base de critères prohibés. Ces critères sont listés dans le Code du travail et la liste est longue. Voici les critères qui ne peuvent servir de base à un recrutement :

ENTREPRENEURS : CONNAÎTRE LE DROIT DU TRAVAIL
POUR MIEUX L'APPLIQUER AU QUOTIDIEN

- origine ;
- sexe ;
- mœurs ;
- orientation sexuelle ;
- âge ;
- situation de famille ou grossesse ;
- caractéristiques génétiques ;
- appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ;
- opinions politiques ;
- activités syndicales ou mutualistes ;
- convictions religieuses ;
- apparence physique ;
- nom de famille ;
- état de santé ou handicap ;
- fait d'avoir témoigné auparavant de faits de corruption.

Le gouvernement envisage, enfin, d'ajouter le lieu de résidence (non confirmé à la date de mise sous presse).

Cette liste est tellement large que certains de ces critères n'ont encore jamais été utilisés, comme par exemple les « caractéristiques génétiques ». Aujourd'hui, des associations comme SOS Racisme ou des administrations comme La HALDE (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité) pratiquent le « Testing ». Le testing consiste à vous adresser deux fausses candidatures :

- pour la première candidature, le CV comporte un nom « français » ;
- pour la seconde candidature, le CV comporte un nom à consonance « étrangère ».

Les deux candidatures sont identiques pour le reste. Si vous rejetez la candidature « étrangère et recevez en entretien la candidature « française », le délit de discrimination est constitué. Soyez vigilants !

Conseil pratique

Ce qu'il ne faut jamais écrire dans une offre d'emploi

Ne doit jamais figurer dans l'offre :

- un critère de sélection discriminatoire : c'est le cas notamment du sexe et de la situation de famille, mais aussi de l'âge. En conséquence, ne dites jamais : « Cherche vendeuse », mais dites : « Cherche vendeur H/F ». De même, évitez, si vous recrutez un professeur d'anglais, de recruter un « professeur de langue maternelle anglaise », ce qui éliminerait d'office les candidats d'origine non anglophone, et donc, serait une discrimination à raison de la nationalité. À noter qu'une offre d'emploi visant le sexe et la situation de famille est passible, en tant que telle et indépendamment de la preuve de toute discrimination, d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ;
- un mot étranger : vous devez rédiger votre offre d'emploi en français, et lorsque l'intitulé du poste exprimé en anglais ne connaît pas d'équivalent en français, il faut donner un descriptif détaillé de la fonction.

Il ne faut pas rédiger une offre d'emploi qui ne viserait que les hommes ou les femmes, par exemple, ou encore une tranche d'âge spécifique, mais aussi certaines qualités physiques qui peuvent être jugées non pertinentes pour le poste. Le refus d'embaucher fondé sur un critère discriminatoire est un délit passible de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (225 000 € d'amende pour la personne morale).

Respecter la vie privée des candidats

Lorsque vous recevez un candidat en entretien d'embauche, sachez que vous ne pouvez lui poser **que** des questions en lien direct avec le poste à pourvoir. Les informations demandées doivent avoir pour seule finalité d'apprécier la capacité du candidat à occuper le poste,

ainsi, bien sûr, que ses facultés professionnelles. Il est totalement inutile, par exemple, de « cuisiner » une candidate pour savoir si elle compte se marier ou avoir des enfants ! La question, parfois posée, est parfaitement illicite...

Si vous posez une question sans lien direct avec le poste, le candidat **pourra vous mentir**, et vous ne pourrez pas lui reprocher ultérieurement son mensonge. Les juges sont très sévères sur ce point. Ainsi, on ne peut pas reprocher au candidat, par exemple, d'avoir dissimulé un handicap incompatible avec le poste visé.

Conseil pratique

Les différences de traitement « autorisées »

Il est parfois possible de recruter de manière « discriminatoire ». En réalité, dans ces cas-là, il n'est pas question de « discrimination », mais de « différence de traitement autorisée » dans les cas suivants :

– « **exigence professionnelle essentielle et déterminante** » : l'exigence professionnelle « essentielle et déterminante » n'est pas souvent admise comme prétexte pour recruter de manière différenciée, car la loi exige que « l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » ;

– **âge** : on peut éventuellement justifier une différence de traitement fondée sur l'âge, mais uniquement si cette différence est « objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime ». Un poste très physique, par exemple, pourrait légitimement être proposé en priorité à de jeunes recrues ;

– **inaptitude constatée par le médecin du travail** : l'inaptitude constatée par le médecin du travail peut conduire à des situations qui rendent impossible l'application d'un même traitement à l'ensemble des salariés ;

– **handicap** : si vous souhaitez augmenter votre quota de personnes handicapées, vous pouvez valablement préférer la candidature d'un salarié handicapé à un poste donné ;

– **sexe** : on peut recruter en fonction du sexe lorsque cette différence se justifie par « une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». En pratique, il faut commencer par vérifier si le poste pour lequel vous recrutez appartient à la liste d'emplois pour lesquels une sélection par le sexe est autorisée :

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

2. Les vérifications à faire avant de recruter

■ Les salariés prioritaires à l'embauche, les quotas

Dans certains cas, les salariés **déjà présents** dans votre entreprise, ou d'**anciens salariés** de votre entreprise, peuvent bénéficier d'une priorité à l'embauche. C'est le cas :

- des salariés **licenciés pour motif économique** ou ayant adhéré à une convention de conversion depuis moins d'un an (voir Chapitre 6) ;
- des salariés à **temps partiel** et qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à **temps complet** ;
- des salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel ;
- dans certains cas, la convention collective applicable vous impose de recruter sur un poste permanent, en priorité, les salariés **remplaçants en CDD** sur un autre poste. Pour savoir quelle convention collective s'applique, reportez-vous au Chapitre 2 du présent ouvrage.

Sachez également que, si vous avez 20 salariés ou plus, vous êtes tenu de recruter **au moins 6 % de salariés handicapés**. Dans le cas contraire, vous devrez payer une contribution spéciale en compensa-

tion. Si vous ne parvenez pas à un tel recrutement, vous pouvez essayer, en compensation, d'accueillir des stagiaires handicapés, ou encore de recourir à la sous-traitance de travaux par des entreprises adaptées, centres de distribution de travail à domicile, établissements ou services d'aide par le travail.

La vérification des engagements de non-concurrence

Embaucher un étranger non européen peut être un véritable casse-tête, sans compter les heures d'attente en préfecture pour le salarié intéressé qui sollicite une modification de son titre de séjour. Sachez-le : la France fait partie des pays les plus compliqués sur ce point.

La plupart des employeurs qui recrutent dans des petites entreprises n'imaginent pas que leurs nouvelles recrues puissent être liées par une clause de non-concurrence. Le risque qui pèse sur eux est alors de voir l'ancien employeur leur reprocher de ne pas avoir procédé aux vérifications nécessaires et de s'être, ainsi, rendu **complice** de la violation de ladite clause. En cas d'embauche contraire à une clause de non-concurrence, vous pouvez être condamné à verser des dommages et intérêts à l'ancien employeur de votre nouvelle recrue.

Conseil pratique

Vérifier les engagements de non-concurrence de votre candidat

En pratique, il faut impérativement vérifier, sur le CV de votre nouveau candidat, s'il a travaillé auparavant pour un concurrent. Si vous ne connaissez pas l'activité du dernier employeur de votre candidat, demandez-la lui, et faites une vérification en sortant un extrait de K-bis de cette société. Vérifiez également que le candidat qui vous intéresse n'a pas travaillé pour un fournisseur ou un client de votre

entreprise. Interrogez ensuite le salarié sur l'existence d'une éventuelle clause de non-concurrence le liant et n'oubliez pas d'insérer, dans le contrat de travail, un préambule par lequel le salarié « se déclare libre de tout engagement et de toute clause de non-concurrence ». Si vous avez de gros doutes, vous pouvez également demander à la nouvelle recrue de vous remettre une copie de son dernier contrat de travail, dont il peut caviarder les clauses sensibles s'il le souhaite (comme la clause de rémunération).

L'important, pour vous, est d'être capable d'établir, en cas de contentieux, que vous n'avez pas recruté en connaissance de cause un salarié lié par une clause de non-concurrence.

Enfin, il se peut que la clause de non-concurrence figurant sur l'ancien contrat de travail de votre nouvelle recrue ne soit pas valable. Dans ce cas, vous êtes libre de le recruter. Pour une première vérification, nous vous renvoyons au Chapitre 2 du présent ouvrage consacré au contrat de travail, où vous trouverez une brève présentation de la clause de non-concurrence et de ses conditions de validité.

La vérification de l'autorisation de travail des salariés étrangers

Avant d'embaucher un salarié étranger qui ne serait pas ressortissant de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou de la Suisse, vous êtes tenu de vous assurer qu'il justifie d'une **autorisation de travail** et d'un certificat médical qui lui est remis normalement après la délivrance de l'autorisation de travail.

La plupart du temps, les étrangers qui vivent en France n'ont pas de document intitulé littéralement « autorisation de travail », mais des **titres de séjour** qui sont **assimilés** à une autorisation de travail par l'administration. Il s'agit de la carte de résident, de la carte de séjour temporaire, de la carte « compétences et talents », ou encore du récépissé remis à l'étranger qui a fait une demande de titre de séjour, à condition que ce récépissé comporte la mention « autorise son titulaire à travailler ».

Vous devez demander au salarié étranger de vous remettre une copie de son autorisation de travail, et adresser ce document au préfet du département du lieu d'embauche ou, à Paris, au préfet de police, par lettre datée, signée et recommandée avec avis de réception ou par e-mail. Le préfet peut exiger du salarié étranger qu'il lui adresse l'original du document.

Attention : cette démarche doit se faire **deux jours ouvrables** (c'est-à-dire deux jours de semaine) avant la date d'effet de l'embauche. Le préfet doit vous notifier sa réponse par courrier, fax ou e-mail dans les deux jours ouvrables à compter de la réception de la demande et, s'il ne vous adresse aucune réponse dans ce délai, la loi considère que vous avez rempli votre obligation de vérification de l'autorisation de travailler de votre salarié étranger.

Comment faire si l'on s'aperçoit, **après coup**, que le salarié recruté ne justifie pas d'un titre de séjour valable ? Si le titre de séjour a été **falsifié**, ou encore si le salarié a usurpé l'identité d'un tiers, vous pourrez le licencier pour **faute grave**. En revanche, attention à ne pas licencier un salarié au **seul motif que son titre de séjour serait expiré**. En effet, le salarié peut tout à fait déposer une demande de renouvellement et voir sa situation régularisée a posteriori par l'administration. S'il est licencié alors qu'il a été régularisé, le licenciement sera considéré comme abusif.

Enfin, si le salarié que vous souhaitez recruter est un étranger dépourvu de toute autorisation de travail, vous devrez demander à la préfecture de son lieu de résidence à ce que son statut administratif soit changé. Attention, c'est une procédure lourde et les refus sont nombreux.

Conseil pratique

La promesse d'embauche

Vous avez trouvé le bon candidat, vous êtes prêt à engager des pour-parlers en vue de la signature d'un contrat de travail. Comment faire ? Attention, à ce stade, aux pièges de la promesse d'embauche. La promesse d'embauche est une offre d'emploi ferme et adressée à une personne déterminée. Pour qu'elle soit efficace, il est préférable d'y préciser les éléments essentiels du contrat (qualification, rémunération, date d'effet...), toutefois, vous devez savoir que même imprécise, une promesse d'embauche est susceptible de vous engager de manière ferme.

Ne l'adressez à votre candidat que si vous êtes sûr de le recruter. Si vous adressez une telle offre par écrit à un candidat retenu pour un poste donné, vous vous engagez en effet de manière ferme et si vous changez d'avis entre-temps, vous risquez d'être assigné devant le Conseil des prud'hommes et de devoir verser des dommages et intérêts élevés : en cas de non-respect d'une offre de CDD, vous devrez payer à votre ex-futur salarié des dommages et intérêts d'un montant équivalent à ce qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat, sauf force majeure ou faute grave du salarié, et en cas de non-respect d'une offre de CDI, cette rupture peut être assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse et vous obliger à payer les indemnités de rupture du CDI.

Une offre qui ne serait pas ferme, en revanche, ne vous engage pas. Ce sera notamment le cas si vous subordonnez la réalisation de l'offre à une condition. On parle dans ce cas d'offre **conditionnelle** : « la présente offre deviendra ferme après acceptation de votre part / si le marché XXX est emporté par notre société / etc. ».

Attention : si vous voulez réellement conditionner l'offre d'emploi à la réalisation d'une condition, il faut que cela apparaisse en des termes clairs dans l'offre. Une offre d'emploi précise, accompagnée de la mention « merci de nous retourner ce document avec la mention lu et approuvé » n'est pas une offre conditionnelle, mais une promesse d'embauche ferme.

La promesse d'embauche peut être faite sous n'importe quelle forme : par e-mail, par fax, mais aussi verbale. Il suffit qu'elle soit ferme pour que vous soyez engagé. C'est par exemple le cas d'une confirmation du recrutement faite par téléphone. Aussi, si vous n'êtes pas sûr de votre recrutement, évitez à tout prix tout écrit ou tout propos équivoque devant témoins. Et si vous laissez un message sur le répondeur d'un candidat qui vous a plu, évitez en conséquence toute offre ferme, demandez-lui simplement de vous rappeler...

3. Les formalités et obligations liées à l'embauche

La France est un pays où le travail fait l'objet d'un contrôle administratif tatillon. Que ce soit à l'embauche, en cours de contrat, ou encore au moment de la rupture des relations avec le salarié, l'administration vous trace afin de s'assurer que vous n'avez pas recours au travail non déclaré, mais aussi que vos employés bénéficient des couvertures sociales auxquelles ils ont droit. D'où la lourdeur que vous allez ressentir au moment d'accomplir les différentes formalités d'embauche.

Lorsque vous recrutez un salarié, généralement, votre comptable va vous aiguiller et procéder aux déclarations utiles. Toutefois, le rôle du comptable, pour important qu'il soit, ne doit pas vous persuader que vous n'avez rien à faire, bien au contraire. Il est indispensable d'avoir un aperçu, même sommaire, de vos obligations, tant vos obligations en la matière sont nombreuses, et sanctionnées **pénalement**.

Ce qui suit est un court résumé destiné à vous donner un aperçu du parcours d'embûches qui vous attend. Ces obligations s'appliquent **quelle que soit la forme de contrat, même s'il n'y a pas d'écrit**. *A contrario*, si vous découvrez **après coup** que vous avez été employeur (voir Chapitre 12 du présent ouvrage), on pourra vous reprocher de ne pas avoir accompli l'ensemble de ces formalités et obligations.

■ Le document « omnibus » : la déclaration unique d'embauche (DUE)

La DUE est un passage obligé qui vous permet d'accomplir plusieurs formalités en même temps. Elle vaut affiliation à l'Urssaf, à la caisse régionale d'assurance-maladie (qui calcule votre taux de contribution au titre des accidents du travail), aux Assedic, et au centre de la médecine du travail, en vue de la visite médicale d'embauche. Le formulaire (cerfa 10563*04) est adressé à l'Urssaf, soit par voie postale, soit directement complété en ligne via le site *www.due.fr*.

■ Huit jours avant l'embauche et au plus tard la veille de l'embauche : la déclaration nominative préalable (accomplie en envoyant la DUE)

Cette déclaration est effectuée par le biais de la DUE (voir ci-dessus). Vous devez l'adresser à l'Urssaf dont vous dépendez au plus tôt dans les 8 jours précédant l'embauche. Elle est effectuée même quand vous embauchez un même salarié (par exemple, que vous recrutez pour la deuxième fois un salarié en CDD, sauf si les deux CDD se suivent sans interruption). Attention, le défaut de déclaration peut être sanctionné au titre du travail dissimulé, qui est délit passible d'emprisonnement. Par ailleurs, vous risquez une amende administrative (300 fois le taux horaire minimum garanti).

■ Au moment de l'embauche : la mention du recrutement sur le registre unique du personnel

À partir du moment où vous recrutez, la réglementation exige de vous la tenue d'un registre unique du personnel sur lequel vous devez mentionner, dans l'ordre des embauches, le nom et les prénoms de tous vos salariés. Ce registre est une sorte d'« état civil » de votre personnel, puisque les indications relatives à l'embauche, obligatoirement portées sur ce registre au moment de l'embauche, le sont de façon indélébile. De même, les mentions relatives aux événements postérieurs sont ajoutées lorsque ces derniers surviennent. Ces mentions doivent être conservées pendant cinq ans à compter de la date du départ des salariés. Vous devez être en mesure de présenter ce registre à l'administration (et notamment, à l'inspecteur du travail) ainsi qu'aux délégués du personnel, si vous en avez.

Il existe une possibilité de tenir un registre du personnel **électronique**, après consultation des délégués du personnel, et à condition de déclarer ce fichier à la CNIL en respectant les conditions fixées par cette commission (voir le site www.cnil.fr).

■ Affilier le salarié à une caisse de retraite complémentaire

Dans les trois mois de son inscription au registre du commerce et des sociétés, et même si vous n'avez pas embauché au cours de cette période, votre société doit adhérer à l'AGIRC (retraite complémentaire des cadres) et à l'ARRCO (retraite complémentaire des non cadres). Vous trouverez la bonne caisse auprès de laquelle vous affilier en vous rendant sur le site internet www.agirc-arrco.fr. Lors des embauches suivantes, il vous suffit d'informer la caisse de retraite complémentaire des nouvelles embauches.

■ En cas de première embauche, déclaration de première embauche à l'Inspection du travail

Cette déclaration est obligatoire pour votre premier recrutement, mais aussi lorsque vous recrutez de nouveau après avoir passé plus de six mois sans occuper de personnel, et lorsque vous déménagez.

■ Si vous recrutez un chômeur, informez le Pôle Emploi

Dans le cas d'embauche d'un salarié inscrit comme demandeur d'emploi, il faut informer le Pôle Emploi de son changement de situation dans les huit jours suivant son embauche. Cette déclaration peut être faite sur le support DUE.

■ La visite médicale d'embauche

Que ce soit pour une embauche en CDD ou en CDI, vous avez l'obligation de faire passer à votre nouveau salarié une visite médicale **avant l'embauche** ou au plus tard **avant l'expiration de la période d'essai**. Les coordonnées du service de santé au travail compétent géographiquement sont disponibles auprès de la DIRECCTE, Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

Attention : si vous oubliez de faire procéder à cette visite **obligatoire**, vous ne pourrez en aucun cas licencier le salarié à la suite d'un avis d'inaptitude médicalement constatée (voir Chapitre 3). Votre nouvelle recrue a l'**obligation** d'accepter de se rendre à cette visite. Dans le cas contraire, elle commet une faute et vous pouvez la sanctionner.

Conseil pratique

Les formalités d'embauche simplifiées pour les petites entreprises

L'administration propose aux petites entreprises de recourir au Titre Emploi Service Entreprise (TESE). Le TESE est destiné aux entreprises de 9 salariés et moins.

Le TESE permet d'accomplir les démarches administratives auprès d'un guichet unique, et notamment :

- l'établissement du contrat de travail ;
- la déclaration préalable à l'embauche ;
- la délivrance d'un certificat de travail ;
- l'affiliation au service de la médecine du travail ;
- l'affiliation au Pôle Emploi, aux caisses de congés payés ;
- la déclaration annuelle de salaires ;
- la régularisation des cotisations de sécurité sociale ;
- la fourniture d'un bordereau récapitulatif des cotisations ;
- la déclaration annuelle des salaires ;
- l'immatriculation du salarié au régime général de sécurité sociale ;
- l'affiliation et la déclaration auprès des organismes de retraite et de prévoyance complémentaires.

Le TESE permet également d'accomplir la déclaration annuelle des salaires destinée à l'administration fiscale. Enfin, le TESE établit vos bulletins de paie.

Le formulaire d'adhésion au TESE est disponible auprès de votre Urssaf ou du centre national de traitement du TESE.

Consultez la liste des centres sur le site <http://www.letese.urssaf.fr>.

Un mécanisme similaire existe dans le domaine artistique (le GUIISO) et le dans le domaine agricole (le TESA).

Informations et formations dues au salarié dès son embauche

Une fois les formalités administratives accomplies, le parcours d'embauches n'est pas terminé, puisque la loi vous astreint à un certain nombre d'obligations vis-à-vis de votre salarié au moment de son embauche. Vous devez notamment :

- **remettre au salarié les informations données lors de la déclaration préalable à l'embauche**, c'est-à-dire un document écrit reprenant les informations contenues dans cette déclaration, et le volet détachable de l'accusé de réception adressé par l'Urssaf. Toutefois, vous n'avez pas à fournir ces deux documents si le contrat de travail que vous avez établi comporte l'identification de l'Urssaf et rappelle que le salarié dispose d'un droit de consultation et de rectification des données informatisées le concernant ;
- **afficher les informations suivantes sur les conditions de travail** : l'horaire de travail des salariés et la durée des repos, l'intitulé et les références de la convention collective applicable, ainsi que le lieu où elle peut être consultée dans l'entreprise, le règlement intérieur, les consignes en cas d'incendie et les textes de loi relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à la lutte contre les discriminations, ainsi que les coordonnées du service d'accueil téléphonique qui répond aux demandes d'information et de conseil sur les discriminations et sur les conditions de saisine de la Halde (08 1000 5000) ;
- **informer et former votre nouvelle recrue à la sécurité**. Si cette obligation n'est pas remplie, vous risquez une lourde responsabilité en cas d'accident survenu sur le lieu de travail ;
- **informer le salarié, par écrit, des éléments essentiels de son contrat de travail et sur la convention collective applicable**. Les éléments « essentiels » (figurant en général dans le corps du contrat de travail écrit) sont notamment : l'identité des parties, le lieu de travail, la qualification du salarié, la date de début du contrat, les

modalités d'attribution du congé payé, la durée du préavis, les éléments du salaire et la périodicité de la paye, la durée journalière ou hebdomadaire du travail, les accords collectifs applicables. Ainsi, même si vous n'avez établi aucun contrat écrit (ce qui est possible voir chapitre suivant), votre nouveau salarié a le droit de connaître par écrit vos engagements d'employeur pour les éléments essentiels de la relation de travail ;

- **remettre au salarié la notice d'information sur la protection sociale complémentaire applicable dans l'entreprise.** Cette notice vous est adressée par l'organisme d'assurance complémentaire auquel votre entreprise adhère. Si vous omettez de remettre cette notice, vous risquez de devoir payer des sommes importantes en cas d'accident ou de maladie qui n'auraient pas été pris en charge.

Conseil pratique

Le CV anonyme

Le gouvernement a lancé en 2009 une expérimentation visant à mettre en place la pratique du « CV anonyme » dans le processus de recrutement. Cette méthode, destinée à prévenir les discriminations, est utilisée dans les grandes entreprises qui se sont portées volontaires pour l'expérimentation (800 en tout). Ce n'est qu'au mois de janvier 2011 que l'on saura si cette méthode est obligatoire dans toutes les entreprises.