

## Chapitre 4

### QCM

- 1. c.** Le salarié est libre de travailler, de choisir son métier, voire de décider de ne pas travailler. L'entrepreneur est libre d'entreprendre, de créer son entreprise dans le domaine d'activité qu'il souhaite.
- 2. b.** Le principe de non-discrimination s'applique à toutes les relations employeur-salarié. C'est un principe général sanctionné pénalement. L'employeur doit toujours pouvoir justifier ses décisions par des motifs objectifs.
- 3. c.** Le recrutement externe ne permet pas d'être moins cher car il faut mettre en place une procédure de diffusion de l'offre d'emploi, puis de sélection des candidats. Il n'est pas sans contrainte puisque l'offre d'emploi doit respecter certaines obligations (écrite en français, non discriminatoire, non mensongère, etc.). En revanche, il permet de renouveler les compétences.
- 4. a.** Le recruteur doit informer le candidat des techniques utilisées lors de la procédure de recrutement, ainsi que des méthodes employées pour collecter des informations sur le candidat. Cette information doit se faire au début de la procédure de recrutement. Le recruteur ne peut poser n'importe quelle question. Il doit se limiter aux questions pertinentes et en lien avec le poste à pourvoir.
- 5. c.** Le non-respect de la clause de non-concurrence est sanctionné par le versement de dommages et intérêts à la charge du salarié. Le nouvel employeur peut également voir sa responsabilité engagée s'il avait connaissance de la clause lors de l'embauche du salarié (versement de dommages et intérêts). Enfin, l'ancien employeur peut demander la rupture du contrat de travail signé en violation de la clause de non-concurrence, mais cette sanction reste plus rare.
- 6. a. et c.** La clause d'exclusivité concerne tout emploi et non uniquement un emploi chez un concurrent. Elle s'applique pendant l'exécution du contrat de travail. Il s'agit pour l'employeur de vérifier que son salarié est entièrement disponible pour son entreprise et donne ainsi le meilleur de lui-même. Elle peut concerner également une autre activité professionnelle, mais non salariée.
- 7. a. et b.** La discrimination ne peut être faite sur des motifs liés à l'origine, au sexe ou au lieu de résidence ni sur des motifs liés aux convictions religieuses ou politiques. En revanche, les compétences et la capacité professionnelle peuvent permettre de traiter différemment deux salariés. Il s'agit alors de motifs objectifs. Il n'y a donc pas de discrimination.
- 8. b. et c.** Le délit de travail dissimulé consiste à ne pas déclarer soit la totalité de ses salariés soit la totalité des heures faites par ses salariés. Le fait de fournir de la main-d'œuvre contre rémunération est un délit de marchandage de main-d'œuvre également condamné pénalement.
- 9. b. et c.** L'emploi « périphérique » comprend les salariés en CDD, à temps partiel ou en sous-traitance. Les salariés en CDI à temps plein constituent les offres d'emploi traditionnelles ou le contrat de travail de droit commun.
- 10. a. et c.** Le recrutement en interne permet de recruter des salariés ayant une bonne

connaissance de l'entreprise et de les motiver. En revanche, il ne permet pas de recruter un salarié ayant des connaissances des concurrents : il faudrait pour cela débaucher un salarié, ce qui n'est pas autorisé par la loi.

**1c.** Le test et le questionnaire sont des méthodes de recrutement valables, à condition d'en informer le salarié au préalable. L'employeur a en effet une obligation d'information préalable sur les techniques de recrutement utilisées. De plus, en cas de questionnaire, il ne doit poser que des questions pertinentes et en lien direct avec le poste à pourvoir. Le test portant sur le logiciel comptable est pertinent. Les questions sur les résultats lors de la scolarité ne paraissent pas pertinentes, celles sur les loisirs non plus.

**1a.** Cette clause est valable à condition d'être limitée géographiquement et d'augmenter le montant de l'indemnité. En effet, la clause doit être limitée dans le temps, ce qui est le cas ici, mais également limitée géographiquement. La référence aux entreprises concurrentes n'est pas suffisante. De plus, la contrepartie financière doit être significative, donc au moins égale à 30 % de la rémunération perçue.

**13. b. et c.** Le non-respect d'une clause de non-concurrence permet à l'employeur de cesser le versement de la contrepartie financière, qui n'est possible que parce que le salarié respecte cette obligation. De plus, l'employeur peut également demander le versement de dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi. En revanche, il ne peut licencier le salarié puisque cette clause s'applique une fois le contrat de travail terminé.

**14. a. et b.** Le refus d'une formation pour absence liée à un mandat de DS est une décision fondée sur un motif discriminatoire. Le recours pour discrimination fondée sur le sexe risque d'être plus difficile à prouver, mais est également possible dans ce cas. Quant au recours pour discrimination fondée sur les origines, nous n'avons pas assez d'éléments ici pour nous prononcer dessus.

**15. a. b. et c.** Tous les modes de recrutement cités sont possibles. Le recrutement interne permet de gagner du temps et de motiver les salariés, mais avec un risque de jalousie. Le recrutement externe prend plus de temps, avec un coût (plus élevé en cas de recours à un intermédiaire), mais permet de renouveler les compétences.

## Exercices

### EXERCICE 1 – RECRUTEMENT ET DISCRIMINATION POSITIVE AU SEIN DE LA SARL ZOOMY

1. Vérifiez si la SARL Zoomy respecte ses obligations en matière de recrutement de salariés handicapés.

#### Principes juridiques

Les entreprises de 20 salariés et plus ont pour obligation d'embaucher des salariés handicapés à hauteur d'au moins 6 % de leur effectif total (délai de 3 ans pour les entreprises nouvellement créées ou qui viennent d'atteindre le seuil). Le non-respect de cette obligation donne lieu au versement d'une contribution à l'AGEFIPH. L'emploi indirect (sous-traitance avec des organismes de formation) n'est plus comptabilisé dans le taux de 6 %, mais donne lieu à réduction de la contribution financière.

Il est à noter que tout employeur (quels que soient ses effectifs) a pour obligation de déclarer chaque année le nombre d'emplois occupés par un travailleur handicapé. Cette déclaration se fait par l'intermédiaire de la DSN.

#### Application au cas

En l'espèce, la SARL Zoomy compte 25 salariés. Elle doit recruter au moins un salarié handicapé (le résultat est arrondi à l'entier inférieur). Il y en a trois. Elle respecte donc bien le quota imposé par la loi.

#### Attention

Depuis la loi « pour la liberté de choisir son avenir professionnel », promulguée le 5 septembre 2018, le calcul du nombre de salariés dans le cadre de l'obligation d'emplois de travailleurs handicapés est fait au niveau de l'entreprise et non de chacun des établissements.

2. Présentez à Roger les obligations de la SARL Zoomy à l'égard des salariés récemment licenciés.

#### Principes juridiques

Les salariés qui ont fait l'objet d'un licenciement économique bénéficient d'une priorité d'embauchage dans l'année suivant la rupture de leur contrat de travail.

Cette priorité ne s'applique que si des postes sont vacants.

#### Application au cas

En l'espèce, si le recrutement a lieu dans un délai d'un an suivant la procédure de licenciement économique, Robert devra proposer les postes disponibles en priorité aux quatre salariés qui avaient été licenciés. Il ne sera cependant pas contraint de les reprendre si leurs compétences ne correspondent pas aux postes à pourvoir en vertu de la liberté contractuelle dont dispose l'employeur.

## EXERCICE 2 – PROCÉDURES DE RECRUTEMENT DANS LA SARL ZOOMY

1. **Comparez les avantages et inconvénients d'un recrutement en interne et en externe afin d'expliquer le choix fait par Roger.**

### Principes juridiques

Le recrutement interne permet de recruter une personne ayant déjà connaissance du fonctionnement de l'entreprise, et de la motiver. Il présente l'inconvénient de l'absence de renouvellement d'idées et peut être générateur de tensions en fonction du salarié choisi.

Le recrutement externe permet, au contraire, de faire appel à des personnes qui auront un regard extérieur et pourront améliorer l'organisation. Il y a moins de risques de jalousie et de remise en cause de la décision qui a été prise. L'inconvénient principal relève du temps passé et du coût : mettre en place une procédure de recrutement, sélectionner les candidats, puis former le candidat aux méthodes de l'entreprise et lui donner le temps de s'adapter à sa culture.

### Application au cas

En l'espèce, Roger a raison de procéder à un recrutement mixte. Il pourra ainsi bénéficier des avantages de chacun de ces modes de recrutement.

2. **Vérifiez la licéité des questions prévues par Roger et proposez les modifications nécessaires.**

### Principes juridiques

Lors d'une procédure de recrutement, l'employeur ne peut pas poser n'importe quelle question. Sont interdites les questions qui portent atteinte au respect de la vie privée du candidat. Il en est ainsi des questions portant sur la religion, l'appartenance à un syndicat ou encore l'état de santé de la personne.

De plus, toute question doit être pertinente et justifiée par sa finalité. Elle doit donc être en lien direct avec le poste proposé et avoir pour unique objectif l'évaluation des compétences du salarié.

Le non-respect de ces conditions permet au candidat de refuser de répondre à une question, voire de mentir, sans être sanctionné.

### Application au cas

#### Méthodologie

Le sujet demande à la fois de préciser si les questions sont valables, mais également de proposer au professionnel une formulation valable de ces questions dans le cadre de la fonction de conseil juridique.

Il est donc important de ne pas oublier cette partie de la question.

En l'espèce, plusieurs questions données dans cette liste sont prohibées :

« Êtes-vous enceinte ou comptez-vous l'être dans les 6 mois à venir ? » Cette question est interdite car elle porte sur l'état de santé de la candidate et est discriminatoire. Il faut donc la supprimer car elle ne peut être remplacée par une autre question.

« Êtes-vous syndiqué(e) ? » Cette question est interdite car elle porte atteinte à la vie privée du

candidat. Elle doit être supprimée et ne peut être remplacée par aucune autre question.

« Êtes-vous marié (e) ? Avec ou sans enfant ? » Cette question porte atteinte à la vie privée, mais la question concernant les enfants pourrait se justifier au regard du poste si ce dernier implique, par exemple, des déplacements lointains et fréquents.

Roger peut poser une question sur la disponibilité du salarié : horaires et flexibilité.

Proposition : « Acceptez-vous d'avoir des horaires variables selon les semaines ? Êtes-vous prêt(e) à travailler parfois assez tard dans la journée ? Êtes-vous prêt(e) à vous déplacer pour les besoins de votre poste ? »

« Êtes-vous prêt(e) à travailler le dimanche ? » Cette question est valable car elle peut être justifiée par les besoins du poste. Cependant, une réponse négative ne doit pas être un critère de refus de recrutement.

Les autres questions sont conformes à la loi : elles sont pertinentes, nécessaires pour le recrutement et ne portent pas atteinte à l'un des droits ou libertés du salarié.

## EXERCICE 3 – VALIDITÉ D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE DANS LA SARL ZOOMY

1. **Après les avoir définies, précisez si ces clauses sont valables et proposez-en une nouvelle rédaction.**

### Principes juridiques

#### Méthodologie

La question porte ici sur deux clauses différentes. Il faut donc veiller à ne pas en oublier l'une des deux, à la fois dans la définition et dans la vérification des conditions de validité.

La clause de non-concurrence est la clause par laquelle le salarié s'engage à ne pas travailler pour un concurrent de son ancien employeur à l'issue du contrat de travail.

La clause d'exclusivité est la clause par laquelle le salarié s'engage à ne pas travailler pour un autre employeur pendant l'exécution de son contrat de travail. Contrairement à la précédente, il n'y a pas de notion de concurrence et elle s'applique pendant l'exécution du contrat de travail.

Pour être valable, la clause de non-concurrence doit respecter les conditions cumulatives suivantes :

- être limitée dans le temps et dans l'espace ;
- être justifiée par un intérêt légitime : la protection d'informations spécifiques ;
- être proportionnée au but recherché : ne pas empêcher le salarié de retrouver un emploi ;
- comporter une contrepartie financière significative.

Pour être valable, la clause d'exclusivité doit :

- être justifiée par un intérêt légitime ;
- être proportionnée au but recherché en fonction du poste exercé.

### À retenir

La clause d'exclusivité ne nécessite pas, pour être valable, le versement d'une contrepartie financière.

Les conditions de validité sont cumulatives : elles doivent donc toutes être respectées pour que la clause soit valable.

## Application au cas

En l'espèce, la clause 1 est une clause de non-concurrence. La clause 2 est une clause d'exclusivité.

- La clause 1 ne comporte pas toutes les mentions obligatoires pour être valable. Elle n'est pas limitée dans le temps ni dans l'espace, et ne prévoit pas de contrepartie financière. En revanche, Alain étant embauché comme responsable des ventes, cette clause aurait pu se justifier au regard du poste occupé.
  - Proposition de rédaction de la clause 1 : « Compte tenu de la nature de ses fonctions, M. Alain Gerrardo s'interdit, en cas de rupture du présent contrat pour licenciement pour faute, d'entrer au service d'une entreprise fabriquant ou vendant des articles pouvant concurrencer ceux de la SARL Zoomy. Cette clause s'applique pendant 2 ans à compter de la rupture du contrat de travail et sur toute la région Pays de la Loire. Toute violation de la présente clause rend automatiquement M. Alain Gerrardo redevable d'une pénalité fixée dès à présent et forfaitairement à 2 500 euros. Le respect de cette clause entraîne le versement d'une contrepartie financière fixée à 30 % de la rémunération brute mensuelle perçue par ce salarié. »
  - La clause 2 est valable. On peut considérer que son poste de responsable des ventes ne lui permet pas d'exercer une autre activité professionnelle sans causer un préjudice à la société. Aucune nouvelle rédaction n'est nécessaire.
- 2. En posant l'hypothèse qu'elles sont valables, présentez les conséquences en cas de non-respect de ces clauses par Alain ou par son employeur.**

## Principes juridiques

En cas de non-respect de la clause de non-concurrence, le salarié devra verser des dommages et intérêts à l'employeur. Ce dernier peut aller jusqu'à obtenir la rupture du nouveau contrat de travail lorsque l'atteinte aux intérêts de l'entreprise est importante. L'employeur ne pourra pas invoquer cette clause et son non-respect par le salarié s'il ne verse pas lui-même la contrepartie financière significative. Le salarié se trouve alors délié de toute obligation de non-concurrence. À l'inverse, si le salarié a respecté une clause de non-concurrence non valable, l'employeur est tenu de l'indemniser.

En cas de non-respect de la clause d'exclusivité, les sanctions sont les mêmes que celles prévues pour la clause de non-concurrence.

## Application au cas

En l'espèce, la clause de non-concurrence contient une clause pénale prévoyant le montant des dommages et intérêts à verser en cas de non-respect. Le juge pourra intervenir pour en réduire le montant s'il l'estime trop élevé. Le non-respect de la clause d'exclusivité entraînera les conséquences précitées.

## Cas de synthèse

### RECRUTEMENT ET LIMITES À LA LIBERTÉ D'EMBAUCHE AU SEIN DE LA SA TREMLIN

#### 1. Vérifiez la légalité des critères de recrutement envisagés par M. Sirroute.

##### Principes juridiques

Le recrutement d'un salarié est une liberté de l'entrepreneur, encadrée par la loi pour respecter les droits et libertés des salariés.

Les critères de recrutement ne doivent pas être discriminatoires. Ainsi, ils ne doivent pas porter atteinte à l'égalité entre salariés sur des motifs liés à l'âge, à l'origine, au sexe, à la situation de famille, à l'appartenance, vraie ou supposée, à une nation, à l'exercice d'activités syndicales ou politiques, etc. La discrimination est sanctionnée pénalement.

Les critères de recrutement ne doivent pas non plus tenir compte de la vie privée du salarié (situation matrimoniale, enfants, etc.).

En revanche, l'employeur peut faire des différences sur des critères objectifs.

##### Application au cas

M. Sirroute ne peut pas retenir les critères de recrutement cités :

- le critère de l'âge est un critère discriminatoire ;
- le critère lié à la disponibilité du salarié porte atteinte à sa vie privée ;
- le critère lié à la nationalité est discriminatoire.

Il peut en revanche retenir un critère de disponibilité ainsi qu'un critère de compétence en anglais, en exigeant un certain niveau.

Ces deux critères sont objectifs et justifiés par le poste à pourvoir : recrutement de commerciaux bilingues.

#### 2. Analysez la validité de la réponse donnée par M. Sirroute à Vanessa.

##### Principes juridiques

Lors d'un recrutement, il est interdit pour l'employeur de faire de la discrimination fondée sur le sexe.

De plus, les salariés à temps partiel qui souhaitent travailler à temps plein bénéficient d'une priorité d'embauche. Ils doivent en faire la demande par écrit. Cependant, l'employeur a uniquement pour obligation de leur proposer le poste et non de retenir leur candidature. Son refus doit être justifié par des motifs objectifs.

##### Application au cas

M. Sirroute ne peut invoquer comme motif de refus le fait qu'il ne souhaite que des « candidatures masculines », car il s'agit alors d'une discrimination fondée sur le sexe.

Il ne peut invoquer non plus les « candidatures externes ». Cependant, il pourra ensuite refuser à Vanessa ce poste à temps plein si, parmi les candidats externes, certains ont des connaissances, des compétences ou une expérience professionnelle mieux adaptées aux attentes du poste à pourvoir. Vanessa ne peut exiger d'être retenue pour ce poste à temps plein, mais M. Sirroute devra justifier son refus par des arguments autres que ceux donnés ici.

3. Que pensez-vous de la demande faite par Hervé ?

### **Principes juridiques**

Lors du recrutement, les parties, le salarié et l'employeur, vont négocier le contenu du contrat, tout en respectant les principes posés dans la loi et dans les conventions ou accords collectifs applicables à l'entreprise.

Le statut du salarié, son poste, ainsi que son coefficient hiérarchique sont donc déterminés lors de la signature du contrat de travail, mais pourront ensuite évoluer d'un commun accord.

### **Application au cas**

Hervé ne pourra pas exiger de bénéficier du statut de cadre s'il n'est pas recruté sur un poste de cadre. Tout dépendra de ce poste et de la négociation qui sera faite avec l'employeur au moment de l'embauche.

D'après l'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2019 donné dans le document joint, le salaire dépend de la classification du salarié, elle-même fonction des missions réellement exercées par le salarié et de son niveau de connaissance prévu par la convention collective. En l'espèce, Hervé ne peut donc rien exiger.