

B 28 858

Collection des **rapports officiels**

**Rapport au ministre du Travail,
de l'Emploi et de la Formation
professionnelle**

Les libertés publiques et l'emploi

Gérard Lyon-Caen

La **documentation** Française

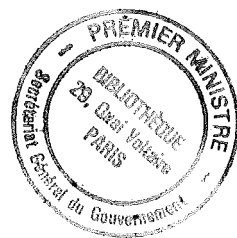


B28 858

B28 858

**Rapport pour le ministre
du Travail, de l'Emploi
et de la Formation professionnelle**

Les libertés publiques et l'emploi



Gérard Lyon-Caen

Rapport officiel

© La **documentation**
Française

ISBN 2-11-002695-2
ISSN 0981-3764
Paris, 1992

Ministère du Travail, de l'Emploi
et de la
Formation Professionnelle

Monsieur Gérard LYON-CAEN
Université PANTHÉON-SORBONNE
PARIS I
12, place du Panthéon
75231 PARIS CEDEX 05

Paris le 18 décembre 1990

Monsieur le Professeur,

L'état de subordination juridique dans lequel le contrat de travail place le salarié vis-à-vis de son employeur ne doit pas conduire à apporter aux libertés individuelles des salariés des restrictions injustifiées.

Or, dans ce domaine, le développement de nouvelles techniques et leur utilisation par certaines entreprises a agi comme révélateur de difficultés déjà existantes au regard du respect de la vie privée des salariés et de leurs libertés individuelles dès lors qu'il apparaît que les informations exigées par l'employeur ainsi que les contraintes qu'il leur impose ne présentent aucun lien direct et nécessaire avec l'emploi postulé ou occupé.

En la matière, des travaux ont déjà été menés par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés notamment en ce qui concerne les questionnaires d'embauche, l'existence de fichiers du personnel dans l'entreprise, les systèmes automatisés de contrôle de l'activité des salariés ainsi que par le Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels s'agissant du dépistage de la toxicomanie dans l'entreprise et des incidences en milieu de travail de l'infection par le virus de l'immuno-déficience humaine.

Cependant, il m'apparaît nécessaire d'engager une réflexion sur l'équilibre qu'il convient d'atteindre entre d'une part le respect des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés lors de l'exécution du contrat de travail et d'autre part le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement des entreprises.

Aussi, je souhaiterais vous confier, compte-tenu de votre expérience et de votre compétence éminente, une mission d'analyse et de proposition sur ce sujet particulièrement sensible.

A partir d'une étude sur la nature et les objectifs des différents moyens d'investigation utilisés par les employeurs et des diverses obligations imposées aux salariés, il s'agirait de recenser les domaines dans lesquels une correction des pratiques actuelles des entreprises s'avère nécessaire, qu'elles prennent la forme de restrictions à l'embauche ou d'atteintes contestables aux libertés individuelles à l'occasion du travail.

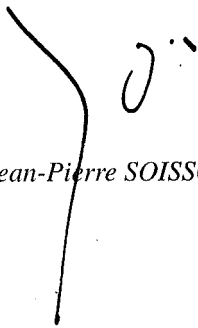
Dès lors, il vous appartiendrait de dégager les lignes directrices des actions à entreprendre afin d'assurer plus efficacement le respect des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés titulaires d'un contrat de travail.

Vous voudrez bien indiquer pour chacune de vos propositions les modalités de mise en œuvre qui vous paraissent les plus appropriées.

Compte-tenu de la nature de cette mission une consultation approfondie de l'ensemble des partenaires sociaux me paraît souhaitable.

Vous disposerez de l'appui de mes services pour l'exercice de cette mission dont je vous saurais gré de me remettre les conclusions fin 1991.

En souhaitant vivement que vous acceptiez cette mission, je vous prie d'agréer, Monsieur le Professeur, l'expression de mes sentiments les meilleurs et les plus fidèles.



Jean-Pierre SOISSON

Sommaire

Introduction	7
Objet de l'étude	9
Méthodes	11
Les sources du droit	13
Recrutement	17
I - Procédures	21
A) Par l'intermédiaire du service public du placement	21
B) Direct par l'entreprise	31
C) Par voie de presse ou télématique	34
D) Par intermédiaire privé	38
II - Règles de fond	56
A) Règles de droit public	57
B) Règles du droit des contrats	70
C) Les règles découlant du droit de l'informatique	75
III - Méthodes	91
A) Diversité des méthodes, leur contestation	92
B) Etat du savoir scientifique	100
C) Discipline juridique des méthodes d'évaluation et propositions	102

Contrôle du travail	113
I - La nouvelle gestion du personnel	118
A) Gestion quantitative ou administrative	119
B) Absence de représentation collective	126
C) Gestion évaluative ou qualitative	130
II - Surveillance des hommes au travail	137
A) Le règlement intérieur, bouclier des libertés ?	138
B) L'ordre technologique	142
III - Libertés constitutionnelles des travailleurs subordonnés	152
A) Un débat : l'étendue de l'échange	153
B) Le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles	159
C) Sanctions et garanties ; propositions	164

Introduction

Objet

1.- Existe-t-il des "restrictions injustifiées" apportées aux "libertés individuelles du salarié" au prétexte de son état de subordination ? Les "informations exigées" par l'employeur "les contraintes imposées" ont-elles toujours un "lien direct et nécessaire avec l'emploi postulé et occupé" ?

Il convient de rechercher un "**équilibre** entre le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise d'une part et celui des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés dans l'exécution du contrat de travail, d'autre part".

Tels étaient les objectifs de la mission confiée par le Ministre à l'auteur de ce rapport ; mission qui incluait, **et** les pratiques observées antérieurement à l'embauche (recrutement) s'agissant des candidats à un emploi **et** celles observées au cours de l'exécution du contrat de travail et visant les salariés.

2.- La lettre de mission précisait encore que la tâche confiée au soussigné était d'analyse et de proposition. Ce qui implique manifestement en un premier temps de s'enquérir des moyens d'investigation notamment de ceux que de nouvelles techniques placent entre les mains des directions d'entreprise ; bref de dresser d'abord un bilan de ce qui se passe, confronté à l'état du Droit français. Et il était souhaité que l'auteur de ce bilan s'appuie sur les travaux déjà effectués par la CNIL (questionnaires, fichiers, systèmes automatisés de contrôle des salariés) et par le conseil supérieur de la prévention des risques professionnels (dépistage de la toxicomanie – incidences sur le travail du virus de l'immuno-déficience humaine).

Dans un deuxième temps il était nettement indiqué, que si des corrections devaient être apportées aux pratiques actuelles, il incombait au rapport de dégager "**les lignes directrices des actions à entreprendre**". Plus : il lui revenait de dire pour chaque proposition faite "**les modalités de mise en œuvre** qui paraissaient appropriées" ; ce qui supposait une consultation approfondie de l'ensemble des partenaires sociaux.

3.- L'objet de la recherche se définit ainsi d'abord par l'analyse juridique des normes dans deux domaines distincts mais étroitement complémentaires : le recrutement et le rapport de travail. Et son centre est situé

expressément : ce sont les droits individuels de celui qui cherche un emploi ou exerce un emploi. La menace est également désignée : ce sont les nouvelles techniques placées entre les mains des entreprises, sources possibles d'abus, parce que offrant des moyens puissants de connaissance, de pouvoir, et de contrôle.

L'investigation, sous une forme plus large, doit porter sur l'encadrement par le Droit des mécanismes du marché de l'emploi, et plus précisément sur la définition des droits et des obligations de ceux qui sont les opérateurs sur ce marché. Cet objet est loin de relever du seul droit des rapports de travail.

4.- Tant que l'emploi est seulement offert ou postulé, on est dans une période pré-contractuelle, où seuls le droit civil ou le droit des libertés publiques sont applicables, aucune technique juridique d'ordre collectif ne vient corriger l'inégalité de pouvoirs du recruteur et du recruté. La distinction de ce processus de recrutement, avec le placement est malaisée. L'opposition entre le recrutement des cadres dirigeants et celui de la main d'œuvre d'exécution est flagrante. La connaissance exacte des comportements s'impose : celle des cabinets de conseils en recrutement, des directions spécialisées dans les entreprises ; l'attitude des syndicats ; la manière dont est appréhendée la politique de recrutement par l'ANPE, l'APEC ; la position de la CNIL. Une appréciation portant sur la légalité de ces comportements ne peut être évitée, du fait du monopole du placement et des droits au respect de la vie privée et aux libertés garanties par la constitution. La recherche des dérives et des déviations, est cependant rendue très difficile par le caractère souvent implicite de la norme juridique et sa dispersion. Au cœur des préoccupations : jusqu'où peut aller la recherche de l'information sur autrui ?

5.- Dès que l'embauche a eu lieu, un échange s'opère : que fournit le travailleur contre le salaire stipulé ? L'exclusion de la vie non professionnelle du contrat d'échange semble aller de soi mais à titre d'exemple l'état de santé n'est pas sans incidence sur l'aptitude au travail ; la ligne frontière manque de netteté, la notion de subordination elle-même est en crise ; à bien des égards le salarié est plus autonome, et pourtant contrairement son travail est mieux contrôlé, tant la science appliquée permet de connaître, à chaque moment, et en fin de processus quelle est, quelle a été l'activité du subordonné. Le droit du travail est ici directement concerné, mais un droit du travail où pénètrent dorénavant les principes de valeur constitutionnelle ; cette pénétration se faisant au fur et à mesure que s'affaiblit la protection des salariés par leurs organisations collectives.

Là encore la recension des comportements s'impose et à cet effet le signataire de ce rapport s'est mis au contact des organisations professionnelles et des entreprises – même si la connaissance du "vécu" n'appartient qu'à celui qui vit...

6.- Le simple exposé de l'Etat du Droit, rapproché de l'état des comportements, est préliminaire. Il est souvent suffisant, car le dispositif

découle nécessairement des motifs. Pourtant l'objet d'un tel travail d'enquête et de recensement, va au-delà du bilan ou du constat : il est de proposer.

L'idée vient immédiatement à l'esprit que la conclusion ne peut être qu'une invitation à réformer, donc à légiférer. Mais l'auteur de ce rapport s'interdit toute obsession législative. Parfois absolument nécessaire, si une dérive grave et profonde est observable, le changement par la loi est loin d'être une panacée. Les modalités d'intervention peuvent varier en fonction des problèmes et des points litigieux : institution d'une autorité recevant mission de définir des concepts, d'assurer une déontologie ou simple élargissement des missions des autorités administratives existantes ; plus simplement rappel solennel de règles non respectées, appel aux cours régulatrices pour dire le Droit combiné avec une invitation adressée aux intéressés de les saisir ; plus modestement encore, énoncé de concepts nouveaux appelés à cristalliser progressivement autour d'eux les relations humaines, s'il est donné à ces concepts une suffisante publicité, et s'ils jouissent d'une prégnance suffisante. On ne saurait d'emblée écarter que parmi les propositions, puisse figurer l'utilité de textes ayant simple valeur réglementaire (sur le contrat de travail, sur le comité d'entreprise) – textes développant et précisant un principe législatif d'ores et déjà acquis. On ne saurait non plus exclure la méthode consistant en une invitation à négocier une convention. Au point de départ, nulle méthode ne saurait être privilégiée. Seule certitude : la lutte pour le droit est quasi unanimement réclamée, chacun en ayant au demeurant sa propre idée⁽¹⁾.

Méthodes

Par méthodes, on doit ici entendre les différentes voies permettant d'approcher et de circonscrire le sujet traité.

7.— Il est manifeste que la première venant à l'esprit est la voie tracée par le Droit constitutionnel au sens nouveau, c'est à dire celui qui assure la garantie des libertés publiques et privées. On a parlé de "constitutionnalisation" du droit du travail ; sans s'enthousiasmer pour ce barbarisme, il n'est pas interdit de rechercher ce qui dans le droit du travail n'est plus réellement conforme à la jurisprudence du conseil constitutionnel – ou dans quel sens celle-ci ne peut manquer d'évoluer pour mieux assurer le respect des droits individuels.

Et l'intérêt pour l'approche constitutionnelle, ne peut que croître, si l'on se préoccupe de la période qui précède l'embauche, période à laquelle le droit du travail n'applique jusqu'ici aucune norme. Le droit des libertés publiques n'en est pas pour autant absent : il y joue le premier rôle.

(1) Les propositions issues de ce rapport se trouvent principalement rassemblées aux n° 123, 124, 126 et 127 pour la première partie ; aux n° 184 et 185 pour la deuxième partie.

14.- Lois

Une partie des lois est codifiée. Mais trois codes au minimum sont ici à l'origine des normes applicables :

- code civil art. 9 : "chacun a droit au respect de sa vie privée" ;
- code pénal : article 416, modifié en dernier lieu par la loi 12 juillet 1990 (discrimination à raison de l'état de santé et de l'handicap) et la loi 12 juillet 1990 (répression de tout acte raciste antisémite ou xénophobe) ;
- code du travail : article L. 122-35 (règlement intérieur) et L. 122-45 (discrimination) modifiés ; article L. 432-2 (introduction de nouvelles technologies), sans parler du livre III intitulé : emploi.

Parmi les lois non codifiées, la plus importante est sans doute la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique **aux fichiers** et aux libertés.

15.- Jurisprudence.

Elle émane du Conseil Constitutionnel ; du Conseil d'Etat (recours contre les décisions de l'inspecteur du travail, homologuant ou refusant d'homologuer le règlement intérieur ; le conseil d'Etat est ainsi indirectement juge des libertés personnelles du salarié dans l'entreprise) ; de la Cour de Cassation ; soit de sa chambre criminelle (infractions en matière de fichiers, infractions prévues à l'article 416 c. pen.) soit de sa chambre sociale (embauche, exécution du travail, licenciement, non conformes aux libertés du salarié) ; soit de sa première chambre civile (droits de la personnalité) ; mais il y a lieu de tenir compte également de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés (ex. CJCE 23 avril 1991 aff. C. 41-90 : recrutement et monopole du placement et éventuellement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme).

16.- Conventions collectives.

Elles ne contiennent pratiquement rien sur le sujet et cette remarque à elle seule est importante, manifestant un certain désintérêt des interlocuteurs sociaux, relativement à la protection des libertés personnelles. Il existe néanmoins quelques tentatives timides (conv. coll. des ingénieurs et cadres de la métallurgie).

17.- Sources subordonnées

Au tout premier rang les délibérations de la CNIL

- norme n° 28 du 18 juin 1985.JO.14 sept. 1985 (remplaçant la norme n°7 annulée par le Conseil d'Etat, arrêt 12 mars 1982) relative au traitement automatisé d'informations nominatives relatives à la paie du personnel
- recommandation n°84/31 du 18 sept. 1984 J.O 11 janv. 1985 relative à l'usage d'**autocommutateurs** téléphoniques sur les lieux de travail
- recommandation n°85/44 du 15 oct. 1985 J.O. 27 nov. 1985 relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de **conseil en recrutement**

A un rang inférieur : – les règlements intérieurs d'entreprise – les règles déontologiques (purement privées) en vigueur dans diverses professions, en particuliers : les psychologues ou les conseils en recrutement.

18.– Etudes diverses ; ouvrages à consulter.

Il s'agit d'une bibliographie restreinte et sélective :

a) **Droit constitutionnel du travail**

Favoreu-Philip : *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. 3ème éd.– Paris : Dalloz Sirey, 1984.

Lyon-Caen (G.). La jurisprudence du conseil constitutionnel et le droit du travail. In : *Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1989 p. 289.

Terneyre (P.). Le Droit constitutionnel social. In : *Revue française de droit social*, 1990, p. 343.

Pretot (X.). Bases constitutionnelles du droit social. In : *Droit social*, 1987, p. 187.

Loschak (D.). La notion de discrimination. In : *Droit social*, 1987, p. 778.

b) **Informatique et relations de travail**

Guérin : *Informatique et droit du travail*. – Paris : Masson, 1980.

Chauvet(N.), Lenoir (et al.). *Informatique et relations de travail* – Paris : Economica, 1986.

Lucas : *Droit de l'informatique*. Paris : Presses universitaires de France (Thémis).

Vivant, Le Stanc. *Droit de l'informatique*. Paris : Ed. Lamy, 1990

Huet, Maisl : *Droit de l'informatique* Paris : Litec, 1989

Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. *Rapports annuels d'activité* Paris : La Documentation française, 1991. (onze rapports parus)

Lenoir (C). Wallon (B.). Informatique, travail et libertés. In : *Droit social*, 1988, p. 213.

Revue internationale de droit comparé, 1987, n° 3.

Wallon (B). Télématic et offre d'emploi. In : *Droit social*, 1989, p. 488.

Conseil de l'Europe. *Nouvelles technologies : un défi pour la vie privée*, 1989.

Mole (A). Informatique et libertés du travail. In : *Droit social*, 1990, p. 59.

Fraissinet. Informations nominatives sur les salariés dans la gestion du personnel. In : *La semaine sociale Lamy*, n° 419, 25 juillet 1988.

Catala (P.). Théorie juridique de l'information? In : *Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1984, p. 97.

Gassin : Droit pénal de l'informatique. In : *Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1986, p. 35.

Fraissinet. La Cour de Cassation et la loi informatique et libertés In : *Juris Classeur Périodiques*, 1988, I 3323.

c) Libertés du travailleur dans l'entreprise

Kayser (P.). *La protection de la vie privée.* – Paris : Economica, 1984.

Hauser, Laborde (et al.). Etat de santé et inaptitude à l'emploi. In : *Droit social*, 1991, p. 553.

Joseph (D.). L'état de santé, élément de la vie privée du salarié. In : *Droit ouvrier*, 1990, p. 378.

Despax (M.). La vie extraprofessionnelle du salarié et le contrat de travail In : *Juris Classeur Périodiques*, 1963, I 1776.

Verdier (J.M.), Rivero (J.), (et al.). Entreprise et libertés publique. In : *Droit social*, 1982, p. 418.

Auroux (J.). *Les droits des travailleurs : rapport au Président de la République et au Premier ministre.* – Paris : La Documentation française 1982.

Teyssie (B.). Personnes, entreprises et relations de travail In : *Droit social*, 1988, p. 374.

Gulphe. Vie privée et vie professionnelle. In : *Juris Classeur Périodiques*, 1990, E. 15736.

Savatier (J.). La liberté dans le travail. In : *Droit social*, 1990, p. 49.

Verdier (J.M.). Libertés et travail : problématique des droits de l'homme et rôle du juge, In : *Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation*, 1988, p. 63.

d) – Recrutement

Rousseau (Y.). Conseils en recrutement, chasseurs de têtes et notion de placement. In : *Droit social*, 1990, p. 545.

Dunes (A.). Obligations et responsabilités des cabinets de recrutement. In : *Bulletin Francis Lefebvre*, 6/1989.

Bruchon Schweitzer (M.). *Le recrutement en Europe, recherches et pratiques.* – s.l., s.d. (multigr.).

Bruchon Schweitzer (M.). *Le recrutement en France* – s.l., s.d. (multigr.)

Levy Leboyer (C.). *Evaluation du personnel* – Paris : Les éditions d'organisation, 1990.

Neme C.). *Le conseil en recrutement en France : rapport au ministère du travail.* – 1990.

Caire (G.). *L'intervention des firmes privées dans le fonctionnement du marché du travail dans les pays de la CEE* – Bureau international du travail ; Commission économique européenne, 1991.

Team Conseil : *Les outils de sélection et d'évaluation du personnel : les approches symboliques* – s.l., 1989.

Javillier (J.C.), Ciavatti (G.). *Recruter* – Paris : éd. Liaisons 1991.

Publications de l'ANPE et de l'APEC.

Chapitre 1

Recrutement



19.- Les voies et les moyens selon lesquels les entreprises se procurent les collaborateurs dont elles ont besoin ; la façon dont les personnes à la recherche d'un emploi parviennent à en trouver un, ne sont réglementées par le code du travail qu'à travers une opération juridique : le placement. Or, le placement suppose une intermédiation et cette dernière est réservée aux pouvoirs publics. Pour le surplus la rencontre de l'offre et de la demande, sur le marché du travail s'effectue dans l'ignorance et le silence de la loi.

Dans une certaine mesure la loi suppose l'action de la main invisible, c'est-à-dire le problème résolu par la voie la plus simple : l'offre d'emploi et la demande d'emploi se rencontreront spontanément aux conditions que l'état du marché dictera. Il y aura conclusion d'un contrat de travail par échange de consentement. Tout ce qu'on sait c'est que :

- ce contrat est un contrat **d'adhésion** : le candidat accepte l'offre faite, ou la décline ; il l'accepte si l'emploi est rare. Il est exclu qu'il puisse en modifier le contenu. Seuls certains cadres supérieurs ou spécialistes de haut niveau ont un réel pouvoir de négociation ;
- ce contrat est régi par le **droit commun** des contrats (article L. 121-1 du code du travail) c'est-à-dire le droit civil. Le consentement résulte de l'acceptation d'une offre⁽¹⁾ et la conclusion résulte du seul consentement ;
- le Droit du travail parle **d'embauche** ou **d'embauchage**, ce qui a l'avantage de refléter plus justement la réalité à savoir que l'occupation d'un poste de travail paraît dépendre d'une décision unilatérale de l'entreprise ; embauchage s'opposant à débauchage (exemple art. L. 123-1, L. 124-3 dernier alinéa, L. 320-1, L. 412-2). Mais si on voulait ainsi se convaincre que l'insertion du candidat à l'emploi dans l'entreprise, résulte juridiquement d'un acte unilatéral de celle-ci, on serait dans l'erreur. En réalité, l'embauchage n'est que l'acceptation par l'employeur d'une offre de travail.

L'embauchage est au sens juridique un acte bilatéral. C'est en tout cas l'embauche qui met fin au processus de recrutement.

(1) Une certaine ambiguïté découle de ce que le **demandeur** d'emploi, **offre** sa force de travail et peut être l'initiateur du processus. Inversement on "demandera" sur un chantier, un ouvrier maçon. Chacun est indifféremment offrant et acceptant.

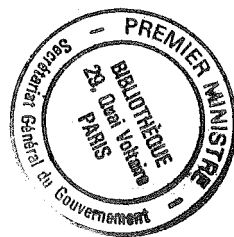
20.— De plus en plus les faits ont imposé le terme de recrutement pour décrire le processus, plus long et plus complexe qu'un simple échange de consentements qui précède l'embauche ou la signature du contrat. Le mot appartient initialement au vocabulaire militaire (est-ce innocent ?) : bureau de recrutement, sergent recruteur, recrue. De là il est passé dans le vocabulaire administratif : concours de recrutement.

Et le fait que l'administration ait mis au point, avant l'entreprise, des méthodes rigoureuses de recrutement n'est pas sans incidences. Les règles qui régissent le recrutement dans la fonction publique ne pourront que servir d'exemple (évidemment sans qu'il y ait à songer à une imitation servile) pour la grande entreprise privée⁽²⁾. Le processus de recrutement, qui va de la décision du chef d'entreprise de créer un poste de travail jusqu'à la conclusion d'un contrat de travail, avec une personne déterminée choisie de préférence à d'autres, peut sembler ignoré par le Droit (il l'est par le code). Cependant, le chercheur découvre l'existence de principes souvent latents, de normes qui auraient intérêt à être qualifiées ou explicitées. **Le candidat à l'emploi est un sujet de droits**, dont le visage doit être dessiné plus fermement, à l'instar du "consommateur".

21.— On essaiera une présentation du régime juridique du recrutement, groupée autour de trois concepts : les "procédures" de recrutement ; les règles de fond ; les méthodes d'évaluation et de choix ; ces dernières font appel à des techniques spécifiques ; elles sont l'objet de contestations et le juriste est appelé à dire si elles sont librement utilisables et dans quelles limites, mais il doit aussi rester attentif au déroulement des procédures ; et rappeler les règles de principe.

Le fil conducteur restera dans l'examen des procédures des règles et des méthodes, le respect des droits personnels du candidat, ou (ce qui revient au même) des principes généraux du droit.

(2) Dans une large mesure, la place tenue par les "grands corps" dans la direction des entreprises privées, témoigne en faveur de la reconnaissance par celles-ci du fait que l'Etat sait recruter.



Procédures

22.— Le mot n'est pas utilisé dans son sens contentieux. On appelle procédure, un ensemble d'actes juridiques ou matériels, se succédant dans le temps et ordonnés en vue d'atteindre une fin déterminée. Depuis, le moment où le chef d'entreprise définit un poste à pourvoir, jusqu'à celui où il conclut le contrat de travail, se déroule la procédure de recrutement.

Le vide juridique n'est pas total. En effet, du texte du préambule de la constitution de 1946 (chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi) — de la jurisprudence du conseil constitutionnel ("il appartient au législateur de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi, en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés"⁽³⁾) — de celle du Conseil d'Etat qui consacre l'existence au bénéfice de tout citoyen d'une liberté professionnelle⁽⁴⁾, on peut inférer que chacun a le droit d'accéder sans obstacle inutile aux emplois offerts sur le marché et correspondant à sa formation et ses aptitudes ; ce qui entraîne la nécessité d'une organisation transparente du recrutement, par celui qui offre un emploi. La procédure et le fond sont étroitement liés.

L'observation met en présence de quatre procédures, qui comportent chacune des variantes et qui passent par des phases souvent identiques. Chacune d'entre-elles soulèvent des interrogations d'ordre juridique ; les droits de la personne du candidat doivent s'y exprimer, et y être respectés.

Recrutement par l'intermédiaire du service public du placement.

23.— Cette procédure est enserrée dans un réseau d'obligations internationales dont la portée demande d'être précisée. Elles ne laissent au législateur national qu'une marge de manœuvre réduite (un service public du placement est une nécessité), ce qui explique largement les règles

(3) Décis. 28 mai 1983, D. 1984. 159 note L. Hamon.

(4) C. Et. 16 déc. 1988, D. 1990. 201 et jurispr. antérieure.

inscrites dans les art. L. 310 et c. trav., et l'interprétation qu'en donne la jurisprudence (infra n° 24-29). Cependant, subsiste de manière "incontournable" la question de savoir si le **placement**, objet comme on le verra d'un monopole public, peut et doit être distingué du **recrutement**, lequel relèverait de la liberté du commerce et de l'industrie ; et si la situation réelle du service public du placement n'est pas devenue assez différente de celle qu'avait en vue le législateur, au moins celui de 1945 (infra n° 30-34).

Le service public

24.— En vertu de la convention n° 2 (1919) révisée en 1934 concernant le chômage, chaque Etat ayant ratifié la convention "doit établir un système de **bureaux publics** de placement **gratuit**". Selon la convention n° 34 (1933) remplacée par la convention n° 96 (149) chaque Etat ayant **ratifié la convention**, supprime (option II) ou réglemente en les contrôlant (option III) **les bureaux de placement payants** à fin lucrative ; il réglemente ceux à fin non lucrative, sauf dérogation exceptionnelle⁽⁵⁾. Selon la convention n° 88 (1948), chaque Etat membre lié par la convention, entretient un **service public et gratuit** de l'emploi, dont la tâche est de réaliser la meilleure organisation possible du marché de l'emploi ; de "diriger les travailleurs vers les emplois disponibles" ; d'assurer l'efficacité du recrutement (sic) et du placement des travailleurs" ; "d'aider les travailleurs à trouver un emploi convenable et les employeurs à recruter (sic) les travailleurs qui conviennent aux besoins des entreprises". Selon la convention n° 122 (1964) sur la **politique de l'emploi**, celle-ci doit tendre à garantir : qu'il y aura du travail pour toutes les personnes disponibles en quête de travail que ce travail sera productif et qu'il y aura libre choix de l'emploi. Une convention n° 168 (1988) actualise l'ensemble du dispositif de promotion de l'emploi et de lutte contre le chômage.

25.— **Le code du travail**, constitué de sédiments législatifs qui se succèdent de 1904 à 1945 – de 1945 à 1967 – de 1967 à 1986 (et dont le "toilettage" serait bien utile) est conforme au droit de l'OIT : 1. Interdiction des bureaux de placement privés payants (art. L. 312-7) sauf autorisation exceptionnelle qui entraîne la soumission à un contrôle ; l'interdiction est pénalement sanctionnée (art. L. 361-1) 2. Survie contrôlée des bureaux de placement privés gratuits, lesquels sont devenus en pratique des organismes "qui concourent au service public de placement" 3. Caractère **gratuit et public du placement**, confié à

(5) Cette convention n'a été ratifiée ni par le Royaume Uni, ni par les USA. L'option II (suppression) a été retenue par la RFA, l'Italie, la France, la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne. L'option III a finalement été celle du Portugal (qui initialement avait retenu l'option II). Il n'est pas à écarter que cette convention soit modifiée dans les années à venir.

l'ANPE, le terme de monopole n'étant pas utilisé (art. L. 310-2 et L. 311-1). L'analyse des textes montre que ce service public a pour missions (art. L. 311-2 et L. 311-7) :

– **d'assister** les employeurs pour l'embauche et le reclassement ; avec en corrélation "obligation pour les employeurs de **notifier** à l'agence toute place vacante dans leur entreprise : l'un notifie, l'autre assiste

– **d'assister** les "travailleurs" recherchant un emploi (de plusieurs manières dont il sera reparlé) ; corrélativement toute personne à la recherche d'un emploi est tenu de **requérir son inscription** à l'agence : l'un a l'obligation de s'inscrire, l'autre l'assiste.

La jurisprudence de la chambre criminelle⁽⁶⁾ fait apparaître que l'élément matériel de l'infraction de l'art. L 361.1, (placement privé payant) suppose : une activité d'intermédiaire⁽⁷⁾ émanant de quelqu'un qui n'emploie pas lui même, à la différence de l'entreprise de travail temporaire⁽⁸⁾ tendant à la conclusion d'un contrat de travail et de nul autre⁽⁹⁾, même en recourant seulement à la publicité⁽¹⁰⁾ qu'il dispose ou non d'un fichier⁽¹¹⁾. Un arrêt récent définit le placement prohibé, comme "toute activité consistant à servir d'intermédiaire, sous quelque forme que ce soit, entre personnes appelées à se lier par une relation de travail plaçant l'une sous la subordination de l'autre" ⁽¹²⁾.

26.— A lire ce qui précède, chaque fois qu'une entreprise est à la recherche de personnes qu'elle désire embaucher, il pourrait sembler, que si elle ne procède pas directement elle-même à l'embauche et recourt à un intermédiaire, elle doit nécessairement passer par l'entremise du service public (ANPE) ou des organismes paritaires qui concourent à celui-ci, parce qu'ayant passé avec lui une convention, ou ayant été agréé par lui (exemple l'APEC). L'existence de toute autre entremise constitue une infraction à la loi pénale. Or, la réalité n'est pas conforme, du moins pas entièrement conforme : d'une part l'ANPE effectue bien des opérations de placement, mais associées à d'autres opérations, en sorte que son rôle, devenu complexe n'est pas de simple placement ; d'autre part d'autres intermédiaires interviennent dans le recrutement (dont il sera question infra n° 41 et s), ce qui conduit à s'interroger sur la distinction entre placement (prohibé) et recrutement par mandataire (éventuellement licite).

(6) Scrupuleusement analysé par Yves ROUSSEAU, art. cit. bibliographie Dr. soc. 1990, 545.

(7) Crim. 16 juin 1883 D 1884 I/40 13 mai 1953 D 1954, 125 (activité habituelle non occasionnelle, 29 avril 1964 JCP 64, II 14127).

(8) Crim. 26 janvier 1967 D 1967, 336.

(9) Crim. 11 juin 1953 S 1954 I 61 n. Brouhot – 6 mars 1984 D 1984 IR 377. Bull. n° 94.

(10) Crim. 26 déc. 1868 D 1869 I 440 – 5 juin 1907 D 1909 I 301 – 8 janv. 1981 D 81 IR 435 Bull. n° 8.

(11) Crim. 27 juin 1982 JCP 1982 IV 351.

(12) Crim. 6 mars 1984 prec ; il n'est pas nécessaire que le placement soit l'activité exclusive de l'intéressé.

27.- L'existence du service public, confié à l'ANPE, non seulement répond à une exigence des conventions internationales liant la France, mais correspond à un droit fondamental, de nature constitutionnelle, au bénéfice des demandeurs d'emploi, celui d'être aidé gratuitement à trouver un emploi correspondant à leurs aptitudes. C'est ce qui explique que l'ANPE continue à réaliser des placements, et ajoute à cette mission d'importantes tâches complémentaires au service des demandeurs d'emplois.

L'ANPE continue à concourir au placement et l'enquête effectuée montre une certaine spécificité du service public à cet égard : elle ne procède à aucune sélection et s'estime au service de chacun, quelque soit son éventuel handicap, le niveau de ses aptitudes ; si le métier du demandeur n'existe plus, elle lui fera suivre une formation ; à ses yeux personne ne peut être déclaré "inemployable". Elle évalue les caractéristiques propres de tout candidat, en s'efforçant d'utiliser des critères objectifs, sans attacher une importance décisive aux traits de la personnalité. Evidemment elle s'efforce d'être au courant des besoins des entreprises et de l'état du marché du travail, et pour ce motif, a ajouté au placement, des missions annexes de conseil, d'orientation, de formation. Elle a intensifié ses contacts avec les entreprises, procède auprès de certaines d'entre elles (P.M.E) à l'analyse de leurs besoins exacts en précisant avec elles les caractéristiques du poste de travail à créer ; elle les conseille comme elle le fait pour les demandeurs d'emploi, elle fait pour elles du recrutement gratuit. L'ANPE se veut respectueuse d'une certaine déontologie, pour lutter contre la sélectivité naturelle du marché du travail ; elle doit tout à la fois épouser les tendances de celui-ci et réagir contre certaines d'entre elles, si nécessaire.

En schématisant un peu, on pourrait énoncer que l'ANPE opère auprès des petites et moyennes entreprises d'une part, et au bénéfice des demandeurs d'emploi peu qualifiés ou socialement défavorisés d'autre part. Dans l'ensemble elle réaliserait environ 25 % des placements – recrutements – ; sans doute les plus difficiles. Il lui est au surplus nécessaire d'anticiper les orientations futures. Ainsi, le bâtiment aura besoin de professionnels à la fois autonomes dans leur travail, et polyvalents. De la même façon, il ne suffit pas d'évaluer les hommes, ni même de leur trouver un poste de travail, mais plutôt de les orienter, de leur permettre de réaliser leurs projets, de les entraîner à la recherche d'emploi, ce que recouvre le terme d'assistance. Mais une assistance qui ne rende pas le candidat passif, lui apprenne plutôt à tirer le meilleur parti de lui même, lui enseigne que chercher un emploi est une activité à temps plein, qui a ses règles (savoir rédiger une lettre de candidature). L'ANPE a cessé de seulement communiquer à des demandeurs d'emploi les offres portées à sa connaissance, – de manière neutre : elle est devenue "directive" ; elle oriente et conseille activement. Ceci fait que les agents de l'ANPE ne définissent pas le placement comme autrefois, et récusent même le terme : ils proposent : "une entremise (intermédiation) informative, active et transformatrice" (afin de rendre celui qui est sans emploi adaptable au marché du travail tel qu'il est, tel qu'il sera). Cette dernière orientation allant jusqu'à mettre le demandeur d'emploi dans le milieu du travail pour évaluation, sans embauche, afin qu'il adapte son comportement et reçoive le conseil d'un tuteur.

En sorte que les méthodes utilisées par l'ANPE sans être identiques à celles de cabinets de sélection (V. infra n° 41 et suiv.) s'en rapprochent et que le service public procède à un tri des candidatures, qui sont après élimination, adressées à l'entreprise qui, seule, choisira. Dans ces conditions, le problème majeur devient, comme il le devient dans le secteur privé des intermédiaires du recrutement, celui de la qualification et de la formation des agents. Un des droits essentiels du candidat, est d'être "évalué" par quelqu'un qui a la capacité de le faire. Or ce n'est pas une profession, attestée par un titre ou un diplôme. Et on peut dire des méthodes utilisées par les agents de l'ANPE ce qu'on dira plus loin de celles utilisées par le secteur privé : quelles sont les méthodes valides ? où apprend-on à prédire l'avenir professionnel d'autrui ? Quelles études exiger ? Le manque de personnel qualifié oblige au demeurant l'ANPE à sous-traiter certaines évaluations à l'extérieur (avec cahier des charges)...

En définitive, bien que l'ANPE ne "recrute" pas, ne sélectionne pas, elle joue, en représentant le secteur public sur un marché où agissent aussi des opérateurs privés, un rôle non seulement utile (ce qu'il n'entre pas dans cette étude de démontrer) mais juridiquement nécessaire.

Juridiquement nécessaire, pour que certaines entreprises et certains demandeurs d'emploi, puissent voir leurs droits personnels respectés. Juridiquement nécessaire parce qu'un service public a, en ces matières, un rôle d'exemple et d'entraînement à remplir, même si il n'est pas vraiment seul à opérer ; le Droit de l'emploi étant caractérisé aujourd'hui par la coexistence d'un secteur privé et d'un secteur public, s'adressant à des clientèles partiellement distinctes.

C'est l'ANPE qui a estimé que toute décision sur un cas concret devait faire l'objet d'une délibération collective préalable ; que la transparence devait régner, le candidat étant toujours informé des résultats le concernant ; que les choix devaient découler d'appréciations objectives ; toutes orientations qui devraient progressivement être imposées partout (v. infra n° 116 et s).

28.— Ce rapport ne peut s'étendre sur l'APEC, organisme géré paritairement (par le CNPF et la CGC) qui concourt, au service public, parce que conventionné ou homologué par l'ANPE. L'APEC s'occupe du placement des cadres — à vrai dire des cadres moyens ou même subalternes, tant la notion de cadre est en France tirée vers le bas. Elle ne procède pas de manière très différente de l'ANPE : les offres sont publiées dans un journal à leur disposition, journal qui reprend aussi celles insérées dans la presse ; le tout est accessible par minitel. L'APEC effectue un travail d'analyse des offres, pour tenter de mieux préciser les exigences des postes de travail et les aptitudes requises : là est toujours la difficulté et on y reviendra. Les candidatures sont réciproquement examinées, sans recours à la psychologie ni aux tests par des consultants, issus en général des services du personnel des entreprises. Les intéressés sont ensuite tenus au courant et posent leur candidature aux postes conseillés (on signale qu'ils ne reçoivent pas toujours de réponse).

Les contacts pris avec l'APEC font apparaître une difficulté majeure, déjà rencontrée avec l'ANPE, et qui n'est pas sans répercussions sur les droits de la personne : le caractère imprécis, voire obsolète, du langage des fonctions et des qualifications : ni les PME, offreurs potentiels, ni les candidats demandeurs ne parlent le même langage. Le vieux langage des **métiers** n'a plus cours. Rien de plus ambigu que le mot : profil (n°100). Le langage de la publicité a envahi le marché du travail (v. n°39).

L'APEC déborde comme l'ANPE sa mission de placement : elle contribue à l'élaboration par le demandeur d'emploi d'un projet de carrière après l'avoir aidé à faire son propre bilan, à connaître ce qu'il peut faire. Dans les locaux où il est reçu, tous les instruments d'information sur la vie et le devenir des entreprises sont à sa disposition : on l'aide à définir son propre "marché" – ceux qui sont susceptibles de l'employer. On l'invite non à exposer ce qu'il a fait dans le passé, mais ce qu'il veut faire dans l'avenir. On le conseille dans sa carrière (mot du reste abusivement employé dans l'entreprise privée où il n'y a pas juridiquement de carrière) on lui apprend à rédiger un C.V. et à "se vendre".

29.– Le rôle du service public déborde donc les limites strictes du simple rapprochement de l'offre et de la demande. Au surplus la loi lui a confié des missions connexes : établissement des statistiques des offres et des demandes d'emploi ; contrôle de la régularité des offres d'emploi publiées dans la presse (v. infra n° 38) ; mise en œuvre d'actions tendant à favoriser la mobilité géographique et professionnelle...

Pour ce qui est de l'objet de ce rapport, il suffira de retenir : que le service public existe pour satisfaire un droit fondamental du citoyen, encore qu'il ne soit plus en position de monopole ; qu'il utilise des agents et emploie des méthodes, dans des conditions comparables, sinon identiques à celles du secteur privé - ce qui appellera des observations communes – qu'il se heurte à des difficultés inhérentes au flou du langage des qualifications, flou générateur d'une opacité du marché, qui lèse certains droits essentiels : celui de savoir "qui on est" professionnellement, et d'être vraiment informé des qualités qu'attend le futur employeur (v. n° 39).

Si une réévaluation des missions de l'ANPE se révélait un jour nécessaire (ce qui dépasse les limites de ce rapport) on pourrait imaginer – à l'image de la COB pour le marché boursier ou de la commission de la concurrence pour le marché des biens et services – d'en faire l'organe indépendant de régulation du marché du travail, ce qui correspondrait mieux aux tendances modernes que de la confiner à une mission de placement.

Placement et recrutement :

Droit allemand et communautaire

30.– Au plan des concepts il est nécessaire de dire si oui ou non, **placement** et **recrutement** correspondent à des réalités distinctes ; car, de la réponse donnée, dépend la situation des agences privées de recrutement, situation qui dans un cas est conforme à la légalité, dans l'autre

prête à contestation (comme celle des entreprises de travail temporaire était douteuse avant la loi du 3 janvier 1972).

Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la chambre criminelle précédemment citée (n° 25) toute activité d'intermédiaire entre demandeurs et offreurs de travail caractérise l'existence d'un bureau de placement interdit par la loi.

Le fait que les cabinets de recrutement privés effectuent une mission de **conseil** n'est pas décisif car le service public conseille aussi ; le conseil est lié au placement. Encore convient-il d'observer que le service public conseille d'abord le candidat ; alors que le cabinet de recrutement conseille d'abord l'entreprise dans son choix (par la sélection opérée). Mais qu'est ce que le recrutement ? Au point de vue juridique, ce ne saurait être qu'une activité de **mandataire**, par opposition à une activité **d'entremise** (courtage). Le cabinet "représente" les intérêts d'une partie au contrat de travail, et d'une seule : l'employeur. Le service public ne représente personne, il rapproche. Ceci aura évidemment des conséquences sur le contenu des obligations des parties. Disons immédiatement que le cabinet privé ne saurait recevoir une mission quelconque d'un candidat à l'emploi, ni a fortiori recevoir de lui une rémunération. Il n'intervient que par délégation de l'entreprise qui lui **sous-traite** une fonction, celle de sélectionner les candidats à un emploi.

La licéité du "recrutement" ainsi défini n'est pas discutable, si l'objectif n'est pas la conclusion d'un contrat de travail, mais la recherche de dirigeants ayant la qualité de mandataires sociaux. Telle est la signification initiale de l'activité de **chasseurs de têtes**. Cependant, il s'est produit un glissement : des mandataires sociaux on est passé aux **cadres salariés dirigeants** puis aux cadres moyens ; le contrat à conclure devient un contrat de travail.

La discussion est alors plus ouverte. Est-il conceptuellement possible qu'une personne (physique ou morale) intervienne à un moment donné sur le marché de l'emploi, sur mandat et à l'initiative d'une entreprise en situation d'offre – sans recueillir des candidatures, c'est-à-dire sans rapproches de cette offre, les demandes qui d'une manière ou d'une autre lui correspondent ? La jurisprudence de la chambre criminelle analysée plus haut (n° 25) laisse peu de place à une distinction du recrutement – sur initiative du seul offrant – et du placement, entremise entre offre et demande⁽¹³⁾.

(13) L'arrêt Crim. 29 avril 1964, Bull. crim. n° 141, JCP 1965 II 14127 ne fait pas la distinction "le chef d'entreprise est seul autorisé à engager directement le personnel nécessaire... Il ne peut conférer à un tiers le mandat d'accomplir en son nom cette mission". Celui du 8 janv. 1981 bull. n° 8, non plus, encore que les commentateurs essaient de l'interpréter comme opposant l'activité "à l'initiative et au profit" **de l'employeur** et l'activité "au service des **deux futures parties**". L'arrêt crim. 6 mars 1984 Bull. n° 94 concernait un intervenant qui opérait au bénéfice des demandeurs et des offreurs. Mais malgré la rigueur de cette jurisprudence on doit dire : a) qu'elle ne concerne que les cas marginaux ; b) qu'elle a été sans influence sur la pratique."

La seule conclusion à en tirer serait dans le sens de **l'utilité d'une définition juridique plus stricte du recrutement** ⁽¹⁴⁾ et pour le propos qui est ici le nôtre, d'une définition garantissant mieux les droits fondamentaux des chercheurs d'emploi ; comme au demeurant d'une meilleure garantie de ces droits dans l'opération de placement public. Une chose est en effet de s'interroger sur la qualification de l'activité de "conseil en recrutement" (est-elle vraiment distincte de celle d'un bureau de placement ?) ; autre chose est de savoir si l'acte juridique de placement – ou celui de recrutement, est respectueux des droits de la personne placée ou recrutée. On est ainsi conduit du terrain des **entreprises** qui interviennent vers celui des **actes** qu'elles accomplissent.

31.– Le problème ne se pose pas seulement en France. Il se pose en termes sensiblement identiques en République fédérale d'Allemagne. L'office fédéral du travail a un monopole de placement et les bureaux de placement privés y sont interdits. Une agence privée de recrutement n'ayant pas été payée par un client, celui-ci soutenait que le contrat qui les liait était nul comme contrevenant à une loi impérative. L'agence avait répliqué que l'interdiction des bureaux privés était contraire au droit communautaire (libre prestation des services – règles de concurrence).

Si bien que les données du litige ont incité la juridiction allemande saisie, à solliciter l'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes. L'arrêt de celle-ci intéresse directement le Droit français du recrutement et du placement quasi identique au Droit allemand.

L'analyse et le commentaire de l'arrêt s'imposent donc⁽¹⁵⁾. Les informations relatives au Droit allemand sont tirées des conclusions de l'avocat général : elles sont nécessaires à la compréhension de l'arrêt.

32. – Le Droit allemand tire son origine du droit de l'OIT (convention 88 et 96) comme le Droit français. La loi sur la promotion de l'emploi (AFG) confie à l'office fédéral, le **monopole** du placement. Et **le placement est légalement défini** comme "toute activité qui vise à mettre les demandeurs d'emploi en contact avec les employeurs éventuels, en vue d'établir des relations de travail". La loi vise en particulier le recrutement pour un emploi à l'étranger et le recrutement à l'étranger pour un emploi salarié en Allemagne. Une soupape de sûreté : l'office peut charger une institution privée, agréée par convention, de se substituer à lui.

Ce monopole avait déjà été critiqué devant la Cour Constitutionnelle fédérale, l'art. 12 de la Grundgesetz (constitution) conférant à tous les allemands "le droit de choisir librement leur profession, leur

(14) On tentera de le faire, v. infra n° 123.

(15) C.J.C.E. 23 avril 1991. aff. C. 41/90 Höfner et Elser c. Macrotron –non encore publié– concl. av. gen. Jacobs V. D. 1991 IR p. 155 un sommaire de l'arrêt.

emploi et leur lieu de travail". La Cour avait estimé le monopole compatible avec la constitution⁽¹⁶⁾ et trouvant sa justification dans l'intérêt général.

Simultanément s'étaient créées des entreprises de conseil en recrutement, l'office fédéral n'étant pas en mesure de faire pleinement face à sa mission concernant les cadres et dirigeants d'entreprise, malgré la création d'un bureau spécial. Aussi a-t-il paru opportun à l'office de conclure une **convention** avec les fédérations professionnelles représentant les employeurs et les conseils en recrutement (1970). Cette convention comporte deux enseignements essentiels :

– **elle définit les "cadres dirigeants"** (ce que ne fait pas le droit français)⁽¹⁷⁾ : "une personne qui, à raison de la confiance particulière de l'employeur, occupe un poste clef pour l'existence et le développement de l'entreprise, exerçant des fonctions patronales importantes ou un travail hautement qualifié... travail qui repose sur ses propres décisions et est assortie d'un degré élevé de responsabilité". On est loin des cadres au sens français.

– **elle opère une distinction entre le conseil en recrutement et le placement**, le recrutement étant autorisé aux entreprises privées, le placement réservé à l'office fédéral. Le placement est défini comme indiqué ci-dessus ; le conseil en recrutement est l'activité de quelqu'un, mandaté par l'entreprise, pour rechercher et sélectionner les cadres dirigeants d'entreprise, un poste de ce type étant vacant.

La convention précise au surplus certains **actes interdits aux conseils en recrutement** : recrutement d'autres salariés que des cadres dirigeants ; participation à un recrutement sans mandat ; mention d'une annonce sous son nom propre ; offre à un candidat d'un emploi autre que celui pour lequel il s'est adressé à lui ; tenue d'un fichier de candidats ; conservation des documents remis par des candidats ; exigence ou acceptation d'une commission de la part d'un candidat. Il y a lieu de retenir ces prescriptions pour d'éventuelles propositions.

Il reste que la loi est la loi et que cette convention ne peut pas s'interpréter comme une limitation du monopole de l'office fédéral, mais comme la garantie donnée conventionnellement à une profession qu'elle sera tolérée si elle respecte ses engagements envers l'office.

33. – Dans son arrêt interprétatif, la cour estime que l'office fédéral du placement et de l'emploi constitue un monopole d'Etat, donc soumis à l'art. 90 du traité de Rome sur les entreprises publiques. L'art. 59 du traité (libre prestation de services) ne s'oppose pas à ce que certains services soient réservés à une entreprise d'Etat (étant entendu que placement

(16) B-verf.-gericht, 4 avril 1967, vol. 21, p. 245.

(17) "Führungs-Kräfte" ; – "Leitende angestellte". Conception infiniment plus restrictive que celle des cadres (par ex. au sens de la loi sur les conseils de prud'hommes – ou au sens retenu par la convention collective de retraite et de prévoyance des cadres).

ou recrutement sont des "services" au sens du traité). Mais l'art. 90 soumet les entreprises publiques aux règles de concurrence du traité (art. 85 et s), et notamment leur interdit **d'abuser d'une position dominante** (art. 86). La question décisive est donc de savoir si l'office public pour l'emploi, qui est une entreprise au sens du droit communautaire, est soumis au droit de la concurrence spécialement à l'interdiction de l'abus de position dominante. On aurait pu dire (thèse du gouvernement allemand) que l'ensemble du marché de l'emploi échappait aux règles de concurrence. Cette opinion n'a pas été suivie par la Cour. Celle-ci d'autre part constate que l'office occupe une position dominante sur le marché ; mais en abuse-t-il ? C'est cela seulement qu'interdit l'art. 86. La commission soutenait que l'abus existe si l'entreprise publique, jouissant d'un monopole, **ne satisfait pas à la demande** pour la prestation soumise à monopole. Or, c'est la situation pour le recrutement des cadres et dirigeants (28 % des recrutements par l'office seulement). Et la preuve qu'il ne satisfait pas à la demande, c'est précisément qu'il a "conventionné" les agences privées, comme on l'a dit. L'office est dans la situation du titulaire d'un brevet ou d'un modèle, lui donnant un droit exclusif ; brevet ou modèle qu'il n'exploiterait pas. Le consommateur (ici l'entreprise qui cherche un cadre dirigeant) ne peut obtenir la prestation qu'il attend.

La position dominante elle même est liée au **monopole, lequel n'est pas en lui-même contraire à l'art. 86**. Mais si malgré ce monopole, l'office **n'est pas en état de satisfaire la demande pour les activités de cadres dirigeants**, il y a **abus** au sens de l'art. 86. (L'abus de position dominante pouvant exister hors toute faute de celui qui occupe cette position). On peut observer en outre que le monopole public, par définition national, ne peut recruter pour un client dans un autre Etat-membre, et plus généralement procéder à des recrutements à l'échelon de la communauté entière.

Si bien que par l'effet combiné de l'art. 90 (soumission des entreprises publiques aux règles de concurrence) et de l'art. 86 (exploitation abusive d'une position dominante) il ne **saurait être interdit** à d'autres personnes que l'office, de fournir les services en question (placement ou recrutement) ni de les empêcher de faire exécuter leurs contrats, lesquels (c'était le litige) sont valables.

On fera observer qu'en l'espèce, il s'agissait d'un conseil en recrutement allemand opérant en Allemagne pour une société cliente allemande : situation de pur droit interne. Mais à l'avenir l'art. 59 est de nature à permettre à ces conseils en recrutement – s'agissant des cadres dirigeants – d'exercer leur activité au delà des frontières, à l'intérieur de l'ensemble de la communauté. L'interprétation donnée par la CJCE vaut pour tous les pays de la communauté européenne.

34. – L'enseignement et du Droit allemand, et de ce nouveau droit communautaire est de vaste portée pour l'avenir du Droit français du placement et du recrutement. Le monopole de l'ANPE a vécu **pour les cadres dirigeants** : une définition de ceux-ci est urgente.

Cependant, il ne saurait être question de jeter le bébé avec l'eau du bain. La mission de l'ANPE subsiste et se développe pour ceux dont le placement est difficile ou les connaissances du marché du travail insuffisantes ; – pour les entreprises modestes qui apprécient mal leurs besoins. Elle dispose d'un réseau décentralisé développé, sans équivalent chez les recruteurs privés. Restera à dire pour l'avenir s'il est préférable d'instituer une concurrence entre un secteur public et un secteur privé ayant les mêmes "cibles" – ou de spécialiser en les rendant plus complémentaires que concurrents un service public et des entreprises privées ayant, chacun leur "clientèle" propre. C'est un choix politique. Il est plus expédient de raisonner ainsi, plutôt que de spéculer sur la distinction juridique du placement et du recrutement, lesquels appellent largement la même réflexion concernant les garanties à fournir aux candidats.

Ceci d'autant plus qu'il existe dorénavant, coiffant l'ensemble des procédures le principe constitutionnel⁽¹⁸⁾ du libre choix par l'employeur de ses collaborateurs sans compter les deux principes, de valeur constitutionnelle également, de la liberté d'entreprise⁽¹⁹⁾ et de la liberté du travail (infra n° 67-68).

Recrutement direct par l'entreprise

35. – Il n'appelle que de brèves remarques tant que l'on est en présence d'un rapprochement en quelque sorte physique des entreprises et des chercheurs d'emploi. L'entreprise a une tâche préliminaire, qu'elle néglige parfois : procéder à une description précise du poste à pourvoir. De quelle fonction s'agit-il ? Quelles sont les aptitudes requises pour l'exercer ? (Il est préférable de ne pas parler de profil). Avec qui le titulaire du poste est-il appelé à travailler ? Quelle sera sa rémunération ? Où est situé le lieu de travail ? Ce qu'on peut se demander c'est si une place excessive n'est pas faite dans la description aux caractéristiques psychologiques, à la fois abstraites et vagues, telles que "motivation" "sociabilité" "équilibre" etc...

Il lui est loisible en un premier temps de recourir au **recrutement interne** par voie de promotion ou mutation. On en rapprochera la cooptation ou recrutement d'un employeur à travers ses salariés⁽²⁰⁾.

Faute de recrutement interne qui gagnerait à être souvent mieux formalisé (affichage, diffusion) le recours au recrutement **extérieur**

(18) C. const. 20 juillet 1988 D. 1989 269 note Luchaire (loi d'amnistie) – 8 juillet 1989 JCP 1989 21.409 note Franck D. 1989.577.

(19) C. const. 16 janvier, 11 février 1982 D. 1983.169 (loi de nationalisation) – 4 juillet 1989 D. 1990 209 n. Luchaire (loi de privatisation).

(20) Rien à dire au point de vue juridique sur le recrutement "par relations"

s'impose : l'entreprise peut chercher directement et librement celui qu'elle considère le plus apte à occuper l'emploi. Deux cas sont alors à distinguer : – ou bien l'entreprise s'adresse à de nouveaux venus sur le marché du travail ; on parle alors de "forums ou carrefours" organisés à l'intention des élèves des grandes écoles ou des étudiants. Ce procédé, ancien pour les écoles, s'implante dans les universités. Curieusement les contacts directs avec les responsables d'unités d'enseignement et de recherche, ne sont guère pratiqués, (alors qu'ils sont dans la logique des choses). Le rôle des associations d'anciens élèves est connu ;

– ou bien l'entreprise s'adresse indifféremment à ceux qui n'ont pas (pas encore) d'emploi ou à **ceux qui en ont un**. La règle inscrite dans l'art. L. 122-15 du code du travail (caractère fautif du **débauchage**) devrait constituer une limite à ce type de recrutement. La lecture des recueils de jurisprudence montre que les actions en responsabilité pour débauchage sont devenues rares. L'idée même d'une condamnation du débauchage n'est-elle pas contradictoire avec celle de la nécessaire mobilité professionnelle, de la liberté de la démission et finalement de l'économie de marché, fondée sur la mise en concurrence des agents économiques ⁽²¹⁾. Aussi se développe sous le nom de "marketing direct" et qu'on dénommerait mieux le démarchage, l'appel téléphonique ou la correspondance adressée à un salarié (un cadre, un professionnel qualifié) l'invitant à prendre contact en vue d'une éventuelle embauche.

Moins discutable dans sa licéité, est l'organisation de salons ou "foires" à l'emploi, où comme jadis sur la place de grève se rencontrent jeunes (diplômés) ou autres, et représentants des DRH, ainsi le salon de l'étudiant, ou les bourses à l'emploi régionales. Le juriste n'a rien à en dire, sinon qu'il s'agit plutôt de pourparlers n'engageant personne à rien. Le reste peut venir après.

Le principe du recrutement direct et du libre choix "réciproque" est indiscutable.

36.– Le recrutement direct peut aussi résulter d'une initiative du demandeur d'emploi.

Les entreprises font de la **publicité** pour se faire connaître. Cette publicité pour être principalement destinée aux acheteurs ou consommateurs ou futurs clients, est également à l'intention des jeunes

(21) Ce rapport n'a pas cru utile, ni d'analyser la jurisprudence sur le **débauchage**, ni d'examiner les pratiques suivies en la matière. Cela constituerait à soi seul un objet intéressant d'étude. Rien de récent n'a été publié sur le sujet.

– Dans le sens d'un renforcement du caractère illicite du débauchage, la multiplication des chasseurs de têtes, à des niveaux variables, désorganisant les entreprises.

– En sens opposé, la recherche de la mobilité. Le débauchage est comme une OPA sur les hommes : il est dans la logique d'un marché du travail fluide et transparent. La concurrence déloyale pourrait suffire à la condamnation des actes les plus choquants. La question serait à examiner en connexion avec la diffusion massive hors toute contrainte légale, des clauses de non concurrence.

talents ou simples candidats. Elle s'accompagne d'un n° de téléphone de minitel, d'une adresse, et constitue une sollicitation pour les candidatures spontanées.

L'offre d'emploi par voie d'affiches est illicite (n° 38) mais s'agit-il d'une offre d'emploi ? On peut hésiter. Il s'agit d'une invitation à entrer en pourparlers, d'une invitation à faire acte de candidature⁽²²⁾ ? Alors que la crise de l'emploi sévit, il semble peu expédient de refuser à une entreprise de faire savoir qu'elle recrute. Autre chose serait l'hypothèse où le recrutement serait mensonger et serait utilisé à des fins exclusivement publicitaires. Il faut souligner qu'en ce cas la responsabilité civile de l'entreprise serait engagée.

La publicité ne s'exprime pas seulement par affiche, mais par messages radiophoniques, avec invitation à joindre l'entreprise par un n° de minitel (n° 40).

De cette publicité résultent des **candidatures dites spontanées**. Pour peu qu'elles soient enregistrées dans un fichier manuel ou dans un ordinateur, elles sont passibles d'une réglementation juridique (n° 88 et s). Celui qui fait acte de candidature a-t-il un droit à recevoir **réponse** ou au minimum un accusé de réception ? La réponse est sans doute négative si aucune invitation à entrer en rapport avec l'entreprise n'a précédé la lettre de candidature. Mais elle devrait être positive, si l'employeur a eu une quelconque initiative antérieure, sans qu'aucune obligation juridique puisse être imposée. Une réponse type est cependant souhaitable.

Les candidatures peuvent-elles être **conservées** ? Oui, si l'accord du candidat est donné (ce qui peut - être son intérêt, au cas où, non adéquate aux postes vacants, elle le deviendrait lors de vacances ultérieures). Non, faute d'accord de celui-ci. L'usage semble être une conservation des candidatures allant de un à deux ans. Mais ces dossiers ne sont pas en général déclarés à la CNIL.

37. Une question connexe se rattache au recrutement direct par l'entreprise : une entreprise doit-elle disposer d'un **plan de recrutement**, en permettant d'anticiper les futures embauches, de s'y préparer ? De savoir de quelles compétences elle aura besoin dans l'avenir ? Il semble qu'au moins pour les grandes entreprises ce concept soit inclus dans l'obligation d'avoir une gestion prévisionnelle de l'emploi. Et que les DRH doivent y veiller. Ainsi telle entreprise a pour politique de recruter systématiquement un "vivier" de jeunes débutants au sortir de leurs études et de les former en privilégiant leur mobilité intellectuelle et de pourvoir les postes de responsabilité exclusivement par promotion interne. Ce modèle semble à encourager. L'existence de plans ou de programmes peut avoir pour effet d'entraîner **l'information du comité d'entreprise**. Aucune réforme législa-

(22) Exemple de France Télécom, qui a fait une vaste campagne d'affichage en direction des jeunes demandeurs d'emploi.

tive ne serait sur ce point nécessaire, dès lors que la loi prévoit déjà que le comité est informé de la situation de l'emploi, dans l'entreprise, et des prévisions annuelles en ce domaine, cela inclut les orientations générales de la politique de recrutement (autant que les projets de licenciements). Il ne s'agit pas d'alourdir par une nouvelle obligation l'ordre du jour déjà chargé des comités d'entreprise, mais de rendre plus transparente la situation de l'emploi, prise du début du processus (projets de recrutement et idées qui l'inspirent) jusqu'à sa fin (suppressions d'emplois). Autrement dit la politique de l'emploi de l'entreprise - y inclus le volet : "recrutement" – fait d'ores et déjà partie des informations à communiquer au comité d'entreprise. Celui-ci serait bien inspiré à veiller au respect de cette obligation et non de s'en désintéresser.

Bien entendu cette obligation d'informer ne s'étend pas aux mesures individuelles de recrutement mais on peut concevoir qu'elle englobe les méthodes (v. infra)

Recrutement par voie de presse ou par voie télématique

Il s'agit plutôt que d'une procédure distincte, d'une **variante** soit du recrutement direct (b - ci-dessus) soit du recrutement par l'intermédiaire d'une agence privée (d - ci-dessous)

38. Divers problèmes d'ordre juridique naissent de l'utilisation lors du recrutement, **des moyens de communication ou de publicité**, au premier rang desquels figure toujours la **presse** et de l'utilisation **de l'informatique**. Les petites annonces publiées dans la presse ont reçu du législateur un encadrement juridique art (L.311.4 c. t.) qu'on peut ainsi résumer :

1) la publicité par affichage ou tout autre moyen est prohibée sauf pour les entreprises de travail temporaire (art D. 311.5). Un monopole est ainsi reconnu à la presse (quelle que soit sa périodicité), à l'exclusion des "feuilles d'emploi". Or cette première règle n'est pas généralement observée. Le message (annonce) est souvent diffusé – indépendamment du contact direct - par ondes ou télématique (minitel) procédé qui semble contraire à l'art 312.4 C. tr. (v. n° 40)

2) L'annonce insérée dans la presse, si elle ne comporte pas l'indication de l'entreprise qui recrute (offre d'emploi anonyme) doit être accompagnée de ce renseignement à l'intention du directeur de la publication. Il en va spécialement ainsi si l'annonce est présentée par un organisme de sélection, tout "intermédiaire" (dont l'existence est ainsi indirectement reconnue et légalisée) ou une agence de publicité : ces intermédiaires doivent impérativement fournir au directeur de publication le nom et l'adresse de "l'employeur".

3) Cette même indication doit être communiquée (art D. 311.1 alin. 4) – au besoin globalement s'il y a plusieurs offres d'emploi – à l'ANPE et à la direction départementale du travail et de l'emploi. Pas plus que la première obligation, cette deuxième prescription légale n'est pas toujours respec-

tée. Or la communication à l'administration est normalement destinée à permettre à celle-ci d'informer les candidats. Le circuit est lourd et n'est pas opératoire.

4) Si l'entreprise qui recrute est une entreprise d'intérim, mention expresse doit en être faite.

5) Le contenu même de l'annonce est soumis à quelques règles (v. infra n° 65).

On se trouve donc devant une réglementation complexe et non appliquée, la lecture des petites annonces révélant un nombre important **d'annonces anonymes** et ne comportant que le nom de l'intermédiaire auquel adresser les lettres de candidatures, lequel "transmettra". Or il est impératif non seulement de ne pas placer le candidat dans une situation où il ignore quelle entreprise **recrute**, mais le plus souvent aussi dans une situation où les caractéristiques du poste à pourvoir sont insuffisamment claires et les aptitudes requises mal définies. La transparence du marché en souffre, une mauvaise adéquation des offres et demandes en résulte inévitablement. Ceci est d'autant plus choquant au point de vue juridique que l'entreprise qui recrute exige des candidats des informations complètes et nominatives. **La suppression pure et simple de l'anonymat** ne semble se heurter à aucune objection ; seule elle serait conforme aux principes fondamentaux d'égalité des parties et de libre choix par tout individu de son emploi. Elle aurait l'avantage de soulager d'une obligation les directeurs de publication, obligation qu'ils sont mal préparés à assumer ; elle ne nuirait donc pas à la presse. La seule difficulté résiderait dans la possibilité d'assurer l'efficacité de cette prohibition de l'anonymat sans recourir à la sanction pénale. Le risque principal des offres d'emploi anonymes consiste en ceci : elles peuvent ne correspondre à aucun recrutement réel, donc être mensongères, et servir exclusivement à la constitution de **fichiers clandestins** entre les mains d'un intermédiaire. (l'annonce invitant à expédier lettres de candidature et curriculum vitae). La possibilité pour le service public d'imposer la levée de l'anonymat est peu utilisée et insuffisante. L'art. 27 de la loi informatique impose la connaissance de l'identité de la personne destinataire de l'information (n°92). L'enregistrement préalable des petites annonces à l'ANPE parfois suggéré⁽²³⁾ ne serait pas sans avantages, mais serait une procédure lourde et lente. Il vaut mieux carrément jouer le jeu du libre marché lequel postule la suppression de tout anonymat (transparence)⁽²⁴⁾.

(23) rapp. Neme cité en bibliogr.

(24) L'objection faite à l'obligation pour l'entreprise de se nommer dans la petite annonce consiste à ce que, de la sorte, elle informerait ses concurrents de ses plans de développement c'est donc le fameux secret des affaires qui serait poussé jusqu'à une conséquence ultime, voire inattendue. Comme on le verra (infra n° 88 et 95) l'anonymat de l'offre est contraire à l'art. 27 de loi du 6 janv. 1978 sur l'informatique et les libertés. L'art. 311.4 c. trav. organise la **levée** de l'anonymat selon une méthode qui a fait la preuve de son inefficacité. Loin de tirer de cet article un argument en faveur de l'anonymat, on peut au contraire y puiser un argument en faveur de la méfiance qu'il inspirait au législateur de l'époque, puisqu'aussi bien il donnait pouvoir au service public d'en ordonner la levée. La question est parmi celles qui requièrent une intervention urgente. (n°39 in fine).

39.— Si l'on pose comme point de départ un droit pour tout citoyen d'être bien informé sur ses propres capacités (idée de bilan personnel et idée d'orientation) et plus encore d'être informé de manière véridique sur les emplois offerts et les exigences qu'ils postulent — alors force est de constater que l'obstacle majeur (**bien visible** à la lecture des annonces de presse lesquelles constituent le matériau de base actuel du marché de l'emploi — mais apparent aussi dans les opérations de placements réalisées par l'ANPE ou l'APEC) est constitué par **le langage des entreprises**. C'est une banalité de dire que les métiers évoluent et que les concepts changent à proportion de la mutation de l'appareil économique. Cela se traduit par l'incompréhension du demandeur d'emploi en face d'offres d'emploi rédigées en langage publicitaire et utilisant les termes, peut-être accrocheurs, mais flous. Certes subsistent quelques métiers correspondants à une formation précise "géologue", "comptable", "maçon". Mais que d'autres emplois enveloppés d'opacité ! Quel savoir et quel savoir-faire sont transférables dans une autre branche pour celui qui opère une conversion ? Quelles sont ses aires de mobilité possibles ?

Sans doute l'ANPE s'est elle attachée avec une méthodologie digne d'éloge à mettre au point un répertoire "opérationnel" (**et non purement académique**) des métiers et des emplois (R.O.M.E) qui constitue tout à la fois une nomenclature (dictionnaire) comportant des définitions et une encyclopédie. L'agence a procédé comme suit : 1. Définition des **catégories** professionnelles à la fois dans l'industrie et le tertiaire. 2. Ramification de celles-ci à l'intérieur des différents **domaines** professionnels. 3. Catalogue, à partir de ces deux éléments des **emplois/métiers** (on ne distingue plus). On en recense 65 comportant description des activités : qui fait quoi, avec quoi, où, pourquoi ? 4. Enfin diversification de ces emplois — métiers, en **spécificités**. Ainsi on aura une secrétaire, de banque, capable d'utiliser une machine à traitement de texte, ou bilingue. Pour chacun de ces emplois/métiers l'ANPE a étudié leur accès (formation, expérience, savoir), leurs "aires de mobilité" (ainsi une secrétaire de banque bilingue, pourra éventuellement postuler un emploi comparable dans l'assurance). Elle est même parvenue à regrouper le tout en 21 familles professionnelles. Mais autant cet immense travail est utile, nécessaire même, pour les agents chargés du placement (et pour les conseils en recrutement) autant il est difficile à maîtriser pour le simple usager, le demandeur d'emploi. Etre demandeur d'emploi est devenu à soi seul un métier à plein temps exigeant de vastes connaissances.

L'auteur de ce rapport n'aperçoit pas comment les rédacteurs des offres d'emploi — surtout celles publiées par voie de presse, nécessairement brèves — pourraient être contraints à user d'un langage transparent. Certains prétendent qu'ils ne savent pas eux mêmes à quel travail exactement, ou à quel degré de savoir, correspond le poste⁽²⁵⁾. On exige le baccalauréat pour effectuer des opérations requérant la force physique ou l'habileté manuelle.

(25) Les classifications des conventions collectives fondées sur la qualification ne constituent pas un instrument de recrutement. Au surplus elles sont en cours de révision. L'organisation du travail a secrété son propre vocabulaire. Le tout se mélange à l'ancien langage des métiers.

Et il est fort possible que ceux qui assistent les demandeurs d'emploi à faire leur bilan évaluation, et à définir leur projet professionnel d'une part ; et ceux qui au sein des entreprises définissent le "profil" d'un poste vivent dans deux mondes où l'on parle un langage différent ou deux parallèles qui ne se rencontrent jamais. Il n'incombe pas jusqu'ici au législateur d'imposer l'usage de certains mots, ni au ministre d'interdire l'emploi des mots qui ne figurent pas au dictionnaire de l'académie française. La crise du marché de l'emploi est aussi une crise du langage.

A partir du moment où la loi a réglementé la procédure d'insertion des petites annonces dans la presse, un **texte de valeur réglementaire** pourrait fixer le contenu minimal du message destiné à informer ceux qui cherchent un emploi : **nom de l'entreprise**, nature de ses activités, lieux d'implantation ; environnement du poste, **description précise de la fonction** et des aptitudes requises pour l'exercer, avec en complément les diplômes exigés et l'expérience souhaitée, le tout en respectant une double exigence - informer complètement, ne pas dissimuler le contenu minimal - comprendrait, enfin, lieu de travail, rémunération, perspectives. Les objectifs qualificatifs sont à proscrire. L'indication du "profil" d'homme recherché avec ses traits psychologiques n'a pas à figurer dans l'annonce ; c'est là où les dérives de langage sont le plus à redouter ("battant" "communicant" etc...) (n° 100 infra). Certes la liberté d'expression doit être respectée, mais qu'on veuille bien observer qu'il ne s'agit pas vraiment ici de l'expression d'idées ou de sentiments. Il s'agit de messages qui concernent la liberté professionnelle d'autrui. Les limites à apporter à cette liberté, sont aussi justifiées que celles qui intéressent le respect de l'honneur (diffamation).

40.- Les offres d'emploi par voie de **télématique** se développent parallèlement aux annonces par voie de presse⁽²⁶⁾. Il s'agit d'une "page écran" d'offres d'emploi, accessible par réseau téléphonique (minitel) – qui associe donc l'ordinateur et un réseau de transmission. Le message écrit (page écran) peut être l'objet d'un traitement informatique (mémoire sélection). Les codes d'accès sont nombreux et les services enregistrant et diffusant offres et demandes d'emploi par secteur sont donc multiples. Le procédé est "interactif" parce que permettant un dialogue entre le demandeur et la banque de services.

Il n'existe pas de réglementation spécifique comme pour la presse écrite et ces offres par voie télématique bénéficient de la liberté des communications audiovisuelles (loi 1er août 1986 - 30 septembre 1986) calquée sur la liberté de la presse écrite. D'où la question : dont-on appliquer purement et simplement aux annonces d'emploi par voie télématique, le régime institué par l'art. L. 311-4 Code du travail pour les annonces d'emploi par voie de presse ? Est-ce le droit positif ?⁽²⁷⁾. Si la réponse est

(26) B. Wallon : Télématique et offres d'emploi Dr soc. 1989, 488.

(27) Réponse négative dans Wallon, art. précité et rép. min. 30 oct. 1986, J.O. Sénat 10 sept. 1987, p. 1245.

négative, les offres d'emploi diffusées par minitel ne reposent sur aucune base légale. On ne doit pas négliger le fait que l'article L. 311-4 s'efforce de rendre compatible ces annonces avec le monopole public du placement auquel elles constituent une dérogation. Rien d'analogue n'existe pour les annonces diffusées par minitel, jusqu'à ce jour. Ni la totale liberté, ni l'interdiction n'étant envisageables, il importe donc d'envisager de soumettre les services télématiques à des obligations analogues à celles qui s'imposent à la presse écrite : transmission des offres à l'ANPE, absence de discrimination, interdiction de l'anonymat etc... De même et parce que ces services enregistrent des informations nominatives, ils sont soumis à déclaration à la CNIL (article 16 loi 6 janvier 1978).

Plus encore que les petites annonces publiées dans la presse, les services télématiques en question sont proches du placement, dans la mesure où ils reposent sur un tri automatique, ou une sélection des "profils". Il n'y a pas simple communication d'une information, mais on se rapproche d'une mise en relation d'une offre et d'une demande, d'autant plus qu'il y a dialogue entre offreur et demandeur. Outre cet empiètement sur le service public de l'emploi, le risque de constitution d'un fichier permanent et clandestin est également à redouter.

Les choix qui s'offrent sont donc multiples : l'interdiction pure et simple irait trop nettement à contre courant ; – l'application de l'art. L. 311-4 serait relativement aisée, mais laisserait plusieurs difficultés non résolues ; – des règles propres aux publications télématiques semblent donc difficiles à éviter ; – elles pourraient être posées par l'autorité réglementaire en même temps que le texte proscrivant l'anonymat ou plus heureusement sans doute, s'inscrire dans une convention conclue avec l'ANPE, fixant les obligations (absence de discrimination et d'anonymat) et les responsabilités. L'usage de la télématique par des agences privées de recrutement pose des questions supplémentaires.

Recrutement à l'aide d'un intermédiaire privé ("conseil en recrutement").

41.– Cette procédure a pris depuis quinze ans une ampleur croissante. Elle vient des USA d'où elle a gagné l'Europe. Les incertitudes dans lesquelles elle plonge le juriste, découlent de ce qu'elle peut heurter une tradition culturelle qui s'exprime notamment dans l'affirmation inscrite dans la constitution de l'OIT, selon laquelle le travail humain n'est pas une marchandise. Les droits fondamentaux de l'homme peuvent s'y trouver en jeu.

La seule définition connue de ces professionnels, est celle qui figure dans la délibération de la C.N.I.L. n° 85.44 du 15 octobre 1985 "Il convient d'entendre par professionnels du conseil en recrutement, tout **intermédiaire mandaté** par un **employeur**, afin de **l'assister** dans le **choix** d'une personne extérieure, **pour un poste** à pourvoir". Bien que cette définition soit valable pour le traitement d'informations nominatives concernant

les candidats (v.infra N°91 et suiv.), elle a une valeur d'information générale.

Pour la clarté de l'exposé, les développements seront organisés autour de trois groupes de questions : dans quel cadre juridique doit **s'exercer cette activité professionnelle** ? Le statu quo est-il le meilleur cadre ? (N° 42 et 56) Quels rapports s'établissent avec les entreprises clientes et avec les **candidats** ? (N° 57 à 60) Quels enseignements tirer du droit comparé et du processus d'internationalisation (européanisation) de la vie économique ? (N° 61 à 64)

Cadre juridique de l'activité des intermédiaires en recrutement

Ce cadre juridique demande à être précisé en général quant aux entreprises de conseil en recrutement (n° 42-48) ; mais sans doute le concept même est-il trop imprécis et des distinctions s'imposent - elles à l'intérieur de ce qu'on appréhende trop vite comme une catégorie juridique unique (n° 49-54). Il demande à être complété quant au statut des personnes physiques qui participent au recrutement (consultants) (n°55-56).

42. Un premier débat préalable ne peut être esquivé, encore qu'il apparaisse largement rétrospectif : cette activité professionnelle est-elle **licite** ? Il peut être abordé sous un premier angle : faut-il distinguer le placement (interdit aux entreprises privées, réservé au service public) du recrutement (permis) ? Ce débat a déjà été largement évoqué (supra n° 30 et s). Plus généralement le recrutement, effectué par l'entreprise employeur, peut-il être sous-traité (externalisé) ? Auquel cas il n'y aurait pas empiètement sur le monopole public, la liberté d'embauche n'ayant jamais été objet de contestation et ayant même aujourd'hui valeur constitutionnelle (libre choix par l'employeur de ses collaborateurs). Ou faut-il admettre que la convention internationale n° 96 (1949) ratifiée par la France, et qui a valeur supérieure à la législation interne, condamne toute activité privée intermédiaire entre offre et demande de travail à but lucratif ? Ceci d'autant plus que cette convention offre une option entre interdiction ou réglementation de cette activité et que la France a opté pour l'interdiction. C'est en ce sens que la jurisprudence de la Chambre Criminelle s'est toujours prononcée (n° 25). Faut-il alimenter le débat en tirant argument de ce que le code du travail lui même se contredit ? Il interdit tout bureau de placement payant (article L. 312.7) mais, à propos des annonces publiées dans la presse (article L. 311-4 alinéa 5) il évoque en passant la possibilité que celles-ci puissent émaner "**d'intermédiaires**". L'auteur de ce rapport est trop imbu de l'idée que le droit évolue, pour s'accrocher à des textes qui ont cessé d'être appliqués, au moins dans leur interprétation "intégriste". L'activité des "cabinets de recrutement", - quelque soit le risque (manifeste) qu'ils comportent en faisant écran entre l'offre et la demande d'emploi, et donc en constituant une certaine entrave à la liberté professionnelle (liberté du travail) de ceux qui cherchent un

emploi – ne peut plus être rejetée dans l'illégalité, sans nuances et sans appel. Un argument en ce sens, dont il sera reparlé, découle par ailleurs du caractère largement international de la profession, et de la facilité pour ces prestataires de services de s'implanter sur le territoire des Etats qui ne considèrent pas leurs activités comme illicites (infra n° 61 et s). Des études publiées à l'étranger⁽²⁸⁾ il découle au demeurant que la France est classée parmi les pays où l'activité de conseil en recrutement est... libre... Et des études parmi les plus sérieuses, effectuées pour le BIT et la CEE⁽²⁹⁾, montrent que la part des placements effectués par l'ANPE est limitée (25 % environ), que les rôles du secteur public et du secteur privé ne sont pas substituables (ils ne s'adressent pas au même public) et concluent à la nécessaire "adaptation du droit à la réalité" (p. 60), et à la coopération des instances publiques et des firmes privées. Sans pour autant s'aveugler sur le risque de l'apparition d'un dualisme du marché du travail.

Donnons-nous pour hypothèse de travail que le placement (courtage) n'est pas dans l'intention des recruteurs, qui ne s'intéressent aux demandeurs d'emploi que dans la seule mesure où ils intéressent leurs clients.

Le parti pris de cette étude est donc de ne pas traiter systématiquement les agences privées de recrutement comme illégales⁽³⁰⁾.

43. – Le débat suivant n'en prend que plus d'acuité : faut-il **réglementer la profession**, lui donner un statut, en prenant exemple sur les entreprises de travail temporaire passées par l'effet de la loi du 3 janvier 1972 d'une légalité contestable, à une réglementation légale stricte (souvent remaniée depuis lors), ou sur les entreprises qui opèrent sur le marché de la formation professionnelle ? Avant toute analyse, il convient de faire observer que toute intervention législative serait une légalisation et devrait sans nul doute contraindre la France à modifier la loi de ratification de la convention n° 96, l'option pour la réglementation (partie III) se substituant à celle de la prohibition (partie II). Les choix à faire sont en réalité multiples : liberté ou réglementation ? Code de déontologie étatique ou code volontaire ? Contrôle de l'accès à la profession ? Tutelle d'un Ministère et lequel ? Obligation que l'entité économique considérée se consacre exclusivement au recrutement ou possibilité de fondre cette activité parmi d'autres services rendus aux entreprises ?

44. – **Liberté ou réglementation** ? Du point de vue qui est celui de ce rapport, celui de la protection des droits individuels des personnes à la recherche d'un emploi, la question est loin d'être décisive : en

(28) Timothy CLARK : Exécutive Search in Europe - Multigr. 1990 FRES

(29) G. CAIRE : L'intervention des firmes privées dans le fonctionnement des marchés du travail dans les douze pays de la CEE (multigr BIT et CEE - 1991).

(30) C'est aussi apparemment la position implicite de J.C. JAVILLIER et G CIA-VATTI : Recruter (édit. Liaisons 1991) ; comme c'était celle de C. NEME : Le conseil en recrutement en France, rapport au Ministre du Travail 1979. Y ROUSSEAU dans son article précité à Droit Social 1990. 545 est plus nuancé.

quoi une réglementation de "la profession" préserverait-elle mieux les droits des personnes ? Comme on le verra (infra n° 123 et s) ce qui intéresse primordialement celles-ci c'est **l'acte** de recrutement, le déroulement des opérations de tri, et d'évaluation. Or c'est un point différent. Une organisation professionnelle, avec une discipline, du type de celles mises en place pour les experts comptables, entraîne une dérive de type corporatiste. L'air du temps est plutôt celui de la compétition, avec élimination des moins aptes. Et de fait beaucoup de cabinets de recrutements disparaissent chaque année. Si un cabinet a survécu au fil des années c'est qu'il donne satisfaction. Certes cela prouve plus qu'il satisfaisait ses clients, les entreprises, que les candidats à l'emploi ; mais encore une fois, à l'égard de ces derniers c'est l'acte de recrutement qui compte, plus que l'entreprise qui est chargée de celui-ci. Certains pays (n° 62) ont institué un régime d'autorisation d'exercer (licence, homologation) ; on pourrait certes l'imaginer pour la France, ce qui permettrait d'imposer tel type d'opération à l'un, tel type à un autre (n° 48-49).

La liberté du commerce et de l'industrie, semble ici devoir être préférée à l'édiction de conditions légales restrictives, dont la conséquence est la profession fermée, réglementée à titre protégé. Il s'agit de sous-traitants d'entreprises le plus souvent industrielles et commerciales, non d'une profession libérale. La protection des demandeurs d'emplois doit être cherchée sur une autre voie.

45.- Ne faut-il pas au minimum que le législateur impose un **code de déontologie** ? Le contenu de celle-ci est encore flou. Certes on aperçoit quelques principes souhaitables : une certaine éthique du démarchage tant du côté des entreprises clientes, que du côté des personnes approchées (le caractère illicite du débauchage est sans doute un garde fou insuffisamment efficace) ; la nécessité d'un mandat formel écrit avant toute intervention ; le caractère gratuit du recrutement pour le candidat (respecté dans l'ensemble de la profession) ; une nécessaire information complète des candidats sur l'entreprise et sur le poste à pourvoir ; l'appréciation des candidats en fonction du poste à pourvoir et non dans l'absolu ; le respect du secret et de la confidentialité, qui peut contredire la règle précédente et qui peut entraîner l'anonymat contrairement à ce qui a été dit (infra n° 38) ; la non conservation des données nominatives, à l'aide d'un archivage manuel ou informatisé sans l'accord du candidat. Ces points sont importants et seront repris (n° 95 et suivants). Ces principes et d'autres encore sont à retenir. Ils figurent en général dans les règles déontologiques que se sont données les organisations professionnelles⁽³¹⁾ ou sont rappelés dans les

(31) Trois organisations syndicales se partagent la profession : **SYNTEC** (lequel est un syndicat poly-activités, qui unit tous les conseils d'entreprises – et est membre du CNPF) – la **chambre syndicale** des conseils en recrutement –, **APROCERD** (lequel ne réunit que des cabinets pratiquant la recherche directe des dirigeants). Des codes de déontologie existent au sein des trois organisations, le plus étendu étant celui de SYNTEC. Toutes trois s'interdisent la pratique du "contingency" (n° 53).

contrats. Il va sans dire que ces "codes de conduite" purement privés n'ont qu'une portée juridique limitée. Leur violation peut tout au plus entraîner une exclusion du syndicat (le soussigné n'a pas connaissance qu'une telle sanction soit jamais intervenue).

Une recommandation de la CNIL n° 85/44 du 15 octobre 1985, relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de conseil en recrutement (n° 95 et s) constitue une excellente approche, dans la mesure où elle confronte l'activité de la profession avec les libertés individuelles. C'est **de celle-ci** et des **codes de déontologie syndicaux** que nous nous inspirerons.

46.— Faut-il un contrôle de **l'accès à la profession** ? Certains pays connaissent un régime de licence. C'est même le cas du Royaume Uni, où pourtant règne la plus grande liberté pour les conseils en recrutement. C'est le cas également des Pays-Bas. On peut lui préférer le mécanisme du conventionnement par les services publics tel que pratiqué par la République Fédérale d'Allemagne (infra n° 32).

Quelle que soit la méthode utilisée : licence, agrément, homologation, simple déclaration d'ouverture d'un bureau (à des fins statistiques) l'une ou l'autre des analyses suivantes peut être faite : ou bien il s'agit d'une fermeture de la profession, ce qui conduit à donner une rente aux cabinets installés, résultat peu souhaitable. C'est ce qui se passera si les exigences sont strictes ; plus probablement (et parce que l'on ignore encore quel sera le comportement du futur consultant, lorsqu'il s'installe) ce contrôle de l'entrée sera de pure forme ou obéira à une logique fiscale (paiement d'une taxe d'entrée) ne donnant donc aucune garantie réelle aux usagers : entreprises ou candidats. Il faut donc avoir le courage d'aller jusqu'au bout de la logique libérale et prendre position contre toute restriction à l'accès de la profession.

47.— Ce point minimise la question de la **tutelle**. On ne l'aborderait pas, si la situation française n'était paradoxale. En effet, cette tutelle existe (à vrai dire ce n'est pas une tutelle au sens du droit administratif) mais elle est confiée au Ministère de l'Industrie, le conseil en recrutement étant confondu avec les autres activités de conseil aux entreprises. De l'avis du soussigné c'est une erreur, induite probablement par le terme de **conseil**. Les firmes qui se consacrent au recrutement pour le compte des entreprises, certes ne doivent pas négliger leur rôle de conseil. (Un notaire a également un devoir de conseil ; son activité ne relève pas du ministère de l'Industrie). Toutefois le conseil n'est qu'une obligation accessoire du cabinet de recrutement. Il recrute, comme l'aurait dit M. de la Palisse, et cette opération essentielle intéresse le ministère du Travail, chargé de l'emploi. On ne peut séparer emploi et travail. On peut donc recommander que le ministère chargé du Travail reçoive la responsabilité des activités de recrutement, ce qui n'est pas le cas à l'heure présente.

48.— Une question plus délicate est celle de savoir si le recrutement doit être l'activité **exclusive** de la personne morale dont c'est l'objet social ou si elle peut y procéder conjointement avec **d'autres activités**. La

situation de fait est ici obscure. Il fait peu de doute qu'au départ, il y a le conseil polyvalent en gestion (management) qui assiste les DRH dans de multiples domaines, par exemple celui de la formation, de la gestion des carrières, ou qui procède à l'évaluation périodique du personnel de l'entreprise, et qui à un moment donné ajoute à ses activités un département : recrutement. Nombreuses sont les activités de certains cabinets de conseil. Est-ce que cette **pluri-activité** est compatible avec certains principes qui doivent guider le recruteur ? Le soussigné est incapable de répondre à cette question. Il peut deviner que des conflits d'intérêt peuvent apparaître au sein de l'entreprise de conseil. L'existence de ces cabinets à plusieurs faces, rend du reste moins praticable encore l'idée d'une réglementation de la profession, celle-ci n'étant plus discernable de professions connexes. Elle exige en revanche une stricte définition de l'opération de recrutement et a pour effet de rendre souhaitable la division de certains cabinets en sociétés distinctes : des groupes ont déjà fait leur apparition, où le recrutement est confié à une filiale (une autre s'occupant de formation, une autre parfois d'intérim).

49.- Ce qui précède constitue une transition naturelle vers une constatation majeure, laquelle n'est pas sans concerner les droits individuels de **ceux qui passent entre les mains d'une agence** de recrutement (et dont la dénomination est jusqu'ici restée imprécise, on va voir pourquoi) : la profession n'est pas homogène. Non qu'il soit question de distinguer les petits et les grands cabinets ; il s'agit d'une opposition juridique qui semble essentielle et qui est masquée par l'appellation globale de "cabinets" ou de "conseils" ou d'"agences" en recrutement⁽³²⁾. Il existe d'une part une activité consistant, dans la plus grande discrétion, à rechercher pour le compte d'une entreprise, une personne donnée pour ses capacités ou ses qualifications ; cette dernière aura généralement un emploi et sera sollicitée d'en changer. Il n'y a en ce cas, **aucune candidature**. L'activité est unilatérale⁽³³⁾. Dans la plupart des situations il s'agit de constituer ou reconstituer l'exécutif de l'entreprise, on s'adressera donc à des cadres dirigeants. Mais cela n'est pas l'essence de la méthode qui doit être caractérisée pour elle-même ; elle peut du reste être employée pour le recrutement de toute personne et on signale son emploi même pour les cadres "moyens" ou par exemple pour des chercheurs.

D'autre part, l'agence de recrutement peut être chargée de proposer à l'entreprise après **sélection** deux ou trois noms, après avoir recouru d'une manière ou d'une autre à un appel de candidatures (appel d'offres). C'est là seulement qu'il est justifié de parler de **candidats**. L'activité est "bilatérale". Certes il existe une première phase commune aux deux procédures : l'analyse du poste à pourvoir et les exigences (expérience, savoir,

(32) Le journal l'Economist (n° spécial sur "executive search and the european recruitment market") explique bien les intérêts qui ont conduit à mélanger deux procédures bien distinctes ; il qualifie la première de "pro-active", la seconde de "réactive". Il y a entre elles tout l'écart qui sépare l'offre d'emploi et la promesse d'emploi : (v. n° 83-86).

(33) On a reconnu la chasse de têtes : "hunt" ou "search".

qualités personnelles) requises pour l'occuper. Mais ensuite l'une est confidentielle, l'autre publique : elle suppose le recours à un moyen d'information et l'invitation à faire acte de candidature. La sélection s'opérera ensuite après évaluation des candidats.

50.— Il est clair qu'il y a là **deux activités très différentes**. Si une même agence exerce les deux activités et si on admet que ce cumul n'est pas répréhensible, faute de principe en décidant autrement, les deux missions seront confiées à des services séparés, et à des "consultants" aux compétences distinctes.

Mais surtout l'objet de ce rapport ne peut porter sur la véritable **chasse de têtes** : d'abord parce que visant majoritairement des dirigeants, éventuellement des mandataires sociaux, elle ne concerne le Droit du travail que de manière accessoire ; et ensuite parce que les droits individuels du "gibier" chassé, n'ont pas réellement besoin d'être assurés. Quiconque est libre de démissionner de son emploi pour en occuper un autre, sous réserve de l'art. L.122-15. C. trav. sur le débauchage. Autre chose est de savoir si cette pratique n'est pas un facteur de hausse artificielle, des rémunérations des dirigeants : ceci est affaire d'économistes. Aussi "l'approche directe", même s'adressant à un simple salarié de grande qualification sans pour autant être un dirigeant, sera éliminée de la suite de ces développements.

Son étude mériterait d'être conduite en parallèle avec celle du "pantouflage" (approche directe d'un haut fonctionnaire en vue de son passage dans une entreprise privée). Il est difficile en France comme en RFA de limiter aux seuls cadres dirigeants, le procédé de la "recherche". Car si le Droit français connaît les cadres, il ne fait pas la distinction nette à l'intérieur de cette catégorie entre ceux qui détiennent pouvoir et responsabilités et les cadres "moyens" (Et l'opposition entre les cadres salariés supérieures et mandataires sociaux est de plus en plus artificielle).

51.— La grande dichotomie entre **recherche** et **sélection** n'épuise pas la **diversification** qui s'est progressivement fait jour à l'intérieur de la profession de "conseil" en recrutement. On a vu apparaître successivement deux spécialisations qui ne sont pas sans exiger un examen spécial, relatif à leur licéité.

52.— La première est connue sous le nom d'**out-placement**. Généralement pratiquée par des cabinets spécialisés (mais pas nécessairement ; d'où des problèmes de compatibilité déontologique) la formule consiste dans la recherche d'un nouvel emploi au bénéfice d'un salarié (cadre ou non) qui a été licencié ou a accepté une convention de conversion dans le cadre d'un licenciement économique. La prise en charge de ce salarié est le fait de son ex-entreprise, qui mandate à cet effet un cabinet et le rémunère, cette rémunération ne devant en aucun cas s'imputer sur les indemnités de préavis et de licenciement. Les prestations du cabinet sont d'information, d'orientation, d'aide au reclassement éventuellement de formation. Les pouvoirs publics ont parfois mis en place des cellules ayant la

même mission à la suite d'un grand licenciement économique⁽³⁴⁾. Juridiquement il s'agit bien de **placement** et la différence avec le **recrutement** est manifeste encore qu'aucune rémunération ne doive être versée par le salarié licencié à l'agence de "out placement". Celle-ci ne fixe pas de durée à sa mission qui n'est achevée que lorsque le salarié a recouvré un emploi. Une garantie de bonne fin est généralement stipulée.

Mais il semble clair que ce placement est **licite** ; en effet le code du travail permet exceptionnellement à l'employeur qui licencie de réaliser une opération de placement, en cherchant lui-même au salarié un emploi de reclassement. Pourquoi ne pourrait-il se substituer un prestataire, un sous-traitant, qui ne fait à la demande de l'employeur que ce que celui-ci pourrait faire ? On voit mal au demeurant où les droits propres du salarié sont lésés⁽³⁵⁾.

53.- La seconde appelle en revanche une appréciation plus réservée. Et le terme anglais utilisé est malaisé à traduire. Il s'agit du ou de la "**contingency**"⁽³⁶⁾. La procédure pour être comprise suppose connu le rapport juridique entre l'agence de recrutement et l'entreprise cliente (infra n° 57 et s.).

Au lieu de procéder à une sélection des candidats et de présenter les meilleures candidatures à l'entreprise, (qui est libre d'embaucher ou de ne pas embaucher) et de recevoir de celle-ci préalablement un mandat exclusif pour ce faire, l'agence vend les "curriculum vitae" dont elle a constitué un fichier à l'avance à n'importe quelle entreprise à laquelle elle propose ses services sans demander aucune exclusivité. Il ne s'agit donc pas d'un conseil (d'une évaluation) constituant pour l'agence une prestation de services, mais d'une vente ou cession d'informations nominatives. L'obligation n'est pas "de moyens", mais de résultat, c'est la première différence. Deuxième différence : l'agent n'est pas payé en tout état de cause, pour sa diligence ; il ne perçoit de rémunération que si l'entreprise pourvoit le poste en retenant un des candidats dont le dossier lui a été remis. L'entreprise s'adresse à plusieurs agents si elle le veut et seul est payé celui, qui avait en portefeuille le bon curriculum. De l'avis du soussigné l'opération est un placement plus qu'un recrutement. C'est en tous cas une **vente de données nominatives, concernant autrui**, subordonnée à une condition **protestative** (dépendant de la seule volonté de l'entreprise cliente). Double raison qui doit la faire considérer comme illicite ; d'une part elle est contraire au principe général que la personne d'autrui n'est pas dans le commerce et que les données nominatives ne peuvent être mises en

(34) Exemple : à la suite de la faillite de Creusot-Loire.

(35) Nous proposons d'appeler l'opération : reclassement après licenciement, c'est la meilleure traduction du terme (il est vrai plus enveloppé) d'"out placement".

(36) "**Contingence**" : possibilité qu'une chose se produise ou ne se produise pas –par opposition à une chose **nécessaire**–, qui advient nécessairement. L'idée plus juridique d'aléa, correspondrait mieux au contrat proposé par l'agence : elle court la chance d'avoir la bonne recrue dans son portefeuille

fiches et cédées sans le consentement de la personne intéressée (v. infra n° 88 et s.), d'autre part elle heurte la prohibition des conditions purement protestatives (art. 1170 c. civ.). Cela ne signifie pas qu'il soit nécessaire de légiférer. D'ores et déjà un juge saisi prononcerait la nullité du contrat conclu entre l'agence et l'entreprise. Et différents délits prévus par la loi informatique et libertés qui visent l'hypothèse peuvent être poursuivis, le Parquet pouvant être saisi par la CNIL ou les personnes victimes de ce commerce clandestin de leur "personnalité" ; le délit de tenue d'un bureau de placement peut au surplus être constitué.

54.— En relation avec ces divers types d'intermédiaires, il n'est pas concevable d'omettre les **entreprises de travail temporaire**. Bien que ce ne soit pas l'objet de cette étude et bien que l'entreprise d'intérim soit elle-même employeur et mette seulement ses propres salariés à la disposition d'utilisateurs, il n'en reste pas moins que bon nombre de recrutements sont chaque jour réalisés à travers les entreprises de travail temporaire, et que ces dernières relèvent comme les agences de recrutement de la qualification globale : firmes privées intervenant sur le marché du travail.

— D'abord elles procèdent à une sélection rapide avant embauche et éventuellement ne craignent pas de former leur personnel afin de le rendre apte aux diverses missions proposées. Dotées d'un statut législatif elles s'efforcent de ne plus donner prise aux anciennes critiques, (dont héritent aujourd'hui les agences de recrutement). D'une certaine façon elles embauchent avec moins d'exclusion et de sélectivité que les autres entreprises ; et en ce sens leur rôle sur le marché de l'emploi serait de récupérer beaucoup de personnes, qui sans elles, demeureraient sans emploi ; il n'est pas entièrement négatif, loin de là⁽³⁷⁾. Des sociétés d'intérim réinsèrent des exclus, des marginaux, des handicapés.

— En second lieu la mission d'intérim se transforme fréquemment en embauche définitive par l'entreprise utilisatrice. Rétroactivement l'entreprise de travail temporaire se trouve ainsi avoir fait du placement-recrutement. La mission joue le rôle d'une période d'essai. Il est difficile de l'interdire, la loi du reste l'autorise : cette transformation d'une mission temporaire en embauche définitive, est bénéfique pour le salarié. Peut-être devrait-il exister deux types de contrat de mission : celui de mission pure et simple et celui de mission transformable, le salarié étant **informé à l'avance** que l'utilisateur se réserve la possibilité de le recruter à titre définitif : ce serait aujourd'hui probablement irrégulier. L'abus le plus visible, qui devrait solliciter un jour l'intervention du législateur, à la faveur d'une des nombreuses lois qui touchent régulièrement le régime de l'intérim, est l'embauche de salariés licenciés, par une entreprise de travail temporaire qui les met à la disposition... de l'entreprise qui les avait licenciés. Il y a là une fraude à la loi.

(37) On cite le recrutement comme intérimaires de chauffeurs, caissières, aides soignantes, c'est-à-dire de personnes difficiles à placer, parce que peu qualifiées. Beaucoup d'étrangers aussi (bâtiment).

Les entreprises de travail temporaire utilisent les services, comme permanents, de **recruteurs**, dont la formation préalable demanderait à être vérifiée, comme ce devrait être (n° 55) le cas pour les agences de recrutement.

55.— La description du cadre juridique dans lequel s'exerce l'activité des agences de recrutement, serait incomplète si on ne s'interrogeait sur la personne physique des "**recruteurs**", baptisés "**consultants**". Pour ce qui a trait aux droits individuels des candidats à l'emploi, leur aptitude à juger, constitue en elle-même un problème.

Tant que le recrutement est effectué directement par l'entreprise, on peut admettre qu'il existe une présomption qu'elle affecte à cette mission des personnels rompus à cette tâche, car il va de son propre intérêt que les candidats soient le mieux possible évalués. Mais dès lors que c'est un tiers au rapport salarial qui apprécie les aptitudes des postulants, la présomption ne saurait jouer. Même si l'on peut considérer que l'entreprise saura vite si le personnel de l'agence s'est montré à la hauteur de sa tâche, du temps peut s'écouler, avant que cette découverte ne soit faite ; et dans l'intervalle, que de dégâts...

Il existe donc un problème de formation et de compétence des consultants et à la limite de celui qui les a embauchés, du responsable de l'agence.

56.— Le soussigné reconnaît que la matière ne relève pas nécessairement des pouvoirs publics ; mais plutôt des relations entre entreprises et agences de recrutement. Les organisations professionnelles pourraient s'en soucier en négociant collectivement sur cette matière. Mais à la limite, et en s'inspirant par exemple de ce qui a lieu pour les experts comptables et comptables agréés, il ne serait pas choquant qu'un texte de valeur réglementaire impose un minimum de conditions pour exercer la profession de consultant "junior" puis "senior". En ce sens une **homologation** des consultants semble plus utile qu'une homologation des cabinets. On peut songer en ce sens, à créer un diplôme qui n'existe pas jusqu'ici, si l'on excepte celui de psychologue : **un DESS "recruteur"** par exemple qui comporterait des enseignements de gestion, notamment de gestion du personnel, d'économie, de droit des affaires, de psychologie du travail pourrait être délivré par certaines universités. Il n'est pas certain que la seule formation de psychologue soit suffisante et n'entraîne pas une certaine dérive du métier, vers l'analyse de la seule personnalité du candidat (v. n° 107).

On peut imaginer que s'y ajoute la nécessité de stages antérieurs en entreprise et même celle d'une expérience de quelques années dans une DRH. Une bonne connaissance des entreprises d'une branche déterminée (la grande distribution - le bâtiment) ne paraît pas superflue avant de recruter pour elle. Ces considérations ne sont pas dictées par la préoccupation d'améliorer le niveau d'une profession —souci qui reste étranger au présent rapport— mais par le souci qu'un candidat pourvu d'aptitudes professionnelles d'un niveau donné ne se sente jugé par **moins compétent que lui**. Cette préoccupation se retrouvera à propos des méthodes d'évaluation.

Bref, l'accès à la profession du consultant, c'est-à-dire d'évaluateur, et finalement de juge, puisqu'il y a des candidats reçus et d'autres refusés, ne peut être laissé dans un vide juridique absolu ; même si le dirigeant de l'agence est libre du choix de ses collaborateurs. Au minimum deux types de consultants devraient travailler côte-à-côte dans une agence : des "technico-commerciaux" connaissant bien une branche de l'économie, pour la recherche de la clientèle, des spécialistes de la fonction personnel et psychologues pour la sélection des candidats.

Rapports juridiques entre l'agence, les clients et les candidats

57.— Ces relations, triangulaires, méritent d'être analysées car elles peuvent cacher de graves méconnaissances des droits des candidats. En fait un seul contrat existe celui conclu entre l'**agence** et l'**entreprise cliente** ; son contenu a des répercussions sur les candidats ; mais avec ceux-ci l'agence ne signe aucun document ; leur situation (leurs droits et obligations) découle d'un contrat auquel ils ne sont pas partie ; c'est là que gît le lièvre. Effectivement l'étendue des examens auxquels se livrera le conseil en recrutement, et pour tout dire, le sérieux avec lequel il évaluera les candidats, le temps qu'il y consacrera, dépend de la rémunération promise par le client. Or, si le client peut souhaiter que les diligences du conseil soient aussi complètes que possibles, il désire aussi que celles-ci lui soient facturées au meilleur coût. Le problème peut être posé autrement : l'objet du contrat, ce sont les qualités personnelles et professionnelles d'un tiers au contrat, c'est un jugement porté sur autrui. Il s'agit là d'un objet en vérité très particulier. On ne saurait dire que cet objet soit illícite au sens strict de l'art. 1131 du code civil, mais il n'est pas à écarter qu'il puisse le devenir, si toutes précautions ne sont pas prises pour que l'examen ne soit pas superficiel.

La nature du contrat a été discutée, principalement du point de vue des obligations qu'il engendre et des responsabilités afférentes. Mais la manière dont ce contrat lui-même se présente n'est pas sans importance : il semble indispensable qu'il existe un document **écrit** donnant pouvoir formel à l'intermédiaire de procéder à une recherche ou à une sélection pour l'entreprise ; car il est possible que l'agence ait à justifier de ce pouvoir. Et son existence même est nécessaire pour éviter des appels ou des annonces fallacieuses (ne correspondant à aucun recrutement réel). Donc, première nécessité : l'existence de ce que la pratique dénomme un **mandat** et un **mandat exclusif**.

Ensuite, on peut débattre de la qualification exacte du contrat. Il est en effet possible qu'il n'y ait pas mandat pur et simple, l'intermédiaire ne concluant pas le contrat de travail au nom de l'entreprise.

On se rapprocherait de la réalité en parlant de mandat d'accomplir des actes matériels et non des actes juridiques. Et on la serrerait de plus près, en disant qu'il s'agit d'un mandat sans représentation, comme

celui du commissionnaire ; sans doute aussi d'un mandat d'intérêt commun. Mais on peut préférer la qualification de **contrat d'entreprise ou de service**. Cet entrepreneur mandataire n'est cependant probablement pas un courtier, quoique l'opinion ait été défendue : il ne procure pas un emploi à ceux qu'il examine, pas plus que le membre d'un jury. Il n'est l'intermédiaire que du seul futur employeur, pas des candidats.

Appelé parfois encore contrat d'intervention ce contrat est un contrat **innomé**⁽³⁸⁾. Encore qu'on ait voulu aussi le rattacher à la catégorie générique des contrats de "**conseil**"⁽³⁹⁾. Cette affirmation ne peut être accueillie que sous bénéfice d'inventaire, le conseil n'étant qu'un aspect, somme toute mineur de l'activité de l'intermédiaire, qui **évalue** plus qu'il ne **conseille** ; à la limite s'il y a bien conseil donné c'est sur le choix des hommes.

Il serait tout aussi exact de dire qu'il y a **sous-traitance partielle** des opérations préparatoires à l'embauche. En définitive pour ce qui est des droits individuels, la discussion est académique.

58.— **L'obligation de l'agence de recrutement** est une obligation **de moyens**. C'est ce que la jurisprudence affirme de manière constante, pour en tirer la conséquence que si mauvaise exécution ou inexécution il y a eu, la charge de la preuve d'une faute pèse sur l'entreprise cliente. Dans une espèce caractéristique⁽⁴⁰⁾ il était reproché à l'agence de ne pas avoir saisi les caractéristiques du poste à pourvoir, de n'avoir pas trouvé la personne aux aptitudes très "pointues" que l'entreprise désirait. Et il lui était réclamé un dédommagement. La Cour rappelle d'une part que c'est au client à bien définir le poste, d'autre part que la charge de la preuve que l'agence n'avait pas opéré les diligences requises, incombait à son cocontractant. Comme en définitive il y avait eu embauche (même non satisfaisante) l'agence est exonérée de toute responsabilité. Plus nettement encore une autre décision énonce que l'obligation de l'intermédiaire est "d'apporter tout son zèle en vue de découvrir... un agent présentant le "profil" souhaité (par le client) et décrit par celui-ci, et non... à lui donner satisfaction". Elle ajoute qu'une obligation de trouver pour le client une personne lui donnant entière satisfaction, serait assortie "d'une condition protestative de nature à entraîner la nullité du contrat"⁽⁴¹⁾.

Un autre arrêt montre bien la mansuétude des tribunaux : présenter des candidats à l'entreprise qui seule décide, telle est l'obligation de l'agence ; s'ils sont refusés, la rémunération n'en est pas moins due⁽⁴²⁾. Le point délicat apparaît lorsque les candidats sont d'un niveau insuffisant eu

(38) **Estoup** note JCP 1989 E 14.425.p

(39) Dunes : responsabilité du conseil en recrutement de personnel. Bull. F. Lefebvre B.S. 6/89, p. 257.

(40) C.A. Paris 2 déc. 1986. D. 1987, IR p. 14 (**Krief**), publiée en annexe à l'étude Dunes.

(41) C.A. Versailles, 3 mars 1988, JCP 1989 E 15.245.

(42) C.A. Paris, 17 fév. 1989, en annexe à l'étude A. Dunes, D. 1989 IR p. 92.

égard aux exigences du client. Mais les tribunaux témoignent d'un savant dosage de l'étendue de l'obligation de l'agence, en affirmant qu'au vu des honoraires stipulés, le cabinet peut se limiter à l'examen des candidatures provoquées par une annonce et ne pas effectuer de recherches personnelles directes (ce qui appelle des honoraires plus élevés)⁽⁴³⁾.

L'obligation est à contenu variable en fonction de la rémunération. Le risque, comme indiqué au n° 57 est là. Les malentendus sur le poste sont sources de litiges, et les candidats sont spectateurs passifs de ces malentendus.

Rares sont les décisions qui retiennent la responsabilité de l'agence de recrutement. Il en est pourtant une⁽⁴⁴⁾ qui l'a fait, mais sur une base discutable : l'agence est responsable si elle ne s'est pas renseignée sur les conditions dans lesquelles un candidat présenté a quitté son précédent emploi, en s'abstenant de prendre contact avec son ex-employeur. Cette responsabilité a été retenue, alors que le recruteur avait prouvé s'être conformé au code syndical de déontologie, la Cour déniait toute valeur juridique à ce document.

L'obligation "de moyens", c'est donc l'obligation parfois de chercher, d'évaluer et de sélectionner les candidats dans un cas –de rechercher une "tête" dans l'autre (mais pas nécessairement de trouver)– et finalement de faire des propositions au client. Il est évident que ces propositions peuvent ne pas satisfaire le client, qu'il y ait par ailleurs embauche ou non⁽⁴⁵⁾. Mais l'intermédiaire ne garantit pas la "bonne fin". Du reste l'embauche ne signifie rien ; par la suite le candidat embauché peut se révéler inapte... D'où parfois une obligation complémentaire pour le cabinet (selon les clauses du contrat), celle de "suivre" les candidats, obligation qui permet de corriger dans l'avenir les méthodes de recrutement. Mais le recruteur devient un conseil en gestion de carrières, et en gestion de personnel...

59. – **Les obligations du client** sont de leur côté rarement évoquées ; on a pu parler de l'existence entre les deux parties d'un devoir de collaboration ; un dialogue s'instaure certes entre eux. L'obligation principale du client est de **renseigner** exactement l'agence. Cette obligation est d'autant plus nécessaire que c'est le seul moyen pour l'agence dans un 2ème temps d'informer les candidats. Ces renseignements doivent porter sur **l'entreprise elle-même**, ce que méconnaissent souvent les rares auteurs qui ont écrit sur le contrat⁽⁴⁶⁾. Le mandat, qui doit être exprès doit émaner d'un employeur **précis** dont le **nom** doit figurer au contrat, lequel devra même préciser quelle est son activité, sa situation financière, son marché, sa struc-

(43) C.A. Paris, 22 fév. 1989, (**Krief**) en annexe à l'étude de A. Dunes, D. 1989 IR p. 92.

(44) C.A. Paris, 30 nov. 1990, (**Egor**) Bull ; F. Lefebvre, 1/91 p. 39 n° 67.

(45) Paris 11 janv. 1990 D. 1990 IR p. 54 : si le candidat après embauche ne reste pas dans l'entreprise, aucune responsabilité du recruteur.

(46) A. Dunes. op. cit..

ture juridique (filiale, simple succursale ou établissement) ; – ces renseignements doivent porter sur **le poste**, les fonctions à remplir, mais aussi sa place dans la hiérarchie, la convention collective applicable ; – sur la **rémunération** évidemment et les avantages notamment en matière de prévoyance. Généralement des précisions sont données sur les caractéristiques du candidat souhaité ; mais dans la mesure où elles ne sont pas liées à l'emploi, on peut douter qu'elles répondent à une exigence licite. On retrouvera cette question essentielle : certaines questions n'ayant pas à être posées au candidat, il n'est pas possible d'admettre qu'elles soient imposées par le client à son "entremetteur" (v. n° 71 et s.).

Il serait souhaitable qu'un cahier des charges type soit élaboré, au besoin par négociation collective entre syndicats de conseils en recrutement et fédérations syndicales d'entreprises⁽⁴⁷⁾. Ceci semble préférable à une réglementation, légale du contrat (prématurée). Outre cette obligation essentielle d'informer complètement l'agence de recrutement, la seconde obligation est de payer la rémunération convenue. Il n'appartient pas au soussigné d'entrer ici dans le détail. Il s'agit du prix d'un service, le fixer en pourcentage risque de le faire assimiler à une commission dépendant de la valeur du bien vendu... Une fixation forfaitaire correspond mieux à la recherche d'une déontologie adaptée à la profession.

La rémunération est due même si le recrutement ne se fait pas ou... ne se fait pas aux conditions initialement escomptées (à un autre niveau hiérarchique). L'idée d'exécution partielle, entraînant réduction des honoraires, ne semble pas appropriée. A fortiori le comportement ultérieur du candidat embauché, ne saurait être reproché au cabinet de recrutement⁽⁴⁸⁾. Si aucun recrutement ne s'ensuivait, les tribunaux n'en considèrent pas moins la rémunération due ; c'est à cela qu'on voit que l'obligation de l'agence n'est qu'une obligation de moyens.

60.– De ce qui précède, et qui constitue un résumé sommaire de l'état d'une jurisprudence en plein développement, il résulte que le rapport qui va s'établir **entre le cabinet et chaque candidat**, troisième côté du triangle, n'est pas pris en compte. Le rapport recruteur-candidat, qui est essentiel n'est pas visé dans le contrat.

(47) En réalité deux contrats types distincts devraient être négociés. L'un pour la chasse de tête de cadres de direction [approche directe] –l'autre pour l'appel d'offres et la sélection. Les obligations sont très différentes dans les deux cas, même si certaines agences font les deux.

(48) Non seulement la décision d'embaucher appartient au seul client et le droit de refuser les propositions faites par l'agence ne constitue pas une condition purement protestative ; mais si c'est le candidat qui refuse, à raison des structures critiquables de l'entreprise, et de ses chances insuffisantes de promotion, cela ne saurait être imputé à l'agence (C. Paris, 22 fév. 1990, D. 1990 IR p. 73). Surtout si le client a dans l'intervalle modifié les conditions initialement offertes.

Certes on trouve de manière éparse dans les formulaires types établis par les conseils en recrutement, quelques indications sur ce qu'ils s'interdisent de faire. Ces indications se retrouveront à propos de l'étude des méthodes d'évaluation. Mais des engagements envers les candidats, il n'y en a point ; de définition des prestations dues aux candidats, il n'y a pas trace. Par ex. : étudier leurs aspirations professionnelles et leurs potentialités. Tout au plus découvre-t-on dans les codes d'éthique professionnelle, l'interdiction de porter un jugement absolu et définitif (le candidat ne doit être évalué qu'en fonction du poste précis à pourvoir) ; l'obligation d'informer le candidat de manière complète sur le poste ; la prohibition de solliciter une quelconque rémunération de lui ; l'obligation de répondre aux lettres et de retourner les dossiers, la sélection une fois terminée, accompagnée de l'obligation d'indiquer les raisons pour lesquelles une candidature n'a pas été retenue⁽⁴⁹⁾.

Il reste à transférer ces règles déontologiques (qui ne lient pas) dans le contrat lui-même (ou un contrat type) lequel lie l'agence. Et à donner copie à tout candidat des clauses de ce contrat signé avec le client. En sorte que le candidat devienne le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, apte soit individuellement soit en association avec les autres candidats à en exiger le respect⁽⁵⁰⁾.

Ce n'est que dans le cas particulier du contrat conclu avec une agence d'out placement qu'il a été possible de rencontrer des clauses obligeant l'agence envers le salarié licencié, candidat au reclassement (obligation de procéder à un bilan professionnel, d'aider le candidat à élaborer un projet, de l'assister dans sa préparation à une recherche d'emploi, jusqu'à ce qu'il soit confirmé dans sa nouvelle activité).

Beaucoup de candidats se plaignent de ce qu'ils sont traités passivement et d'ignorer les règles du jeu, auquel ils vont participer. Corriger la situation actuelle est certainement nécessaire. Bien plus qu'à réglementer la profession, c'est à **s'assurer du contenu des obligations contractuelles de l'agence envers le candidat**, qu'il importe de songer. Les codes de conduite syndicaux n'y sauraient suffire.

Aspects internationaux

En fait le développement de la profession se fait moins en fonction de la recherche d'un meilleur service rendu aux entreprises ou de meilleures garanties assurées aux candidats, qu'en corrélation avec l'inter-

(49) Le code élaboré par SYNTEC, un des trois syndicats de conseils en recrutement, semble le plus complet. Mais il ne lie pas les adhérents vis à vis de leurs clients, c'est donc le contenu des contrats qui seul importe.

(50) Il n'a été possible de trouver qu'une seule décision ancienne ayant retenu la responsabilité d'une agence de sélection envers un candidat pour fournitures d'informations erronées (Com. 12 juin 1972, Sem. jur. 6-13 sept. 1972).

nationalisation de la vie économique, et pour l'Europe avec l'échéance 1992.

61.— L'équipe dirigeante et plus généralement les cadres de direction vont être de plusieurs nationalités au fur et à mesure que l'entreprise exercera une activité transfrontières ("euro-managers"). Et cette observation n'intéresse pas les seules entreprises privées, mais les entreprises publiques ! Par voie de conséquence les cabinets de recrutement eux mêmes vont s'internationaliser (si ce n'est déjà largement le cas) afin de répondre à la demande de la clientèle. De ce fait les mandats de recrutement confiés aux agences, tendent à devenir transnationaux c'est à dire auront à s'exercer dans plusieurs pays. Les agences dont l'activité est limitée à un seul pays, iront diminuant en nombre (d'où des conflits de lois en perspective : quelle loi appliquer à ces contrats par lesquels une entreprise du pays A, confie à une agence du pays B, la sélection ou la recherche d'un salarié dans le pays C ?). Des filiales s'ouvrent à travers le monde (beaucoup d'agences en France sont des filiales de firmes de recrutement étrangères). Des fédérations internationales de syndicats de cabinets s'édifient (même si aucune harmonisation européenne n'est en cours). L'arrêt de la cour de Justice (analysé supra n° 33) du 23 avril 1991, dessine parfaitement les lignes de la future situation juridique des cabinets de recrutement dans la CEE à l'horizon 1992.

62.— Ceci donne un intérêt évident à l'examen de la situation de ce recrutement externe dans les principaux pays. Or, parti de positions différentes, il est assez remarquable d'observer que le Droit de ces pays à partir de points de départ différents tend à se ressembler et que seule des nuances subsistent. Les deux pôles opposés sont représentés par le Royaume Uni et par la République Fédérale.

Au Royaume-Uni, l'agence publique de placement a été privatisée ! (P.E.R.). Une loi (employment agencies act, 1973) réglemente le recrutement privé par intermédiaires, mais se contente d'imposer une **licence** (autorisation) sans fixer de conditions d'accès autres que le versement d'une taxe légère. Les documents anglais considèrent que l'activité des agences privées de recrutement est **libre**. La régulation juridique s'inscrit en tout et pour tout dans des **codes de conduite** (il est vrai anciennement implantés et mieux respectés en terre anglo-saxonne qu'en Europe continentale). L'association des consultants en gestion des entreprises (MCA) et l'Institut des consultants en management (IMC) ont élaboré des codes s'appliquant tant à la recherche directe qu'à la sélection, et donnant des garanties tant au client (confidentialité, évaluation objective des candidats, pas de "contingency") qu'aux candidats (anonymat des données recueillies, information sur les règles d'évaluation). Ils s'efforcent surtout d'éviter les **conflits d'intérêt** (pas de prospection au sein d'une entreprise pour laquelle un recrutement a été effectué, pendant un délai de deux ans), ce qui a entraîné la démission de gros cabinets. On relève aussi pour ce motif une tendance à diviser en deux départements distincts la sélection et la recherche, sans information circulant entre eux. Des codes de conduites sont également issus des organisations d'employeurs. Mais celles-ci cher-

chent surtout des garanties à travers les contrats conclus avec les firmes de conseils en recrutement. On sait d'autre part que le Royaume Uni n'a pas ratifié la convention 96.

63.— A l'opposé pourrait sembler se situer la **République Fédérale d'Allemagne**, et dans certaines limites l'Italie (et la France) où subsistent dans les textes le monopole public du placement, de même en Belgique et au Pays-Bas. En ce qui concerne la recherche directe des cadres de direction en Allemagne, aucun obstacle ne s'y oppose plus. (supra n° 31 et 32). Reste la sélection. Mais tant pour la R.F.A. que pour l'Italie, la France, la Belgique, La Hollande, que reste-t-il de la prohibition du placement, recrutement privé à but lucratif ?

En Belgique, seulement l'interdiction pour une même agence de pratiquer et le recrutement et le travail temporaire. Les deux activités doivent demeurer séparées. **En R.F.A.** les agences privées sont actuellement conventionnées ce qui permet de fixer les conditions qu'elles doivent respecter, méthode qui présente bien des avantages ; ainsi limitation de leur activité au recrutement des cadres dirigeants, à l'exclusion des ouvriers et employés sans qualification particulière ; nécessité d'un mandat exprès de l'entreprise cliente ; recrutement possible seulement pour le poste définit dans le mandat ; destruction des informations nominatives une fois la procédure de recrutement achevée, ce qui exclut toute banque de candidatures ("candidathèque"). On a vu que l'ancienne jurisprudence qui avait pu déclarer nuls les contrats portant sur la recherche directe ne pouvait se maintenir (n° 32). Conclusion : la législation la plus restrictive en Europe est en passe de se montrer plus accueillante aux agences de recrutement⁽⁵¹⁾.

En Italie, la loi de 1949, comparable à l'ordonnance française de 1945 oblige les employeurs à n'embaucher comme salariés que ceux enregistrés à l'office de placement. Mais la règle ne s'applique pas aux cadres dirigeants. D'où suit que la situation italienne – au moins en droit – est claire : prohibition des agences spécialisées dans le recrutement de personnel ouvrier ou employé sans qualification ; pour le recrutement du personnel d'encadrement, la création et le fonctionnement des agences privées sont libres⁽⁵²⁾.

Aux Pays-Bas, les agences privées doivent être titulaires d'une **licence** comme au Royaume-Uni. Et la séparation est imposée entre les activités d'intérim et le recrutement, mais pour le surplus, entière liberté. Une révision de la loi est en cours⁽⁵³⁾.

(51) Une révision de la loi est en cours. Elle porterait : sur un élargissement de la notion de cadres, aux cadres moyens ; – sur l'admission de l'approche directe et non plus de la seule sélection après annonce (mais avec des règles différentes) – ; sur une définition de la profession de consultant.

(52) La situation de l'Espagne est comparable.

(53) Maintien de la nécessité d'une licence pour toute agence, sauf dans le spectacle, qu'il s'agisse d'une agence pratiquant la chasse de tête ou la sélection.

64.— En sorte qu'un auteur qui a comparé le droit des pays européens⁽⁵⁴⁾ a pu dire qu'**en fait** la réglementation interne des agences privées était faible, confuse voire inexistante. Comme points notables : la distinction des cadres dirigeants et des autres salariés ; la distinction croissante de la recherche directe et de la sélection des candidatures après annonces ; l'interdiction du cumul avec l'activité d'intérim. Partout existe des lois non respectées ou mal respectées. La licence reste exceptionnelle. Les restrictions à l'accès de la profession sont faibles ; il n'existe en général pas de garanties financières (capital minimum - caution mutuelle). Quoique souvent illégales les agences de recrutement ne sont nulle part poursuivies. Les codes de conduite se rencontrent partout⁽⁵⁵⁾.

L'enseignement du droit comparé n'est certainement pas dans le sens de l'utilité d'un contrôle des agences privées de placement. La faillite de l'autorisation des licenciements doit au demeurant être gardée en mémoire.

Mais l'enseignement du droit comparé c'est aussi que l'on va vers des firmes implantées dans plusieurs pays et que toute règle trop restrictive risque, soit de détourner une firme, d'implanter une filiale sur le territoire d'un état au Droit trop rigide, soit plutôt de l'amener à concentrer des données informatisées sur le territoire d'un état sans législation protectrice (v. n° 94).

L'enseignement du droit comparé c'est enfin que les procédures de recrutement, comme les méthodes d'évaluation sont fortement imprégnées par la **culture nationale**⁽⁵⁶⁾. Un C.V. n'est pas conçu sur le même modèle dans les différents pays. Le recrutement interne est généralement plus développé ailleurs qu'en France (USA, Japon : rôle de l'ancienneté). Les études et diplômes, contrairement à une idée reçue, sont plus valorisés hors de France (USA, Japon, RFA : dans ces pays les entreprises sont en contact suivi avec les chaires universitaires). Le recrutement direct par cooptation, en fait sur recommandation, demeure essentiel dans les pays latins (Italie, Espagne). Les agences de recrutement à dimension internationale sont des vecteurs transportant d'un pays à l'autre des méthodes pour lesquelles le pays d'accueil n'est pas toujours préparé.

(54) T. Clark, étude citée.

(55) Les incidences de l'intervention de ces firmes privées sur le marché de l'emploi, au point de vue économique, sont exposées dans G. Caire, étude citée en biblio.

(56) Maud. Tixier : Culture nationale et recrutement, Rev. fr. de gestion sept. oct. 1987, p. 59.

Règles de fond

65.— Le recrutement n'est pas effectué dans un total vide juridique quoique l'apparence soit contraire. Simplement les règles ne figurent pas dans le code du travail (sauf une ou deux exceptions)⁽⁵⁷⁾. Ces règles qui existent sont de valeur inégale et peuvent être regroupées autour de trois origines.

Les mieux connues sont empruntées au **Droit des libertés publiques** (Droit constitutionnel au sens large). Ce sont aussi celles qui sont pourvues du plus fort degré de contrainte. Cependant, il vaudrait mieux parler de libertés publiques **et** privées, car parmi ces libertés figure l'art. 9 du code civil : "chacun a droit au respect de sa vie privée". Il convient aussi d'observer que le candidat à l'emploi n'est pas un salarié. C'est comme citoyen que ses droits peuvent être examinés, hors toute idée de subordination ; on est sur le terrain des droits de l'homme et du citoyen.

Deuxième source de règles : celles qui président à la **formation des contrats "civils"**⁽⁵⁸⁾. Paradoxalement on ne les rencontre pas dans le code civil, mais dans la seule jurisprudence civile. Bien entendu certaines sont spécifiques de la formation du contrat de travail. On est sur le terrain du droit des contrats en général.

Enfin, une catégorie de règles très particulière, dérive du nouveau **Droit de l'informatique** ; soit qu'un principe juridique figure dans la loi Informatique et Libertés du 6 juin 1978, soit que la C.N.I.L. créée par cette loi, ait été conduite à s'intéresser à tel ou tel aspect du recrutement et ait fait à cet égard une recommandation ; soit enfin qu'une convention internationale telle celle du conseil de l'Europe du 28 janvier 1981, comporte telle ou telle obligation, s'imposant à la République Française, qui l'a ratifiée.

Observation préalable : ces règles sont applicables quelle que soit la procédure de recrutement en cause, directe par l'entreprise, indirecte au travers d'une agence privée ou du service public. Ce sont des règles de fond.

(57) Les deux plus importantes sont le régime des annonces publiées dans la presse et le délit de placement illicite.

(58) L'art. L. 121.1 c. trav. soumet le contrat de travail au droit commun des contrats. Cela est applicable à sa formation.

Règles de droit public

66.— Les unes sont des règles destinées à assurer la **liberté** de celui qui recrute et de celui qui est l'objet du recrutement. D'autres tendent à garantir l'**égalité** entre candidats au recrutement. Finalement, il est frappant de constater que l'ensemble de ces règles mènent à l'énoncé d'un principe général de Droit, dont l'art. 9 du code civil ne contient qu'un aspect, celui de la **distinction entre la "vie professionnelle" et la "vie privée"**, laquelle englobe ici les droits du citoyen ; principe d'organisation de la société civile⁽⁵⁹⁾

Liberté et égalité

67.— La liberté de l'entreprise et celle de la personne qui postule à un emploi, constituent, depuis la Révolution Française, deux espèces d'un même genre : la liberté de l'activité économique ou liberté des professions. Il est cependant commode de parler dans un cas de liberté d'entreprise, dans l'autre de liberté du travail. L'une ne va pas sans l'autre. Et toutes deux débouchent sur la libre conclusion du contrat, ici liberté d'embauche.

Plus concrètement, et en centrant l'exposé sur le recrutement, la liberté pour l'entreprise est celle du **choix de ses collaborateurs**, érigé en principe de valeur constitutionnelle⁽⁶⁰⁾. L'entreprise non seulement ne peut se voir imposer une personne qu'elle ne désire pas, mais a la possibilité de préférer telle personne à telle autre. Cette liberté est évidemment susceptible d'être aménagée par la loi et l'institution de priorités d'emploi⁽⁶¹⁾ ne saurait être considérée comme méconnaissant cette liberté de choix. Plus douteuse serait la compatibilité avec ce libre choix de la multiplication d'obligations d'embauche (par ex. résultant de "quotas" minimaux tel celui dont bénéficient les handicapés).

68.— Pour le demandeur d'emploi, la **liberté** du travail a une portée traditionnelle et un sens nouveau qu'il convient d'explicitier. Dans son sens traditionnel c'est d'abord la liberté pour quiconque de postuler un emploi, quelle que soit sa situation, par exemple celle de titulaire d'une pension⁽⁶²⁾ ; avec une réserve dans le cas où la loi exige une autorisation de séjour et de travail (étrangers non communautaires). Ce dernier point ne saurait être développé. C'est aussi la liberté de refuser un emploi proposé, avec cependant le risque s'il s'agit d'un chômeur de perdre le droit à

(59) La distinction se retrouvera à propos de limites des pouvoirs de l'employeur (2ème partie).

(60) C. const. 20 juillet 1988, Dr. soc. 1988, 762 déjà cité (loi d'amnistie).

(61) Comme celle dont bénéficient les ex-salariés, inclus dans un licenciement économique.

(62) Cons. Const., 28 mai 1983 D. 1984, 159, note L. Hamon, déjà cité.

l'allocation de chômage, point qui ne peut non plus trouver place dans ce rapport (qu'est-ce qu'un "acte positif de recherche d'emploi" au sens du code du travail ?). C'est enfin la liberté pour quelqu'un qui occupe un emploi d'en changer et de se porter candidat auprès d'un nouvel employeur⁽⁶³⁾.

Mais à cette liberté du travail, au sens traditionnel, il est nécessaire d'ajouter une signification moderne ; non pas, comme pourrait le laisser croire le texte du préambule de la constitution de 1946, le droit d'exiger un emploi (droit au travail)⁽⁶⁴⁾, manifestement incompatible avec la liberté de l'entreprise ; le plein emploi ne constituant pour les pouvoirs publics qu'une orientation de politique économique, une obligation "de moyens", non de résultat. Mais en revanche le droit que sa recherche d'emploi soit examinée avec sérieux ; que lui soit assurée une égalité des chances sur le marché du travail ; que lui soit garanti le bénéfice d'une formation initiale et complémentaire, le mettant en état de revendiquer avec des chances de succès un emploi disponible. Appliquée au recrutement, cette liberté n'est autre que **la faculté pour chacun, s'il existe des besoins de main-d'œuvre qu'il pourrait satisfaire, de ne pas voir son accès à l'emploi entravé par des considérations autres que celles tirées de ses aptitudes et des caractéristiques spécifiques du poste à pourvoir.**

Sans doute cette "liberté" est difficile à concrétiser (elle expliquerait à elle seule la nécessité du maintien d'un service public). Surtout elle se heurte à des difficultés de **preuve** : comment établir qu'un refus est dicté par des considérations autres que les exigences de l'emploi à occuper et l'inaptitude ou l'incompétence du postulant ? Son énoncé n'en serait pas pour autant superflu. Il aurait un impact évident sur les critères de choix⁽⁶⁵⁾. Ce point n'est pas sans importance en ce qui concerne l'appréciation des méthodes de sélection (infra n° 103 et s.).

69.— L'égalité entre candidats représente sur le plan des énoncés juridiques, le terrain où le législateur s'est le plus manifesté. L'exposé très complet du sujet se trouve dans tous les ouvrages et dispense de s'y appesantir. Il s'agit en effet d'un des aspects essentiels du **principe de non discrimination**, formulé par les conventions internationales, le code du travail, le code pénal, principe auquel la jurisprudence tient fermement la main. Aucune considération tirée du sexe, de l'appartenance syndicale, de l'âge, des opinions politiques ou des convictions religieuses, de la race, des

(63) J. Pelissier : la liberté du travail. Dr soc. 1990, p. 19.

(64) Les sans-emploi – colloque Nantes 1987 – édit. Calligrammes 1988.

(65) Aux USA certains jugements font peser sur le recruteur la charge de la preuve que les critères de recrutement qu'il emploie sont "valides". Un tel renversement de la charge de la preuve n'est guère concevable aujourd'hui en France. Mais le principe que le recrutement ne doit tendre qu'à faire apparaître le plus apte professionnellement, pourrait être accepté, car il coïncide et avec l'intérêt du futur salarié et avec l'intérêt bien compris de l'employeur.

mœurs, de l'état de santé, ne peut présider à l'embauche, donc aux opérations qui la préparent⁽⁶⁶⁾

Le texte général est représenté par l'art. L. 122.45 du code du travail dont on observera qu'il concerne non pas seulement les travailleurs salariés, mais ceux qui aspirent à le devenir, et que le code du travail, ici, n'ignore pas.

Il n'appartient pas à cette étude de s'arrêter à chacun des avatars par lesquels est passé le principe de non discrimination. Ainsi, la non discrimination selon le sexe : jurisprudence de la Cour des communautés européennes interprétant les directives sur l'égalité des sexes ; modification du code du travail par la loi dite Roudy ayant supprimé la clause du "motif légitime" et l'ayant remplacé par une liste des métiers pour lesquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est une condition déterminante, art. L. 123.1 c. trav.⁽⁶⁷⁾ ; jurisprudence de la Cour de cassation, très respectueuse de la liberté de choix de l'employeur. Pas plus ne s'arrêtera-t-elle aux recrutements faisant une place occulte aux opinions politiques ou à l'appartenance syndicale [art. L.412.2]. La discrimination en fonction des mœurs, et en fonction de l'état de santé et du handicap, est venue rejoindre récemment l'énumération de l'art. L.122.45. Celle plus ancienne, qui prohibe les offres d'emploi comportant un âge limite, est parmi les plus difficiles à faire respecter dans le recrutement. (art. L.311.4 c. trav.).

Toutes les informations désirables figurent dans les conventions de l'OIT n° 111 (1958) sur la discrimination en matière d'emploi et de profession et dans les études publiées par cette organisation⁽⁶⁸⁾. La Communauté européenne est une source inépuisable de règles détaillées sur l'égalité des sexes, la jurisprudence de la Cour ayant dégagé un principe de **transparence**, dont le moment venu, on pourra s'inspirer. Qu'il suffise de dire que toute différence de traitement dont le motif serait étranger aux nécessités de l'activité professionnelle à exercer, est contraire au Droit positif (Droit international, Droit constitutionnel, Droit du travail).

(66) On a soutenu que la non discrimination ne concernait que l'**embauche** elle-même et non les questionnaires établis pour le **recrutement**. Cette opposition est fallacieuse. Ainsi toute question portée sur l'affiliation syndicale est estimée illicite et pas seulement le refus d'embauche fondée sur un tel critère. Il n'existe aucune raison de ne pas procéder à la même assimilation pour les autres critères de discrimination. La non-discrimination s'impose dans les questionnaires. On peut estimer que la France a fait une place trop grande à la répression pénale [art. 416 c. pén.] qui révèle son inefficacité. Aux USA, en Grande-Bretagne il existe une commission auprès de laquelle chacun peut venir se plaindre d'être victime d'une discrimination. La méthode plus pragmatique est sans doute plus efficace.

(67) Décret du 25 mars 1984 ayant dressé cette liste.

(68) Discrimination en matière d'emploi et de profession : normes et principes = procédures nationales concernant la discrimination dans l'emploi. BIT Genève.

Et chacun sait que les comportements discriminatoires sont ici pénalement sanctionnés (art. 416 du code pénal, article fleuve tant il englobe de sédiments législatifs ; le § 3 sanctionne le refus discriminatoire d'embauche).

70.— Une difficulté juridique moins connue, peut-être ainsi énoncée : des conditions de recrutement qu'une entreprise du secteur industriel et commercial ne serait pas en droit d'imposer, parce que de caractère discriminatoire, deviennent-elles licites si le futur employeur appartient à un secteur de la vie sociale dont les objectifs ne sont pas principalement d'ordre économique ; s'il s'agit, selon l'expression aujourd'hui admise, d'une "**entreprise de tendance**" (parti politique, église, journal, école privée confessionnelle) ? Jamais jusqu'ici les litiges n'ont surgi à l'occasion du recrutement, mais toujours lors d'un licenciement, —dont il était prétendu qu'il était dépourvu de cause réelle et sérieuse—, licenciement prononcé à raison du fait que le salarié "n'adhérait" pas (ou plus) aux buts que poursuivait l'entreprise⁽⁶⁹⁾. Demain la question pourra être posée à l'occasion du recrutement. Et il existe même un risque d'osmose vers les entreprises industrielles et commerciales, en raison d'une caractéristique nouvelle apparue chez plusieurs d'entre elles : elles définissent un "projet d'entreprise", ou dessinent une "culture d'entreprise" dont le respect s'imposerait à ceux qui, au moins à des niveaux élevés de responsabilité, veulent y travailler.

De l'avis du soussigné, la dérive n'est pas sans danger pour les libertés publiques, quoiqu'il soit difficile d'aller plus loin dans la réserve. On a dit que le salarié était un citoyen de l'entreprise ; peut-être ; mais il reste un citoyen, membre de la société civile et il doit pouvoir accéder à l'emploi correspondant à ses aptitudes, sans qu'on exige de lui le comportement d'un zélé de secte ou même d'un fidèle d'une religion de l'entreprise⁽⁷⁰⁾.

Vie professionnelle et vie privée

71.— L'ensemble des principes juridiques qui précèdent conduit à l'énoncé d'une règle fondamentale dont la nature (constitutionnelle ou

(69) Jurisprudence en expansion concernant des ministres des cultes, des enseignants, voire de simples salariés de communautés religieuses ; en dernier lieu, Ass. plen. civ. 19 mars 1978, JCP 1978 II, 19 009 rapp. Sauvageot note R. Lindon D 1978 concl. Schmelek note Ardant (école catholique). C. Paris 7 mai 1986 JCP 1987 chr. Koubi 3 292 (communauté israélite) — Soc. 20 novembre 1986 Dr. soc. 1987, 375 n. J. Savatier (professeur de théologie protestante) Soc. 17 avril 1991 D. ouvr. 1991, 201, cassant C. Paris 30 mars 1990 D. 1990, 596 (sacristain au service de la communauté Saint Pie X) cf. aussi C. Et. 13 juin 1990 concl. Stirn req n° 112.997. (Pour un soldat d'une compagnie républicaine de sécurité).B.

(70) La question est autre que celle des moyens et procédés utilisés pour s'assurer des salariés "fidèles" c'est-à-dire stables dans le temps. v. n° spécial Droit social 1991, p. 373.

simplement légale) peut prêter à controverse : celle de la **distinction –donc du cloisonnement– de la vie privée et de la vie professionnelle**. Essentielle pour la compréhension des obligations qui découlent du contrat de travail, elle ne l'est pas moins pour y voir clair dans les principes applicables au recrutement.

A l'œuvre dans la jurisprudence des vingt dernières années ; comme on va d'abord le voir, elle a fait l'objet d'une systématisation en doctrine⁽⁷¹⁾ quelque malaisé que soit le tracé de ligne séparatrice. C'est dans le domaine de la santé qu'elle est la moins claire (n° 79) avec cependant l'hypothèse très éclairante de la grossesse (n° 78).

72.— Il est d'usage de faire remonter la jurisprudence à 1973⁽⁷²⁾ encore que rien ne prouve qu'il n'y ait pas de décisions antérieures. Dans l'arrêt du 17 octobre 1973 le recrutement avait comporté un questionnaire d'embauche. En remplissant celui-ci un candidat avait omis d'indiquer sa **qualité de prêteur**. Licencié pour ce motif, la Cour de cassation a estimé qu'un tel licenciement était abusif, l'employeur n'ayant pas à rechercher des informations que le salarié n'avait pas à lui faire connaître. "Les renseignements demandés lors de l'embauche ont pour but de permettre d'apprécier les qualités du salarié... pour l'emploi sollicité par lui, et ne peuvent concerner **des domaines sans lien direct, avec cette activité professionnelle**". C'est donc moins une faute commise à l'occasion du licenciement que les juges sanctionnent, qu'une faute commise lors du recrutement. Et l'administration a bien dégagé la portée de cet arrêt, en exposant que "les renseignements demandés par l'employeur doivent avoir un **lien direct et nécessaire** avec l'emploi ;... les omissions ou inexactitudes du salarié lors de son embauche ne sont constitutives de faute justifiant son licenciement, **ou le refus par l'employeur de le recruter**, que si elles portent sur un **élément déterminant** pour la conclusion du contrat de travail"⁽⁷³⁾

73.— On retrouve la même affirmation dans un cas limite⁽⁷⁴⁾ : un salarié avait omis lors de son recrutement de signaler une condamnation pénale avec sursis qui lui avait été antérieurement infligée ; il avait été licencié et les juges avaient estimé le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ; le pourvoi soutenait qu'il y avait eu dol, au moins par réticence, le consentement de l'employeur ayant été vicié. La Cour de cassation rejette le pourvoi : le salarié **n'avait pas d'obligation de faire mention de ses antécédents judiciaires**, son silence ne pouvant être assimilé à un dol.

(71) Despax, article cité en bibli. — Gulphe, article cité en bibli.

(72) Soc. 17 oct. 1973, JCP 1974 II, 17698, note Saint Jours Dr. soc. 1974, 290, note J. Savatier, l'arrêt par sa formulation, est de principe.

(73) Rep. min. n° 24394 JOAN 27/07/1987 — rep. min. n° 13309 JOAN du 16.03.1987, p. 1486.

(74) Soc. 25 avril 1990, Bull. V n° 186 D. ouv. 1990, 392.

La règle n'est certes pas absolue : si les antécédents judiciaires constituent un élément déterminant de conclusion du contrat, le poste à pourvoir comportant par ex. la manipulation de fonds, l'employeur serait en droit d'exiger la production par l'intéressé d'un extrait de casier judiciaire (c. c. nationale des banques ; - art. 6 loi 12 juill. 1983 pour les entreprises de giennage ; - art. D. 751.5 pour les VRP).

Autre exemple illustrant la position de la jurisprudence : fausse déclaration du candidat à l'emploi sur sa **situation militaire** (il se prétendait aspirant de réserve) ; licenciement injustifié, l'information sur la situation militaire ne pouvant être considérée comme la cause déterminante de l'attribution de l'emploi⁽⁷⁵⁾. Là aussi limite : il est possible de demander au salarié s'il est dégagé de ses obligations militaires. Mais réserve : on ne saurait lui demander les motifs d'exemption du service. Le tracé de la ligne est sinueux.

Même orientation en ce qui concerne la production, parfois exigée par le recruteur, d'un **dossier scolaire** du candidat incluant notes et appréciations : ceci n'a pas en principe à être connu de l'employeur sous peine de porter atteinte à la vie privée du candidat⁽⁷⁶⁾. Il est bien évident que la production des **diplômes** peut en revanche être réclamée ; peut être même un **relevé** de notes... leur lien avec l'emploi étant manifeste.

Dans le même esprit le questionnaire d'embauche peut-il valablement interroger le candidat sur sa **situation de famille** ? La jurisprudence, abondante en matière de licenciement, est pauvre sur l'embauche. Il semble qu'on puisse répondre comme suit : que le postulant soit marié, veuf, divorcé, vive en concubinage, est sans lien nécessaire avec la demande d'emploi et nulle discrimination en ces matières n'est licite (art. 122.45). De même se renseigner sur la profession et sur l'employeur du conjoint, comme on le voit parfois, doit être considéré comme une ingérence dans la vie privée ; comme se renseigner sur l'avenir familial d'un candidat⁽⁷⁷⁾. Autre chose est de reconnaître qu'**une fois l'embauche acquise**, l'employeur sera nécessairement informé de la situation de famille du salarié.

La **situation de fortune** ou l'état des revenus est une considération qui doit obligatoirement rester extérieure au recrutement⁽⁷⁸⁾. De même les associations dont les candidats sont membres ou la nature de leurs loisirs !

(75) Soc. 23 avril 1960. (arrêt ancien et sans doute d'espèce).

(76) Jurisp. de Cours d'Appel, résumée dans rep. min. n° 13309 JOAN du 16.07.1987 précitée.

(77) La non révélation d'un mariage prochain ou projeté ne peut être reproché (Soc. 17 mars 1971, Bull V 215).

(78) Soc. 29 mai 1984 jur. soc. uimm. n° 457, p. 524, Violation art. 9 c. civ. A la limite, la question s'étant parfois posée, il y a lieu d'écarter du champ des investigations du recruteur les incidents de paiement dont le candidat a pu être auteur. La production des précédents bulletins de paie n'a pas à être exigée et peut être refusée (rep. min. JOAN 23 avril 1980, p. 1981).

74.— La contre épreuve peut-être tentée.

Le recruteur (l'entreprise ou son mandataire) n'a-t-il pas le **devoir** de recueillir certaines informations, dans l'intérêt de l'entreprise ? Il faut au minimum distinguer celui qui recrute son personnel et celui qui recrute pour mettre à la disposition d'un autre (entreprise de travail temporaire).

Dans le cas de l'entreprise "ordinaire" ou de l'agence à laquelle elle a donné mandat, on a soutenu la thèse⁽⁷⁹⁾ que l'employeur avait un **devoir de prendre des renseignements**, en tant qu'employeur diligent et avisé sur la **situation de famille et l'état-civil** en vue du fonctionnement du régime de prévoyance applicable à l'entreprise et de l'immatriculation à la sécurité sociale ; en vue aussi de la tenue du registre du personnel et de l'établissement des bulletins de paie ; en vue de respecter l'ordre des départs en cas de licenciement collectif. Mais c'est confondre les responsabilités de **l'employeur** et celles du **recruteur**, c'est confondre deux moments entre lesquels la situation juridique se transforme : de celle de candidat, en celle de salarié. Une fois recruté le salarié doit effectivement donner des renseignements à son entreprise.

Les arrêts allant dans le sens d'une obligation de collecte des renseignements n'ont pas la portée que cette thèse leur prête. Ainsi de la vérification de **l'identité** du postulant⁽⁸⁰⁾, où de **l'âge** de celui-ci, en vue de respecter l'âge d'admission au travail⁽⁸¹⁾. La production d'une carte d'identité n'est pas une collecte de renseignements. Même remarque pour la **nationalité** ; c'est la production d'un permis de séjour et de travail qui peut être requise, la nationalité étrangère en elle-même ne pouvant être un facteur d'exclusion de l'emploi⁽⁸²⁾. On a déjà parlé de la **situation militaire**.

En fait c'est en matière de qualification et d'expérience professionnelle que le devoir de s'informer de l'employeur ne prête pas à discussion et doit être mis en équivalence avec l'obligation du candidat de répondre sans mentir. Il peut par exemple se faire communiquer le ou les certificats de travail et doit vérifier que le candidat à l'embauche n'est pas tenu par une clause de non concurrence. Ici la jurisprudence est claire : le devoir existe de prendre information, éventuellement auprès du précédent employeur⁽⁸³⁾ ; devoir de s'assurer que le candidat n'a pas actuellement

(79) Manuel uimm. n° 151 à 153.

(80) Soc. 21 nov. 1984 — il y avait eu confusion d'identité entre deux personnes ; c'est un cas d'espèce dont on ne peut tirer aucune conclusion.

(81) Soc. 6 juin 1963, jur. uimm. n° 213, p. 150.

(82) Soc. 14 oct. 1986, rejetant le pourvoi contre C. Versailles, 9 mai 1986, D. 1987.5 (congédiement pendant la période d'essai sur le fondement de la nationalité ; absence de justification).

(83) Soc. 5 nov. 1984, Bull V n° 403 p. 301 ; mais cette collecte de renseignements auprès d'un tiers engage la responsabilité du recruteur si ces renseignements sont étrangers à l'emploi ; Soc. 11 janv. 1967, Bull. IV n° 34 : l'ex-employeur est en faute d'avoir donné des renseignements défavorables s'ils sont étrangers à l'emploi.

d'emploi, afin d'éviter le reproche de débauchage, ou afin de déterminer si un VRP par ex., peut travailler pour plusieurs employeurs. Obligation de production du ou des certificats de travail.

Un arrêt récent mérite à cet égard l'attention. Il concernait un cadre de direction, recruté par une entreprise elle-même en règlement judiciaire, au sujet de qui on avait ensuite découvert que la société dont il était jusque là PDG, avait été mise en liquidation de biens. La Cour d'Appel avait annulé le contrat de travail estimant que l'employeur avait commis une **erreur** sur la personne, la considération de celle-ci ayant été la cause déterminante de l'engagement. Cassation : l'erreur n'est cause de nullité que si elle est excusable. La société qui avait recruté ce cadre de direction aurait dû se renseigner plus complètement sur ce candidat ; une investigation plus poussée lui aurait permis de découvrir qu'il venait de déposer le bilan de la société qu'il dirigeait. Faute inexcusable qui interdisait à la société de plaider son erreur⁽⁸⁴⁾. D'où l'on peut inférer qu'autant un prétendu devoir de se renseigner sur des circonstances (familiales, de vie privée) n'existe pas, autant dès qu'il s'agit de l'aptitude à l'emploi (et spécialement d'un emploi de direction) ce devoir doit être respecté : **droit** de demander des renseignements dans le questionnaire d'embauche —**obligation** de se renseigner, connaissent la même étendue et les mêmes limites. Le principe général est celui de **pertinence** d'une information au regard de l'emploi (que la loi informatique et libertés de son côté, consacre). Il conduirait (par ex. par voie de circulaire, adressée aux DDTE) à demander que soient **expurgés des questionnaires d'embauche**, tout ce qui a trait à la situation familiale, financière, à la santé, aux rapports avec des tiers. (cf. 9ème rapport CNIL pour 1988 et 10ème rapport 1989 signalant de nombreuses plaintes en matière de questionnaires d'embauche).

Cependant il est probable que le devoir de celui qui recrute de s'informer pleinement, est plus rigoureux lorsqu'il s'agit d'une **entreprise de travail temporaire**. En effet celle-ci met des salariés à la disposition d'entreprises utilisatrices ; si ces salariés causent un préjudice à l'utilisateur, l'E.T.T. est responsable pour n'avoir pas été diligente dans le recrutement. La Cour de Cassation a rappelé plusieurs fois l'obligation générale de prudence qui s'impose à l'ETT dans le choix des intérimaires, un mauvais choix pouvant engager sa responsabilité⁽⁸⁵⁾.

75.— Par où passe la ligne frontière entre les données qui relèvent de la vie privée et celles qui ressortissent à la vie professionnelle ?

(84) Soc. 3 juil. 1990, B. V, 329.

(85) Soc. 21 oct. 1982, Bull. V n° 575 8 mars 1986 Juris. uimm. n° 483, p. 52, civ. 12 mars 1989, JCP 1989 IV 25. Ce problème ne peut être complètement exposé ici. En dernier lieu Civ. 1, 26 fév. 1991, Quot. jur. 23 juillet 1991, v. Gaudu D. 1988, ch. p. 235.

L'art. 9 du code civil parle de respect **de la vie privée**, (et non comme on l'entend dire : du "secret" ou de "l'intimité" de la vie privée).

L'art. 122.45 du code du travail énumère un certain nombre de points qui manifestement constituent des zones relevant de la vie privée : mœurs, situation de famille, sexe, race, religion. L'art. 416 du code pénal n'en est pas éloigné. Ces textes ont un **fondement juridique commun**, incontestablement, même si leur domaine est partiellement différent (l'appartenance syndicale relève-t-elle de la vie privée ou l'exercice du droit de grève ?). Ce fondement commun est un principe que l'on pourrait dénommer celui de **laïcité (ou de neutralité) de l'entreprise** comme lieu de travail. De même que l'Etat ou l'Ecole doivent respecter les convictions politiques, religieuses etc... de chaque citoyen ou de chaque enfant, l'entreprise, principalement au moment décisif où elle recherche ceux qui vont devenir ses collaborateurs, doit respecter ce qui ne la concerne pas, et s'intéresser (mieux) à ce qui la concerne. L'Ecole s'adresse aux enfants des deux sexes, de toutes races et nationalités, de toutes religions, et leur demande une seule chose : de s'instruire en écoutant attentivement et en apprenant les leçons prescrites. L'Etat ne pose pas de questions aux citoyens, leur permet de voter comme ils le veulent, d'adhérer à la foi qu'ils ont choisie et de pratiquer leur religion ; il n'exige qu'une chose : que chacun contribue aux charges publiques en fonction de ses moyens et respecte les lois. L'entreprise ne saurait se comporter en Etat totalitaire et exiger plus que l'aptitude à l'emploi, puis la fourniture de la prestation de travail convenue.

La ligne séparant vie privée et vie professionnelle dans le recrutement est donc la suivante. L'entreprise a le droit et le devoir de recueillir tous les renseignements liés aux caractéristiques de l'emploi à pourvoir et aux compétences qu'il requiert : **tous ces renseignements et rien que ces renseignements.**

76.— Le reste est cas particuliers ; car il serait vain de dresser un catalogue des interdits qui varient nécessairement selon les entreprises et les emplois (comme on l'a vu par ex. pour les antécédents pénaux). Ainsi réclamer une photographie lors de la procédure de recrutement initiale (avant l'entretien) est d'une régularité discutable eu égard au droit de chacun sur son image. Il faut donc laisser la jurisprudence, qui est sur les seules positions possibles, accomplir son œuvre ; en souhaitant seulement qu'elle n'utilise pas systématiquement les concepts **de dol** et **d'erreur** empruntés au code civil, —mais plutôt, dans un domaine qui relève largement du droit des libertés publiques—, ceux de **laïcité**, de **vie privée**, de **finalité** enfin. Finalité parce que le libre choix par l'employeur de ses collaborateurs, est un droit finalisé : il lui est reconnu, dans l'intérêt de son entreprise et en vue de rendre celle-ci performante ; il ne saurait donc exercer ce choix pour écarter ceux qui ne lui plaisent pas, mais pour donner la préférence à ceux qui sont les plus compétents et les plus aptes. C'est parmi

les responsabilités du chef d'entreprise, la plus noble, car ses intérêts rejoignent là le respect de la personnalité des candidats à l'emploi⁽⁸⁶⁾.

Deux objections sont néanmoins souvent élevées sur le terrain du pur Droit :

- Le respect de la vie privée, de la vie familiale, du domicile et de la correspondance —(qui font partie du Droit international commun depuis qu'il est consacré par la convention européenne des Droits de l'homme)— n'est-il pas opposable aux **seuls Etats**, sans être opposable aux tiers, aux autres particuliers, ici **aux entreprises** ? La question s'est posée à propos de la convention précitée qui est une convention entre Etats. Même sur ce terrain il est douteux qu'un Etat satisfasse aux exigences de la convention, si sa législation ne protège pas les personnes contre les atteintes à leur vie privée venant d'autres personnes privées. A fortiori s'il ne s'agit pas du Droit conventionnel européen, mais du Droit interne français (art. 9, code civil) ; chacun a droit au respect de sa vie privée... par les pouvoirs publics et par les autres personnes physiques ou morales⁽⁸⁷⁾. Et non seulement ce droit doit être protégé contre les **divulgations** des faits de vie privée, mais aussi contre toute **investigation**.⁽⁸⁸⁾

- La vie professionnelle en soi peut-elle être distinguée de la vie privée ? Sur le terrain de la loi sur la presse (diffamation) la démonstration peut en être administrée. L'art. 35 de la loi du 29 juil. 1881 admet la **preuve** de la vérité des allégations diffamatoires lorsqu'elles concernent les fonctions exercées par un fonctionnaire ou un officier ministériel, mais ne l'admet pas si elles concernent la vie privée (alin. 3). La jurisprudence raisonne de la même façon pour des activités professionnelles salariées : preuve de la vérité pour la part "professionnelle" des énoncés diffamatoires, mais preuve interdite s'il s'agit d'une diffamation relative à la vie privée⁽⁸⁹⁾. La distinction a bien une base juridique sûre, tirée de la loi sur la presse (diffamation).

77.— Certes une difficulté majeure demeure latente : comment assurer le respect de ce principe de "laïcité" dans les questionnaires d'embauche ou la rédaction des C.V. ? Comment garantir ce droit reconnu aux candidats de garder le silence, de ne pas répondre ? Chacun voit immédiatement que le refus de fournir le renseignement sollicité, risque fort d'entraîner l'exclusion de la compétition. En cette matière comme en d'autres plutôt que d'agiter la menace d'une sanction pénale, —dont l'établissement serait au surplus discutable—, il est préférable de demeurer sur le terrain civil. Dans le Droit de la fonction publique, l'annulation du concours a été

(86) Serait discriminatoire toute différence de traitement entre candidats, qui ne serait pas fondée sur des différences **objectives** dans l'aptitude à l'emploi.

(87) Kayser : la protection de la vie privée, n° 6 et s. (Economica 1984).

(88) cod. loc. n° 2.

(89) Soc. 6 janv. 1972, D. 1972.141, TGI Bayonne 29 mai 1976, JCP 1976 II 18495.

prononcée, si la liste des candidats avait été dressée de manière discriminatoire, évinçant tel ou tel à raison de ses origines **ethniques** ou de ses opinions politiques⁽⁹⁰⁾. Mais ici ? Certains ont suggéré l'institution d'une sorte d'autorité servant de médiation entre les candidats victimes et les entreprises. On en discutera le moment venu, à propos des méthodes d'évaluation (n°125 infra). L'inspiration devrait plutôt être cherchée dans le nouveau Droit de la consommation. De même qu'un consommateur seul est désarmé devant un vendeur ou un fabricant, de même le candidat victime d'une atteinte à sa vie privée ou lésé dans ses libertés par le comportement d'une agence de recrutement ou d'une entreprise, ne peut rien isolément. Il a le droit de refuser de répondre. Mais ou bien il ne sera pas embauché ; ou bien s'il a dissimulé ce qu'il était en droit de dissimuler, il sera licencié et un juge dira au mieux que son licenciement est sans cause légitime et lui allouera une indemnité. Il paraît nécessaire de faciliter le **groupement des candidats** comme se sont créées des associations de consommateurs et de permettre à ce groupement d'agir en justice afin d'obtenir la réouverture du recrutement ou une condamnation pécuniaire.

Il est évident aussi qu'une plus stricte formation des consultants chargés du recrutement, et un enseignement de déontologie, serait de nature à mieux garantir le respect de l'art. 9 du code civil, de l'art. 416 du code pénal, et de l'art. 122.45 du code du travail⁽⁹¹⁾.

78.— On doit s'arrêter maintenant sur deux hypothèses particulières ; l'une présente la particularité d'avoir reçu un traitement juridique puissamment original ; l'autre tire son intérêt de ce que la ligne frontière entre vie privée et vie professionnelle la traverse largement, ce qui interdit tout excès de schématisme.

Cas de grossesse. Le législateur, dépassant une jurisprudence restée timide, a traité la femme en état de grossesse, candidate à un emploi de manière telle qu'on a pu parler à son sujet d'un **droit au mensonge**. En effet selon l'art. L.122.25 du code du travail, non seulement l'employeur se voit "interdire de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée" (alinéa 1er) ; mais de plus "la

(90) Célèbre jurisprudence Barel et autres : C Et, 28 mai 1954, Rec. 308. D 1954.594.

(91) Le soussigné a sous les yeux des dossiers (questionnaires) à remplir par les candidats où figurent les rubriques **situation familiale**, célibataire, marié(e), séparé(e), divorcé(e), veuf(ve), vie maritale ; **situation militaire**, arme, grade ; **conjoint** : nationalité, profession, enfants, autres personnes à charge ; **activités extra-professionnelles** : participation à des associations, travaux personnels ; **divers** : êtes-vous pensionné... n° permis de conduire ; avez-vous un véhicule personnel ? Le reste est consacré à ce qui est nécessaire : formation, diplôme, connaissance des langues ; d'autres questionnaires portent sur le **logement**, les séjours à l'étranger, le **patrimoine** du candidat, son budget.

Il serait indispensable d'expurger ces questionnaires. Même une question anodine : **lieu de naissance**, peut-être révélatrice de ce que le recruteur n'a pas à savoir. Les informations à fournir **après** embauche peuvent être plus complets. Exiger des **"garants"** semble une pratique illicite (branche des assurances).

femme candidate à un emploi... **n'est pas tenue... de révéler son état de grossesse**" (alinéa 2).

Cette formule pourrait être étendue. Si la femme se voit autorisée à dissimuler, c'est que l'état de grossesse n'est pas un élément dont il est licite de tenir compte pour arrêter une décision en matière d'emploi. Or il est d'autres éléments qui répondent à cette définition. Certains ne peuvent être dissimulés (la couleur de la peau) ; d'autres le peuvent, comme tous ceux qui intéressent la situation de famille, les opinions ou croyances, les antécédents judiciaires etc... Il serait parfaitement admissible d'admettre un **droit général de non révélation** (lors de la réponse à un questionnaire, lors d'un entretien). Non pas un droit de refuser de répondre, qui risquerait de se retourner contre la personne questionnée, mais un droit de ne pas dire une vérité, qui est sans lien direct et nécessaire avec l'emploi.

La difficulté est évidemment de trancher entre ce qui peut avoir une incidence sur l'exercice de l'emploi et ce qui ne peut en avoir. Et la meilleure illustration en est l'état de santé du candidat.

79.- **L'état de santé**⁽⁹²⁾. Laissant de côté l'analyse purement éthique, les principes proprement juridiques qui régissent les relations entre l'état de santé et la candidature à un emploi peuvent se résumer en deux propositions antithétiques, dont la conciliation est tentée par une formule originale, caractéristique du Droit français.

• *Première proposition : la santé relève de la vie privée de la personne* ; que celle-ci postule un emploi n'y change rien. Cette règle trouve sa consécration formelle dans la loi du 12 juillet 1990 qui a ajouté l'état de santé (et le handicap) à la liste des discriminations prohibées par l'art. L.122.45 et a modifié parallèlement l'art. 416 du code pénal.

Conséquence : les questionnaires d'embauche doivent être expurgés, afin de ne comporter aucune intrusion dans ce domaine réservé. Le candidat possède d'ores et déjà le droit de ne pas répondre. **Le conseil supérieur de la prévention des risques professionnels** a délibéré plus particulièrement sur deux points et ses conclusions reflètent bien sur ces deux points "chauds" le principe ci-dessus : rien ne saurait justifier le dépistage systématique, auprès de tous les candidats à l'embauche, d'un état de **toxicomanie** ; pas plus que le dépistage systématique d'un état de **séropositivité**. Les investigations de l'employeur n'étant justifiées que s'il existe un lien avec l'emploi proposé, il n'y a pas lieu de rechercher des informations sur l'état de santé, sauf hypothèse exceptionnelle où un tel lien pourrait exister⁽⁹³⁾.

(92) Etat de santé et inaptitude au regard de l'emploi n° Dr. soc. 7.8.1991.

(93) Berra : SIDA et relations du travail, sem. soc. Lamy juillet 1988.

A fortiori certaines pratiques doivent être considérées comme illicites : telles les questions portant sur la vie sexuelle lato sensu ou un examen sérologique systématique avant l'embauche ; ou l'emploi de ce qu'on est convenu d'appeler la **médecine prédictive**, basée sur les nouvelles découvertes en matière de génétique et qui peut annoncer à partir de la constitution génétique de l'individu, les maladies qui le concerneront (tout test génétique à l'embauche serait gravement illicite). L'apparition de ces pratiques découle au demeurant d'une illusion, à savoir qu'il peut y avoir une gestion prévisionnelle de la santé (donc des absences) du personnel.

• *Deuxième proposition : les critères de sélection du personnel ont pour objet de déterminer l'aptitude ou l'inaptitude à l'emploi.* Or le mauvais état de santé peut être un facteur important d'inaptitude au travail. Toute maladie n'est pas décelable au cours d'un entretien. Il peut exister au surplus des maladies mentales. L'entreprise peut-elle prendre le risque d'affecter à un poste de travail qui comporte des responsabilités, un candidat qui risque de constituer un danger pour ses collègues de travail pour les tiers, pour l'entreprise elle-même ? Il s'y ajoute une considération particulière : si l'entreprise fait bénéficier son personnel d'un régime de **prévoyance**, l'organisme assureur exigera nécessairement d'avoir connaissance des antécédents de santé, fera procéder à des analyses et dépistages systématiques, afin d'établir sa tarification.

De ce qui précède et qui est rapidement résumé, il ressort une contradiction : la santé ressortit certes de la vie privée de chacun, mais la santé a des répercussions sur l'activité professionnelle, sur le potentiel d'activité. Un employeur peut légitimement ne pas vouloir inclure dans son personnel, un employé qui sera fréquemment absent ou ne pourra pas se consacrer pleinement à ses fonctions. Ceci d'autant plus que le régime du licenciement pour maladie vient de connaître un nouveau traitement jurisprudentiel, qui le rend plus lourd⁽⁹⁴⁾. C'est moins de maladie que l'entreprise se soucie en définitive que d'aptitude à l'emploi, et en cela elle est dans son droit.

• *Conciliation : Le rôle du médecin du travail*

On pourrait résumer d'une formule le rôle de celui-ci : il a pour mission de transformer un diagnostic médical, en avis d'aptitude à l'emploi. L'essentiel du système des examens médicaux d'embauche, obligatoires (art. R.241.48) réside en ceci : tout ce qui concerne la santé du candidat n'a pas à être révélé au futur employeur, mais au seul médecin du travail, lié par le secret professionnel. De manière générale, celui-ci agit comme un filtre ; après examen, il déclarera en tout et pour tout tel candidat apte ou inapte (art. R.244.48). Exceptionnellement si le poste à pourvoir exige des investigations particulières, (par ex. un dépistage de la

(94) Soc. 13.14 juin - 25 oct. - 29 nov., 1990. Dr. soc. 1991.109. note Savatier. Soc. 11 déc. 1990 Bull. V n° 634 - 29 nov. 1990 D. 1991.339. B.V. n° 600.

toxicomanie), il pourra y procéder (l'art. R.241.52 constitue une base suffisante à cet effet) avec les garanties élémentaires (informer le candidat – lui communiquer les résultats)⁽⁹⁵⁾.

Le risque pour la liberté individuelle est que les services de médecine du travail (dans l'entreprise ou inter-entreprises) ne mettent les données médicales concernant les résultats des visites d'embauche sur ordinateur et qu'elles "suivent" le salarié. Mais alors la loi "Informatique et libertés" aura son mot à dire et c'est de ce côté qu'il faudra chercher les contre-mesures (sur les dossiers médicaux, infra n° 149).

En tant que de besoin, la jurisprudence a rappelé que le médecin du travail était lié par le secret médical, sans que l'article R. 241.57 puisse y mettre obstacle⁽⁹⁶⁾. Néanmoins, il remplit une fonction accessoire de conseiller tant du candidat à l'emploi (et plus tard du salarié) que de l'employeur. Aussi un arrêt a-t-il considéré qu'il pouvait informer l'employeur plus d'une simple aptitude ou inaptitude à l'emploi ; que le salarié souffrait de "troubles du comportement" et refusait de se faire soigner ; son médecin traitant demeurant passif⁽⁹⁷⁾. Il n'y a pas de violation du secret médical ; le médecin avait le devoir de fournir à l'employeur des éléments nécessaires en vue de la décision à prendre.

Règles du Droit des contrats

80.– Le recrutement demande à être étudié sous l'angle de la réglementation qui préside à la formation des contrats. L'article L.121 du code du travail soumet le contrat de travail au droit commun ; c'est ici la théorie juridique du consentement c'est-à-dire de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, théorie issue d'une jurisprudence centenaire sur cette **période précontractuelle**.

L'**offre** est l'acte unilatéral qui ouvre cette période. L'offre peut émaner de celui qui **propose de travailler** ou de celui qui **propose de faire travailler**. On dira ensuite un mot de l'**acceptation**.

81.– Proposer ses compétences ou sa force de travail n'est pas un comportement inconnu. On parle alors généralement de recherche d'emploi, mais il s'agit d'une offre. Elle peut être adressée à une personne, précise, c'est alors la lettre de candidature spontanée ; celle-ci doit être qualifiée d'**offre d'entrer en pourparlers**, car elle ne comporte par hypothèse pas les précisions suffisantes, sur le futur contrat. Elle reste fréquente.

(95) On retrouvera le problème de l'inaptitude médicale à l'emploi au cours de l'exécution du contrat de travail.

(96) C. Et. 28 mai 1982 synd. nat. prof. médecins du travail.

(97) Crim. 6 juin 1972 Dr soc. 1980 n° sp. 1980.95 et comm. A. Jeammad.

L'offre d'un chercheur d'emploi peut aussi être insérée dans la presse ; c'est alors une **offre au public**. Les pourparlers s'engageront si une entreprise intéressée par l'offre, écrit à l'offrant.

Ces offres de travail n'appellent guère d'observations juridiques ; cependant, il y a longtemps que ceux qui louent leur force de travail, principalement lorsqu'elle est qualifiée, ont découvert qu'ils avaient intérêt à se grouper. C'était même la particularité du droit collectif du travail. Avaient fait leur apparition des bureaux de fourniture de travail dépendant des syndicats de métiers. Ceux-ci étaient en état d'offre permanentes et les entreprises passaient par ces bureaux lorsqu'elles avaient besoin de tel ou tel travailleur qualifié. Il en subsiste des traces dans certaines activités. Mais la loi a cru y voir un monopole d'un syndicat dirigé contre d'autres syndicats ; elle a par suite prohibé cette pratique ; alors que dans son principe elle tendait plutôt au renforcement de la position des demandeurs d'emploi, lesquels contrôlaient ainsi le marché. C'est aujourd'hui l'inverse. L'offre de travail est devenu résolument individuelle ; elle ne produit que peu d'effet juridique : elle n'est jamais immédiatement acceptée. Elle provoque parfois une convocation par une entreprise intéressée et des pourparlers ont lieu.

82.— La plupart du temps l'offre est faite par celui qui propose de faire travailler. C'est l'offre d'employer. Elle comporte plusieurs degrés et les règles qui lui sont applicables varient en fonction.

Au degré inférieur l'offre, de caractère imprécis, est une offre en direction du public, ou d'un public (les élèves d'une école) et mérite la qualification **d'offre d'entrer en pourparlers**⁽⁹⁸⁾. Elle n'est alors rien d'autre, si le libellé reste vague, qu'un appel à candidature. Et l'offrant est libre **de ne pas donner suite**. Le candidat peut faire des contre-propositions : il devient offrant à son tour. Tout au plus peut-on admettre qu'on est tenu de maintenir son offre pendant un certain délai. Le "support" utilisé — une simple prise de parole dans un amphithéâtre, ou la presse — est sans incidence.

83.— Si l'offre présente un caractère de plus grande précision, on est en face d'une **offre de contrat** et tel est le cas normal de l'offre d'emploi insérée dans la presse. Cette offre est généralement une **offre au public**, mais à un public normalement délimité par les termes de l'offre, c'est-à-dire "ciblé". Le régime que la jurisprudence a peu à peu dégagé quant au caractère de cette offre et aux engagements assumés est le suivant. D'une part, l'offre doit comporter une suffisante **précision** : description des fonctions, niveau de qualification exigé (sinon c'est une simple offre de pourparlers) ; chiffre de la rémunération, lieu de l'occupation et surtout comme il a été dit : identification de l'entreprise. Elle doit aussi

(98) Du type "nous sommes intéressés par tout ingénieur agronome". Même à ce degré, la rédaction est importante. L'offre d'entrée en pourparlers est une sorte d'appel d'offres faite aux candidats.

n'être pas **dolosive**, trompeuse, faute de quoi la responsabilité de l'offrant pourrait être engagée ("culpa in contrahendo").

D'autre part, cette offre, acte unilatéral, comporte certains engagements. Le plus évident est l'engagement de **maintenir l'offre** pendant un certain délai⁽⁹⁹⁾. Mais au surplus, si l'offrant n'est pas tenu de recruter l'un ou l'autre des candidats comme on va le voir, il est tenu, s'il agrée une candidature, d'y respecter **les termes de l'offre**, qu'il ne saurait, sans l'accord de l'acceptant modifier en cours de route (entre l'offre et la conclusion du contrat)⁽¹⁰⁰⁾. On peut parler d'engagement unilatéral de faire du contenu de l'offre, le contenu futur du contrat.

Mais les engagements pris par l'auteur de l'offre publique de contrat ne vont pas au-delà. Le contrat de travail étant unanimement considéré comme affecté d'un fort "**intuitus personae**", l'offrant n'est jamais tenu d'accueillir une acceptation, venant de qui ne lui conviendrait pas. Le sollicitant n'est pas lié envers le premier acceptant à la différence de ce qui est la règle dans d'autres contrats⁽¹⁰¹⁾. Et là est évidemment l'obstacle sur lequel viennent buter tous les critères de non discrimination. Il suffit à l'offrant de ne pas indiquer qu'il récusé l'acceptant à raison de son sexe, de son âge et de son origine ethnique. Le Droit civil vient défaire l'œuvre édiflée par le Droit public.

On pourrait certes imposer une motivation du refus. Le droit administratif est ici en avance sur le droit privé : cette obligation de motiver n'est pas d'usage et serait repoussée par les entreprises qui désirent garder les mains libres. Le choix reste discrétionnaire. En ce sens dans les relations du travail, l'offre de contrat n'est pas une offre comme les autres.

84.— Remontant dans l'échelle de la précision, l'offre de contrat peut-être **nominative**, c'est-à-dire adressée à une personne désignée (connue de l'offrant pour sa compétence). La distinction de l'offre au public et de l'offre nominative correspond pour un cabinet de sélection à la distinction entre la procédure de la chasse de tête, et celle de la sélection des candidats. C'est admettre que l'offre nominative s'adressera le plus souvent à quelqu'un pourvu d'un emploi. L'engagement pris par l'offrant est alors plus important ; on est très près de la promesse (v. plus loin) et la respon-

(99) L'obligation de ne pas révoquer ou rétracter l'offre pendant un certain délai, résulte pour la jurisprudence, d'une obligation implicite (Civ. 1. 17 déc. 1958, D. 1959.33). Le retrait de l'offre engage la responsabilité de son auteur (Soc. 22 mars 1972 D. 1972.468 : contrat travail, Soc. 30 mars 1985, Jurisp. uimm. 85.467 p. 383). Surtout si le candidat avait démissionné de son emploi comme dans l'arrêt du 22 mars 1972 précité. Le délai de maintien de l'offre doit être un délai raisonnable (généralement bref - 1 semaine...).

(100) Soc. 17 nov. 1982 (le salaire figurant dans l'offre doit ensuite être celui figurant dans le contrat définitif).

(101) Ghestin Dr. civil tome II n° 205, lequel montre la spécificité du contrat de travail.

sabilité de celui qui a présenté une offre nominative et qui ne donnerait pas suite, sera plus aisément retenue que celle de l'auteur d'une offre publique, responsabilité ici fondée sur la confiance légitime trompée. La rétractation engagerait sa responsabilité.

85.— L'offre d'emploi (ou offre de contracter) devrait conduire à la formation du contrat lorsqu'il y a eu **acceptation**. Mais la théorie des contrats civils se transpose ici malaisément au contrat de travail. Il est rare qu'on puisse affirmer —une offre d'emploi ayant été rendue publique — que la simple acceptation entraîne conclusion du contrat.

Sauf l'hypothèse d'offres nominatives, où la règle trouve quelques possibilités d'application, on est conduit à constater que toute offre publique de contrat n'est — dans les rapports de travail — qu'une offre d'entrée en pourparlers. C'est que la concordance entre l'acceptation et l'offre doit porter, pour former le contrat, sur tous les éléments essentiels, c'est-à-dire selon la doctrine civiliste⁽¹⁰²⁾ sur les éléments objectivement essentiels (ici la prestation de travail et la rémunération) mais aussi sur éléments **tenus pour essentiels par les parties**. Or, dans le cas qui nous occupe, l'employeur considérera fréquemment pour essentielle telle ou telle condition (ex. les années d'expérience) ; quant au salarié en puissance, il attachera lui aussi une grande importance à une caractéristique secondaire (ex. le lieu de travail). Une acceptation avec réserve ou une contre-proposition, s'analyse comme un refus accompagné d'une offre nouvelle⁽¹⁰³⁾.

Il convient en quelque manière d'admettre qu'une acceptation même assortie de quelques réserves ou conditions, puisse constituer un accord de principe⁽¹⁰⁴⁾, accord sur lequel on ne peut revenir, **mais** qui constitue une sorte de schéma de contrat à compléter ultérieurement. On est près de la promesse d'emploi.

86.— Au-dessus de l'offre d'entrée en pourparlers, de l'offre de contrat, se situe **la promesse de contrat**. Elle comporte engagement de conclure si la promesse est acceptée. Elle passe par deux phases : dans un premier temps c'est une **promesse unilatérale** d'embauche. Il en est ainsi tant que la volonté du bénéficiaire ne s'est pas manifestée. Le promettant ne saurait rétracter sa promesse (alors qu'il peut rétracter une offre publique) sans engager sa responsabilité⁽¹⁰⁵⁾. Ce n'est pas un licenciement abusif, c'est une rétractation fautive d'une promesse d'embauche, fondée sur la confiance légitime trompée.

(102) Ghestin, op. cit. n° 224.

(103) Mais peut s'interpréter aussi comme une acceptation des bases essentielles. Aussi Soc. 1 déc. 1970, Bull. V n° 722, pour un désaccord sur le seul taux de l'intéressement. Le contrat est conclu.

(104) Soc. 24 mars 1958 JCP 1958 II 10868 n. Carbonnier.

(105) Soc. 12 déc. 1983 D 184 IR p. 11 — 20 mai 1985 Jur uimm. 85/467. v. déjà : soc. 17 mars 1971 D 1971.412.

Cette promesse unilatérale d'embauche peut-elle accompagner un contrat de mission temporaire ? En l'état des textes, l'affirmation serait douteuse ; l'ETT procéderait alors à un véritable placement. Mais on peut admettre qu'au cours de la mission, l'entreprise utilisatrice puisse faire au salarié intérimaire une promesse d'embauche définitive. La loi le permet (arg. dernier alinéa art. L.124.3).

A partir du moment où la promesse a été acceptée et pour la période (généralement brève) qui sépare cette acceptation de la conclusion du contrat, la promesse d'embauche devient **synallagmatique**⁽¹⁰⁶⁾. La promesse synallagmatique de contrat équivaut-elle au contrat lui-même ? Sans doute si le contenu de la promesse acceptée est suffisamment détaillé. Mais fréquemment une confirmation ultérieure est prévue.

On est alors très près du contrat sous condition suspensive (ou résolutoire). Il suffit pour qu'il en soit ainsi que le contrat soit accompagné d'un si ou d'un dès que (si tel poste vient à être vacant, ou dès que tel poste sera vacant). La condition est résolutoire si l'embauche est subordonnée à la condition que le salarié recruté passe tel examen, ou obtienne un permis de séjour. La comparaison peut-être faite avec la période d'essai.

87.— Ajoutons que le contrat de travail est conclu, non pas comme un contrat civil ou commercial ordinaire, à la date (et au lieu) où l'offre est acceptée. La démarche qui s'exprime dans l'acte de candidature en réponse à une offre, au moins dans l'offre publique, est décisive : c'est seulement lorsque la candidature est agréée que le contrat est conclu. Il n'en va différemment que dans l'offre nominative ou la promesse d'embauche : la date de conclusion du contrat coïncide alors effectivement avec l'acceptation de l'offre. Si cette acceptation est conditionnelle, le moment de la conclusion est reculé.

Conclusion : ce qu'on appelle la période précontractuelle est très développée dans le contrat individuel de travail. Chaque partie au cours de cette période peut engager sa responsabilité si elle agit de mauvaise foi dans la conduite des pourparlers ; même sans intention de nuire. Cette responsabilité est de nature délictuelle. La négociation doit être menée avec loyauté⁽¹⁰⁷⁾ ; l'offre d'emploi fictive, ou la rupture brutale de pourparlers déjà avancés constituent des exemples d'abus, qui sont des fautes délictuelles.

(106) Promesse du type "nous nous engageons à vous recruter comme ingénieur et vous acceptez de prendre vos fonctions à compter du... ". Elle est proche de l'accord de principe ou de l'accord partiel.

(107) En Suisse (selon les publications de l'UIMM - Social international avril 1991) les deux parties sont tenues, de se limiter à des questions légitimes, en rapport avec le poste de travail – et de répondre de manière conforme à la vérité (obligation de renseigner) ; c'est on l'a vu (n° 71-73) ce qu'impose le droit français. La période précontractuelle se confond avec ce qui est appelé dans cette étude la procédure de recrutement.

La complexité de cette période précontractuelle rend également nécessaire d'admettre qu'il existe des accords préalables à la formation du contrat définitif, qui aménagent pour une période transitoire les rapports entre les futures parties : convention de suivre une formation de mise à niveau, convention de confidentialité pendant la négociation, convention d'accorder une priorité et autres avant contrats de type divers dont l'étude ne saurait trouver place ici.

Les règles découlant du Droit de l'informatique

88.— Le caractère trop général du Droit des libertés publiques pour véritablement encadrer le processus de recrutement, la relative inadéquation du Droit de la formation des contrats à ce même processus ont conféré une importance qu'il ne devait initialement pas avoir en ce domaine, au Droit de l'informatique.

De fait, la question décisive rencontrée tout au long de l'exposé qui précède, était : "**jusqu'où** l'employeur est-il autorisé à pousser ses investigations, lorsqu'il fait procéder ou procède à la sélection des candidats ?" Or, à cette question, le Droit de l'informatique apporte de nombreux éléments de réponse que ni le droit des libertés publiques, ni celui des contrats civils ne contenaient. La "protection des personnes" à l'égard du "traitement automatisé" des "données à caractère personnel" ou "informations nominatives" est en effet le centre même du dispositif du droit de l'informatique⁽¹⁰⁸⁾. Mais au surplus le phénomène du recrutement lui-même a exigé l'adoption de prescriptions spécifiques. Prescriptions générales et prescriptions spécifiques s'additionnent donc et doivent être analysées successivement, (les applications de l'informatique au domaine du contrôle de l'activité des salariés et à celui de la gestion du personnel étant réservée pour la deuxième partie).

Prescriptions générales

L'idée générale qui inspire tant la loi du 6 janvier 1978 que la convention européenne du 28 janvier 1981, est une idée de conciliation ou d'équilibre : l'information en général est un bien immatériel ; ce bien appartient à celui qui la recherche, la met en forme pour la rendre communicable et qui possède sur elle de ce fait un droit. Mais l'information **sur autrui** porte sur un objet très particulier ; cet objet est lui-même un sujet de droit ; toute information le concernant est un attribut de sa personnalité d'où la formule de la loi (art. 1er) : l'informatique, (science de la collecte et de l'utilisation des informations) "ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés indi-

(108) CH. Lenoir et B. Wallon : informatique, travail et liberté Dr. soc. 1988. 213.

viduelles ou publiques". Et la formule de la convention : selon laquelle, le but de la convention est de "garantir à toute personne physique le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement informatisé de données à caractère personnel le concernant", est identique.

Le **champ d'application** du dispositif légal et conventionnel (traitement informatisé – données à caractère personnel) doit d'abord être délimité (n° 89) ; les **obligations** de celui qui collecte et élabore l'information ; les **droits** de celui sur le compte duquel l'information est collectée, et traitée, doivent ensuite être décrits (n° 90 à 92). Quelques **principes fondamentaux** qui se dégagent de cette législation spéciale, mais susceptibles de généralisation et que le droit de l'informatique a plutôt révélés que créés, pourront être enfin soulignés (n° 93).

89.– Le champ d'application se définit d'abord par les **données à caractère personnel** ou **nominatives**. Il s'agit de toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (art. 2 conv.) ; de toute information permettant directement ou indirectement l'identification d'une personne physique (art. 4 loi). Le **fichier** est une simple collection de ces données. Sous sa forme rudimentaire, celle de fichier "manuel" ou mécanographique il entre dans le champ de la loi (qui s'intitule sur l'informatique et **les fichiers**). L'article 45 les soumet aux mêmes règles que les fichiers informatisés ; la convention n'étant elle que facultativement applicable à ces fichiers simples si la loi interne en décide ainsi. On a pu s'interroger sur le sort de simples "**dossiers**". Au sujet de l'application de la loi pénale, la jurisprudence de la chambre criminelle⁽¹⁰⁹⁾ s'est montrée défavorable à la prise en considération des dossiers. Mais cela est sans doute dû au principe de l'application stricte de la loi pénale. A titre de directive générale, on ne voit pas quelle différence établir entre des dossiers classés (chronologiquement – ou par ordre alphabétique) et un fichier...

Le fichier est dit informatisé, lorsque l'ensemble d'informations qu'il représente, fait l'objet d'un traitement informatisé ; c'est-à-dire est enregistré sur ordinateur ! Le concept clé devient dans ces conditions celui de **traitement informatisé** ou **automatisé de données personnelles**. Il s'agit de "l'ensemble d'opérations, réalisées par les moyens automatiques, relatives à la collecte l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation, la destruction d'informations nominatives" ; à quoi il faut ajouter : "l'interconnexion ou rapprochement, la consultation ou communication d'informations nominatives" (art. 5 loi). La convention ajoute (art. 2) : "application à ces mêmes données d'opérations logiques ou arithmétiques". D'une manière générale il y a traitement informatisé à partir du moment, ou l'on soumet les informations nominatives à des opérations en vue d'obtenir de nouvelles informations.

Peu importe que ces traitements aient lieu dans le secteur public ou le secteur privé. L'article 2 de la loi parle de décisions administratives

(109) Crim. 3 nov. 1987 JCP 1988 I 3323 comm. Fraissinet D 1988 17 n. Maisl.

ou judiciaires et de "décisions privées". L'article 3 de la convention mentionne les deux secteurs. Toutefois, les formalités imposées par la loi ne sont pas les mêmes dans l'un ou l'autre cas (art. 15 et art. 16). Les traitements informatisés d'informations nominatives effectués pour le compte de personnes privées, font l'objet d'une simple déclaration ; mais –détail parfois omis– cette déclaration comporte "engagement que le traitement satisfait aux exigences de la loi". Au surplus des normes simplifiées ont été élaborées pour les catégories les plus courantes de traitements ne comportant pas de risque d'atteinte à la vie privée et aux libertés et bénéficiant d'un régime simplifié de déclaration.

Qu'il suffise de retenir que toute entreprise, tout conseil en recrutement, dès lors qu'il utilise un fichier, automatisé ou non, contenant des informations nominatives, entre dans le champ de la loi.

90.– Le "maître du fichier" (c'est-à-dire la personne physique ou morale qui est compétente pour décider quelle sera la finalité du fichier automatisé, quelles catégories de données doivent être enregistrées, quelles opérations leur seront appliquées, art. 2, litt. d, conv.) se voit imposer un certain comportement. Des règles s'imposent à lui, constituant à sa charge autant d'obligations ; obligations qui s'ajoutent aux formalités préalables (déclaration) indiquées au numéro précédent et qui sont relatives tant à la collecte, à l'enregistrement qu'à la conservation (en archives) des renseignements.

– Il lui est interdit de collecter des données par un **moyen frauduleux, déloyal ou illicite** ; application d'un principe juridique général (art. 25 loi, 5 conv.). Ainsi, on peut affirmer qu'est déloyale la publication d'une annonce d'emploi, sans emploi qui lui corresponde, en vue de mettre en fichier les candidatures et les C.V., qui seront ultérieurement utilisés auprès d'un employeur sans que les intéressés le sachent.

– La collecte d'informations nominatives doit être réalisée en vue d'une **finalité** précise (art. 5, litt. b. conv.). Cette règle méconnue est susceptible de multiples applications. La CNIL s'en inspire également.

– Les données collectées doivent être **exactes**.

– Les données recueillies doivent être **adéquates** à cette finalité, **pertinentes, proportionnées** et non **excessives** par rapport à elle. Règle essentielle qui s'applique aux **questionnaires**, entretiens ou tests utilisés lors du recrutement, où le questionneur (examineur) ne doit pas dépasser en investigations, ce qui est strictement nécessaire pour déterminer les aptitudes à l'emploi. Toute question relative à la vie privée est non pertinente. Règle rarement respectée.

– Le maître du fichier est tenu de ne conserver les données personnelles recueillies, que pour une **durée**, indiquée à l'avance (art. 28 loi) et nécessaire à la réalisation de la fin pour laquelle elles ont été enregistrées (art. 5 litt. e conv. ; la litt. d parle de "mise à jour"). Après quoi, elles doivent être détruites.

– Celui qui ordonne ou effectue un traitement d'informations nominatives, s'engage auprès des personnes concernées à préserver la **sécurité** des informations, c'est-à-dire qu'elles ne soient, ni déformées, ni **communi-**

quées à des tiers non autorisés. Il faut bien dire que lors des opérations de recrutement cette règle est fréquemment oubliée (art. 29 loi ; art. 7 conv., qui vise aussi la perte ou la destruction).

91.— Les obligations du maître du fichier sont plus développées lorsqu'il s'agit de "catégories particulières de données" (art. 6 conv. ; art. 31 de la loi) que le langage courant dénomme **données sensibles**. Et sur ce point le Droit de l'informatique se coordonne entièrement au Droit du travail et à celui des libertés publiques, qu'il précise et complète. La loi parle **d'interdiction**, sauf accord exprès de l'intéressé. La convention exige que la loi des Etats liés prévienne des **garanties** appropriées.

De quelles données s'agit-il ? De celles qui "font apparaître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, les appartenances syndicales" (art. 31 loi, qui est très incomplet, mais la France est un Etat laïque). De celles qui "révèlent l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres, ainsi que les données à caractère personnel, **relatives à la santé** ou à **la vie sexuelle** (art. 6 conv. qui est plus complet et qui ajoute ensuite : les **condamnations pénales**).

Qu'est-ce qui est interdit ? De soumettre ces données à un traitement automatique. De les mettre ou conserver en mémoire informatique, ou en fichier.

Quelle garantie permet de passer outre cette interdiction ? L'accord exprès de l'intéressé. La jurisprudence⁽¹¹⁰⁾ a même précisé pour un fichier qui permettrait indirectement de connaître la religion (musulmane) des personnes, un accord écrit et explicite. Est-ce une garantie "appropriée" ? Est-elle suffisante ? Dans tous les cas, pour les opérations de recrutement, cela signifie que le fait de répondre à un questionnaire qui méconnaîtrait cette interdiction ne saurait faire présumer l'acquiescement de l'intéressé à l'enregistrement de ces réponses ; et cela signifie aussi qu'il doit être indiqué sur les questionnaires que l'intéressé est en droit de ne pas répondre (à une question relative à l'état de santé par ex. ou à une question sur les antécédents pénaux). Si la nature du poste à occuper exige une curiosité plus étendue, l'accord du questionné doit être obtenu. On est loin du compte dans la pratique.

92.— Il y a un lien évident entre les obligations du maître du fichier, et les droits de la personne sur laquelle il se renseigne. Ceux-ci figurent à l'art. 8 a-b-c-d de la convention ; aux art. 26 et 27, 37 à 40 de la loi. On peut les systématiser de la manière suivante, dans un ordre chronologique, la totalité de ces droits s'inspirant de l'idée de **transparence** du traitement à l'égard des personnes "traitées".

(110) C.E.t. 5 juin 1987 Rev. Dr Ad. 1987 n° 7, p. 392 et Fraissinet Lamy informatique avril et mai 1988. La CNIL a saisi le Parquet dans l'affaire relatée par la presse, du fichier de recrutement de la société SKF qui contenait des informations sur les opinions et la vie privée (TGI Créteil 10 juil. 1987 D 1988.319 note Fraissinet).

1°) **Droit d'information préalable.** Avant de répondre à toute question, à la phase de la collecte des informations, toute personne (tout candidat) doit être informée de la finalité de l'opération, de l'identité de celui qui sera détenteur du fichier (manuel ou informatisé), ce qui exclut tout anonymat ; du contenu de sa fiche et des traitements qui seront éventuellement opérés (les "croisements", les "connexions" les "raisonnements"). La loi précise que le questionnaire doit porter mention de ce qui précède et doit indiquer les conséquences d'un refus de réponse.

2°) **Droit d'accès.** Toute personne a le droit d'obtenir la confirmation de l'existence ou non, dans le fichier, de données personnelles le concernant. Cette communication doit être fournie "sous une forme intelligible", à intervalles raisonnables, et sans frais excessifs. Concrètement ce droit s'exerce par la délivrance au demandeur d'une copie de son dossier. S'il s'agit d'un dossier médical ce droit d'accès s'exerce par l'intermédiaire d'un médecin que l'intéressé désigne.

3°) **Droit de rectification.** Il est le corollaire logique du droit d'accès. Le titulaire du droit d'accès ayant constaté que les informations le concernant sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, peut exiger qu'elles soient rectifiées, complétées mises à jour ou effacées. Si on applique ces droits aux résultats des analyses et tests, on s'aperçoit qu'il sont rarement respectés. La convention parle de la nécessaire exactitude des données.

4°) **Un droit à l'oubli** peut être déduit de la limitation dans le temps de la conservation des données à caractère personnel. Son importance vient de ce que l'homme change et ne doit pas être victime d'une étiquette apposée sur lui une fois pour toutes. Chacun peut donc exiger quelques temps après que les informations aient été prises sur lui, que celles-ci soient détruites (après la fin de la procédure de recrutement).

5°) Plus important que les autres, mais évidemment peu adapté à celui qui a fait acte de candidature à un emploi, le **droit de s'opposer** à ce que des informations nominatives le concernant soient l'objet d'un traitement (art. 26 de la loi qui subordonne ce droit à l'existence de motifs légitimes). Cependant ce droit justifierait, qu'au cours d'une procédure de recrutement, aucun enregistrement d'un entretien, sans accord exprès du candidat, ne soit réalisé. Un magnétophone dans la salle implique l'accord de celui qui parle.

6°) Enfin toute personne concernée doit bénéficier d'un **droit de recours** (art. 10 conv.) qui en Droit français s'exerce auprès de la CNIL (art. 21 n° 6).

93.— Ainsi le Droit de l'informatique met en évidence des concepts qui, de l'avis du soussigné, dépassent le domaine propre de l'informatique et sont opératoires dès lors qu'une personne s'informe sur une autre : celui de **transparence**, selon lequel rien ne doit être fait à l'insu de celui sur lequel on se renseigne. Ce concept est également utilisé par la Cour de Justice des communautés. Il explique le droit d'information préa-

lable, le droit d'accès. Contradictoirement on voit apparaître un autre concept, celui de **secret** ou d'**opacité**, dès lors que sont en jeu des aspects intimes (sensibles) de la personnalité. C'est de là que procède l'idée de données normalement non communicables, et là que prend racine le droit d'opposition, le droit de refuser de répondre. Le concept de **finalité** est essentiel ; il entraîne la proscription de toute curiosité malsaine, en tous cas non indispensable : la collecte d'informations sur autrui n'est admise que pour un but précis. De là découle l'exclusion de toute recherche d'informations sans lien direct avec l'activité professionnelle (supra n° 68-69). Très proche enfin du concept de finalité, celui de **pertinence**, lui-même ici malaisément dissociable de celui de **proportionnalité**. La collecte ou le traitement, même à finalité licite et précise, doivent s'en tenir à une certaine modération ; par exemple la nature et le nombre des données personnelles enregistrées, doivent être adéquates à l'objectif, ne pas être excessives (on ne doit pas "fouiller" dans la vie d'autrui). Dès qu'elles ont cessé d'être nécessaires, elles doivent être détruites. Et surtout leur destinataire doit être nettement identifié (dans le recrutement, l'entreprise employeur). Les risques de détournement ne doivent pas être sous-estimés, la CNIL en reconnaît l'existence.

Les principes de **loyauté** dans la collecte et la **sécurité** du système de traitement ne doivent pas non plus être perdus de vue⁽¹¹¹⁾. Tous ces principes ou concepts sont des principes et concepts qu'on retrouve dans d'autres branches du Droit. Le Droit de l'informatique a servi de révélateur. C'est dire qu'ils peuvent être utilisés alors même qu'il ne s'agit plus strictement d'informatique. Ce rapport s'en inspirera dans l'énoncé des principes juridiques applicables à l'acte de recrutement (n° 116 et s.).

94.- Au point de vue international –indépendamment d'une obligation d'**entraide** entre les Etats ayant ratifié la convention, qui se situe hors du sujet étudié– la convention évoque un phénomène laissé de côté par la loi du 6 janvier 1978⁽¹¹²⁾ : les **flux transfrontières de données**. Il faut admettre que ceux-ci prennent de l'ampleur (ainsi dans l'activité des chasseurs de tête). La règle conventionnelle (art. 12) est celle de la libre circulation, avec les exceptions pour l'hypothèse où l'Etat de destination n'aurait pas de législation équivalente à celle de l'Etat d'origine. Le risque est que se constituent des "paradis de données", là où la protection est faible ou inexistante.

De toutes manières se pose la question de la **loi applicable**, et cette question fait apparaître la nature juridique du Droit de l'informatique. Les structures légales (CNIL – régime des déclarations ou autorisations) relèvent du Droit administratif : la loi administrative française s'applique aux traitements informatisés d'informations nominatives situés sur le terri-

(111) Sur l'ensemble : Dix ans d'informatique et libertés (Economica 1988 préf. J. Fauvet) et le ouvrages généraux cités en bibli.

(112) v. toutefois art. 19 - et surtout art. 24 (inappliqué).

toire français (loi locale) et les obligations des maîtres de ces fichiers sont celles de la loi française. Mais les droits des personnes devraient être soumis à la loi du pays de leur résidence. La question peut devenir importante à l'avenir, quoique les tribunaux n'aient pas encore été saisis, lorsqu'une entreprise située dans le pays A, où elle a son fichier ou son ordinateur, collecte des informations sur une personne résidant dans le pays B. Ce qui a été dit de l'activité internationale des conseils en recrutement rendra cette question inévitablement litigieuse⁽¹¹³⁾.

Prescriptions spécifiques aux opérations de recrutement

95.— A soi seul serait digne de remarque que la CNIL ait cru devoir intervenir en matière de **recrutement** et que le Conseil de l'Europe de son côté se soit intéressé aux données utilisées à des **fin d'emploi**. Il est vrai que dans le premier cas, la recommandation du 15.10.1985 est relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives, lors d'**opérations de conseil en recrutement**, ce qui est restrictif, et exclut normalement les opérations réalisées directement par l'entreprise qui embauche. Dans le second cas, la recommandation R (89) du 18.1.1989⁽¹¹⁴⁾ est relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emplois ; elle a donc un domaine d'application infiniment plus ample que le seul recrutement. Elle concerne l'ensemble des rapports entre employeurs et employés et son analyse relève principalement de la deuxième partie de ce rapport. Cependant elle vise expressément (1.3) le **recrutement**, que celui-ci soit direct, ou transite par des agences tant publiques que privées, qui utilisent des données personnelles afin de permettre l'établissement d'un contrat de travail entre les personnes qui figurent sur leurs listes et d'éventuels employeurs (1.4).

Faut-il opposer : activité des conseils en recrutement et opérations de recrutement en général ? Le soussigné ne le croit pas, pour le motif suivant : dans les deux cas il s'agit de recommandations donc de textes dépourvus de valeur contraignante ; mais dans les deux cas il s'agit d'une simple application, à des domaines particuliers —certes appréhendés de manière inégalement étendus— des principes généraux figurant dans la loi du 6 janvier 1978 ou dans la convention du 28 janvier 1981. On explicite, on rend plus concrètes, des règles générales. L'auteur de la recommandation CNIL "rappelle" des règles plus qu'il n'en édicte de nouvelles.

Comme d'autre part, ainsi qu'expose p. 57 et 70 les règles de fond applicables au recrutement sont vagues et comme "lointaines", les deux recommandations sont comme des modèles proposés à un éventuel

(113) Rigaux Rev. crit. Dr. int. privé 1980.465 - P. Kayser op. cit.

(114) C. Europe : Protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi — Strasbourg 1989.

législateur. C'est là plus qu'ailleurs qu'il importe de rechercher les règles de fond sur le recrutement. Et ces règles sont dans leur finalité générale applicables aux entreprises et à leurs "conseils". On ne devra pas s'étonner de retrouver dans les deux recommandations les principes qui figuraient dans l'exposé, général du droit applicable au traitement informatisé des données à caractère personnel (supra 84 à 90).

La CNIL a constaté que les professionnels du recrutement géraient de nombreux fichiers souvent informatisés dans lesquels figurent des informations sur le comportement, le passé du candidat, le résultat de tests de personnalité ou d'analyses graphologiques. Elle a observé que la loi était peu connue dans ce secteur des activités (pas d'information préalable, droit d'accès des individus méconnu). Des logiciels commencent à être employés qui classent les individus en fonction d'un type idéal et abstrait correspondant au poste à pourvoir, ce qu'interdit l'art. 2 de la loi. D'où cette recommandation qui est en réalité une application à un cas d'espèce de principes figurant dans la loi —une sorte de règlement d'application⁽¹¹⁵⁾.

Le conseil de l'Europe inclut le recrutement dans une recommandation générale, portant sur les traitements informatisés à des fins d'emploi.

96.— Champ d'application.

— Le conseil de l'Europe rappelle, ce qu'également croit nécessaire de faire la CNIL, que sont concernés non seulement les traitements informatisés, mais éventuellement les traitements manuels.

— La définition des informations collectées visées correspond à la règle générale : ce sont des informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable.

Le point essentiel est la finalité de la collecte. Elle est ici réalisée "**aux fins d'emploi**". C'est une catégorie de collecte d'informations qui fait ici son apparition. Les informations recueillies aux fins d'emploi accèdent à un statut propre, à raison même de cette finalité. Mais on n'en saura pas plus. Selon le conseil de l'Europe comme déjà dit, **sont incluses les**

(115) La CNIL s'est aussi préoccupée d'un système d'information appelé : gestion informatisée des demandeurs d'emploi (GIDE) commun à l'ANPE et à l'UNEDIC, chaque organisme n'ayant accès qu'aux informations qui lui sont nécessaires. Ces informations sont de caractère objectif (identité, situation familiale, niveau de formation, vie professionnelle, qualité de travailleurs handicapés, numéro de sécurité sociale). Durée de conservation : une année. La CNIL a donné un avis favorable le 20 mars 1984.

Une extension du traitement GIDE est constitué par le système LICRE, qui permet aux directions départementales du travail et de l'emploi d'accéder au fichier des demandeurs d'emploi et des allocations ASSEDIC, afin de vérifier le respect des conditions posées pour bénéficier du droit aux allocations (revenu de remplacement) et de dépister fraudes et abus. Avis favorable de la CNIL le 9 septembre 1986. Ce rapport n'a pas à s'en préoccuper. Il se contentera de relever que la dispersion des institutions chargées en France des demandeurs d'emploi (ANPE, ASSEDIC, DDTE), est ainsi corrigée, grâce à un traitement informatisé commun des données personnelles. Le droit d'accès est d'autre part assuré.

activités des agences pour l'emploi, tant du secteur public que du secteur privé. La recommandation les concerne dans toutes ses dispositions (§ 1.4).

La recommandation de la CNIL se devait en revanche de définir le professionnel (privé) de conseil en recrutement ; c'est au demeurant la seule définition figurant dans un texte juridique. Il s'agit "de tout **intermédiaire, mandaté** par un employeur, afin de l'**assister** dans le choix d'une personne **extérieure**, pour un **poste à pourvoir**" chaque mot compte : s'il n'y a pas poste de travail à pourvoir, si l'assistance porte sur l'évaluation du personnel en place, s'il n'y a pas mandat de l'employeur, on est hors du champ de la recommandation. En revanche la définition englobe la chasse de tête, comme la sélection après annonce. Comme la CNIL vise les intermédiaires, elle laisse de côté le recrutement direct, comme vraisemblablement le service public et les organismes agréés par lui.

On distinguera ce qui n'est que transposition de règles générales préexistantes (n° 97 à 99) de ce qui constitue l'apport original de l'un et l'autre document (n° 100 à 102).

97.- Transposition des principes : les données susceptibles d'être collectées.

– Les informations collectées ne doivent pas concerner celles (sic) qui relèvent exclusivement de la **vie privée** des candidats. Le conseil de l'Europe ajoute la **dignité humaine** de ceux-ci, et dans une formule sibylline : "la possibilité de relations sociales et individuelles sur le lieu de travail" (sociabilité, intégration à une équipe ?)

– Les informations collectées doivent être strictement **nécessaires au recrutement envisagé**, et en relation étroite avec la **finalité du traitement**, application particulièrement bienvenue du principe de finalité et du principe de pertinence, et reflétant l'état de la jurisprudence française (CNIL). La lecture des questionnaires montre que la nécessité de pertinence des questions posées est souvent ignorée. Les données collectées doivent être pertinentes et non excessives, compte tenu du type d'emploi ; elles devraient se limiter à celles qui sont **nécessaires pour évaluer l'aptitude des candidats** et leurs perspectives de carrière (Eur. 4.2. et 4.3.).

– Les données ne peuvent être recueillies qu'**auprès de la personne concernée**. Si des sources extérieures (des tiers) doivent être consultées, la personne concernée devrait en être informée. C'est le cas des renseignements pris auprès d'un précédent employeur, a fortiori auprès d'une agence de renseignements (Eur. 4.1. et 4.3.).

– Il y aurait infraction au principe que les données doivent être **loyalement** collectées, si on utilisait des annonces ne correspondant à **aucun** poste à pourvoir, et à seule fin de constituer un fichier de candidature ; ce procédé est clairement illicite ; de même si un intermédiaire portait à la connaissance d'un employeur la candidature de l'un de ses salariés (C.N.I.L.).

– En ce qui concerne les **données sensibles** (art. 31 loi 1978 – art. 6 conv. cons. Eur.) la CNIL recommande la garantie que représente l'exigence d'un accord exprès et écrit du candidat : de telles informations ne peuvent être normalement recherchées que lorsqu'elles sont justifiées par la nature du poste à pourvoir⁽¹¹⁶⁾. Le Conseil Européen développe assez longuement ce qu'il est illicite de faire figurer dans un questionnaire relativement à l'**état de santé** (10.2 à 6), ainsi que le cadre des examens médicaux pratiqués à cet effet. La finalité exclusive est la détermination de l'aptitude à l'emploi. L'information ne peut être collectée auprès de tout autre que le candidat lui-même. L'enregistrement des données relatives à la santé ne peut l'être que par des personnes soumises au secret médical (et non par les services du personnel). Les personnes étrangères au service médical ne sauraient avoir accès à ces données qui doivent demeurer séparées des autres catégories de données. L'accès à ces données est réservé à la personne concernée ou si celle-ci ne peut être sans risque elle-même informée, réservée au médecin de son choix. Le droit interne est loin d'être aussi précis.

98.– Transposition des principes : Les droits du candidat

– Le droit d'**opposition** conduit la CNIL à rappeler que les professionnels en recrutement doivent prendre les dispositions nécessaires à l'exercice de ce droit, par la restitution ou la destruction d'informations concernant le candidat (à sa demande).

– Le droit d'**information préalable** est consacré par le § 11 recomm. C. Eur. qui énonce que les finalités des données enregistrées doivent être indiquées au candidat, ainsi que les personnes auxquelles elles sont communiquées, les finalités et base juridique de cette communication ; cela vaut pour l'intermédiaire comme pour l'entreprise. La CNIL insiste aussi sur la nécessaire information préalable.

– Le droit d'**accès** doit s'exercer normalement, tant auprès de l'agence de recrutement qu'auprès de l'entreprise. La recommandation du C. Eur. contient deux précisions intéressantes : lorsqu'une décision est opposée au candidat, ce dernier devrait avoir le droit de s'assurer que les données fournies ont été licitement traitées. C'est l'introduction de l'idée que la procédure de recrutement doit revêtir un certain caractère contradictoire. D'autant qu'il est ajouté que le candidat doit pouvoir désigner une personne de son choix pour l'assister lors de l'exercice du droit d'accès ; et qu'une voie de recours doit lui être ouverte (§ 12.3, 4 et 5).

– Le droit de **rectification** est ici comme ailleurs la suite logique du droit d'accès. La contestation des appréciations est mentionnée par le §12.1 sans qu'on voit encore clairement ses modalités de mise en œuvre.

(116) Dans l'aff. SKF précitée n° 87, il y avait eu enregistrement dans un fichier manuel de données sensibles.

La CNIL rappelle de son côté que tout candidat peut obtenir la communication des informations le concernant. Elle ajoute que les professionnels en recrutement ont le devoir d'exposer clairement aux candidats les modalités d'exercice du droit d'accès, qui porte tant sur la fiche informatisée que manuelle. Application : le droit de reconnaître les résultats des analyses et tests éventuellement pratiqués.

Un droit, déjà spécifique, complète le droit d'accès. Selon la CNIL, tout candidat a droit de connaître lorsque la sélection des candidatures est effectuée de manière automatisée, les **motifs** pour lesquels sa candidature a été refusée. Les motifs semblent impliquer plutôt une décision humaine. Il serait préférable de dire les opérations logiques confiées à l'ordinateur.

99.- Transposition des principes : le traitement

Il est nécessaire d'assurer la **sécurité** et la **confidentialité** des informations enregistrées dans un fichier ou un ordinateur ; n'importe qui ne peut avoir accès ou se faire communiquer ces informations, surtout lorsqu'elles sont exploitables par un système informatique. Cette règle générale est ici exposée à être méconnue dans la mesure où il y a des doutes sur le "maître du fichier" responsable de son application : est-ce l'agence de recrutement ou son mandant, c'est-à-dire l'entreprise qui recrute ? les documents commentés ne s'expliquent pas clairement sur ce point. Il semble que l'enregistrement des données puisse être le fait aussi bien d'un intermédiaire que d'une entreprise.

Ceci suscite une interrogation relative à la **communication** du traitement. L'utilisation devrait en être purement interne (au cabinet – à l'entreprise) mais le cabinet de recrutement communiquera ses fiches ou son traitement à l'entreprise. Il y a risque d'erreur d'interprétation ou d'utilisation incompatible avec le but initial. Tenir informé le candidat semble un minimum (§ 6 recomm. C. Eur.). La communication externe à des organismes publics (§ 8 recomm. C. Eur.) devrait se limiter à l'accomplissement par l'employeur de ses obligations légales.

La **conservation** des données est commandée par le principe de finalité. Pour celui qui a été recruté, transmission à l'entreprise. Pour celui qui n'a pas été recruté : "effacement dès qu'il est clair qu'une offre d'emploi (embauche) n'interviendra pas" (§ 14 rec. cons. Eur.). Ne peut-il y avoir conservation des données en vue d'une offre d'emploi ultérieure ? Il faut consulter le candidat concerné (§ 14.3). Le professionnel en recrutement doit restituer ou détruire les informations (CNIL). Les informations ne doivent pas être conservées **au delà de la mission de recrutement** pour laquelle la candidature a été présentée.

Bien entendu l'enregistrement des données ne peut-être réalisée qu'à **des fins d'emploi**. Cet enregistrement est dominé par le principe d'exactitude comme par celui de finalité. Et cet enregistrement des réponses aux questionnaires ou des C.V., soit sur fichier manuel soit sur

ordinateur, doit être déclaré à la C.N.I.L. L'obligation pèse aussi bien sur le professionnel en recrutement que sur l'entreprise.

100.- Règles originales

a) La recommandation du conseil de l'Europe ouvre la porte à **l'exercice collectif** des droits des candidats, à propos desquels des données ont été collectées. Le § 3.1 énonce que préalablement à l'introduction ou la modification de systèmes automatisés pour la collecte ou l'utilisation de données à caractère personnels, les représentants des employés doivent être informés ou consultés. C'est une base juridique pour confirmer les droits des comités d'entreprise ou des délégués élus, en ce qui concerne les méthodes de recrutement. Le § 3.2 parle même d'accord de ces représentants si se révèle une possibilité d'atteinte au respect de la vie privée. La communication aux représentants est prévue par le § 7.

En R.F.A., la négociation avec le comité d'établissement est la seule base juridique possible pour introduire un traitement informatique de données personnelles dans l'entreprise.

b) D'autres prescriptions concernent les méthodes de recrutement. Une règle, spécifique du recrutement, figure au § 4.4 : le recours à des **tests, analyses**, ou "procédures analogues" destinées à évaluer la personnalité du candidat ne devrait pas se faire sans son consentement, et sans garanties légales (la loi française est muette). La personne concernée devrait pouvoir connaître les résultats de ses tests si elle le désire (recommandation C.N.I.L. dans le même sens).

La CNIL intervient aussi dans la formulation des **questionnaires**. Normalement l'identité de l'employeur destinataire des informations doit être connue du candidat. Si elle ne l'est pas, lors de la collecte d'informations, l'accord du candidat s'impose lors de la transmission d'informations nominatives à cet employeur par le conseil en recrutement. D'autre part les questionnaires doivent porter mention du caractère facultatif ou obligatoire des réponses, des conséquences du refus de réponse, de l'existence du droit d'accès et de rectification. Le principe d'information préalable n'est guère respecté pour les questionnaires.

Les professionnels en recrutement s'ils s'adressent à des **tiers** (précédent employeur) ne doivent pas le faire à l'insu des candidats "sauf pour les références professionnelles d'usage courant".

Mais c'est surtout sur le terrain très particulier des **profils**, qu'il convient de fixer son attention eu égard aux errements suivis en ce domaine. La règle n'est pas vraiment spécifique, mais c'est dans le recrutement qu'elle prend largement son sens.

La recommandation du Conseil de l'Europe reste assez vague : l'enregistrement des données ne doit pas "permettre de caractériser (le candidat) ou d'établir son profil" sans qu'il en ait connaissance.

La CNIL considère prohibé le procédé des profils en se fondant sur l'art. 2 de la loi selon lequel "aucune décision (ici de sélection de can-

didature) impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir **pour seul fondement** un traitement automatisé donnant une **définition du profil** ou de la personnalité du candidat".

En réalité si l'on voulait donner une portée juridique plus générale à cette prohibition, il conviendrait de clairement définir ce qu'on doit nommer la "méthode des profils" : elle consiste au regard de caractéristiques exigées pour occuper un emploi et définies à priori ou statistiquement à classer les individus d'après celles-ci, en utilisant la capacité de traitement de l'ordinateur ; en sorte que c'est de lui que dépendra la décision prise ; la décision devient automatique en faveur de celui qui se rapproche le plus du "profil" (celui qui a le plus de signes positifs – le moins de signes négatifs par ex.).

La CNIL dans un autre document⁽¹¹⁷⁾ résume la situation légale comme suit : l'automatisation de la décision est prohibée ; seule peut-être autorisée, la méthode des profils comme élément d'appréciation, laissant toute liberté d'appréciation au décideur humain. C'est une position en retrait.

101.— De tout ce qui précède résulte une conclusion essentielle : le seul système de normes complet et cohérent visant le recrutement est issu du Droit de l'informatique. Ceci est vrai tant des principes généraux (exposés supra n° 89) que des règles spécifiques concernant spécialement la profession de conseil en recrutement, mais facilement extensibles (n° 95).

Etant donné que ce système a pour fondement la protection de la vie privée et plus généralement les garanties à accorder aux libertés de l'individu, **son transfert du Droit de l'informatique dans le code du travail serait une solution simple** et élégante aux difficultés rencontrées. La recommandation du Conseil de l'Europe le suggère (p. 17). Il suffirait d'innover en matière de recours incessant à la CNIL, devenue une sorte de médiateur en la matière, et une déformation à éliminer (v. n° 125).

102.— Même si les règles figurant dans les deux recommandations étaient respectées, il s'en faudrait cependant de beaucoup que tous les problèmes posés soient résolus. Il en naît chaque jour, qui demeurent en suspens. Il a été traité (supra n°40) des offres d'emploi communiquées par **voie télématique** (minitel) ; mais demeure en suspens la possibilité d'inscrire les C.V. dans un réseau accessible par minitel. Dans quelles conditions l'opération a-t-elle lieu ; avec quelles garanties ?

Il a été également signalé (n° 75) une tendance à mettre en mémoire les **examens médicaux** d'embauche, qui seront ultérieurement complétés au fur et à mesure des absences pour maladie. Ce fichage médi-

(117) Dix ans d'informatique et libertés op. cit., en bibli. Autres applications à la solvabilité d'un emprunteur, à la pratique médicale au regard des caisses de sécurité sociale, au contribuable).

cal qui commence lors du recrutement recèle de très grands risques pour la liberté individuelle et justifierait une intervention spécifique de la CNIL. Les médecins du travail ne connaissaient sans doute pas exactement les exigences de la loi. Au minimum une extériorité complète par rapport à la gestion du personnel serait indispensable. Une intervention de l'autorité réglementaire ou de la CNIL concernant ces "dossiers médicaux" serait souhaitable (v. aussi n° 149).

Le problème de l'**anonymat** des offres d'emploi est significatif. Condamné par la CNIL sur la base de la loi du 16 janv. 1978 (déloyauté - v. n° 90 et 97) la règle n'a pas encore pénétré dans la pratique ni dans le Droit positif.

Nouvelle venue : la "**candidathèque**" ou banque de données constituée sous forme de GIE, créé en association par plusieurs cabinets. Elle contient 100 000 candidatures de cadres mises en mémoire. Quoique fondée sur le principe du volontariat de la part des intéressés, mais parce qu'existant **indépendamment de tout recrutement mandaté**, il s'agit vraisemblablement d'une agence de placement privé illicite. La CNIL a néanmoins validé la déclaration qui en a été faite, estimant que la conservation de documents puisqu'opérée à la demande des candidats ne constituait pas une violation de la loi. Le soussigné souhaiterait que le cas soit soumis aux tribunaux. Il est très réservé, car il ne s'agit en tous cas pas de recrutement. La candidathèque peut être conforme à la loi informatique et libertés sans pour autant être licite au regard du Droit du travail (cf. ce qui a été dit du contingency) c'est même un risque important rencontré en matière de recrutement, que la divergence d'appréciation entre Droit de l'informatique et Droit du travail sur ce point précis. Les "bornes" mis à la disposition du public ou l'usage du minitel risquent de conduire à l'apparition de banques clandestines de candidats.

Reste la plus étrange et la dernière née des applications de l'informatique au recrutement : les "**ordinateurs-recruteurs, ou logiciels d'évaluation**" (on parle aussi, improprement, de tests informatisés).

Sa licéité mérite examen ; et celui-ci constituera une transition avec la présentation des méthodes de recrutement.

– **Le point de vue des psychologues du travail** est le suivant : informatisé ou non, un test reste un test ; l'ordinateur par lui-même ne bonifie pas les tests et ne les invalide pas non plus ; néanmoins la différence réside en ceci que la batterie de tests sur ordinateur, fournit une sorte de résultat "définitif" puisque ce résultat est donné à une personne qui n'est pas psychologue et ne peut donc l'interpréter. Ce n'est plus une aide à la décision, c'est "la" décision même ; mais une décision aveugle, qui au surplus ne peut être justifiée ou expliquée au candidat. Et de suggérer que les logiciels d'évaluation avant d'être mis sur le marché soient examinés par une commission leur accordant ou non un "label"⁽¹¹⁸⁾.

(118) Goguelin et Schlegel : documents du CNAM.

— Le point de vue des **juristes** spécialistes de l'informatique diffère peu du précédent⁽¹¹⁹⁾ ; il découle de deux règles figurant dans la loi du 6 janvier. 1978. D'une part le logiciel construit le profil psychologique idéal du poste à occuper ; il est destiné ensuite, à partir d'une série de questions posées par la machine, à permettre d'évaluer la personnalité de chaque candidat au regard de ce profil de poste. A chaque trait de personnalité correspond une note. De ce fait, contrairement à l'art. 2 de la loi, (supra n°100 sur la proposition des "profils"), les entreprises qui **achètent** ou louent la disquette, où sont inscrits les tests, voulant éviter les frais d'un conseil en recrutement ou d'un psychologue, prennent directement en compte les résultats fournis par l'ordinateur, sans que quelqu'un de compétent les critique. Le diagnostic émane de la machine. Au surplus et contrairement à l'art. 3 de la loi les candidats qui ont dialogué avec l'ordinateur ne seront pas mis en état de connaître les "raisonnements utilisés" dans le traitement, et dont les résultats leurs sont opposés.

Il est douteux au surplus qu'il y ait toujours respect de la formalité requise, de déclaration à la CNIL. Aucune déontologie de la part des concepteurs de logiciels ni des fabricants.

Après enquête faite, il est manifeste que prolifèrent sur le marché ces "systèmes experts"⁽¹²⁰⁾, d'un genre nouveau (qui risquent entre autres effets de provoquer le chômage des psychologues-recruteurs). Le soussigné a observé que pratiquement aucun des principes figurant dans la loi du 6 janvier 1978 n'est respecté. L'idée mère, à savoir que **chacun ait à décider lui-même de la communication et de l'utilisation des renseignements le concernant** (auto-détermination individuelle en matière d'information) est méconnue. L'information préalable n'est pas donnée. Les données nominatives retenues par la machine pourront être utilisée par des tiers et des inter-connexions ou réseaux établis. Aucun respect du principe de finalité, ni non plus de celui de pertinence.

Le danger est accru du fait qu'aux yeux du candidat, l'affaire se présente comme un jeu électronique inoffensif, une sorte d'auto-évaluation. Ses défenseurs avancent que l'évaluation est ainsi faite avec **plus d'objectivité** ; mais c'est qu'elle est donnée **par un objet** ! Et par un objet qui a été conçu par un esprit schématique, (peut être infantile) : la personnalité humaine étant tronçonnée en "dimensions"⁽¹²¹⁾ et caractérisée par des critères : puissance de travail, volonté et persévérance, sens de l'efficacité, esprit d'initiative, autorité naturelle, ambition etc... Tout cela fait l'objet de notes permettant de hiérarchiser les candidats. Ce n'est donc pas seulement le droit de la personne en face des traitements informatisés qui est en cause, mais c'est le droit de la personne tout court : aucune activité

(119) Ariane Mole : ordinateur-recruteurs, logiciels d'évaluation ; l'approche informatique et libertés, sémin. Sociale Lamy n° 484 du 2.1.1990).

(120) SIGMUND est le plus connu, non le seul (ASD etc...). 300 questions sont posées, déterminant les points forts et les points faibles par rapport à un profil.

(121) Dimensions professionnelles, sociale, psychologique....

humaine ne peut avoir pour objectif avoué de "mettre à nu" la personnalité d'autrui ni d'étalonner ses "capacités".

Le contrat conclu entre le prestataire de services (celui qui commercialise le logiciel) et l'entreprise cliente a très vraisemblablement un objet illicite. Le Droit civil rejoint le Droit de l'informatique. Il paraît plus difficile de qualifier juridiquement le processus au niveau du concept ou fabricant du logiciel ; c'est sa commercialisation qui est en cause⁽¹²²⁾.

Faute d'autre remède il serait au minimum désirable que la CNIL élargisse sa recommandation de 1985 aux méthodes d'évaluation informatisées. Elle reconnaît⁽¹²³⁾ le danger et estime sa recommandation de 1985 partiellement caduque, inadaptée à ce type de logiciel. Les questions posées par la machine ne sont pas d'ordre professionnel, mais prétendent mesurer l'intelligence et évaluer la personnalité, à partir du profil du poste. Leur utilisation gagne, après le recrutement, la gestion de carrière (n° 146). Trop de pouvoirs appartiennent ainsi aux concepteurs du logiciel. Une intervention s'impose, de la CNIL puisqu'il s'agit essentiellement d'informatique : les candidats n'ont pas d'accès aux résultats et aux renseignements collectés.

(122) Il existe aussi des tests de graphologie informatisés, qui ont là prétention en quelques minutes de faire évaluer par la machine les applications intellectuelles et traits de caractère, à partir de la signature et de l'écriture.

(123) 10ème rapp. CNIL p ; 21 et p. 267, v. aussi 9è rapport.

Méthodes

103. - La prise de décision concernant un recrutement, est difficile. Elle suppose une évaluation des qualités professionnelles des individus ; et en ce domaine l'erreur est coûteuse. Tout dépend de la qualité de l'évaluation, donc de la valeur des méthodes utilisées à cet effet. Certes le chef d'entreprise est libre du choix de ses collaborateurs, mais il n'y a de libre choix, qu'éclairé. Choisir à l'aveugle n'est pas choisir. Or, des études réalisées par les psychologues du travail, il résulte qu'une méthode est retenue de préférence à une autre, le plus souvent, parce qu'elle est bien acceptée par les personnes qui y sont soumises, ou parce qu'elle est rapide et peu coûteuse, enfin parce que le responsable a le "sentiment" qu'elle est satisfaisante et que personne ne s'en plaint : critères de choix discutables...

A partir des enquêtes et travaux menés par les psychologues du travail⁽¹²⁴⁾ ce rapport passera brièvement en revue les méthodes employées, aussi bien par les entreprises, que par les cabinets de recrutement, et aussi, parce que ce sont souvent les mêmes, par l'ANPE. Dans l'état actuel des choses elles sont employées concurremment et en totale liberté. Certaines d'entre elles pour ne pas dire toutes, sont au centre d'un fort mouvement de **contestation** (dans la presse professionnelle, dans les syndicats).

Dans un second temps et calquant toujours sa démarche sur celle des psychologues, il n'hésitera pas à "évaluer l'évaluation", c'est-à-dire à exposer selon quels critères on peut affirmer expérimentalement qu'une méthode est "pertinente", ou encore pourvue d'un minimum de "validité pré-

(124) Cl. Levy Leboyer : Evaluation du personnel (édit. d'organisation 1990) - C. Levy Leboyer et Sperando : Traité de psychologie du travail (PUF 1987) - M. Bruchon Schweitzer : Pratiques et savoirs en matière d'évaluation du personnel (multigr. 1989). M. Bruchon Schweitzer et D. Ferrieux : Les méthodes d'évaluation du personnel utilisées pour le recrutement en France (enquête pour le M. E. N. publiée dans l'Orientation scolaire et professionnelle 1991, 20. n°1 p. 65). M. Bruchon Schweitzer et S. Lievens : le recrutement en Europe, recherches et pratiques (psychologie et psychométrie vol. 12 n°2 1991) du même auteur : Evaluation des adultes dans le monde du travail. Univ. de Bordeaux, Laboratoire de psychologie - 1989). Ce rapport est directement inspiré des travaux de Mmes Levy-Leboyer et Bruchon-Schweitzer ; ainsi que de ceux menés sur un plan différent par M. de Montmollin (les psychopitres PUF 1972). Mme Bruchon-Schweitzer donne des indications sur les méthodes employées en Belgique, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

dictive", répondant ainsi à la question : comment s'assurer d'une corrélation entre le pronostic de l'évaluateur et la réalité ultérieurement connue ? Il existe en la matière un savoir scientifique qui n'est pas négligeable, et l'écart existant entre les pratiques de sélection et ce qu'exigerait la stricte mise en œuvre de l'état des connaissances, est considérable. Les pratiques suivies sont grosso modo les mêmes depuis les années 1920 et leur valeur scientifique est faible.

Enfin, le Droit entrera en scène (d'où il n'aurait jamais dû sortir). Convient-il de laisser le processus d'évaluation se dérouler sans aucun cadre, sans aucune contrainte, de laisser le pire et le meilleur voisiner sans discrimination ? Ou bien l'acte de recruter, l'acte d'évaluer et de sélectionner les hommes, doit-il être soumis à quelques directives claires, introduisant un minimum d'ordre, dans ce qui est présentement le chaos ?

Diversité des méthodes ; leur contestation

104. - Trois remarques préalables : 1°) les méthodes examinées plus loin ne sont pas indifféremment utilisées à la même phase du processus. Il existe toujours un **premier tri**⁽¹²⁵⁾ puis une véritable **sélection** conduisant à retenir quelques candidats (short list) ; enfin la **décision** finale consistant dans l'embauche proprement dite. On élimine, avant de classer, puis de choisir. 2°) Ces méthodes sont placées entre les mains de **consultants** dont la formation et la compétence importent au premier chef. 44 % ont une formation de psychologue, 28 % une formation en économie en droit ou en gestion 26 % une formation scientifique, moins de 2 % une formation en graphologie. Mais le niveau exact de cette formation, les diplômes exigés, sont laissés à la liberté de l'employeur ou du cabinet de recrutement. 3°) Avant que ne débute le processus d'évaluation, se situe une démarche essentielle qui conditionne bien souvent le succès ou l'échec du recrutement : c'est **l'analyse du travail** qui sera confié à la personne recrutée. A telle activité devraient idéalement correspondre certaines aptitudes, et à ces aptitudes, des méthodes pour les mesurer. Or, qu'on procède à une analyse de poste, à une définition de fonctions, voire à un profil (lié à la "culture d'entreprise") ce préalable est négligé ou réalisé sans recourir à un spécialiste. C'est sans doute une des premières causes du mauvais fonctionnement du recrutement en France. Il s'agit du proverbe "il faut savoir ce qu'on veut" (ne pas réclamer un polytechnicien pour faire le VRP).

105. - Les psychologues du travail ont procédé à des enquêtes systématiques pour déterminer la fréquence d'utilisation des diverses méthodes ; ceci importe peu au point de vue juridique⁽¹²⁶⁾. Il vaut mieux dis-

(125) Ce premier tri qui aboutit à l'élimination de plus de 85 % des candidatures a lieu en général à partir soit d'une lettre manuscrite et du **curriculum vitae** (plus photo) qui y est joint, soit d'un tri **graphologique** rapide et de **l'examen des C.V.** par le consultant. On répond ensuite aux candidats "admissibles" en les convoquant. C'est donc le graphologue qui chronologiquement pèse d'abord sur le processus.

(126) Ordre de fréquence d'utilisation au cours de la 2ème phase dite d'examen approfondi : 1°) **L'entretien** 2°) **L'examen graphologique approfondi** 3°) **Les tests d'aptitude et d'intelligence**, 4°) **Les tests de personnalité**, 5°) **La mise en situation de travail**, 6°) les méthodes **divinatoires**.

tinguer les méthodes classiques, usuelles, toujours employées, de celles qui le sont éventuellement, en faisant une place pour finir aux méthodes dites "symboliques" ou irrationnelles, à fréquence d'utilisation très inégalement connue, celles aussi qui sont l'objet d'un fort mouvement de contestation.

106. - Le "trio" classique⁽¹²⁷⁾ ce sont : les références, le curriculum vitae, l'entretien. On retrouve partout ces trois méthodes qui permettent les unes de connaître le passé professionnel du candidat, l'autre d'en avoir une impression directe.

- **Les références** ont pour raison d'être de recueillir des informations auprès de personnes connaissant le candidat afin de vérifier l'exactitude de la biographie du candidat (sa scolarité) et obtenir l'opinion de quelqu'un qui l'a déjà fait travailler (ses précédents employeurs). On veut aussi s'assurer de son honnêteté. Mais les personnes consultées ne voulant pas nuire au candidat restent vagues et la validité des prédictions contenues dans les réponses (écrits ou orales) est faible. De plus les références se contredisent fréquemment.

Le choix des personnes auxquelles on s'adresse dépend souvent du candidat lui-même et ces personnes n'ont pas d'outils d'évaluation fiables, n'ont guère observé le candidat ou sont incompetentes techniquement pour le juger.

A la limite une question juridique se pose : est-on en droit de rechercher les conditions dans lesquelles le candidat a quitté son emploi précédent, et de se faire communiquer la lettre de licenciement par exemple, laquelle est aujourd'hui motivée ? Le certificat de travail est fait pour cela et ne doit comporter aucune appréciation. Une personne peut avoir "échoué" dans un certain milieu de travail, et réussir dans un autre. L'homme change et ne doit pas être soudé à son passé. Un appel téléphonique est acceptable ; une enquête de police ne l'est pas⁽¹²⁸⁾.

- **La biographie ou curriculum vitae.** Celui-ci a-t-il une quelconque valeur prédictive ? Il pourrait en avoir si l'analyse de poste préalable avait été bien faite et si le C.V. était lu, à partir d'une grille, permettant de détecter les signes véritables d'un futur succès ou d'un probable échec. Mais c'est transformer alors le C.V. en fiche biographique dangereuse pour la personnalité et admettre a priori que chacun continuera à se conduire comme il l'a toujours fait : c'est un instrument d'exclusion. Certes on peut toujours déduire le futur du passé mais avec tous les risques liés au "traitement" des fiches biographiques. On cherche aussi nécessairement à débusquer les mensonges contenus dans le C.V. , y compris lorsque le candidat a le droit de dissimuler. On sera attentif à des éléments, qui

(127) Cl. Levy-Leboyer, op. cit. p. 105.

(128) L'utilisation de détectives privés, appelés à enquêter sur le milieu familial, les mœurs des candidats, constitue en elle-même une intrusion dans la vie privée. L'enquête de police n'est admissible que si l'emploi intéresse la défense nationale.

constituent par eux-mêmes des discriminations, réprimées par la loi pénale, (prise en compte du sexe, de l'âge, du nombre d'enfants). S'appuyer sur le seul C. V. pour opérer un premier tri, appelle les plus expresses réserves.

- **L'entretien.** Il est, de l'avis général mal connu. Sa durée varie de quelques minutes à deux heures. L'interrogatoire peut être amical ou agressif. Quelque fois il est spontané. Quoique largement utilisé, chacun admet le peu de fiabilité et de validité, de l'impression produite. Son intérêt majeur pourrait être d'informer le candidat avec précision sur ce qu'on attend de lui. Les psychologues sérieux, parlent d'une "impression de validité" découlant de l'entretien, qui ne pourrait être confirmée que si l'interrogateur avait une attitude critique envers lui-même.

Il est certain que pour améliorer la fiabilité de l'entretien, celui-ci devrait être mené (successivement ou simultanément) par plusieurs personnes qui seraient ensuite conviées à discuter contradictoirement leurs opinions. Chaque interrogateur a ses propres voies pour porter un jugement sur autrui et il faut diminuer les risques de subjectivité (comme il est nécessaire de former préalablement ceux qui jugent autrui).

Les candidats sont attachés à l'entretien, voulant être jugés "sur eux-mêmes". Mais il faut améliorer l'entretien, pour l'éloigner de ce qui n'est qu'impression de l'examineur et le rapprocher d'un modèle qui serait à la fois l'entretien **structuré** (questions précises à poser au candidat) et l'**entretien en situation** (questions liées à la future activité du candidat et s'inspirant de situations réellement observées dans cette activité : comment réagirait le candidat en présence de tel incident ?).

107. - Parmi les méthodes d'évaluation plus complexes qui permettent de faire la différence entre deux individus, de déterminer leurs inégales **aptitudes**, il convient de faire une distinction entre méthodes d'évaluation des aptitudes professionnelles et méthodes d'appréciation des traits de la personnalité.

- **Tests d'aptitude, et d'intelligence.** On essaie de prédire la réussite professionnelle de quelqu'un à partir de la mesure d'une **aptitude générale** (dite intelligence ou "fonctionnement cognitif" - qui est selon A. Binet la capacité à adapter son comportement, pour atteindre un objectif donné et à faire la critique de sa propre démarche)- et d'**aptitudes spécifiques** ou particulières (parmi lesquelles les plus importantes sont l'aptitude verbale, l'aptitude numérique, l'aptitude spatiale). Certains tests sont limités à la mesure de l'aptitude générale, d'autres font place à telles ou telles aptitudes particulières requises pour le travail à accomplir. L'analyse du travail doit précisément faire apparaître les aptitudes requises et déterminera le choix du test (par ex. l'acuité de la perception visuelle ou la faculté de procéder au codage d'un texte). Il y a donc toute une hiérarchie des aptitudes, certaines générales d'autres étroitement définies ; et une série de tests très différents adaptés à leur mesure. Les études effectuées montrent que si le test est bien choisi eu égard à l'analyse du travail, sa validité n'est pas douteuse. L'information qu'il livre sur la personne testée est vraie. Seule importe la qualité du test. A part cela, il n'existe pas d'ob-

jection contre la méthode qui a connu des périodes d'engouement et des périodes de mépris. Elle constitue un indicateur fiable de réussite, principalement dans les débuts de la vie professionnelle, lorsqu'il s'agit d'acquisition du savoir professionnel de la part d'un sujet sans expérience.

- **Tests de personnalité** (inventaires de personnalité). Le recruteur est obsédé par la personnalité du candidat (qualités sociales, créativité, initiative) ce qui déjà explique les questionnaires biographiques, les entretiens, etc... Mais il veut en savoir plus, pour éliminer ceux qui par exemple manqueraient de contrôle sur eux-mêmes, seraient agressifs, associables etc... Comment cerner la "personnalité" du candidat ?

D'abord le mot personnalité manque de clarté : s'agit-il de traits de caractère ? Les mots sont ici abstraits ; ils reflètent des partis pris théoriques ignorés même du questionneur (introvertis, extravertis). Mais surtout il existe une question préalable, d'ordre éthique et juridique : on peut souhaiter faire examiner sa propre personnalité par un psychologue, si on souffre de troubles. Mais est-il possible d'imposer un tel examen à un tiers, à des fins d'emploi ? Les résultats ne seront pas confidentiels, ils ne resteront pas entre le psychologue et son client, mais seront communiqués à l'employeur. Le secret, l'intimité sont en jeu. Au minimum il serait nécessaire de recueillir l'accord de la personne testée. Les personnes interrogées, forcées de livrer des secrets sont trompées, car elles ne comprennent pas la signification de ce qu'elles disent d'elles-mêmes. Les spécialistes s'interrogent au demeurant sur l'utilité (la pertinence) de ces tests aux fins d'emploi et sur leur valeur prédictive.

Il paraît bien que l'art. 9 du code civil à lui seul, suffit à faire considérer illicites de telles méthodes, que, la plupart du temps, inspire seulement un excès de curiosité. Si on voulait éviter l'éclosion d'actions en responsabilité civile, il serait tout à fait désirable que le psychologue - comme le médecin du travail - garde pour lui les constatations faites et n'indique au cabinet dont il dépend ou à l'employeur, que l'aptitude ou l'inaptitude (psychologique, mentale) à l'emploi.

En prenant les choses par un autre bout, on ne peut manquer de se demander si chacun a bien une personnalité immuable quelles que soient les situations. Or, les tests de personnalité reposent implicitement sur l'idée que les traits de personnalité de chacun (son profil) sont permanents, et d'autre part qu'on peut les déduire des réponses faites à certaines questions. En outre si d'un travail, on peut déduire les aptitudes requises, on ne peut inférer les traits de personnalité nécessaires. Les spécialistes affirment que la validité de ces tests est faible⁽¹²⁹⁾. On a dit que certains étaient informatisés.

(129) Les questionnaires portant sur les "intérêts" ou la "motivation" sont également nombreux. Est-il possible dans l'abstrait de décrire quelles sont ses sources d'intérêts, par quoi on est "motivé" ? Mode ou infantilisme ? Certaines entreprises utilisent aussi une **auto-évaluation**, forme pervertie du divan du psychanalyste...

108.— Une méthode de sélection présente toutes les caractéristiques qui devrait la placer en tête ; et pourtant elle est rarement utilisée en France. Elle dérive du vieux procédé de l'essai professionnel (à ne pas confondre avec la période d'essai) : on isole une tâche précise, comme étant **représentative des tâches** que le candidat aura à effectuer dans son activité professionnelle. Et le candidat est évalué sur la base de l'exécution de cet échantillon. La méthode mérite d'être qualifiée de **mise en situation de travail**. A la différence du test où l'on juge d'après les signes, ici on juge "sur pièces", sur un travail réel. Comment imaginer une méthode ayant meilleure vertu prédictive ? Et de fait la "mise en situation" a révélé une très forte validité. Les candidats l'acceptent volontiers ; plus volontiers que les tests d'aptitude. La seule raison de sa faible diffusion tient à ce qu'elle serait coûteuse (et peu utilisable par les cabinets de recrutement !). On la rencontre surtout dans le secteur public. Elle est susceptible d'applications multiples : vérifier qu'une secrétaire sait utiliser une machine à traitement de texte ; qu'un tourneur connaît le maniement d'une machine outil ; mais aussi qu'un enseignant sait faire une leçon à des élèves dans sa spécialité ; qu'un juriste est capable de trouver une solution à un dossier ; ou encore s'assurer qu'un cadre de direction est capable de juger et de décider, en lui présentant des documents ou une situation devant lequel il doit réagir ("in basket"). A la limite on utilisera une simulation.

En France on connaît cette méthode sous le nom de "bilan comportemental", ce qui n'est pas une formulation heureuse. Aux USA elle a connu son point de perfectionnement ultime avec les "centres d'évaluation" : plusieurs personnes (un jury ?) observent directement l'attitude de quelqu'un dans les situations caractéristiques du poste à pourvoir.

En général l'évaluation porte sur un groupe. Ce procédé est très utilisé dans la police ou l'armée. Son avantage est de ne pas séparer l'évaluation des individus des buts de l'entreprise et des moyens qu'elle emploie ; de son organisation. Sans doute la faible importance de cette méthode en France, est la place que tiennent dans le recrutement les **diplômes**, diplômes qui aujourd'hui supposent des **stages** professionnels et, en cours d'études, l'emploi de la méthode des **cas**. L'entreprise se décharge, plus qu'elle ne l'avoue, sur les écoles et les universités du soin de sélectionner les capacités professionnelles. Même pour ses cadres dirigeants, elle privilégie le canal dit du "pantouflage". La mise en situation a été faite par les pouvoirs publics.

109.— On a réservé pour la fin les méthodes **symboliques** ou **irrationnelle**. Dans le principe, il s'agit de pronostiquer le devenir professionnel de quelqu'un, à partir de certains signes ou symboles, qui sont censés le révéler⁽¹³⁰⁾.

(130) Team Conseil op. cit. , biblio. : Les outils de sélection et d'évaluation : les approches symboliques.

Bruchon-Schweitzer : L'évaluation de la personnalité dans la sélection du personnel in Traité de psychologie du travail de C. Levy-Leboyer et Sperando, précité (qui souligne que la fidélité et la validité de ces méthodes n'ont jamais été l'objet d'une vérification scientifique —pas plus que celles des techniques dites "projectives"—). Du même auteur : L'irrationnel et le rationnel dans le recrutement : journal des psychologues, 1987-1988. 53..

La graphologie. Elle repose sur la correspondance entre l'écriture et les traits de la personnalité. La question qui doit ici être posée est moins celle de sa validité prédictive (que les psychologues déclarent proches de zéro, la graphologie ne renseignant du reste en rien sur les capacités professionnelles mais sur la "personnalité", avec toute l'ambiguïté de ce terme), que celle de sa légalité dans le recrutement. Chacun a le droit de consulter un graphologue pour lui-même ; un juge peut le faire pour l'assister dans la découverte d'un faux. Mais peut-on soumettre l'écriture d'autrui à un test graphologique dans une procédure de recrutement ? Distinguons :

- S'agit-il de candidature adressée par le candidat à l'employeur (ou à son mandataire) et sans autorisation du candidat, en fait à son insu ? Il y a violation du secret des correspondances et atteinte à la liberté du travail, du fait que quelqu'un est privé de ses chances d'emploi au vu d'un symbole unique non significatif à lui seul. Si le test est traité par l'ordinateur la collecte a été déloyale.

- S'agit-il du premier tri, effectué au vu de la lettre de candidature ou d'un examen graphologique complet accompli ultérieurement, il se heurte aux mêmes objections que les tests de personnalité : immixtion dans la vie privée (puisqu'on veut atteindre à travers l'écriture les traits de la personnalité, du moins on le prétend), non pertinence pour l'accès à l'emploi, absence de validité en elle-même.

Une surprise s'y ajoute : dans aucun autre pays (sauf peut-être une partie de la Belgique) on ne voit la graphologie occuper une place quelconque dans la sélection des candidats ; c'est une "passion française".

Les "**techniques irrationnelles**". Certains prétendent deviner l'avenir de quelqu'un, de la conjonction des astres (astrologie) des nombres (numérologie) des gestes (gestuologie), des formes de la tête ou du corps (morphologie) etc... Ici aussi chacun est libre d'accorder crédit à ces méthodes, s'il s'agit de lui-même. Et ces professions sont libres. Mais les plus expresses réserves doivent être faites dès qu'il s'agit de l'utilisation de ces techniques pour juger autrui. Tout ce qui a été dit plus haut des tests dits de personnalité s'applique à elles - a fortiori⁽¹³¹⁾.

Il est à peine besoin dans ces conditions de dire également que les spécialistes de psychologie du travail sont unanimes pour relever l'absence de toute validité (capacité prédictive de l'aptitude professionnelle) de ces procédés. Pas plus qu'il n'est nécessaire de dire, que l'utilisation de logiciels graphologiques ou "psychologiques" ne fait qu'aggraver l'illicéité (puisque les données échapperont au sujet traité).

(131) On ne peut s'empêcher de penser qu'il s'agit de déformations sans doute inconscientes de la psychanalyse. Or, la psychanalyse -tous les psychanalystes le savent- ne saurait être employée sur un tiers.

La presse a élevé une forte contestation⁽¹³²⁾ à l'encontre de ces méthodes d'évaluation, qui ont proliféré en secret, en ont engendré d'autres qui reposent sur l'examen de la main, du groupe sanguin, etc... Il est assez surprenant qu'aucun procès n'ait encore été intenté, en vue de rejeter sur l'utilisateur la charge de la preuve de la validité de procédés irrationnels. Ce rapport ne peut que renvoyer aux études des spécialistes qui ont fait porter leur recherche sur leur validité prédictive et l'ont trouvée égale à zéro, sans préjugé. Seuls les prédicteurs liés à des critères professionnels obtiennent des résultats certains.

On peut encore situer le débat sur un autre terrain : les entreprises françaises fonctionnent en économie de marché, donc dans une économie fondée sur la rationalité économique des comportements. Seront-elles performantes si elles recrutent de manière non rationnelle "au feeling". Ou confient leur recrutement à des hommes qui se meuvent dans un univers irrationnel ?

Le seul point faible de l'argumentation qui précède est que proscrire l'utilisation de ces méthodes (qui confinent à la voyance), dans les procédures de recrutement, ne pourrait empêcher les entreprises (ou les cabinets) qui y sont attachés d'y recourir clandestinement. Certes, la réponse, c'est qu'il faudra du temps, des procès (civils, pénaux, l'escroquerie n'est pas loin) une jurisprudence, pour faire admettre qu'une personne peut licitement recourir pour elle-même, à une épreuve en laquelle elle a foi alors que cette épreuve devient illicite si elle y recourt sur la personne d'un tiers.

110. - De divers sondages opérés par l'auteur du rapport, dans quelques entreprises et dans plusieurs cabinets de recrutement, il ressort des pratiques qui suscitent fréquemment le doute ou la perplexité.

Le C.V. est d'un emploi général, mais le questionnaire remis au candidat est la plupart du temps, ouvert sur des domaines sans lien avec l'activité professionnelle. On exige une lettre manuscrite (pour quel usage ?), une photographie. On s'intéresse à la famille, la profession des parents, du conjoint. On y inclut des questions sur les maladies, les traitements suivis, les infirmités. On manifeste une curiosité pour l'automobile (sic). Le C. V. s'étend aux loisirs. On exige des références, avec nom et adresse des "répondants". Les circonstances du départ de la précédente entreprise doivent être relatées et vérifiées. On demande à l'auteur de la biographie de faire un portrait de lui-même. Des détails sur l'origine sociale sont réclamés. Celui qui veut changer de travail ou le chômeur sont handicapés par la rédaction.

L'**entretien** donne lieu à la rédaction d'un guide. Le meneur de l'interview doit inscrire son impression de premier contact, noter la tenue vestimentaire. Il doit se prononcer sur les questions telles que : intelligence pragmatique ou théorique ? motivation ? Il doit juger de la compatibilité du candidat avec la "culture de l'entreprise". Certains critères dit

(132) V. les enquêtes et le débat publié par "Entreprises et Carrières" en 1990 et 1991 ; et autres journaux.

"affinitifs" déguisent un jugement intuitif (au "feeling"). L'entretien est parfois filmé et enregistré sur cassette vidéo, puis accompagné d'une analyse du comportement.

La méthode du "**profil**" est très générale et dispense de l'analyse du poste. Le suivi du candidat est prévu lorsqu'il s'agit d'un cabinet, comme un service après vente.

Les **tests** sont d'un emploi très fréquents, sans que l'on se soucie de leur validité ou de leur pertinence. On utilise ceux qui sont disponibles dans le commerce. Les tests d'intelligence et d'aptitude d'une part, les tests dits de personnalité d'autre part, ne sont pas bien distingués. Les seconds au moins dans le secteur privé, sont préférés apportant la fausse croyance de s'entourer des lumières d'une psychologie vulgarisée. Mais les recruteurs (d'entreprise et de cabinet) ne sont pas formés, au moins les "juniors", et fréquemment ne connaissent pas le poste à pourvoir. Ne bénéficiant pas de cette connaissance nécessaire, le dérapage sur la vie personnelle est inévitable.

La **mise en situation** professionnelle n'est qu'exceptionnellement appliquée (sauf dans le secteur public).

La **graphologie** est d'un emploi général soit pour effectuer le premier tri soit aussi dans la seconde phase. Les autres méthodes "à validité incertaine" ne sont pas avouées. Le test graphologique est souvent effectué à l'insu du candidat. Et il est vraisemblable qu'il glisse de l'écriture au contenu de l'écrit. D'après une enquête de l'union patronale Provence-Alpes-Côte-d'Azur réalisée auprès de 756 entreprises, il ressort que celles-ci attachent plus d'importance à la personnalité du candidat, qu'aux caractéristiques du poste et aux aptitudes qu'elles requièrent...

Il y a finalement peu de différences entre les tests dits de personnalité et les méthodes symboliques⁽¹³³⁾. Le problème de la preuve est occulté au profit d'opinions subjectives. On y reviendra : charge de la preuve et moyens de preuve sont des points essentiels comme en Droit judiciaire.

Pour tout dire d'un mot les pratiques suivies dans les entreprises sont fort éloignées de celles que présuppose le modèle du marché. Des coutumes, des représentations collectives se sont substituées à une recherche rationnelle visant à optimiser l'adéquation des individus aux postes de travail⁽¹³⁴⁾. Ce qui a été dit précédemment de l'**opacité du langage** (n°39) se

(133) Elles convergent plus ou moins vers une vulgarisation (et déformation) de la psychanalyse (ou de la sémiotique) ; les sous-entendus théoriques de ces méthodes symboliques ne sont jamais soumis à examen critique. Ceux qui les emploient manquent de bases philosophiques. Elles semblent en corrélation avec l'idée de "culture d'entreprise" sans qu'une vérification plus complète soit possible. L'influence d'un ancien "très grand patron" adepte de la "parapsychologie" et des sciences occultes se laisse encore sentir.

(134) Eymard Duvernay, Thévenot, Salais... Le travail, marché, règles, conventions (Economica 1986) et V. Merle : L'analyse des pratiques de recrutement (multigr. ANPE et LEST 1987).

prolonge dans une **opacité des méthodes**. On cherche une conformité de la personne recrutée à un certain modèle préconçu de relations sociales bien plus qu'à déceler la meilleure "potentialité" de travail. D'où une dominante à base d'intuition, procédant à partir de "signes" ou "symboles".

Etat du savoir scientifique concernant les méthodes d'évaluation

111. - Les prédicteurs, (les divers examens) doivent permettre d'évaluer chez les candidats leur probabilité de réussite dans un emploi donné. Ils doivent donc être conçus sur mesure ; n'être conçus de manière ni trop générale, ni trop particulière (pour permettre d'évaluer la faculté d'adaptation du candidat).

La valeur d'une méthode d'évaluation est fondée sur une comparaison entre le diagnostic qui a servi de base au recrutement et la réalité professionnelle ultérieure ; soit sur le fait que l'avenir ait démontré que le diagnostic était justifié ou pas. Ceci suppose deux choses : qu'on suive le candidat recruté quelque temps après la procédure de recrutement, d'une part ; qu'on sache avec une précision suffisante ce que recouvre d'autre part la formule : **réussite professionnelle** (ce dernier point soulève des questions théoriques considérables). Certes on songe à des indicateurs simples, mais **subjectifs** telles les notes mises par les supérieurs hiérarchiques ; ou à des indicateurs plus objectifs, mais utilisables dans un nombre limité de cas : la productivité du travail, transposable même au travail intellectuel (nombre de brevets, de publications) commercial (chiffre des ventes réalisées). On peut songer aussi à **utiliser des indices objectifs** tel l'absentéisme, le rythme de progression dans la carrière. Sans que la possibilité soit ici donnée, d'entrer dans le détail, les expérimentateurs savent maintenant **quand on peut affirmer qu'il y a échec ou succès, d'un candidat recruté**. D'où en employant des échantillons statistiques bien choisis, ils savent quand on peut affirmer qu'une méthode de sélection **a fait ses preuves**.

Les psychologues du travail, à partir de là considèrent tous qu'une méthode d'évaluation doit répondre aux impératifs suivants :

- la **fidélité** : les informations fournies sont indépendantes de celui qui les emploie et constantes si on les emploie plusieurs fois ou à l'égard de plusieurs candidats. On observe que cette fidélité dépend largement de la cohérence interne du procédé.
- le **pouvoir discriminant**, soit l'aptitude à classer les candidats entre eux.
- la **pertinence** : les informations fournies doivent être utiles pour la décision à prendre (l'**embauche** sur un poste de travail bien défini) ; peut-être pourrait-on préciser : adéquates à celle-ci. C'est-à-dire que la méthode doit fournir tout ce qui est nécessaire au décideur et rien que ce qui lui est nécessaire.

Si ces impératifs sont respectés, la méthode est pourvue de **validité scientifique**. On peut la définir comme la qualité du pronostic que

l'examen du candidat permet d'établir, par rapport au devenir professionnel de celui-ci, celle-ci étant manifestement relative, parce que dépendant du poste de travail à occuper. C'est sur ce concept de **validité scientifique** qu'il convient de s'arrêter étant donné les conséquences juridiques dont il est porteur, et l'importance de celui-ci pour les entreprises.

112. - La validité dépend d'abord du **contenu** même de l'épreuve d'évaluation. Pour que cette validité de contenu soit assurée, il importe que les démarches suivantes soient effectuées : analyse du travail permettant de préciser les connaissances, aptitudes, capacités indispensables à la tâche professionnelle -construction de la méthode (test, entretien, questionnaire) de manière telle qu'elle corresponde bien avec les résultats de l'analyse du travail- vérification de la pertinence de la technique par rapport à l'activité. Il est clair que cette validité de contenu est à son maximum dans l'essai professionnel ou la mise en situation (supra n°108). Elle est d'une appréciation plus complexe dans les tests d'aptitude ; pratiquement irréalisable dans les tests de personnalité ou les "approches symboliques" (à travers les signes comme l'écriture, le visage, etc...).

La validité au deuxième degré en quelque sorte, est la **validité prédictive**. Elle suppose comme on l'a dit un suivi des candidats et comparaison de leur activité réelle avec ce qu'avait permis de détecter l'analyse. La réussite a un effet rétroactif (ou de feed back) sur la validité (ou l'invalidité) de la méthode. Il faut du temps, un assez large groupe de candidats, et des critères sûrs pour apprécier la réussite professionnelle. Mais les informations recueillies ne sont réellement pertinentes que si une relation a été réellement **prouvée** entre elles et ce qu'exige la réussite dans les fonctions à exercer.

Enfin, aucune méthode n'étant à elle seule **totalement valide**, plusieurs sources d'information doivent servir à une prise de décision. Le décideur doit opérer personnellement la synthèse, au mieux : celle-ci doit être précédée d'un débat contradictoire entre deux ou trois personnes (il n'y a pas simple addition de notes mais délibération). Il arrive aussi que le recruteur et le responsable du service décident ensemble.

Cette décision d'embauche est un investissement et il serait faux de chercher à y procéder au meilleur coût : il est préférable pour l'entreprise qu'elle soit avant tout utile. Or elle est d'autant plus utile que l'évaluation aura été pourvue, d'une plus grande validité.

113. - Cela donne toute son importance au problème préalable de la preuve de la validité d'une méthode⁽¹³⁵⁾. On sait quelles sont les méthodes les plus valides et les moins valides.

(135) Les contacts entre les consultants en activité, et la **recherche** - tant la recherche en psychologie du travail que la recherche en gestion des "ressources humaines"- sont insuffisants. Cette recherche elle-même devrait être intégrée à la formation des consultants (supra n°55-563). L'absence de recherche favorise le charlatanisme ; c'est l'opinion recueillie auprès des spécialistes. La protection du titre de psychologue est un premier pas.

Les chercheurs ont classé dans un **ordre décroissant de validité scientifique**, les diverses méthodes : 1. tests d'aptitudes et mise en situation de travail ; 2. tests d'intelligence générale ; 3. données biographiques ; 4. références antérieures ; 5. entretien ; 6. tests de personnalité ; 7. graphologie. Or ce sont les trois derniers procédés qui sont en France le plus couramment employés !

Ils sont également sensibles au fait qu'il existe différents types de services de recrutement : ceux qui n'emploient que des psychologues, modifient leurs outils au vu des résultats obtenus, utilisent des tests d'aptitude et refusent la graphologie, s'opposent sommairement à ceux qui emploient des non-psychologues (quoique pratiquant cependant des investigations de personnalité !) qui privilégient l'entretien, ne modifient pas leurs outils selon les résultats, et recourent à la graphologie. La lecture des travaux des psychologues universitaires, témoigne de leur inquiétude particulièrement au vu du second type de services (en cabinet ou en entreprise). Leur préoccupation est de combler le fossé entre recherche scientifique et pratique. Les praticiens pensent en termes de coût et de rentabilité à court terme. Il n'existe aucune structure commune de rencontre entre praticiens et chercheurs en psychologie du travail ou en gestion du personnel. D'autres part les non-spécialistes sont très nombreux dans le métier de consultant. Et il n'existe aucun contrôle sur ce qu'on baptise parfois un peu sommairement : tests.

Enfin, les travaux cités en bibliographie soulignent que les résultats ne sont pas toujours communiqués aux candidats, que ceux-ci ne sont pas suivis par ceux qui les ont sélectionnés, que les outils employés ne sont pas corrigés au vu des résultats (exactitude ou défaillance du pronostic). Bref la situation du recrutement en France n'est pas bonne.

Discipline juridique des méthodes d'évaluation ; propositions

Plus de droit pourrait permettre d'améliorer cette situation, encore que les conclusions du juriste ne sont pas éloignées de celles du scientifique, ne peuvent pas s'en éloigner. Quelles sont exactement les questions qui se posent, ou plutôt quelle est la meilleure **approche juridique de ces questions** ? (n°114-115). La réponse conduira à chercher une **définition de l'acte d'évaluation** (indépendamment des procédures suivies et des personnes qui l'accomplissent) et à énoncer les **principes généraux du Droit** qui d'ores et déjà, quoiqu'encore implicitement, le régissent (n°112-118). Cet acte défini, comment est-il institutionnellement opportun d'assurer sa régulation ; ou encore d'assurer la **sanction** des principes posés (n°123-127).

L'approche juridique

114. - Les questions qui se posent au juriste ne sont pas faciles à élucider. Pas de texte. Pas de jurisprudence. Quelques prises de position

de l'autorité publique, qui biaise jusqu'ici avec les questions plutôt qu'elle ne les tranche⁽¹³⁶⁾.

– La **liberté dans le choix des méthodes doit-elle être maintenue** ? La question ainsi posée, est mal posée, car cette liberté n'est qu'un faux semblant. Il a été exposé (supra II) que le recrutement dans son ensemble était régi par les règles de fond qui font partie du Droit positif (art. 9 du code civil - 416 du code pénal - loi 18 janv. 1978 sur l'informatique les fichiers et les libertés - recommandation de la CNIL de 1985). Ces règles ne sont pas extérieures aux méthodes d'évaluation. Elle s'imposent d'ores et déjà de manière contraignante. Elles demeurent toutefois implicites et se dissolvent dans un vague principe de respect des "droits" et "libertés individuelles" du candidat. Cette directive générale est insuffisante à discriminer les méthodes employables de celles qui ne le sont pas, et à servir de guide aux consultants.

– Existe-t-il des **méthodes d'ores et déjà illicites** ? Poser ainsi la question n'est pas plus opérant. Aucun texte ne frappe d'interdit telle ou telle méthode. Du reste un acte juridique peut être illicite, s'il est contraire à un principe d'ordre public. Mais une méthode d'évaluation ? Non. Même le contrat qui intervient entre une entreprise et une agence de recrutement ne pourrait pas être critiqué de ce point de vue car il ne fait pas mention des méthodes qui seront utilisées. Au surplus la lecture dans les astres n'a rien qui heurte la loi, tant qu'elle a lieu au profit de celui qui consulte le devin. C'est donc vers ce tiers qu'est le candidat qu'il importe de se tourner.

– Doit-on énoncer et faire respecter les **droits individuels du candidat**, droits qui sont les droits de toute personne sur son intimité, sur ses "données personnelles" ? Ou mieux : montrer implicitement leurs prolongements pendant la procédure d'évaluation ?⁽¹³⁷⁾. Cette approche risque d'être elle aussi décevante. Une Déclaration des droits, même des droits concrets comme ceux qui figurent dans la recommandation de la CNIL (qui ne concerne que les cabinets -que les fichiers et traitements informatisés- et qui n'a valeur que de recommandation), ne retiendra pas le consultant, ne tracera pas les limites à ne pas dépasser dans ses investigations.

– Il est donc préférable d'aborder la "question juridique" autrement. D'abord en ne perdant pas de vue que le sujet n'est pas demandeur

(136) Rép. min. n°29 036 du 28 mai 1990 JOAN 15 oct. 1990, p. 4 881 (dénonciation des méthodes de recrutement : graphologie, astrologie, morphopsychologie qui constituent une atteinte à la vie privée) - Lettre min. trav. du 17 août 1990 à un directeur départemental sur les examens graphologiques d'embauche (le respect des libertés individuelles des candidats est l'objet d'une réflexion des services du ministère).

(137) D'ores et déjà la Déclaration de 1789 énonce que tout citoyen est **admissible** aux emplois publics à proportion de ses vertus et de ses **talents**. Cette règle de Droit constitutionnel est évidemment applicable à l'emploi privé. Mais a-t-elle un effet réel ?

Le rapport Nême proposait une "déclaration des droits du candidat" : c'est rester, sinon dans l'abstrait, du moins dans le "déclaratif".

d'un examen psychologique à finalité thérapeutique, qu'il n'est ni malade ni délinquant ; qu'il est plutôt objet d'une appréciation demandée par autrui, que l'investigation concerne seulement son activité professionnelle, alors que les outils utilisés ont très souvent une capacité d'investigation dépassant largement les besoins d'un examen professionnel. La question posée est donc en premier lieu celle des **limites de l'investigation portant sur autrui**, de sa finalité, qui conditionne strictement son étendue et sa mise en œuvre.

En second lieu le recrutement est le lieu où dans toute la mesure du possible, un pont doit être jeté entre le **savoir** psychologique et l'**ordre** juridique. Le Droit **ne peut** en ce domaine autoriser d'expérimenter sur autrui que ce qui est scientifiquement prouvé. **La validité scientifique d'une méthode coïncide nécessairement avec sa validité juridique**, mieux : elle la conditionne. Non pas qu'il n'y ait dans l'homme une part de comportement irrationnel, mais parce qu'il s'agit d'évaluer autrui : **l'évaluateur est comptable envers celui qu'il évalue de la rectitude scientifique des procédés qu'il utilise**. Là est concrètement le droit de la personne, et la responsabilité de l'évaluateur.

115. - Faut-il alors traiter cette question, difficilement saisissable, sous l'angle d'une **déontologie** à respecter par les recruteurs ou consultants ?

L'approche quoique séduisante ne paraît pas ici opératoire. De même qu'un énoncé des droits des candidats aurait peu d'effectivité, de même un énoncé des devoirs des évaluateurs (c'est cela la déontologie) serait un coup d'épée dans l'eau. Et de parler d'**éthique** du recrutement serait pareillement un trompe-l'œil. Qui dira au cours de l'entretien, qui dira lors de l'emploi d'un test de personnalité : "ici est la limite à ne pas dépasser". Bien que les personnes, parmi les mieux intentionnées, aient suggéré l'idée d'un code de déontologie du recrutement, qui nécessairement définissait les limites de l'investigation psychologique à finalité professionnelle et définissait parallèlement les droits des candidats (à l'information préalable, à l'accès aux résultats) - ce rapport n'estime pas trouver là une solution satisfaisante. En effet il existe déjà deux codes de déontologie :

- l'un pour les psychologues. Plus exactement le soussigné en a recensé au moins deux, l'un émanant de la société française de psychologie, l'autre de l'association nationale des organisations de psychologues. Bien que la profession soit aujourd'hui reconnue et le titre protégé⁽¹³⁸⁾ la lecture de ces codes de déontologie n'apporte pas de réponse précise aux difficultés qui viennent d'être évoquées.

- l'autre pour les cabinets de recrutement, plus exactement il en existe trois correspondants aux trois syndicats (supra n°45). Aucun ne fait état des méthodes d'évaluation utilisées !

(138) Loi du 25 juillet. 1985. Décret applic. du 23 mars 1990.

Un troisième code de déontologie serait-il dans ces conditions très différent ? Qui fait du recrutement sinon principalement des psychologues au service des agences de recrutement ?⁽¹³⁹⁾

En fait, le **marché de l'emploi et l'éthique** (ou la déontologie) se situent dans les univers très différents⁽¹⁴⁰⁾... Quant à contrôler de plus près la fabrication des tests mis sur le marché, cela risquerait de n'être pas compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie.

Principes juridiques applicables à l'acte d'évaluation

116. - Des réflexions qui précèdent, il résulte que le Droit ne saurait ignorer un **acte**, qui est un acte successif et complexe (comme l'est tout concours de recrutement) mais soumis comme tel au Droit des actes privés. C'est cet acte qu'il faut mettre au premier plan. C'est un acte de **choix** entre plusieurs hommes, choix découlant d'**épreuves** auxquelles ils sont soumis. Comme on l'a dit il se situe dans une période précontractuelle. Il s'agit d'un ensemble d'opérations juridiques préparant la conclusion du contrat de travail. Ces opérations juridiques doivent se conformer à certains **principes généraux** (ou à certaines règles générales) qui sont à l'œuvre dans toutes les parties de l'ordre juridique. On peut tenter de recenser ces principes dont beaucoup ont été révélés par le Droit de l'informatique en les mettant en corrélation avec les caractéristiques générales du recrutement. Le recrutement est (a) une procédure précontractuelle mettant en présence des évaluateurs et des candidats, procédure au cours de laquelle (b) les évaluateurs doivent appliquer un savoir vérifié (c) non à la personne des candidats, mais (d) à leurs aptitudes à occuper un emploi défini (e) dont l'issue est un jugement porté sur ces aptitudes (f) jugement préparatoire au choix définitif lequel n'appartient qu'à l'employeur.

D'où les principes suivants dont seuls quelques aspects sont expressément énoncés (d'autres conséquences pourront apparaître).

117. - a) De ce que le recrutement est une procédure qui se déroule entre évaluateurs et candidats, résulte l'application du principe général de **transparence**. Transparence avant l'ouverture de la procédure : informations aussi complètes que possible sur le poste à pourvoir, les qualités exigées, l'entreprise ; exposé clair (au besoin collectivement) des "règles du jeu" c'est-à-dire les phases à travers lesquelles se déroulera l'évaluation y inclus le premier tri ; information sur la personne des évaluateurs consultants. Transparence pendant la procédure : information au fur et à mesure sur les résultats. Transparence à l'issue de la procédure : lettre moti-

(139) Une association de quelques grandes entreprises dénommée : **Référence**, voudrait elle aussi introduire une certaine déontologie dans les pratiques de sélection,... et échapper à l'emprise des cabinets de recrutement.

(140) Il existe un code de déontologie du recrutement qui semble assez complet aux Pays-Bas (reproduit par Mme Bruchon-Schweitzer).

vée aux candidats non retenus ou mieux : commentaire des résultats. Ce que la loi impose dorénavant au bénéfice des consommateurs ou au bénéfice des administrés, constitue une sorte de principe général d'information du public. Ce principe développe d'ores et déjà ses conséquences dans l'acte d'évaluation, même à l'insu des intéressés. Il n'est pas nouveau.

118. - b) De ce que le recrutement est l'application d'un savoir à l'appréciation des hommes, résulte que les méthodes employées doivent être conformes au **principe de validité scientifique**. De même que dans un arrêt célèbre, la Cour de Cassation a défini l'obligation du médecin comme celle de donner les soins, "conformes aux données acquises de la science", de même l'évaluateur ne doit mettre en œuvre que des méthodes ayant fait la **preuve de leur validité** prédictive. Ce qui entraîne l'exclusion de méthodes à laquelle "certains croient", ou de méthodes qui ont parfois "coïncidé avec un choix heureux". L'emploi de ces méthodes, non validées aujourd'hui constitue un acte illicite, comparable à l'expérimentation d'une substance inconnue sur l'homme⁽¹⁴¹⁾. Ce qui entraîne également le recours à plusieurs méthodes, aucune d'elles ne pouvant à elle seule conduire à une certitude complète. Ce qui oblige aussi à utiliser des consultants de diverses spécialités, la psychologie ne pouvant prétendre au monopole de l'appréciation des hommes au travail, mais devant y concourir avec d'autres disciplines.

119. - c) Ceci d'autant plus que les méthodes éprouvées susceptibles d'être utilisées ne doivent comporter aucune investigation portant directement sur la "psyché". C'est l'effet le plus clair du **principe de finalité**. Si les évaluateurs se sont vu confier une mission de connaître divers aspects d'une personne, c'est dans le cadre du recrutement **à fin d'emploi** et non dans un cadre quelconque. Leurs pouvoirs et les procédés qu'ils utilisent sont **conditionnés** par le but assigné à leur mission. Ils ne procèdent pas à un sondage politique, ou à une enquête sur le comportement sexuel des Français, mais à une évaluation professionnelle. Il en résulte que les caractéristiques de la personne sont **hors-champ**. On retrouve donc par un autre chemin l'opposition de la vie professionnelle et de la vie privée (et des libertés constitutionnelles) (cf. supra n°71 et s). Seules les aptitudes professionnelles requises pour l'emploi sont objet de recherche. Ceci vaut même pour le premier tri. Et ceci valorise la distinction entre tests (épreuves) d'intelligence et d'aptitudes d'une part et tests (épreuves) dits de personnalité d'autre part. Certains objectent que la personne est concernée par la vie de travail, que si on souffre d'insomnies, on travaillera mal. Ce n'est pas inexact. Il appartiendrait alors d'imaginer une institution comparable à celle des médecins du travail qui pratiquent un examen de santé (hors champ) mais qui ne décernent qu'un certificat d'aptitude (dans le

(141) L'art. 6 du code d'éthique professionnelle des conseils en recrutement, liant les membres du syndicat SYNTEC dit du reste : " (Le conseil en recrutement) ne recourt qu'à des techniques d'analyse **évaluées** (ce qui veut dire en français : soumises à une démonstration ou preuve de leur validité) et qu'il maîtrise".

champ). Tant que cette institution n'existe pas (des évaluateurs diplômés **liés par le secret professionnel**), le principe de finalité trace une limite (fragile) aux investigations, donc aux méthodes que la loi autorise, mais une limite, attestée par exemple par le Droit de l'informatique.

120. - d) Quelle est l'aptitude de chacun des candidats à occuper un poste de travail préalablement défini ? C'est à cette seule question que doit répondre l'évaluateur. Le passé du candidat (son passé professionnel) et ses diplômes peuvent en témoigner. Ce qu'on appelle le C.V. , qui est plutôt un questionnaire biographique, contenu dans ces limites, peut en témoigner. L'"entretien" est fort peu significatif. Tests cognitifs et d'aptitudes (validités comme précédemment indiqué) seront très normalement employés ; et surtout la mise en situation professionnelle : ceci résulte d'un principe bien connu des juristes, celui de **pertinence**. Tous les arguments en faveur de **tel** candidat ou en sa défaveur, doivent concourir à démontrer qu'il est capable ou non de remplir **telle** fonction précise. Ceci conduit à écarter tout jugement absolu ou global sur l'homme ou à privilégier systématiquement telle méthode. Une méthode peut être pertinente pour un recrutement (chauffeur) et pas pour un autre (comptable). Tout dépend du travail à faire : comment le savoir mieux qu'en simulant une situation de travail identique (y compris pour les cadres) ? S'y rattache l'idée, de plus en plus utilisée en Droit positif de **proportionnalité** ou d'**adéquation** des moyens (les épreuves) aux fins (décerner le meilleur pour la fonction ou la tâche). Il s'agit de juger : seuls les motifs justifiant le dispositif sont à retenir, les autres sont inexacts ou surabondants. Pour un emploi donné (de confiance) la recherche de antécédents pénaux se justifie ; pour un autre elle n'est pas adaptée, pas pertinente.

121. - e) Car l'évaluateur porte une définition un jugement sur les candidats. Il en écarte certains, en propose d'autres en les classant : c'est un jugement, qui ne tranche pas un différend, qui mesure la valeur professionnelle. Plus encore qu'un autre jugement, celui-ci se doit de respecter le **principe de contradictoire**. Ce qui signifie que ce jugement doit être précédé d'un débat, débat au cours duquel les mérites respectifs des candidats doivent être discutés. Ce qui implique donc nécessairement que l'évaluateur ne saurait opérer seul. Rien de discrétionnaire ne doit subsister dans le choix, tout doit être explicable et discuté. Juger est l'acte de plusieurs. Dans une entreprise, cela peut vouloir dire que seront associés le service du personnel et le service technique au sein duquel le nouvel embauché sera appelé à travailler. Dans un cabinet de recrutement, cela aura pour effet de faire siéger simultanément (plutôt que successivement) des consultants de formation différente (psychologue et gestionnaire par ex.). Le principe du contradictoire suppose aussi, au moins pour la sélection finale, que si une raison décisive s'oppose au choix de tel candidat, il en soit oralement informé et soit autorisé à s'en expliquer brièvement. On rejoint ici la transparence.

122.- f) Ce jugement n'est que préparatoire. Mais il n'est pas indispensable que le choix définitif suive instantanément les propositions du collège des évaluateurs. L'exécution peut être suspendue quelques

temps, permettant le suivi des deux ou trois candidats estimés les meilleurs (le compte rendu de cette période sera utilisé ultérieurement par les recruteurs pour corriger leurs méthodes, en améliorer la pertinence). Le choix du chef d'entreprise demeure libre et entier. Il ne doit pas s'effacer derrière le consultant, la machine, l'outil de sélection. La méthode des profils doit être ramenée à ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être ; un auxiliaire parmi d'autres. Aucune technique n'est fiable à 100 pour 100, aucun praticien du recrutement n'est complètement crédible. Les responsabilités ne sauraient être diluées. Le recrutement est un investissement de l'entreprise: la décision appartient à celui qui en a la responsabilité.

123. - Par quels moyens institutionnels est-il envisageable de soumettre le processus d'évaluation aux principes ci-dessus ?

– Légiférer ? C'est toujours possible. Loi sur la protection des candidats calquée sur la loi de protection des consommateurs ? Mais on a souvent abusé du Droit légiféré dans les rapports du travail. Sans doute il existe ici un vide, mais ce vide n'est qu'apparent. Les principes énoncés existent d'ores et déjà. L'essentiel est de les faire respecter plus que de les énoncer. La loi a une vertu pédagogique ? Et à la longue les faits s'y conformeraient ? Ce serait ici sa seule vertu. Les entreprises ne souhaitent pas de nouvelle loi.

– Si on veut éviter les aléas d'une procédure législative (beaucoup de groupes de pression se mobiliseront) il est sans doute plus simple d'admettre qu'il existe un texte dans le code du travail qui n'a pas encore livré tous ses secrets, l'art. L.121. 1 ; le contrat de travail est soumis au **Droit commun**. Le droit commun est essentiellement constitué par les principes généraux du droit, tels que ceux énoncés ci-dessus. Un **texte de valeur réglementaire** pourrait expliciter (dans la partie R. du code du travail) le contenu de cet article L. 121. 1. Appelons-le art . R. 121. 1. Sa rédaction pourrait être la suivante.

"Le recrutement est constitué par l'ensemble des actes évaluatifs préparant la conclusion d'un contrat de travail. Ces actes ne peuvent être confiés qu'à des professionnels dont la qualification est attestée. Ils appartiennent à l'entreprise qui recrute ou à l'organisme auquel celle-ci, par mandat, a sous-traité les opérations d'évaluation et de sélection, le contrat de sous-traitance précisant les garanties assurées aux candidats.

*L'aptitude du candidat à un emploi préalablement défini, est soumise à des vérifications qui sont opérées dans une **transparence** complète à son égard, et dans le respect de son droit d'autodétermination sur le sort des données personnelles qui lui sont demandées. L'évaluation ayant pour seule **finalité** la recherche des **aptitudes**, exclut toute investigation portant sur la personnalité du candidat, sa vie privée, ses droits constitutionnels. Les méthodes utilisées doivent être **pertinentes**, et scientifiquement **valides**, se rapprochant dans la mesure du possible d'une mise en situation de travail.*

Les propositions d'embauche, élaborées contradictoirement et motivées, sont soumises au chef d'entreprise, auquel seul appartient la décision de conclure".

– Si la voie réglementaire comme la voie législative était écartée, un protocole sur le recrutement pourrait faire l'objet d'une **négociation collective** réunissant au plan interprofessionnel, les organisations représentatives d'employeurs, de conseils en recrutement et les syndicats de salariés. La base initiale de la négociation pourrait être constituée par le texte précédent ou tout autre projet (v. infra n°127 note).

Comment assurer le respect de ces principes ?

124. - Comment assurer la sanction⁽¹⁴²⁾ des principes qui seuls assurent, dans l'intérêt des entreprises et des candidats, un recrutement loyal et efficace ?

– L'idée même d'instituer de nouvelles **infractions**, doit être écartée. En l'état actuel des choses ce serait la pire des méthodes sans que le soussigné ait le temps de le démontrer. Des poursuites pénales ne régleraient rien.

– La sanction civile de la **nullité** (de l'embauche) si le recrutement ne s'est pas déroulé conformément aux principes définis, doit également être mise de côté. La juridiction administrative annule les concours. Mais ici règne la liberté d'entreprise.

– Néanmoins, l'opinion publique revendique pour les candidats non retenus dans des conditions irrégulières (essentiellement de forme : transparence et contradiction et de fond ; validité des méthodes et finalité) une **possibilité de recours**.

Il ne saurait être question d'un recours contre une décision d'embauche arguée d'injustice, puisque le chef d'entreprise est souverain, dans son choix. Il s'agit d'un recours contre les moyens ayant conduit à la décision. Trois pistes pourraient être explorées.

125. - La première s'orienterait vers la création d'une **institution médiatrice**, dont la figure devrait au moins dans un premier temps rester floue. Elle recueillerait une partie des attributions de la CNIL qui est submergée de plaintes sans lien évident avec l'informatisation des traitements de données personnelles. Ou elle constituerait une sous-commission de la CNIL⁽¹⁴³⁾. Institution collégiale, composée de quelques personnalités indépendantes, ou composées des représentants des intérêts en présence (cabinets, entreprises, syndicats, associations de candidats à créer sur le

(142) Le mot sanction est employé dans son sens juridique et ne doit pas évoquer la sanction pénale. Comment assurer le respect des principes qui régissent l'évaluation des candidats à un emploi dans l'entreprise ?

(143) Avantage : s'appuyer sur ce qui existe déjà, au moins dans un premier temps.

type des associations de consommateurs) ? Ou médiateur unique ? Le relatif échec de la médiation dans les conflits collectifs du travail ne doit pas ici être mis en avant ; en effet, les différends sont individuels, peu "médiatisés", les syndicats restant jusqu'ici –sauf les syndicats de cadres–, peu intéressés.

126. - Les deux autres orientations possibles relèveraient plutôt d'une prévention des différends. Mais elles se combineraient, plutôt qu'elles ne substitueraient, à la commission de médiation.

– On a vu (supra n°112) que le point décisif est l'emploi de méthodes d'évaluation dont la validité a été établie. Se pose donc une question bien connue du Droit, celle de la preuve et plus précisément celle de la **charge de la preuve de la validité** d'une méthode dont l'emploi a été signalé à l'avance (transparence). Il n'est pas contraire aux principes du droit d'exiger de celui qui veut soumettre une tierce personne à une épreuve, qu'il supporte la charge de prouver que cette épreuve apporte des connaissances sûres sur les aptitudes du candidat. La validation d'une méthode dans un cas donné pouvant servir ensuite de précédent dans d'autres cas. L'institution médiatrice pouvant recevoir la mission, à la requête d'un candidat ou d'une association ou d'un syndicat, de faire procéder à la validation ou de s'assurer auprès des experts de la validité. La charge de la preuve ne pèserait pas sur l'utilisateur, à proprement parler, mais la commission ad hoc pourrait lui demander d'apporter toutes justifications utiles.

– Une variante consisterait à confier à un **laboratoire scientifique la validation des outils** (tests, logiciels d'évaluation, et autres) utilisés sur le marché. Simple variante, si le recours à ce laboratoire, habilité par la commission, dépendait d'une décision de celle-ci, lorsqu'une contestation lui est soumise. Complément utile si ce laboratoire fonctionnait indépendamment et comme parallèlement à la commission ; une présomption de validité étant attachée aux vérifications du laboratoire, qui délivrerait une sorte de label.

127. - Si on estimait les propositions ci-dessus (n°125 et 126) trop lourdes, trop contraignantes, il resterait la définition juridique de l'évaluation en vue du recrutement, avancée au n°123 ; inscrite dans un texte réglementaire ou acceptée par les partenaires sociaux. On peut attendre d'elle, qu'à la longue elle influence les comportements, qu'elle ait une vertu pédagogique suffisante ; une amélioration des recrutements peut en être attendue, bénéfique à l'économie française et aux entreprises, comme respectueuse des droits individuels.

Ce décret serait à compléter par les propositions faites précédemment et ici rappelées brièvement :

a) de transférer dans la partie réglementaire du code du travail la recommandation de la CNIL de 1985 sur les conseils en recrutement (n°101) en la généralisant aux activités de recrutement en général et en y

incluant un additif concernant les logiciels de recrutement et d'évaluation (n°102) ;

b) d'interdire tout anonymat dans les offres d'emploi (n°38-39) ;

c) d'inclure les programmes et les méthodes de recrutement dans les informations à fournir au comité d'entreprise (n°37) ;

d) de créer un diplôme universitaire de consultant en recrutement (n°56) ;

e) de réglementer les offres d'emploi utilisant la télématique (n°40) ;

f) d'inciter à des négociations collectives sur le thème du recrutement, afin de mieux définir les droits et obligations du recruteur et du recruté (n°60) en s'inspirant notamment des codes de déontologie existant. Négociations entre les entreprises et les cabinets ; entre entreprises, cabinets et syndicats ; entre ces diverses organisations professionnelles et l'ANPE : c'est une question d'opportunité⁽¹⁴⁴⁾.

Une lettre du ministre aux partenaires sociaux reprenant le texte élaboré au n°123 et leur demandant leur avis sur ce texte, constituerait un déblocage efficace d'une situation qui ne peut perdurer.

(144) Les conventions de branche pourraient comporter des dispositions sur le recrutement. Elles l'ignorent jusqu'ici. Une obligation de négocier sur ce point est malaisée à concevoir (les syndicats représentent-ils les simples candidats à l'emploi ?).

Il existe un projet de l'UCC-CFDT qui définit le recrutement, précise la déontologie du recruteur, les droits du candidat à l'embauche et propose de créer une commission permanente pour le recrutement (V. D. Croquette "Projet" n°224, 1990). L'UIMM et le CNPF sont plutôt favorables à un dialogue entre organisations d'employeurs et les syndicats de conseils en recrutement en vue de rédiger un document déontologique. Une association de la F. E. N. à ces négociations ne serait pas dépourvue d'intérêt.

Chapitre 2

Contrôle du travail

128.— Le contrat individuel de travail une fois conclu, le respect des droits et libertés présente une physionomie toute différente. La personne en cause n'est plus un citoyen à la recherche d'un emploi, mais un salarié en état de **subordination**. Cette subordination le place sous l'autorité de l'employeur, et de ceux à qui l'employeur a délégué ses pouvoirs. Par la conclusion du contrat de travail, le salarié a consenti à une certaine restriction de sa liberté.

Néanmoins si le débat prend une autre tournure, il n'en subsiste pas moins. C'est l'esclave qui aliène totalement sa liberté ; le salarié ne l'aliène que partiellement et pour ce qui est nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise. Il met à la disposition de l'entreprise non sa personne mais sa force de travail. C'est dans l'exécution de son travail, qu'il a accepté de se soumettre à des ordres ou à des directives. Pour tout ce qui n'a pas trait à l'accomplissement de sa tâche, il reste un citoyen libre, protégé par la loi.

Dans ces conditions les termes de la discussion se modifient assez profondément ; son enjeu revient à déterminer l'**ampleur de l'échange** inscrit dans le contrat. L'ampleur de l'échange plus que le degré de subordination. A quoi au juste s'engage le salarié en contrepartie du salaire ? L'**homo faber**, l'homme au travail, doit fournir une prestation conforme à ce qu'exige l'employeur. Mais pour être travailleur il n'en reste pas moins homme. On peut saisir cette fracture qui le traverse, sur l'exemple de la liberté d'aller et venir. Le salarié peut la revendiquer comme tout citoyen. Mais sur les lieux de travail, pendant les heures de travail, elle subira de nombreuses limitations. Et si d'aventure il utilise cette liberté pour **ne pas** se rendre à son travail, il sera absent, par là même coupable d'un manquement à une des obligations qui le lient à son employeur. Si cependant la force majeure rend impossible sa présence (s'il est malade), ou si une nécessité momentanément le contraint à quitter son poste de travail, on imagine mal que son état de subordination puisse y faire entièrement obstacle. Le balancier oscille ainsi de la subordination à la liberté, chaque jour, chaque heure...

129.— Le débat est ancien. S'il convient de le reprendre, c'est que des moyens de contrôle nouveaux et performants, permettent à l'employeur d'être informé à chaque instant des faits et gestes du salarié et de gérer plus

si son esprit d'initiative est encouragé, par ailleurs et sans même qu'il le sache, il est livré à des modes d'investigation automatiques, qui le transforment en simple **objet de mesure**, ce que la vieille notion juridique de subordination reflète mal. Le critère de subordination juridique par suite apparaît, à bien des égards, en crise lui aussi. Qu'est-ce que la science ou la technologie dans ses applications les plus sophistiquées (transmission à distance des images et des sons-informatique-robotique) autorise le responsable de l'entreprise à connaître des hommes au travail ?⁽¹⁾. Jusqu'où s'étend son droit de savoir ? Enoncée différemment, la question à examiner est : jusqu'où vont les pouvoirs d'un employeur et où commence la liberté individuelle ?

La ligne de partage ne saurait plus être tracée à la sortie des lieux de travail et à l'expiration de l'horaire. L'entreprise suit ses salariés à leur domicile ou pendant leurs loisirs. Et réciproquement l'homme sous le salarié, reste un homme pendant ses heures de fonction et dans les locaux où il les exerce. Tout est devenu plus complexe et plus flou.

120 - Le code du travail est conçu, au mieux, le dimanche, soit

formation des représentants des salariés (art. L. 432-2). C'est donc à travers la jurisprudence sur le licenciement que les juristes habituellement discutent du respect des droits du salarié ; mais il est trop tard ; il est trop tard, parce que la méconnaissance d'un droit essentiel, n'a pour effet que de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse et ne se traduit donc que par le versement d'une indemnité. C'est probablement cette issue dérisoire, ce troc d'un droit contre une somme d'argent, qui a poussé les tribunaux dans les situations limites à substituer à l'indemnisation, l'annulation du licenciement suivi de la réintégration du salarié.

Cet effacement du droit du travail laisse une vaste carrière au pouvoir de direction qui a notablement amélioré ses méthodes de gestion. En sorte qu'ici aussi c'est vers le Droit de l'informatique qu'il faut se tourner, un Droit de l'informatique qui appréhende, à sa manière évidemment, la défense de la personne du salarié. Un dialogue encore timide s'établit entre les deux Droits (comme on peut le voir à propos du contenu du bulletin de paie) mais ce dialogue est exemplaire et le cas du bulletin de paie mérite l'attention, puisque c'est la CNIL qui est à l'origine d'un changement des textes mêmes du code du travail.

(1) Les nouvelles technologies, un défi pour la vie privée. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

131.— C'est la poursuite de ce dialogue que l'auteur de ce rapport voudrait imaginer et mettre en scène ; le premier acte se déroule dans la coulisse : au sein des directions de personnel (DRH) et a pour objet : la gestion du personnel. Le travailleur est représenté par un dossier, une fiche, un numéro d'ordinateur, lequel servira à la gestion de sa carrière. Le second acte se déroule sur le devant de la scène, qui représente un atelier, un chantier, un bureau, un lieu de travail. Le travailleur salarié est présent en chair et en os et aussi la machine : il exécute son travail. Jusqu'à quel point la technologie moderne permet-elle la surveillance de l'ensemble de son comportement ? De ses déplacements, de ses gestes, de son efficacité ?

Enfin la scène finale sera plus abstraite ; et représente comme le monologue d'Hamlet. Quelle **part irréductible de liberté** subsiste-t-il dans la vie, en partie double, de celui qui a un emploi et se consacre au développement d'une entreprise, à quelque niveau hiérarchique qu'il se trouve placé ? C'est à cette occasion qu'il sera possible de dire si notre Etat de droit a su trouver les solutions satisfaisantes à ce dédoublement de la personnalité, qui fait d'un citoyen libre un travailleur soumis. On pourrait intituler ce dernier aspect : la subordination dans la liberté ou la **liberté dans la subordination**. Il s'agit de rien moins que des libertés constitutionnelles du travailleur salarié, sujet sur lequel la littérature juridique a été longtemps étrangement silencieuse.

La nouvelle gestion du personnel

132.– On ne peut contester l'utilité de la gestion automatisée du personnel. Elle simplifie le travail des directions d'entreprises. Elle contribue à la rapidité de la paie. Elle permet à l'entreprise de s'acquitter plus aisément de ses obligations en matière de sécurité sociale et en matière de retraite. Une forte proportion (près de la moitié) des fichiers déclarés à la CNIL sont des fichiers de gestion du personnel, spécialement des fichiers automatisés. La gestion du personnel serait aujourd'hui impossible sans l'informatique devenu outil essentiel de rationalisation. Les applications de l'informatique sont ici de trois types différents⁽²⁾.

– Les moins discutables portent sur la gestion **administrative et quantitative** du personnel : calcul et versement de la paie ; établissement de données comptables et statistiques (en vue de l'information du C.E., de l'élaboration du bilan social) ; rapports avec les caisses de sécurité sociale, les caisses de retraites, l'administration.

– Appellent plus de réserves, les traitements informatiques de données **"subjectives"** (attachement à l'entreprise, motivation au travail) servant de base à l'appréciation **qualitative** du comportement et de la qualification des salariés, en vue de leur affectation, de leur promotion, de leur "évaluation" en cours de carrière. L'informatique fonctionne alors comme aide à la décision, décision qui relève de la direction de l'entreprise.

– Plus récentes et moins bien connues sont les applications de l'informatique à la **planification** des ressources humaines, dans les entreprises qui ont des objectifs de croissance ou de restructuration interne. Il s'agit de faire des prévisions en vue d'ajuster les effectifs et les qualifications aux objectifs définis. Cela suppose une connaissance des aptitudes et des déficiences du personnel, par exemple celle des causes d'absence ou encore celle des besoins de formation. Le danger est alors celui d'un "scientisme" caricatural. Comment respecter la règle inscrite dans l'art. 3 de la loi du

(2) LENOIR et CHAUVET op. citée en bibliographie (Informatique et relations de travail - Economica 1986). FRAISSINET : Les informations nominatives sur les salariés dans la gestion du personnel – som. soc. Lamy, n° 419 du 25/7/1988.

6 janvier 1978 : "toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés" ?

On partira de la gestion traditionnelle fondée sur des données objectivables ; on soulignera sa lacune majeure ; on évoquera la gestion moderne plus qualitative pour laquelle n'existent pas encore de règles appropriées.

Les principes applicables à la gestion quantitative ou administrative

Ils ne figurent pas dans le Droit du travail mais on les déduit de la loi Informatique et Libertés. Ils concernent la déclaration initiale puis la gestion elle-même.

La déclaration du traitement

133.— En premier lieu l'obligation existe pour l'entreprise qui veut utiliser ou modifier un traitement informatisé d'informations nominatives —ou un simple fichier— de faire une **déclaration** à la CNIL. Déclaration ordinaire, ou déclaration simplifiée (art. 16 et 17 de la loi) si le traitement ne comporte manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés et est conforme aux conditions fixées par une **norme**⁽³⁾. Dès récépissé donné de la déclaration, traitement ou fichier peuvent être mis en place.

Avant de présenter le contenu essentiel de cette norme, il convient de dire un mot de sa genèse.

Usant du pouvoir réglementaire que la loi lui confère (art. 6) la CNIL avait élaboré une norme n°7 relative à la paie et à la gestion du personnel dans le secteur privé. Le principe même d'une telle norme est que le traitement qui y correspond ne comporte manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés. Or saisi par une confédération syndicale, le conseil d'Etat avait annulé la norme n°7 ; pour deux séries de motifs, liés au contenu même de celle-ci. D'une part dans l'énumération des catégories d'informations que pouvait contenir le traitement, la norme faisait suivre chaque catégorie de l'adverbe notamment ou de etc..., ce qui avait pour conséquence de transformer cette liste d'informations en une liste indicative, et non plus limitative. Ainsi était ouverte la faculté d'enregistrer des éléments dont il n'était pas possible de s'assurer qu'ils ne portaient pas

(3) Cette "norme" (vocabulaire plus proche des pratiques industrielles que du droit) est l'expression d'un pouvoir réglementaire attribué à la CNIL en ce domaine. Sa particularité est d'autoriser globalement et à l'avance les traitements qui déclareront s'y conformer. Comme le dit la CNIL le mécanisme est à base de confiance... La déclaration quoique suivie de la remise d'un récépissé, est en fait une affirmation de conformité à la norme. Mais conformité y a-t-il ?

atteinte à la vie privée et aux libertés. D'autre part certaines catégories d'informations visées pour la norme "ne pouvaient être regardées comme manifestement dépourvues du risque d'une telle atteinte" (origine du handicap à propos de l'identité ; remboursements d'avances et retenues, à propos de la rémunération ; loisirs et logement, à propos du domaine social). Bien qu'excluant de la mise en mémoire, des données dites sensibles (celles de l'art. 31 de la loi) la norme était donc illégale et a été annulée⁽⁴⁾. La jurisprudence du conseil d'Etat, à travers cette annulation, manifeste son souci de contrôler le contenu exact des fichiers de personnel. La norme simplifiée qui fixe ce contenu doit être strictement conforme à l'objet licite du traitement. Autrement dit il est nécessaire que les informations collectées, stockées et traitées soient pertinentes pour la finalité du traitement : la paie et la gestion du personnel ; et ne permettent aucun détournement, mieux même : aucun risque de détournement, telle une intrusion dans la vie non-professionnelle. La norme n°7 dépassait le but qui justifiait son existence : le rapport strict entre le contenu de la norme et sa finalité n'était pas respecté.

134.— D'où après annulation de la norme n° 7, l'adoption d'une nouvelle norme n° 28 (délib. 18 juin 1985) toujours sur la base de l'art. 17 de la loi. Après avoir énoncé que les traitements informatisés d'informations nominatives avaient pour objet la paie (on ne parle plus de gestion du personnel), elle ajoute qu'ils ne doivent porter que sur des données objectives, dont les résultats peuvent être facilement contrôlés ; ne pas donner lieu à des interconnexions, et garantir la sécurité de ces traitements. La norme fixe trois séries de conditions relatives à la finalité du traitement, à son contenu (catégories d'informations) aux destinataires des informations.

— Finalité : le calcul et le paiement des rémunérations (brutes et nettes après retenue des cotisations légales et conventionnelles obligatoires) les déclarations à faire à l'administration fiscale et à la sécurité sociale ; la tenue des comptes individuels d'intéressement et de participation ; la réalisation de traitements statistiques non nominatifs ; la fourniture des écritures de paie à la comptabilité ; la fourniture des états de situation du personnel conformément à la loi.

— Contenu : en fonction de cette finalité les catégories d'informations traitées sont limitativement les suivantes : identité (nom, prénom, sexe, date de naissance, n° de sécurité sociale, adresse, taux d'invalidité, nationalité française ou étrangère) ; situation familiale (enfants à charge, situation matrimoniale) ; vie professionnelle (lieu de travail, n° du poste de travail, date d'entrée dans l'entreprise, ancienneté, emploi occupé, coefficient hiérarchique, nature du contrat de travail) ; éléments de rémunération (régime et base de calcul, cotisations sociales, congés et absences, donnant lieu à des retenues, —déductibles ou indemnissables—, frais professionnels,

(4) C. Et. 12 mars 1982. Dr. ouvr. 1982.246 — concl. Dondoux Comm. J. FRAISSINET Expertises juillet 1982.

mode de règlement, identité bancaire ou postale). Les informations relatives aux motifs des absences ne doivent être conservées que jusqu'à l'échéance de la paie. Celles nécessaires à l'établissement des droits à pension, sans limitation de durée.

– Destinataires : services d'administration et de paie ; service du contrôle financier ; organismes de sécurité sociale, d'assurance chômage, de prévoyance et retraite ; caisses de congés payés ; administrations légalement habilitées ; organismes intervenant dans la gestion des comptes (commissaires aux comptes).

135.— Tout autre traitement doit faire l'objet d'une déclaration ordinaire. Celle-ci semble aujourd'hui concerner les fichiers autres que ceux concernant la paie, ainsi ceux qui contiennent les informations subjectives (appréciations) ; ceux qui ont pour objet la gestion des horaires variables, le suivi des absences, ainsi que tous ceux qui se rapportent en général à la gestion du personnel⁽⁵⁾. Quant aux traitements qui exceptionnellement contiennent des données sensibles (origines, opinions, appartenances syndicales –art. 31) ils requièrent une demande d'avis de la CNIL et un décret en conseil d'Etat. Il n'en existe normalement pas dans l'entreprise privée. Si le traitement a fait l'objet d'une déclaration conforme à la norme simplifiée n° 28 ou d'une déclaration ordinaire (fichier de gestion stricto sensu) les mêmes principes que ceux exposés dans la première partie à propos des fichiers de candidats s'appliquent, que le fichier soit informatisé ou mécanographique. Les principes, fondés sur le droit de libre disposition appartenant à chacun sur ses données personnelles, d'esprit libéral et individualiste, sont mal adaptés au cas d'un salarié subordonné isolé.

La gestion automatisée

136.— Principes applicables à la gestion automatisée ou par fichier :

– **Obligations de l'entreprise** : ne procéder à la collecte que par des moyens loyaux, licites, non frauduleux⁽⁶⁾ ; porter à la connaissance de chaque salarié des informations (figurant par exemple sur le questionnaire à remplir) relatives au caractère obligatoire ou facultatif des réponses, à l'identité du destinataire à l'usage qui sera fait des données recueillies sur son compte, à l'existence d'un droit d'accès et de rectification⁽⁷⁾ prendre toutes précautions pour que ces informations ne soient pas

(5) Nombreuses références aux systèmes de gestion des horaires de travail, tant dans le secteur public que privé (Hordynamic au min. du travail –qui inclut la gestion des absences– avis favorable 1986 –in 10 ans d'informatique ; voir aussi le 10ème rapport annuel).

(6) Serait déloyale une collecte de données à partir d'une écoute clandestine, de l'interrogation d'un tiers –même du supérieur hiérarchique.

(7) Règle presque toujours inappliquée, malgré le libellé très clair de l'art. 27 de la loi.

déformées ou communiquées à des tiers non autorisés (assurer la sécurité des traitements et la confidentialité des données par exemple par un code d'accès); ne pas collecter d'informations "sensibles" sauf accord écrit et formel du salarié ; ne conserver les informations collectées que pour une durée indiquée par la CNIL lors de la déclaration, celle pertinente pour la réalisation de la finalité déclarée.

– **Droits du salarié** : droit de **s'opposer pour motifs légitimes** à ce que des informations nominatives le concernant fassent l'objet d'un traitement informatisé (mais il n'existe à ce jour aucune définition des motifs légitimes en matière de gestion du personnel ; la lacune est patente) ; le droit de s'opposer semble bien impliquer une information préalable **avant** l'établissement de tout fichier. Droit pour chacun d'avoir **accès** aux informations le concernant ; ce droit d'accès, strictement personnel, a fait l'objet d'une recommandation de la CNIL du 1er avril 1980, quant à ses modalités ; il comporte le droit d'interroger sur l'existence d'un fichier dans l'entreprise, de se faire communiquer par écrit les informations concernant le demandeur ; son corollaire est un droit de rectifier. Mais il ne peut s'exercer que contre le maître du fichier (service désigné par le chef d'entreprise pour répondre à une demande d'accès) la CNIL saisie en dernier recours pouvant, sur plainte, ordonner la communication⁽⁸⁾. Au surplus la loi de 1978 contient un dernier droit dont l'effectivité rendrait la gestion très différente de ce qu'elle est (art. 3). C'est la possibilité de **contester** les raisonnements utilisés dans un traitement dont les résultats sont opposés au salarié ; ainsi pour lui refuser une promotion, pour le muter dans un autre service. Jointe à la prohibition de la méthode des profils (art. 2) déjà commentée (supra n° 100) c'est cette possibilité qui pourrait rendre la gestion plus "contradictoire", plus transparente aussi. Mais on aperçoit immédiatement quel empiètement ce droit représenterait sur les prérogatives, jusqu'ici indiscutables, de l'employeur.

Certes le droit de contester, n'est pas celui de contester le résultat ("des absences s'élevant à deux mois dans l'année, rendent la promotion à un poste de responsabilité impossible") mais de contester les raisonnements, donc les méthodes qui caractérisent le logiciel ou le progiciel, de "discuter la vérité sortie de l'ordinateur" ("vous n'avez pas le profil imposé pour ce poste"). Cette faculté est difficilement accessible au salarié. Si la machine indique que le rendement du salarié est moindre que celui de la moyenne de ses camarades, et qu'une prime ne lui sera pas versée, comment contester ? Et si, ce qu'on peut prévoir, fonctionne prochainement, l'inscription sur une carte à microprocesseur (à "puce") de l'ensemble de l'activité et de ses résultats, le salarié sera traité sur injonction ou directive de l'automate. C'est donc à un stade antérieur et sur un autre plan que le rééquilibrage doit jouer.

(8) cf. C. Et. 17 janvier 1986 D 1987 somm. 374.

Enfin dernier droit —implicite— du salarié, le droit à l'**oubli** qui résulte de l'obligation de limiter dans le temps la conservation des données, à ce qui est strictement nécessaire au fonctionnement du traitement.

137.— Les deux principes de transparence et de finalité en lesquels se résument toutes ces règles, même si on y ajoute la prohibition de la collecte d'informations sur l'origine raciale, les opinions politiques et religieuses, l'appartenance syndicale⁽⁹⁾, ont un caractère bien général pour donner un cadre juridique aux fichiers de gestion du personnel. La possibilité d'y faire figurer toutes les absences pour maladie n'en est pas affectée ; ni les sanctions disciplinaires ; ni les différents stages de formation et leurs résultats ; ni les appréciations portées par les supérieurs hiérarchiques. La rationalisation de la gestion du personnel fait naître la tentation de confondre informations nécessaires et informations utiles peut-être, mais devant demeurer dans la sphère personnelle du salarié. Finalité et transparence ne peuvent empêcher le risque de confusion ou de transgression. Le principe de finalité est clair en ce qui concerne la paie, car il existe en ce domaine les critères objectifs et une législation. Il l'est moins concernant la gestion stricto sensu qui du reste varie d'une entreprise à une autre. Ainsi des règles de promotion.

On ne peut que faire une constatation : l'informatique appliquée à la gestion a par son développement même accru les prérogatives de l'employeur, (qui préexistaient) ; elle a par réciprocité ouvert des droits individuels au salarié. Mais elle n'a pas été jusqu'au bout des deux idées de transparence et de finalité : la transparence n'est pas organisée **ab initio**, par exemple par la distribution d'une notice explicative complète à tout le personnel ; la finalité peut être compromise en cours de route notamment par l'enregistrement de données puisées dans les examens de santé périodiques ou liées aux appréciations subjectives de la hiérarchie sur l'attitude générale du salarié.

138.— L'application de la loi a fait d'autre part apparaître une possibilité de fuite, facile à colmater. La loi parle de traitements et de fichiers, contenant des informations nominatives. Tout enregistrement comportant des informations relatives à des personnes est-il visé ? Interprétant restrictivement les délits pénaux figurant aux art. 41 et 42 de la loi du 6 janvier 1978, la jurisprudence pénale a refusé d'en faire application à la constitution clandestine de **dossiers**⁽¹⁰⁾. Or bien souvent une fiche ne fait que renvoyer à un dossier. Et la CNIL estime de son côté (avis 23 mars 1982) que le droit d'accès ne peut se limiter à la fiche qui ne

(9) C'est la présence de données sensibles (opinions et vie privée des salariés) sur un fichier qui a motivé la plainte de la CNIL ayant conduit à la condamnation de la société SKF (TGI Créteil 10 juillet 1987. D 1988.319 note FRAISSINET dr. ouvr.1988.516. Seul cas connu.

(10) Crim. 3 nov. 1987. D 1988.17 n. Maisl — comm., FRAISSINET JCP 1988 I (G) 3323, cassant partiellement C.A. Rennes 24 juin 1986. D 1987.377 (v. en 1ère instance TGI Nantes 16 décembre 1985. D 1986. 471 n. FRAISSINET), v. aussi TGI Paris 2 mars 1989 Lamy social. D p. 26.

contient rien, mais s'étend au dossier. En fait le droit d'accès évoque le droit à la communication du **dossier** du statut de la fonction publique et aurait dû être calqué sur lui. L'effet de cette jurisprudence pénale devrait être corrigé: elle permettrait aisément de tourner la loi en jouant sur l'ambiguïté des mots fichier et dossier. Demain on pourra exclure un cahier ou un registre, même reliant les feuilles nominatives. Un ensemble de dossiers classés constitue bien un fichier au sens de la loi. Comme l'a écrit un auteur⁽¹¹⁾ elle invite le "ficheur" à mettre dans un "dossier-papier", les données nominatives dangereuses pour les libertés individuelles, collectées à l'insu de l'intéressé, de manière déloyale, sans information préalable... sans offrir droit d'accès et de rectification aux personnes concernées". On ne mettra dans le traitement informatisé que le strict minimum avec un renvoi codé au dossier (un n° d'ordre). Et le même auteur d'ajouter qu'il manque une définition claire du fichier : "un ensemble structuré de documents et d'informations" ?

De toutes manières il faut mettre fin au désaccord entre la Chambre criminelle et la CNIL, même si la loi pénale à ses propres règles d'interprétation. Des détournements de finalité sont également fréquents au bénéfice de partis politiques, de sociétés commerciales. Rien ne permet jusqu'ici de s'y opposer efficacement.

139.- L'effet indirect de ce Droit de l'informatique sur le Droit du travail dans l'entreprise n'est cependant pas négligeable. On peut en donner trois exemples :

- la modification, intervenue par décret, du **contenu des bulletins de paie**. Ceux-ci comportaient les motifs des retenues sur salaire (grève) et une mention spéciale des heures de délégation payées comme temps de travail. Or ces bulletins sont souvent communiqués à des tiers (le bailleur - une banque). Comme pour les extraits du casier judiciaire, il était nécessaire d'expurger le bulletin de paie et de prévoir un type de bulletin communicable aux tiers ne laissant apparaître que le chiffre de la rémunération. Sur un point sans doute mineur, l'intervention de la CNIL a contraint à reprendre une réglementation qui relevait des rapports de travail⁽¹²⁾. Dans le même ordre d'idées la loi du 13 janvier 1989 fixe les conditions permettant aux entreprises d'informatiser le livre de paie et le registre unique du personnel (art. D 620.1 du code du travail : justification de la déclaration à la CNIL auprès de l'inspecteur du travail).

- l'introduction dans l'art. L.122.44 du code du travail par la loi du 4 août 1982 d'une **prescription** fondée sur le droit à l'oubli, empêchant qu'un salarié puisse être sanctionné pour une faute ancienne, remontant à plus de deux mois (v. aussi art. R.122.19 alinéa 2). Là encore sur un point de détail, rapprochement du Droit de l'informatique et du Droit disciplinaire du travail.

(11) FRAISSINET : Comm. précit. et note D.1988.319 s/tri. gr. inst. Créteil précit.

(12) Art. R.143.2 modif. Décret 22 août 1988 "il ne doit être fait mention ni de l'exercice du droit de grève, ni de l'activité de représentation du salarié". Circul. 24 août 1988 et 13 décembre 1988. En ce sens : Soc. 26 septembre 1989 Bull V n° 542.

– la pratique des "listes noires", gravement attentatoire à la liberté syndicale, est par l'effet de l'art. 31 de la loi, définitivement condamnée et relève de poursuites pénales. C'est un apport au droit du travail de la loi informatique et libertés, un renforcement de l'art. L.122.45.

On peut y ajouter que la distinction de ce qui relève de la **paie** et de ce qui relève de la **gestion**, après une période d'incertitude, est dorénavant clairement opérée (même pour le personnel de l'Etat et des collectivités publiques). **Deux traitements distincts** s'imposent. Et, comme on l'a dit, la norme simplifiée ne s'applique qu'à la paie, la gestion informatisée exigeant une déclaration ordinaire. Toutefois il n'est pas sûr que le résultat soit satisfaisant. La norme simplifiée définit restrictivement le contenu du fichier. Rien de tel n'existe pour la gestion (extérieure à la paie). Il serait souhaitable que la CNIL se préoccupe de combler ce vide, car elle ne peut raisonnablement s'assurer de la conformité à la loi de chaque traitement déclaré. C'est l'effet pervers de l'arrêt du conseil d'Etat ayant annulé la norme n°8.

On peut aussi rattacher à l'idée de pénétration du Droit du travail par le Droit de l'informatique l'art. 30 de la loi qui interdit aux entreprises de collecter les informations relatives aux infractions et condamnations pénales. Pas de casier judiciaire parallèle dans la gestion du personnel. De même la CNIL restreint l'emploi du numéro de sécurité sociale dans la gestion, au profit des autres identifiants (une exception cependant mais valable une seule fois, concernant les élections prud'homales). Il s'agit d'éviter l'interconnexion de divers fichiers informatisés.

140.— La CNIL, avec la gamme des interventions qui lui sont ouvertes, est devenue une institution régulatrice dominante des relations du travail, faisant en quelque sorte concurrence à la jurisprudence judiciaire. Il n'y a pas pour elle un employeur et un salarié, mais un "maître de fichier", détenteur de données nominatives et un fiché, sujet comme tel de droits individuels. Elle utilise peu le droit de saisir le parquet en cas d'infraction, mais par son action préventive, par la suite qu'elle donne aux plaintes, par le contrôle qu'elle exerce, elle est source d'inspiration d'un droit nouveau. Elle est devenue, consciemment ou pas, une sorte de "bureau national des relations individuelles du travail" une haute autorité en matière de gestion du personnel. Bien qu'elle ait chargé certains de ses membres, de suivre régulièrement ces questions on peut se demander si ce surcroît d'obligations, pourra longtemps peser sur ses épaules. Une sorte de **comité mixte : CNIL – inspection du travail** paraît dans la logique des choses. N'est-ce pas l'inspection du travail qui alerte fréquemment la CNIL ? Alors qu'en matière de recrutement la compétence de l'inspection du travail peut se discuter, en matière de gestion du personnel –et comme on le dira plus loin, en matière de surveillance "technologique" du travail–, son intervention se situe dans le strict cadre de ses missions. Plutôt que de confier à la seule inspection du travail le soin de s'assurer que la loi du 6 janvier 1978 est respectée, un contrôle conjoint pourrait être préconisé.

Une lacune : l'absence de représentation collective

141.— La faiblesse de ce système —qui a cependant le mérite d'exister— est d'ignorer la **dimension collective des rapports de travail**, seule susceptible de rééquilibrer ces rapports. Le salarié isolé n'est guère en état de veiller au respect de ses droits. Il faut se tourner vers le code du travail pour voir apparaître dans l'art. L.432.2, le comité d'entreprise, lequel doit être informé et conseillé sur tout projet **important** d'introduction de **nouvelles** technologies si elles sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail. Les qualificatifs : "**important**" et "**nouvelles**" ont donné naissance à un contentieux. Les tribunaux ont dans l'ensemble admis⁽¹³⁾, que l'introduction d'une gestion informatisée du personnel, relevait de l'art. L.432.2. Le CE peut dans l'exercice de ses fonctions avoir recours à un expert, dit expert en technologie⁽¹⁴⁾. Mais la saisine du CE est en quelque manière ponctuelle, elle a lieu une fois : lors de l'introduction. Il n'existe aucun droit de regard du CE sur le fonctionnement du traitement informatisé. Qui peut veiller au respect par l'entreprise des obligations mises à sa charge par la loi et énumérées ci-dessus ? Qu'attendre d'un exercice **individuel** du droit d'accès ? La CNIL (*Dix ans d'informatique et libertés*) déplore elle-même cette situation (en signalant par ex. l'emploi systématique du numéro de sécurité sociale dans les opérations de gestion, sans rapport avec la sécurité sociale). En RFA l'informatique de gestion relève du pouvoir de codétermination du conseil d'établissement ou d'entreprise. L'orientation est heureuse. Comme les conventions collectives sont muettes, il faut en déduire que les traitements automatisés de gestion du personnel ne sont pas plus matière à négociation avec les organisations syndicales. Il n'existe même pas d'obligation d'afficher sur les lieux de travail l'existence d'un fichier concernant les salariés. Pour en être informées les institutions de représentation doivent s'informer auprès de la CNIL.

La loi du 6 janvier 1978 ne connaît que le ficheur et le fiché, c'est à dire ici l'employeur et le salarié et ignore ce troisième acteur qu'est le délégué du personnel ou le délégué syndical. Il existe en RFA un délégué à la protection des données. Et le rapport Tricot, à l'origine de la loi de 1978 avait suggéré, sans que cette suggestion ait été retenue, de donner une compétence au moins informative, au CE en la matière. On objectera que **l'inspection du travail** signale parfois des infractions à la loi dans

(13) Soc. 2 juillet 1987 Bull V n° 438. Dr. ouv. 88.234 confirmant CA Douai 31 octobre 1985 et TGI Lille 2 avril 1985 Dr. ouv. 1986. 218 (nouveau matériel plus performant, modifiant les méthodes de gestion - expertise nécessaire). TGI annecy 21 mars 1984 Dr. ouv. 1985.352. Mais il faut qu'il y ait un projet élaboré : Soc. 3 mars 1988 B V 152.

(14) Art. L.434.6. c. trav. Sur l'ensemble : Jeammaud Lamy Informatique 1987 mise à jour F. p. 3 - v. Acc. nat. interpr. 23 septembre 1988 sur les nouvelles technologies.

telle ou telle entreprise⁽¹⁵⁾ mais elle ne saurait pénétrer les arcanes de la gestion, comme peuvent plus aisément le faire ceux qui travaillent dans l'entreprise. Faute d'exercice collectif, le droit d'accès n'est jamais ou presque jamais utilisé. Il devrait au minimum être possible au salarié de donner mandat à un délégué ; ou de recevoir une fois par an, automatiquement, le contenu de "ses données", spécialement celles à caractère subjectif.

142.— Paradoxalement la loi —en ce qu'elle s'oppose à la divulgation des données personnelles à des tiers non autorisés, soit à l'intérieur de l'entreprise, soit à l'extérieur— a principalement été dirigée jusqu'ici contre les institutions de représentation du personnel ! Ainsi de l'adresse des salariés ou de leurs salaires, qu'il serait pourtant utile à un comité d'entreprise de connaître dans le cadre de ses activités sociales. On peut douter que l'esprit de la loi —éviter la délinquance, le piratage informatique— ait été de défendre les salariés contre leurs propres élus. Quoi qu'il en soit, si la cour de cassation considère licite l'organisation par le comité d'entreprise d'un référendum pour recueillir l'opinion du personnel, elle estime que l'employeur non seulement n'est pas tenu de lui communiquer à cet effet l'**adresse** des salariés, mais ne doit pas le faire, cette donnée personnelle (figurant pourtant dans le fichier informatisé), n'étant pas communicable à un tiers non autorisé⁽¹⁶⁾. Le comité d'entreprise qui représente l'ensemble du personnel est-il un tiers ? Déjà la jurisprudence avait refusé aux syndicats pour la diffusion de leur propagande électorale, de disposer de ces adresses, le domicile des électeurs figurant sur les listes électorales et pouvant être consulté⁽¹⁷⁾. Mais il s'agit de vérifier les conditions d'électorat et d'éligibilité ; toute utilisation à d'autres fins, par ex. en vue de constituer un fichier des salariés par les syndicats risque de se heurter à des objections.

143.— Cette nécessité d'accueillir la dimension collective de l'informatique dès qu'il s'agit des rapports de travail ressort du document le plus récent couvrant le domaine de la gestion du personnel : **la recommandation du conseil de l'Europe R (89) 2 du 18 janvier 1989**, déjà utilisée à propos du recrutement (n° 100).

— Elle concerne les "information détenues sur les salariés par les employeurs" en général, même s'il n'y a pas traitement automatique ; "à des

(15) Ainsi TGI Paris 5 février 1990 non publié, d'où il ressort que c'est à la suite d'un P.V. de l'inspecteur du travail que la directrice d'une société de prestations de services en informatique, a été condamnée pour mise en œuvre d'un traitement informatisé d'informations nominatives, sans déclaration préalable ; mais non pour communication à des tiers non autorisés d'informations nominatives (affichage dans un atelier du rendement de chaque salarié, à partir des données fournies par l'ordinateur).

(16) Soc. 26 septembre 1989 B V n° 540. Soc. 19 décembre 1990 (Pétroles BP) Liais. soc. LS n° 6516 mais en sens divergent C.A. Chambéry 25 mars 1991. Dr. ouvr. 1991. 127 – 12 février 1991. Dr. ouvr. 1991. 131 (pour le CHSCT).

(17) Soc. 20 mars 1985.

fins d'emploi", ce qui inclut exécution du contrat de travail, gestion, organisation du travail (art. 1).

– Doit être préservé le respect de la vie privée et de la dignité humaine, y compris la **possibilité de relations sociales et individuelles sur le lieu de travail**, formule inconnue du droit français interne et qui vaut d'être méditée, car elle sous-entend clairement que la vie privée et la liberté individuelle continuent à devoir être respectées dans l'entreprise (art. 2).

– Le principe de l'information et de la consultation des employés ou de leurs **représentants** est d'emblée affirmé (art. 3) ; cette participation vaut pour l'introduction, la modification d'un système informatisé, mais aussi pour l'introduction d'un procédé de contrôle des mouvements –ou de la productivité. Et elle va jusqu'à l'obligation de rechercher un accord avec les représentants des salariés.

On ne voit pas comment éviter cette codétermination dès lors que **la collecte de données suppose en elle-même l'accord des salariés**. On comprend mal comment la conséquence des principes de la loi de 1978 n'ont pas encore été tirés par le législateur français.

– Suivent les principes "naturels" applicables à la collecte et à l'enregistrement des données : accord préalable de la personne concernée, pertinence des données collectées aux besoins d'information de l'employeur, finalité de la collecte ("aux fins d'emploi" dit la recommandation) ; exactitude de l'enregistrement ; interdiction de toute "caractérisation" (profil) ; mais faculté d'enregistrer des données "appréciatives", si elles sont équitables (art. 4 et 5).

– L'utilisation des données est régie par le principe de finalité. Reste le caractère ambigu de la formule : **aux fins d'emploi** ; ce qui apparaît bien à la lecture de l'art. 6.2. qui évoque une pluralité de fins à l'intérieur de cette catégorie générale. L'utilisation peut au demeurant être interne à l'entreprise : auquel cas toute décision fondée sur ces données doit être communiquée à l'intéressé. L'utilisation peut être externe, s'il s'agit de l'exécution par l'employeur de ses obligations légales, mais la recommandation ne classe pas parmi les utilisations au bénéfice de tiers extérieurs, **les communications de données aux représentants du personnel**. Elles peuvent leur être nécessaires pour représenter les intérêts des employés (art. 7). Le droit positif français est ici en divergence. Il est question aussi des modalités de l'utilisation des données au sein d'un groupe, et des flux transfrontières (v. infra n° 148).

– Une catégorie particulière de données –outre les données "**sensibles**" classiques, énumérées à l'art. 10.1. retient l'attention du Conseil de l'Europe : les données relatives à **la santé** (art. 10.2.3.4.5.6.). Il conviendra de s'en inspirer le moment venu (infra. n° 149).

– Enfin si les droits reconnus au salarié ne se différencient pas de ceux connus de la loi française (droits d'accès, de rectification, droit à la sécurité, notamment en cas de sous-traitance des services informa-

tiques), une très intéressante variante dans l'exercice de ces droits est prévu, dont il serait nécessaire de s'inspirer : le salarié peut les exercer par **l'intermédiaire de ses représentants**. Tout va donc dans le sens d'une prise en considération de l'aspect collectif du droit de l'informatique dans les rapports de travail : c'est l'enseignement majeur de cette très novatrice initiative du conseil de l'Europe. Ceux qui ont réfléchi au mariage de l'informatique et du droit du travail, suggèrent l'institution de droits collectifs au contrôle de l'informatique⁽¹⁸⁾.

144.— La même nécessité de respecter, dès qu'il s'agit des rapports de travail, la dimension **collective** des droits individuels, ressort de l'examen du droit de la République fédérale (loi BVG 1972, sur la codétermination. art. 72, 87 et 94). Le comité doit être consulté sur la mise en place des fichiers d'entreprise et les critères qui y sont utilisés. Il peut exiger une modification du traitement et surveille son utilisation. Le droit d'accès de chaque salarié peut s'exercer avec l'aide d'un membre du comité. Et s'y ajoute un droit d'accès collectif du comité lui-même. Le principe de finalité très strictement interprété s'applique ; le comité peut **le vérifier**.

Ce qui est intéressant c'est le raisonnement utilisé pour consacrer cette compétence du comité d'établissement en matière d'informatique de gestion. La loi (art. 72) énonce que l'employeur ne peut introduire aucune mesure de surveillance du travail sans le négocier avec le comité. Le tribunal fédéral du travail en a déduit que ce droit du comité ne pouvait pas ne pas s'étendre au fonctionnement d'un fichier automatisé. La simple existence de traitements informatiques appelle le contrôle du comité.

La transposition de ce raisonnement ne serait pas impossible en droit français : il suffirait de remplacer le terme de codétermination par celui de consultation. En contre partie de cette compétence du comité, il n'apparaît pas en RFA que dans le secteur privé, l'autorité administrative (le commissaire aux données de chaque Land) ait reçu de la loi fédérale sur la protection des données personnelles, un quelconque pouvoir normatif.

On soulignera que le comité ne dispose pas d'un terminal dans son propre local. Le seul terminal prévu est dans le local de la direction du personnel. Et que le comité ne dispose pas de son propre fichier automatisé.

Autre précision : la doctrine allemande souligne l'inadéquation d'un droit d'accès individuel, s'agissant d'un salarié que rien n'y prépare. Et elle suggère plutôt une information continue donnée par la direction à chaque membre du personnel ce qui semble en effet plus rationnel.

Le fichier automatisé de gestion a sensiblement les mêmes fonctions qu'en France : permettre à l'employeur de s'acquitter de ses obligations légales (fichier de paie) ; mais aussi permettre la notation des salariés et

(18) Nombreux arguments approfondis dans Ch. Lenoir et B. Wallon : informatique travail et libertés. Dr. soc. 1988.213 déjà cité.

faire jouer les critères prévus en cas de licenciement (fichier d'évaluation). On parle en RFA d'**informatisation du licenciement**, c'est à dire de son objectivation à l'aide de données mémorisées. Mais on peut se demander, étant donné que seules les données pertinentes peuvent être stockées, si les informations employées à fin de licenciement ne constituent pas des informations détournées de leur finalité.

La gestion évaluative (qualitative)

145.— Dès l'embauche, un dossier est ouvert au nom de chaque salarié⁽¹⁹⁾ : chaque étape de sa vie professionnelle y sera consigné. Les modes de collecte peuvent varier ; l'enrichissement du dossier est continu : changement d'emploi, de qualification, augmentation de salaire personnalisée, absences, sanctions disciplinaires, notes portées par le supérieur hiérarchique, résultats de sondages et de questionnaires variés ; indications plus subjectives se rapportant au "potentiel", à la valeur du salarié, à son adhésion plus ou moins complète aux objectifs de l'entreprise.

Ces dossiers sont destinés non plus tant à la gestion individuelle de la force de travail, qu'à l'élaboration de la politique salariale ou à la politique de développement de la firme. Mais ce sont eux qui expliqueront le moment venu une promotion... ou un licenciement. Peuvent y trouver leur place des informations relatives à la sécurité (nombre d'accidents du travail) ou à la formation. Le contenu de ces dossiers peut se révéler illicite (causes des absences – ou des accidents)⁽²⁰⁾. Tout cela est rendu possible par la possibilité de conserver longtemps en mémoire des faits sinon vite oubliés ; de les "mobiliser" instantanément, à la demande ; de recouper des informations qui, séparées, seraient sans signification. Or si mémorisation il y a, sélectivité il n'y a guère. Si bien que pour la décision d'envoyer un salarié en formation par exemple, sa fiche fera apparaître sa participation, plusieurs années avant, à une grève...

On peut dénommer cet ensemble de traitement de données, la **gestion de carrière**, par opposition à la gestion "quantitative" du personnel c'est à dire essentiellement à la paie. On a dit (supra. n° 135) que ce traitement ne relevait pas de la déclaration simplifiée mais de la déclaration ordinaire. D'où un contrôle de conformité à la loi théoriquement plus complet par la CNIL. Elle doit en tous cas s'assurer que les principes de loyauté de pertinence, de transparence, de confidentialité, de non accessibilité aux tiers sont respectés.

(19) FRAISSINET op. cit. sem. sociale Lamy n° 419 du 25/7/1988.

(20) Le 10ème rapport d'activité de la CNIL pour 1989 signale le projet d'établissement à la caisse nationale d'assurance vieillesse d'une "**gestion de l'absentéisme**" destiné à faciliter les retenues sur la paie. Nombreuses difficultés : les crédits d'heures des élus du personnel, l'exercice du droit de grève, constituent des informations sensibles ; risque que se dessine un **profil de propension à l'absentéisme** de chaque agent. Finalement un avis favorable a été donné, le traitement étant rebaptisé gestion des absences (délib. 89-09 31/7/1989).

Dans une des hypothèses où elle est intervenue⁽²¹⁾ elle s'est opposée à diverses questions posées lors d'entretiens individuels avec la hiérarchie : train de vie, logement, loisirs, vie associative, mandats électifs et s'est prononcée contre leur enregistrement, comme empiétant sur la vie privée, ou les opinions politiques et susceptibles d'aboutir au jugement du salarié selon un profil préétabli.

Trois points méritent plus d'attention encore : l'évaluation permanente ou périodique du personnel, la gestion transfrontière, le dossier santé.

L'évaluation permanente

146.— Certaines entreprises ont négocié des accords portant sur la promotion ou le développement de la carrière (par ex. pour les techniciens, afin de fixer les conditions de leur accès à la qualification "ingénieur et cadre" et dégager les moyens de les y aider). C'est la voie royale ; mais elle est rarement empruntée.

Le plus souvent des bilans professionnels sont organisés, afin de permettre à la direction de décider des promotions. Gérer l'emploi c'est rechercher régulièrement qui doit être affecté à tel poste de travail, après étude de son potentiel. Et comme les directions d'entreprises s'efforcent d'anticiper les besoins en "ressources humaines", elles se doivent de tenir à jour l'état de compétence de chaque salarié et de l'améliorer. Chaque responsable a accès à l'information concernant chaque salarié sous ses ordres et régulièrement organise des entretiens d'évaluation. Outils informatiques et bilans d'évaluation périodiques s'additionnent dans la gestion sociale. Des progiciels spéciaux, des systèmes "experts", se multiplient afin de permettre plus aisément l'évaluation, comme en matière de recrutement (supra. n° 102) ; le tout sans aucun encadrement juridique. La gestion administrative ou celle de la paie ne soulèvent plus de problèmes réels. Il en va autrement pour les programmes informatisés de gestion des ressources humaines, pour la gestion "qualitative" et prévisionnelle, qui inclut un important volet : formation. Elle va de pair avec la tendance à l'individualisation du salaire, et avec l'apparition de la notion de carrière, terme jusqu'ici inadéquat dans l'entreprise privée. Le législateur a encouragé cette mutation en incitant à la gestion prévisionnelle de l'emploi (encore que beaucoup assurent qu'on demeure hors d'état de prévoir l'emploi). Vaille que vaille le logiciel compare les individus avec leurs caractéristiques, testées au cours d'entretiens d'évaluation, et les emplois avec le profil qu'ils requièrent.

D'où les questions juridiques : qui a accès aux informations ? Un directeur, un chef de service, un "middle manager" ? Qui évalue ? La direction des ressources humaines ? La direction où est occupé le salarié ? Aucune réponse sûre n'est possible. Le réseau d'informations sur le personnel est souvent ouvert à plusieurs personnes et non au seul "maître du fichier".

(21) "Plan de valorisation des ressources humaines" d'USINOR Dunkerque (6ème rapp. CNIL - 1985) – même situation pour Renault-Sandouville en 1988. La CNIL joue un rôle de conciliateur.

A la limite la gestion de carrière peut être mise en parallèle avec le recrutement et est justiciable des mêmes observations ; avec ce risque supplémentaire c'est que l'évalué est ici un salarié de l'entreprise, dont on connaît les habitudes de vie. Le dérapage vers la vie privée, les abus divers, la sexualité, est difficilement contrôlable. Est-ce le prix à payer pour la liberté d'entreprise ? Comment assurer le respect, dans la gestion des ressources humaines, du principe selon lequel "aucune décision impliquant une appréciation sur le comportement humain, ne peut avoir pour seul fondement un traitement informatisé d'informations" ? On prétend objectiver l'évaluation. Mais comment mesurer aujourd'hui, où le "rendement individuel" est une notion dépassée, la qualité du travail ?

Font même leur apparition les systèmes dits de "gestion intégrée"⁽²²⁾ ou une même banque de données stocke toutes les informations, utilise divers logiciels permettant la paie, la gestion des carrières, celle de la formation, du temps de travail, des congés, etc... et implante ses terminaux dans plusieurs services ou établissements. Tout "utilisateur" alimente cet "info-centre" et l'utilise en retour pour ses besoins. Il existe un risque d'évolution dans le temps des finalités. Au surplus la définition des destinataires des informations reste indécise : qui a la clef des accès ? Finalement le système ne peut être conforme à la loi que s'il existe deux sous-bases de données séparées, l'une nominative, l'autre anonyme, et que les destinataires sont clairement identifiés (mais on était dans le secteur public).

147.— Il n'existe malheureusement aucune décision, du conseil constitutionnel français (ni aucune décision fondamentale du conseil d'Etat et de la Cour de cassation) de nature à orienter les débats. On peut faire état de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de RFA (rendue à propos de la loi sur le recensement)⁽²³⁾ car elle élabore quelques concepts qui seraient ici très nécessaires : chaque individu a droit de savoir **qui** collecte des données le concernant, pour **quel but**, dans quel **contexte**, pour combien de **temps**. Il dispose du **pouvoir de décider lui même**, de la communication et de l'utilisation des renseignements personnels le concernant (droit d'autodétermination individuelle), ce qui évidemment dans le cas du salarié entre en conflit avec la subordination. Or les limitations à ce droit ne sont acceptables que pour les considérations d'intérêt général ; elles doivent résulter de la loi, qui doit respecter la règle de l'adéquation des moyens aux fins.

S'ils étaient appliqués au rapport de travail, ces concepts signifieraient qu'un employeur est sans droit pour collecter des données non

(22) "Infocentre" de l'A.P. de Paris, examiné par la CNIL – avis d'abord défavorable, puis favorable après correction et cloisonnement (rapports d'activité pour 1985 et 1986 et Dix ans d'informations et libertés). Un système comparable est employé à la RATP (délib. CNIL 8 novembre 1988).

(23) Arrêt 15 décembre 1983, Traduc. française ministère des finances, direction de la prévision (92 pages).

pertinentes et qu'il doit obtenir l'accord du salarié. Autrement dit il ne saurait stocker des informations sans démontrer pourquoi il en a besoin et s'il le fait c'est de manière transparente, au vu du salarié.

Les concepts de transparence, la pertinence, la finalité, communs à l'Informatique et au Droit pourraient être facilement introduits en tant que de besoin, **dans le code du travail**. Cette orientation pourrait conduire également à introduire plus de transparence dans les entretiens d'évaluation ou les tests sur le modèle de ce que la loi a fait pour le licenciement. Cet entretien d'évaluation devrait être mieux formalisé et déboucher sur une information motivée du personnel ainsi évalué quant aux résultats. Les tests et analyses destinés à l'évaluation d'une personne ne devraient pas se faire sans son consentement et avec des garanties. La personne testée devrait connaître le résultat de ces tests si elle le désire⁽²⁴⁾.

L'informatique avec son Droit sui-generis ne saurait ici suffire. Comment "juridiciser" cette évaluation périodique du personnel ? Le juriste se heurte ici aux pouvoirs du chef d'entreprise, lequel, libre du choix de ses collaborateurs l'est aussi de leur affectation, de leur promotion et doit donc être libre des moyens de juger de leurs aptitudes. Le seul contentieux est ici (hors celui du licenciement) celui de la modification substantielle du contrat de travail. Il ne permet pas d'appréhender l'essentiel, à savoir qu'il existe une "raison d'entreprise", comme il existe une raison d'Etat et qu'elle est souveraine dès qu'il s'agit de choix qualitatifs des hommes. Les cercles de qualité n'y changent rien. Impossible comme dans la fonction publique de formaliser, "l'avancement" ; ce serait ruiner une des bases de l'entreprise privée.

La gestion transfrontière

148.— Cette gestion sophistiquée du personnel d'une firme, cache encore un défi supplémentaire, né de **l'internationalisation des grands groupes**. On assiste à un accroissement de la circulation des données entre filiales nationales et société mère au sein d'un même groupe. Ces **flux transfrontières de données** ont des raisons naturelles (par ex. gestion centralisée de l'état major du groupe) et des raisons artificielles (l'extrême inégalité de la protection de la vie privée et des libertés, selon les législations nationales) ; l'art. 24 de la loi soumet à autorisation préalable la transmission de données à l'étranger même s'il s'agit du secteur privé.

Le premier point a été illustré par le **traitement Fiat**⁽²⁵⁾. Il portait sur la gestion des cadres supérieurs du groupe et impliquait la concentration en Italie des données relatives à leur carrière. Déclaration à la CNIL. Celle-ci constate qu'il n'existe pas de législation protectrice en Italie et que ce pays n'a pas ratifié la convention du conseil de l'Europe. Elle a donc suggéré à la société Fiat France de passer contrat avec la

(24) cf. la convention collective des cadres de la métallurgie et la recommandation déjà citée R (89) 2 du conseil de l'Europe.

(25) 10ème rapport activité CNIL 1989. Délib. 11 juillet 1989 - 89/78.

société mère italienne, contrat prévoyant l'application au traitement de la protection de la convention du conseil de l'Europe et de la loi de 1978, comme règle contractuelle. (Il eût été également possible de soumettre ce traitement à autorisation préalable, ce que prévoit l'art. 24 pour les flux transfrontières mais cela eût conduit à un refus). Le cas a valeur de précédent.

Le second point fait ressortir la grande disparité des droits même à l'intérieur de la CEE : six Etats seulement sur douze ont ratifié la convention du conseil de l'Europe. Plusieurs Etats membres, tel l'Italie ou l'Espagne n'ont pas ou pas encore de législation nationale. Là où celle-ci existe elle a un champ variable (inclusion ou non des fichiers manuels ; du secteur privé). D'où le risque de l'apparition de "paradis informatiques" qui constitueraient pour les libertés individuelles des salariés, de redoutables et imprenables bastions : leur carrière serait gérée entièrement à leur insu, leur avenir ne dépendrait pas, comme hier, d'un patron, mais d'une base de données inaccessible, fonctionnant hors toute contrainte légale. Un projet de directive CEE est en préparation qui dépasse par son cadre les rapports de travail, mais vise à instituer un système minimal de protection à l'échelle de la communauté.

En définitive, en cas de transfert à l'étranger d'informations nominatives, la CNIL :

- s'assure de l'information des salariés concernés, procède à l'examen de la pertinence des données collectées et du transfert, vérifie le destinataire et la finalité du traitement.
- dans un second temps, examine la législation du pays d'accueil ou l'applicabilité de la convention de 1981, et veille à la réciprocité.
- si la protection locale s'avère insuffisante elle demande l'engagement contractuel de respecter la loi française, qui devient la loi du contrat par choix des parties⁽²⁶⁾.

Les risques de fuite à l'étranger, par voie télématique n'en demeurent pas moins patents, fuite occulte à l'insu de la CNIL et des salariés concernés⁽²⁷⁾. La directive CEE en préparation pourrait être l'occasion de la création d'une institution communautaire de contrôle, l'échéance de 1993 étant appelée à coïncider avec un vaste échange transfrontières des données. Le problème par son ampleur, dépasse les bornes du présent rapport.

Le dossier santé

149.– La constitution de dossiers, avec l'aide de l'ordinateur, dont l'objet est **l'état de santé du salarié**, est ce qui préoccupe souvent le plus les organisations syndicales. Lors du recrutement on a vu par quel

(26) A. Mole. Informatique et libertés du travail, nouveaux enjeux. Dr. soc. 1990. 59. Du même auteur. Petites affiches n° 23. 1988. p. 8.

(27) A. Mole. loc. cit.

mécanisme était, en principe, préservée la part de vie privée que représente la santé ou la maladie (n° 79 supra). Mais après ? La CNIL se préoccupe de la question et dans son 10ème rapport, ne craint pas de parler d'un secret médical "malmené", (s'agissant il est vrai des recherches épidémiologiques). La loi du 6 janvier 1978 ne mentionne pas la santé ni dans les art. 25 et 26, ni dans l'art. 31 : elle n'appartient pas à la catégorie des données sensibles. L'art. 6 de la convention du conseil de l'Europe en fait état, pour dire que les données relatives à la santé (ou à la vie sexuelle) ne peuvent être traitées automatiquement, sauf garanties appropriées inscrites dans le droit interne. Ce n'est pas semble-t-il, le cas de la loi française. Il faut se tourner vers la recommandation R (89) 2 du 18 janvier 1989, pour trouver une analyse plus approfondie : un employé ne peut être interrogé sur son état de santé et faire l'objet d'un examen médical qu'aux fins suivantes :

- déterminer son **aptitude à un emploi** ;
- dans un but de **médecine préventive** ;
- pour lui octroyer des **prestations sociales**.

Les données de santé ne peuvent être collectées auprès d'autres sources que l'employé lui-même. L'enregistrement ne peut être confié qu'au personnel soumis au secret médical et n'être communiqué aux directions du personnel que si cela est indispensable pour une décision. Surtout les données de santé couvertes par le secret médical doivent être enregistrées **séparément** des autres données détenues par l'employeur. Le service médical (du travail) seul doit y avoir accès. L'accès de l'intéressé à ses propres données médicales peut s'exercer éventuellement par l'intermédiaire du médecin de son choix. Cet ensemble de prescriptions pourrait être **inclus dans la réglementation française de la médecine du travail**. Une difficulté vient de ce que celle-ci prévoit qu'il existe à côté des services médicaux d'entreprise, les services inter-entreprises...

Il paraît peu douteux que sont répertoriés les accidents de santé qui, au long de sa carrière, ont touché un salarié, soit à l'occasion d'un examen périodique, soit à l'occasion d'une maladie ayant donné lieu à contre-visite organisée par l'entreprise, soit dans le cadre du fonctionnement du régime de prévoyance d'entreprise. L'art. R.241.56 fait état de ces dossiers médicaux, et de leur conservation ainsi que de leur approvisionnement régulier. Les capacités de mémorisation de l'ordinateur font courir des risques à ce qui normalement relève de la seule vie privée ; car la maladie est source d'absences et peut affecter la capacité de travail, ce qui la fait pénétrer dans la vie professionnelle. La jurisprudence n'a appréhendé la maladie qu'à travers le licenciement (v. n° 79 note) et accessoirement la suspension du contrat de travail.

La seule voie qui semble s'ouvrir est donc celle de la séparation des dossiers maladie et des dossiers de gestion du personnel. Les maîtres de fichier seraient différents (service médical dans un cas, service du personnel dans l'autre) les finalités distinctes ; les données enregistrées nettement cloisonnées.

L'employeur, agent économique, n'est pas appelé à être un acteur de lutte contre la maladie. Il n'a pas à ordonner ni à connaître les résultats d'un examen sérologique du salarié⁽²⁸⁾ (le SIDA a donné une nouvelle acuité à la discussion). Une analyse d'urine (pour dépister l'usage de la drogue) serait une atteinte caractérisée à la vie privée. Le salarié n'est tenu d'aucune obligation de révéler son état morbide. Celui-ci relève de sa vie privée. Si un employeur sollicite un examen médical et qu'un diagnostic vient (par erreur) à lui être communiqué, il devient confident d'un secret et une obligation de discrétion pèse alors sur lui⁽²⁹⁾. Les tests génétiques, destinés à déceler à l'avance les risques d'apparition de telle ou telle maladie future, d'ores et déjà visible dans les gènes, sont illicites. Pour résumer d'un mot, l'entreprise connaît (parce qu'elle subit) les absences ; elle ne connaît pas la maladie.

(28) Contrat Bessa Sem. soc. Lamy n° 416 (à propos du SIDA).

(29) D. Joseph : l'état de santé, élément de la vie privée du salarié. D. ouvr. 1990. 378 (à propos du SIDA). I. Vacarie. le traitement automatique des données de santé - recherche Paris I (1988).

Surveillance des hommes au travail

150.- Contrôle, surveillance, ordre et sécurité dans l'entreprise, pouvoir disciplinaire, ne font pas nécessairement bon ménage avec droit à l'intégrité physique, liberté d'aller et venir, liberté d'expression, intimité. On peut dire que la balance a été inégale pendant longtemps. Passé le seuil des lieux de travail, les libertés individuelles étaient sacrifiées. On n'en parlait même pas, tant cela allait de soi. Le coup de clairon de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs, a du moins ouvert les oreilles. Trois innovations la caractérisent. Tout d'abord elle consacre un **droit d'expression** collectif des salariés sur leurs conditions de travail. Il subsiste ; on n'en parle plus guère ; en tous cas il ne suscite pas de controverse et ce rapport n'en fera pas état. Il ne s'agit pas vraiment de **liberté d'expression**. En second lieu elle soumet à diverses règles de procédure et de fond le **pouvoir disciplinaire** de l'employeur. Ceci touche indirectement aux libertés individuelles puisqu'aussi bien parmi celles-ci figure la **sûreté**, c'est à dire les garanties dans le cadre de toute répression (policière, pénale ou disciplinaire) mais le rapport ne peut que renvoyer sur ce point aux travaux antérieurs. Troisièmement la loi du 4 août 1982 s'attaque à la plus vieille institution du droit du travail : **le règlement intérieur**, acte dans lequel s'exprime le pouvoir réglementaire privé du chef d'entreprise. La loi s'efforce de corriger quelques abus auxquels il avait prêté. Dans une certaine mesure, le nouvel art. L.122.35 du code du travail apparaît comme une sorte de charte assurant un minimum vital pour les libertés individuelles dans l'entreprise. On va voir ce qu'il en est.

Depuis lors on peut se demander si le balancier n'est pas revenu à son point de départ. Le progrès technologique a été mis au service d'un certain ordre et d'une certaine sécurité, sans égard aux droits des personnes. Ce qui prime c'est **l'ordre** au travail, ce qui n'implique même plus **des ordres**, le nouvel "espace police" est ce qui peut surprendre le plus : c'est un véritable **ordre technologique**, qui n'a plus rien de commun avec

l'ancienne **subordination** car le salarié n'est plus sous les ordres de quelqu'un. Il est surveillé par la machine, à la limite par lui-même, par tous et par personne.

Le règlement intérieur, bouclier des libertés individuelles ?

151.— Un rempart de protection des droits et libertés du salarié, tel devait être le nouveau règlement intérieur, celui qui est issu de la loi du 4 août 1982 relative "aux libertés des travailleurs dans l'entreprise", largement inspirée de l'arrêt célèbre du conseil d'Etat du 1er février 1980⁽³⁰⁾.

De fait cet arrêt énonçait déjà que lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus... il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont **nécessaires pour atteindre le but** recherché : assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail. En présence d'un règlement qui réservait à la direction le droit de soumettre les salariés à l'épreuve de l'alcootest, le conseil estime que ces dispositions ne pourraient être justifiées, eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, qu'en ce qui concerne les salariés occupés à **certain**s travaux ou à la conduite de **certain**es machines. Elles **excèdent** par leur **généralité** l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise. Application du principe de proportionnalité des moyens au but. Le sacrifice des libertés n'est pas inconditionnel, il est finalisé.

Le nouvel art. L.122.35 du code du travail reprend la même idée : "(le règlement intérieur) ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas **justifiées** par la nature de la tâche à accomplir, ni **proportionnées** au but recherché". Il ajoute qu'il ne peut contenir de règles discriminatoires.

Comme la même loi subordonne l'entrée en vigueur du règlement intérieur à l'avis du comité d'entreprise et donne à l'inspecteur du travail le pouvoir d'exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires à l'art. L.122.35, les libertés individuelles des salariés au travail semblent efficacement protégées. Du moins leur sacrifice doit être utile et n'est licite que dans cette mesure. D'autant que de son côté la cour de cassation pose en principe que les salariés ne sont pas tenus d'observer une clause illicite d'un règlement intérieur même s'ils en ont connaissance lors de leur engagement⁽³¹⁾.

(30) Conseil Etat 1er février 1980, Peintures Corona. Dr. soc. 1980. 310 concl. Bacquet juri. Uimm. n° 409 p. 277.

(31) Soc. 10 juin 1982 Bull V n° 392 (clause portant que deux conjoints ne peuvent être employés simultanément dans l'entreprise ; le licenciement prononcé en application de cette clause est dépourvu de cause réelle et sérieuse).

152.- L'abondante jurisprudence qui, les cinq dernières années, fait application de l'art. L.122.35, témoigne du souci persistant des juges, de faire du principe de proportionnalité, un instrument de défense des libertés individuelles dans l'entreprise.

- Obliger les salariés, qui exercent leur droit de retrait d'une situation de travail présentant un **danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé**, à faire connaître **par écrit** les motifs de leur retrait, c'est imposer aux salariés une sujétion qui n'est pas justifiée par des nécessités de sécurité dans l'entreprise⁽³²⁾.

- Permettre l'**ouverture des armoires** et vestiaires mis à la disposition des salariés, pour en contrôler l'état et le contenu, **sans information préalable** des salariés concernés, et hors leur **présence**, excède l'étendue des restrictions que l'employeur peut légalement apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles⁽³³⁾. Au surplus ce contrôle des armoires doit être justifié par les nécessités de l'hygiène et de la sécurité⁽³⁴⁾.

- Mais soumettre les salariés occupés sur une machine dangereuse ou manipulant des produits dangereux, à l'épreuve de l'**alcootest**, non à des fins disciplinaires mais de sécurité, n'est pas une disposition disproportionnée au but à atteindre⁽³⁵⁾.

- Soumettre à autorisation et réglementer la **circulation automobile dans l'enceinte de l'entreprise**, relève des règles permanentes de discipline pouvant figurer au règlement intérieur⁽³⁶⁾.

- De même imposer une **carte d'identité usine**, constituant un laissez passer permanent pour l'**accès aux lieux de travail**⁽³⁷⁾;

- Faire procéder à des **vérifications** relatives aux objets emportés par les salariés ; et demander aux salariés de se soumettre à une **fouille corporelle**, constituent deux dispositions illicites⁽³⁸⁾ ; à moins qu'il n'y ait nécessité, à la suite de disparitions (renouvelées, rapprochées ?) d'objets, la fouille devant alors avoir lieu en présence d'un tiers et avec le

(32) C. Et. 12 juin 1987. (3 arrêts) jurisprudence UIMM N° 87-492 p. 385. Dr. soc. 1987. 645 n. J. Savatier ; D. ouv. 1987.409. En dehors du droit de retrait l'interdiction de quitter son poste de travail sans autorisation est licite. C. et. 21 septembre 1990. Jur. UIMM 91.535 p. 42.

(33) C. Et. 12 juin 1987. 1er arrêt. loc. cit. Dans le même sens C. Et. 12 novembre 1990 ; de même C. Et. 8 juillet 1988 cité infra.

(34) C. Et. 9 octobre 1987. Jur. UIMM 88-498 p. 623.

(35) C. Et. 9 octobre 1987 précité ; mais C. Et. 8 juillet 1988. Jur. UIMM 1989.512 p. 45 : l'utilisation générale de l'alcootest excède les sujétions pouvant être imposées (cf. C. Et. 1er février 1980).

(36) même arrêt.

(37) même arrêt.

(38) Crim. 1er décembre 1987. Jur. UIMM 88.503 p. 212. D. ouv. 1989. 138. Dans le même sens C. Et. 11 juillet 1990. Jur. UIMM 91.537 p. 131.

consentement du salarié⁽³⁹⁾. Ou encore s'il existe des risques particuliers de vol dans une entreprise, la détection pouvant alors être pratiquée à titre préventif par un appareil de détection et en présence d'un témoin⁽⁴⁰⁾, la dignité et l'intimité de la personne devant être préservées. Sur ce point "chaud" la jurisprudence avait à jouer un rôle prétorien.

La formule définitive après quelques tâtonnements qui témoignent de la préoccupation de rechercher un équilibre entre les pouvoirs de l'employeur et les droits de la personne du salarié, s'ordonne autour des deux idées : celle de nécessité et celle de respect d'une procédure⁽⁴¹⁾.

Eu égard aux restrictions qu'elle apporte aux droits des personnes et aux libertés individuelles la vérification par la direction de l'entreprise des objets éventuellement emportés par les salariés, ne peut être légalement prévue par le règlement intérieur que si celui-ci précise : – d'une part qu'il ne sera procédé à une telle vérification qu'en cas de **nécessité**, notamment : à la suite de disparition de matériel ; ou s'il existe des risques particuliers de vol dans l'entreprise (il y a eu précédemment des vols ; ou bien : l'entreprise fabricant des produits d'une particulière valeur, le risque de vol existe).

– d'autre part que le salarié sera averti de son droit de **s'opposer** à un tel contrôle, et d'exiger la présence d'un **témoin** ; enfin que ce contrôle sera effectué dans des conditions préservant la **dignité** et l'**intimité** de la personne".

– Subordonner à une autorisation préalable la circulation de **pétitions** l'affichage ou la distribution de **documents**, la **prise de parole** en quelque lieu que ce soit de l'établissement, est conforme aux prescriptions de l'art. L. 122.35, dès lors qu'est expressément réservé l'application des dispositions légales sur l'expression des salariés et de leurs représentants élus ou syndicaux⁽⁴²⁾.

– L'interdiction d'utiliser le standard téléphonique pour des **communications personnelles** ; et celle de recevoir de l'extérieur des **appels personnels**, ne constitue pas une mesure générale et permanente de discipline relevant du domaine du règlement intérieur et soumis au contrôle de l'inspection du travail. Comment la qualifier ? Une mesure d'organisation du travail ? Cette affirmation conduit à tolérer cette pratique⁽⁴³⁾. On verra que le progrès technologique rend caduque cette façon de présenter la question.

(39) C. Et. 19 juin 1989. Jur. UIMM 89.522 p. 499.

(40) C. Et. 8 juillet 1988. Jur. UIMM 1989.512 p. 45. D 1990 somm. 134. (fabrication de métaux précieux).

(41) C. Et. 11 juillet 1990. Jur. UIMM 91.537 p. 131. id. 19 juin 1989 précité.

(42) même arrêt.

(43) C. Et. 12 novembre 1990. Jur. UIMM 91.537. p. 131.

– La défense d'introduire dans l'entreprise les **personnes étrangères** à celle-ci sans raisons de service ou autorisation ou disposition légale particulière, n'est pas illicite à raison de cette dernière réserve⁽⁴⁴⁾.

– Interdire de **fumer** n'est pas illicite à condition que ce soit pour des raisons d'hygiène et de sécurité⁽⁴⁵⁾, ce qui varie donc d'un atelier à un autre. Pas d'interdiction générale.

– L'interdiction, comme étant de nature à troubler l'ordre, des **discussions politiques ou religieuses** et d'une manière générale, de **toute conversation étrangère au service**, est excessive, eu égard à l'atteinte qu'elle porte aux droits des personnes. Cette sujétion n'est pas de celles que l'employeur peut édicter en vue d'assurer le bon **ordre** et la discipline, ainsi que la **bonne** exécution de certains travaux exigeant une attention particulière⁽⁴⁶⁾.

153.– Cependant il importe de tenir compte d'une autre jurisprudence, qui s'est développée à partir du nouvel art. L.122.34. du code du travail et qui prive d'une partie de sa portée celle qui procède de l'interprétation de l'art. L.122.35. L'art. L.122.34. donne un domaine nettement circonscrit au règlement intérieur : 1° les mesures d'application de la réglementation en matière d'**hygiène et de sécurité**, 2° les règles générales et permanentes relatives à la **discipline**. D'où suit que les autres matières relèvent du contrat de travail (ou rarement de la convention collective). Or l'hésitation est souvent permise, et les frontières de la sécurité et de la discipline sont fluctuantes (ainsi pour les horaires de travail distincts de la durée de celui-ci⁽⁴⁷⁾ ; pour les mesures concernant la responsabilité de la sécurité personnelle du salarié⁽⁴⁸⁾ ; pour une clause d'irresponsabilité pour vol commis dans les vestiaires⁽⁴⁹⁾ ; pour l'utilisation du parc de stationnement ; ou pour l'emploi d'exams et tests dans un but d'orientation, ou de sélection⁽⁵⁰⁾ : tout cela a été jugé étranger au domaine réservé au règlement intérieur).

La part du contrat de travail croît, à la mesure de ce qui doit être exclu du règlement intérieur ; donc la part de la décision unilatérale dans l'organisation du travail. D'où résulte que la jurisprudence sur les limitations des atteintes au droit des personnes et l'exigence d'une stricte proportionnalité au but recherché n'a pas l'importance qu'on aurait pu, de prime abord, en attendre.

(44) C. Et. 4 mai 1988. Jur. UIMM 88.507 p. 377. 1ère espèce

(45) C. Et. 4 mars 1988. cod. loc. 2è espèce.

(46) C. Et. 25 janvier 1989. Dr. soc. 1989.786. concl. J. de Clausade. Arrêt important au regard de la liberté d'expression dans l'entreprise.

(47) C. Et. 9 octobre 1987 précité, mais nuances résultant de C. Et. 8 juin 1988 et C. Et. 25 janvier 1989 précité.

(48) C. Et. 4 mars 1988 précité, mais moins net : C. Et. 21 septembre 1990 précité.

(49) même arrêt.

(50) C. Et. 8 juillet 1988 précité.

Et un flottement est perceptible. Ainsi une réglementation des déplacements dans l'entreprise, ne relevant pas du règlement intérieur, n'est pas opposable à un salarié ce qui entraîne annulation d'une sanction disciplinaire prise contre quelqu'un qui ne s'y était pas conformé⁽⁵¹⁾. Mais cette réglementation ne pourra-t-elle pas découler d'une autre source (le contrat) ou simplement des faits ? Boulevard des libertés individuelles, grâce au contrôle de l'inspection du travail et à la jurisprudence du conseil d'Etat ? C'est sans doute exiger du règlement intérieur plus qu'il ne peut tenir. En marge, on voit apparaître des "documents contractuels" c'est à dire des annexes au contrat individuel qui contiennent d'importantes restrictions aux libertés personnelles⁽⁵²⁾. Et surtout l'organisation même du travail et sa robotisation, c'est à dire l'essor des nouvelles techniques, vont faire planer une menace sur tout ce qui a survécu comme espace de liberté dans le travail.

Tant et si bien, qu'on peut se demander si le cantonnement du règlement intérieur, réclamé au temps où il exprimait un certain arbitraire, ne devrait pas être revu ; un décret pourrait simplement dire que toute mesure d'organisation du travail ou de police sur les lieux de travail doit être considérée comme intervenue à des fins de sécurité et de discipline (donc s'inscrire dans le règlement intérieur). Il faut sinon s'attendre, —mais cela mettra du temps à s'imposer— que la règle de l'art. 122.35. du code du travail soit traitée comme l'expression d'un principe général du droit, ce qu'elle est. Il y faudra quelques contentieux, et des arrêts qui seront mal connus ou mal interprétés dans les milieux de l'entreprise.

L'ordre technologique

154.— Les nouvelles technologies permettent dans l'organisation du travail, un contrôle, une surveillance s'exprimant non plus dans un document écrit, mais dans les "équipements" complexes, qui concernent le salarié dans son **comportement général**, mais aussi dans **l'efficacité de son travail** (ses résultats).

Dans la mesure du possible on en tentera la présentation successive. Leur importance est grande dans la mesure, où, sous le premier aspect c'est la **sécurité de l'entreprise**⁽⁵³⁾ à travers l'ordre qui y règne, qui est recherchée (n° 155-158) ; sous le second aspect la **compétitivité de l'entreprise**, normalement dépendante de la productivité du travail (n°

(51) Soc. 12 décembre 1990 Bull V n° 670.

(52) Exemples empruntés à un cas réel : costumes, sous-vêtements, poids (sic !) cheveux (et teinture des cheveux) taille des barbes et moustaches, usage obligatoire d'un déodorant, réglementation des bracelets et boucles d'oreille, des lunettes de soleil, du maquillage. Il y a consentement donné par le salarié lors de l'embauche... Sur un cas de licenciement fondé sur les vêtements et la coiffure, et jugé abusif. Poitiers 14 novembre 1973. D 1974.8.

(53) Distincte de la sécurité des personnes...

159-161). Or les thèmes de la sécurité et de la compétitivité sont dominants dans les discours actuels sur l'entreprise.

Comportement du salarié

La surveillance du personnel est assurée par des moyens informatiques et télématiques multiples⁽⁵⁴⁾. Il s'agit que le centre ait les informations immédiates et à chaque instant, sur ce que fait chacun. Les systèmes sont en général discrets et précis et remplacent le rôle anciennement tenu par la hiérarchie (les contre maîtres). Sans vouloir dresser la liste des instruments utilisés (tâche pour laquelle le soussigné est radicalement incompétent) il en recensera quelques-uns qui ont attiré l'attention et qui seront mis en corrélation avec la liberté d'aller et venir, la liberté d'expression, la liberté et le secret des correspondances, le droit à l'image.

155.— Liberté d'accès, liberté de déplacement, horaires : la carte magnétique. L'impératif de sécurité est ici manifestement à l'origine des dispositifs mis en place (prévention des vols, des attentats). Le contrôle d'accès aux lieux de travail en général, et, à certains espaces plus particulièrement, est assuré au moyen de **badges ou cartes magnétiques** ou à **microprocesseur** nominatives. A une carte donnée, correspond telle habilitation à franchir tel seuil, à l'exclusion de tel autre. La carte est un fichier portatif. Première dérive possible : le contrôle des déplacements (qu'une machine mémorise) peut être parfois justifiée, lorsqu'il s'agit d'accéder à des zones dangereuses ou étrangères à l'activité du salarié. Mais institué comme mesure générale, il porte sans doute une atteinte à la liberté d'aller et venir disproportionnée par rapport au but à atteindre (ici : la sécurité des installations). Mais il n'y a plus ici d'autorité administrative pouvant censurer la disproportion.

Deuxième dérive : la mission que la loi confie aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux suppose pour eux une entière liberté de déplacement. Or chaque carte correspond à des zones de déplacement spécifiques. Si la carte ou le badge, qu'ils détiennent, n'est pas multi-sites, leur mission est entravée. Elle est du reste entravée plus simplement du fait que par l'enregistrement de chaque franchissement de porte, l'employeur est, à chaque instant informé de leurs déplacements. Ils ne peuvent plus se déplacer anonymement, même s'ils le peuvent librement. Tout est su.

Troisième dérive : il y a traitement informatisé des déplacements (reconstitution immédiate de tous les itinéraires) mais le droit d'accès ne s'exerce pas⁽⁵⁵⁾.

(54) Ariane Mole : informatique et libertés du travail. Dr. soc. 1990.59 ; Fraissinet art. cit. ; Wallon et Lenoir art. cit ; Chauvet et Lenoir op. cit.

(55) Il y a eu diverses interventions de la CNIL : -aff. EDF 1986-1987 (protection différenciée des différentes zones à protéger- absence de mémorisation pour certains passages "inoffensifs" - prise en compte du statut des représentants du personnel) aff. IBM (droit d'accès).

Enfin quatrième dérive : le badge ou la carte sont le plus souvent polyvalents. Ils permettent l'enregistrement des comportements **dans l'espace**, mais aussi **dans le temps**. Par le badge on connaît heure d'arrivée et heure de départ ; ceci peut faciliter grandement le fonctionnement des horaires variables : telle a été à l'origine la motivation avouée du procédé, mais laisse apparaître une finalité différente, d'où a disparu toute idée d'assurer la sécurité de l'entreprise : le badge permet la mise en mémoire de tous les retards, de toutes les absences, et la fonction de discipline remplace la recherche de la sécurité. D'autres badges permettent d'ajouter d'autres objectifs encore : facturer les repas pris à la cantine ; connaître (si chaque bureau n'est accessible que par badge) quelle personne le salarié a rencontrée. Le procédé est susceptible d'applications illimitées. On aperçoit mal comment canaliser cette technique. Une information et une consultation du comité d'entreprise paraîtraient un strict minimum, une association des syndicats serait utile. Mais la source de droit qui a institué le badge est la décision unilatérale de l'employeur. Il serait souhaitable que celle-ci ait à s'exprimer **à travers le règlement intérieur** ce qui rendrait plus aisé le contrôle de proportionnalité.

Le contrôle de la CNIL est préférable à l'absence de tout contrôle⁽⁵⁶⁾ mais on peut se demander s'il est ici réellement approprié. Ainsi tout salarié a le droit de se déplacer dans certains cas : pour assister à une réunion mensuelle d'information syndicale, pour se retirer d'une situation dangereuse. La carte magnétique n'est-elle pas, dans certaines hypothèses, – et pas seulement pour les salariés protégés – contraire à certaines dispositions du code du travail ? Une intervention au coup par coup comme celle de la CNIL est insuffisante ; un texte réglementaire pris en application de l'art. L.122.35. ne serait pas à écarter.

156. Liberté d'expression : les auto commutateurs.

Il s'agit ici de l'expression non pas écrite, mais verbale, à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, par ce moyen usuel : le téléphone. A l'origine : la préservation des intérêts financiers de l'entreprise contre l'abus des communications à usage privé (et accessoirement les pertes de temps qu'elles occasionnent). Le moyen : un ordinateur branché sur le central téléphonique de l'entreprise appelé auto-commutateur. Chaque mois l'ordinateur indique pour chaque appareil téléphonique la liste des communications :

(56) Sur la carte à mémoire multiservices employée au ministère de finances, v. l'avis de la CNIL et les risques analysés au 10^e rapport d'activité 1989 p. 247. La carte en question est à microprocesseur, et remplit cinq fonctions : identité professionnelle, gestion des horaires, contrôle des accès à certaines zones, contrôle des accès "logiques" (sic.), facturation des repas. Id. aff. Assist. publique de Paris (Giotto) en 1989-1990 (10^eme rapport) qui concernent le contrôle des absences et non le contrôle des accès, mais montre que les deux sont liés. Aff. du Crédit agricole (eod. loc). On observe que l'introduction de ces contrôles par cartes ou badges, intéresse le secteur public mais c'est que l'avis préalable de la CNIL est requis. Ils existent et sont tout aussi répandus dans le secteur privé.

jour, heure, n° d'appel, durée, coût. Peuvent également être enregistrés les données numériques correspondant à l'usage de la télécopie, du télex, etc...

La CNIL est ici intervenue par une **recommandation n° 84.31 du 18 septembre 1984**. Elle rappelle l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur la base de l'art. L. 432.2 et la nécessité de réserver un droit d'accès. Elle recommande en outre une large information par affiches, notes de service sur les conditions de la facturation, la périodicité des contrôles. Elle recommande que la durée de conservation n'aille pas au-delà du temps nécessaire à la facturation. Elle recommande le respect de la finalité (faire payer au salarié ses communications personnelles, et non écouter ce qu'il dit). Enfin elle recommande qu'il n'y ait pas entrave à l'exercice des droits des représentants du personnel, (déconnexion des lignes installées dans les locaux syndicaux) mais ce texte (à quoi s'ajoute l'occultation des derniers chiffres du n° d'appel afin de préserver l'anonymat du destinataire -arrêté 9 février 1983) ne permet pas d'éviter ici encore diverses dérives :

– Première dérive : **le détournement de finalité**. La technologie des communications est en progrès constant. Le matériel et le logiciel peuvent permettre l'écoute illégale (même à l'intérieur de l'entreprise, pour reconstituer des liens entre individus ou vérifier la qualité des réponses faites aux clients) ; ainsi que la gestion des horaires de travail et le contrôle des absences (si tel jour, il n'y a eu aucun appel : le salarié est absent).

– Deuxième dérive : l'extrême difficulté de distinguer la communication **personnelle**, de la **professionnelle**. Téléphoner à son domicile pour signaler qu'on est retenu par une réunion de travail et dans l'impossibilité de rentrer à l'heure prévue : appel personnel ? Professionnel ? Les entreprises pratiquent en général une certaine tolérance, mais les risques pour l'autonomie individuelle ne sont pas minces. Une jurisprudence déjà ancienne témoigne qu'on est sur la corde raide et que le délit de l'art. 368 du code pénal n'est pas loin⁽⁵⁷⁾. Un arrêt récent a, de toutes manières estimé qu'un commutateur téléphonique non déclaré à la CNIL, constituait le délit prévu à l'art. 41 de la loi du 6 février 1978⁽⁵⁸⁾ et ce délit est un délit continu. En effet l'auto-commutateur permettant d'identifier les salariés, est un traitement informatisé d'informations nominatives. Ajoutons que constitue une divulgation à des tiers non autorisés, le fait de faire circuler dans l'entreprise le relevé des communications, "pour l'exemple" (art. 29 de la loi).

(57) T. Paris 7 novembre 1975. D 1976.270 n. London (écoute de salariés) T. Saint-Etienne 19 avril 1977. D 1978.123 (écoute de salariés, atteinte à la vie privée). C. Paris 22 mars 1989. D 1989 somm. 356 : le mode de preuve ainsi ménagé d'une faute du salarié est illicite et non recevable. v. aussi rép. min. 232.444 JOAN 2 avril 1990. cf. crim. 8 décembre 1983 JCP 1984 IV p.55.

(58) Crim. 23 mars 1991 non encore paru.

– Les **écoutes téléphoniques** (pures et simples) et les enregistrements de celles-ci semblent assez inexplicablement admises par la CNIL si elles ont pour objet de s'assurer de la qualité du travail, dès lors que les salariés ont été informés des objectifs poursuivis et sont mis à mesure d'entendre les enregistrements. Certes le consentement de la victime fait disparaître le délit de l'art. 368 du code pénal. Mais ne reste-t-il pas une atteinte manifeste à la vie privée ? La CNIL n'est-elle pas ici hors de sa compétence manifeste ?⁽⁵⁹⁾

157.– Droit à l'image et vidéo surveillance

–Des caméras sont parfois installées permettant de filmer le travail. L'enregistrement d'une image est sanctionné, comme celui des paroles par l'art. 368 du code pénal. Il suffit que la caméra soit installée dans un lieu de travail non ouvert au public et ait lieu à l'insu de la personne filmée. Si l'objectif est ici d'améliorer le processus de travail, ou de réduire le temps de fabrication par l'analyse du film, il n'en demeure pas moins qu'aux yeux de la CNIL l'image est une information nominative enregistrée. Saisie d'une plainte en 1987⁽⁶⁰⁾ elle a estimé que devaient s'appliquer loyauté de la collecte, transparence de l'opération, droit d'accès. Un compromis a été trouvé sur ces bases. L'intéressé a vu le film, ce qui lui a permis d'améliorer son travail ; le film a été ensuite détruit.

–En revanche si une caméra fonctionne dans les lieux de travail, à l'insu du personnel pour permettre aux responsables de le surveiller, le procédé est-il licite ? En 1980, la position de l'administration n'était pas hostile dans la mesure où l'installation de ces appareils, destinée à éviter la surveillance par des personnes physiques, et à prévenir des vols, correspond à des préoccupations de sécurité⁽⁶¹⁾, mais s'il s'agit de contrôler l'activité professionnelle, le procédé serait contraire à la liberté individuelle notamment au droit à l'image qui appartient à chacun. Il devrait figurer au règlement intérieur ; et son adéquation au but poursuivi (lutter contre le vol) serait vérifiée⁽⁶²⁾. Le ministre renvoie à l'appréciation des tribunaux. En fait aujourd'hui le débat se dissout dans celui, plus large, du contrôle des résultats de l'activité (infra n° 157), ou alors n'est qu'un moyen de prévenir le vol par la clientèle : autre question. Si bien que la position de l'administration est résumée comme suit : un employeur peut installer des caméras dans son entreprise pour des motifs légitimes (assurer la sécurité

(59) Les écoutes téléphoniques clandestines et illicites ne sont pas le propre du milieu professionnel ; comme une modification législative vient d'intervenir (lois 10-11 juillet 1991), que la question est de vaste envergure, le soussigné ne développera pas. Les art. 368 et 369 du code pénal régissent la matière. La CNIL vient d'admettre qu'elle n'est compétente ni pour autoriser ni pour interdire ces écoutes ni leur enregistrement. v. Kayser op. cit. n° 215 et s.

(60) 8^e rapport d'activité pour 1987.

(61) rép. min. n° 23 412 JOAN 16 juin 1980. id. n° 26 473 JOAN 4 août 1983.

(62) Lettre ministérielle 13 novembre 1990.

contre le vol) qui n'ont pas pour objectif de contrôler l'activité professionnelle des salariés ; une telle pratique doit être limitée au but recherché : identifier les auteurs de vol. Cette pratique doit : a) faire l'objet d'une clause dans le règlement intérieur ; b) respecter la loi du 6 janvier 1978, la CNIL estimant que le filmage comporte des risques d'atteinte à la vie privée, et constitue une information nominative enregistrée.⁽⁶³⁾

158.— **Secret des correspondances et messagerie électronique.**

Les systèmes de messageries, le courrier électronique, lancent un défi nouveau encore mal identifié. De multiples personnes sont raccordées à un même ordinateur. Chacun a sa référence, qui constitue son "adresse". Messages et correspondance peuvent être envoyés à n'importe quel correspondant. L'ordinateur conserve en mémoire les messages reçus qui sont lus par le destinataire sur son écran lorsqu'il "ouvre sa boîte". Aujourd'hui la correspondance instantanée est ainsi rendue possible, sans papier et sans distance à parcourir. Le système peut fonctionner entre établissements de la même entreprise, entre des agents à lieux de travail séparés. La note de service, l'affiche, le courrier sont dépassés.

— Cela remet d'abord en question les procédés mentionnés par la loi, au moyen desquels les représentants du personnel peuvent communiquer avec leurs mandants ou avec la direction. Distribution de tracts, affichages sur panneaux, ne resteront plus les seuls moyens normaux de communication, sans quoi les institutions représentatives seront progressivement marginalisées. Le risque d'entrave est d'autre part multiplié si les communications syndicales passent par cette voie (interception possible).

— Mais pour l'objet de ce rapport, cette messagerie électronique est lourde de périls. Le contenu des messages échangés peut-il rester confidentiel ? Une intrusion de la direction dans les "boîtes à lettres" électroniques n'est pas un risque imaginaire. Des auteurs ont pu parler "d'écoutes télématiques"⁽⁶⁴⁾. Les logiciels de messagerie permettent à des techniciens de lire les messages dans le "serveur" central. Des comptages peuvent être effectués. Le strict secret des correspondances (art. 187 du code pénal) a vécu dans ce domaine ; car, commet un délit celui qui intercepte ou ouvre une lettre qui ne lui est pas adressée⁽⁶⁵⁾. Cette infraction est-elle applicable dans le cas de détournement de courrier électronique, s'il y a fraude ou mauvaise foi ?

(63) La Cour de Cassation (soc. 20 nov. 1991 non encore publié n° 4080) — Visant l'art. 9 code civ. vient, dans une formule de principe, de condamner le procédé : « si l'employeur a le droit de contrôler et surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite » (l'employeur se fondant sur un enregistrement pour justifier sa décision de licenciement).

(64) Ch. Lenoir et B. Wallon op. cit. p. 230.

(65) v. la jurispru. citée dans Ch. Lenoir et B. Wallon.

Efficacité du salarié

159.- Comme le dit un rapport du conseil de l'Europe de 1989⁽⁶⁶⁾ "on a désormais la possibilité de surveiller totalement un individu", mais c'est évidemment au cours du processus même de travail que cette intervention présente le maximum d'intérêt. La surveillance électronique dont il vient d'être question ne constitue qu'un premier pas. La **télémétrie** en général, ou collecte à distance, par le biais de procédés automatiques, de données à caractère personnel, sans que la personne concernée joue le rôle actif dans le processus de collecte de ces données, permet par exemple de mesurer le nombre d'erreurs commises par une dactylo ou d'identifier le responsable d'une malfaçon. Cette télémétrie ou télémesure présente deux caractéristiques : l'enregistrement de données à distance, et la non intervention de la personne concernée ; laquelle ignore que des données sont enregistrées à son sujet ou quand elles le sont. Il s'agit d'une sorte de généralisation de la "boîte noire" qui enregistre l'exécution de sa tâche par un pilote d'avion ou de TGV et permet après coup de déceler erreurs et imprudences s'il y en a eu. La surveillance à distance d'une maison ou le relevé automatique d'un compteur n'intéressent pas le droit du travail, ni celui des personnes. Mais **la télémesure appliquée au processus de travail transforme "de l'intérieur" le contrat de travail, en ce qu'il rend le prestataire de travail entièrement transparent.** La formule ancienne selon laquelle il devait à l'employeur en échange du salaire une prestation consciencieuse et diligente n'a plus guère de sens. L'employeur sait **tout** du travail au fur et à mesure. Faut-il un consentement préalable à cet enregistrement ? L'idée est probablement dépassée. En signant le contrat de travail le salarié sait que son employeur saura, car il connaît les machines sur lesquels on le convie à travailler. Faut-il une information régulière du salarié sur la teneur des données recueillies et l'utilisation qui en sera faite ? Cela serait souhaitable. Et cela pourrait prendre la forme d'une information de l'employeur au salarié portant sur les résultats du travail de celui-ci ; mais souvent cela a lieu déjà et afin de stimuler le salarié. Les concepts de droit d'accès, de droit de rectification, de droit à la non divulgation aux tiers n'ont plus de portée décisive. Du reste ils se heurtent à la crainte de paraître braver l'autorité du responsable de l'entreprise. Seul le droit à l'oubli, c'est à dire le droit d'exiger que les informations sur son travail ne soient pas conservées au-delà du temps nécessaire, aurait une signification non négligeable.

L'impression dominante est que la loi du 6 janvier 1978 n'a pas pu, en son temps, prévoir ces développements. Et d'autre part que dans le processus de travail il existe une spécificité. Il n'y a ici à proprement parler atteinte, "ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques" (art. 1er). On est sur un terrain différent ; celui d'une réévaluation du contrat de travail, peut être du travail lui-même.

(66) Les nouvelles technologies : un défi pour la protection de la vie privée (Strasbourg 1989).

La CNIL et le conseil de l'Europe ont bien vu l'une comme l'autre, que chaque domaine de la vie collective appelait maintenant un traitement spécifique. Ainsi de l'emploi et du travail.

160.- Une méthode utilisée est le "**code à barres**". A chaque tâche correspond une fiche ou ordre de travail, porteur d'un code à barres sur lequel le salarié doit "badger" en début et en fin d'opération, afin que soient comptabilisées ses heures de travail. S'il y a oubli soit avant soit après l'accomplissement de la tâche, le salaire est amputé d'autant. Le code étant illisible par définition et le droit d'accès au "listing" étant entouré de formalités dissuasives, le salarié est tenu dans l'ignorance des vérifications tant quantitatives que qualitatives qui s'exercent sur sa prestation.

Toute interruption de travail (que ce soit pour grève ou pour accident) doit semblablement être l'objet d'une signalisation magnétique sur le code à barres. Un badge spécial est prévu pour les délégations syndicales. Dans l'entreprise X..., une déclaration **simplifiée** a été faite à la CNIL selon l'ancienne norme n° 7 alors qu'il s'agit de toute autre chose que de la paie. Le mécanisme a été incorporé au règlement intérieur par note de service soumis pour information au comité d'entreprise. Il s'agit d'un exemple d'avant garde de contrôle des horaires de travail, mais aussi de contrôle de l'usage des "heures non productives" (grève, réunion syndicale, délégation) à l'aide de badges "d'évènements spéciaux", permettant une identification facile ; au surplus une connexion interne existe entre fichier de "pointage" des horaires, fichier de rendement individuel, et celui de gestion du personnel.

Le code à barres est également utilisé dans le commerce.

La CNIL estime que toute procédure (celle-ci n'est pas la seule utilisée) d'identification des salariés afin de mesurer la productivité de ceux-ci ne peut être légalement utilisée sans qu'ils soient informés, que leur droit d'accès s'exerce sans autres formalités que celles qu'elle a fixées ; en outre cette utilisation doit être déclarée à la CNIL. On peut au demeurant s'interroger sur le caractère loyal de la collecte d'information et sur le point de savoir s'il n'y a pas enregistrement de données sensibles (droit syndical).

161.- Il existe différents autres systèmes de contrôle automatique, aboutissant à une sorte d'auto-évaluation de la prestation de travail ; l'homme travaille et simultanément quantifie son rendement. L'employeur effectue un comptage nominatif du travail de chaque salarié au moyen d'états de production donnés par la machine. Des terminaux sont disséminés dans les ateliers et chaque phase de déroulement du travail est enregistrée : ainsi lors de l'achèvement d'une pièce, permettant de mesurer la durée de réalisation donc de calculer la productivité individuelle ; mais aussi de mesurer les pauses, les retards, les absences. D'autres systèmes intègrent aux robots de manutention la surveillance du temps de travail et de la productivité. A la limite chaque ouvrier ou ouvrière dispose d'un terminal, auprès duquel il (ou elle) s'identifie lui permettant de contrôler son propre rendement, car le système enregistre le nombre de pièces et le

temps écoulé. Il existe un tableau central facilitant les comparaisons. L'ordinateur calcule le rendement de chacun. Chacun sait que de son rythme dépend son salaire, qui est ainsi automatiquement calculé. Le licenciement peut ainsi être "objectivé" pour insuffisance des résultats⁽⁶⁷⁾.

Il existe d'autres systèmes de contrôle par l'instrument de travail lui-même, lorsqu'il s'agit de travail sur écran ou de travail informatique⁽⁶⁸⁾. Des sanctions disciplinaires sont prises sur la base des données collectées par le terminal écran. Il y a eu des grèves. Aucune négociation collective de ces méthodes n'avait précédé leur mise en œuvre.

Le contrôle du rendement n'est pas nouveau ; ce qui l'est c'est qu'il s'étend massivement au secteur tertiaire ; que des résultats enregistrés sont déduits des conséquences sur la notation, la paie, la discipline ; enfin que l'agent est auteur lui-même de son évaluation, **le système de contrôle étant incorporé au processus de production**. A quoi s'ajoute une surveillance réciproque de l'équipe de travail, si le rendement est apprécié collectivement. Beaucoup de systèmes ne sont pas déclarés à la CNIL ; la loyauté de la collecte n'est pas évidente ; sa finalité (multiple) reste dans le flou⁽⁶⁹⁾.

162.- Une meilleure coopération de la CNIL et de l'inspection du travail apparaît, comme cela a été déjà suggéré (n° 140) dans la logique des choses. Encore serait-il nécessaire que les règles déduites de la loi du 6 février 1978 soient inscrites dans la partie du code sur les conditions de travail (n° 147). Au surplus si le CE est informé et consulté sur les mesures de nature à affecter les conditions de travail, il l'est imparfaitement. Enfin l'obligation annuelle de négocier, devrait en France comme c'est le cas dans divers pays (RFA, Suède, Italie) concerner l'introduction de techniques nouvelles de travail. En échange de l'acceptation d'une modernisation du processus de travail, pourrait être exigé le respect de certaines garanties pour éviter que l'homme au travail soit entièrement assimilé à un robot. En le préconisant, on reste donc dans les limites de ce rapport. Une "déshumanisation" du travail est en cours, nonobstant les affirmations des art. 1, 2 et 3 de la loi du 6 janvier 1978. Ce sont ces articles, très généraux qui pourraient servir de base à l'élaboration de règlements d'application propres à l'exécution de la prestation de travail :

- ne pas porter atteinte à **l'identité humaine** (concept à définir) ;
- pas de décision ayant **pour seul fondement** un traitement informatisé d'informations ;
- droit de contester les "**raisonnements**" (concept ici aussi à préciser) utilisés dans les traitements dont les résultats sont opposés à quel'un.

(67) SNECMA. Industrie textile, v. Lenoir et Chauvet op. cit.

(68) Imprimeries de presse. Sociétés de services informatiques. INSEE. Chèques postaux.

(69) Les tribunaux commencent à être saisis. V. TGI Paris 5 février 1990 cité en note n° 141.

Au total et comme les premiers l'ont montré Ch. Lenoir et B. Wallon⁽⁷⁰⁾, la loi du 6 janvier 1978 pourrait être, après traduction dans le code du travail, soumise au contrôle de l'Inspection du travail. D'autre part l'informatique dans l'entreprise (et les autres technologies de même) devrait être négociée avec les syndicats⁽⁷¹⁾ comme partie intégrante des conditions de travail. Ce point n'étant pas exclusif de l'information du comité d'entreprise, déjà prévue par le droit positif.

Quant aux droits individuels du salarié, ils pourraient constituer la matière d'une recommandation spéciale de la CNIL, analogue à celle sur les auto-commutateurs.

(70) art. cit. ces auteurs estiment aussi qu'il n'est plus opportun de distinguer secteur public et secteur privé...

(71) L'accord national interprofessionnel du 23 septembre 1988 sur les nouvelles technologies pourrait donner lieu à une négociation "adaptatrice" au niveau de l'entreprise.

Les libertés constitutionnelles du travailleur subordonné

163.— Le débat théorique sur la liberté du salarié, est aujourd'hui relativement clair. Des colloques, des articles approfondis lui ont été consacré, qu'il suffira de résumer⁽⁷²⁾. Le processus de constitutionnalisation du droit français, lui donne un intérêt qui n'est pas près de se relâcher

Mais on aurait tort de rester sur le terrain doctrinal. Chaque jour des litiges sont portés devant les tribunaux. Des décisions d'espèce d'abord et de principe, de plus en plus, témoignent d'une prise de conscience des juges, qui ne veulent pas en rester à l'appréciation de la cause d'un licenciement, mais se comporter en "**gardiens des libertés individuelles**" comme la constitution les y convie.

Il reste que, si peu de désaccords existent sur l'orientation générale, il s'avère particulièrement difficile de mettre en œuvre une garantie efficace, et de sanctionner de manière adéquate les atteintes aux droits des personnes. La tendance naturelle du droit du travail, rééquilibrer par l'action collective, les pouvoirs du chef d'entreprise, est peu adapté à ce type de problèmes. Conçue pour les conflits salariaux, déjà d'application malaisée aux conflits liés à l'emploi, l'action "syndicale" n'a pas fait preuve de son aptitude à préserver la liberté individuelle ; ce n'est pas vraiment son rôle. Il importe donc d'imaginer d'autres voies.

(72) Le débat moderne a été lancé par le colloque de l'association française de droit du travail des 20-21 novembre 1981 (Dr. soc. 1982 p. 4147). Les rapports de J. Rivero, J.M. Verdier, Ph. Ardant définissent une problématique dont on ne s'est plus écarté depuis. Cependant le rapport Auroux et la notion de citoyenneté de l'entreprise a aiguillé la discussion dans un sens différent. Il ne s'agit pas ici des droits du citoyen. Les articles plus récents de J.M. Verdier : libertés et travail, problématique des droits de l'homme et rôle du juge (D. 1988 Chr. p. 63) et de J. Savatier : la liberté dans le travail (Dr. soc. 1990 p. 49) ont bien recentré la discussion. V. aussi Gulphe : vie privée et vie professionnelle JCP 1990 E. 15736.

Un débat toujours actuel : l'étendue de l'échange

164.— Un premier point est l'objet d'un accord : la discussion ne doit pas se situer sur le terrain du rapport contractuel, employeur-salarié. Ce n'est pas le salarié, partie au contrat de travail qui est concerné. Pas plus que ne sont mis en cause les pouvoirs de la direction de l'entreprise, de gérer celle-ci et de donner des ordres au salarié.

Il s'agit de **l'homme sous le salarié**, mais ceci étant dit, deux développements conceptuels sont imaginables, et ne sont pas, toujours clairement dissociés.

165.— Le premier est emprunté au **droit public**. Il est parfaitement illustré par l'étude J. Rivero⁽⁷³⁾. C'est jusqu'à présent dans les rapports de l'individu et de l'Etat que les libertés publiques se sont affirmées. C'est contre l'Etat que la loi doit protéger l'individu. Et l'Etat, démocratique et libéral a accepté et organisé son propre cantonnement, en garantissant la liberté de se déplacer librement, la liberté d'opinion, celle d'expression et de diffusion des opinions, le respect de la vie privée, principalement par l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, la liberté d'entreprendre et plus généralement la liberté des activités économiques. Il a même, plus tardivement reconnu la liberté pour les individus de s'associer⁽⁷⁴⁾. Ce code des libertés publiques, dont la racine se trouve dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, contient enfin une série de prérogatives appartenant à tout homme en face de la justice de l'Etat (sûreté).

Si on retient cette première orientation, la question préalable surgit : y a-t-il une possibilité d'appliquer ces libertés **publiques** dans les rapports **entre particuliers** ? La réponse ne va pas de soi⁽⁷⁵⁾. Certes il existe des pouvoirs aussi dangereux pour les libertés de l'individu, que le pouvoir politique, mais il n'est pas facile d'insérer la mécanique des libertés **publiques**, dans les rapports **privés**. Le seul rouage de l'Etat qui soit appelé à intervenir dans les rapports privés c'est le juge. Mais c'est en général le juge pénal qui a vocation à sauvegarder les libertés individuelles contre les empiétements illicites des particuliers. Hors toute infraction pénale, il semble d'une grande difficulté, non pas tant de faire pénétrer comme on le dit, les libertés publiques dans les rapports privés, mais d'imaginer le "transformateur" qui opérera la mutation d'une liberté contre l'Etat en liberté contre un pouvoir privé. Le salarié est un citoyen. Certes. Mais quelles en sont les conséquences au regard de l'employeur ?

(73) Les libertés publiques dans l'entreprise. Rapp. colloque précité Dr. so. 1982.421. Même approche dans le rapp. de Ph. Ardant loc. cit. p. 428.

(74) Les droits "économiques et sociaux" ou droits de créance contre la collectivité, sont de nature différente et n'apparaîtront pas dans ce rapport.

(75) Il y est, semble-t-il répondu négativement par les juristes allemands.

Le législateur s'y est essayé dans un domaine : la liberté syndicale. Organisée par la loi de 1884 comme une liberté d'association, protégée contre l'Etat, elle a été radicalement transformée en 1968, en liberté protégée contre l'entreprise et pourvue de prolongements conçus sur le type des libertés publiques : liberté de réunion, de diffusion des opinions, etc... Rien de tel n'a été jusqu'ici imaginé pour les libertés individuelles⁽⁷⁶⁾. Cette méthodologie ne semble pas leur convenir.

166.— L'autre approche est celle du **droit privé** ; aussi bien s'agit-il de relations entre personnes privées. Mais le vocabulaire devient plus flou : on parle de droits de la personnalité, de respect de la vie privée, mais aussi de droits de l'homme, alors opposé au citoyen ; certains préfèrent une autre terminologie et parlent de liberté(s) civile(s). En première apparence, cette nouvelle problématique ne mène pas loin ; en effet dans les rapports privés, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; l'homme est donc libre de s'engager à obéir à autrui, sous la seule réserve de la prohibition des engagements perpétuels (!). Pendant longtemps comme le rappelle J. Savatier⁽⁷⁷⁾ le mouvement ouvrier a analysé l'exploitation de l'homme par l'homme, comme contraire aux droits de la personnes humaine et a réclamé radicalement l'abolition du salariat. Cette approche n'est plus d'actualité !... On s'est orienté ensuite vers la recherche de moyens de corriger l'inégalité des parties, mais on tombe alors dans un ordre d'idées différent.

Devant la difficulté de transposer **les libertés publiques** dans les rapports de travail, force est de demeurer sur le terrain de **la liberté de la personnes humaine**, prise comme un tout. Pour reprendre encore le raisonnement de J. Savatier, le "salarié" qui conclut un contrat de travail, consent à la subordination pour la seule **exécution de la prestation de travail ; dans le reste de sa vie il demeure libre**. Encore est-il indispensable d'admettre que **même dans l'exécution du travail**, il ne peut consentir à n'importe quel abandon de liberté. Les droits de la personnalité (ou la liberté civile, si on préfère) sont en eux-mêmes inaliénables. Contre le salaire, le travailleur échange une prestation, des services, qui seront définis par l'employeur, mais qui laissent intact un noyau dur qui correspond à ce qui, à une époque donnée, et dans une civilisation données, constitue l'idée qu'on se fait de la liberté humaine.

Cette "liberté personnelle" du salarié, figure *expressis verbis*, dans les décisions du conseil constitutionnel⁽⁷⁸⁾. Le processus d'encadrement du droit du travail par les principes de valeur constitutionnelle, conduit inéluctablement à la recherche de ce qui ne peut — parmi les préro-

(76) Sauf dans le domaine des fouilles corporelles, où il était relativement facile de transposer les règles du code proc. pénale.

(77) La liberté dans le travail. art. cit. Dr. soc. 1990 p.49

(78) C.C. 25 juillet 1989. Dr. soc. 1989.627. Cette "liberté personnelle" est affirmée contre l'emprise du syndicat, mais elle ne se limite certes pas à cela.

gatives de toute personne— faire l'objet d'un échange. Du reste dès 1973⁽⁷⁹⁾ le conseil d'Etat observait que les accords entre employeurs et salariés" ne pouvaient aller à l'encontre des principes fondamentaux énoncés dans la constitution... lorsque ces principes **débordent** le domaine du droit du travail ou intéressent... des **garanties échappant par leur nature, aux rapports conventionnels**". Comme le dit aussi J.M. Verdier⁽⁸⁰⁾ il n'est pas imaginable "de continuer à exclure la problématique des droits de l'homme du domaine des rapports de travail" qui deviendraient un îlot à l'intérieur de l'Etat de Droit. C'est trop peu de dire que la liberté contractuelle s'arrête là où l'ordre public (général) l'exige, car ce serait présenter les droits de la personne humaine comme une limite aux pouvoirs de direction. La formule qui correspond au droit constitutionnel dans son état actuel est : **la liberté est le principe et le pouvoir de direction ne peut que lui apporter certaines restrictions, étroitement finalisées et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise.** (en ce sens, Ph. Ardant. art. cit.).

167.— Sous une forme différente on peut dire que le droit constitutionnel s'impose à l'entreprise. Des législations étrangères⁽⁸¹⁾ en ont tiré la conséquence qu'une loi devait transposer aux rapports humains, dans l'entreprise les principes de valeur constitutionnelle : c'est la formule du "**statut du travailleur**" fondé sur l'affirmation d'un droit à la dignité personnelle, d'une sphère privée entièrement autonome etc... Ce n'est pas la voie retenue par le législateur français jusqu'à présent. Et la tendance était plutôt de mettre l'accent sur les devoirs et obligations du travailleur, d'origine contractuelle et plus ou moins résumés dans l'idée de fidélité, conduisant à exiger de lui un certain conformisme, quitte à corriger les abus. Si affirmation de droits fondamentaux il y avait, elle risquerait du reste de demeurer formelle. Et l'entreprise continuerait de rester une "zone franche" de la société civile vivant sur son propre droit.

De même que la loi Informatique et libertés reconnaît à toute personne (et au salarié) un droit spécifique sur la disposition de ses "données personnelles", la loi générale de l'Etat donne à toute personne (et au salarié) des droits "de la personnalité"⁽⁸²⁾. Que ceux ci s'affirment en général dans les médias, écrits ou audio-visuels, ne doit pas donner à croire, qu'ils ne sont pas opposables en d'autres circonstances, et à d'autres organisations.

Avant de poursuivre il ne faut pas tomber dans le piège de mélanger cet appel au respect des droits fondamentaux d'essence constitutionnelle dans la vie du travail, avec une vague démocratisation de l'entreprise. Il ne s'agit en rien d'élargir les droits de participation ou de contrôle

(79) Avis 22 mars 1973. Dr. ouvr. 1973.190.

(80) Chronique préc. D 1988 p. 63.

(81) Lois italienne et espagnole (sur le modèle italien).

(82) Lindon les droits de la personnalité, Dalloz 1974..

des salariés. C'est une autre affaire qui se situe *de lege ferenda*. Il s'agit simplement d'une constatation inspirée par le caractère **libéral** de la société ou nous vivons : la constatation est de pur droit positif. Deux séries de conséquences peuvent en être tirées.

168.— En premier lieu tout ce qui concerne la **vie extra-professionnelle, est hors contrat de travail**, étranger à l'autorité qui s'exerce dans l'entreprise. C'est, moins le **temps** de travail et le **temps** de loisirs ou de repos, qu'il faut opposer, que l'individu exécutant son travail et la personne dans toutes ses autres activités qui ne tendent pas à la fourniture de la prestation de travail. Jalons sur cette voie, quoique déjà anciens : **l'abandon du paternalisme**, qui conduisait l'employeur à s'occuper du logement, des enfants, de la vie familiale de ses salariés ; c'était une ingérence (souvent pavée de bonnes intentions) dans la vie extra-professionnelle. On observera plus loin que la jurisprudence en a tiré diverses conclusions ; **l'accroissement du temps libre** du travailleur. La tendance est continue depuis un siècle, (encore que soit aujourd'hui contestée l'institution du repos dominical).

Il est essentiel non seulement de soumettre à critique la formule selon laquelle les cadres "doivent tout leur temps à l'entreprise" mais encore de n'accueillir qu'avec d'innombrables précautions toutes idées que la liberté d'expression du salarié dans sa vie extérieure, serait limitée par une obligation de réserve ou de discrétion. Il y a des textes sur le secret de fabrique et sur l'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprises, si une information leur a été livrée à titre confidentiel. Mais si on peut admettre que les cadres dirigeants ne doivent pas s'exprimer à l'extérieur sans précaution, il ne saurait être question d'ériger cette question de pure éthique, en principe juridique valable pour tous. Dans la vie extra-professionnelle, c'est non seulement le respect de la vie privée qui est en jeu, mais la liberté générale du citoyen, que ne cesse pas d'être le salarié.

169.— **Même dans la vie professionnelle**, et parce que le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail (manuelle, intellectuelle) mais non sa personne, subsiste **un noyau d'autonomie** sur lequel la direction n'a pas prise. Pour y voir clair dans cette affaire passablement obscure, il faut utiliser les principes généraux de **finalité** et de **proportionnalité** que l'art L 122.35 mentionne à propos du règlement intérieur, mais qui, transcendant cet acte, ont une portée générale, valable pour le pouvoir de direction, celui de donner des ordres. Les sujétions imposées à la personne du travailleur "ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise"⁽⁸³⁾.

— La liberté de déplacement sur les lieux de travail peut certes être réglementée par des permis, des cartes, des badges, mais si, et dans la mesure où cela est nécessaire.

(83) J. Savatier art. cit.

– L'expression des opinions sur les lieux de travail si elle trouble le travail peut faire l'objet de restrictions et il est certain qu'un bureau ou une usine ne sont pas un forum ; mais c'est affaire de mesure, et le Conseil d'Etat a opportunément rappelé que la liberté des conversations privées était de principe⁽⁸⁴⁾.

– La liberté religieuse existe. S'il n'y a pas d'impossibilité avérée, le salarié musulman doit pouvoir faire sa prière à l'heure prescrite. En revanche le caractère collectif des horaires de travail et l'organisation de celui-ci, ne s'accommoderont pas d'un repos hebdomadaire choisi pour motifs religieux un autre jour que le dimanche.

– La liberté corporelle, c'est aussi la liberté dans le choix de son apparence : les vêtements, la coupe des cheveux, ne sont pas liés à la discipline du travail. Il y a eu des litiges fréquents en cette matière, qu'on s'explique mal, litiges qui conduisent à rechercher si le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, ce qui n'est pas vraiment une réponse au problème posé. Le terrain disciplinaire n'est pas le bon terrain ; car en ne s'inclinant pas devant un ordre, le salarié commet une faute contre la discipline. La vraie question est de savoir si l'employeur peut licitement, soit à titre collectif, soit à titre individuel, porter atteinte à la liberté qu'a chaque personne de s'habiller à sa guise. Avec le corps on est à l'intérieur de la problématique des droits de la personnalité (non des libertés publiques) et l'intervention de la direction doit avoir une justification liée au travail ; d'où possibilité d'obliger à porter un casque et peut-être un uniforme dans certaines professions. Deux prolongements plus importants que la parure ou le vêtement, sont à signaler dans cette ligne.

170.– **La santé.** On a dit que la loi prévoyait des examens périodiques d'aptitude au travail effectués par le médecin du travail. Mais d'une part l'employeur ne peut imposer d'aller au delà, et prescrire, sous un prétexte quelconque une analyse biologique, (v. supra n° 149). D'autre part si le salarié est malade, il est libre du choix de son médecin. La contre-visite médicale organisée par l'entreprise n'a pas de caractère obligatoire, elle est seulement la condition contractuelle mise au paiement du salaire entier pendant la maladie. C'est un moyen d'éviter des fraudes. Le salarié conserve le droit de se refuser à cette visite d'un médecin qu'il n'a pas choisi, quitte à perdre la moitié du salaire pendant son inactivité. Le droit du salarié sur sa personne n'est pas vraiment diminué. En revanche si la maladie dont souffre le salarié a pour origine son activité professionnelle et même si elle ne figure pas sur les tableaux, le Droit français devrait permettre au salarié –conformément du reste au droit commun– d'utiliser les règles de la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, pour obtenir indemnisation. Cela se heurte encore à des obstacles. Et pourtant si les droits de la personnalité (ici le droit à l'intégrité physique) sont lésés, cela constitue en thèse générale une faute, à l'origine du préjudice⁽⁸⁵⁾.

(84) C. Et. 25 janv. 1989 précité (à propos du règlement intérieur).

(85) Le Droit communautaire (recommandation) est en ce sens – le Droit interne français est encore en retrait.

171.— **La sécurité.** Le droit de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent (art. L. 231.8 et 8.1), constitue pour le salarié la vraie consécration législative de cette idée que la subordination laisse subsister un noyau non négociable de droits liés à la personne même. Il n'y a pas refus ou suspension du travail ; un arrêt récent a même bien fait apparaître la différence de ce droit de retrait avec l'exercice du droit de grève⁽⁸⁶⁾ ; le salarié exerce un droit fondamental, qui ne pouvait être annihilé, par l'obligation de travailler ou celle d'obéir. Idée du noyau de liberté inaliénable.

172.— Même le respect de la **vie privée** (qui n'est autre que le respect de la personne) trouve à s'exercer dans la vie professionnelle, pendant le travail, sur les lieux de travail. C'est la question déjà évoquée à propos du règlement intérieur, des fouilles corporelles et des perquisitions dans les armoires et vestiaires. Le principe est la liberté de l'intimité (ce qu'on a dans son sac ; ce qu'on enferme dans son armoire). Il peut y être apporté des limites si elles sont justifiées par la défense d'autres libertés telle la propriété individuelle (vol commis sur la propriété de l'employeur) et à certaines conditions⁽⁸⁷⁾. Assez caractéristique est le cas de la fouille des véhicules ; le refus de laisser pratiquer un contrôle a été justifié, par le fait qu'"il donnait à l'employeur des prérogatives supérieures à celles conférées par la loi à un officier de police judiciaire"⁽⁸⁸⁾.

La prohibition de toute écoute des conversations téléphoniques entre salariés ou d'un salarié avec un tiers, à l'insu des intéressés, relève de l'art. 368 du code pénal. L'intérêt de l'entreprise, l'ordre dans le travail, ne sauraient mener à excuser ces comportements. Quant à la collecte et au traitement informatique des données personnelles, il en a été suffisamment question⁽⁸⁹⁾. La loi informatique et libertés plus qu'elle n'a créé des règles nouvelles, doit être interprétée comme ayant révélé, et pour la première fois formulé, des droits préexistants.

En définitive, même sur les lieux de travail, une certaine opacité de la personne du salarié doit être exigée. Le salarié n'est pas seulement un "être de travail". Son identité intime doit être respectée.

(86) Soc. 26 sept. 1990, Dr. soc. 1991.60 rapp. Waquet note Ray.

(87) v. supra n° 152.

(88) Soc. 9 avril 1987 Bull. v. n° 205 —et sur renvoi C. Versailles 27 avril 1989 Dr. soc. 1989.664. Concl. Duplat— v. Pettiti : la fouille dans les entreprises, JCP 1989 I 3373.

(89) supra n° 154 et s.

Le juge judiciaire, "gardien des libertés individuelles" ?

173.— Les juges ont souvent été saisis, comme on va le montrer (en se limitant à quelques exemples). Mais comme on va également le constater, c'est toujours après la rupture du contrat et pour qualifier le licenciement. La méconnaissance de sa liberté personnelle va se traduire pour le salarié —sauf exception— par une indemnité.

Les progrès de cette jurisprudence ne doivent donc pas masquer que la liberté du salarié n'est pas vraiment sauvegardée par l'appel au juge. Ou plutôt l'appel au juge doit avoir lieu avant que le licenciement n'intervienne. Après, il est trop tard ; et même la réintégration (supra n° 175) n'intervient qu'après coup.

174.— Le premier exemple est emprunté à des **faits de vie privée**. Pendant longtemps les relations familiales ou amoureuses, ont été incluses dans le champ du pouvoir disciplinaire. Non certes directement, mais à travers les risques que ces relations faisaient peser sur l'entreprise ; soit qu'un mari, un concubin, un parent travaillât dans une entreprise concurrente ; soit qu'une relation personnelle entre deux salariés de la même entreprise constituât un dysfonctionnement pour celle-ci. Le licenciement intervenait et l'employeur, pour éviter d'avoir à payer une indemnité pour licenciement abusif ou dépourvu de cause réelle et sérieuse, indiquait que le salarié ne lui inspirait plus **confiance**. L'intuitus personae, le rapport de confiance personnelle "réciproque" inhérent à la relation de travail, avait fréquemment conduit les tribunaux, approuvés par la Cour de Cassation, à estimer le licenciement pour perte de confiance suffisamment justifié⁽⁹⁰⁾.

(90) Soc. 9 oct. 1959 D 1960.8 (mari d'une salariée, occupé dans une entreprise concurrente). Soc. 9 janv. 1963, Dr. Soc. 1963.351 : (projet de mariage avec l'employé d'un concurrent). Soc. 2 déc. 1964 D 1965.97 : (perte de confiance a raison de la vie privée du salarié). 19 juil. 1965 D 1965.764 : (liaison d'un cadre avec une salariée), 29 avril 1970 Dr. Soc. 1970.521 : (licenciement de la femme d'un PDG après divorce), 28 oct. 1971 D 1972.58 - 4 avril 1979 B. V n° 315 : (conjoint occupé à une activité concurrente), 26 juin 1980 B. V n° 573 : (licenciement de la femme, le mari ayant été licencié pour faute grave), 10 juil. 1980 Bull. V 646 (caractère difficile du salarié), 4 mars 1981 D 1982 IR p. 80 : (mari licencié après la démission de sa femme), 30 mars 1982 D 1983.192 B. V 169, 5 oct., 6 juil. 1983 Jur. uimm. 84.448 : (perte de confiance), 7 mai 1987 L. Soc. n° 5963 : (activité concurrentielle des conjoints), C. Paris 4 juin 1987 D 1987.610 n. Mouly : (concubinage avec un concurrent), 25 nov., 17 déc. 1987 Jur. uimm. 88.499 p. 48 : (perte de confiance par suite de faits de vie privée), 16 juin 1988 Dr. ouv. 1989.222 : comportement violent de la femme du salarié envers la femme de l'employeur ; mais —sans doute amorcé d'un revirement—, la Cour de Cassation censure l'arrêt : **"le fait invoqué étant étranger à l'exécution du contrat de travail"**, ne pouvait constituer une **faute grave** (la Cour de Cassation ne dit pas que le licenciement n'avait pas de cause réelle et sérieuse ; l'incertitude subsiste)..

Cette jurisprudence était évidemment contraire à l'idée ici développée que par le contrat de travail le salarié ne donne aucun pouvoir à l'employeur de s'occuper de sa vie intime, et était généralement critiquée⁽⁹¹⁾. Certains arrêts, en sens contraire étaient parfois rendus, motivés par telle ou telle formule : "circonstances sans rapport avec l'exécution du travail"⁽⁹²⁾ ou encore : "la perte de confiance ne peut s'appuyer que sur un fait propre au salarié et non sur un reproche fait à son conjoint"⁽⁹³⁾ ou encore : "la perte de confiance ne saurait résulter d'une affirmation imprécise"⁽⁹⁴⁾.

La rupture est complète si on lit l'arrêt du 29 nov. 1990 ; la volonté de redresser la barre est manifeste : le mari licencié pour motif économique, assigne l'employeur pour obtenir diverses indemnités dues. La femme, qui est comptable dans la même entreprise, est licenciée peu après ; "il y a incompatibilité entre vos fonctions et le fait d'être l'épouse d'un ancien salarié qui nous attaque devant les tribunaux". L'employeur est exonéré de toute responsabilité par la Cour d'Appel car il ne pouvait plus faire confiance à la salariée. Cassation : **"un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement"**⁽⁹⁵⁾.

175.— Deuxième exemple : la liberté d'expression sur le travail, hors la vie de travail. Cet exemple est riche de sens, comme l'était celui de la perte de confiance, parce qu'il montre bien la connexion existant entre la vie personnelle (et ici les droits de citoyen qui y sont associés) et la vie de travail. Ce n'était pas la première fois qu'un salarié s'exprimait dans la presse et y affichait des opinions ne rencontrant pas l'approbation de l'employeur⁽⁹⁶⁾. Aujourd'hui il est peu douteux qu'une sanction ou un licenciement qui reposerait sur des opinions politiques (ou religieuses ou syndicales) exprimées par les salariés serait illicite (art. L. 122-45). Aussi de tels licenciements ne se présentent-ils plus ouvertement pour tels⁽⁹⁷⁾.

(91) Chirez D 1981 chr. 193.

(92) Soc. 12 mars 1970 JCP 1970.16548, 17 mars 1971 JCP 1971.16870, 10 mai 1979 B. V 291 (un "simple soupçon ne saurait entraîner une perte de confiance), 8 nov. 1982 D. ouv. 1983.271, 8 janv. 1987 Liais. soc. n° 5899.

(93) Soc. 3 juil. 1986 Lais. soc. n° 5878, 25 avril 1990 B. V. 188.

(94) Soc. 26 janv. 1989, Bull. V n° 78 D 1989 IR p. 54, Id 23 mars 1989 Dr. ouv. 1990.489. Le changement est en vue.

(95) Soc. 29 nov. 1990 D 1991.190 n. J. Pelissier, qui oppose trait pour trait cet arrêt à celui du 26 juin 1980, cité, les circonstances étant identiques. Dans le même sens Soc. 9 janv. 1991. Le tournant est pris.

(96) Soc. 16 avril 1969 Dr. ouv. 1969.422 Dr. soc. 1969.510, 14 oct. 1970 D 1971.53.

(97) Sauf dans les entreprises de tendance, sur lesquelles ce rapport ne peut s'arrêter (Soc. 20 nov. 1986, Dr. soc. 1987.375, obs. J. Savatier ; professeur de théologie protestante, dont les convictions avaient changé ; art. L. 122-45 inapplicable).

L'arrêt Clavaud, précédé par une rare fermentation d'idées⁽⁹⁸⁾ doit retenir l'attention pour trois raisons : le respect des droits de l'homme subordonné était directement dans la balance ; pour la première fois la Cour de Cassation approuve les juges d'avoir sanctionné une violation de ces droits par la réintégration dans l'emploi, et non une simple indemnité ; la motivation de la Cour de Cassation malgré cette double audace, reste néanmoins timide si bien qu'on peut s'interroger sur le caractère irréversible de cette jurisprudence, et sa généralisation.

– Le salarié s'était exprimé dans la presse sur les conditions de travail de l'entreprise où il travaillait, en les critiquant sévèrement. La contradiction était évidente entre la dénonciation de l'employeur sur lequel il aurait "jeté le discrédit" ce qui est peu en harmonie avec l'état de subordination, et le simple exercice de la liberté d'expression dans la presse, inscrit dans la déclaration de 1789. Il ne s'agissait même pas d'opinions politiques et sociales, mais d'une description (quasi sociologique) de la vie de l'homme au travail. La thèse de l'employeur était que la conciliation devait se faire sur la base d'une obligation de réserve imposée au salarié par le contrat. Mais le fait que le salarié ait exprimé une opinion hors de l'entreprise, dans le cadre de sa vie de citoyen semble avoir été déterminant : le thème de la liberté constitutionnelle du salarié l'emporte sur ses obligations contractuelles ; l'emporte la liberté individuelle du citoyen –par ailleurs salarié– en dehors de l'entreprise, quelque critique que soit l'opinion exprimée. Comme le dit J.M. Verdier⁽⁹⁹⁾ l'essentiel est qu'on ne se place plus dans le contexte, le "décor" du contrat ; mais dans celui des droits constitutionnels ; c'est ce que fait la Cour de Riom. Ce n'est pas un conflit du travail. La mission du juge n'est pas ici d'arbitrer un conflit d'intérêts mais, comme un juge pénal, de faire respecter la liberté individuelle : un salarié doit à cet égard être traité comme toute autre personne.

– Deuxième point remarquable, la Cour de Cassation approuve les juges du fond d'avoir ordonné sous astreinte la poursuite du contrat de travail, le licenciement étant nul. Certes, l'art. 122-45 sanctionne bien par la nullité le licenciement intervenu au mépris de certains droits fondamentaux ; or, précisément n'y figure pas la liberté d'expression. Faut-il en déduire que la seule sanction est ici comme ailleurs l'indemnité ? Les juges du fond ne l'avaient pas pensé. Au-dessus de l'art. 122-45 qui sanctionne la violation des droits économiques et sociaux, il y a la constitution. La violation de la constitution par l'acte de licenciement doit être frappé de nullité.

(98) Soc. 28 avril 1988 D. 1988.437 note Wagner Dr. ouv. 1988.428 concl. Ecoutin Note Jeamand Dr. soc. 1988.428, note Couturier, Bul. V n° 257 rejetant le pourvoi C. Riom 2 mars 1987 D 1987.427 n. Wagner confirmant C. Prudh. Montluçon 24 nov. 1986 Dr. ouv. 1987.1, Add : J.M. Verdier chr. préc. D 1988, p. 65.

(99) Op. cit.

Et les magistrats de Riom pour assurer le respect de leur décision de remise en état, pour peser sur la volonté de l'employeur sans recourir à la force publique, utilisent le moyen de l'astreinte provisoire. Leur arrêt a été exécuté⁽¹⁰⁰⁾. Clavaud a récupéré son emploi.

– Mais quelle est la motivation de l'arrêt de la Cour de Cassation ? L'avocat général avait bien dit : "c'est à l'honneur des juges d'appel d'avoir placé le débat à son véritable niveau : celui des libertés générales, par une référence à la norme constitutionnelle... une liberté constitutionnelle n'est pas monnayable". Or l'arrêt ne vise pas la déclaration des droits de l'homme, incorporée à la constitution. Il s'appuie sur l'art. 461.1 du code du travail sur le droit d'expression des salariés dans l'entreprise sur leurs conditions de travail. Cet article énonce que les opinions émises ne peuvent donner lieu à licenciement. Ce droit d'expression s'exerce **aussi** hors de l'entreprise et (sauf abus) dans sa **plénitude** (sans les contraintes posées par l'art. L.461.1). On peut regretter que l'arrêt ait donné à son dispositif une motivation, somme toute fragile. Dans les visas de l'arrêt, la constitution ne figure pas.

Demeure un point qui reste flou : la réintégration peut-elle en pareil cas être ordonnée par la juridiction des référés ? Celui-ci peut-être saisi s'il existe un trouble manifestement illicite qu'il importe de faire cesser. Dans l'affaire Clavaud le juge des référés tant au premier degré qu'en appel, ne s'était pas reconnu compétent. Ce point sera réexaminé (infra n°181).

176.– Le troisième exemple peut sembler anecdotique. Il a pourtant permis à la Cour de Cassation de rendre un arrêt qui par sa formulation, prend valeur d'arrêt de principe. L'employeur, l'association "Fraternité Saint Pie X" avait appris, par indiscrétions, que le sacristain qu'elle employait était homosexuel et l'avait licencié. Ce licenciement avait été approuvé comme étant justifié (l'Eglise catholique ayant toujours condamné l'homosexualité) par les juges d'appel. Pour les censurer la Cour de Cassation se fonde sur un principe fondamental, qui ne peut connaître qu'une limite⁽¹⁰¹⁾.

– Le principe fondamental d'illicéité est trouvé par la Cour de Cassation dans les art. L.122-35 et 122.45, pour la première fois **réunis**. Le premier de ces textes affirme que les droits des personnes et les libertés individuelles ne peuvent être restreintes par le règlement intérieur (sauf si cela est justifié par la nature de la tâche –finalité– et proportionné au but recherché –proportionnalité). Il s'agit sans doute du règlement intérieur, mais le principe a valeur générale et s'applique sans difficultés au contrat de travail lui-même. Le second de ces textes porte une énumération, constamment complétée, de **cas**, dans lesquels le licenciement est interdit.

(100) Sur l'emploi de l'astreinte provisoire et de l'astreinte définitive, G. Lyon-Caen, Dr. ouv ; 1987.103 sous l'arrêt de la Cour de Riom.

(101) Soc. 17 avril 1991 Dr. social, 1991.489, comm. J. Savatier.

Aujourd'hui (loi 12 juil. 1990) y figurent "les mœurs", comme y figuraient antérieurement les convictions religieuses. Il est vrai que si la tâche emporte nécessité que le salarié soit en "communion de pensée et de foi avec l'employeur" l'art. L.122-45 est inapplicable⁽¹⁰²⁾ ; mais d'un simple sacristain, on ne peut tant exiger.

Le rapprochement des deux textes n'est pas fortuit. La Cour de Cassation y trouve l'énoncé dans le code du travail lui-même du principe selon lequel les droits de la personne, ou les libertés individuelles, sont **au-dessus** du pouvoir de l'employeur ou sont hors des relations contractuelles donc ne peuvent servir de motif valable à un licenciement ; même si les **mœurs** n'ont été inscrites dans l'art. L.122-45 qu'après les faits de l'espèce.

L'allusion au fait que les mœurs du sacristain n'avaient été connues que par indiscretion n'est pas à négliger. L'indiscretion est une atteinte en elle-même à la vie privée. Et au demeurant comment songer à une **preuve** du fait objectif de l'homosexualité ?

Si demain, on découvrait un **cas** ne figurant pas dans la liste de l'art. L. 122-45, l'orientation générale ainsi caractérisée permettrait de le traiter comme les hypothèses déjà prévues par le législateur en s'appuyant sur la formule plus générale de l'art. L.122-35⁽¹⁰³⁾.

Si les mœurs et a fortiori les convictions religieuses du salarié ne peuvent justifier un licenciement, il en eût été autrement si ses agissements (sic) avaient créé un **trouble caractérisé** au sein de l'entreprise, ici de l'association Saint-Pie X. Encore est-il indiqué dans le "chapeau" de l'arrêt (lequel évoque la nécessaire finalité et la proportionnalité de la mesure) que le licenciement ne pourrait s'appuyer que sur la cause objective du comportement du salarié, compte tenu de la **nature** de ses **fonctions** et de la **finalité propre** de l'entreprise. Autrement dit le licenciement peut redevenir légitime s'il y a trouble caractérisé, ce trouble devant s'apprécier de manière relative, selon les fonctions du salarié (un cadre dirigeant –un manoeuvre), selon le type d'entreprise (allusion aux entreprises "de tendance" par opposition aux entreprises à finalités économiques). Comme le dit J. Savatier "la Cour de Cassation a usé d'une formule de principe pour résoudre un cas d'espèce très particulier". Ce n'est pas sans intention. La Cassation de l'arrêt d'appel⁽¹⁰⁴⁾ découle de ce que le salarié exerçait une

(102) Soc. 20 nov. 1986 précité - (professeur de théologie). Déjà antérieurement Ass. plen. civ. 19 mai 1978 D 1978.541.

(103) C'est ce que la Cour de Cassation faisait, avant que le législateur n'ait adopté l'art. L. 122-45 pour la liberté du mariage ou du remariage Ch. mixte 17 oct. 1975 D 1976.511 JCP 1976 II 18328 n. Lindon (remariage après divorce), C. Paris 30 avril 1963 D 1963.428 (clause imposant le célibat) et Soc. 27 avril 1964 D 1965.213.

(104) C. Paris 30 mars 1990 D 1990.596 : cet arrêt (cassé) est, lui, exclusivement fondé sur le principe que le contrat est la loi des parties et que des obligations exceptionnelles pesaient ici sur le sacristain ; pas seulement dans son comportement extérieur (ce qu'on pourrait admettre), mais sans ses dispositions **intérieures** (ce qui est difficilement acceptable car cela présuppose une ingérence de l'employeur dans le **for intérieur** du salarié). Comp. sur le refus du "concubinage homosexuel" Soc. 11 juil. 1989 D 1990.522 note Malaurie

liberté (celle de voir sa vie privée à l'abri des indiscretions) qui ne lui avait pas été enlevée par le contrat de travail. La continuité de cette décision avec celle rendue en 1990 en matière de perte de confiance (précitée) et celle rendue en 1988 dans l'affaire Clavaud – est donc très nette⁽¹⁰⁵⁾.

Sanctions et garanties ; propositions.

177.– C'est la jurisprudence sur le licenciement qui seule jusqu'à présent, permet de savoir jusqu'où s'étend le pouvoir d'assurer l'ordre dans l'entreprise et où commence la liberté individuelle du salarié. Les litiges naissent d'un différend sur la validité du licenciement jamais sur le respect d'une liberté ; (sur l'exercice du pouvoir disciplinaire aussi et étrangement celui-ci est depuis la loi du 4 août 1982 mieux articulé sur la liberté individuelle que ne l'est le droit de licenciement). Un consensus existe pour estimer que même depuis le redressement opéré en 1988, 1990, 1991, la protection de la liberté personnelle du salarié est imparfaite et survient trop tard. Cela est d'autant plus grave que l'informatisation de l'entreprise permet des investigations, naguère peu concevables, dans la sphère de la vie privée et que les progrès technologiques grignotent les libertés des salariés sur les lieux de travail.

Certes, les droits de la personnalité, et le respect de la vie privée ont été construits au fil de procès, principalement intentés par les vedettes du grand ou du petit écran, ou par des hommes publics⁽¹⁰⁶⁾. Mais un modeste (ou moins modeste) salarié, mérite presque a fortiori de bénéficier du même traitement. Il a lui aussi un domicile, un numéro de téléphone, des loisirs qu'il peut organiser à sa guise, des ennuis de santé qui ne regardent que lui, une vie familiale et amoureuse, une image de lui-même, un corps et une âme. Ces "données personnelles" plus ou moins sensibles, sont protégées par la loi contre le traitement informatisé non autorisé. Elles doivent l'être en elles-mêmes, dès avant d'être collectées et enregistrées.

On aperçoit mal en quoi l'entreprise en pâtirait ; au contraire. Elle est une collectivité d'hommes libres. C'est d'un appauvrissement qu'elle souffrirait si elle ne tolérât aucun non-conformisme. L'entreprise a dit un grand capitaine d'industrie, doit se conduire en bon citoyen. En bon citoyen, c'est-à-dire respectueux des lois, y compris celles qui forment la constitution.

(105) Il est frappant d'observer que l'arrêt de la Cour de Paris a été rendu **contre** les conclusions de l'avocat général (lequel mentionnait la conv. europ. des droits de l'homme et la jurispr. de la cour europ. -arrêt 22 oct. 1981 Dudgeon-) et que la même année, le Cons. Etat (arrêt 13 juin 1990) approuvant la révocation d'un CRS lui aussi homosexuel, était rendu **contre** les conclusions du commiss. du gouvernement (v. Y. Plouvin, Petites affiches 28.11.1990).

(106) C'est alors le juge des référés qui est le plus souvent saisi.

178.— Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 1977⁽¹⁰⁷⁾, reconnaissait à "**la liberté individuelle**" une valeur constitutionnelle, rappelant que l'**art. 66 de la constitution** en confie la protection à l'**autorité judiciaire** ; il incluait dans celle-ci et la sûreté (interdiction des arrestations ou détentions arbitraires) et la liberté d'aller et venir, et l'inviolabilité du domicile, mais surtout (car il s'agissait de faire ouvrir les coffres des voitures automobiles) le respect de la vie privée, dont l'art. 9 du code civil n'est que la mise en œuvre législative⁽¹⁰⁸⁾. Cette jurisprudence qui visait la police, s'applique, *mutatis mutandis*, au pouvoir privé de l'employeur.

De ce qui précède il résulte qu'il importe de rechercher comment le juge judiciaire pourrait, **non comme juge des litiges individuels** du travail — c'est-à-dire **ex-post** — **non comme juge pénal**, les délits sont rares, mais dès qu'une atteinte à la liberté de la personne du salarié est manifeste— c'est-à-dire **ex-ante**—, exercer son rôle constitutionnel. Dans cette recherche il y a ce qu'il est irréaliste d'imaginer, et ce qui peut s'appuyer sur certains précédents.

179.— Ce qu'il est irréaliste d'imaginer, c'est qu'un salarié puisse lui-même saisir un juge, s'il s'estime atteint dans sa vie privée ou sa personne. D'une part il ne saura pas faire le départ entre ce qui est respect de l'ordre et de la discipline de l'entreprise et ce qui, plus gravement, n'est pas conforme à la constitution d'un Etat de Droit. Un dérapage est prévisible. D'autre part le juge gardien de la liberté individuelle est normalement le juge répressif. Or, sauf les cas d'écoutes clandestines ou d'ouverture de la correspondance, il n'y a pas violation de la loi pénale. Et il n'est pas souhaitable de créer des délits nouveaux.

Il y a bien les "délits informatiques", mais la CNIL saisit rarement le Parquet.

180.— On découvre une piste plus praticable, si on se tourne vers une des libertés à laquelle le Droit du travail s'est beaucoup attachée : **l'intégrité physique du salarié**. Que prévoit la loi ? Le droit de retrait, dont il a déjà été parlé⁽¹⁰⁹⁾ ; mais aussi l'intervention d'un organe collectif de représentation des salariés : le **CHSCT**. Selon l'art. L. 231.9, en cas de danger grave et imminent, signalé au comité par le salarié concerné, ce comité avise l'employeur et consigne cet avis par écrit. Une enquête est ouverte, à laquelle participe le représentant de l'employeur et un membre du CHSCT⁽¹¹⁰⁾. Si une divergence apparaît sur l'opportunité d'arrêter le tra-

(107) Favoreu et Philip : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel n° 29, p. 361 (fouilles de véhicules).

(108) Confirmé par cons. const. n° 82.148 du 14 déc. 1982.

(109) supra n° 171.

(110) L'employeur ne peut refuser au représentant du CHSCT de se rendre sur les lieux et de lui fournir les moyens à cet effet : Soc. 10 oct. 1989 Bull. V p. 351 D 1989 IR p. 280.

vail, la machine, l'installation, le CHSCT se réunit dans les 24 heures, et l'inspecteur du travail est informé. S'ouvre alors une phase de recherche d'un accord entre l'employeur et le comité. Faute d'accord, **l'inspecteur du travail** est saisi par l'employeur. Et il met en œuvre l'une ou l'autre des procédures suivantes :

- le directeur départemental, saisi par l'inspecteur du travail, met le chef d'entreprise en demeure de respecter ses obligations en matière d'hygiène et de sécurité, mise en demeure assortie d'un délai d'exécution. Si passé ce délai la situation dangereuse n'a pas cessé, procès verbal est dressé et transmis au Parquet (art. L.231.5) c'est la voie de la répression pénale ;
- l'inspecteur du travail saisit le juge des référés "pour voir ordonner toute mesure propre à faire cesser le risque" (mise hors service, immobilisation, saisie de matériels, machines ou produits). Le juge peut même ordonner la fermeture temporaire d'un atelier ou d'un chantier. Sa décision peut-être assortie d'une astreinte (art. L. 263.1). C'est la voie civile avec intervention du juge de l'urgence, le juge de référés, dont la compétence est ordonnée sur le concept de **trouble manifestement illicite** (art. 809 NCPC).

181.– Ce qui est prévu par la loi en matière de sécurité de la personne, est-il transposable au cas d'atteinte à une liberté individuelle d'une autre nature ? Il faut bien reconnaître que si une loi est nécessaire cela peut faire reculer, car certains employeurs risquent d'y voir une amputation insupportable de leurs pouvoirs dans l'entreprise (ils se sont cependant assez bien accommodés des investigations de la CNIL). On peut parcourir successivement deux scénarios ; puis proposer une mesure minimale, transactionnelle.

182.– **Premier scénario : une législation est reconnue nécessaire.** Ses bases pourraient être les suivantes. Si un salarié est victime d'une grave lésion dans ses droits personnels, il s'adresse à ses représentants, en l'espèce le comité d'entreprise ou un délégué élu du personnel. S'ouvre alors au cours de la réunion mensuelle des délégués ou au sein du comité d'entreprise, une discussion avec le représentant de l'employeur. Phase de recherche amiable d'une solution, acceptable des deux côtés. Il serait même souhaitable qu'un élu (D.P. ou membre du C.E.) soit dénommé : **délégué aux libertés individuelles** et se familiarise avec ces questions difficiles. Il serait au surplus le correspondant attitré de la CNIL, dans les cas où celle-ci est compétente.

Faute de règlement amiable et toujours en parallèle avec ce qui est prévu en matière de sécurité, saisine de l'inspection du travail. On voit ainsi qu'il y aurait deux échelons intermédiaires entre le salarié et le juge ce qui peut désamorcer certaines réticences, ces échelons jouant le rôle de filtres pour les plaintes sans base sérieuse. Si l'inspecteur du travail ne parvient pas à régler la difficulté, alors, à l'instar de ce que prévoit l'art. L. 263.1, il saisit le juge des référés. Celui-ci déjà accoutumé à exercer ses pouvoirs d'injonction en matière d'atteinte à la vie privée, prend la mesure qu'il juge adéquate. S'il y a mépris d'une liberté constitutionnelle, ce **trouble manifestement illicite** de l'art. 809 C. pr. civ. justifie son intervention. Evidemment s'il estime que le salarié a, par son comportement excédé

la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise et jeté au sein de celle-ci un **trouble caractérisé**, (formule empruntée à l'arrêt du 17 avril 1991 supra n° 176) il rejettera la demande. Bref il pèsera entre deux troubles (et c'est bien là une différence avec le licenciement, dans lequel la mission du juge est seulement de rechercher s'il s'appuie ou non sur une cause réelle et sérieuse) ; entre le trouble **illicite** par méconnaissance d'une liberté fondamentale du salarié ; et le trouble **caractérisé** que l'exercice de cette liberté apporte à l'ordre dans l'entreprise. Il se comportera en gardien de la liberté individuelle et de la liberté d'entreprise⁽¹¹¹⁾.

183.— **Deuxième scénario.** L'alternative comporte une autre branche. Si une intervention du législateur est jugée aléatoire, ou inopportune, alors il faut souhaiter que quelques procès du type de ceux analysés aux numéros 174, 175, 176 soient intentés. la matière, on l'a déjà dit, n'est pas de celles qui puissent être utilement abordées par la négociation collective. Une régulation d'origine prétorienne sera progressivement élaborée, comme celle des "rights of privacy" aux USA. Les syndicats français sont suffisamment sensibles aux problèmes posés par la défense des libertés individuelles pour pousser à des procès tests. Il y aura donc un contentieux. On a souvent dit qu'une loi nouvelle fabriquait de nouveaux contentieux. L'absence de loi est aussi source de contentieux. Et en sortira très lentement une jurisprudence.

Ce qui doit être souligné c'est dans cette seconde hypothèse, l'individu sera isolé en face de la direction, aucune intervention ni des institutions représentant le personnel, ni de l'inspecteur du travail n'étant, en l'état du droit positif, prévisible (sauf en cas de règlement intérieur contenant une clause illicite). Or une action en justice, alors que le salarié est encore dans son emploi, est difficilement concevable. Il importe donc d'imaginer autre chose, au moins pendant la période où la jurisprudence s'édifiera. Le statu quo n'est qu'un pis aller.

184.— **Une mesure minimale :** Beaucoup de progrès ont été réalisés en Droit du travail grâce à l'action en justice des syndicats, dès lors que "les intérêts **collectifs** professionnels" sont en jeu. Mais il est malaisé d'assimiler dans tous les cas, une atteinte à la liberté personnelle, à la lésion d'un intérêt collectif. Il se peut qu'il en soit ainsi, mais il se peut également que l'action syndicale soit irrecevable. Il arrivera aussi que le salarié ne veuille pas qu'un syndicat se soucie de son cas.

C'est alors vers les institutions **élues** qu'il faut se tourner. Une mesure qui ne coûterait rien, qui aurait une charge symbolique forte, qui pourrait être prise par simple décret, consisterait à faire désigner par l'en-

(111) Objection : dans l'affaire Clavaud le juge de référés s'était déclaré incompétent, mais il s'agissait de prononcer la **nullité** du licenciement. Ici il s'agirait d'une mesure de police provisoire. Ex. ordonner l'enlèvement d'une caméra ; ordonner la suppression d'un questionnaire inquisitorial. Le juge des référés ne peut se prononcer sur la validité d'un acte juridique.

semble des délégués ou par vote du CE, un délégué spécialisé qui aurait le titre de **délégué élu aux libertés individuelles**. Trait d'union entre chaque salarié et la direction, il aurait pour fonction essentielle d'informer celle-ci de situations méritant délibération ou concertation.

Il suffirait d'un **texte réglementaire** pris en application de l'art. L. 422.1 (un art. R. 421 ou R. 422.11 à créer ; la place est vide) : "**parmi les délégués l'un a pour mission de veiller au respect des libertés individuelles des salariés**". Et tout naturellement, conformément à l'art. L. 422.1 : – "il présente à l'employeur toute **réclamation** individuelle ; – il **saisit l'inspection du travail**, lequel peut procéder comme il est indiqué à l'art. L.263.1" (ci-dessus n° 180).

Cette proposition présente un triple avantage :

- elle sensibilise les élus du personnel au problème des libertés individuelles.
- elle évite le recours à des sanctions pénales ;
- elle permet au juge rapidement et sans avoir à attendre qu'intervienne un licenciement ou une autre sanction, d'adopter une mesure de prévention (de sauvegarde) ; elle est à cet égard conforme à l'art. 66 de la constitution⁽¹¹²⁾.

185.– Il convient de rapprocher cette suggestion de celles précédemment faites au cours de cette deuxième partie du rapport, et qui sont ici rappelées et résumées :

– à propos de la **gestion informatisée du personnel** :

a) confier à l'inspection du travail (une simple circulaire suffirait) la vérification de la conformité à la loi de chaque traitement déclaré (lorsque la norme sur la déclaration simplifiée ne s'applique pas) (v. n° 139) (n° 162).

b) Plus généralement instituer une coopération entre la CNIL et l'inspection du travail par ex. sous forme d'une réunion mixte, de périodicité annuelle ou bi-annuelle (v. n° 140).

c) Permettre au comité d'entreprise déjà compétent lors de l'introduction d'un procédé informatique de gestion (ou de surveillance), de suivre le fonctionnement du procédé (v. n° 141 et s) (décret d'application de l'art. L.432.2 par ex. R. 432.18 à créer).

d) Prévoir que le droit individuel d'accès puisse s'exercer par l'entremise d'un membre du comité ou d'un délégué (le délégué aux libertés individuelles dont l'institution vient d'être suggérée) (v. n° 149).

(112) Comp. ce que dit Ph. Ardant art. cit. Dr. soc. 1982 p. 428 "l'autorité judiciaire et gardienne des libertés, elle est investie d'une mission constitutionnelle... elle a l'obligation de faire respecter (les libertés)... l'employeur n'a pas un pouvoir discrétionnaire en matière de libertés publiques... le juge vérifiera si la restriction (aux libertés du salarié) repose sur une cause légitime... est proportionnée au but poursuivi". Et l'auteur de déplorer que le juge ne soit jamais saisi.

e) Par une réflexion, sans doute de plus longue haleine, introduire dans le code du travail, quelques concepts fondamentaux de la loi Informatique et Libertés, applicables à l'évaluation et à la gestion "qualitative du personnel" (principes de transparence, de pertinence, de finalité) (v. n° 147) (n° 162).

f) Modifier la partie réglementaire (art. R. 241.56) du code du travail, relative à la médecine du travail, en vue d'assurer une séparation étanche, du traitement des dossiers de santé et de celui des dossiers de gestion du personnel, (n° 149).

– à propos de la **surveillance du travail**

a) Préciser par **décret** rendu en application de l'art. L.122.35, que toute mesure d'organisation du travail ou de police sur les lieux de travail est présumée intervenir à des fins de discipline et de sécurité, et donc doit figurer au règlement intérieur. (n° 153-155-157).

b) Inciter à une négociation avec les syndicats dans l'entreprise, pour mettre en œuvre l'A.N. Interprofessionnel du 23 septembre 1988.



Imprimé par JOUVE – 18, rue Saint-Denis, 75001 Paris
N° 200255F. Dépôt légal Février 1992



ISBN 2-11-002695-2 ISSN 0981-3764 DF 2572
imprimé en France **prix 120 F**

Rechercher un équilibre entre le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, d'une part, et le respect des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés dans l'exécution du contrat de travail, d'autre part, tel était l'objectif de la mission confiée à Gérard Lyon-Caen.

Le rapport dresse donc d'abord un bilan de ce qui se passe, confronté à l'état du droit français et du droit européen. Dans un deuxième temps, il dégage les lignes directrices des actions à entreprendre et, après s'être livré à une consultation approfondie de l'ensemble des partenaires concernés, il indique pour chaque proposition faite les modalités de mise en œuvre qui paraissent appropriées.

9 782110 026958

