

# Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N° 19  
Décembre  
2016

## Sommaire

- ① Article n°1 : Le contrat de travail de joueur professionnel salarié de jeux vidéo: le rêve des jeunes amateurs.....2
- ② Article n°2 : Le CDD : travailler n'est pas renouveler.....3
- ③ Article n°3 : Le recul de l'existence d'un préjudice causé lors du non respect d'une clause de non-concurrence illicite : quels impacts sur la conclusion d'une telle clause ? .....4
- ④ Article n°4 : L'UBER et l'argent d'UBER. Entrepreneurs ou salariés : Une maigre frontière pour de gros risques.....5
- ⑤ Article n°5 : Le test professionnel : un simple préalable à l'embauche ou une véritable prestation de travail ? .....6
- ⑥ Article n°6 : Le CDD saisonnier : des mesures illusives pour la préservation de l'emploi ? .....7

### Actualité du Master II « PGRDS »

Spécialisé dans la prévention et gestion des risques des relations de travail, le master a entamé ce mois-ci l'étude du phénomène de harcèlement au travail.

Dans le cadre du séminaire de droit de l'assurance maladie, les étudiants ont eu la chance d'entendre le poignant témoignage de Jacques Thellier, ancien inspecteur du travail dont la carrière a été profondément marquée par la triste affaire de l'école de commerce Sup de Co. Ce dernier a en effet constaté de graves faits de harcèlement au travail qui ont notamment conduit sept salariés à attirer leur employeur devant les tribunaux, un procès assombré par le suicide d'une ancienne directrice de l'école.

En outre, cette intervention rappelle à tous les étudiants que leur objet d'étude n'a pas que pour finalité la gestion du contentieux social mais également la prévention des risques pouvant naître à l'occasion de la relation de travail. Le harcèlement moral ou sexuel, l'épuisement professionnel ou encore les risques liés à la pénibilité du travail entrent donc dans le champ de la formation des étudiants qui seront amenés à devenir de véritables acteurs de la prévention des risques en droit social.



Les articles ci-dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et sous leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

## Le contrat de travail de joueur professionnel salarié de jeux vidéo: le rêve des jeunes amateurs

Le marché mondial de jeux vidéo est croissant, avec des chiffres qui dépassent 101 milliard de dollars US dans le Monde et 22,4 millions de dollars en France, selon le site internet de statistique <https://www.statista.com/>. S'est créée dans les dernières décades une nouvelle profession : le joueur professionnel salarié de jeux vidéo. Connue comme l'E-sport, le sport électronique présente des compétitions de jeux vidéo que attirent l'attention des amateurs qui souhaitent vivre d'une activité auparavant considérée comme un simple divertissement.

La France occupe la 10<sup>ème</sup> place sur la liste des pays avec les plus hauts revenus par rapport au E-sport, avec un gain de 6.145.334,49 US\$ ([www.espostsearnings.com](http://www.espostsearnings.com)). Néanmoins, des 1482 joueurs français enregistrés aux championnats et ligues de l'E-sport, seulement 61 ont pu recevoir comme salaire une somme égale ou supérieure au SMIC par mois pendant 12 mois, hors gain en tournois, ce qui les oblige souvent à rechercher d'autres sources de financement pour continuer à pratiquer, comme le streaming et la possibilité de donner des cours en lignes pour les amateurs. De plus, il existe une énorme disparité entre les revenus des joueurs en fonction des types de jeux.

La Loi pour la République Numérique (2016-1321) du 8 Octobre 2016 réglemente et formalise cette nouvelle relation de travail qui compte, en France, plus de 1000 joueurs, français ou étrangers. Cette loi établit les conditions de travail et détermine l'application des dispositions du code du travail, à l'exception des articles destinés au Contrat de Durée Déterminé. C'est une mesure de protection des travailleurs de cette nouvelle catégorie, notamment en ce qui concerne au salaire et la protection sociale (*chômage, retraite...*).

La définition de Joueur Professionnel salarié de jeu vidéo compétitif est prévue par l'article 102, I de la loi pour une République Numérique : *« toute personne ayant pour activité rémunérée la participation à des compétitions de jeu vidéo dans un lien de subordination juridique avec une association ou une société bénéficiant d'un agrément du ministre chargé du numérique, précisé par voie réglementaire »*. Conformément à la loi, l'employeur est expressément tenu d'avoir l'autorisation du ministre chargé du numérique.

Le contrat de travail accordé entre le joueur et l'association ou société est obligatoirement un CDD spécial écrit avec une durée minimale d'une saison de jeux vidéo compétitif de 12 mois, et maximale de 5 ans. Les durées inférieures à 12 mois ne sont possibles que pour le remplacement des joueurs empêchés de participer ou pendant la saison déjà commencée dès lors que le nouvel embauché concourt jusqu'à la fin de la compétition. Le renouvellement du contrat et une nouvelle embauche avec le même employeur sont permis par la loi.

Comme tout contrat de travail, celui-ci devra apporter également : l'identité et l'adresse des parties; la date d'embauche et la durée pour laquelle il est conclu; la désignation de l'emploi occupé et les activités auxquelles participe le salarié; le montant de la rémunération et de ses différentes composantes, y compris les primes et accessoires de salaire s'il en existe; les noms et adresses des caisses de retraite complémentaire et de prévoyance et de l'organisme assurant la couverture maladie complémentaire et l'intitulé des conventions ou accords collectifs applicables. Il est interdit par la loi d'insérer dans le contrat de travail des clauses de rupture unilatérale pure et simple. Une telle clause sera réputée nulle et non écrite. Le principe de la non discrimination est aussi expressément prévu par la loi qui impose à l'employeur de garantir des conditions de travail équivalentes à tous les joueurs professionnels salariés.

Étant en principe un CDD, en cas de méconnaissance des règles de fond et de forme prévues par cette loi, le contrat de travail sera réputé à durée indéterminée.

Considérant que ce type de contrat de travail a pour but la participation des salariés aux compétitions nationales et internationales de jeu vidéo, c'est à la charge de l'employeur de fournir aux joueurs toutes les conditions de préparation et d'entraînement. L'association ou la société devra garantir aux joueurs les moyens de travail, comme, par exemple, l'accès à l'internet de très haute débit, des ordinateurs de haute performance, des téléviseurs et écrans de haute qualité et, bien sûr, les jeux vidéo, soit en console, soit sur internet.

Aux USA, où les joueurs professionnels salariés sont très nombreux, les employeurs leur fournissent de véritables conditions de travail et de vie. Les joueurs peuvent vivre avec les autres membres de l'équipe dans les maisons louées par l'employeur. La maison devient simultanément domicile et lieu de travail, où les services et produits de technologie les plus modernes sont disponibles 24/24, mais également l'assistance des entraîneurs et les services de ménage, alimentation entre autres. Une vie très confortable pour les jeunes joueurs salariés de 18 à 25 ans qui reçoivent, en plus, les salaires mensuels mais aussi une participation sur les gains des tournois.

En conclusion, la loi pour une République Numérique va permettre aux joueurs professionnels de jeux vidéo de vivre décemment de leur activité, pas uniquement les joueurs chevronnés, mais également les débutants et ceux qui jouent pour les jeux moins connus et moins rémunérés. Les auteurs du E-sport attendent que cette réglementation encourage les joueurs à se consacrer intégralement à l'activité et, par conséquent, contribue au développement du secteur et la préservation des avantages concurrentiels de la France devant les autres pays.

ZANKER Manoela

## Le CDD : travailler n'est pas renouveler

Le contrat à durée indéterminée ( CDI ) étant le mode de recrutement de droit commun, le recours au contrat à durée déterminée ( CDD ) est strictement encadré par la loi. Il n'est possible d'avoir recours au CDD que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire ou dans le cadre d'une politique de l'emploi. Le CDD est un contrat qui peut tout de même être renouvelé deux fois depuis la loi Rebsamen du 17 Août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, ce qui est prévu à l'article L.1243-13 du code du travail. Ce renouvellement n'est possible que dans le cas où le contrat à durée déterminée a un terme précis, ce n'est pas un nouveau contrat qui est signé. Cela permet d'allonger la relation contractuelle tout en échappant aux différents délais applicables à la succession de contrat.

La durée totale d'utilisation du contrat à durée déterminée reste limitée et ne peut, en principe, excéder 18 mois, renouvellement inclus sauf dans certains cas dérogatoires où la durée peut être augmentée ou diminuée.

La possibilité de renouveler le contrat à durée déterminée peut être stipulée dans le contrat de travail mais cela n'est pas une obligation. Dans ce cas, pour pouvoir utiliser cette faculté, un avenant qui prévoit le renouvellement doit être soumis au salarié avant le terme initialement prévu par le contrat à durée déterminée.

Il est d'ailleurs préférable dans une politique de prévention et de gestion des risques de ne pas intégrer la clause de renouvellement dans le contrat de travail mais de lui préférer l'avenant si besoin est, afin d'éviter le risque de contentieux qui pourrait naître de la demande du salarié de poursuite de son contrat à durée déterminée, du fait de la non disparition du motif initial de conclusion du contrat et lorsqu'il est victime d'un accident du travail. En effet, dans ce cas l'employeur est soumis à l'article L .226-19 du code du travail, il ne peut donc refuser le renouvellement que s'il justifie d'un motif réel et sérieux, étranger à l'accident ou à la maladie.

L'utilisation d'un avenant crée néanmoins un risque, cet avenant doit être obligatoirement signé avant le terme du contrat initial sous peine de requalification en CDI. En effet « *la seule circonstance que le salarié vienne travailler après le terme du contrat à durée déterminée ne permet pas de déduire qu'il a donné son accord pour le renouvellement du contrat initial* » comme vient le préciser un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 Octobre 2016 n°15-17.458.

Dans cette espèce la procédure est en partie respectée par l'employeur, un avenant est remis au salarié avant le terme initialement prévu par le CDD, mais un des deux exemplaires de l'avenant est signé un jour après la date prévue pour le début du renouvellement.

Le salarié demande donc la requalification de son CDD en CDI devant le conseil de prud'hommes. Pour l'employeur le salarié a donné son acceptation pour le renouvellement en signant un des avenants à la bonne date et en travaillant après le terme du contrat initial.

La Cour de cassation rejette donc cette argumentation, l'acceptation du renouvellement par le salarié ne peut pas être déduite de la poursuite du travail après le terme initial, son acceptation doit être expresse.

De plus, la Cour rejette l'utilisation par l'employeur de l'article L.1242-13 du code du travail, l'avenant ne peut pas être remis dans le délai de deux jours ouvrables suivant l'embauche. Ce délai ne s'applique donc pas au renouvellement du CDD.

On peut donc en conclusion, conseiller aux employeurs qui ne disposent pas d'un service juridique ou de ressources humaines, d'être prudents quant à l'utilisation et la gestion d'un avenant prévoyant la possibilité de renouvellement. Il faut vérifier que l'avenant est soumis au salarié avant le terme initialement prévu, et que son acceptation, qui ne peut se déduire de sa présence au travail, est bien antérieure au renouvellement. A défaut, le risque est que le contrat à durée déterminée soit re-qualifié en contrat à durée indéterminée ce qui peut être très coûteux pour l'entreprise. L'utilisation d'un avenant au contrat reste néanmoins plus avantageux que la stipulation contractuelle lorsque la procédure est correctement respectée.

**RIBEIRO Alexandre**

## Le recul de l'existence d'un préjudice causé lors du non respect d'une clause de non-concurrence illicite : quels impacts sur la conclusion d'une telle clause ?

Au sein des relations contractuelles de travail, il est courant d'insérer, pour un employeur, une clause de non-concurrence lors de la conclusion d'un contrat avec le salarié. Le but est alors d'éviter après la rupture du contrat une concurrence préjudiciable d'un ancien salarié. Cette clause devant répondre à certains critères pour être valide puisqu'à défaut, cette dernière serait nulle.

De ce fait, une clause de non concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tienne compte des spécificités de l'emploi du salarié et, depuis un arrêt de la chambre sociale du 10 Juillet 2002 (n° 00-45.135), l'employeur doit prévoir une contrepartie financière. Il est également utile d'évoquer que la contrepartie a pour but essentiel de compenser la restriction à la liberté de travail.

Il est donc nécessaire de rappeler aux employeurs l'obligation, lorsqu'ils décident d'insérer une clause de non-concurrence lors de l'embauche, de mettre en place ces différentes conditions énoncées précédemment. En effet, si ces dernières ne sont pas respectées, la clause est nulle et le salarié peut se prévaloir de cette nullité (Cass, soc, 25 Janvier 2006, n°04-43-646). De plus, si la contrepartie financière est oubliée lors de la rédaction, ou lorsqu'elle est dérisoire, cela rend la clause nulle (Cass. Soc., 16 Mai 2012, n°11-10.760).

Concernant cette nullité, une jurisprudence constante de la Cour de cassation énonçait qu'une clause de non concurrence nulle causait nécessairement un préjudice au salarié (Cass, soc, 12 Janvier 2011 n°08-45.280 ; 10 mai 2012 n°09-72.348).

Toutefois, les juges du Quai de l'Horloge dans un arrêt remarqué du 25 Mai 2016 (n°14-20.578), apportent une avancée particulière concernant le préjudice nécessairement causé envers le salarié en énonçant « *que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel, ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence, le moyen ne peut être accueilli* ».

Il est donc maintenant nécessaire, pour le salarié, de rapporter la preuve du préjudice issu de l'illicéité de la clause. Il est cependant dommageable pour le salarié de voir ce préjudice nécessairement causé « *s'effondrer* » car le régime de cette clause était lié au libre exercice d'une activité professionnelle.

Il est à noter qu'avant cet arrêt, les salariés apportaient déjà la preuve du préjudice pour justifier du quantum de la demande et l'employeur rapportait, quant à lui, les éléments pour tempérer la demande du salarié. Dans tous les cas, l'employeur était sanctionné par des dommages et intérêts punitifs pour une lacune, volontaire ou non, commise lors de la rédaction de la clause. Cette sanction obligeait les employeurs à être attentifs lors de la rédaction de ces clauses, ou au moins de faire de leur mieux pour que ce préjudice soit le moins élevé pour le salarié et donc avoir moins de dommages intérêts à payer. On peut donc se demander si l'ordonnance du 10 Février 2016, portant réforme du droit des contrats, a eu un impact sur cet arrêt du 25 Mai 2016, car plusieurs décisions récentes (Ex : Soc, 17 Mai 2016 n°14-21.872) montrent un «  *rapprochement vers le droit commun s'agissant de la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'employeur* » (L. Bento de Carvalho, RDT 2016, p.557). Avec cette nouvelle jurisprudence, on serait tenté d'admettre qu'un employeur ne verra plus sa responsabilité engagée et ne sera plus nécessairement sanctionné pour une omission lors de la rédaction d'une telle clause, sauf si le salarié prouve son préjudice. Les risques pour un employeur seraient alors moindres et cela favoriserait une certaine impunité patronale. Un employeur pourra donc décider d'inclure une clause de non concurrence ne remplissant pas l'ensemble des critères et plus particulièrement celui de la contrepartie financière. Il pourra, par exemple, être déterminé lors de la rédaction un montant plus faible concernant le critère de la contrepartie, par rapport à une situation en particulier. Dans ce cas, la clause sera nécessairement nulle mais ce sera au salarié de prouver son préjudice, ce qui sera particulièrement difficile. Un employeur pourra alors échapper aux dommages et intérêts dus pour le préjudice du salarié. Il sera donc intéressant de voir, dans certains cas, si les juges seront conciliants avec le salarié qui n'a pas respecté la clause de non concurrence nulle, ou avec l'employeur qui a manqué à ses obligations concernant la formulation des conditions de la clause lors de l'embauche.

Cet arrêt du 25 Mai 2016 marque la fin du préjudice nécessairement causé en matière de clause de non concurrence. La Cour de cassation paraît répondre en réalité à une « *décision politique* » qui marque un net recul de la protection du salarié (R. Saasa, SS Lamy, n°1721, p.13). Cependant, on ne peut que conseiller aux employeurs de mettre en place des clauses de non concurrence répondant aux différents critères pour davantage de sécurité juridique pour les deux parties au contrat de travail.



## L'UBER et l'argent d'UBER

### Entrepreneurs ou salariés : une maigre frontière pour de gros risques

L'apparition des plateformes collaboratives de services remet totalement en question le principe du salariat. Uber, Deliveroo ou Chauffeur Privé sont autant de services qui recrutent des « *contractants* » et leur proposent de fournir un service rémunéré à la communauté.

Du recrutement à la rupture, ces travailleurs ne sont pas considérés comme salariés. La plateforme de services y trouve de grands avantages tels qu'une absence de charges, la non-prise en compte dans les effectifs, une flexibilité totale et l'absence de salaire minimum. Le travailleur, lui aussi, y trouve le plus souvent des avantages. Il est libre de travailler quand il le souhaite, peut obtenir une meilleure rémunération en augmentant sa durée de travail et peut choisir les zones dans lesquelles il travaille.

Si la plateforme et certains chauffeurs y trouvent un équilibre, le droit social s'intéresse à cette situation. Depuis l'arrêt Société Générale du 13 Novembre 1996, la réunion de trois critères peut entraîner une requalification du contrat de prestations en contrat de travail. La prestation de travail et la rémunération sont les deux premiers éléments remplis par les contrats de partenariat des plateformes collaboratives.

Le troisième élément, requis par l'arrêt Société Générale et confirmé depuis, c'est un lien de subordination. L'URSAFF d'Ile-de-France a estimé dès 2015 que ce lien existait en raison du recrutement, de la formation et de l'encadrement des courses.

La plateforme américaine conteste les éléments avancés par l'URSAFF d'Ile-de-France et refuse de régler le redressement en estimant qu'il n'y a pas de lien de subordination entre elle et ses chauffeurs, ces derniers étant libres de choisir leurs horaires de travail, et même de travailler simultanément pour plusieurs plateformes. L'affaire a été portée devant le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale (TASS), mais Uber conteste la compétence de cette juridiction pour se prononcer sur une requalification des contrats en contrat de travail.

L'URSAFF a également saisi le Procureur de la République de Paris, pour « *travail dissimulé* ». Elle estime que par ce mécanisme, Uber a volontairement détourné le statut d'indépendant pour échapper aux obligations patronales.

L'administration, à l'origine de ces actions, estime qu'elles mettront cinq à six ans pour aboutir. Des condamnations pourraient avoir de lourdes

conséquences sur l'économie de la plateforme.

Celle-ci est fondée sur le modèle d'un point de rencontre entre clients et chauffeurs indépendants. Une requalification de ceux-ci en salariés entrainerait notamment pour Uber le paiement d'arriérés de cotisations sociales, mais aussi un grand nombre d'obligations à mettre en œuvre pour coller aux obligations sociales. La société devrait se réorganiser pour intégrer 14.000 salariés alors qu'elle n'emploie pour l'instant que 38 salariés. La plateforme serait également dans l'obligation de délivrer un véhicule aux chauffeurs, et d'en régler les frais ou de les indemniser pour l'utilisation de leur propre véhicule.

Sur le plan pénal, le Conseil d'Etat a affirmé, dans un arrêt du 11 Novembre 2014, que le fait d'utiliser le statut d'auto-entrepreneur pour contourner les dispositions sociales constituait du travail dissimulé, justifiant la fermeture de l'entreprise. Une condamnation d'Uber pour travail dissimulé pourrait donc avoir pour principale conséquence d'entraîner la fermeture du service.

Alors que 89% des 14.000 chauffeurs Uber français déclarent préférer le statut d'indépendant à celui de salarié, la fermeture du service donnerait lieu à une bataille entre la firme américaine, ses chauffeurs et l'administration française. D'après la firme américaine, près de 50% des chauffeurs étaient chômeurs de longue durée ou dans une situation précaire avant de s'inscrire sur la plateforme.

Si les actions de l'administration aboutissent, une solution devra donc être trouvée pour que ces chauffeurs puissent continuer à travailler, tout en respectant les obligations sociales françaises. Au-delà d'un problème interne à Uber, il s'agit d'un réel débat de société. Le développement nouvelles formes de travail entraîne, de fait, une diminution de la part de salariés dans l'économie française. L'adaptation du droit à ces nouveaux modes de travail est un enjeu des années à venir. Ces questions occuperont certainement une place centrale dans les débats en vue des élections présidentielles à venir...

**SAIDI Arthur**

## Le test professionnel : simple préalable à l'embauche ou véritable prestation de travail ?

Dans le processus de l'embauche, il est une étape à la fois déterminante et délicate qu'est celle du recrutement. L'employeur souhaitant trouver la perle rare, peut alors avoir recours à différentes méthodes pour se faire : questionnaires d'embauche, entretiens, divers tests comme le test psychologique, graphologique ou encore le test professionnel.

Aussi appelé « *essai professionnel* », le test professionnel constitue un préalable à l'embauche dans certaines entreprises qui y ont fréquemment recours notamment dans les domaines de la coiffure, de la restauration, le commerce ou encore du bâtiment. S'il n'est pas légalement défini, il peut toutefois être l'être comme étant une méthode de recrutement permettant à l'employeur d'observer, d'analyser la qualification professionnelle du candidat sur une courte durée et ainsi de jauger son aptitude et sa capacité à occuper ou non le poste convoité.

Le recruteur doit alors garder à l'esprit que ces épreuves ne doivent avoir pour but que d'apprécier les compétences et les qualités du candidat dans l'optique de l'occupation du poste à pourvoir. Le test professionnel semble donc répondre à l'exigence de transparence, de finalité et de pertinence au même titre les informations demandées à un candidat et doit par conséquent, être exécuté conformément à l'article L. 121-6 du code du travail. Chaque épreuve organisée à l'occasion du recrutement doit alors présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi. Au regard de la jurisprudence, constitue alors un test professionnel le fait pour une candidate au poste de secrétaire juridique au sein d'un cabinet d'avocat, de rédiger pendant plusieurs heures une lettre (Cass. soc 16 Sept. 2009, n°07-45.485).

Eu égard à cette définition d'origine prétorienne et aux diverses illustrations jurisprudentielles, il apparaît alors légitime de se questionner quant à la nature même de ce test :

*est-il un simple préalable à l'embauche ou une réelle prestation de travail ?*

Souvent assimilé à une période d'essai, cette dernière intervenant pourtant post embauche, il convient d'insister sur la particularité même du test professionnel : le fait qu'il ne place pas le candidat dans des conditions normales d'emploi. En d'autres termes, le candidat n'est pas évalué sous l'égide d'un contrat de travail, la qualification de prestation de travail n'est donc pas juridiquement possible faute d'existence d'un lien de subordination.

Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation, a jugé qu'un candidat à un poste ayant accompagné les

salariés d'une entreprise, en simple qualité d'observateur, et ce sans fournir la moindre prestation de travail, a bien effectué un test professionnel (Cass. soc 06 Janvier 2010 n° 08-44.170). Le candidat en question en effet, n'était pas placé dans des conditions normales d'emploi permettant la qualification de cet accompagnement en entreprise de test professionnel.

A contrario, la caractérisation d'un lien de subordination a été admise pour un chauffeur qui lui a accompagné le gérant d'une entreprise en participant à la livraison de la marchandise avec le véhicule de la société, en répondant alors à ses directives sans pouvoir « *vaquer librement à ses propres affaires* » précise la Cour (Cass. soc 26 Novembre 2008 n°07-42.673). Pour dire et juger abusive la rupture du contrat de travail du demandeur, puisque l'essai n'a pas été jugé concluant pour le gérant, la Cour a ainsi estimé que ce dernier a été placé dans des conditions normales de travail et par conséquent qu'il existait une réelle relation de travail en l'espèce.

La confusion peut toutefois persister et la tentation de considérer ce test comme étant une prestation de travail est grande notamment lorsque le candidat se voit verser une gratification financière. En effet, bien que l'essai professionnel ne soit visé par aucun article du code du travail et que par conséquent sa rémunération n'est pas envisagée ni réglementée, certaines conventions collectives peuvent prévoir que le candidat sujet du test reçoive une somme d'argent. C'est le cas notamment dans la Convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes du 10 Juillet 2006. Cette dernière prévoit en outre que cet essai « *fera l'objet d'une indemnité forfaitaire de déplacement basée sur sept fois le taux horaire minimum garanti du poste à pourvoir* ».

Dans plusieurs décisions, les juges ont estimé que cette gratification financière versée à l'occasion d'un test professionnel correspondait bien à un salaire au sens commun du terme mais qu'eu égard à l'absence du lien de subordination, cela ne pouvait constituer tout de même une prestation de travail (Cass. soc 10 Juillet 1969 n°68-12.045).

L'essai professionnel présente donc un risque pour les employeurs qui entendent y avoir recours aux fins de trouver le candidat idéal. En effet, les juges saisis d'une demande de requalification de cet essai pourront, après avoir examiné les conditions de déroulement de l'essai, estimer qu'il s'agissait d'une prestation de travail, réalisée sous l'égide d'un contrat de travail et condamner l'employeur au même titre qu'une rupture abusive du contrat de travail.

PEUFLY Marion

## Le CDD saisonnier : des mesures illusoires pour la préservation de l'emploi ?

Le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour « l'exécution d'une tâche précise et temporaire » et seulement dans certains cas. L'article L. 1242-2, 3° du code du travail énonce que le contrat à durée déterminée peut être conclu en cas d' « emplois à caractère saisonnier, dont les tâches sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs ou emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ». Plus communément appelé CDD saisonnier, ce dernier dispose (*enfin*) d'une définition légale.

En effet, avant la loi n°2016-1088 du 8 Août 2016, l'article L.1242-2 du code du travail énonçait seulement « emplois à caractère saisonnier » sans définir cette notion. Les employeurs souhaitant recruter des salariés en CDD saisonnier disposent maintenant d'une véritable définition et évitent par conséquent une requalification de ce CDD en contrat à durée indéterminée. La définition est claire, il faut que les tâches se répètent régulièrement sur une période à peu près fixe en fonction des saisons. Nous pouvons supposer qu'il y aura peu de problèmes d'interprétation.

Néanmoins, il faut noter que cette définition de l'emploi à caractère saisonnier n'est qu'une reprise de la définition qu'en faisait la Haute juridiction. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 12 Octobre 1999, n°97-40.915, considérait que « le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs ». La nouvelle définition légale instaurée par la loi Travail n'est pas si novatrice comme peut le faire entendre le législateur. Cette définition sécurise davantage le recours au CDD saisonnier pour l'employeur mais n'engendre pas de changement.

Il pourrait s'agir d'une « fausse » bonne intention du législateur d'intégrer cette définition légale. Il semble que la pertinence de cette définition ne soit pas caractérisée.

Le législateur tente de rappeler que la volonté de sécuriser le CDD saisonnier est dû à la précarité de ce contrat. Mais il ne faut pas oublier que le recours au CDD saisonnier est, pour la plupart d'entre eux, prévu par les conventions collectives. Ainsi les différentes dispositions relatives au CDD saisonnier sont négociées par les partenaires sociaux. La précarité de ce CDD laisse donc à douter, ou du moins concernant certaines dispositions.

Le salarié en CDD saisonnier bénéficie de divers avantages. Par exemple, lorsque celui-ci justifie d'une ancienneté minimale de 3 mois, il a le droit au paiement des jours fériés chômés. Cette disposition issue de la loi Travail permet un véritable maintien de salaire. Cette mesure est une avancée mineure pour le salarié en CDD saisonnier mais a le mérite d'exister.

Une autre spécificité du CDD saisonnier qui est la reconduction de ce dernier. Elle est possible contractuellement ou conventionnellement. Il est préférable pour l'employeur lors de la rédaction du CDD saisonnier de ne prévoir aucune clause de reconduction. Bien que la reconduction se traduise par une priorité d'emploi et non une relation de travail à durée indéterminée, l'employeur s'expose, lors d'une rédaction maladroite, à la requalification du CDD en CDI. Il est plus prudent de se référer aux dispositions de la convention collective, qui généralement prévoient la reconduction du CDD.

La loi Travail amène les partenaires sociaux à négocier quant aux dispositions de reconduction du CDD saisonnier ainsi qu'à l'ancienneté dans les 6 mois après la promulgation de la loi du 8 Août 2016. Employeurs, si vous avez recours fréquemment au CDD saisonnier eu égard à votre activité, il est temps de négocier ! A défaut, le législateur prendra les mesures pour vous (*article 86 de la loi n°2016-1088 du 8 Août 2016*).

Toujours dans une intention d'améliorer la situation précaire du salarié en CDD saisonnier, le législateur a prévu une période de professionnalisation pour ces salariés (*L. 6321-13 Code du travail*).

Inscrit dans une approche de préserver l'emploi, l'article 87 de la loi Travail prévoit le recours au contrat à durée indéterminée intermittent concernant les emplois à caractère saisonnier. Cette disposition est d'ordre expérimental jusqu'au 31 Décembre 2019. Le CDI intermittent présente des spécificités et garantie de nombreux droits pour le salarié en « *CDI* ». Cette expérimentation est à suivre.

La volonté bienveillante du législateur d'améliorer les conditions d'emploi pour les salariés en CDD est omniprésente. La seule question qui persiste dans l'esprit de tous est : pourquoi multiplier les différents CDD et leurs régimes ? Une règle et une seule règle permettrait à tous, employeurs comme salariés, de simplifier leurs relations et améliorer le marché de l'emploi. Puisque le législateur tente de préserver l'emploi, pourquoi ne pas créer un CDI saisonnier sur le même modèle que le CDI intérimaire ?

Mais cette nouvelle interrogation reviendrait à jouer le jeu de la multiplication des normes. Simplifier et revenir au CDI n'est-ce pas la solution ?