

Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N° 23
Octobre
2017

Sommaire

- 👁 Article n°1 : Transmission tardive du CDD au salarié: Fin de la requalification en CDI2
- 👁 Article n°2 : Quel avenir pour les contrats aidés ?3
- 👁 Article n°3 : La promesse d'embauche ne vaut plus systématiquement contrat de travail: distinction entre l'offre de contrat de travail et la promesse unilatérale de contrat de travail4
- 👁 Article n°4 : Le CDI de projet : reflet d'une nouvelle flexibilité sur le marché du travail français ?5
- 👁 Article n°5 : La pratique du « testing » face à la discrimination à l'embauche : véritable outil ou utopie ?6
- 👁 Article n°6: Le contrat à durée déterminée : un nouvel enjeu pour les partenaires sociaux7

Actualités du Master II « PGRDS »

Octobre 2017 : Cette rentrée universitaire 2017, comme la précédente, est marquée par des réformes importantes dans le domaine du droit du travail. De nouvelles dispositions, facteurs potentiels de risques pour les salariés sont à signaler.

Les ordonnances Macron signées le 22 septembre 2017 prévoient de nouvelles dispositions modifiant en profondeur le paysage du Droit Social. Une des dispositions phares de la réforme portée par le gouvernement est l'instauration de montants planchers obligatoires concernant les indemnités pour les licenciements décidés abusifs et ce "en fonction notamment de l'ancienneté". Certains licenciements abusifs liés, par exemple, à un harcèlement ou à une discrimination ne devraient toutefois pas être concernés par le plafonnement des indemnités prud'homales. En application de l'article L. 1235-3 du Code du travail, le salarié pouvait prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité qui ne pouvait être inférieure aux salaires des six derniers mois. Cette règle n'était cependant pas applicable aux salariés des entreprises de moins de 11 salariés ou ayant moins de deux ans d'ancienneté. Suite à l'ordonnance Macron du 22 septembre 2017 (no 2017-1387), le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail régit désormais l'indemnisation des salariés, toutes entreprises confondues (y compris celles de moins de 11 salariés). Cette disposition comporte des planchers et plafonds pour les dommages et intérêts octroyés par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui diffèrent selon l'effectif et l'ancienneté du salarié. Ce mois-ci, votre bulletin d'information abordera diverses questions relevant du domaine de l'embauche. Ainsi seront abordés l'avenir des contrats aidés et des contrats de chantier, les modifications afférentes au CDD depuis les ordonnances Macron mais aussi le CDI de projet. En dehors des sujets touchant à la réforme, nous aborderons le thème de la discrimination à l'embauche, sujet vivant et toujours au cœur de l'actualité ainsi que le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation concernant la promesse d'embauche.

Transmission tardive du CDD au salarié: Fin de la requalification en CDI ?

C'est l'article L1245-1 du Code du travail qui dégage les cas de requalification du contrat de travail. A titre d'exemple, l'article L.1242-12 du Code du travail dispose que «le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé pour une durée indéterminée».

En vertu de l'article L.1242-13 du Code du travail, «le contrat de travail est transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche». La conséquence de cette transmission tardive est dégagée par la jurisprudence depuis 2005. La Cour de cassation admettait alors une requalification du Contrat à Durée Déterminée (CDD) en Contrat à Durée Indéterminée (CDI), du fait de la non transmission du CDD au salarié, dans le délai de 2 jours ouvrables (Cour de cassation, chambre sociale, 17 juin 2005, n°03-42596). Cette transmission tardive était donc jusqu'alors assimilée à une absence d'écrit.

Cette solution retenue par la Chambre sociale était couplée d'une obligation de bonne foi pesant sur le salarié. Ce dernier ne devait avoir délibérément refusé de signer le CDD de mauvaise foi, ou dans une intention frauduleuse (Cour de cassation, chambre sociale, 7 mars 2012, n°10-12091).

Il n'en sera plus ainsi avec l'ordonnance Macron relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, qui prévoit dans ses articles 4-V et 4-VI, qu'une transmission du CDD au salarié dans un délai supérieur à deux jours ouvrables, «ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.» (article L1245-1 du Code du travail). Ce nouvel article revient donc sur les solutions apportées par la Cour de cassation depuis une dizaine d'années. Cette nouvelle disposition est applicable pour les embauches réalisées à partir du 24 septembre 2017.

Cependant, le manque de certaines précisions dans cette disposition, amène à se poser plusieurs questions. L'expression «à elle-seule» notamment, n'est accompagnée d'aucune explication. L'ordonnance sous entend peut-être que d'autres éléments devront être relevés pour entraîner la requalification d'un CDD en CDI, du fait de sa transmission tardive. Dans son interprétation, la Cour de cassation choisira peut-être de caractériser la requalification en CDI, en cas d'absence totale de

transmission du CDD au salarié; ou si celle-ci intervient dans un délai autre et supérieur à celui de 2 jours ouvrables (1 mois par exemple).

L'ordonnance précise que la transmission du CDD opérée dans un délai supérieur à deux jours ouvrables, donne droit au salarié à «une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire». Celle-ci est prévue, même s'il n'y a pas requalification. Ici encore, peu d'informations sont données quant à cette indemnité.

De plus le Code du travail prévoit déjà une indemnité lorsqu'un CDD est requalifié en CDI (article L.1245-2 du Code du travail). Lorsqu'un CDD sera requalifié en CDI du fait de sa transmission tardive au salarié, aura-t-il droit à une seule des deux indemnités? Devront-elles, au contraire, se cumuler? Là encore, l'ordonnance laisse le soin à la jurisprudence de la Cour de cassation d'interpréter cette disposition quelques peu imprécise.

Ce nouveau régime a pour avantage de protéger l'employeur d'une requalification, qui semblait un peu «extrême» au regard du délai de transmission, qui n'est que de deux jours ouvrables. Celui-ci se retrouve également protégé de l'éventuelle mauvaise foi d'un salarié.

Enfin, au bénéfice du salarié, une indemnité pourra être perçue dès lors que le délai de deux jours sera passé. Que la requalification ou non soit décidée, il sera légitime à percevoir une somme ne pouvant être supérieure à un mois de salaire.

Par conséquent, ce sera à la Cour de cassation de se prononcer sur l'interprétation de ce nouveau régime. S'il paraît évident que ce dernier est à l'avantage de l'employeur, en ce qu'il adoucit l'effet d'une transmission tardive du CDD, se pourrait-il que la Cour de cassation en fasse une interprétation plus souple au bénéfice du salarié, et donc dans le sens d'une requalification en CDI quasi systématique?

LOMBARD Marie

Quel avenir pour les contrats aidés ?

“Bientôt la fin des contrats aidés”, c’est du moins le message que certaines collectivités ou acteurs du mouvement associatif ont fait passer depuis quelques mois. L’été fut à cet égard mouvementé pour de nombreux interlocuteurs.

Cette inquiétude particulièrement compréhensible vient de plusieurs facteurs mais pour la comprendre il est important de définir clairement ce que sont les contrats aidés. Il existe en effet différents types de contrats aidés qui sont définis par le code du travail aux articles L5134-19-1 et suivants, tout d’abord le CUI-CAE, qui signifie contrat unique d’insertion - contrat d’accompagnement dans l’emploi. Il est à destination des personnes rencontrant des difficultés particulières à trouver un emploi, exclusivement dans le secteur non marchand (L5134-20 et suivants). Par ailleurs il existe également le CUI-CIE le contrat unique d’insertion - contrat d’initiative à l’embauche prévu quant à lui pour le secteur marchand (L5134-64 et suivants). Une annonce importante a été faite, annonçant une diminution drastique du nombre d’emplois aidés. Les premiers utilisateurs, les collectivités territoriales et les associations ont rapidement tiré la sonnette d’alarme en y voyant un grand danger pour leurs activités respectives.

Les inquiétudes de ces acteurs sont parfois confirmées, y compris lors des annonces du gouvernement par la suite qui n’ont pas particulièrement rassuré les protagonistes, la Ministre du travail a en effet énoncé : « Mon objectif n’est pas de dire 'les contrats aidés, c’est mal. Pour les personnes concernées, c’est momentanément utile, et pour les collectivités, c’est un gain de coût. Mais à la fin de la fin, c’est une politique publique qui ne produit pas de bons résultats pour le retour à l’emploi, et s’avère très onéreuse. »

Les propos du Chef de l’Etat ont été quasiment similaires. Il parle quant à lui de subvention déguisée pour les collectivités, ainsi qu’un taux de retour à l’emploi durable finalement très faible.

C’est enfin et surtout par le projet de loi de finance du 26 Septembre dernier que le message le plus fort a été envoyé. En effet, ce dernier montre une baisse significative du budget des contrats aidés, ainsi qu’une projection de baisse équivalente pour l’année à venir. Cette diminution dans le PLF fait également suite à l’instruction n° DGEFP/MIP/2016/215 du 30 juin 2016 relative à la programmation des contrats uniques d’insertion et des emplois d’avenir au deuxième semestre 2016 qui prévoit un effort budgétaire de 150000 contrats aidés par rapport aux prévisions de la loi de finance 2016. En comparaison il est prévu qu’il y ait eu pour fin 2017, 280000 CUI réalisés, pour près de 465000 au 31 décembre 2015.

La réalité semble tout même quelque peu différente.

Si le choix a été fait de diminuer le nombre de contrats aidés c’est pour plusieurs raisons qui tiennent à la nature de ces contrats. Leur impact sur l’embauche devrait être important, en effet il s’agit de contrats permettant au public précaire un retour à l’emploi et offrant un droit à la formation pour chacun.

Cependant la réalité en est tout autre, beaucoup de ces contrats sont et restent très précaires, avec des salaires avoisinant le SMIC. De plus les formations ne sont pas toutes effectives et peu de ces contrats se finissent par une embauche, les structures n’ayant pas forcément les moyens ou la possibilité d’engager sans l’aide financière apportée par l’Etat.

Certaines critiques viennent également de la répartition de ces contrats qui correspondent dans 80 % des cas à des CUI-CAE dans le secteur non marchand. Une décision qui peut être vue comme arbitraire puisque les interprétations des statistiques en la matière sont en réalité très diverses sur ce sujet sensible. C’est ce qu’a démontré Alternative Économique mais aussi le mouvement associatif en montrant que le non retour à l’emploi pouvait souvent s’expliquer par une formation post-contrat et que les pourcentages restaient meilleurs que dans la moyenne. C’est pourquoi cette baisse des contrats aidés risque d’avoir une influence directe sur le taux de chômage. Aujourd’hui en regardant 6 mois après un CUI-CIE, 67% d’entre eux ont un emploi, pour seulement 41% dans le cas des CUI-CAE.

Il semble difficile de savoir nettement si les contrats aidés ont une plus-value sur l’embauche, cependant ils ont encore un avenir, bien qu’il est assuré qu’ils seront moins nombreux.

ROUE Violette

La promesse d'embauche ne vaut plus systématiquement contrat de travail: distinction entre l'offre de contrat de travail et la promesse unilatérale de contrat de travail

La Cour de cassation met fin à sa jurisprudence selon laquelle la promesse d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction vaut contrat de travail. La Cour définit désormais, dans deux arrêts du 21 septembre 2017 n°2063 et 2064, l'offre de contrat de travail et la promesse unilatérale de contrat de travail qui se distinguent notamment selon leur effet sur la formation du contrat.

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

En revanche, "la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire". La "révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis". Dans ce cas, la rupture devrait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse par application de la jurisprudence rendue dans le cas de la promesse d'embauche.

La chambre sociale jugeait de façon constante que la "promesse d'embauche précisant l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction valait contrat de travail" (Cass.soc. 15 décembre 2010, n° 08-42.951), rappelle la Cour dans une note qui accompagne les deux arrêts du 21 septembre 2017. Les hauts magistrats justifient l'abandon de cette jurisprudence en arguant que "cette solution, qui ne s'attachait qu'au contenu de la promesse d'embauche, était certes protectrice du salarié, mais présentait quelques difficultés en ce qu'elle ne prenait pas en compte la manifestation du consentement du salarié pour s'attacher exclusivement au contenu de l'acte émanant de l'employeur".

La chambre sociale choisit de "réexaminer sa jurisprudence au regard de l'évolution du droit résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et, en conséquence, d'apprécier différemment la portée des offres et promesses de contrat de travail".

La Cour de cassation juge problématique cette application rigoureuse de la jurisprudence. En effet, elle "pouvait avoir pour effet d'assécher les possibilités de négociations précontractuelles, car un employeur qui s'avance trop, risque de se voir opposer la conclusion

d'un contrat de travail, alors même que ce sont les précisions sur les dates d'entrée en fonction, l'emploi proposé ou la rémunération qui permettent aux parties de se déterminer et au salarié de conclure ou de préférer un autre employeur dont les offres lui paraîtraient plus avantageuses".

La note explicative invoque également un "risque d'effet d'aubaine non-négligeable, le salarié pouvant réclamer des indemnités de rupture sur le seul fondement de la promesse d'embauche, alors même qu'il n'avait pas l'intention de s'engager ou qu'il préférerait une autre proposition".

Cette évolution peut être critiquée dès lors que la promesse d'embauche et ses conséquences avaient pour vocation de prémunir les salariés contre d'éventuels changements d'avis des employeurs. Certes, la nouvelle promesse unilatérale de contrat de travail entraîne les mêmes conséquences que la promesse d'embauche, mais avec des conditions totalement différentes. De surcroît, quel employeur irait utiliser une promesse unilatérale de contrat de travail ? La Cour de cassation élabore en parallèle un nouveau concept, moins hasardeux, l'offre de contrat de travail, qui, si elle n'est pas respectée, se résoudra par des dommages et intérêts. Le salarié devra alors être en capacité de démontrer qu'il a subi un préjudice.

Cet alignement sur le droit des obligations, comme l'explique la Cour de cassation, réfute complètement le fait que le salarié est placé dans une situation de "faiblesse" vis-à-vis de l'employeur. De plus, dans un contexte de chômage élevé, la jurisprudence de la Cour de cassation de 2010 avait des vertus protectrices envers les salariés. A l'inverse de ce qu'indique la Cour de cassation dans sa note relative à l'arrêt, les salariés ont peu fréquemment le choix entre diverses offres d'emploi, c'est plutôt l'employeur qui a, pour une seule offre, des possibilités multiples.

Selon l'argument que l'ancienne jurisprudence avait pour effet "d'assécher les possibilités de négociations précontractuelles" c'est la protection des salariés qui disparaît ; ce qui favorise les employeurs habituellement en position de force lorsqu'il s'agit de s'engager dans une relation de travail.

Concrètement, seule la promesse unilatérale de contrat de travail constitue désormais une promesse d'embauche ayant valeur de contrat de travail.

L'offre de contrat de travail étant quant à elle librement révocable par l'employeur et n'offrant pas au salarié la possibilité d'opter pour la conclusion du contrat, elle ne constitue pas une promesse d'embauche.

Nul doute que les juridictions livreront des cas concrets d'application de ces nouvelles définitions lors de contentieux ultérieurs.

Le CDI de projet : reflet d'une nouvelle flexibilité sur le marché du travail français ?

Parmi les principales mesures annoncées pour la réforme du code du travail par ordonnances, est étendu le CDI de chantier (contrat spécifique au secteur du BTP) à d'autres secteurs d'activité et est désormais dénommé le CDI de projet. Qu'est-ce que le CDI de projet ?

Prenant sa source dans le CDI de chantier qui permettait aux entreprises du BTP de pouvoir embaucher un salarié le temps d'un chantier, le présent dispositif est considéré comme étant à la frontière entre le CDD et le CDI puisqu'il est conclu pour la réalisation d'un projet. Il débute dès la conception du projet et se termine une fois la mission réalisée.

Il permet, en effet, d'embaucher un salarié sur une durée beaucoup plus longue qu'un CDD puisque la date de fin de contrat n'est pas fixée. C'est alors à l'entreprise d'ajuster la durée effective du contrat à ses besoins et à d'éventuels contretemps. C'est là toute la logique des missions ayant pour but la réalisation d'un projet.

A contrario, il n'a pas réellement les caractéristiques d'un CDI car il est déterminé et sa fin est contractualisée et correspond à l'aboutissement du projet pour lequel est embauché le salarié.

La question de la légitimité de considérer cette typologie de contrat comme un CDI est la pierre angulaire des détracteurs de ce contrat atypique. Cependant, une telle appellation permet entre autre de le distinguer du CDD à objet défini (article 6 loi du 22 juillet 2013 modifiant loi du 25 juin 2008 portant modification du marché du travail), qui ne concerne que des ingénieurs ou cadres et qui doit obligatoirement durer au minimum 18 mois et au maximum 36 mois.

Le chapitre III, du Titre III de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail détermine les conditions de recours aux contrats à durée indéterminée de chantier ou d'opération. Il permet, aux conventions ou accords collectifs étendus, d'ouvrir la liste des métiers qui peuvent prétendre aux « CDI de projet », appeler aussi « CDI d'opération » ou « CDI de mission ». Un arrêté d'extension sera donc nécessaire.

La pratique sera tout de même encadrée. En effet, le chef d'entreprise devra négocier avec les partenaires sociaux, afin de valider un accord de branche étendu et ce pour chaque métier. Cet encadrement est prévu dans l'article L.1223-8 inséré dans le code du travail.

Certains syndicats, comme la CGT et de la CGC-CFE, craignent une « précarisation » comme alerte Gille Lecuelle, secrétaire national à la CFE-GCG : « le CDI chantier est un faux CDI qui n'aide ni à louer un logement auprès d'un bailleur, ni à contracter un prêt immobilier auprès d'une banque ». Laurence VALDES, lci.fr, Ordonnance sur la loi travail : le CDI de chantier peut-il remplacer le CDD pour tous les métiers. {en ligne} <http://www.lci.fr/loi-travail/ordonnances-sur-la-loi-travail-le-cdi-de-chantier-peut-il-remplacer-le-cdd-pour-tous-les-metiers-2063148.html>, consulté le 16 octobre 2017.

Le CDI de projet bouleverse notre modèle social en désacralisant le CDI qui est encore synonyme de sécurité de l'emploi et qui permet l'accession au logement, à la propriété...

Cependant, la typologie n'a pas été choisie au hasard puisqu'elle répond à l'évolution de l'économie qui devient quasi-digitale. Dans cette optique, le travail est de plus en plus organisé en mode projet avec un objectif défini et précis, une durée claire et nécessaire à la réalisation de la mission et la constitution d'une équipe dédiée entièrement au projet où chacun joue un rôle bien identifié. Le CDI de projet prend tout son sens dans ce type de contexte où la flexibilité est primordiale pour multiplier les projets et garantir leur réussite.

On constate que de plus en plus de jeunes diplômés, cadres souhaitent s'engager sur des missions dont le but est clair et motivant relayant au second plan la vision macroscopique de l'Entreprise se concentrant alors sur une vision microscopique qui est de participer à la création d'un projet. Celui-ci donne du sens au travail du salarié et est évocateur de construction positive. Le succès de la mission permet alors au salarié de se faire « bonne presse » pour trouver un autre projet à réaliser en se positionnant sur le marché du travail avec une réelle valeur ajoutée. De plus, une plus grande liberté est offerte au protagoniste puisqu'il peut aussi choisir de rester dans l'entreprise si celle-ci lui propose un nouveau projet intéressant dans le cadre de la priorité à la réembauche, à un salaire renégocié compte tenu de l'expérience acquise sur la précédente mission.

Un changement de mentalité qui passe par l'acceptation qu'un CDI de projet arrivé à son terme n'est pas un échec, mais souvent une réussite : si l'entreprise n'a plus besoin du salarié, c'est qu'il a accompli sa mission.

D'un point de vue « entreprise », le CDI de chantier ajuste la durée des missions aux besoins précis du projet que veut mettre en place l'entreprise. En ce sens, ce contrat est un bon moyen pour répondre aux besoins de souplesse de celle-ci, et donc de dynamiser l'économie.

Tout comme des accords majoritaires simplifiés sur le temps de travail, la rémunération et la mobilité, de nature à proposer un environnement de travail plus stimulant, flexible et propice à libérer la créativité, le CDI de projet permettra aux entreprises de faire face aux différents aléas rencontrés lors de la concrétisation d'un projet.

Cependant, les entreprises doivent tout de même être agiles, adapter leur organisation, anticiper les changements pour maintenir ou développer leur compétitivité.

Par la mise en œuvre de ce CDI de chantier, Emmanuel MACRON remet en cause le modèle social traditionnel même si en tempérant la sécurité de l'emploi n'existe plus car rien n'empêche de mettre fin à une relation de travail. D'ailleurs l'OIT, elle-même, qualifie la sécurité de l'emploi comme : « l'aptitude de chacun à trouver et conserver un emploi, à progresser au travail et à s'adapter au changement tout au long de la vie professionnelle ».

Le temps nous permettra de voir si les entreprises françaises ouvrent une porte à cette flexibilité autre que dans les domaines où il est d'usage d'avoir recours à ce type de contrat et si les salariés en profitent pour faire de ce contrat un atout afin de développer leurs compétences et de servir leur carrière professionnelle.

PAISLEY Barbara

La pratique du « testing » face à la discrimination à l'embauche : véritable outil ou utopie ?

Que cela concerne l'embauche, les licenciements ou encore des promotions, la discrimination fait partie intégrante du monde du travail. Ici, nous nous focaliserons sur l'embauche.

L'article 1132-1 du code du travail définit la discrimination et affirme qu'« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français. »

Impossible à supprimer, la France tente tout de même depuis des années de les réduire en mettant en place différents mécanismes de prévention ou d'action contre cette discrimination à l'embauche.

Par exemple, en 2011, le 3 mars, la CNIL mettait en place un dispositif d'alerte professionnelle dédiée aux plaintes et réclamations en matière de discrimination. La loi du 31 mars 2016 pour l'égalité des chances a, quant à elle, institué la possibilité du recours au CV anonyme dans les entreprises de 50 salariés et plus.

La loi du 27 janvier 2017 a instauré, elle, à la charge de certaines entreprises une obligation de formation à la non discrimination à l'embauche à compter du 1er janvier 2018. Il existe aussi des associations et notamment celle nommée « à compétence égale », qui consiste à sensibiliser et responsabiliser tous les acteurs du recrutement contre toute forme de discrimination à l'embauche et de promouvoir l'égalité des chances dans le recrutement.

Enfin, la loi du 31 mars 2016 a aussi consacré la pratique du « testing » comme mode de preuve des discriminations en matière pénale, article 25-3-1 du code pénal. L'« auto-testing se définit comme la situation par laquelle une organisation souhaite elle même faire évaluer ses pratiques ou ses processus par des tests de discrimination » (Semaine Sociale Lamy, Entretien avec E.Cediey, n°16778, 26 mai 2015). Les salariés seront alors informés en amont de la réalisation possible de ces tests, mais sans d'autres précisions.

La loi du 27 janvier 2017, quant à elle, consacre la preuve obtenue au moyen d'un « testing » ou « test de situation », dans les affaires de discrimination désormais recevable devant les juridictions civiles.

Cette pratique du « testing », le Parlement bruxellois le pratique aussi, puisqu'il a voté ce vendredi 13 octobre 2017, un projet d'ordonnance destiné à lutter contre la discrimination à l'embauche. C'est la première fois en Belgique que l'Inspection du Travail va pouvoir contrôler les discriminations à l'embauche par le biais de cette méthode.

L'ordonnance autorisera à partir de janvier 2018 la mise en place de "tests de situation", qui consistent à envoyer sous de fausses identités des paires de candidatures similaires aux employeurs, candidatures ne variant que sur le critère discriminant "testé".

Le « testing » est désormais rendu possible pour les victimes et les associations mais toujours par le biais de l'action unique de l'Inspection du Travail.

Cependant, en France comme en Belgique, la même question se pose. Cette méthode est elle vraiment efficace ?

L'ordonnance précise que les inspecteurs ne pourront pratiquer ces tests que sur la base d'une plainte ou de "fortes présomptions de pratiques discriminantes". Il faut savoir aussi que les « testings » réalisés par l'Inspection du Travail vont permettre d'aller jusqu'à de véritables condamnations, cependant si un salarié ou une association souhaitait utiliser cette pratique de lui même, les résultats ne pourraient être pris en compte et donc aucune condamnation ne serait possible.

En France, les testings ne sont mis en place qu'à l'initiative d'une société qui souhaite analyser sa position dans ce domaine.

Ne serait il pas judicieux ici, de pouvoir agir avant la survenue de la discrimination avant qu'elle ne se réalise, contrairement à ce qu'il se passe actuellement. L'intérêt de cette pratique serait de pouvoir agir en amont de la discrimination, et non pas lorsqu'elle est avérée et ancrée, comme c'est le cas aujourd'hui. L'application de cette méthode qui commence à faire ses preuves devrait aussi peut être s'étendre à l'ensemble des entreprises plutôt que de se fonder sur un volontariat des entreprises. Ici, cette pratique devrait au contraire dévoiler les discriminations dont on n'avait pas encore connaissance, ce qui laisserait cependant supposer un lourd travail de recherche et d'investigation aux autorités compétentes.

Le contrat à durée déterminée : un nouvel enjeu pour les partenaires sociaux

Depuis quelques années, on se retrouve de plus en plus dans un marché du droit du travail économique. Ainsi, les règles de droit du travail s'établissent pour favoriser l'économie. Dans cette logique l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail permet de fluidifier le marché en modifiant les règles d'utilisation du Contrat de travail à Durée Déterminée (CDD).

Avant les ordonnances du 22 septembre 2017, la loi Rebsamen n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, imposait des règles générales pour le CDD. Celui-ci ne pouvait être renouvelé que deux fois sans excéder une durée maximale de 18 mois, sauf cas contraires expressément prévus par la loi.

Aujourd'hui, les articles L.1242-8 et suivant du Code du travail, modifiés par les articles 22 à 29 de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, permettent d'assouplir les règles relatives au CDD, et favorisent la flexibilisation de la gestion d'entreprise. Désormais, les partenaires sociaux peuvent négocier certaines règles du CDD.

Par une convention ou un accord de branche étendu, les partenaires sociaux pourront définir la durée maximale du contrat de travail. Cependant, ils ne pourront pas négocier la durée maximale des CDD à objet défini, les contrats conclus pour assurer un complément de formation professionnelle ou les contrats liés à la politique de l'emploi.

Le nombre de renouvellements possibles pour un CDD pourra aussi être négocié sauf si ces contrats sont liés à la politique de l'emploi prévus à l'article L.1242-3 du Code du travail.

Enfin, ils pourront établir les cas dans lesquels le délai de carence entre deux CDD ne s'effectuera pas et, dans le cas contraire, en fixer les modalités de calcul.

Dès lors qu'un accord de branche sera établi et étendu, il s'appliquera aux CDD de l'ensemble des entreprises entrant dans son champ d'application territorial et professionnel. Les règles s'imposeront que l'employeur soit ou non adhérent à un syndicat patronal signataire. Toutefois, si aucun accord n'est signé, ce sont les dispositions légales qui s'appliqueront.

Ces nouvelles règles permettront ainsi de créer des CDD spécifiques à chaque secteur d'activité en fonction de leur organisation et de leur économie.

Quelques limites restent tout de même imposées par le législateur.

D'abord, contrairement à ce que prévoyait la loi d'habilitation n°2017-1340 du 15 septembre 2017, les cas de recours au CDD restent strictement encadrés par le Code du travail (Article L.1242-2).

Aussi, le recours au CDD « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (article L.1242-1 du Code du travail).

Le caractère temporaire de cette relation de travail est ainsi repris par la nouvelle rédaction du Code du travail. Pour autant, la loi ne fixe aucun seuil plancher ou plafond à la durée du CDD. Cette absence de limite quantitative risque d'engendrer des relations de travail s'étalant sur de longues durées. Qui plus est, les juges n'établissent que rarement un lien entre « emploi permanent » et « durée de la relation de travail ». A titre d'exemple, il a pu être jugé qu'un CDD saisonnier conclu pour une durée de trois ans ne devait pas être nécessairement requalifié en Contrat à Durée Indéterminée (Cass.soc., 24 juin 2015, n°14-12.610).

Bien que répondant à un besoin des entreprises, cette flexibilité pourrait conduire à une précarité différenciée des salariés en fonction de leur secteur professionnel. Selon les négociations des partenaires sociaux, les salariés pourront ainsi rester plus ou moins longtemps dans une relation de travail précaire.

Ainsi, les négociations seront source d'enjeux pour les représentants de salariés et les représentants d'employeurs. Ils devront trouver un compromis entre le besoin de sécurité et de stabilité des travailleurs, et le besoin de flexibilité des entreprises.

Un tel compromis s'inscrit dans la logique de la directive 1999/70 du 28 juin 1999 qui met en œuvre un accord-cadre européen signé le 18 mars 1999. Cette directive a pour but de limiter le maintien des travailleurs dans la précarité.

LORIDAN Noémie