Novembre 2021 Bulletin N°55

BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL

SOMMAIRE

Article 1 : *Aide à la formation et à l'embauche des chômeurs de longue durée : un retour difficile dans l'emploi…….pages 2 à 3*

Article 2 : *Le plan de réduction des tensions de recrutement : un moyen d'action en faveur des secteurs et emplois touchés par la crise sanitaire…….….pages 4 à 5*

Article 3 : *Lutter contre la discrimination à l'embauche : entre volonté de légiférer et insuffisance des propositions de loi…….…….pages 6 à 7*

Article 4 : *L'absence « d'inégalité de traitement significative » fondée sur le sexe dans la phase d'embauche : une réalité contrastée entre secteurs masculinisés et niveau de qualification …….....pages 8 à 9*

Article 5 : *Motif insuffisant dans les contrats à durée déterminée : gare aux requalifications ! ……..……pages 10 à 11*

Article 6 : *Le lien logique entre la catégorie d'emploi occupée et la durée raisonnable de la période d'essai : l'arrêt de la chambre social du 07 juillet 2021, n°19-22.922…….……pages 12 à 13*

Article 7 : *L'inclusion des indemnités de congés payés dans la rémunération forfaitaire : la licéité de la clause soumise à une exigence de transparence et de compréhensibilité ……..pages 14 à 16*

Actualités Master II Droit de l'Entreprise – Parcours Droit Social

En ce mois de novembre 2021, après le retour à l'université avec un semblant de normalité, des nouvelles mesures sanitaires ont été annoncées par le gouvernement. Afin de supporter au mieux ces nouvelles restrictions automnales, nous vous proposons cette revue qui, nous l'espérons, fera office de distraction grâce à une actualité juridique toujours très riche en droit du travail.

Malgré la reprise économique, les entreprises font encore preuve d'une certaine réticence à embaucher de nouveaux salariés. Le gouvernement a eu l'occasion de mettre en place des mesures d'aides à l'embauche et à la formation pour les demandeurs d'emploi de longue durée. De plus, le Premier ministre Jean Castex a eu l'occasion de présenter un plan de réduction des tensions de recrutement qui vise notamment à répondre aux besoins de certains secteurs d'activités ayant été durement impactés par la crise.

L'embauche peut également être le reflet de certaines discriminations : à voir si la nouvelle proposition de loi répond convenablement à cette problématique. Dans le cadre des discriminations liées au sexe, la mise en place du testing par la DARES a permis de montrer que l'inégalité fondée sur le sexe dans la phase d'embauche reste contrastée.

L'embauche est également un moment crucial de la relation de travail. Ainsi, la Cour de cassation a récemment eu l'occasion de rappeler que le motif justifiant l'utilisation d'un contrat de travail à durée déterminée est entendu de façon stricte sous peine de requalification. De même, elle a aussi eu l'occasion de préciser ce qui était entendu par "période d'essai raisonnable ». Lors du recrutement d'un salarié, établir sa rémunération est primordial : la chambre sociale a d'ailleurs pu préciser les conditions de licéité d'une clause incluant les indemnités de congés payés dans la rémunération forfaitaire du salarié.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Aide à la formation et à l'embauche des chômeurs de longue durée : un retour difficile dans l'emploi

La crise sanitaire de COVID-19 a eu un impact incontestable sur le marché du travail : entre les différents confinements, la mise en place du télétravail et la fermeture forcée de tous les établissements dans certains secteurs d'activité, l'impact financier se fait aujourd'hui encore ressentir.

A l'approche de l'année 2022, la situation ne semble pas s'améliorer et de nombreuses entreprises se retrouvent réticentes face à l'idée d'embaucher de nouveaux salariés : trouver un emploi dans le contexte actuel se révèle être un véritable défi.
Certaines études permettent de constater que cette difficulté touche particulièrement les jeunes arrivant sur le marché du travail mais également les demandeurs d'emploi de longue durée.

Concernant près de 3 millions de personnes selon les derniers indicateurs de la DARES, le chômage de longue durée est devenu un enjeu majeur du Plan de réduction des tensions de recrutement lancé par le Gouvernement en septembre 2021.
Une aide à destination des employeurs avait alors été annoncée afin d'inciter l'embauche des demandeurs d'emploi par le biais des contrats de professionnalisation. Un décret du 29 octobre 2021 est venu acter cette aide correspondant à une prime de 8 000 euros pour tous les contrats conclus entre le 01 novembre 2021 et le 30 juin 2022 et embauchant une personne d'au moins 30 ans inscrite à Pôle Emploi depuis un an minimum.

Cependant, le gouvernement a décidé d'aller plus loin afin d'accompagner davantage la reprise économique malgré le sentiment d'incertitude qui peut encore se faire ressentir.
C'est dans ce contexte qu'Elisabeth BORNE, Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion a annoncé une seconde aide le 07 octobre 2021 dont le but est « « *d'inciter les demandeurs d'emploi étant au chômage depuis plusieurs mois à se tourner vers des formations en entreprise avec une promesse d'embauche* ». Entrant en vigueur dès le 01 novembre 2021, cette seconde aide consiste en une prime de 1 000 euros versée à certains demandeurs d'emploi de longue durée s'engageant dans certaines formations.
Le dispositif a ainsi pour objectif de « *faciliter l'accès à l'emploi des personnes les plus éloignés souvent confrontés à des difficultés matérielles qui les freinent pour revenir dans le monde du travail* ».
Le versement de la prime s'effectuera par le biais de l'organisme Pôle Emploi en deux temps :
-une première partie correspondant à 500 euros sera versée au plus tard un mois après le début de la formation, permettant alors d'aide le bénéficiaire sur certains frais accessoires, comme par exemple les frais de déplacement ou de logement
-la seconde partie correspondant aux 500 euros restants sera versée une fois la formation effectuée, permettant ainsi de s'assurer que le bénéficiaire ira au bout de sa formation s'il souhaite percevoir l'intégralité de l'aide.

La perception de cette aide par les demandeurs d'emploi se retrouve néanmoins limitée par certains de ses critères d'attributions.
Tout d'abord, les bénéficiaires de cette prime sont réduits aux personnes n'ayant eu <u>aucune</u> activité professionnelle pendant 12 mois consécutifs au cours des 15 derniers mois.
Cette condition semble ici très stricte : en effet dans la pratique, de nombreux chômeurs ne restent pas complétement sans activité professionnelle pendant une année entière. Il n'est pas inhabituel qu'un chômeur s'oblige à accepter un contrat à durée déterminée de très courte durée, parfois dans un domaine d'activité qui ne correspond même pas à ses qualifications professionnelles, afin de ne pas rester sans emploi durant un long laps de temps et donc creuser une période d'inactivité trop importante.
De nombreux chômeurs en recherche d'emploi effectuent ainsi des courtes périodes de travail par le biais par exemple de remplacements ou de contrats intérimaires et ne rentrent par conséquent pas dans les critères d'attribution de l'aide pour les chômeurs de longue durée : un seul contrat au cours des 12 derniers mois, même de très courte durée, empêche l'attribution de la prime.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Ensuite, le décret d'application précise que cette aide n'est accordée que dans le cadre d'« *une formation nécessaire à l'acquisition des compétences requises pour occuper un emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise auprès de Pôle Emploi* ».
Par conséquent, cela signifie le demandeur d'emploi ne pourra bénéficier de cette prime que s'il effectue une formation dans un secteur prédéterminé par une offre d'emploi : cela concerne ainsi essentiellement les secteurs qui recrute, soit ceux de la restauration, de l'hôtellerie et des bâtiments et travaux publics. Dès lors, de nombreux autres secteurs d'activités se retrouvent écartés de ce dispositif, obligeant les demandeurs d'emploi de longue durée à se tourner vers des formations qui ne correspondent pas forcément à leurs envies et à leurs qualifications initiales.

De plus, il est important de préciser que cette aide n'est pas versée automatiquement. En effet pour pouvoir en bénéficier, les demandeurs d'emploi de longue durée doivent en faire la demande auprès de Pôle Emploi tout en fournissant les documents permettant de prouver leur éligibilité.
Par voie de conséquence, un chômeur qui ne se verrait pas bien conseiller ou qui ne se renseignerait pas de lui-même pourrait ignorer l'existence de cette prime. Il apparait donc nécessaire que ce dispositif fasse l'objet d'une publicité importante afin qu'il soit porté à la connaissance de tous les potentiels bénéficiaires et qu'il puisse alors avoir une réelle efficacité.

Enfin, le décret souligne le fait qu'aucune condition de ressources n'est demandée afin de percevoir la prime. Cette précision, qui élargit le champ des chômeurs concernés, permet ainsi de contraster avec les précédentes conditions d'attribution qui visent à réduire le nombre potentiel de bénéficiaires.

L'attribution de la prime est donc strictement encadrée par plusieurs modalités.
Des conditions d'attribution alternatives plus favorables seraient-elles possibles ?

Alors même que les critères d'attribution de la prime d'aide à l'embauche des demandeurs d'emploi apparaissent très stricts, il semble difficile d'imaginer des conditions plus souples.
En effet, l'objectif premier du dispositif est de réconcilier les besoins en recrutement des chefs d'entreprise et ceux des demandeurs d'emploi de longue durée.
Il apparait donc nécessaire d'encadrer les conditions d'attribution de cette prime dans le but d'atteindre le but fixé par le gouvernement et de pas tomber dans un automatisme de formation qui ne permettrait pas de faire baisser le taux de chômage en France, mais simplement de former des chômeurs sans qu'ils ne puissent trouver d'emploi par la suite.
Les secteurs d'activité des formations visés doivent ainsi se voir restreindre aux seuls secteurs permettant d'assurer une embauche des demandeurs d'emploi à l'issue de leur formation.

En conséquence, les aides instaurées par les décrets du 29 octobre 2021 apparaissent comme un véritable moyen de réduire les tensions actuelles sur le marché du travail en tendant la main à la fois aux chefs d'entreprise mais également aux demandeurs d'emploi de longue durée.
Destinées à encourager la formation et l'embauche, elles apparaissent nécessaires afin de faire face au contexte difficile dans lequel nous nous situons actuellement.
Il reste encore à observer les prochains chiffres quant à l'embauche des demandeurs d'emploi de longue durée afin de se positionner sur l'efficacité de ce dispositif.
La crise sanitaire reprenant aujourd'hui un nouvel élan, il semble que le marché du travail n'a pas fini de rencontrer de nouvelles difficultés.

PLAISANT Cloé

Sources juridiques :

-Plan de réduction des tensions de recrutement du 27 septembre 2021
-Décret n°2021-1404 du 29 octobre 2021
-Décret n°2021-1405 du 29 octobre 2021

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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 plan de réduction des tensions de recrutement : un moyen d'action en faveur des secteurs et emplois touchés par la crise sanitaire

Le recrutement est un thème important en droit social. Il soulève plusieurs questions et est soumis au code du travail (aux articles L1221-6 à L1221-9). L'un des principaux critères du recrutement, c'est la compétence du salarié. Or, le salarié, pour être compétent et qualifié, doit dans la majorité des cas, suivre une formation professionnelle. L'article L6111-1 alinéa 1 du code du travail dispose que « La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. Elle constitue un élément déterminant de sécurisation des parcours professionnels et de la promotion des salariés. Une stratégie nationale coordonnée est définie et mise en œuvre par l'Etat, les régions et les partenaires sociaux, dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 6123-1. Cette stratégie est déclinée dans chaque région dans le cadre du comité régional de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles. ». La formation professionnelle constitue donc une obligation nationale. Cependant, la crise sanitaire a eu un impact important sur le recrutement des salariés, notamment dans certains domaines d'activité qui ont été fortement touchés par cette crise. Pour répondre aux besoins des secteurs les plus impactés, il convient de mettre en place l'accès à des formations professionnelles qui sont nécessaires à l'acquisition des compétences requises pour ces domaines d'activités. C'est en ce sens qu'intervient le plan de réduction des tensions de recrutement. Mais, ce plan est aussi adopté, en second lieu, pour faire face aux évolutions, notamment technologiques, des métiers.

Ce plan est annoncé par le 1er ministre Jean Castex le 27 septembre 2021. Il prévoit un budget de 1,4 milliard d'euros afin de « renforcer la montée en compétences et les reconversions des salariés, d'amplifier l'effort de formation des demandeurs d'emploi pour répondre aux besoins des entreprises et de déployer un plan spécifique et massif pour les demandeurs d'emploi de longue durée ». Ce plan est le bienvenu. Comme le prévoit le ministre Jean Castex, « Au-delà des réussites incontestables qu'ont été, ces trois années, la réforme de l'apprentissage et le Plan d'investissement dans les compétences, nous devons aller plus loin. » Donc ce plan va permettre de poursuivre l'action menée par le Plan d'investissement des compétences de 2018, lequel permettait déjà de former les demandeurs d'emploi et de satisfaire les besoins des entreprises qui cherchaient à recruter. Le plan de réduction des tensions de recrutement va continuer dans cette logique, mais en se concentrant notamment sur les métiers en tension et en rendant plus simple le processus pour les entreprises.

En effet, même si avant la crise sanitaire il existait déjà des tensions de recrutement dans certains domaines d'activités, celle-ci a accentué les difficultés relatives au recrutement et en a même créé dans certains secteurs qui se portaient relativement bien avant les confinements successifs. A l'heure actuelle, selon la banque de France, il y aurait 300000 emplois à pourvoir. Les secteurs les plus concernés par des difficultés à recruter sont le secteur de l'hotellerie-café-restauration, le secteur de la santé, le secteur des transports et le la logistique, le secteur du commerce et de l'industrie.

Par ailleurs, Pole emploi a fait une enquête sur les principales difficultés de recrutement. Cette enquête révèle que les difficultés majeures résident dans l'insuffisance de candidature (77%) et dans le manque de compétences ou d'expérience (75%). C'est pourquoi le plan de réduction des tensions de recrutement vise essentiellement la formation professionnelle, et plus particulièrement au niveau de l'embauche. Ce plan bénéficie notamment aux demandeurs d'emploi de longue durée et encourage les contrats de professionnalisation. Cela s'explique par le fait que, même si le taux de chômage n'a plus été aussi bas depuis 12 ans, et qu'il y a eu 2,2 millions d'embauches au 2ème trimestre de 2021 (dont la plupart en contrat de travail indéterminé), il n'en demeure pas moins que le chômage de longue durée reste important. C'est pourquoi ce plan prévoit une prise en compte des difficultés personnelles des demandeurs d'emploi de longue durée, mais surtout la possibilité pour ces derniers de se former professionnellement dans les secteurs d'activités qui subissent des tensions de recrutement. C'est un avantage pour ces derniers qui, s'ils acceptent de suivre la formation, pourront trouver du travail plus facilement. D'autant plus que la formation est entièrement rémunérée par l'Etat, ce qui semble logique dans la mesure où, comme le précise l'article L6111-1 du code du travail, la formation professionnelle relève d'une obligation nationale.

Ce plan prévoit également une aide de 8000€ pour les employeurs qui recrutent en contrat de professionnalisation un demandeur d'emploi de longue durée. Le contrat de professionnalisation pour les demandeurs d'emploi de longue durée n'est pas un système nouveau, puisque cela est expressément prévu par l'article L6325-1 du code du travail. En effet, il prévoit que les demandeurs d'emploi de plus de 26 ans peuvent bénéficier d'un contrat de professionnalisation. Cet article prévoit qu'un tel contrat permet l'acquisition de compétences et d'une qualification afin de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle. Mais, dans ce plan, ce sont les demandeurs d'emploi de plus de 30 ans qui sont concernés par ces contrats de professionnalisation.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Cette aide concerne les contrats conclus entre le 1er novembre 2021 et le 31 décembre 2022. Un décret publié le 30 octobre 2021 définit les modalités d'attribution et le montant relatif à cette aide.

Ainsi, ce plan de réduction des tensions de recrutement est en lien avec le plan 1 jeune 1 solution. Nous pouvons constater qu'il y a une réelle volonté étatique d'intervenir dans le redémarrage de l'économie post-crise sanitaire et de faciliter l'accès à l'emploi, et plus particulièrement, avec ce plan, favoriser l'accès à l'emploi dans les domaines où persistent des difficultés quant au recrutement.

Par ailleurs, ce plan s'intéresse également aux demandeurs d'emploi de très longue durée (plus de 2 ans de chômage) puisqu'il instaure un « parcours de remobilisation » ainsi que la possibilité pour ces derniers de se former par des mises en situation en entreprise.

Il est clair qu'à travers ce plan, il y a un grand intérêt qui est porté aux demandeurs d'emploi de longue durée. Ils sont vivement encouragés à effectuer les formations proposées pour les secteurs sous tension. En effet, la ministre du travail, Elisabeth Borne, a annoncé qu'une prime de 1000 euros allait être versée à ces demandeurs d'emploi qui acceptent d'effectuer une telle formation. Il aurait été possible se demander si les demandeurs d'emploi allaient, effectivement, être volontaires pour effectuer des formations professionnelles dans ces secteurs qui recrutent. Mais, avec cette prime supplémentaire accordée par l'Etat, la question semble relativement sans intérêt. Les demandeurs d'emploi ont tout intérêt à accepter une telle formation, qui est rémunérée par l'Etat, pour laquelle ils reçoivent une prime et grâce à laquelle ils ont de grandes chances de trouver rapidement un emploi.

Enfin, ce plan s'adresse aux travailleurs, qui ont déjà un emploi, mais qui souhaitent une reconversion professionnelle, notamment dans la mesure où leur emploi est menacé. L'article L5123 alinéa 1 du code du travail prévoit que la reconversion professionnelle est un instrument important, à l'initiative de l'autorité administrative, dans les territoires ou pour les professions qui sont menacées d'un « déséquilibre de l'emploi ». Cela permet, une fois encore, de former des travailleurs sur des secteurs qui recrutent et qui peinent à trouver des candidats qualifiés, voire des candidats tout simplement. C'est grâce à Transitions collectives, qui est déployé depuis le 15 janvier 2021, qu'une telle reconversion est possible. C'est l'Etat qui finance la formation en vue de la reconversion professionnelle. C'est très avantageux pour les salariés, d'autant plus qu'ils continuent à percevoir leur salaire.

Ce plan, dont les acteurs sont Pole emploi et les régions, est donc très large et concerne une partie relativement importante de la population française. Il va même renforcer le FNE formation puisque ce dernier va être abondé, à la fois pour des formations longues et pour des formations plus courtes. Il s'agit donc de l'outil principal de la formation professionnelle proposée par ce plan.

Ainsi, ce plan est important, à la fois pour les secteurs d'activité qui connaissent des difficultés relatives au recrutement, que pour les individus qui sont à la recherche d'un emploi ou qui souhaitent se reconvertir professionnellement. Il y a, à travers ce plan, une réelle volonté étatique de s'intéresser aux conséquences de la crise sanitaire sur les secteurs qui ont été contraints d'arrêter leur activité durant la crise. En réalité, l'intérêt du gouvernement réside plutôt dans la reprise de l'économie. Il est ainsi en lien avec le plan France relance qui vise à redresser l'économie de la France après la crise sanitaire que nous avons connus.
Mais, il n'en demeure pas moins que ce plan de réduction des tensions de recrutement prévoit des aides très importantes, et qui concernent un très large panel. C'est pourquoi il semble opportun dans la situation actuelle.
Cependant, il faut attendre afin de connaître l'efficacité réel de ce dispositif. En effet, la mise en place de ce plan est encore trop récente à l'heure actuelle pour savoir s'il va ou non être aussi efficace que ce que souhaite le gouvernement.

Amandine CAILLIEZ

Sources juridiques :

Legifrance.
Site internet de l'Opco.
www.gouvernement.fr.
Site internet legisocial.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Lutter contre la discrimination à l'embauche : entre volonté de légiférer et insuffisance des propositions de loi

Depuis bientôt une dizaine d'années, la lutte contre la discrimination sous toutes ses formes est une priorité des différents gouvernements qui se sont succédés. De nombreuses lois ont été promulguées notamment pour compléter la liste des critères discriminatoires inscrits à l'article L.1132-1 du code du travail.

Pour rappel, la discrimination est caractérisée dès lors qu'une personne est défavorisée, sans justification objective et raisonnable, sur le fondement d'un des critères mentionnés dans l'article susvisé lors d'un stage, d'une formation, d'une procédure de recrutement, durant la durée du contrat de travail ou encore lors d'une sanction, d'un licenciement.

Aujourd'hui, la situation en France semble se dégrader comme le révèle une récente enquête de mai 2021 de l'Institut Française d'Opinion Publique (IFOP), constatant que la proportion des personnes ayant été victimes d'une discrimination lors de la recherche d'un emploi est passé de 12% en 2001 à 21% en 2021.

La fracture de la cohésion sociale dans notre société française n'est-elle pas mise en lumière par cette enquête ? Est-ce le constat que les multiples actions de prévention et les diverses lois restent insuffisantes ?

Une nouvelle proposition de loi a de nouveau été enregistrée à l'Assemblée Nationale le 13 juillet 2021 pour « promouvoir l'égalité des chances en luttant contre les discriminations ». ***Si elle est adoptée définitivement, amènera-t-elle des solutions concrètes pour lutter contre les discriminations et renforcer la cohésion sociale dans notre société ? Ou sera-t-elle à nouveau insuffisante ?***

Pour répondre à ces questions, il est nécessaire d'analyser cette proposition de loi et tout particulièrement son Chapitre 1er traitant des discriminations dans l'emploi et visant à insérer dans le code du travail un Chapitre III BIS « mesures visant à promouvoir la diversité et à prévenir les discriminations ». Dans ce chapitre, trois articles vont attirer notre attention.

Tout d'abord, l'article 1er a pour objectif de rendre plus contraignant le « label diversité » pour les entreprises d'au moins 250 salariés. En d'autres termes, dans ces entreprises, l'employeur devra chaque année transmettre des données relatives à la prévention des discriminations et à la promotion de la diversité. Dans l'hypothèse où les résultats seraient en dessous du niveau défini par décret, l'employeur disposerait d'un délai de 3 ans pour se mettre en conformité, auquel cas une pénalité financière s'appliquera d'une valeur au maximum d'1% des rémunérations et des gains au sens des cotisations de sécurité sociale assises sur les revenus d'activité tels qu'ils sont pris en compte pour la détermination de l'assiette.

Ce label a été mis en place en 2008 par l'État et permet de reconnaître « l'engagement effectif, volontaire et durable d'un organisme pour prévenir les discriminations et promouvoir la diversité dans le cadre de la gestion de ses ressources humaines » notamment lors du recrutement. Aujourd'hui, il permet d'être une première étape pour les employeurs dans la lutte contre les discriminations. Cependant, uniquement les entreprises déjà inscrites dans un mouvement de lutte contre les discriminations et celles avec une politique managériale allant dans ce sens peuvent être amenées à vouloir obtenir ce label diversité. Par conséquent, il semble qu'amener une pénalité financière, en cas de non-conformité au niveau défini par décret, après un délai de 3 ans, peut être une solution notamment pour contraindre les entreprises à se préoccuper et à prendre en considération la nécessité de lutter contre les discriminations.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Ensuite, l'article 2 vise à modifier l'article L.1131-2 du code du travail, issu de la loi du 27 janvier 2017 « relative à l'égalité et à la citoyenneté » qui a instauré une obligation de formation à la non-discrimination, tous les 5 ans, dans les entreprises d'au moins 300 salariés pour les personnes chargées des missions de recrutement principalement. L'article propose que cette obligation s'applique pour les entreprises de plus de 50 salariés et aux cadres durant le processus de recrutement mais également lors du déroulement des carrières.

Cette obligation est une deuxième contrainte, abordée dans ce projet de loi, pour les employeurs afin de les obliger à lutter contre la discrimination au sein des entreprises. En revanche, nous pouvons nous demander si cette proposition n'est pas trop restreinte. En effet, selon plusieurs enquêtes de l'Insee en France, une grande partie des entreprises sont composées de moins de 50 salariés. Or, l'obligation de formation ne concernera que les entreprises d'au moins 50 salariés. Pour davantage d'efficacité et pour montrer une volonté forte de lutter contre les discriminations, peut-être que mettre en place cette obligation pour les entreprises à partir de 11 salariés aurait été plus pertinent et aurait montré un message plus fort.

Enfin, l'article 4 prévoit de mettre en vigueur, à l'article L.2314-1 du code du travail, un référent contre les discriminations au sein du comité social et économique (CSE). Cette proposition fait échos à l'article 11 de la loi du 3 août 2018 qui a rendu obligatoire la présence d'un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes au sein du CSE. Les missions de ce référent seront précisées dans le code du travail uniquement pour les référents dans les entreprises d'au moins 250 salariés comme c'est le cas pour le référent sexuel et les agissements sexistes.

Malheureusement, nous n'avons pas encore assez de recul sur l'efficacité des référents en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes pour considérer s'il s'agit ou non d'une bonne proposition. Dans l'hypothèse où l'efficacité de ce référent n'est pas constatée, il semble difficile de considérer que le même dispositif pour lutter contre les discriminations le sera. Dans l'hypothèse contraire, cela pour être un dispositif intéressant, notamment pour la victime de discrimination, qui aurait un interlocuteur direct et spécialisé au sein du comité social et économique de son entreprise.

Pour conclure, cette proposition de loi semble apparaître comme encore insuffisante sur le fond et ne pourra pas répondre à l'augmentation considérable des discriminations à l'embauche. Il aurait été intéressant d'avoir une proposition sur une modification des sanctions concernant la discrimination notamment lorsqu'elle a lieu lors d'un recrutement. Dans cette hypothèse, une proposition d'aggravation de la sanction, par exemple, aurait pu être un moyen de répondre avec davantage de fermeté face à l'augmentation des discriminations dans ce contexte, en France.

Mélissande VAXEVANOGLOU

Sources juridiques :

- *Article L.1132-1 du code du travail*
- *Enquête « L'observatoire Météojob des discriminations à l'embauche » de IFOP sur un échantillon de 4 026 salarié(e)s représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus, par la méthode de critères sociodémographiques (âge, sexe, secteur activité, profession etc…) du 26 mai 2021.*
- *Proposition de loi n°4359 du 13 juillet 2021 à l'Assemblée Nationale visant à « promouvoir l'égalité des chances en luttant contre les discriminations ».*
- *https://travail-emploi.gouv.fr/emploi-et-insertion/label-diversite*
- *Article L.1131-2 du code du travail*
- *Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 « relative à l'égalité et la citoyenneté »*
- *Les entreprises en France, Insee Références, édition 2016 et Insee, Esane, 2017, Tableau « Figure 1 : principales caractéristiques des entreprises par catégorie en 2017 »*
- *Loi n°2018-703 du 3 août 2018 « renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes »*

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

L'absence « *d'inégalité de traitement significative* » fondée sur le sexe dans la phase d'embauche : une réalité contrastée entre secteurs masculinisés et niveau de qualification

En 2018, lors de l'annonce de la mobilisation en faveur des quartiers prioritaires de la politique de la ville, le président de la République Emmanuel Macron annonce « *Nous allons généraliser le testing, vérifier les comportements et s'assurer qu'il n'y a pas de discrimination à l'embauche* ».

Force est de constater qu'aujourd'hui encore la discrimination au travail fondée sur l'appartenance à un sexe persiste. Toutefois, il est nécessaire de prendre du recul : en effet même si l'étude réalisée par ISM-Corum et l'Institut des politiques publiques, sous l'autorité la Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES) illustre cette inégalité de traitement, mais « *la discrimination ne s'observe pas toujours là où on aurait pu l'anticiper* » (**1**). Il faut préciser que le recul de la discrimination selon le sexe n'est pas en lien avec la pandémie de Covid-19 : il s'observait déjà auparavant. Explication.

Pour commencer, il semble important de définir l'inégalité de traitement fondée sur le sexe lors de l'embauche et ses sanctions. C'est un motif discriminatoire tenant à la personne elle-même ; l'article 1142-2 du Code du travail dispose que le recruteur ne peut appliquer des critères de recrutement différents selon que le candidat soit un homme ou une femme (par exemple, l'état de grossesse dans l'arrêt Cass. Soc. 18 mars 2020, n°19-10.631) et donc écarter un candidat à cause de son sexe (**2**). La DARES n'inclut pas ici l'agissement sexiste, présent à l'article L.1142-2-1 du Code du travail qui a pour « *objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Cet agissement s'illustre par des propos ou des comportements : l'objectif est de discréditer le travailleur uniquement sur la base de son sexe. Ainsi, un impact sur la qualité de vie au travail est impératif, ce qui n'est pas le cas pour la discrimination fondée sur le sexe. En revanche, une action peut être qualifiée à la fois d'agissement sexiste et de discrimination selon le sexe.

Dès lors, la discrimination voit engager la responsabilité civile délictuelle et pénale du recruteur. Cela constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende (**3**) : il faut donc un élément intentionnel, qui dans ce cadre est difficile à prouver. Le législateur a donc aménagé les règles de preuve sous forme de faisceau d'indices (**4**), afin d'encourager les personnes victimes de discrimination à saisir les juridictions compétentes ; ce qui, il faut le dire, reste très rare pour un candidat à l'embauche. Celui-ci doit présenter à la juridiction des « *éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ». Toutefois, l'employeur n'est-il pas libre d'entreprendre et de choisir ses collaborateurs ? Certes, mais il doit aviser les représentants du personnel des méthodes et techniques de recrutement utilisées avant d'en débuter le processus et de transmettre le questionnaire d'embauche à la CNIL (**5**). L'article 1221-8 du Code du travail dispose que le candidat en est également informé.

Il faut néanmoins considérer une limite certaine au testing présenté ici : il ne mesure que les chances d'être seulement convié à un entretien d'embauche et non pas le déroulé de ce dernier. Les différents filtres ci-dessus apparaissent comme étant, malgré tout, fragiles : les CV reçus ne peuvent passer qu'entre les mains de l'employeur ; personne ne peut alors savoir que tel candidat a répondu à l'annonce, mais qu'il a été rejeté sur des critères discriminatoires. Il est manifestement compliqué d'appréhender cette situation : par exemple, faire transiter l'ensemble des candidatures par les membres du Comité social économique ou autres institutions représentatives du personnel pourrait être une solution envisageable. Ayons à l'esprit que ce serait une mission supplémentaire non négligeable à leur charge de travail déjà conséquente.

Cela présenté, le cadre général du testing apparait plus clairement. D'ailleurs qu'est-ce qu'un testing et est-il encadré par la loi ? C'est une action qui reproduit artificiellement une situation propice à la discrimination. Dans le cadre de l'étude, il s'agit d'obtenir une vision plus claire de l'inégalité de traitement lors de l'embauche selon le sexe et donc de savoir si les entreprises ciblées utilisent des critères discriminatoires. Le protocole du testing se base sur des candidatures fictives à l'emploi, créées par la DARES. Trois éléments ont été déterminants pour le choix des professions : le niveau de qualification requis, le degré de féminisation et le niveau de difficulté pour le recrutement.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

En 2002, la Cour de cassation admet recevabilité du testing en application du principe de liberté de la preuve présent à l'article 427 du Code de procédure pénale (**6**). Néanmoins, les juges sont réfractaires face aux résultats de testing : la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances le légalise alors sous le terme de « *pratique des vérifications à l'improviste* ». Il est essentiel d'indiquer que cette pratique est recevable au civil comme élément composant le faisceau d'indices devant être présenté par le candidat à l'embauche (**7**). Le législateur a donc écarté, de façon exceptionnelle, le principe de loyauté de la preuve pour plus facilement permettre de mesurer et parfois de dénoncer la discrimination, ici lors de l'embauche.

Ainsi, 4800 candidatures ont été envoyées (2400 hommes et 2400 femmes) : pour un testing le plus probant possible, il y avait une alternance entre CV masculin « *de meilleure qualité* » et le CV féminin pour chaque offre d'embauche. Dès lors, le testing ne démontre pas d'inégalité de traitement fondée sur le sexe, car autant les femmes (33,4%) que les hommes (33,2%) ont été contactées par un recruteur. Le faible écart entre les refus, soit 17,5% pour les candidatures féminines et 16,6% pour les candidatures masculines corrobore d'autant plus ce propos. La même réflexion s'applique pour l'absence de réponse : 49,1% pour les femmes, contre 50,2% pour les hommes. Cependant, ce qui rend cette étude plus intéressante est le fait que dans les métiers masculinisés 39% des candidates sont rappelées, alors que seulement 38,3% des candidats le sont. En outre, lorsque les candidats ont un niveau de qualification élevé et égal, les candidatures féminines sont préférées (28,5%) au sein des professions de types « *cadres encadrants* », à l'inverse des candidatures masculines (20,4%).

En revanche, et cela créé un vrai contraste au niveau du taux de rappel, les candidates « *peu qualifiées* » sont défavorisées à 30,3% pour les professions moins qualifiées, contrairement aux candidats à 35,6%. Ainsi, ce résultat concernant les fonctions encadrantes marque une volonté de changement des mœurs au sein de la société ; la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle adoptée le 27 octobre 2021 par le Sénat en première lecture avec modification en est le parfait exemple. Celle-ci prévoit d'imposer aux entreprises de plus de 1000 salariés, donc avec un certain pouvoir économique, un minimum de 30% de femmes « *cadres dirigeants ou cadres membres des instances dirigeantes* » d'ici à 2027, puis 40% en 2030, sous peine d'amende. Il faut tout de même rester prudent car la loi Copé-Zimmermann du 27 janvier 2011, qui imposait 40% de femmes dans les conseils d'administration des entreprises, n'a pas eu les résultats escomptés. Effectivement, en 2021 seulement 18% des membres des comités de direction des grandes entreprises sont de sexe féminin (**8**). D'autant plus que certaines femmes à ces postes de direction ne touchent toujours pas le même salaire que les hommes siégeant à un même poste comme l'a démontré la récente condamnation d'une filiale de Véolia, par la Cour d'appel de Paris le 3 mars 2021 (**9**). Quelques mois plus tard, le 27 octobre 2021 lors de son discours devant le Sénat, la ministre chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes Elisabeth Moreno a affirmé *« Rétablir l'égalité, ce n'est pas leur accorder une faveur (…), c'est réparer une injustice que rien ne saurait justifier »*.

Le testing de la DARES, qui a pour objectif d'éclairer le « *débat économique et social* » est primordial pour ajuster les éventuels projets de lois, nécessaires à l'égalité au travail entre les hommes et les femmes. Il permet d'avoir une vision sociologique plus juste, afin d'avoir des lois qui répondent aux véritables problèmes de discrimination fondée sur le sexe.

Manon CASSOL

Sources :

- *« Discrimination à l'embauche : retour sur deux décennies de testings en France »*, Revue française d'économie, vol. XXXIV, par LoÏc du Parquet et Pascale Petit.
- (**1**) *« Discrimination à l'embauche selon le sexe : les enseignements d'un testing de grande ampleur »*, DARES ANALYSES, n°26, mai 2021.
- (**2**) Art. L.1132-1 Code du travail
- (**3**) Art. 225-2 et 225-3-1 du Code pénal
- (**4**) Art. L.1134-1 Code du travail
- (**5**) Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Conseil constitutionnel
- (**6**) Cass. Crim. 11 juin 2002, n°01-85.559
- (**7**) Décision du Défenseur des droits n° 2018-016 du 9 février 2018
- (**8**) *« Egalité professionnelle : le bilan critique des RH sur les 10 ans de la loi Copé-Zimmermann »*, Le Monde, 26 janvier 2021
- (**9**) Cour d'appel de Paris Pôle 6, Chambre 6, Arrêt du 3 mars 2021, n° 18/11355

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Motif insuffisant dans les contrats à durée déterminée : gare aux requalifications !

Beaucoup utilisé mais souvent utilisé de la mauvaise façon, le motif de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise dans les contrats à durée déterminée (CDD) donne matière à la jurisprudence sociale du fait de ses nombreuses contestations. La pratique a démontré qu'en cas de doutes sur le choix du motif, l'employeur se tourne souvent vers l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise. Or, faire le choix d'un CDD nécessite d'être précis tant dans sa rédaction que dans le choix du motif de recours. La limite étant que le CDD ne doit pas pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Ce contrat répond ainsi à des règles rédactionnelles strictes. On pourrait même les qualifier de draconiennes.

L'article L.1242-12 du code du travail précise que le CDD doit être rédigé par écrit et doit comporter une définition précise de son motif de recours. Si tel n'est pas le cas, le contrat sera réputé conclu pour une durée indéterminée (CDI). Ainsi, le CDD sera requalifié en CDI.

L'article L.1242-2 du même code dresse une liste des motifs de recours possibles au CDD comportant l'accroissement temporaire d'activité. Sur ce point, il a été précisé ce qui était entendu par « *accroissement temporaire d'activité* » dans un accord interprofessionnel et une circulaire du ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en 1990. Il peut s'agir d'une tâche qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise, d'une commande exceptionnelle à l'exportation, de travaux urgents qui sont rendus nécessaires par des mesures de sécurité ou encore une variation cyclique d'activité, sous-entendu une activité qui n'est pas habituelle et qui n'a pas vocation à durer dans le temps.

Face à ce strict formalisme, une vigilance est attendue des employeurs au moment de la rédaction du contrat. « *Nul n'est censé ignorer la loi* » et encore moins les employeurs ! Un récent arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 15 septembre 2021 démontre que cet adage est toujours d'actualité. Une simple erreur de rédaction peut entrainer de lourdes conséquences pour l'employeur.

En l'espèce, une salariée a été engagée en CDD en tant que manager commercial. Son contrat avait été renouvelé à deux reprises. Ce contrat a été conclu pour faire face à la « *réorganisation du service commercial de l'entreprise* ». Elle a saisi la juridiction prud'homale car les tâches auxquelles elle a été confrontée ne correspondaient pas à un accroissement temporaire d'activité mais bien à l'activité normale et habituelle de l'entreprise. Elle a souhaité obtenir une requalification de son CDD en CDI et le paiement d'une indemnité de requalification.

La cour d'appel de Bastia, dans un arrêt du 9 octobre 2019, a fait droit à ses demandes. Le CDD a été requalifié en CDI et l'employeur condamné à payer à la salariée une indemnité de requalification. La <u>seule</u> mention de « *réorganisation du service commercial de l'entreprise* » n'était donc pas suffisante, pas précise conformément aux articles L.1242-2 et L.1242-12 du code du travail. Puis, l'emploi occupé était lié à l'activité normale et habituelle de l'entreprise. Il n'y avait pas de tâche précise et temporaire caractérisant normalement le CDD.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation. D'une part, il considérait que la « *réorganisation du service commercial* » était bien un motif précis. D'autre part, que ce motif engendrait nécessairement un accroissement temporaire d'activité.

Confrontée à la question de savoir si la simple mention de la « *réorganisation du service commercial* » permettait de caractériser un motif précis pour le recours au CDD, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au visa de l'article L.1242-2 du code du travail. La seule mention de la « *réorganisation du service commercial* » dans le contrat de travail et ses avenants n'est pas un motif suffisamment précis pour recourir au CDD. Cela ne permet pas de dire que le contrat a été réellement conclu pour un accroissement temporaire d'activité. Il s'agit d'un cas de recours au CDD autorisé par la loi. Mais, ce qui pose un problème c'est son insuffisance, son manque de précision. La jurisprudence est stricte sur ce point.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Cette solution insiste sur l'importance de la rédaction d'un CDD. À la lecture des arguments de l'employeur, il y a cette impression qu'il ne mesure pas la portée de l'importance du motif précis dans un CDD. Il détourne le sens des mots et semble donner une importance relative à la précision formelle qui est attendue. Or, « *réorganisation du service commercial* » n'équivaut pas à un « *accroissement temporaire d'activité* ». Qui plus est, même si cette mention serait le fruit d'une erreur rédactionnelle, le juge la sanctionne en prononçant la requalification. L'employeur n'a pas droit à l'erreur. Il ne peut pas non plus dire qu'il a mal interprété les lettres de la loi. Dès la rédaction du contrat, la rigueur est de mise. Une fois cette étape passée, l'employeur ne peut plus se dédouaner des erreurs rédactionnelles qui ont pu être commises.

La solution aurait été différente si la rédaction du contrat avait été toute autre. L'inscription du motif « *accroissement temporaire d'activité* » aurait pu constituer un motif précis et l'employeur aurait pu éviter de subir les conséquences d'une requalification. Cependant, le motif de recours rédigé dans CDD doit correspondre à la situation réelle dans laquelle le salarié est placé. La simple mention « *accroissement temporaire d'activité* » ne suffit pas. Dans notre cas d'espèce, la salariée effectuait des tâches qui étaient en réalité liées à l'activité normale et habituelle de l'entreprise, ce qui ne caractérise pas un accroissement temporaire d'activité. L'employeur était fortement en tort du point de vue rédactionnel.

La solution de la Cour de cassation apparait logique à cet égard. À défaut, il y aurait une sorte de porte ouverte aux malversations. En effet, si un motif valable suffisait, un employeur pourrait très bien l'indiquer dans le contrat mais sans que cela correspondre à la réalité dans l'unique but de ne recruter que des salariés en CDD. Rappelons que l'employeur doit être capable de démontrer en quoi cela entraine un accroissement qui est véritablement temporaire de l'activité.

En réalité, cette solution n'est pas surprenante et s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle de la chambre sociale. Cette dernière avait déjà jugé que la seule réorganisation d'un service n'était pas en soi un motif précis. Au contraire, si la réorganisation du service avait engendré un accroissement temporaire d'activité prouvé par l'employeur, la Cour de cassation aurait accepté d'y voir un motif précis (Soc, 8 septembre 2021 n°20.16324).

Par sa position ferme, la Cour de cassation accroit la protection envers les salariés dans une situation de précarité. Toutefois, elle accroit davantage la sévérité envers les employeurs. En effet, l'erreur est humaine. Un employeur qui ne serait pas au point sur la législation du travail pourrait commettre une erreur rédactionnelle sans même s'en rendre compte. C'est bien là la définition même de l'erreur que de se tromper ! Cependant, d'un point de vue juridique, la simple erreur rédactionnelle n'est pas prise à la légère : elle peut lui coûter cher. La requalification du CDD en CDI ayant un effet rétroactif et immédiat, tout va être mis en œuvre pour faire comme si le CDD n'avait jamais existé. La salariée va alors être considérée comme embauchée en CDI depuis sa date d'embauche. L'employeur va devoir lui verser des indemnités telles que l'indemnité de requalification qui est au moins égale à un mois de salaire selon l'article L.1245-2 du code du travail.

En tant qu'employeur, il est alors nécessaire, pour se prémunir contre les pièges posés par le CDD, de consulter un spécialiste en droit du travail. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation veille avec minutie au respect des formalités exigées du CDD. Le CDD a beau apparaitre comme étant un petit contrat, il est en réalité un contrat complexe et surtout complet.

VERON Léa

Sources juridiques :

- Article L.1242-12 code du travail
- Article L.1242-2 code du travail
- Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux CDD et au travail temporaire, avec en complément la circulaire du ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle DRT n°90/18 du 30 octobre 1990
- Soc, 15 septembre 2021 n°19-23909
- Soc, 8 septembre 2021 n°20.16324
- Article L.1245-2 code du travail

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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 lien logique entre la catégorie d'emploi occupée et la durée raisonnable de la période d'essai : l'arrêt de la chambre sociale du 7 juillet 2021

Comme l'indique l'article L.1221-20 du code du travail, la période d'essai « *permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ». Ce laps de temps est donc un préalable à la véritable exécution du contrat de travail. Au terme de celle-ci le salarié est véritablement embauché. Cette période d'essai n'est pas obligatoire mais reste un bon moyen pour voir si les compétences du salarié conviennent à l'employeur et de l'autre sens si l'entreprise convient au salarié. Cette période d'essai n'est alors obligatoire que lorsqu'elle est inscrite au contrat de travail. En principe, la durée de la période d'essai est fixée par le code du travail. Par dérogation, un accord de branche conclu antérieurement à la loi de modernisation du marché du travail de 2008 peut fixer une période d'essai plus longue que les durées légales actuelles. Cependant, cette durée doit être raisonnable, puisqu'en en effet, la Convention 158 de l'organisation internationale du travail impose le respect d'une durée raisonnable.

Cette notion de durée raisonnable suscite de nombreux litiges. Il est alors important de savoir si la période d'essai est raisonnable ou non puisque si celle-ci est jugée déraisonnable sa rupture pourra être requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur sera amené à être condamné à payer diverses sommes au salarié. Effectivement, la période d'essai permet d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, si le salarié ne convient pas ou si le salarié ne souhaite pas continuer, elle peut être rompue par les deux parties sans formalisme à respecter et sans indemnités à verser.
L'enjeu de cette durée raisonnable est donc primordial pour l'employeur au niveau financier mais aussi pour le salarié qui ne doit pas se retrouver dans une période d'essai trop longue se retrouvant alors bloqué sans être certain de rester ou non dans l'entreprise. Il ne faut pas que l'employeur en profite en instaurant une période d'essai trop longue et ensuite mettre un terme à celle-ci sans avoir de conséquences financières, profitant alors du travail du salarié pendant cette période.

Mais comment juger cette durée raisonnable ? C'est ici tout l'enjeu. Une durée jugée raisonnable pour certains ne l'est pas forcément pour d'autres. Chacun a sa vision, sa définition d'une durée raisonnable. Quels sont alors les éléments à prendre en compte ? Le 7 juillet 2021 la chambre sociale de la Cour de cassation vient répondre à cette question en donnant un indice supplémentaire pour juger de cette durée.

En l'espèce, un salarié était engagé en qualité de conseiller commercial auxiliaire en assurances. Une période d'essai de 6 mois sans renouvellement était prévue dans son contrat de travail conformément à une convention de branche antérieure à la loi de 2008. Cette période d'essai a commencé le 1er juin 2016. Mais, le 13 septembre 2016 l'employeur met fin à la relation et rompt la période d'essai avant la fin de la durée initiale. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale, jugeant le délai déraisonnable, afin que la rupture de son contrat de travail s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
La Cour d'appel de Metz, par un arrêt du 20 août 2019, fait droit à la demande du salarié et retient qu' « *est déraisonnable au visa de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et au regard de la finalité de la période d'essai qui doit permettre au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent et de l'exclusion des règles de licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée est de six mois* ».

L'employeur se pourvoit donc en cassation. Pour lui, la nature spécifique des fonctions et missions du salarié justifie cette durée. Il défend que la période d'essai n'est pas déraisonnable mais nécessaire au regard « *des contraintes juridiques intrinsèques au secteur de l'assurance* » et aussi du fait que cette activité est soumise à des risques juridiques importants.
La Cour de cassation était confrontée à la question de savoir si la période d'essai de 6 mois était raisonnable ou non face aux exigences d'une catégorie d'emploi particulière, en l'espèce, un conseiller commercial auxiliaire en assurances.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

La Cour de cassation vient casser et annuler l'arrêt de la Cour d'appel sur l'article 2 de la Convention 158 de l'OIT. Pour elle, la Cour d'appel n'aurait pas du se contenter d'une « *affirmation générale* » pour dire que le délai était déraisonnable. Mais, elle aurait du rechercher si, au regard de la catégorie d'emploi occupée, la durée de la période d'essai était raisonnable ou non. En clair, pour la Cour de cassation, la catégorie d'emploi occupée par le salarié peut justifier cette durée.

Par le biais de cet arrêt, la Cour de cassation suit sa lignée jurisprudentielle et donne encore un élément pour apprécier la durée raisonnable ou non de la période d'essai.
Effectivement, elle apprécie ce caractère raisonnable au regard de la finalité de la période qui doit permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié (Cass, soc, 10 mai 2012 n°10-28.512). Aussi, dans un arrêt (Cass, soc, 12 novembre 2020 n°18-24.111) elle a jugé qu'il fallait prendre en compte la nature des fonctions et responsabilités confiées au salarié.

Aujourd'hui elle précise les choses et ajoute que cette durée doit s'apprécier au regard de la catégorie d'emploi occupée. Elle donne donc un faisceau d'indices à suivre. Elle ne se limite pas ici aux catégories principales des dispositions légales mais va beaucoup plus loin que ça, et regarde dans les détails. De ce fait, cet arrêt confirme que l'appréciation de la durée se fait in concreto, les juges devront analyser les éléments concrets, les missions, les responsabilités et la catégorie de l'emploi occupée pour dire si la durée de la période d'essai est raisonnable ou déraisonnable. Cela dépend donc des circonstances des faits, il n'y a pas de réponse pré établie !

Malgré cet indice, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la durée de 6 mois ici, puisqu'elle juge en droit et non en fait, ce sera donc à la Cour d'appel de renvoi de se prononcer sur la durée de la période d'essai au regard de la catégorie d'emploi occupée. Elle ne donne que la méthode à appliquer. Mais au regard de ce faisceau d'indices et de la catégorie d'emploi occupée nous pouvons penser que la durée de 6 mois pour un conseiller commercial auxiliaire en assurances pourra être jugée raisonnable. En effet, l'employeur doit évaluer plus longtemps les compétences du salarié du fait de cette catégorie d'emploi. La rupture de la période d'essai sera valide.

Cette appréciation qui doit se faire au regard de la catégorie d'emploi occupée est logique et n'est pas surprenante. La Cour de cassation a déjà donné son avis sur des durées par rapport au poste du salarié. Par exemple, une période d'essai de 9 mois pour un directeur adjoint a été jugée raisonnable (Cass, soc, 24 avril 2013 n°12-11.825). Or, une durée de 6 mois pour une assistante commerciale ayant pour fonction d'accueillir et orienter la clientèle a été jugée excessive (Cass, soc, 10 mai 2012, n°10-28.512). En effet, la catégorie d'emploi occupée, les missions, les responsabilités n'étaient pas les mêmes ici et il est logique d'adapter la durée de la période d'essai.

D'un côté la Cour de cassation vient limiter l'employeur dans son choix en ce qui concerne la durée de la période d'essai. Il doit donc être vigilant à ces différents indices donnés par la Cour de cassation pour éviter que la rupture soit vue comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse car sans motif et subir des conséquences financières. Et de l'autre côté elle accroit la protection du salarié afin qu'il ne se retrouve pas dans une période d'essai trop longue.
Aujourd'hui, les employeurs ont toutes les cartes en main pour appliquer une période d'essai avec une durée raisonnable : ils n'ont plus d'excuse ! Il leur faut donc respecter les dispositions légales ou conventionnelles mais aussi les indices donnés par la Cour de cassation pour éviter une condamnation.

WATTEBLED Léa

Sources juridiques :
- *Article L.1221-20 du code du travail*
- *Article 2 de la Convention n°158 de l'OIT*
- *Cass, soc, 10 mai 2012 n°10-28.512*
- *Cass, soc, 12 novembre 2020 n°18-24.111*
- *Cass, soc, 24 avril 2013 n°12-11.825*
- *Cass, soc, 10 mai 2012, n°10-28.512*

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

L'inclusion des indemnités de congés payés dans la rémunération forfaitaire : la licéité de la clause soumise à une exigence de transparence et de compréhensibilité

Lors de l'embauche d'un salarié, la rémunération mentionnée dans le contrat de travail peut inclure les indemnités de congés payés dans le cadre de sa rémunération forfaitaire. Si cette clause du contrat de travail est en pratique très peu utilisée, la jurisprudence de la Cour de cassation a récemment eu l'opportunité d'apporter des précisions quant à sa mise en œuvre.

La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi pu, dans un arrêt récemment rendu le 13 octobre 2021 (publié au bulletin, n°19-19.407), affirmer qu'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire du salarié dès lors que **des conditions particulières le justifient** et que cela s'inscrit contractuellement par **une clause transparente et compréhensible**. Ces conditions supposent donc, pour la Cour, que soient clairement stipulés dans le contrat de travail *"la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés".* A cela, s'ajoute le fait que ces sommes doivent être imputables sur un congé déterminé, congé qui doit être effectivement pris.

La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur ce type de clause afin d'apporter des précisions quant à sa mise en œuvre. A défaut d'être prohibée par le Code du travail, la Haute juridiction a cherché à strictement encadrer son utilisation en le conditionnant à **une acceptation expresse de la part du salarié** et à l'exigence que **le mécanisme d'inclusion n'aboutisse pas à un résultat moins favorable pour ce dernier que celui résultant de l'application des règles légales en la matière** (Soc. 11 mai 1988, n° 86-40.460, 86-40.573 et 86-40.579).

Si la jurisprudence a ainsi pu intervenir quant à la limitation de l'emploi des clauses *"rolled-up holiday pay"*, elle s'est cependant contentée dans un premier temps de soumettre la validité de la clause à une acceptation expresse du salarié. Acceptation pourtant relative du fait du lien de subordination caractérisant la relation de travail, mais aussi compte tenu des méconnaissances juridiques éventuelles du salarié. L'acceptation expresse de la clause n'était donc pas nécessairement gage d'une réelle mesure par le salarié de toute sa portée: à savoir ici le fait que les congés payés ne seront pas rémunérés au moment de leur prise effective, l'indemnisation étant inclus dans la rémunération. Enjeu d'autant plus important que le salarié pourrait ne pas avoir conscience de percevoir, lors de chaque paiement de salaire, une partie de son indemnité de congés payés, ce qui pourrait le faire hésiter, au moment où il devrait prendre son congé, à les prendre effectivement, faute de disposer du financement suffisant.

Même si l'acceptation expresse était complétée par le fait que la clause ne devait pas aboutir à un résultat moins favorable pour le salarié, c'est-à-dire une indemnisation de congés payés inclus dans la rémunération qui serait inférieure à ce que le salarié aurait normalement dû percevoir pendant ses congés payés, il n'en reste pas moins qu'aucune précision n'était apportée quant à la rédaction de la clause.

C'est en cela que l'arrêt rendu le 13 octobre 2021 par la chambre sociale de la Cour de cassation intervient de manière opportune pour rappeler les conditions de validité d'une clause incluant l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire. La condition d'une clause transparente et compréhensible n'est en fait que le reflet de sa jurisprudence antérieure. Le 22 mai 2019, la Haute juridiction a pu préciser que, *"cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris"* (Soc. 22 mai 2019, n° 17-31.517).

Cette décision était elle-même une confirmation du positionnement de la Cour de cassation en date du 14 novembre 2013 (Cass, soc, 14 novembre 2013, n°12-14.070, Publié au bulletin) qui a confirmé le jugement rendu par la Cour d'appel de Versailles dans le cas d'un avocat salarié de la société Fidal ayant démissionné et souhaitant percevoir ses indemnités de congés payés alors même qu'une clause de son contrat de travail stipulait que sa rémunération globale prenait en compte les congés payés. La Cour d'appel avait donc fait droit à la demande du salarié en estimant, en application de sa jurisprudence antérieure, que la stipulation contractuelle était moins favorable que la loi ce qui rendait donc cette clause illicite (Soc, 16 déc. 1992, n° 89-40.827 et 89-45.560, Bull. civ. V, n° 601 et Soc. 11 mai 1988, n° 86-40.460, 86-40.573 et 86-40.579). Si la Cour de cassation avait donné raison à la Cour d'appel s'était pour autant sur la base d'un autre fondement à savoir le fait que des conditions particulières doivent justifier l'utilisation de cette clause et que la clause contractuelle soit transparente et compréhensible.

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Cet infléchissement jurisprudentiel n'est en fait que le résultat d'un jugement rendu par Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) le 16 mars 2006 dans l'affaire C.D Robinson-Steeele c/R.D Retail Services Ltd qui a affirmé que s'il y a lieu de *"rappeler que le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en oeuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive elle-même"* pour autant *"l'article 7 de la directive 93/104 ne s'oppose pas, en principe, à ce que des sommes qui ont été payées, de manière transparente et compréhensible, au titre du congé annuel minimal au sens de cette disposition sous la forme de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué soient imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur*

L'abandon des anciens critères de validité de la clause au profit des critères de transparence et de compréhensibilité, récemment confirmé par l'arrêt rendu le 13 octobre 2021 par la chambre sociale de la Cour de cassation, peut tout de même interroger quant à sa pertinence.

Il conviendra tout d'abord de relever qu'à juste titre imposer une clause qui soit transparente et compréhensible se substitue de manière bien plus efficace à la condition d'acceptation expresse du salarié. Le contrat de travail, étant aussi régi par le droit commun des contrats, le principe d'un consentement libre et éclairé du contractant, donc ici du salarié, est primordial. Si le salarié peut accepter expressément une clause sans en réaliser la réelle portée, son consentement ne saurait être complètement libre et éclairé. Le contrat de travail doit effectivement permettre au salarié de prendre en considération toute la mesure de la clause afin de comprendre de façon non-équivoque qu'il ne pourra pas percevoir d'indemnité au moment où il partira en congé puisque le salaire qu'il a perçu pendant la période de référence comprenait déjà le versement de cette indemnité. Il pourra ainsi prendre ses précautions afin de ne pas être obligé de travailler pour continuer à percevoir un salaire.

Cette condition permet donc d'exclure les clauses de rémunérations mentionnant "congés payés inclus" puisqu'elles ne permettent pas de déterminer en détail la répartition qui est faite entre la rémunération en tant que telle et les sommes versées au titre des indemnités de congés payés. Ce nouveau critère est ainsi un outil de protection vis-à-vis du salarié, qui devrait savoir ce vers quoi il contracte, mais aussi un indicateur dont l'employeur devra prendre en compte avec précaution. L'acceptation et la compréhension réelle du salarié de la portée pouvant être difficilement appréciable, la Cour pose ainsi **une approche objective de la clause** qui doit présenter certaines spécificités, spécificités primordiales permettant de juger la validité du consentement du salarié.

Cependant, si, comme évoqué précédemment, se délester de la condition d'une acceptation expresse du salarié de la clause *"rolled-up"* semblait opportun au regard du rapport déséquilibré incombant à la relation de travail, l'exclusion du critère de faveur de la clause peut être contestée. La chambre sociale ne fait désormais plus mention du fait que la clause incluant l'indemnité de congés payés dans la rémunération variable est licite dès lors qu'elle est plus favorable à ce que la loi prévoit. On peut donc ainsi supposer que dès lors que la clause est transparente et compréhensible, quand bien même elle soit défavorable au salarié, elle sera licite. Ce positionnement ne manque pas de bon sens pratique: *quel intérêt pour l'employeur d'inclure une clause "rolled up" si elle ne lui est en définitive pas plus favorable ?*

Pourtant, les articles L3141-22 et L3141-26 du Code du travail ainsi que l'interprétation de l'article 7§1 de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, ne vont pas dans ce sens. Si les modalités de rémunération des congés payés peuvent être incluses dans la rémunération variable dès lors que cela apparaît de manière transparente et compréhensible, le montant accordé devra pour autant bien correspondre au montant qui aurait été de toute façon touché par le salarié *"en temps normal".* Le véritable intérêt de l'employeur consisterait davantage à avoir une *"étalement mensuelle"* des indemnités de congés payés.

Il conviendra donc de s'interroger sur la pertinence de la licéité d'une telle clause. Même si l'exigence d'une clause transparente et compréhensible est le garant d'un consentement éclairé du salarié, il n'en ressort pas moins que l'existence d'une telle clause ne fait que complexifier la relation contractuelle. Il serait tout de même tentant, malgré les conditions affirmées par la Cour de cassation, pour l'employeur de "gonfler" artificiellement la rémunération en y incluant les congés payés. Si dans ce cas cette clause serait invalide, il n'en découle pas moins qu'un certain nombre de salariés n'en auraient pas nécessairement conscience et ne ferait donc pas un recours en justice: ce dernier a souvent lieu lors de la rupture du contrat de travail au moment du paiement des indemnités de congés payés et non lors de l'exécution du contrat de travail. Admettre la licéité de ce type de clause peut donc laisser la possibilité au salarié de ne pas prendre ses congés payés, l'absence d'indemnité à ce moment-là étant un frein. On peut légitimement considérer que les salariés ayant des bas salaires se verraient trop grandement impactés par cette absence d'indemnisation.

Ainsi, même si le raisonnement de la CJCE et de la Cour de cassation en découlant apportent une clarté non négligeable à sa mise en œuvre, ne serait-il pas préférable malgré tout de rendre illicite la clause *"rolled up holiday pay"* ? Effectivement, le raisonnement antérieur de la jurisprudence n'admettait sa licéité que dans des cas spécifiques où le mode habituel de paiement de l'indemnité de congés payés n'est pas praticable (Soc., 9 mars 1977, n° 76-40.170 et Soc., 9 nov. 1988, n° 86-12.458).

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.

Écarter la liberté contractuelle sur ce point au bénéfice d'une application simplifiée de la mise en œuvre des indemnités de congés payés serait ici tout autant protectrice pour le salarié que facilitante pour l'employeur dans sa rédaction du contrat de travail au moment de l'embauche du salarié.

Nerea VASILJEVIC

Sources juridiques :

"Du nouveau sur la validité des clauses incluant l'indemnité de congés payés dans le salaire : exigence de transparence et d'intelligibilité" Droit social 2014 p.94, Jean Mouly

"Inclusion de l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire" Revue de droit du travail 2019 p646, Marc Véricel

Cass, Soc., 9 mars 1977, n° 76-40.170

Cass, Soc. 11 mai 1988, n° 86-40.460, 86-40.573 et 86-40.579

Cass, Soc., 9 nov. 1988, n° 86-12.458

Cass, Soc, 14 nov. 2013, n°12-14.070

Cass, Soc. 22 mai 2019, n° 17-31.517

Cass, Soc, 13 oct. 2021, n°19-19.407

CJCE, 16 mars 2006, *Affaire C.D Robinson-Steeele c/R.D Retail Services Ltd*

Articles L3141-22 à L3141-26 du Code du travail

Article 7§1 de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993

UNIVERSITÉ de Picardie Jules Verne

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.