BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL

SOMMAIRE

Article 1 : *Aide exceptionnelle à l'embauche pour les travailleurs handicapés : pourquoi ne pas pérenniser le dispositif ?…….. Page 2*

Article 2 : *L'insertion professionnelle : les contrats adulte-relais, l'âge minimum abaissé à 26 ans…… Page 4*

Article 3 : *Condition de recours au contrat à durée déterminée, pas de passe-droit pour les CDD saisonniers …….. Page 6*

Article 4 : *Quand l'application de la loi dans le temps se mêle à une demande en requalification du CDD en CDI fondée sur le non-respect du délai de carence (Cass. Soc., 5 mai 2021, n°19-14.295)…… Page 8*

Article 5 : *Une discrimination positive à l'embauche légitimée par la sous-représentation des femmes dans les métiers de la SNCF…….. Page 10*

Article 6 : *Discrimination à l'embauche par les agences d'intérim : une révélation du « testing inversé » menée par SOS racisme….. Page 12*

Article 7 : *L'intelligence artificielle dans le processus de recrutement à la lumière du « Projet de guide » de la CNIL …….. Page 14*

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

En cette période de fêtes pendant laquelle nous essayons tous de profiter – comme nous pouvons – des moments en famille, dans une atmosphère chaleureuse, il est nécessaire de ne pas perdre de vue l'actualité sociale. Ainsi, pour sonner le glas de cette année, rien de plus vivant et distrayant qu'un tour de l'actualité sur le droit de l'embauche que nous vous proposons à travers cette revue.

D'abord, dans ce contexte particulier de la crise sanitaire, a été instituée – par décret du 6 octobre – une aide exceptionnelle à l'embauche des travailleurs handicapés qui prend fin le 31 décembre de cette année. En cette fin d'année, l'occasion nous est ainsi donnée de revenir sur ce dispositif, sa raison d'être, et l'opportunité ou non de le pérenniser.

Parallèlement, dans le cadre des aides à l'insertion professionnelle, un décret du 14 septembre 2021 a abaissé l'âge minimum pour conclure un contrat adulte-relais à 26 ans, contre 30 actuellement.

Ensuite, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à statuer sur la requalification d'un CDD saisonnier en CDI, mais aussi sur le point de départ du délai de prescription d'une action en requalification du CDD en CDI fondée sur le non-respect du délai de carence.

Enfin, là où de la discrimination positive à l'embauche – autorisée lorsqu'elle est justifiée – a pu être réalisée par la SNCF qui a procédé à un recrutement 100% féminin, les résultats d'une enquête réalisée par SOS racisme – s'étant avérés scandaleux – révèlent malheureusement des discriminations à l'embauche en raison de l'origine par les agences d'intérim notamment dans le secteur du BTP.

En outre, dans ce contexte de crise, l'intervention de l'intelligence artificielle dans le processus de recrutement peut susciter de l'inquiétude quant aux droits des candidats.

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 exceptionnelle à l'embauche pour les travailleurs handicapés : pourquoi ne pas pérenniser le dispositif ?

Instituée par décret du 6 octobre 2020 (1), et prolongée jusqu'à la fin d'année par décret du 30 juin 2021 (2), l'aide exceptionnelle à l'embauche pour les travailleurs handicapés prend fin le 31 décembre prochain. L'occasion en cette fin d'année de revenir sur ce dispositif, sa raison d'être, et l'opportunité ou non de le pérenniser.

Pour toute embauche d'un travailleur handicapé en CDI ou CDD de plus de 3 mois réalisée entre le 1er septembre et le 31 décembre 2021, certaines entreprises pouvaient en effet demander, sous conditions, le bénéfice d'une aide exceptionnelle d'un montant maximal de 4 000€. Plusieurs conditions cumulatives devaient être remplies afin de percevoir cette aide.

S'agissant des employeurs : étaient éligibles au dispositif, toutes les entreprises et associations « à l'exception des établissements publics administratifs, des établissements publics industriels et commerciaux et des sociétés d'économie mixte » ainsi que des particuliers employeurs. Par ailleurs, tout employeur sollicitant le bénéfice de l'aide devait :

- être « à jour de ses obligations déclaratives et de paiement » d'impôts et de cotisations
- ne bénéficier pour le salarié d'aucune « autre aide de l'Etat à l'insertion, à l'accès ou au retour à l'emploi »
- ne pas avoir « procédé, depuis le 1er janvier 2020, à un licenciement pour motif économique sur le poste concerné par l'aide »

S'agissant des salariés : pour pouvoir bénéficier de l'aide, l'employeur devait avoir embauché un salarié bénéficiant de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH). De plus, la rémunération prévue au contrat ne devait pas dépasser « deux fois le montant horaire du SMIC ». Enfin, le salarié devait également être « maintenu dans les effectifs de l'employeur pendant au moins trois mois à compter du premier jour d'exécution du contrat ».

Le montant de l'aide, d'un montant maximal de 4 000€, pouvait se cumuler avec d'autres aides de l'AGEFIPH (3), mais également avec d'autres dispositifs tels que l'aide à l'apprentissage prévue par le plan « 1 jeune, 1 solution ».

L'aide exceptionnelle à l'embauche des travailleurs handicapés avait été mise en place par le Gouvernement en pleine crise sanitaire dans le cadre du plan France Relance afin de soutenir le recrutement des personnes handicapées. Dans un communiqué de presse en date du 2 juin 2021, le Gouvernement précisait qu'entre janvier 2021 et juin 2021, 11 611 embauches avaient été réalisées grâce à la mise en place de cette aide. Un résultat plus qu'honorable dans un contexte de crise sanitaire.
Les résultats positifs de l'instauration de ce dispositif d'aide exceptionnelle mettent cependant en avant les limites des mesures prises jusqu'alors pour inciter à l'embauche des travailleurs handicapés.

La mesure la plus connue s'agissant de l'emploi des travailleurs handicapés est l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH), renforcée dernièrement par la loi du 5 septembre 2018 (4). Les entreprises de plus de 20 salariés sont en effet soumises à une obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés au sein de leurs effectifs. Malheureusement, et comme le déplore Pôle Emploi (5), à peine la moitié des entreprises visées appliquent cette règle des 6%.
C'est aussi parce qu'un certain nombre de solutions alternatives permettent « d'échapper » à cette obligation : le paiement d'une contribution annuelle permet de ne pas appliquer la règle des 6% (6). En plus, le code du travail (7) offre la possibilité aux employeurs de prévoir par accord collectif la mise en œuvre d'un programme en faveur des travailleurs handicapés.

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'OETH vise par ailleurs un petit nombre d'entreprise. En effet, seules sont visées par cette obligation les entreprises de plus de 20 salariés. Or, en France, le tissu économique est principalement composé de TPE et de PME, ces dernières représentant en 2018 99,8% des entreprises françaises (8). Depuis le 1er janvier 2020, les entreprises de moins de 20 salariés ont également l'obligation de déclarer les travailleurs handicapés qu'elles emploient. Cependant, il ne s'agit que d'une obligation déclarative.

Mentionnons également ici l'aide permettant de compenser les handicaps lourds des salariés (9). Une aide peut en effet être versée à tout employeur qui embauche un salarié handicapé, s'il prouve que l'adaptation du poste de travail de ce dernier a engendré une dépense importante. Cette aide suppose donc que le salarié recruté ait un handicap visible, à tout le moins un handicap lourd. Or il est estimé en France que 80% des handicaps sont invisibles. Une grande partie des travailleurs bénéficiant de la RQTH sont donc exclus du dispositif.

C'est là que l'aide exceptionnelle prévue par le Décret du 6 octobre 2020 montre toute sa force. D'abord, c'est une mesure incitative à l'embauche qui concerne l'ensemble des entreprises, incluant les TPE/PME. Les résultats de la mise en œuvre de cette aide ont d'ailleurs été significatifs s'agissant de cette catégorie d'entreprise puisque, selon le communiqué du Gouvernement de juin 2021, parmi les embauches effectuées grâce à l'aide exceptionnelle, 8/10 l'étaient par des TPE/PME. C'est également une mesure qui vise tous les handicaps, quel que soit leur degré puisque tout travailleur bénéficiant de la RQTH est visé.

Alors que le dispositif est censé se terminer le 31 décembre 2021, la question devrait se poser de maintenir dans la durée le versement d'une aide à l'embauche de ce type pour inciter durablement les entreprises à recruter plus de travailleurs handicapés. Aujourd'hui encore, 76% des dirigeants en France estiment que l'embauche d'un travailleur handicapé constitue une difficulté objective, et 63% d'entre eux estiment que cela crée une charge supplémentaire dans l'organisation de l'entreprise (10).

Allégrah DINE MOREIRA

Sources :

(1) Décret n° 2020-1223 du 6 octobre 2020 instituant une aide à l'embauche des travailleurs handicapés
(2) Décret n° 2021-864 du 30 juin 2021 modifiant le décret n° 2020-1223 du 6 octobre 2020 instituant une aide à l'embauche pour les travailleurs handicapés
(3) Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées
(4) LOI n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel
(5) https://www.pole-emploi.fr/employeur/aides-aux-recrutements/les-aides-a-lembauche/une-aide-exceptionnelle-de-4000.html#
(6) Articles L5212-9 à L5212-11 du code du travail
(7) Article L5212-8 du code du travail
(8) https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme
(9) Articles R5213-39 à R5213-51 du code du travail
(10) Baromètre perception de l'emploi des personnes en situation de handicap IFOPH/AGEFIPH, novembre 2020

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'INSERTION PROFESSIONNELLE : LES CONTRATS ADULTE-RELAIS, L'AGE MINIMUM ABAISSE A 26 ANS.

Avec le contexte économique actuel et la hausse du taux de chômage, les jeunes de 25 à 49 ans éprouvent de grandes difficultés à s'insérer sur le marché du travail. En vue de faciliter l'insertion professionnelle, chaque gouvernement met en œuvre sa politique de contrat aidé sur le plan de la politique de l'emploi.

Pour répondre aux besoins des publics les plus impactés par la crise à savoir les personnes éloignées de l'emploi vivant dans les quartiers prioritaires, un décret du 14 septembre 2021 fixa à 26 ans, contre 30 actuellement, l'âge à partir duquel un demandeur d'emploi ou une personne en emploi accompagné vivant sur un territoire prioritaire peut conclure un contrat d'adultes-relais. C'est une belle initiative du gouvernement qui s'engage à prioriser la construction d'une société inclusive. Ainsi donc aujourd'hui pour bénéficier d'un contrat adulte-relais il faut être âgé d'au moins vingt-six ans ; être sans emploi ou bénéficiant, sous réserve qu'il soit mis fin à ce contrat, d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ou d'un contrat d'avenir ; et de résider dans un quartier prioritaire de la politique de la ville. Ces conditions sont cumulatives.

Créé par le comité interministériel des villes du 14 décembre 1999, le contrat adulte-relais diffère des autres contrats aidés par sa stabilité depuis plus de 20 ans. Ce contrat est réservé aux associations, aux organismes de droit privé à but non lucratif, aux personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public, aux collectivités territoriales, aux établissements publics de coopération intercommunale, et aux établissements publics locaux d'enseignement. Les adultes-relais assurent des missions de médiation sociale et culturelle de proximité, dans le cadre du contrat d'insertion. En dehors de cet objectif de renforcement du lien social, le dispositif a pour but l'insertion professionnelle des bénéficiaires.

C'est l'un des contrats les plus intéressants parmi les contrats aidés pour les employeurs, surtout les associations, en raison du montant de l'aide et la durée du contrat. En 2020-2021 pour un poste de travail à temps plein, l'aide annuelle accordée à l'employeur dans le cadre d'un contrat adulte-relais est de 19 875,06 euros. Ce montant est revalorisé chaque année le 1er juillet proportionnellement à l'évolution du SMIC.

Ce dispositif serait-il si attractif pour les employeurs sans l'aide de l'Etat ? L'objectif d'insertion professionnelle est-il réellement atteint avec les contrats adultes-relais ? Cette baisse de l'âge minimum de recrutement d'un adulte-relais est-elle bénéfique au dispositif si les missions des adultes-relais nécessitent de la maturité ?

Avec le décret n° 2013-54 en 2013 le montant de l'aide de l'état avait diminué de près de 25 % du montant de l'aide de l'État, l'objectif était d'empêcher certains employeurs de tirer profit des montants d'aide trop élevés, qui pouvaient couvrir plus que le coût du poste. Cette réduction de l'aide financière de l'Etat a entrainé des difficultés de financement du reste à charge des employeurs et donc la diminution des recrutements des adultes relais. On remarque donc que c'est le montant de l'aide de l'État qui déterminait la décision des employeurs de recruter des adultes-relais. Mais cela se comprend car la plupart des recruteurs sont des petites structures et ne disposent pas d'assez de ressources pour financer la formation et l'encadrement des adultes-relais pourtant nécessaire à leur insertion professionnelle. Des mesures ont alors été prises par le gouvernement afin que les formations soient plus facilement prises en charge pour les adultes-relais. Cela s'est traduit par la signature fin 2016 d'une convention réservant des crédits pour la formation à la médiation, afin que les formations soient plus facilement prises en charge pour les adultes-relais.

Mais on a remarqué un usage détourné du contrat adulte-relais, car même s'il bénéficie aux personnes peu diplômées, il bénéficie aussi souvent à des personnes diplômées à la recherche d'une première expérience ou au chômage. Mais pourquoi le contrat d'adulte-relais a un objectif d'insertion professionnelle s'il permet aux jeunes diplômés ou en chômage de s'occuper en attendant de trouver mieux ? Cela est vraisemblablement le reflet du contexte économique dégradé.

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.

Malgré les mesures prises pour faciliter l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi, les objectifs visés par ce contrat aidé sont loin d'être atteints. Car certains employeurs sont réticents à envoyer les adultes-relais en formation car la convention de 2016 ne prévoit pas une obligation pour l'employeur de former les adultes-relais, mais plutôt un simple engagement à faciliter l'accès à des formations ou à mettre en place des formations. D'autres employeurs embauchent des profils en décalage avec les missions demandées, ce qui conduit au fait que peu d'adultes-relais arrivent à s'insérer professionnellement à la fin de leur contrat.

A l'heure actuelle, on doute de l'impact de ce décret du 14 septembre 2021, sur l'insertion professionnelle des adultes-relais, dans la mesure où l'efficacité de ce contrat aidé au regard des objectifs de la politique de ville est due à l'expérience et à l'âge des médiateurs qui était auparavant au moins de trente ans. La mission des adultes-relais pour la plupart est une mission de médiation, donc l'âge des bénéficiaires est quand même important pour les recruteurs (les associations). Bien que le gouvernement incite financièrement les associations et les oblige à former les adultes- relais, les difficultés d'insertion professionnelle sont loin d'être résolues.

Et si la solution ne résidait pas dans l'aide financière accordée aux associations, ni dans la baisse de l'âge de recrutement ; mais plutôt dans la sensibilisation des structures d'accueil à la formation vers le retour à l'emploi des adultes relais, et dans le renforcement de l'obligation de formation des adultes-relais afin qu'ils soient plus compétents dans leur mission, et puissent à la fin du contrat disposer d'une formation qui leur permettent de mieux s'insérer professionnellement à la fin de leur contrat.

Le gouvernement devrait rendre contraignante l'obligation de formation pour permettre aux adultes-relais de mieux préparer la suite de leur carrière et il devrait assurer le suivi du respect de cette obligation. Cela garantirait un vrai parcours de formation aux bénéficiaires du dispositif et faciliterait leur recrutement. Pour cela il pourrait augmenter le montant des crédits budgétaires alloués aux plans de professionnalisation, ce qui permettrait l'accompagnement vers la sortie des adultes-relais. Une implication de tous les acteurs du dispositif est essentielle pour garantir insertion professionnelle et le renforcement du lien social. Il est donc primordial de poursuivre les efforts positifs engagés.

Toutes ces aides à l'embauche donnent une mauvaise image des personnes éloignées de l'emploi vivant dans les quartiers prioritaires, ce qui rend moins évident cette société inclusive prônée par le gouvernement.

Aubierge AGUESSI

Sources juridiques :

- *Décret. N°2021-1181, 14 sept. 2021 : JO 15 sept. 2021, texte n°8*
- *Décret N° 2013-54 du 15 janvier 2013*
- *Rapport d'information n° 128 (2016-2017) de M. Daniel RAOUL*

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.

Condition de recours au contrat à durée déterminée, pas de passe-droit pour les CDD saisonniers.

Les juges de la Cour de cassation ont rappelé dans un arrêt du 13 octobre 2021 N°20-14.586, la principale condition à respecter, lors du recours à un contrat à durée déterminée. En effet pour pouvoir avoir recours à ce type de contrat, il faut ne pas pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et ce même pour un contrat saisonnier.

Le contrat à durée déterminée est un contrat précaire par définition puisqu'il ne garantit pas un emploi stable au salarié. L'insécurité liée à ce type de contrat, a été encadrée par le législateur, aux articles L1241-1 à L1248-11 du Code du travail. La loi prévoit notamment, une liste limitative des cas de recours possibles au contrat à durée déterminée, dans le but de protéger les salariés. Le contrat saisonnier est prévu par le nouvel article L1242-2 du Code du travail, en son troisièmement. Mais la possibilité offerte par le législateur ne permet pas de se soustraire à l'article L1242-1, le contrat à durée déterminée devant rester un contrat d'exception. Il doit donc respecter les dispositions énoncées par la loi, à défaut il pourra être requalifié en contrat à durée indéterminée.

En l'espèce une salariée a travaillé pour un hôtel en qualité de femme de chambre durant 37 années consécutives sous contrat saisonnier à durée déterminée, pour chacune des saisons. Ces contrats ont étés conclus en l'application des articles L 122-1 et L122-1-1 3° dans leur rédaction antérieure à la loi du 8 août 2016.
Elle a exercé un emploi de femme de chambre chaque année, dès l'ouverture de l'hôtel à la clientèle et ce jusqu'à sa fermeture, soit environ 6 mois et demi par an. Elle a donc conclu pas moins de 37 contrats saisonniers à durée déterminées, entre 1976 et 2012. A la fin de ce dernier contrat elle a fait part à son employeur de sa décision de partir à la retraite et a demandé une indemnité de départ à la retraite qui lui a été refusée.
En 2013 elle saisit le conseil des prud'hommes en requalification de ses contrats saisonniers à durée déterminée, en contrat de travail à durée indéterminée. Elle demande également la condamnation de son employeur, à lui payer certaines sommes dues en vertu d'un tel contrat. La cour d'appel la déboute de sa demande, alors elle se pourvoi en cassation.

Le jugement d'appel avait soulevé la convention collective des hôtels, cafés et restaurants. Cette dernière dispose que l'emploi d'un saisonnier pendant 3 années consécutives durant toute la période d'ouverture de l'établissement peut être considéré comme un contrat à durée indéterminée. Les juges du fond ont considéré qu'il s'agissait là d'une faculté et non d'une obligation. Ainsi il reste possible d'employer le même saisonnier avec des contrats à durée déterminée successifs.
De plus ils avaient estimé, que la non-reconduction du contrat saisonnier à durée déterminée ne pouvait être qualifiée de licenciement puisque que la rupture de la relation de travail a été faite à l'initiative de la salariée.

Après analyse, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de cour d'appel en rappelant les conditions de recours à un contrat à durée déterminée. Bien que saisonnier, le contrat ne peut pas avoir pour effet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise de façon permanente.

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.

Sur cette condition la Cour ajoute que, même si la convention collective de l'hôtellerie et de la restauration, détermine les emplois pouvant être occupés par des saisonniers, le juge doit vérifier la condition principale de recours au contrat à durée déterminée énoncé par la loi[1].

Ici la Cour de cassation en sa chambre sociale relève que, la salariée bien qu'embauchée en contrat saisonnier, était en service dès l'ouverture de l'établissement à la clientèle et ce jusqu'à sa fermeture. Les juges en ont donc conclu que celle-ci occupait un emploi à caractère permanent au sein de l'hôtel, et que ses contrats successifs auraient dû être un contrat à durée indéterminée[2].

Ainsi pour la Cour de cassation, le recours à un contrat à durée déterminée même dans le cas d'un travailleur saisonnier, doit respecter l'ancien article L122-1 qui est aujourd'hui l'article L1242-1 du code du travail. La Cour de cassation insiste sur les conditions de recours au contrat de travail à durée déterminée, ce dernier ne doit en aucun cas pourvoir un poste durable et permanent de l'entreprise, même lorsqu'il s'agit d'un contrat saisonnier. Cette décision renforce la protection du salarié occupant un emploi précaire.

Pauline FLEURY

Sources juridiques :

[1] Chambre sociale, 13.10.21, N°20-14.586 : « ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné et de contrôler que le contrat n'a pas pour objet de pourvoir un emploi permanent. »

[2] Chambre sociale, 13.10.21, N°20-14.586 : « En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la salariée avait travaillé, en vertu de contrats de travail à durée déterminée successifs, en la même qualité de femme de chambre durant trente-sept années consécutives, chaque année pendant toute la période d'ouverture de l'établissement au public, en sorte que l'intéressée occupait un emploi correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

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.

Quand l'application de la loi dans le temps se mêle à une demande en requalification du CDD en CDI fondée sur le non-respect du délai de carence (Cass. Soc., 5 mai 2021, n°19-14.295)

Au stade de l'embauche, le respect du délai de carence est important. En effet, ce non-respect entraîne la requalification du contrat à durée déterminée (CDD) en contrat à durée indéterminée (CDI) en vertu de l'article L1245-1 du code du travail. En conséquence, l'employeur doit être vigilant lorsqu'il conclut de nouveau CDD sur un même poste. C'est dans ce contexte qu'une salariée a saisi la juridiction prud'homale aux fins de requalification de la relation de travail en un CDI à compter du 12 septembre 2009. Cette requalification permet d'obtenir un rappel de salaire des périodes durant lesquelles il n'y a pas eu de contrat (il s'agit en l'espèce du 13 au 14 septembre 2009 et du 9 avril 2011 au 16 mai 2011). Il est également possible d'obtenir une indemnité au moins égale à un mois de salaire sur le fondement de l'article L1245-2 du code du travail. La salariée ne semble invoquée ni l'un ni l'autre. Il ne sera pas traité dans cet article du second moyen relatif à la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur pour non-respect de son obligation de sécurité et des demandes en paiement de diverses sommes qui en découlent.

En l'espèce, une aide cuisinière a conclu avec une association trois CDD : le premier pour remplacement non successif du 24 avril au 11 septembre 2009, le second pour surcroît d'activité pour la journée du 12 septembre 2009, et le troisième pour remplacement d'un salarié absent du 15 septembre 2009 au 8 avril 2011. Elle a finalement conclu avec son employeur un CDI, le 14 mars 2011 avec effet au 17 mai 2011. La Cour d'appel a déclaré que le délai de prescription avait expiré le 1er septembre 2013. Dès lors, la salariée s'est pourvue en cassation. Elle a estimé que la Cour d'appel « n'a[vait] pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations et a[vait] violé l'article L.1471-1 du code du travail ».

L'article L.1244-3 du code du travail prévoyait un délai de carence égal « au tiers de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat, renouvellement inclus, est de quatorze jours ou plus » ou « à la moitié de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat, renouvellement inclus, est inférieure à quatorze jours ». Ces dispositions sont dorénavant prévues à l'article L1244-3-1 du code du travail. Ainsi, pendant cette période, il est en principe impossible pour l'employeur de recourir immédiatement à un CDD ou à un contrat temporaire. En l'espèce, le précédent contrat a été conclu pour une période allant du 23 avril 2009 au 11 septembre 2009. Ainsi, il s'agissait d'un contrat de 142 jours calendaires. Il fallait donc appliquer un délai de carence égale au tiers de la durée du CDD en fonction des jours d'ouverture de l'association. Par ailleurs, selon l'article L1244-4 du code du travail, ce délai de carence ne s'applique pas pour les CDD conclus pour les motifs suivants : « remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé », « emploi à caractère saisonnier […], ou pour lequel […] il est d'usage constant de ne pas recourir aux CDI », « [remplacement] de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5°de l'article L. 1242-2 du code du travail », « exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité » et recours à un contrat […] conclu en application de l'article L. 1242-3 [relatif au « recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi » et au « complément de formation professionnelle »] ». Il est à noter que la Cour de cassation n'a pas fait mention de ces deux derniers motifs. Elle a peut-être estimé qu'il ne pouvait pas s'appliquer à l'espèce et qu'il n'était donc pas indispensable de les mentionner. La salariée avait conclu un CDD pour surcroît d'activité. Ce motif ne fait pas partie des exceptions citées ce qui signifie qu'un délai de carence aurait dû être appliqué. Ainsi, l'employeur n'aurait pas dû conclure un CDD le lendemain de la fin du premier CDD. Par ailleurs, la Cour de cassation a pu juger que la conclusion d'un CDD pour accroissement temporaire d'activité est un motif non prévu à l'article L.1244-4 du code du travail et qu'il devait y avoir un délai de carence avant la conclusion d'un second CDD pour remplacement d'un salarié (Soc., 10 octobre 2018, n° 17-18.294).

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.

Dans cette affaire, il subsiste une difficulté. Jusqu'au 19 juin 2008, la prescription était de 30 ans (ancien article 2262 du code civil). Ensuite, elle est passée à 5 ans (ancien article 2224 du code civil) avec la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Enfin, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a crée dans le code du travail un titre VII « prescription des actions en justice » avec uniquement l'article L.1471-1 et a modifié l'article L.3245-1 du code du travail. Dorénavant, « l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans » et celle « portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». Elle a également mis en place un régime transitoire. En effet, l'article 21-V prévoit que « les dispositions du Code du travail prévues aux III et IV du présent article s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la présente loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». La Cour de cassation a admis de manière implicite que l'action en requalification du CDD est relative à l'exécution du contrat de travail et relève de l'article L. 1471-1 du code du travail (Cass. soc., 31 janv. 2018, n° 16-23.602). En l'espèce, il s'agit d'une action en requalification du CDD en CDI. Par conséquent, c'est une action portant sur l'exécution du contrat de travail. Selon la Cour de cassation, l'action commençait à courir le 12 septembre 2009. Elle précise aussi que la prescription de deux ans s'applique à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013. Cette loi est parue au JORF le 16 juin 2013. Elle est entrée en vigueur le 17 juin 2013. Avec la prescription quinquennale, l'action aurait été prescrite le 12 septembre 2014. En vertu de la loi du 14 juin 2013, l'action aurait été prescrite le 17 juin 2015. Ainsi, en application du régime transitoire, l'action sera prescrite le 12 septembre 2014. La salariée a saisi la juridiction prud'homale le 28 mai 2014, l'action n'était donc pas prescrite.

Ce n'est pas la première fois que la chambre sociale de la Cour de cassation précise le point de départ applicable aux actions en requalification du CDD. Elle a pu estimer que le délai de prescription d'une action en requalification fondée sur l'absence d'une mention au contrat, court a compter de la conclusion de ce contrat (Cass. soc., 3 mai 2018, n°16-26.437). Elle a également pu estimer que l'action en requalification fondée sur le motif de recours énoncé au contrat se prescrit au bout de deux ans à compter du terme du CDD ou, en cas de CDD successifs, du terme du dernier contrat (Cass. Soc., 29 janvier 2020, n°18-15.359). Dans cette affaire, elle estime que le délai de prescription de l'action en requalification fondée sur le non-respect du délai de carence entre deux contrats successifs, courait à compter du premier jour d'exécution du second contrat. En l'espèce, il s'agissait du 12 septembre 2009, ce qui correspondait à la date du dernier CDD pour surcroît d'activité qui est un motif pour lequel le délai de carence est applicable. Cette solution est tout à fait logique, car la salariée ne pouvait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit à requalification à savoir le non-respect du délai de carence qu'au moment de la signature de son nouveau CDD. Ainsi, on respect à la lettre l'article L.1471-1 du code du travail. Cependant, cette vision n'est possible que si un salarié exécute directement son CDD. S'il l'exécute un mois après la signature de son CDD, cette décision est contra legem, car le salarié aura eu connaissance du non-respect du délai de carence bien avant la date d'exécution de son contrat de travail.

Laura HAFFRAY

Sources juridiques :

Sébastien Tournaux, « Prescription de l'action en requalification des CDD a défaut de délai de carence », Droit social 2021 p.851
Article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017
Articles L1244-3 et L1245-1 du code du travail dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015
Article L1244-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016
Article 21-V de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013

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.

Une discrimination positive à l'embauche légitimée par la sous-représentation des femmes dans les métiers de la SNCF

Le 23 septembre 2021, une campagne de recrutement 100% féminine fût mise en place par la société nationale des chemins de fer français (SNCF) en collaboration avec Job Odyssée afin de promouvoir les candidatures féminines des emplois dit « masculin » - emplois techniques ou les femmes sont souvent sous représentées - (1). A cet effet, la SNCF a distribué des billets de train nommés : « *Un billet pour l'emploi ».* Ce billet permettait aux femmes de se présenter à un forum de recrutement pour intégrer les métiers de la SNCF. Finalement, cet évènement a permis à plus de 150 femmes d'intégrer ce processus. Pour autant, celui-ci fût marqué par de nombreuses critiques auprès de salariés, des médias ainsi qu'auprès d'autres entreprises. Pour la plupart, cette manifestation qui avait pour objectif de recruter seulement des femmes n'aurait pas dû avoir lieu puisqu'elle était fondée sur un processus discriminatoire. Ce qui, comme ils le rappellent, est prohibé par le droit du travail. L'avocat spécialiste en droit du travail, Eric Rocheblaise, affirme aussi que cette pratique est une discrimination indirecte à l'embauche.

Mais avant de détailler ce qui a posé problème, il faut tout d'abord se rappeler les fondements de la discrimination à l'embauche. La discrimination en droit du travail français est actuellement définie par la loi du 27 mai 2008 (n°2008-496) portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Elle consiste en une distinction de traitement portée sur une personne dans le cadre d'un emploi, d'un stage ou d'une formation. Cette distinction est fondée sur un motif étranger aux qualités professionnelles ou aux nécessités de l'emploi. Il s'agit de traiter la personne moins favorablement qu'une autre dans la même situation. La reconnaissance des différentes discriminations en matière de droit du travail français a ainsi nécessité au préalable une reconnaissance par le droit européen. C'est en effet le traité de Rome de 1957 qui constitue l'un des premiers fondements de la politique anti-discrimination de l'Union Européenne notamment en matière d'égalité entre les hommes et les femmes. Ce traité a par la suite donné lieu à une directive en 1976 posant l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et dans les conditions de travail (2). De plus, la discrimination indirecte découle généralement de l'application uniforme d'une norme, d'une politique, d'une règle ou d'une pratique qui aura pour conséquence de créer une discrimination sans que cela résulte de la volonté de son auteur. Cette discrimination n'est pas réprimée pénalement, seule la discrimination directe peut engager la responsabilité pénale de son auteur (3).

En droit interne, en vertu de l'article L.1132-1 du code du travail (CT) (4) *« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, au regard de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge »*. Or, en l'espèce, lorsque la SNCF se donne à un tel processus de recrutement différents en raison du sexe de la personne, on ne peut pas dire que cette pratique soit, au premier abord, respectueuse du Code du travail puisqu'on favorise un sexe au détriment de l'autre.

Par ailleurs, au sens de l'article L.1142-1CT (5), le principe de non-discrimination entre les femmes et les hommes interdit toutes les différences de traitement entre les individus, fondée directement ou indirectement sur des considérations liées au sexe. Ce principe concerne toutes les étapes de la vie professionnelle, partant de l'embauche à la rupture du contrat de travail. A noter, que celui-ci n'empêche

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'employeur à intervenir par des mesures provisoires prises au seul bénéfice des femmes afin d'établir une égalité des chances entre les deux sexes. Ces mesures sont prises, en vertu de l'article L.1142-4 CT, « *après constatation évidente d'écart de situation des femmes au sein de l'entreprise et qui résultent "soit de dispositions réglementaires prises dans le domaine qui concernant le recrutement, soit de stipulations d'une convention collective de branches étendues ou d'accord collectif étendus, ou bien soit de l'application au plan d'égalité professionnelle entre les femmes et hommes* » (6).

Dès lors, cette manifestation organisée par la SNCF, même si elle a fait polémique, est légitime puisqu'elle permet de rétablir une situation inégalitaire entre les femmes et les hommes constatée au sein de l'entreprise. On est donc en présence d'une discrimination positive au bénéfice des femmes car cette action permet de privilégier le sexe sous-représenté à compétences et qualifications égales dans les métiers comportant un déséquilibre manifestement important entre les deux sexes.

Dès l'arrêt CJCE Kalanke, en date du 17 octobre 1995 (7), "en matière de priorité d'embauche en faveur des candidats de sexe féminin dans des corps administratifs ou les femmes étaient sous représentés, la Cour de justice admettait facilement les discriminations positives". Cependant, pour être licite, la CJCE le 11 novembre 1997 dans son célèbre arrêt Marshall (8) rappelle "qu'elle doit être limitée quant à sa durée et que l'avantage donné aux femmes ne doit pas être automatique". Ce qui, en l'espèce, est le cas puisque la SNCF organise ce genre de manifestation de manière ponctuelle et temporaire. Ce processus de recrutement est donc licite en vertu de son objectif et de sa durée.

Par surcroît, depuis la loi du 5 septembre 2018 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (9), les employeurs ont une obligation de résultat qui justifier l'application d'une discrimination positive. A défaut, ils se verront imputer des pénalités financières. Nous comprenons, en conséquence, la justification d'un tel processus de recrutement.

Nonobstant, il convient de rappeler que cette campagne de recrutement n'est pas une actualité à part entière puisqu'elle s'inscrit dans un long processus pour la SNCF à accroître sa part de salariée féminine dans les métiers dits "masculin". Pour cela, nous pouvons noter que dès 2015, la SNCF dispose dans son accord collectif étendu (10), en accord avec l'article R.2242-2 CT (11), l'objectif " *de développer la mixité de ses salariés, cela doit nécessiter des démarches spécifiques et volontaristes afin de renforcer les opportunités en matière de recrutement féminines " (10)*.

En conclusion, il est important de développer et d'encourager l'organisation de ce type d'évènement puisqu'il permet, dans une certaine mesure, de rétablir une inégalité de situation professionnelle entre les femmes et les hommes.

Estelle HOBBE

Sources juridiques :

(1) : La SNCF lance une campagne de recrutement réservée aux femmes - Madame Figaro (lefigaro.fr)
(2) : Aperçu de la législation européenne anti-discrimination et des principes des droits de l'homme (era-comm.eu)
(3) : Cass Ch.crim 8 juin 2021 n°20-80.056
(4) : Article L.1132-1 du Code du travail / Article 225-2 du Code pénal
(5) : Article L.1142-1 du Code du travail
(6) : Article L.1142-4 du Code du travail
(7) : CJCE, n° C-450/93, Arrêt de la Cour, Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen, 17 octobre 1995
(8) : Arrêt Marschall du 11 novembre 1997 (affaire C-409/95)
(9) : Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel
(10) : Accord SNCF2015-2018.pdf (cgt.fr)
(11) : Article R.2242-2 CT

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.

Discrimination à l'embauche par les agences d'intérim : une révélation du « testing inversé » mené par SOS racisme

Il existe en droit du travail, un principe de non-discrimination selon lequel aucune personne ne peut être écartée d'une procédure d'embauche, sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son origine, son sexe, ses mœurs, etc. (Cod. Trav. Art. L1132-1). Ce principe avait déjà été énoncé à l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.* ***Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances***. »

La non-discrimination à l'embauche est donc un principe constitutionnel auquel il n'est pas – en principe – possible de déroger, sauf dans quelques cas d'exceptions pour lesquels la loi autorise des différences de traitement (C. trav. Art. 1133-1 à 1133-6). Mais encore, ces autorisations restent encadrées par la loi puisqu'elles ne sont valables que **1°** si ces différences de traitement répondent à une exigence professionnelle « essentielle et déterminante », **2°** si l'objectif poursuivi est légitime et **3°** si l'exigence est proportionnée (C. trav. Art. 1133-1). Ces trois conditions avaient été posées par la Directive 2000/78/CE du CONSEIL du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail puis ont été transposées en droit interne par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Ainsi, dans un arrêt « *Micropole Univers* » du 14 mars 2017 n°C-188/15 la CJUE avait jugé – à l'occasion d'un litige opposant une salariée, qui avait été licenciée au motif qu'elle refusait de retirer son foulard islamique lorsqu'elle était en mission auprès des clients de l'entreprise, à son employeur – que « ***la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante***, au sens de l'art. 4 § 1 de la Dir. 2000/78/CE du 27 nov. 2000, *renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause et* ***ne saurait couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client*** ».

Cette même solution a été retenue en droit interne dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2020 n° 18-23.743 en ce qui concerne le licenciement d'un salarié en raison des demandes d'un clients relatives au port d'une barbe. Dans un arrêt « *Camaïeu* » plus récent du 14 avril 2021 n° 19-24.079, la Chambre sociale de la Cour de cassation rappelle une fois de plus – pour des faits quasiment similaires à ceux de l'arrêt de la CJUE du 14 mars 2017 – que « *l'attente alléguée des clients [...] ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'art. 4, § 1er, Dir. 2000/78/CE du 27 nov. 2000, tel qu'interprété par la CJUE* ».

De toute cette jurisprudence, il est ainsi possible d'affirmer que la volonté de satisfaire les attentes de la clientèle, quand bien même cela pourrait apparaître légitime d'un point de vue économique, ne peut pas être considérée comme un objectif légitime justifiant d'une différence de traitement.

En outre, pour qu'une telle différence soit admissible, il faut que les circonstances soient telles qu'il serait impossible de parvenir au même résultat par un autre moyen qui serait moins attentatoire au principe de liberté.

Hormis les différences de traitement prévues par la loi, toute discrimination à l'embauche reste prohibée et le non-respect de cette interdiction est pénalement sanctionné d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 3 ans et 45.000 euros d'amende ; sachant que celle-ci est multipliée par 5, soit 225.000 euros d'amende, s'agissant des personnes morales (C. Pen. 225-2 et 225-4).

Ainsi, toute la question est de savoir si ce principe de non – discrimination à l'embauche prévu par la loi et qui semble plutôt bien encadré est respecté dans la pratique. Force est de constater que ce principe n'est malheureusement toujours pas respecté dans la pratique.

C'est en ce sens que SOS Racisme a décidé de mener une enquête sur la discrimination à l'embauche, notamment dans le secteur du BTP. À cet effet, le 8 octobre dernier, SOS Racisme a révélé les résultats d'une opération de « testing inversé » qui avait été menée en mai dernier à l'occasion de laquelle ses

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.

membres se sont faits passer au téléphone, auprès d'agences d'intérim, pour des recruteurs du bâtiment ne réclamant que des profils européens.
Les résultats de cette enquête se sont révélés scandaleux, car sur les 69 agences franciliennes contactées, 45% - représentant ainsi près de la moitié des agences – ont accepté d'écarter des candidats de type non européens à la demande de leurs clients potentiels, faisant ainsi droit à une requête « illégale ». 6% d'entre elles ont fourni les CV à la société commanditaire afin qu'elle fasse elle-même le tri, se rendant ainsi complice de discrimination. Cette pratique illégale condamnée par la loi constitue ainsi une atteinte au pacte républicain. Seul le groupe Adecco ayant traversé vingt ans de procédure pour discrimination à l'embauche, n'a pas été épinglé pour des cas de discrimination et a été exemplaire à 100%.
À cet effet, le 8 octobre (même jour), Elisabeth Moreno, Ministre déléguée auprès du Premier ministre, chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances, avait annoncé dans un communiqué de presse qu'elle réunirait les principaux groupes cités par l'enquête afin d'échanger sur les faits avérés de discriminations ainsi que les actions à déployer pour y remédier et promouvoir la diversité. C'est ainsi à cette occasion que cette dernière ainsi que la ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, Élisabeth Borne, ont réuni le 21 octobre dernier les agences d'intérim franciliennes dont les pratiques de discrimination à l'embauche ont été dénoncées. Choquées par les résultats de cette enquête et affirmant que les discriminations, quelles qu'elles soient, étaient inacceptables, et qu'elles constituaient « un fléau, contraires à nos valeurs républicaines et qui minent notre cohésion sociale », les ministres ont demandé aux agences concernées de mettre en place sans délai des actions concrètes mettant fin à ces pratiques à savoir : « *la diffusion de consignes claires aux équipes, définition de procédures transparentes dans la sélection des intérimaires ou encore formation des personnes en charge des recrutements ou de l'affectation des intérimaires* ». Un point d'étape avec l'ensemble des réseaux d'intérimaires concernés est ainsi prévu d'ici la fin de l'année par les deux ministres qu'il va donc falloir surveiller.

Toutefois, il y a lieu de se poser la question de savoir si, face à un tel phénomène et au regard de l'importance qu'il est accordé aux valeurs républicaines, ces mesures sont suffisantes.
En effet, il n'y a aucun doute que la discrimination à l'embauche est un fléau qui perdure en France. Ainsi, il serait peut-être temps pour le Gouvernement de prendre des mesures drastiques telles que la mise en place de contrôles réguliers tous les ans ou tous les six mois (via un testing par exemple), des sanctions beaucoup plus dissuasives telles que des peines d'emprisonnement beaucoup plus lourdes, des amendes quatre à cinq fois plus importantes, ou encore une interdiction de gestion d'une entreprise pendant 10 ans pour les gérants d'agences ayant été condamnés pour discrimination tel qu'il l'a été exigé par SOS racisme.

Amour De Bruline TCHAKALA MOULOUNDA

Sources :

- *Alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;*
- *Directive 2000/78/CE du CONSEIL du 27 novembre 2000 ;*
- *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ;*
- *Article L1132-1 du Code du travail ;*
- *Articles 1133-1 à 1133-6 du Code du travail ;*
- *Articles 225-2 et 225-4 du Code pénal ;*
- *CJUE, 14 mars 2017 n°C-188/15 ;*
- *Cass. Soc., 8 juillet 2020 n° 18-23.743 ;*
- *Cass. Soc., 14 avril 2021 n° 19-24.079 ;*
- *Communiqué de presse – Testing SOS racisme – 8 octobre 2021 ;*
- *Communiqué de presse du 21 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.

Recruter c'est manipuler un cv, une photo, le résultat d'un test et une multitude d'autres informations propres à un candidat, qui peuvent, en plus, être échangées avec de nombreux interlocuteurs autres que l'employeur lui-même, à savoir les cabinets de recrutement, agences d'intérim, plateformes etc. et rester stockées dans les systèmes d'information des employeurs. Par ailleurs, ces données sont d'autant plus faciles à collecter que les méthodes de recrutement classiques laissent de plus en plus leur place à de nouveaux outils et procédés de sélection, plus friands d'informations, plus rapides, plus intuitifs, plus fiables et qui ont la prétention d'être « prédictifs ».

L'intelligence artificielle connait aujourd'hui une large diffusion dans les entreprises et notamment, nombreuses sont celles qui ont recours à leur combinaison aux algorithmes lors du processus de recrutement. Définie dans le dictionnaire Larousse comme un « ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations », ou selon G. Loiseau, professeur de droit privé, comme des technologies qui visent à « imiter l'intelligence humaine ou reproduire les fonctions cognitives de l'homme », les algorithmes sont un véritable gain de temps, d'argent, et une promesse de sélectionner le candidat parfait pour le poste, à priori sans discrimination, puisque la sélection est purement mathématique. Cette méthode séduit donc légitimement les recruteurs et en fait un outil phare dans l'avenir de la GRH. Seulement, la promesse de non-discrimination, présumée par le caractère systématique et donc rationnel de l'outil, a récemment montré ses limites. A l'instar de cette chercheuse afro - américaine qui explique dans *Coded Bias* comment elle a découvert être discriminée au travail par un logiciel de reconnaissance faciale, qui reconnaissait dans 99% des cas un homme blanc contre 65% lorsqu'il s'agissait d'une femme noire, ou encore d'Amazon qui a dû se séparer de son programme de recrutement par IA, après avoir découvert que celui-ci rejetait les candidatures féminines, de nombreux outils ont conduit non seulement à un échec quant à l'atteinte de leurs objectifs mais surtout à une violation des droits des candidats provenant de *biais algorithmiques.

Le législateur a pourtant, au fil des siècles, dessiné une protection autour du droit à l'emploi. En effet, le Préambule de la Constitution de 1946 confère à chaque individu « le droit d'obtenir un emploi ». Le principe de non-discrimination de l'article L.1132-1 du Code du travail qui prohibe d'écarter un candidat du processus de recrutement, peut aussi être cité. L'article L.1121-1 qui veut que les atteintes à ce droit, lorsqu'elles existent, soient « justifiées par la tâche » et « proportionnées au but » vient renforcer cette position. En matière pénale, L'article 225-1 fait de toutes formes de discriminations un délit. Au niveau européen également, la Commission européenne qui avait déjà saisi la nécessité d'instaurer un climat de confiance autour de l'IA, étayée en 2020 dans son *Livre blanc sur l'intelligence artificielle*, a présenté le 21 avril une proposition de nouvelle réglementation sur l'IA dans laquelle elle confirme sa vision: « faire de l'Europe le pôle mondial d'une intelligence artificielle (IA) digne de confiance », et insiste sur l'importance d'identifier et d'évaluer les risques afférents, risques qu'elle classe selon 3 niveaux: inacceptables, élevés et minimes. L'emploi figurant parmi les risques élevés, la Commission suggère qu'ils répondent à des obligations strictes pour pouvoir circuler sur le marché. Ce nouveau règlement vient en remplacement et en renforcement de la directive dite « machine », axée sur la santé et la sécurité, en particulier sur l'aspect sécurité. D'autre part, le législateur a reconnu aux CSE la prérogative d'être informés sur les méthodes de recrutement choisies par leurs employeurs. Malheureusement, les récents scandales relatifs aux discriminations algorithmiques, trop nombreux, révèlent la nécessité d'un droit du candidat plus spécial, plus mouvant, qui s'adapte lui aussi aux évolutions technologiques en la matière pour assurer de manière continue un cadre juridique protecteur. C'est le travail qu'a entrepris depuis plusieurs années la CNIL.

*Un biais algorithmique se produit lorsque les données utilisées pour entraîner un système d'apprentissage automatique reflètent les valeurs implicites des humains impliqués dans la collecte, la sélection, ou l'utilisation de ces données (source : datafranca.org)

Dans un précédent rapport en partenariat avec le Défenseur des droits intitulé « *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations », elle* avait déjà mis en lumière les biais algorithmiques et le fait que

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 répétition d'une suite mathématique ne garantissait en rien la protection contre les discriminations, parce que derrière ces algorithmes se cachent des concepteurs, humains, non rationnels, non neutres, qui peuvent même glisser dans leurs programmations des biais intentionnels. Les biais non intentionnels, plus fréquents mais moins visibles s'expliquent eux par le fait que bien qu'il existe différentes sortes d'algorithmes : les *machine learning algorithms* et les *deep learning algorithms*, les premières se nourrissant de données apportées par l'Homme quand les secondes fonctionnent par combinaisons de données, toutes nécessitent des quantités très importantes d'informations comme base d'apprentissage. Ces données de base peuvent déjà être influencées, volontairement ou non, par leur auteur, comporter la prédominance d'une certaine catégorie de données (ex : les hommes, les voix masculines) ou la sous-représentation d'une autre, être incompatibles à une autre donnée lorsqu'elles sont croisées ou donner un résultat autre que celui attendu etc. c'est ce genre de dysfonctionnement qui discriminent certains candidats et que le droit essaie de contrer.
La CNIL, forte de ses précédents constats et consciente de ces atteintes mais aussi du risque juridique que comporte, d'abord le recrutement classique, mais davantage les nouveaux modes de sélection des candidats, et parce qu'elle n'envisage pas une exonération de la responsabilité des acteurs du recrutement recourant à l'IA, du fait d'une potentielle incompétence ou ignorance, a lancé le 20 septembre 2021 un projet de guide sur le recrutement à destination des professionnels. Ce guide qui vient renforcer ses nombreux travaux antérieurs relatifs aux discriminations algorithmiques, resté en consultation publique jusqu'au 19 novembre 2021 vise à aider les professionnels du recrutement à « respecter la protection des données, y compris sur des questions spécifiques et innovantes ». Il se décline en 19 fiches pratiques répondant à des questions de deux ordres : un ordre général consistant en un rappel des « fondamentaux de la réglementation sur la protection des données personnelles dans le domaine du recrutement » et un ordre spécial qui est celui « d'apporter des réponses aux questions innovantes résultant de l'utilisation des nouvelles technologies par les recruteurs ou aux questions spécifiques ».

S'ils ne représentent pas systématiquement un risque, les algorithmes deviennent de véritables dangers juridiques dès lors qu'on leur donne une place capitale dans le processus de décision du recrutement et que, de surcroit, ils consomment pour cette décision un certain nombre de données personnelles des candidats dont la « collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, etc. » en font une « opération de traitement de données à caractère personnel » comme l'entend le RGPD. Tout recruteur, pour rester dans la légalité doit alors, dans un premier temps passer au crible de la loi ses méthodes de sélection, c'est-à-dire en déterminer les finalités, celles-ci ne pouvant être, aux termes de l'article L.1221-6 du code du travail, que la capacité à occuper le poste et l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat, déterminer la personne responsable du traitement des données, vérifier que ce traitement repose sur une des 6 bases légales de l'article 6 du RGPD, se limiter au strict minimum d'informations et de données collectables, ne transmettre ces données qu'aux personnes habilitées à en être destinataire, connaître les droits des candidats en particulier en matière d'accès, de rectification, d'opposition, d'effacement, de limitation et de portabilité de leurs données personnelles. Le recruteur doit également intégrer l'information des candidats, de la bonne manière, au bon moment et lui communiquer les informations obligatoires, veiller à ne pas surpasser les durées légales de conservation des données candidats, accomplir les formalités préalables obligatoires avant toute opération de traitement des données. A ce sujet, le législateur opte pour une responsabilisation et une sorte de confiance accordée aux recruteurs pour « adopter une démarche continue de conformité » sans intervention de la CNIL à ce stade du processus. Ces premières exigences sont d'ordre général et s'appliquent donc à tous les recruteurs quels que soient les outils de pré-sélection et de sélection utilisés. Leur complexité et leur subtilité donne déjà toute sa légitimité à la nomination des DPO (Data Protection Officer) chargés de veiller au respect du RGPD au sein des organisations et devenue obligatoire pour certaines d'entre elles.

Le projet aborde également des problématiques plus spécifiques et qui vont concerner l'intervention de l'IA dans le processus de recrutement. La fiche n°11 du projet s'intéresse particulièrement à la légalité du « recours à des outils d'évaluation de la personnalité du candidat ». Cette fiche soulève deux problèmes

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.

majeurs : d'une part il n'existe pas aujourd'hui de définition juridique de l'évaluation de la personnalité, d'autre part l'absence de dispositions spécifiques contraint à se rabattre sur le droit du travail, en particulier les articles L.1221-6 et L.1221-9 du code du travail qui consacrent respectivement les principes de pertinence et de transparence concernant les données des candidats collectées. Malgré les précisions données par la CNIL sur cette thématique, tout juriste connaît les risques d'interprétation d'une notion non définie et d'une absence de règles spécifiques pour une notion qui l'est tout autant. Ensuite, c'est la question de l'utilisation de la vidéo lors du processus de recrutement qui est abordée dans la fiche n°12, et là non plus aucune règle particulière n'apparaît, la fiche renvoie les recruteurs au code du travail, aux articles 5, 6 et 24 du RGPD qui concernent des obligations générales et s'appliquent de toute façon dans le processus de recrutement, peu importe l'outil utilisé. Si on s'intéresse maintenant à la fiche n°13 abordant la problématique des logiciels effectuant du tri, du classement et de l'évaluation des candidats en croisant leurs données, il apparait que le guide différencie le traitement selon qu'il soit partiellement ou totalement automatisé et en fonction de l'impact de la décision prise avec son concours, un régime particulier étant réservé à ceux « produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative de façon similaire », pour lesquelles la CNIL procède au même encadrement que pour le profilage, technique d'analyse et de prédiction comportementale définie à l'article 4 du RGPD. Le traitement exclusivement automatique des candidatures étant en principe prohibé par le RGPD c'est lui-même qui ouvre la possibilité d'y recourir sous conditions d'où les précisions contenues dans le guide sur ce sujet. Outre les informations communiquées par le candidat au travers de son cv, de sa lettre de motivation etc. les données émanant des contenus en ligne ont également eu besoin d'être étudiées et encadrées puisqu'elles sont aussi aujourd'hui susceptibles d'intervenir dans la sélection d'un candidat. La CNIL a donc mis ici l'accent sur les règles liées à l'information du candidat et au respect de sa vie privée, en revanche, l'obligation du recruteur, tenu de se limiter au traitement des informations strictement en lien avec l'activité professionnel du candidat pour prendre sa décision, quand bien même il aurait eu accès à une multitude d'autres informations sortant de ce champ parait assez utopique.

L'étude complète du guide montre effectivement que comme annoncé par la CNIL, il offre une certaine souplesse et que la volonté de sécuriser juridiquement les pratiques des professionnels du recrutement passe aussi par cet assouplissement des règles, par le libre arbitrage des professionnels sur certaines questions pourtant fortement à risque discriminatoire. A titre d'illustration, le guide prévoit que la constitution de « listes noires » auparavant soumise à autorisation préalable de la CNIL soit désormais encadrée par un certain nombre de vérifications faites par le recruteur lui-même, pour être conforme. Force est de constater qu'il apparait très difficile avec ces règles de contrer une intelligence artificielle à la pointe de la technologie ainsi que des biais algorithmiques très subtiles. Se pose également la question de la lourdeur de la charge de la preuve lorsqu'elle pèse sur le candidat qui doit alors se battre contre un programme ultra performant, nonobstant le principe de liberté de la preuve en procédure pénale. En tout cas, et contre toute attente, la CNIL n'opte pas pour un durcissement des règles proportionnel à « l'accroissement de la puissance de calcul » de l'IA utilisée dans le processus de recrutement, pour reprendre les termes de T. Breton, commissaire européen chargé du marché extérieur.

Le guide étant provisoire, il sera très intéressant de connaître les apports des professionnels invités à collaborer sur ce projet et leur impact sur le guide définitif attendu pour février 2022.

Fatoumata CISSOKHO

Sources :

Coded Bias – Film-documentaire produit par Shalini Kantayya
Le droit à l'emploi face à l'intelligence artificielle Delphine Gardes Maître de conférences à l'université J.-F. Champollion d'Albi - Institut de droit privé - Université Toulouse Capitole - Droit social 2021 p.115
Gestion du personnel par algorithmes et droits du salarié Loïc Malfettes, Docteur en droit privé - Université de Lorraine - Droit social 2019 p.591
Rapport « Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations » - Défenseur des droits en partenariat avec la CNIL.
Les biais de l'intelligence artificielle : quels enjeux juridiques ? – Gérard HAAS ; Stéphane ASTIER – Juillet 2019
Préambule de la Constitution de 1946 al.5 ; L.1132-1 Code du travail ; L.1121-1 Code du travail ; L.1221- 6 Code du travail ; L.1221- 9 Code du travail ; 225-1 Code pénal ; C. pr. pén., art. 427 ; RGPD articles 4,5,6,22, 24
https://dataforgood.org/
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_1682

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.