

A V I S N° 1.975

Séance du mardi 23 février 2016

Candidatures à un emploi – Réponse aux postulants

x x x

2.686-1

A V I S N° 1.975

Objet : Candidatures à un emploi – Réponse aux postulants

Par lettre du 3 mars 2015, M. S. BRACKE, Président de la Chambre des représentants, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis relative à une proposition de loi modifiant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, en vue d'instaurer l'obligation de répondre aux postulants, déposée par Mme KITIR, M. BONTE et Mme JIROFLEE.

Cette saisine est intervenue sur demande de la commission des Affaires sociales de la Chambre.

Elle fait suite à une précédente demande d'avis du 8 janvier 2014 de Mme DE CONINCK, alors Ministre de l'Emploi, ayant le même objet.

L'examen de ce point a été confié par le Bureau exécutif du Conseil national du Travail à la Commission des relations individuelles du travail. Sur rapport de celle-ci, le Conseil a adopté le 23 février 2016 l'avis suivant.

x x x

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. SAISINE

Par lettre du 3 mars 2015, M. S. BRACKE, Président de la Chambre des Représentants, a saisi le Conseil national du Travail d'une demande d'avis relative à une proposition de loi modifiant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, en vue d'instaurer l'obligation de répondre aux postulants, déposée le 22 octobre 2014 par Mme KITIR, M. BONTE et Mme JIROFLEE.

Cette proposition reprend le texte d'une précédente proposition de loi déposée le 26 octobre 2010 par M. BONTE et Mme KITIR et consorts.

La présente demande d'avis intervient sur demande de la commission des Affaires sociales de la Chambre. Il a été en particulier demandé au Conseil de se prononcer sur l'opportunité de rendre obligatoire l'article 9 de la CCT n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, comme cela est prévu dans la proposition de loi.

La présente saisine fait suite à une précédente demande d'avis adressée au Conseil le 8 janvier 2014 par Mme DE CONINCK, alors Ministre de l'Emploi, concernant la problématique de l'absence de réponse aux candidatures posées par les postulants dans le cadre de leur recherche d'un emploi.

II. POSITION DU CONSEIL

Le Conseil a examiné la présente demande d'avis avec la plus grande attention. Les travaux ont porté, notamment, sur l'opportunité de procéder à une modernisation de la convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs. L'éventualité d'une révision des articles 4 et 9 de ladite convention a été plus particulièrement envisagée.

A l'issue de leur réflexion, les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs ne sont toutefois pas parvenues à adopter de position unanime sur la proposition de loi soumise pour avis.

1. Position des membres représentant les organisations d'employeurs

Les membres représentant les organisations d'employeurs rendent un avis négatif sur la proposition de loi modifiant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi, en vue d'instaurer l'obligation de répondre aux postulants, telle que déposée par madame Meryame Kitir, monsieur Hans Bonte et madame Karin Jiroflée (ci-après « la proposition de loi »).

Les membres représentant les organisations d'employeurs conseillent fortement aux entreprises de répondre aux candidatures dans un délai raisonnable. C'est une question, à la fois, de politesse et de respect. La proposition de loi va cependant beaucoup plus loin. Elle a un champ d'application particulièrement large et est, de plus, formulée de manière imprécise.

Selon la proposition de loi, l'employeur devra informer, par écrit et dans les 30 jours civils, chaque personne qui pose sa candidature par écrit ou oralement, de « la décision prise à son encontre ». Il est possible de déduire de ce texte que la décision porte uniquement sur la question de savoir si la candidature a ou non été retenue (en vue de la suite de la sélection et/ou d'une entrée en service), mais il ressort de l'exposé des motifs qu'il s'agit d'une obligation de motivation : « Une explication de la raison pour laquelle la candidature d'un demandeur d'emploi n'a pas été retenue est particulièrement instructive en ce qu'elle lui permet d'être plus efficace, à l'avenir, dans la recherche d'un emploi. »

La proposition de loi accorde ensuite au postulant un « droit d'action » devant le tribunal du travail dans les six mois. Il n'est pas précisé sur quoi porte cette action : s'agit-il de forcer l'employeur à rendre une réponse sur la question de savoir si la candidature a ou non été retenue (ce qui devrait être évident d'ici le moment où le tribunal rend son jugement), de déterminer une indemnisation pour l'absence de réponse à une candidature écrite ou orale, de forcer l'employeur à rendre une motivation quant au fait qu'il a ou non retenu la candidature, ou s'agit-il d'autre chose encore ?

Finalement, il est prévu que l'employeur, ses préposés ou mandataires qui ne respectent pas les obligations précitées, ainsi que tous ceux qui au nom de ceux-ci ne respectent pas ces obligations, peuvent être punis d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 26 à 500 euros (à multiplier par six en raison des décimes additionnels) ou d'une de ces peines seulement.

Les membres représentant les organisations d'employeurs ne peuvent absolument pas souscrire à cette disposition. Ils renvoient à l'article 9 de la CCT n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, qui prévoit que « Les candidats qui répondent aux exigences de la fonction mentionnées dans l'offre d'emploi mais dont la candidature n'a pas été retenue, sont informés par l'employeur, dans un délai raisonnable et par écrit, de la décision prise à leur égard. » Cet article a un champ d'application plus limité que la proposition de loi. Néanmoins, les organisations qui ont négocié la CCT à l'époque n'ont sciemment pas demandé de le rendre obligatoire. Elles estimaient qu'une obligation de politesse imposant de répondre à un postulant ne devait pas être sanctionnée par des sanctions pénales¹.

Cette considération – selon laquelle il ne serait pas proportionnel de sanctionner pénalement le respect d'une obligation de politesse – est encore plus pertinente aujourd'hui qu'à l'époque où la CCT n° 38 a été conclue, voici plus de 30 ans.

En 1983, les postulants posaient leur candidature au moyen d'une lettre de candidature manuscrite, en y joignant un CV. Cela demandait beaucoup de temps et d'énergie. Depuis lors, les techniques de candidature ont fortement évolué. Les candidatures se font à présent au moyen de lettres types, de courriels types, qui peuvent être envoyés à des dizaines de destinataires d'un simple clic de souris. Les postulants posent également de plus en plus souvent leur candidature au moyen de systèmes en réseau (sites web, LinkedIn, Facebook, Twitter). Avec le progrès technique, l'état d'esprit des postulants a lui aussi changé. Ils posent leur candidature de manière large, afin d'atteindre le plus grand nombre possible d'employeurs potentiels. Tout va vite. Les candidats n'attendent pas que l'on réponde à chacun de leurs messages. L'absence de réponse est l'équivalent, pour eux, d'une réponse négative.

En conséquence, le nombre de candidatures par poste vacant et le nombre de candidatures spontanées ont fortement augmenté par rapport à l'année 1983. Certaines grandes entreprises reçoivent jusqu'à 6.000 candidatures par mois. Les petites et grandes entreprises reçoivent facilement des dizaines de candidatures pour un poste vacant, parfois de la part de candidats qui répondent quelque peu aux exigences, souvent de la part de candidats qui ne satisfont pas du tout aux conditions.

¹ L'ancien article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires prévoyait en effet une sanction pénale pour l'employeur, ses préposés ou mandataires coupables d'infraction à une CCT rendue obligatoire. Cet article 56 a depuis lors été abrogé. Depuis le 1^{er} juillet 2015, l'employeur qui, en contravention à la loi du 5 décembre 1968, a commis une infraction à une CCT rendue obligatoire (qui n'est pas déjà sanctionnée par un autre article du Code pénal social), est puni d'une sanction de niveau 1.

Les employeurs fournissent d'importants efforts afin de répondre à toutes ces candidatures, mais il reste déraisonnable d'imposer une obligation de résultat à cet égard.

- Toutes les entreprises ne sont pas équipées (en personnel et en moyens) pour répondre à chaque candidature. Dans ce cadre, il faut tenir compte du fait que toutes les « candidatures » posées par le biais par exemple de LinkedIn, de Facebook ou sur un bout de papier manuscrit ne répondent pas nécessairement à un poste vacant concret et ne sont pas toujours rédigées de manière aussi sérieuse.
- Il faut accorder une attention particulière à la situation des PME, dans lesquelles c'est soit le chef d'entreprise (73 %) ou son ou sa partenaire (9,5 %) qui est responsable de la politique de recrutement et du personnel². Elles ne disposent ni du personnel nécessaire, ni des budgets nécessaires pour confier cette politique à des professionnels des ressources humaines. Ces chefs d'entreprise (ou leurs partenaires) n'ont pas de formation spécifique en matière de politique du personnel. C'est un aspect secondaire de leur travail, qui tourne principalement autour de l'activité centrale de l'entreprise.
- Les entreprises comptant beaucoup de fonctions de base (des emplois demandant peu de qualifications) ou d'emplois très convoités, de contrats de courte durée, mais aussi les entreprises de travail intérimaire ont une multitude de candidatures à traiter. Répondre à chaque candidat non retenu (ou parfois le simple fait d'introduire dans le système tous les destinataires) est parfois mission impossible.
- Une candidature peut se perdre ou passer inaperçue (il suffit de penser, par exemple, à un message par courriel).
- Certains candidats déposent de fausses candidatures pour démontrer qu'ils sont en recherche active d'emploi (fausses candidatures).

Bien que les organisations d'employeurs encouragent et soutiennent les entreprises afin qu'elles apportent une réponse à tous les postulants, il est donc possible que certains postulants ne reçoivent aucune réponse. Il serait disproportionné de sanctionner ces imprécisions ou oublis par des sanctions pénales (ou, dans des propositions alternatives, des sanctions civiles), et, de plus, cela aurait un fort effet dissuasif sur les employeurs potentiels à l'égard des futurs recrutements et d'une publication large des postes vacants.

² Enquête sur la politique de recrutement des PME, Unizo, 2014.

Finalement, les membres représentant les organisations d'employeurs souhaitent encore formuler les remarques suivantes.

a) Une obligation de motivation serait draconienne

Comme ils l'ont indiqué ci-avant, les membres représentant les organisations d'employeurs jugent qu'il ne ressort pas clairement de la proposition de loi si elle impose à l'employeur d'informer le postulant sur le fait que sa candidature a ou non été retenue (pour des entretiens complémentaires et/ou l'éventuelle entrée en service), ou s'il s'agit d'une obligation de motivation (comme il ressort de l'exposé des motifs).

Ces membres soulignent que la motivation écrite des raisons pour lesquelles une candidature n'a pas été retenue n'est certainement pas une pratique actuelle. Parfois, les postulants demandent des explications orales sur les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus. Il s'agit la plupart du temps de postulants qui étaient loin dans la procédure de sélection, mais qui n'ont finalement pas été sélectionnés³. Une obligation de motivation écrite entraînerait donc un alourdissement important des charges administratives qui sont liées à l'ouverture d'un poste. Il va de soi que commencer à inventorier les insuffisances des candidats, sans blesser inutilement et sans démotiver, est un exercice délicat (et donc chronophage). En outre, les motifs invoqués peuvent aussi donner lieu à des discussions et des contestations, ce qui rendra l'employeur d'autant plus prudent. Cette surcharge administrative aura un effet dissuasif à l'égard des employeurs potentiels. D'aucuns renvoient à la CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement. Cependant, les liens entre un employeur et son travailleur ne sont pas comparables aux liens entre un employeur potentiel et les nombreux candidats qui se présentent et qui n'ont aucun lien contractuel avec l'entreprise. De plus, les travailleurs, et en particulier ceux qui sont licenciés, constituent un groupe très limité, alors que les candidats peuvent être très nombreux. Il faut aussi signaler dans ce cadre que la CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement prévoit seulement, à l'heure actuelle, que l'employeur doit communiquer les motifs concrets qui ont conduit au licenciement lorsque le travailleur lui-même en fait la demande par lettre recommandée. Une obligation générale de motivation dans le cadre du recrutement aboutirait à la situation absurde où le simple fait de ne pas retenir une candidature serait administrativement plus lourd que le licenciement d'un travailleur sous contrat de travail à durée indéterminée.

³ L'article 4 de la CCT n° 38, qui prévoit que le candidat qui est soumis au « contrôle en matière de chômage » et qui participe à une épreuve de sélection, peut demander à l'employeur une attestation « mentionnant les date et heure auxquelles il s'est présenté ainsi que, le cas échéant, le motif pour lequel il n'a pas été engagé », est actuellement inusité, notamment parce que le « contrôle en matière de chômage » n'existe plus.

b) Il y a des interrogations quant aux effets de la réponse obligatoire sur le marché du travail

Les auteurs de la proposition de loi citent comme principale motivation le fait que l'absence de réponse décourage le demandeur d'emploi.

- Les membres représentant les organisations d'employeurs soulignent toutefois que la majorité des employeurs fournissent bel et bien une réponse aux postulants qui posent leur candidature pour un poste vacant concret. Lorsqu'un demandeur d'emploi ne reçoit presque jamais aucune réponse à ses candidatures, cela peut aussi être considéré comme le signe que la méthode et le texte qu'il utilise pour poser sa candidature devraient être soumis à un examen approfondi par les services régionaux de l'emploi ou que la candidature ne correspond pas aux exigences de base de l'emploi vacant, suite à quoi elle semble peu crédible ou fausse.
- Il est permis de se demander si une multitude de réponses standards annonçant que la candidature n'a pas été retenue aurait, quant à elle, un effet encourageant sur le demandeur d'emploi.
- Lorsque la proposition de loi va au-delà de l'imposition d'une réponse standard, la lourdeur de l'effort demandé à l'employeur n'est pas proportionnelle à l'effet encourageant limité sur le demandeur d'emploi.

c) Le délai de 30 jours est trop court

La proposition de loi prévoit un délai de réponse de 30 jours. Les membres représentant les organisations d'employeurs soulignent cependant que de nombreuses procédures de sélection ne sont pas achevées en 30 jours. Dans de nombreux cas, les postulants ont la possibilité de poser leur candidature pendant quelques semaines, après quoi les premiers entretiens commencent, suivis par une deuxième série, puis éventuellement une évaluation, etc. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 9 de la CCT n° 38 parle d'un « délai raisonnable ».

d) Judiciarisation de la procédure de recrutement

L'introduction d'un droit d'action (mal défini) devant le tribunal du travail et de sanctions pénales fait craindre aux membres représentant les organisations d'employeurs que cela n'aboutisse à une judiciarisation du processus de recrutement et à un excès de procès, avec des conséquences néfastes pour la fluidité de l'accession au marché du travail.

2. Position des membres représentant les organisations de travailleurs

Les membres représentant les organisations de travailleurs constatent que la proposition de loi part du constat que les demandeurs d'emploi sont souvent découragés par le fait qu'ils n'ont aucune réaction de la part des employeurs potentiels concernant les candidatures qu'ils ont posées. Leur comportement de recherche risque dès lors de devenir moins actif. Une explication du motif pour lequel la candidature d'un demandeur d'emploi n'a pas été retenue est particulièrement instructive, en ce qu'elle lui permet d'être plus efficace, à l'avenir, dans la recherche d'un emploi. En outre, il est totalement injustifiable que les postulants demeurent dans l'incertitude la plus totale en ce qui concerne la suite donnée à leur candidature. Selon les constatations des auteurs de la proposition de loi, les demandeurs d'emploi se plaignent fréquemment du fait que les employeurs ne se donnent même pas la peine de répondre à une candidature écrite ou électronique.

Les membres représentant les organisations de travailleurs souscrivent pleinement aux constatations des auteurs de la proposition de loi. L'existence de la CCT n° 38, qui impose en son article 9 une obligation de réponse aux employeurs, n'a pas pu résoudre ce problème sociétal. L'article en question n'est qu'une disposition obligatoire. Seuls les six premiers articles et l'article 19 de ladite CCT ont été rendus obligatoires par arrêté royal. Cette CCT n'apporte dès lors aucune aide au postulant lorsque les employeurs refusent de respecter l'engagement des organisations d'employeurs de défendre cette ligne de conduite à l'égard de leurs membres.

Pour les membres représentant les organisations de travailleurs, il est important que l'obligation de réponse soit rendue plus contraignante que ce n'est le cas actuellement dans la CCT n° 38, en prévoyant le droit légalement ou réglementairement exécutoire à une réponse pour chaque postulant. Il n'est pas important dans ce cadre que le postulant ait bénéficié d'une formation supérieure ou n'ait bénéficié d'aucune formation. Chaque postulant qui pose sa candidature pour un poste vacant et qui remplit les exigences de la fonction, telles que mentionnées dans l'offre d'emploi en question, doit avoir droit à une réponse dans un délai raisonnable mais bien défini, et ce, quelle que soit la taille de l'entreprise auprès de laquelle il postule. Il est préférable que la réponse soit donnée selon la même forme que celle utilisée pour la candidature. À présent que de nombreuses candidatures se font au moyen d'applications en ligne, cela ne peut pas en soi constituer un obstacle empêchant les employeurs de donner une réponse personnelle, de manière ciblée et motivée, au postulant. La réponse doit indiquer pourquoi le candidat n'a pas été retenu. Cela doit se faire dans des termes compréhensibles et dans un délai raisonnable mais bien défini. Dans des situations exceptionnelles, si une grande quantité de candidatures pour une offre d'emploi déterminée est attendue, il est possible de déroger au délai bien défini à condition que ce soit annoncé expressément, de manière bien définie et à l'avance dans l'offre d'emploi publiée. Le délai à respecter par l'employeur pour donner une réponse au postulant doit dans ce cas être indiqué très précisément dans les conditions de l'offre d'emploi. Une disposition dérogatoire qui est de nature à manifestement vider de sa substance le droit à une réponse peut être considérée comme nulle.

Les membres représentant les organisations de travailleurs ne jugent pas opportun que les employeurs ou leurs mandataires ne soient pas tenus de répondre aux candidatures qui concernent des offres d'emploi pour des postes à durée déterminée. Ils ne jugent pas non plus approprié qu'il n'y ait pas d'obligation de réponse pour des offres d'emploi pour lesquelles aucune expérience ou formation spécifique n'est requise.

Les membres représentant les organisations de travailleurs sont d'avis qu'il faut aussi pouvoir sanctionner l'absence de réponse aux candidatures.

Ils jugent que la sanction encourue par les employeurs potentiels doit être de nature à renforcer la responsabilité des employeurs dans l'activation du marché du travail. Une sanction adaptée pourrait ainsi être la perte des réductions groupe cible régionales et des réductions ONSS structurelles pour ne pas avoir répondu de manière répétée aux candidatures ciblées. Le contrôle de cet élément peut être confié tant aux services régionaux de l'emploi qu'à l'Inspection des lois sociales.

Les membres représentant les organisations de travailleurs considèrent que la charge de la preuve de la réponse donnée aux candidatures ciblées doit incomber aux employeurs. Dès que le postulant, qui est resté sans nouvelle de l'employeur recrutant, peut démontrer qu'il remplissait les exigences de la fonction qui sont mentionnées dans l'offre d'emploi et qu'il a postulé dans les délais qui y sont déterminés et de la manière qui y est spécifiée, il doit être question de renversement de la charge de la preuve.

Les membres représentant les organisations de travailleurs jugent qu'une obligation de réponse de ce type doit faire partie d'une stratégie globale visant à renforcer les droits des postulants dans le cadre du recrutement et de la sélection et à garantir l'égalité de traitement.

Cette stratégie doit contenir, outre le renforcement du caractère impératif de l'obligation de réponse, les éléments suivants :

En premier lieu, les membres représentant les organisations de travailleurs sont d'avis qu'il faut étudier plus avant l'utilisation d'instruments de recrutement innovants, tels que, notamment, la possibilité de postuler de manière anonyme, et ce, de préférence, dans une version en ligne automatisée.

En deuxième lieu, ces membres estiment qu'un traitement correct des candidatures de demandeurs d'emploi, mettant l'accent sur les compétences requises et la reconnaissance de toutes les compétences, quels que soient l'endroit et la manière dont elles ont été acquises, peut contribuer à l'élimination des nombreuses discriminations qui ont lieu dans le cadre du recrutement.

En troisième lieu, ces membres considèrent qu'il n'est pas permis aux employeurs de publier des offres d'emploi fictives ou de formuler des exigences irréalistes dans leurs offres d'emploi.

Les exigences de la fonction ne peuvent concerner que les compétences requises, mais si l'on constate que les compétences demandées tendent à la recherche du postulant qui n'existe pas, cela doit en soi aussi être passible de sanctions. L'ouverture prolongée de certaines offres d'emploi peut en être une indication.

Les membres représentant les organisations de travailleurs sont dès lors d'avis qu'une initiative législative sera requise en la matière, et qu'il faudra pour cela prendre en considération les éléments précités.
