

## **B) L'application du régime juridique**

### **1) Le régime du salarié**

Régime juridique de droit privé qui se différencie des autres régimes d'une part par ses conditions d'accès, d'autre part par les droits et obligations des cocontractants.

#### **a) Les conditions d'accès**

L'accès au régime de salarié se fait par la signature d'un contrat de travail qui découle d'un processus de recrutement réglementé.

##### **- Première condition : respecter les principes du recrutement**

En principe, l'employeur est libre d'embaucher le candidat de son choix (Liberté d'entreprendre), en pratique, il ne peut pas faire n'importe quoi.

La liberté d'embauche est encadrée par 3 principes :

- **La non-discrimination** : une candidature ne peut être écartée du fait de certains critères (sexe, âge, appartenance syndicale..).

L'employeur ne doit pas pratiquer de discriminations lors de l'embauche d'un candidat (l'interdiction des discriminations vise aussi l'exécution et la rupture du contrat de travail).

En effet, selon la loi, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation de l'entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distributions d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, à une nation ou à une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de son état de santé ou de son handicap ».

Lorsqu'un candidat a été victime d'une discrimination, lors de l'embauche, l'employeur peut être sanctionné pénalement, il encourt 3 ans de prison et 45 000 euros d'amende.

Le rôle de la HALDE (la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) est très important en matière de discrimination. Elle dispose de nombreux moyens pour constater une discrimination.

- **La pertinence** : Les informations demandées au candidat à un emploi doivent avoir pour finalité d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi à pourvoir ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Dans le cas de contestations, le conseil de prud'hommes examine l'existence du lien direct et nécessaire avec l'emploi à pourvoir par le candidat.

⇒ Les méthodes de recrutement doivent être pertinentes par rapport à l'emploi proposé.

- **La transparence / loyauté** : Le candidat à l'embauche doit être informé à l'avance des méthodes et techniques utilisées lors du recrutement.

Lorsque les informations demandées par le futur employeur sont pertinentes, le candidat est tenu d'y répondre de bonne foi.

L'employeur doit informer le candidat des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard,

- ⇒ aucune information personnelle ne peut être collectée sans que le candidat ait été préalablement informé.

Il est interdit de collecter ou de conserver des données nominatives qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales, les informations relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes (contrôle de la commission nationale informatique et libertés).

L'employeur peut être pénalement sanctionné en cas de violation de ces règles légales.

L'employeur doit informer par ailleurs le comité d'entreprise, préalablement à leur utilisation, des méthodes ou techniques d'aide au recrutement ainsi que de toute modification de celles-ci.

#### **Autres restrictions à la liberté d'embauche liées à la personne du salarié (exemples non exhaustifs)**

- ⇒ Un employeur ne peut pas embaucher des travailleurs étrangers extracommunautaires qui ne possèdent pas un titre les autorisant à exercer une activité salariée en France.
- ⇒ Un employeur ne peut pas embaucher un enfant de moins de 16 ans.
- ⇒ L'employeur a l'obligation d'embaucher des handicapés dans la proportion de 6% de l'effectif si l'entreprise compte au moins 20 salariés.
- ⇒ Il doit accorder la priorité de réembauchage des salariés licenciés pour cause économique.

- **Deuxième condition : respecter le contrat de travail**

**« Convention par laquelle une personne (le salarié) s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre (l'employeur), sous la subordination juridique de laquelle elle se place, moyennant rémunération ».**

**3 caractéristiques déterminantes :**

- ⇒ **Une activité (prestation de travail)**
- ⇒ **Une rémunération**
- ⇒ **Un lien de subordination.**

Si ces 3 conditions ne sont pas réunies, il ne s'agit pas d'un contrat de travail.

Le contrat de travail est soumis au **principe de bonne foi** dans son exécution comme dans sa conclusion :

- Le salarié est tenu à une obligation de collaboration et à une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur.
- L'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. Il est tenu d'une obligation de reclassement en cas de suppression, de modification d'un emploi.

L'employeur ne doit pas faire un usage abusif des clauses qui figurent au contrat (Ex. : clause de mobilité modifiant le lieu de travail du salarié ou clause de non concurrence interdisant au salarié de concurrencer l'employeur après la rupture du contrat de travail).

### Les différentes catégories du contrat de travail

- **CDI** : Contrat à durée indéterminée
  - **CDD** : Contrat à durée déterminée
  - **CTT** : Contrat de travail temporaire ou contrat intérimaire, l'intérimaire conclut un contrat de mission avec une entreprise de travail temporaire. Un contrat de mise à disposition est conclu entre l'entreprise d'intérim et l'entreprise qui utilise l'intérimaire.
- ⇒ CDD et CTT sont autorisés dans des cas précis : l'entreprise fait face à un surcroît d'activité ou doit remplacer un salarié absent. La durée maximale prévue est de 18 mois. Le remplacement de salariés grévistes ou l'exécution de travaux dangereux sont interdits par la loi.
- **Le contrat d'apprentissage** : accessible aux jeunes de moins de 26 ans. Il peut être signé pour une durée de 6 mois à 3 ans dans les entreprises et la fonction publique. Destiné à la poursuite d'études et à l'obtention de diplômes.
  - **Le contrat de professionnalisation** : permet de suivre des formations qui apportent une qualification sur un métier. Concerne les jeunes de 16 à 25 ans qui ont renoncé aux études. Les conditions de travail sont les mêmes que pour les salariés permanents.

### **Les conditions de validité du Contrat de travail**

#### - **Condition de fond**

En tant que contrat, **les conditions du droit commun des obligations<sup>1</sup>** vont s'appliquer à savoir:

- **Un consentement « libre et éclairé »**: le consentement ne doit pas être entaché de vices (dol, erreur ou violence).
  - **Un contenu licite et certain**: conforme à l'ordre public et déterminé ou déterminable.
  - **La capacité** (sous réserve pour les mineurs non émancipés de l'autorisation de ses parents).
- **D'autres conditions sont venues réglementées la matière :**
- Si l'employeur a ratifié une **convention collective**, le contrat de travail doit en respecter l'application,
  - En principe, **le contrat de travail doit être écrit**, le CDI peut exceptionnellement ne pas découler d'un écrit (ex. : Transformation automatique d'un CDD).
    - Principe issu du droit communautaire,
    - **Condition de forme.**

---

<sup>1</sup> Réformé en 2016 fondamentalement.

## Les clauses contractuelles

Il y a des clauses générales, qui doivent être présentes dans tous les contrats, mais aussi des clauses particulières qui découlent de la volonté contractuelle de l'employeur et qui ne sont pas automatiques.

### Les clauses générales

- Lieu de travail
- Grade du salarié
- Date de début et fin de contrat
- Description sommaire des tâches
- Poste
- Éléments de rémunération
- Périodicité de la paye
- Durée de travail
- Référence à la convention collective applicable
- Référence au règlement intérieur

### Les clauses particulières

#### - La clause de mobilité dans un contrat de travail

Elle autorise l'employeur à modifier le lieu de travail du salarié.

Cette clause est valable à trois conditions :

- Répondre à l'intérêt de l'entreprise
- Ne pas modifier à la baisse la rémunération du salarié
- Préciser une zone géographique précise

#### - La clause de non concurrence dans un contrat de travail

Elle interdit au salarié de concurrencer l'employeur après la rupture du contrat.

Cette clause est soumise à trois conditions :

- Répondre aux intérêts légitimes de l'entreprise,
- Être limitée dans le temps et dans l'espace,
- Comporter une contrepartie financière non dérisoire.

#### - La clause de dédit de formation

Elle permet à l'employeur d'exiger du salarié le remboursement des frais de formation en cas de rupture du contrat.

Cette clause est valable à trois conditions :

- Ecrite
- Cas des licenciements pour faute lourde ou grave
- Cas de démission

#### - La clause d'exclusivité interdit au salarié de cumuler son emploi avec une autre activité professionnelle, salariée ou non.

Cette clause est valable à trois conditions :

- Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise,
- Justifiée par la nature de la tâche,

- Proportionnée au but recherché.

La clause d'exclusivité peut également être prévue directement dans la convention collective. Dans ce cas, l'employeur doit informer le salarié sur ce sujet.

- **La clause de garantie d'emploi**

La clause de garantie d'emploi est une clause par laquelle l'employeur s'engage à ne pas rompre le contrat de travail du salarié pendant un certain temps.

=> Si l'employeur ne respecte pas la clause de garantie d'emploi, il devra payer au salarié concerné les salaires restant dus jusqu'à l'issue de la garantie d'emploi.

- **Les autres clauses existantes**

- **La clause de cession**, qui offre la possibilité au salarié de mettre fin à son contrat de travail tout en imputant la rupture sur l'employeur dans lorsque l'entreprise change de propriétaire ;

- **La clause d'indivisibilité** qui prévoit qu'un contrat est indissociable d'un autre contrat (par exemple le contrat de travail du conjoint si le couple travaille dans la même entreprise) et que la résiliation d'un contrat entraîne la résiliation de l'autre ;

- **La clause de responsabilité financière** permet d'imputer sur le salarié les dommages et intérêts subis par l'entreprise en cas de fautes lourdes de ce dernier,

- **La clause de participation au chiffre d'affaires réalisé par le salarié**, qui consiste à compléter le salaire fixe par un variable dont le montant est calculé sur le chiffre d'affaires apporté par le salarié.