

LES RÉGIMES JURIDIQUES DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE

“Les principes communautaires et constitutionnels affirment le droit d'accès à une activité professionnelle. Le choix de cette activité entraîne l'application d'un ou de plusieurs régimes juridiques. Quel que soit le régime, l'accès à l'activité est encadré par le législateur. Chaque régime confère des droits et assujettit à des obligations. L'exercice d'une activité professionnelle nécessite de la part de l'individu de choisir un régime juridique de travail en fonction de critères qui lui sont personnels, notamment la stabilité de l'emploi, l'indépendance, la rémunération, la protection sociale et le risque...”

Objectifs du référentiel

L'objectif de l'étude des différents régimes juridiques du travail est de montrer :

- Que la relation de travail peut s'inscrire soit dans un contexte de subordination juridique à l'égard d'un employeur privé ou public, soit dans un contexte d'indépendance ;
- Que les spécificités de chacun d'eux s'analysent en référence à l'intérêt général ou à l'intérêt de l'entreprise.

Compétences attendues par le référentiel

- Identifier les différents régimes juridiques d'exercice de l'activité professionnelle et leurs effets dans une situation donnée
- Apprécier l'opportunité du choix d'un statut dans une situation donnée
- Analyser tout ou partie d'un engagement professionnel
- Vérifier la légalité des formalités et des conditions d'accès à une profession et d'une procédure de recrutement

Mots-clefs

- Liberté d'établissement, liberté de circulation, liberté d'entreprendre, liberté de travail, droit à l'emploi

“Le droit d'accès à une activité professionnelle, autrement dit le travail, est affirmé par des principes communautaires et constitutionnels. Cependant, en pratique, ils demeurent relatifs : en effet, par exemple, le droit d'obtenir un emploi est à concilier avec la liberté d'entreprendre qui permet à l'employeur de choisir ses collaborateurs, par exemple.”

Des principes communautaires et constitutionnels

Les principes communautaires

Les principes communautaires sont définis comme le cadre juridique commun à l'Union européenne.

- La **liberté d'entreprendre et d'établissement** recouvre la liberté d'accéder et d'exercer toute activité indépendante non salariée, qu'elle soit économique, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ainsi que la liberté de concurrence. Cela implique le droit de créer et/ou gérer une entreprise en vue d'exercer une activité permanente aux mêmes conditions que celles énoncées par le droit de l'État membre d'établissement pour ses propres ressortissants.
- La **libre circulation des travailleurs** est l'une des libertés fondamentales garanties par le droit communautaire. Elle implique pour tout citoyen de l'Union européenne le droit de chercher un emploi, de travailler dans n'importe quel État membre de l'Union européenne et ce, sans discrimination de nationalité. Cela implique que l'employeur ne peut pas préférer un travailleur de son propre pays.
- Le **principe d'égalité de traitement** vise l'accès à l'emploi, les conditions de travail et tous les autres avantages pouvant contribuer à faciliter l'intégration du travailleur dans l'État membre d'accueil. Il prévoit que le travailleur européen travaillant dans un autre État membre de l'Union européenne que le sien doit être traité de la même façon que les travailleurs nationaux pour toutes les conditions de travail (recrutement, licenciement, rémunération, formation, etc.).

Les principes constitutionnels

Les principes constitutionnels sont ceux prévus par le bloc de constitutionnalité, qui regroupent l'ensemble des normes constitutionnelles, soit notamment le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958.

- Le **droit au travail / droit à l'emploi** implique que chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.
- La **liberté de travail** recouvre la liberté de travailler ou de ne pas travailler, c'est-à-dire de refuser un emploi.

◆ Des principes relatifs : les restrictions légales

Ces principes sont néanmoins limités par la loi.

- Les **mineurs** de moins de 16 ans ne peuvent pas travailler.
- Pour les activités participant à l'exercice de **l'autorité publique** (exemple : magistrat, policier, etc.), il est interdit pour des individus non titulaires de la nationalité du pays d'accéder au poste.
- En France, pour exercer une activité **commerciale**, il faut être majeur et ne pas être frappé de certaines condamnations pénales.
- Le **recrutement** d'un salarié, laissé à la libre discrétion de l'employeur, implique néanmoins des règles bien précises, notamment quant à l'interdiction de la **discrimination à l'embauche**. Il s'agit, pendant la phase de **recrutement**, de prohiber toute forme de discrimination fondée sur des éléments extérieurs au travail (*exemple : sexe, apparence physique, nationalité, vie privée, etc.*). Ceci permet de **promouvoir l'égalité des chances** entre les différents candidats à l'emploi.

Mots-clefs

- Contrat de travail, droit du recrutement, droits et obligations du salarié de droit privé

Le droit du recrutement

Le recrutement est **l'opération destinée à embaucher une personne sur un poste à pourvoir**.

L'offre d'emploi

L'employeur est libre d'embaucher toute personne de son choix en publiant des **offres** d'emploi **par tout moyen de communication accessible au public**, dès lors que l'offre est **datée, rédigée en français et correspond à un emploi effectivement disponible** (créé ou ouvert).

L'offre d'emploi ne doit pas contenir de limite d'âge maximale ou minimale, ni d'allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur sur l'emploi.

Le respect des libertés individuelles et droits fondamentaux lors de l'embauche

- **Le principe de non-discrimination : l'égalité de traitement**

L'employeur peut recruter le candidat de son choix, s'il ne commet pas de **discrimination**.

Le Code du travail énumère les motifs considérés comme discriminatoires. Il est ainsi interdit de tenir compte de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la situation de famille, des caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du patronyme ou de l'état de santé, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Toute discrimination reposant sur un de ces éléments est interdite et sanctionnée civilement et pénalement. Exceptionnellement, le sexe peut être précisé (*exemple : recrutement d'un mannequin femme ou homme*).

- **Les méthodes de sélection**

Le recruteur peut utiliser **différentes méthodes** pour sélectionner le candidat (ex. : entretien, test, essai professionnel, questionnaire). Le déroulement de l'entretien d'embauche est également libre.

Les **questions** que peut poser l'employeur doivent être pertinentes et en lien direct avec le poste et les capacités professionnelles du candidat (art. L. 1221-6 du Code du travail). Ainsi, l'employeur ne peut pas poser de questions personnelles, sans lien avec le poste.

La **collecte des informations** doit être loyale, c'est-à-dire qu'avant d'y être soumis, le candidat doit être informé des méthodes et techniques d'aide au recrutement qui seront utilisées à son égard (*exemple : but des tests, examen graphologique de la lettre de motivation, etc.*).

Le candidat à un emploi a aussi des obligations (*par exemple, répondre de bonne foi aux informations demandées, confidentialité et fiabilité, etc.*).

Si ces principes ne sont pas respectés, le candidat à un emploi peut saisir le Conseil de Prud'hommes pour obtenir le versement de dommages-intérêts de la part de l'employeur.

● Le contrat de travail

Définition

La loi ne définit pas le contrat de travail, donc la jurisprudence le définit comme une convention par laquelle une personne, le salarié, met sa *force de travail* au service d'une autre personne, l'employeur, sous la *subordination* de laquelle elle se place, moyennant une *rémunération*.

Ainsi, trois éléments constitutifs du contrat de travail ressortent : la prestation de travail, la rémunération et la subordination juridique.

La loi ne définit pas le lien de subordination juridique, c'est donc la jurisprudence qui le définit comme le travail d'une personne sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de :

- Lui donner des ordres et des directives (*pouvoir de direction / d'instruction*)
- En contrôler l'exécution (*pouvoir de contrôle / surveillance*)
- En sanctionner les éventuels manquements (*pouvoir disciplinaire*)

Ce contrat devra respecter le droit du travail, que l'on trouve dans le Code du travail, et permet d'accorder au salarié un socle minimal de droits.

Droits et obligations des salariés

Les droits et les obligations du salarié résultent, d'une part, des dispositions légales et réglementaires concernant la relation individuelle de travail, et, d'autre part, des dispositions particulières insérées dans son contrat de travail. Par ailleurs, la jurisprudence a dégagé un certain nombre de principes et de règles qui viennent s'ajouter à ces dispositions.

• Les droits des salariés

Le salarié a des droits généraux : respect de sa vie personnelle, ne pas subir de discriminations, ni de harcèlement moral ou sexuel, droit d'expression, égalité des salaires, égalité entre hommes et femmes...

En outre, il a le droit de voir respecter les clauses de son contrat de travail. En effet, le contrat de travail ne peut pas être modifié librement puisqu'il fait loi entre l'employeur et le salarié.

• Les obligations des salariés

Le salarié est tenu d'exécuter consciencieusement le travail convenu, conformément aux ordres et aux instructions de l'employeur, en prenant soin du matériel qui lui est confié. Il a une obligation de moyen (et non de résultat).

Il doit réserver son activité à l'entreprise et ne se livrer à aucun acte de concurrence (c'est l'obligation de loyauté).

Il doit aussi respecter la loi, le contrat de travail et le règlement intérieur de l'entreprise.

Les différentes formes de contrat de travail

- **Le contrat à durée indéterminée (CDI)**

Selon l'article L. 1221-2 du Code du travail (depuis une loi de 2008), le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail.

Sous réserve de la période d'essai, ce contrat est conclu sans limitation de durée. L'une ou l'autre des parties peut y mettre fin à tout moment, sous réserve du respect d'un préavis réciproque.

C'est le seul contrat qui n'a **pas à être écrit**, s'il est conclu à temps complet et sans clause particulière (période d'essai, non-concurrence, mobilité, etc.). L'employeur aura l'obligation de remettre la déclaration préalable à l'embauche et les fiches de paie.

- **Le contrat à durée déterminée (CDD)**

Le CDD est un contrat obligatoirement écrit qui doit mentionner les tâches pour lesquelles il est conclu, le cas de recours, le terme du contrat, la rémunération et la convention collective applicable (*clauses obligatoires*).

Le CDD est un contrat conclu entre un employeur et un salarié pour un certain délai fixé à l'avance.

Les cas de recours sont les suivants : remplacement d'un salarié absent (maladie, formation, congés, maternité,...), accroissement temporaire d'activité, accomplissement d'une tâche occasionnelle, emploi saisonnier (*CDD saisonnier*) ou pour lequel il n'est pas d'usage de recourir à un CDI (*CDD d'usage*).

Le CDD peut être renouvelé une fois pour une durée éventuellement supérieure à celle de la période initiale, sans excéder 18 mois, sauf cas particuliers (*peut aller jusqu'à 24 mois*). En cas de remplacement d'un salarié absent, le CDD est conclu avec un terme imprécis et sa durée maximale correspond à la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu.

Pendant la durée du contrat, le salarié a les mêmes droits et avantages que les autres salariés de l'entreprise titulaires d'un CDI.

Si, à la fin du CDD, le salarié n'est pas embauché définitivement par l'entreprise, il a droit à une indemnité de précarité (10 % du montant de la rémunération brute perçue pendant la durée du contrat), destinée à compenser la précarité de sa situation.

Enfin, après le terme prévu, si le salarié est toujours dans l'entreprise, le contrat devient à durée indéterminée.

- **Le contrat de travail temporaire (CTT)**

Le CTT, ou contrat de mission, est conclu entre une entreprise de travail temporaire (l'agence d'intérim) et un salarié (l'intérimaire).

L'agence d'intérim embauche et rémunère l'intérimaire en le mettant à la disposition provisoire et sous le contrôle de l'entreprise utilisatrice. Un contrat de travail lie l'intérimaire à l'agence d'intérim et un contrat de prestation de services existe entre l'agence d'intérim et l'entreprise utilisatrice.

L'entreprise ne peut faire appel à un intérimaire que pour l'accomplissement d'une tâche précise et temporaire, la « mission », et seulement pour certains motifs inscrits au contrat :

- Le remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail, de l'attente de la suppression définitive du poste du salarié ayant quitté définitivement l'entreprise ou en cas d'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté par CDI afin de pourvoir le poste vacant ;
- Un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;
- Un emploi saisonnier ou pour lequel il n'est pas d'usage de recourir à un CDI.

Un terme est fixé et sa durée maximale, renouvellement compris, ne peut excéder 18 mois.

La rémunération ne peut être inférieure à celle que percevrait, dans la même entreprise, un salarié embauché en CDI, de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions.

À l'issue de chaque mission, une indemnité dont l'objectif est de compenser la précarité de cette situation est versée au salarié (10 % de la rémunération totale brute perçue au cours de la mission). Après le terme prévu, le contrat est requalifié en CDI.

• Les autres formes de contrat de travail

Le **contrat de travail à temps partiel** est un contrat qui prévoit une durée de travail inférieure à la durée légale ou conventionnelle (*exemple : 15 heures par semaine*). Obligatoirement écrit, il peut être à durée déterminée ou indéterminée.

En 2014, une réforme a prévu un temps partiel de travail de minimum 24 heures par semaine, sauf dérogations (l'embauche des jeunes de moins de 26 ans, des particuliers qui embauchent des personnes à domicile, sur demande expresse du salarié, notamment).

Le **contrat de professionnalisation** est destiné à favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle. Il est accessible à tous les jeunes de 16 à 25 ans ainsi qu'aux demandeurs d'emploi âgés de 26 ans et plus, sous la forme d'un CDD ou d'un CDI, par l'acquisition d'une qualification. Il est d'une durée minimale de 6 à 12 mois, pouvant être allongée à 24 mois pour les personnes sorties du système scolaire sans qualification professionnelle. L'employeur s'engage à assurer une formation délivrée par son entreprise ou un organisme de formation.

Le **contrat d'apprentissage** a pour but de donner à des jeunes travailleurs de 16 à 25 ans ayant satisfait à l'obligation scolaire, une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme de l'enseignement professionnel ou technologique.

Les clauses particulières/facultatives du contrat de travail

Employeur et salarié sont libres d'insérer dans le contrat de travail de nombreuses clauses, dès lors qu'elles sont licites et ne sont pas contraires à l'ordre public. Cependant, elles sont **obligatoirement écrites**.

La clause de mobilité et la clause de non-concurrence sont les plus fréquentes ; elles sont valables dès lors qu'elles sont justifiées par l'intérêt légitime de l'entreprise.

Cependant, la loi ne prévoit, ni ne réglemente ces clauses, c'est donc la jurisprudence qui les a autorisées et qui prévoit leurs conditions de validité. Ainsi, ces conditions ne sont pas figées, elles sont amenées à changer au gré des décisions jurisprudentielles, d'où une certaine insécurité juridique...

• La clause de mobilité

Elle signifie l'acceptation à l'avance par le salarié d'une éventuelle modification du lieu de travail (temporaire ou définitive) décidée par l'employeur.

Ainsi, la clause de mobilité permet à l'employeur de modifier le lieu de travail du salarié.

Ces conditions jurisprudentielles de validité sont les suivantes :

- Elle doit être motivée par l'intérêt de l'entreprise et ne doit donc pas s'apparenter à une sanction déguisée à l'encontre du salarié ;
- Elle doit être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise et doit être proportionnée au but recherché, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé au salarié ;
- Elle ne doit pas modifier la rémunération du salarié ;

- Un délai raisonnable doit être laissé au salarié entre l'annonce de la mutation et sa mise en œuvre effective (*délai volontairement flou pour laisser au juge apprécier chaque situation*);
- La clause doit s'appliquer à une zone géographique précise qui ne peut être modifiée unilatéralement par l'employeur.

ACTUALITÉ

Un arrêt de la Cour de cassation de juillet 2014 admet qu'elle n'a plus besoin d'être délimitée géographiquement, en admettant la validité d'une clause de mobilité qui prévoyait un changement de lieu de travail sur « toute la France ».

Lorsque ces conditions sont respectées, le salarié ne peut pas refuser l'application de la clause ; son refus constituerait une faute pouvant entraîner son licenciement.

Cependant, sa mise en œuvre par l'employeur, alors même que les conditions sont valables, peut être qualifiée d'abusive. En effet, l'employeur doit tenir compte de la situation familiale et personnelle du salarié et ne pas agir dans l'intention de lui nuire.

- **La clause de non-concurrence**

Il ne faut pas la confondre avec l'obligation de loyauté, qui s'applique pour tous les salariés *pendant* le contrat de travail.

La clause de non-concurrence est celle par laquelle le salarié ne pourra pas exercer certaines activités concurrentielles à son employeur, et ce *à la fin du contrat*.

Elle peut être imposée par la convention collective.

La jurisprudence a délimité ses conditions de validité :

- Elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- Elle ne peut pas avoir pour objet ou pour effet d'entraver la liberté de travail du salarié ;
- Elle est limitée dans le temps et dans l'espace ;
- Elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (*depuis 2002 seulement*) : cette contrepartie financière ne doit pas être « dérisoire », car elle vise à indemniser le salarié qui se trouve limité dans ses possibilités d'exercer un autre emploi ; cette indemnité ne peut être versée qu'après la rupture du contrat, et en principe, sous la forme d'un capital versé en une fois.