

Chapitre I

Les principes généraux de mise en œuvre

Quelle que soit la nature du contrat de travail mis en œuvre, certaines questions ou certains éléments sont communs à toutes les formes de contrats. Ce premier chapitre a pour objet de traiter de ces fondamentaux qui s'articulent autour des deux points suivants :

- la notion de contrat de travail et les conditions nécessaires à son existence ;
- les clauses du contrat de travail et les conditions générales de mise en œuvre.

I. LA NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL

Aussi étonnant que cela puisse paraître, il n'existe pas de définition légale du contrat de travail. Ce qui *a priori* ne pose pas de problème pour l'immense majorité des entreprises peut entraîner un véritable questionnement pour l'artisan qui un samedi se fait « donner un coup de main » par le fils d'un de ses amis, pour le particulier qui fait appel aux services d'un voisin plus bricoleur que lui ou encore pour le travailleur bénévole au sein d'une association caritative.

À partir de quel moment existe-t-il une relation de travail qui va présenter toutes les caractéristiques du contrat de travail accompagnée des droits, devoirs et obligations qui en découlent réciproquement ? La réponse vient de la jurisprudence définissant le contrat de travail

comme étant « *la convention par laquelle une personne s'engage à exécuter au profit d'une autre personne et sous sa subordination un travail moyennant rémunération* ».

A. Une triple condition

L'existence d'un contrat de travail est donc liée aux conditions d'exercice d'une activité. Trois conditions au moins doivent être réunies pour que l'exercice d'une activité soit considéré comme relevant de la notion de contrat de travail :

- l'existence d'une prestation de travail pour autrui ;
- le versement en contrepartie d'une rémunération ;
- un lien de subordination juridique caractérisé par le fait pour l'employeur d'exercer un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction.

Il découle de ceci que l'existence même du contrat de travail est indépendante de la volonté des parties. Dès lors que ces trois conditions sont réunies il y a de fait contrat de travail et ce même en l'absence de tout formalisme, en particulier en l'absence d'écrit.

La prestation de travail pour autrui

La prestation de travail pour autrui *doit être effective et réalisée directement au profit de l'employeur* sans quoi le contrat serait considéré comme fictif. Cette prestation peut se rapporter à des tâches de toutes natures : il peut aussi bien s'agir d'une prestation manuelle, qu'intellectuelle ou artistique. Toutefois, si la prestation pour autrui est à la base même de la relation de travail, elle reste insuffisante à elle seule pour caractériser un contrat de travail.

Le versement d'une rémunération

La prestation de travail *doit être assortie du versement d'une rémunération*. Cette rémunération peut prendre la forme du versement d'un salaire mais aussi peut être composée partiellement ou totalement d'avantages en nature. De même, cette rémunération peut comporter une part fixe et une part variable. Le niveau de rémunération est librement déterminé, dans le respect naturellement des minimums légaux (le SMIC) et conventionnels rapportés à une durée légale de travail. Toutefois, le seul versement d'une rémunération, au même titre que la prestation effective de travail, ne suffirait pas à caractériser l'existence même d'un contrat de travail.

Le lien de subordination

Le contrat de travail quelle que soit sa forme est principalement caractérisé *par le lien de subordination*. Le lien de subordination s'exprime à travers l'autorité, le contrôle et le pouvoir de décision que l'employeur va exercer vis-à-vis du salarié. Si par exemple il y a obligation de respect d'un horaire de travail ou d'application de directives le lien de subordination sera constitué.

La combinaison de ces trois éléments va caractériser l'existence même du contrat de travail. Ceci naturellement présente l'intérêt de permettre une différenciation avec d'autres types de relations de travail.

Nous retiendrons ainsi que les contrats suivants n'ont pas la nature de contrat de travail :

- Le contrat de prestation de service, qui est un contrat passé entre deux entreprises par lequel une personne ou une entreprise charge un entrepreneur de réaliser un ouvrage ou une prestation quelconque.

- Le contrat de sous-traitance par lequel un entrepreneur confie sous sa responsabilité à un sous-traitant tout ou partie de l'exécution d'un contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.
- La convention de mise à disposition par laquelle une société met à disposition d'une autre société l'un de ses salariés. Il s'agit alors de travail temporaire, thème qui sera ultérieurement abordé dans ce guide.
- Le contrat de stage correspondant au temps passé par une personne dans une entreprise dans le cadre d'un processus de formation ou d'insertion.
- Le travail bénévole qui correspond à l'exécution d'une prestation sans en attendre en contrepartie une rémunération.

Mais si ces contrats ne relèvent pas de la notion de contrat de travail, ils doivent être, à notre sens, intégrés comme étant un élargissement des possibilités de « relations de travail » sous un mode qui peut parfaitement convenir à des besoins et prestations ponctuels. Nous réexaminerons donc plus en détail les possibilités offertes par ce type de contrats dans la deuxième partie de ce guide.

En revanche, l'exercice de certaines professions entraîne de droit le statut de salarié. Ceci est le cas pour les professions suivantes :

- Les employés de maison, les assistantes maternelles, les concierges (art. L 771.1 du code du travail).
- Les travailleurs à domicile (art. L 721-1 du code du travail).
- Les conjoints d'artisans ou de commerçants travaillant avec leurs époux (ses) dans l'entreprise familiale (art. L 784-1 du code du travail).
- Et les VRP, journalistes, artistes de spectacles et mannequins.

En pratique, il est donc nécessaire de retenir que l'existence du contrat de travail est fondée sur la combinaison de trois éléments de preuve que sont l'activité pour autrui, la rémunération et le lien de subordination *et ce, même en l'absence de tout écrit*. L'absence de formalisme a naturellement

ses limites puisqu'en pratique elle ne concerne que les contrats de travail à durée indéterminée et à temps complet et ce sous certaines conditions sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement.

À retenir

Focus sur le travail clandestin

Nous attirons l'attention du lecteur sur un point crucial en matière de relations de travail, la question du travail clandestin, ou encore du travail « au noir ». L'article L 324-10 du code du travail précise :

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne physique ou morale qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :

a) N'a pas requis son immatriculation au répertoire des métiers ou, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés, lorsque celle-ci est obligatoire, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation ;

b) Ou n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L 143-3 et L 320.

La mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué constitue une dissimulation d'emploi salarié. »

Très clairement cela signifie que tout recours pour un artisan commerçant mais aussi pour un particulier à une forme de service quelconque assuré par une tierce personne à laquelle seraient données des instructions et entraînant le versement d'une rémunération (y compris bien sûr en liquide !) peut être assimilé à du travail clandestin si les déclarations nécessaires auprès des organismes sociaux n'ont pas été faites.

.../...

.../...

Cette notion de « travail dissimulé » s'applique aussi bien à l'employeur qu'au salarié. Les risques encourus, tant sur le plan pénal que sur le plan civil, sont extrêmement importants, en particulier en cas d'accident puisque le travail dissimulé entraîne l'absence de toute forme de protection sociale. Il est donc nécessaire de faire preuve d'une extrême vigilance, en particulier dans certaines activités très consommatrices de main-d'œuvre temporaire telles que l'hôtellerie, la restauration, le bâtiment, etc., ou encore lorsqu'en tant que particulier l'on a recours aux « services » d'une femme de ménage que l'on ne déclare pas...

B. Des engagements réciproques

La relation contractuelle de travail revêt un caractère synallagmatique : les contractants s'engagent l'un envers l'autre à exécuter leur obligation de bonne foi (art. L 120-4 du code du travail). Ceci suppose pour le salarié :

- l'exécution personnelle de la prestation de travail ;
- le respect des directives et l'exécution consciencieuse du travail ;
- le respect des dispositions légales et conventionnelles ;
- une obligation de loyauté et de discrétion.

L'obligation de loyauté n'est pas définie en tant que telle dans le code du travail. De fait l'obligation de loyauté prend sa source dans le code civil et « *interdit au salarié de développer directement ou indirectement pour son compte ou celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie pendant la durée de son contrat de travail, comme pendant la suspension de celui-ci* »¹. Dès lors qu'un salarié ne respecte pas cette obligation, quand bien même elle ne figurerait pas explicitement dans son contrat, la poursuite du contrat est considérée comme impossible et peut entraîner un licenciement pour faute grave ou lourde.

1. Réponse ministérielle n°12211, JO Ass. nat. du 24 août 1998.

Il en est de même pour l'obligation de discrétion. Même en l'absence de dispositions expresses dans son contrat, le salarié est tenu à une obligation de discrétion générale et spécifique en ce qui concerne les secrets professionnels dont il peut avoir connaissance. Le non-respect de cette obligation de discrétion peut justifier un licenciement pour faute grave et des condamnations pénales.

L'employeur, quant à lui, s'oblige à :

- Exécuter de bonne foi le contrat de travail.
- Fournir au salarié le travail convenu et lui permettre de le réaliser.
- Rémunérer le salarié au niveau convenu.
- Respecter les dispositions légales et conventionnelles en vigueur.
- Ne pas apporter aux libertés individuelles et collectives et aux droits des personnes des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché (art. L 120-2 du code du travail).
- Ne prendre aucune mesure discriminatoire à l'égard du salarié dans le déroulement de la relation de travail.
- Protéger le salarié contre le harcèlement sexuel et moral (art. L 122-46 et L 122-49 du code du travail).
- Assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail, veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard des évolutions des emplois, des technologies et des organisations.
- Assurer le reclassement des salariés en cas d'inaptitude physique lorsque cette inaptitude fait suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (art. L 122-32-5 du code du travail), ou encore avant de procéder à un licenciement pour motif économique (art. L 321-1 du code du travail), étant entendu que ces obligations sont des obligations de moyens et non de résultats.

En synthèse

L'existence d'un lien contractuel de travail ne repose pas obligatoirement sur un écrit et un engagement formel mais d'abord, comme nous l'avons vu, sur la combinaison des trois éléments que sont le travail pour autrui, la rémunération et le lien de subordination.

Les règles qui régissent les relations contractuelles de travail émanent d'une multiplicité de sources : la législation, et en particulier les textes regroupés dans le code du travail mais aussi l'ensemble des dispositions relatives aux contrats qui figurent dans le code civil. D'autre part, la jurisprudence est une source très importante d'interprétation des règles de droit et sert de soubassement à la mise en pratique des textes. Enfin les conventions et accords collectifs de branche qui s'appliquent à la majorité des entreprises s'imposent à l'employeur dès lors que les dispositions qui y figurent sont plus favorables que la loi.

Sitôt qu'une relation contractuelle de travail est matérialisée, elle impose des droits et des devoirs réciproques. L'employeur reste toujours seul juge de ses décisions et de l'appréciation de leur bien-fondé au regard de la vie de son entreprise. Mais l'ensemble de ses décisions répondent dans leur mise en œuvre à des règles de droit que nul n'est censé ignorer. La liberté de décision s'appuyant sur le droit fondamental de liberté d'entreprendre n'est pas synonyme d'arbitraire et de toute-puissance !

II. LES CLAUSES DU CONTRAT DE TRAVAIL

Comme nous l'avons évoqué, le contrat de droit commun est le contrat à durée indéterminée. Nous avons vu que les trois conditions cumulées de la prestation de travail pour autrui, du lien de subordination et de la rémunération caractérisaient la relation contractuelle de travail. Il découle théoriquement de ceci que le contrat de travail n'est pas obligatoirement écrit. Mais dans la pratique, nous verrons que tous les contrats de travail autres que le contrat à durée indéterminée et à temps plein doivent être écrits. De plus, les conventions collectives imposent

généralement un écrit quelle que soit la nature du contrat. Enfin, une directive européenne impose que soit remis au salarié dans les deux mois qui suivent son embauche un document d'information reprenant certaines mentions de caractère obligatoire. L'administration française considère que le bulletin de paie répond à cette obligation. De cette interprétation découle le fait que le bulletin de paie à défaut de tout écrit fait office de contrat de travail.

La prudence élémentaire veut néanmoins que l'on ait recours à l'écrit, ne serait-ce que pour préciser quelques-unes des règles de base qui vont régir les relations de travail : nature de l'emploi, lieu de travail, horaire, salaire, etc. Ces règles vont constituer les clauses du contrat de travail. Parmi ces clauses, dès lors que l'écrit est choisi ou s'impose, certaines ont un caractère général, d'autres sont facultatives et enfin certaines sont interdites.

Les clauses d'un contrat de travail revêtent un aspect primordial car de leur respect et de leur interprétation dépendent l'exécution, la suspension ou la rupture du contrat de travail. Nous ne traiterons ici que des clauses de base qui s'appliquent à tout type de contrat de travail, étant entendu que des différenciations peuvent exister dans leur mise en œuvre selon la nature du contrat. Ces spécificités seront alors abordées dans l'étude des différents types de contrats.

A. Un principe de base : la liberté contractuelle

La relation de travail est fondée sur la notion de liberté contractuelle, à savoir qu'elle émane d'un accord librement consenti entre deux personnes (morales et/ou physiques). Dès lors, il appartient aux deux cocontractants de définir les conditions dans lesquelles se déroulera le contrat. Par conséquent, ils sont libres d'inscrire les clauses de leur choix dans le contrat qui va formaliser leur relation de travail, naturellement et comme toujours sous réserve soit des obligations émanant des conventions collectives, soit des limites imposées par la législation.

Le bon sens mais aussi la volonté de donner du sens à la relation de travail et la réponse aux exigences de la circulaire européenne mentionnée ci-dessus vont entraîner l'existence des clauses de base suivantes :

- l'identité des parties contractantes ;
- la nature du contrat de travail ;
- le lieu de travail ;
- la période d'essai ;
- la qualification professionnelle et la classification ;
- la rémunération ;
- la durée et les horaires de travail.

B. Avant de signer...

La signature d'un contrat de travail suppose que le salarié soit par ailleurs libre de tout engagement. C'est à l'employeur de s'assurer auprès du salarié que tel est bien le cas. Libre de tout engagement signifie que le salarié n'est pas contraint par une clause de non-concurrence ou qu'il n'a pas quitté abusivement son dernier emploi.

Par contre cette notion ne s'oppose pas à ce que le salarié ait plusieurs employeurs, pour autant que la durée globale du travail effectué soit compatible avec la législation en vigueur sur le temps de travail. La question se pose en particulier pour les salariés qui travaillent à temps partiel et doit faire l'objet d'une vérification de la part de l'employeur. De même il est possible de recruter et de faire travailler un salarié qui est encore en préavis chez un autre employeur, pour autant naturellement que le salarié soit dispensé d'effectuer son préavis. Enfin, dans l'absolu rien n'empêche un individu de cumuler un emploi salarié et d'exercer par ailleurs d'autres activités sous forme libérale par exemple. Les limites qui existent à ce sujet relèvent soit des réglementations propres à certaines professions libérales, soit de l'application de clauses éventuelles de non-concurrence ou de loyauté.

1. L'identité des parties contractantes

Les parties au contrat sont l'employeur d'une part, le salarié d'autre part. L'employeur peut être une personne physique (P-D.G., gérant, commerçant, artisan...) mais aussi une personne morale (société, association, etc.). Le signataire du contrat représentant la société sera considéré comme possédant une délégation de pouvoir et un mandat lui permettant de recruter et de prendre des engagements au nom de la société. Autrement dit, dès lors qu'une personne physique signe un contrat de travail au nom de la société, cette dernière est engagée et le contrat est considéré comme effectif vis-à-vis du salarié. Un conseil donc : dans les TPE et PME le contrat de travail ne devrait être signé que par le dirigeant de la société afin d'éviter tout malentendu. Contrairement à l'employeur, le salarié est obligatoirement une personne physique.

À retenir

Les conditions *sine qua non*

Pour signer un contrat de travail, il est nécessaire d'être majeur, donc d'avoir atteint l'âge de 18 ans.

Un mineur non émancipé peut signer un contrat de travail exclusivement s'il a dépassé l'âge légal d'admission au travail (16 ans) et s'il y est expressément autorisé par son représentant légal.

Un mineur de plus de 14 ans peut effectuer certains travaux pendant les périodes de vacances scolaires pour autant que l'employeur ait adressé une déclaration préalable à l'inspecteur du travail et que ce dernier n'ait pas émis d'opposition.

2. La nature du contrat de travail

Cette clause qui ne revêt pas de caractère obligatoire est pourtant fondamentale puisqu'elle qualifie la nature même de la relation de travail. Certes la lecture du contrat et son contenu vont dans l'absolu détermi-

ner sa nature. Mais mentionner le type du contrat a le mérite de lever toute ambiguïté sur les volontés et engagements réciproques et détermine les obligations qui découlent de la forme du contrat.

Il semble nécessaire d'avoir toujours présent à l'esprit, en particulier dans les petites organisations, que le contrat de droit commun est le contrat à durée indéterminée. Dès lors que les trois conditions – travail pour autrui, rémunération, lien de subordination – sont avérées, l'absence d'écrit ou l'imprécision dans l'écrit plaideront en faveur d'une interprétation favorable au salarié, à savoir l'existence d'un contrat à durée indéterminée.

Il est donc impératif de faire figurer le « minimum vital », à savoir « contrat à durée déterminée » ou « contrat à durée indéterminée », assorti de préférence de qualifications supplémentaires adaptées aux spécificités du contrat : contrat senior par exemple. Par ailleurs, il est utile d'apporter immédiatement une première précision sur la durée du travail à ce niveau : temps plein ou temps partiel, sachant que ceci a des conséquences importantes sur les possibilités et les conditions de modification ultérieures. Enfin c'est à ce niveau que peut utilement figurer de manière explicite la date de début du contrat.

3. Le lieu de travail

Cette clause revêt une grande importance et mérite une attention particulière dans sa rédaction. Le lieu de travail figurant sur le contrat de travail a une valeur purement informative. Seule une clause plus restrictive ou plus explicite pourra démontrer la volonté des parties de considérer ce lieu comme étant exclusif de toute autre possibilité. Si cette précision ne figure pas dans le contrat, le salarié à qui serait proposée une mutation dans la même zone géographique ne pourrait se prévaloir d'une modification de son contrat, mais d'un simple changement de ses conditions de travail. Dans la pratique et à titre préventif, il peut être préférable de prévoir une clause de mobilité. Dès lors que cette clause figure au contrat, le

salarié ne peut refuser *a priori* sa mutation. D'autre part, la mention du lieu de travail ne s'oppose pas à ce qu'il soit demandé au salarié d'effectuer des déplacements à titre professionnel et occasionnel en dehors de sa zone géographique, pour autant que ces déplacements soient nécessités par l'intérêt de l'entreprise.

Il y a eu de nombreux débats relatifs à la question du changement de lieu de travail. La jurisprudence a évolué et l'époque où la moindre hypothèse de déménagement de l'entreprise était susceptible d'entraîner une modification substantielle du contrat est révolue. Mais l'appréciation des conséquences sur le contrat de travail d'un changement de lieu reste une question délicate. L'objet de ce guide n'étant pas de traiter de la question sous son aspect juridique, nous n'entrerons pas dans ce débat. Il importe néanmoins dans la pratique de bien considérer que cette dimension de la relation contractuelle de travail est suffisamment importante pour d'une part être parfaitement clair avec le salarié lors du processus de recrutement et d'autre part, outre la rédaction d'une clause précise, ne pas s'engager dans une démarche d'éventuelle modification sans préalablement échanger avec le salarié.

4. La période d'essai

S'il n'y avait qu'une seule règle à retenir, ce serait celle-ci : la période d'essai ne se présume pas. Autrement dit, en l'absence d'écrit l'employeur ne saurait se prévaloir de l'existence de cette période d'essai. Même si la plupart des conventions collectives définissent l'existence et la durée de la période d'essai, l'écrit s'impose donc en la matière. Nous verrons ultérieurement quelles sont les caractéristiques de ces périodes d'essai selon la nature des contrats.

À ce stade, nous retiendrons simplement les points suivants :

- La durée de la période d'essai dépend naturellement de la nature du poste occupé mais surtout de sa classification et de sa qualification.

- En l'absence de textes conventionnels, les usages prévalent et habituellement, cette durée s'établit comme suit :
 - Cadres supérieurs : 6 mois.
 - Cadres : 3 mois.
 - Techniciens, agents de maîtrise : 2 mois.
 - Employés : 1 mois.
 - Ouvriers : 15 jours.

En l'absence d'usage, la durée de la période d'essai est librement consentie entre les parties au contrat. Toutefois, cette durée bien que librement consentie doit être réaliste et proportionnelle au niveau de l'emploi proposé. Ainsi il a été jugé qu'une période d'essai de six mois était hors de proportion avec le temps nécessaire pour apprécier les compétences et capacités d'une hôtesse d'accueil.

La durée de la période d'essai ayant été fixée soit par application des conventions et usages soit par consentement mutuel, il reste possible de renouveler cette période d'essai. Mais ce renouvellement qui ne peut être supérieur à la durée initiale ne se présume pas et doit être prévu lors de la signature du contrat. La clause relative à la période d'essai intégrera donc cette hypothèse de renouvellement.

5. Qualification professionnelle et classification

Ces mentions revêtent un caractère obligatoire. La qualification et la classification doivent correspondre à la réalité du poste occupé et du travail effectué. Toutes les conventions collectives établissent des grilles de classification. La difficulté pour l'employeur est donc bien de faire la corrélation entre le poste occupé et le niveau de classification correspondant afin d'éviter un risque de sous ou de sur qualification. Cette question est d'importance car la qualification et la classification ne peuvent être modifiées sans l'accord explicite du salarié.

De plus, et ceci est particulièrement sensible dans les TPE et les PME, du niveau de qualification et de classification retenu dépend le salaire minimum hiérarchique qui par ailleurs sert très souvent de base de calcul à la prime d'ancienneté. Le choix d'un niveau de qualification et de classification a donc un impact économique non négligeable.

6. La rémunération

La rémunération est, comme nous l'avons vu, l'un des trois éléments constitutifs du contrat de travail. Faisant partie des mentions obligatoires, la clause relative à la rémunération doit intégrer le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le salarié a droit. En matière de fixation de la rémunération de base, les principes à retenir sont les suivants :

- Le niveau de rémunération relève de la liberté contractuelle et fait donc l'objet d'une négociation entre les parties au contrat.
- Le niveau de rémunération fixé ne peut en aucun cas être inférieur au SMIC. Le SMIC s'applique dans l'ensemble des branches d'activité professionnelle et à tous les salariés de 18 ans révolus. Seules exceptions : les jeunes en contrat d'apprentissage ou de formation en alternance, les travailleurs à domicile, certains travailleurs handicapés.
- Au-delà du SMIC, le contrat de travail ne peut naturellement pas déroger au salaire minimum conventionnel.
- De plus, dès lors que l'entreprise est rattachée à une branche d'activité et à une convention collective, la rémunération devra naturellement intégrer l'ensemble des primes et avantages prévus par la convention.

Dans son principe, le niveau de rémunération minimum, qu'il soit légal (le SMIC) ou conventionnel, est établi sur la base de la durée légale du travail, à savoir 35 heures hebdomadaires. Mais cette durée légale du travail comporte de multiples possibilités d'aménagement induisant des modes de rémunération différenciés dont les fondamentaux sont présentés ci-après.

En complément de ce que nous avons énoncé, nous retiendrons que les primes contractuelles doivent figurer au contrat. En particulier, les conditions d'obtention et d'attribution de ces primes doivent être clairement exposées. Ainsi, à titre d'exemple en l'absence de dispositions conventionnelles, si la rémunération intègre un treizième mois les dates de versement devront être précisées. De plus, il sera nécessaire de mentionner si ce treizième mois est inclus ou non dans la base de calcul des congés payés.

Les rémunérations variables doivent faire l'objet d'un soin particulier. Il est tout à fait licite d'intégrer une part variable dans la rémunération. Mais pour être valable, cette part variable doit répondre à trois conditions :

- la rémunération ne peut varier qu'en fonction d'éléments objectifs ;
- le salarié ne doit pas supporter le « risque d'entreprise » ;
- la clause ne doit pas avoir pour effet de réduire la rémunération en dessous des minimums légaux et conventionnels.

7. Durée et horaires de travail

La mention de la durée et des horaires de travail dans un contrat de droit commun (CDI à temps plein) ne revêt pas de caractère obligatoire. Par contre, cette mention figurera obligatoirement sur le bulletin de salaire. Néanmoins dans la mesure où il existe une relation étroite entre la rémunération, la classification et la durée du travail, et compte tenu de la complexité de cette question, source de litiges, il est naturellement conseillé de mentionner dans le contrat la durée et les horaires de travail.

En principe, l'horaire de travail est collectif et uniforme dans un cadre hebdomadaire. En l'absence d'accords spécifiques à la branche d'activité ou à l'entreprise, la durée légale du travail est fixée à 35 heures par semaine.

Nous attirons l'attention sur deux points : d'une part la durée du travail est un des éléments substantiels du contrat de travail, donc non modi-

fiable sans le consentement exprès du salarié. D'autre part, les horaires de travail relèvent du pouvoir de gestion de l'employeur. Il lui est donc possible de décider d'une nouvelle répartition des horaires de travail en usant de son pouvoir de direction. En principe, le salarié ne peut refuser une modification de ses horaires de travail, pour autant que le changement d'horaire n'ait pas des conséquences trop importantes sur le rythme et l'organisation du travail. Ainsi, passer d'un horaire fixe à un horaire en cycle serait assimilé à une modification substantielle du contrat. De même, une modification de l'horaire entraînant une répartition du travail sur 6 jours au lieu de 5 (ou l'inverse) est une modification qui ne saurait être décidée et appliquée unilatéralement.

En matière de temps de travail, de multiples situations peuvent exister en fonction de la nature de l'activité de l'entreprise et du type de poste occupé : travail en journée, travail en horaires décalés, forfait horaire, etc. Sans aller trop loin dans la dimension juridique, il est nécessaire de préciser que la durée contractuelle du travail et le mode de répartition horaire peuvent s'articuler autour des cas suivants, non limitatifs :

- Une répartition du travail hebdomadaire, limité à 35 heures de travail effectif par semaine.
- Une répartition du travail annuelle, limité à 1 607 heures dans le cadre d'un accord de modulation.
- 218 jours dans le cadre d'une convention de forfait en jours.

Dans les deux premiers cas, toutes les heures effectuées au-delà des limites exposées et à la demande de l'employeur auront nature d'heures supplémentaires et seront rémunérées en tant que telles : entre 10 et 25 % de majoration selon l'effectif de l'entreprise (plus ou moins de 20 personnes) pour les 8 premières heures supplémentaires.

La mise en place d'une convention de forfait permet le versement d'une rémunération globale pour un temps de travail sans distinction des heures supplémentaires. La convention de forfait doit avoir fait l'objet

d'un accord de branche ou d'entreprise. Elle peut prendre différentes formes, selon l'activité, l'emploi et la classification des salariés.

Elle peut être établie sur une base hebdomadaire en heures avec tout salarié. Nous rappelons qu'un salarié ne peut pas effectuer plus de 10 heures de travail effectif par jour, et 48 heures par semaine. Elle peut aussi être établie sur une base annuelle en heures avec les itinérants non-cadres ou les cadres intermédiaires et autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps. Elle peut enfin être établie sur une base annuelle en jours pour les cadres intermédiaires ou certains salariés non-cadres dont la durée de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. La durée du travail dans ce cas est limitée à 218 jours par an.

Compte tenu de la multiplicité des situations en matière d'organisation du temps de travail, les clauses correspondantes dans le contrat doivent faire l'objet d'une attention particulière. Le responsable d'une TPE ou d'une PME doit garder présent à l'esprit qu'en l'absence de toute mention la durée du travail reste « figée » à 35 heures hebdomadaires. Si pour diverses raisons il souhaite apporter un minimum de souplesse à cette organisation imposée, il devra dès lors, dans le cadre de dispositions légales ou conventionnelles, déterminer l'organisation la mieux adaptée à sa situation et, après s'être assuré de l'accord du salarié lors du recrutement, faire figurer de manière précise dans le contrat de travail les dispositions retenues.

8. Conventions et accords collectifs

Il est obligatoire de mentionner dans un contrat de travail les conventions et accords collectifs qui régissent ce contrat. Rappelons que la convention collective applicable dans l'entreprise est déterminée selon son activité principale et que le champ d'application des conventions collectives est déterminé par le code NAF attribué par l'INSEE.

Nous insistons à nouveau auprès des responsables de TPE sur le fait que la majorité des entreprises sont rattachées à des conventions collectives et qu'il est donc nécessaire lors d'une première embauche d'être vigilant à ce sujet en s'assurant de la convention collective applicable. De ce rattachement dépendent en effet et comme nous l'avons vu des niveaux de rémunération, et des dispositions spécifiques sur les conditions et la durée du travail.

9. Autres clauses

Toujours au nom de la liberté contractuelle, et en complément de ce qui a été exposé, bien d'autres clauses peuvent figurer dans le contrat de travail. L'objectif de ces clauses est d'apporter les précisions nécessaires aux conditions générales de déroulement de la relation de travail. Naturellement la richesse et la complexité de ces clauses vont varier selon le dimensionnement de l'entreprise et la nature du poste et de la fonction à assumer. La question se pose alors de savoir jusqu'où l'on doit aller dans l'écrit et la précision.

Au-delà des dispositions principales que nous venons d'exposer, nous retiendrons le principe que doivent figurer au contrat toutes les clauses qui seront le reflet d'une négociation et de conditions spécifiques de déroulement du contrat. Autrement dit, doivent figurer au contrat les clauses qui font que le salarié a bien accepté la proposition de recrutement qui lui a été faite et sur lesquelles il y a engagement réciproque, essence même de la relation de travail qui s'instaure.

Ainsi devront figurer à titre d'indication, toutes les dispositions particulières qui suivent pour autant qu'elles apparaissent supralégales ou spécifiques au contexte de la relation de travail :

- les avantages en nature ;
- la clause d'atteinte des objectifs ;
- la délégation de pouvoir ;
- les téléphones mobiles et les ordinateurs ;

- la clause d'invention ;
- la clause de non-concurrence ;
- le secret professionnel.

Nous prenons le parti d'étudier ces clauses dans le cadre du contrat à durée indéterminée. En effet, toutes ces clauses ont leur raison d'être dans l'hypothèse d'un engagement durable dans le temps et supposent un réel niveau de responsabilité compatible avec ce type de contrat.

10. Les clauses interdites

Si la liberté contractuelle implique qu'une grande variété de clauses puisse figurer dans le contrat de travail, en revanche nous retiendrons que toutes les clauses qui auraient pour objet de déroger aux dispositions légales et conventionnelles dans un sens moins favorable au salarié sont naturellement interdites. Ainsi sont interdites toutes les clauses portant atteinte aux droits fondamentaux et à la vie privée. Il en est de même des clauses portant atteinte aux dispositions d'ordre public ; il ne peut être dérogé contractuellement aux dispositions relatives au SMIC, à la durée des congés payés, à la protection des représentants du personnel.

Les clauses d'indexation sont illicites, en particulier les clauses d'indexation sur le SMIC. Les clauses couperet sont interdites. On entend par clause couperet la clause qui prévoit une rupture de plein droit du contrat de travail. À l'inverse les clauses d'engagement à vie sont nulles. Enfin les clauses de transfert de charges patronales au salarié sont strictement interdites.