

## La réglementation patronale de l'entreprise \*

par Alain SUPIOT

Professeur à l'université de Nantes

1. Le législateur, épris en ce temps là de symboles, avait choisi la date du 4 août 1982 pour promulguer la première loi Auroux « relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ». Quelques années plus tard, en 1989, la nuit du 4 août fut pourtant l'une des seules dates de la Révolution à ne pas faire l'objet d'une de ces commémorations grandioses dont la République a le secret, et dont elle ne se montra pourtant guère avare en cette année du bicentenaire. Cette baisse de la cote du 4 août à la bourse des valeurs politiques et les dix années écoulées depuis la publication du rapport Auroux conduisent à s'interroger sur le destin juridique de cette « nuit du 4 août » du pouvoir patronal.

2. S'agissant du pouvoir réglementaire du chef d'entreprise, on se souvient des deux idées qui avaient guidé alors le législateur : d'une part celle du cantonnement de ce pouvoir (c'était justement l'objet de la loi du 4 août), et d'autre part celle de la négociation, spécialement de la négociation d'entreprise, des matières n'entrant pas dans l'objet ainsi défini du pouvoir réglementaire (c'était l'objet de la loi du 13 novembre 1982). Dans cette perspective, l'autoréglementation de l'entreprise était appelée à prendre deux formes : d'une part celle d'une réglementation patronale en matière d'hygiène, de sécurité et de discipline, et d'autre part celle d'un droit conventionnel dans les autres matières.

3. Dix ans plus tard la situation apparaît beaucoup plus complexe. La crise du syndicalisme, si elle n'a pas empêché un essor significatif du droit conventionnel de l'entre-

prise, l'a néanmoins entravé. La question s'est alors posée de savoir comment faire du droit conventionnel là où le partenaire syndical est défaillant. Le développement de nouvelles politiques de gestion du personnel, qui misent sur la valorisation des « ressources humaines », a aussi joué son rôle en suscitant de nouvelles formes juridiques d'implication des salariés dans les objectifs de l'entreprise (1). Tout cela a conduit au foisonnement de normes d'entreprises « atypiques », qui ne répondent pas à une claire distinction des normes unilatérales et des normes conventionnelles : accords atypiques, usages, codes d'éthiques, notes de service etc... Le législateur a d'ailleurs prêté la main à cet essor. Les réformes elles-mêmes, par un louable souci de réalisme, n'excluaient pas des chevauchements du négociable et du décidable (2). Et la loi a eu recours à des notions hybrides pour pallier un éventuel échec de la négociation (procès-verbal de désaccord (3)), pour organiser le choix des salariés licenciés pour motif économique (critère de fixation de l'ordre des licenciements (4)), ou pour encourager une gestion prévisionnelle de l'entreprise (recours à la notion de plan : plan social (5), plan de formation (6), plan d'égalité professionnelle (7), plan d'hygiène et de sécurité (8)).

4. Emergent ainsi progressivement ce qu'on pourrait appeler de nouveaux ensembles normatifs dans l'entreprise, qui s'ajoutent au règlement intérieur et aux conventions collectives d'entreprise, et compliquent l'analyse du pouvoir unilatéral du chef d'entreprise dans le domaine réglementaire. La jurisprudence s'est efforcée d'y mettre de l'ordre, d'une part en interprétant les dispositions des

(\*) Ce texte reprend et développe une communication présentée au colloque sur *Les pouvoirs du chef d'entreprise* organisé au Sénat par le professeur JAVILLIER le 14 juin 1991.

(1) Cf. J. LE GOFF, « Le sacre de l'entreprise » *Esprit*, sept. 1990, pp. 123-134 ; Ph. LE TOURNEAU, « La modernité de la vision chrétienne de l'entreprise (ou sa rencontre avec le nouveau management) » Communication au colloque « Cent ans de christianisme social » Nantes, mai 1991, Actes à paraître

(2) Cf. « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise » *Dr. Soc.* 1989, pp. 195-205, spéc. p. 199.

(3) C. trav. art. L. 132-29 al. 2.

(4) C. trav. art. L. 321-1-1.

(5) C. trav. art. L. 321-4-1.

(6) C. trav. art. L. 932-6.

(7) C. trav. art. L. 123-4.

(8) C. trav. art. L. 263-3-1.

lois du 4 août et du 13 novembre 1982, et d'autre part en créant de toutes pièces un cadre juridique propre aux normes atypiques d'entreprise. Il est donc possible aujourd'hui de risquer une analyse d'ensemble des règles de droit d'origine patronale. Cette analyse ne prendra pas pour point de départ la notion, déjà avancée en doctrine, de « pouvoir normateur » du chef d'entreprise (9). Outre l'inquiétude grammaticale qu'elle suscite (n'est-ce pas l'employeur qui est normateur, son pouvoir étant normatif (10) ?) cette expression a l'inconvénient d'englober les formes juridiques et non juridiques de la normativité patronale, qu'il est crucial de bien distinguer. Toutes les normes patronales en effet ne sont pas des règles de droit, et c'est l'employeur en tant que source de droit qui nous occupe ici.

5. L'idée d'un pouvoir « législatif » de l'employeur est ancienne, et se trouve déjà par exemple sous une forme jusnaturaliste chez Paul Durand, pour qui « le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement (11) ». Aujourd'hui la loi et la jurisprudence accueillent assez largement cette idée, si bien que la réglementation patronale de l'entreprise peut être considérée comme l'une des variétés de l'autoréglementation de l'entreprise, à côté du droit conventionnel. C'est donc à partir de cette notion de réglementation patronale que sera conduit l'examen du « pouvoir juridique » de l'employeur. Cet examen sera ordonné autour de trois questions. Tout d'abord celle, inévitable, des fondements du droit patronal. De quel droit l'employeur peut-il faire le droit ? D'où tire-t-il son pouvoir normatif ? de la loi ? du contrat ? ou du droit naturel, comme le suggérait Paul Durand ? Ensuite celle des limites de ce pouvoir : si l'employeur est bien une source de droit, à quelles conditions les règles qu'il édicte s'intègrent-elles dans l'ordre juridique ? Enfin doit être posée la question du changement de la réglementation patronale de l'entreprise. Ce n'est pas en effet le moindre paradoxe de cette notion, que de devoir combiner la rigidité propre à sa qualification juridique, avec l'adaptabilité nécessaire à la vie de l'entreprise. Quelles parts faut-il dès lors attribuer respectivement à la force obligatoire des règles patronales, et aux exigences de leur transformation ?

## I. — LES FONDEMENTS DE LA RÉGLEMENTATION PATRONALE

6. Cette question a beaucoup agité les esprits jusqu'à la fin des années soixante-dix. Faute de texte, la doctrine hésitait entre deux fondements possibles : soit la volonté implicite des parties, ce qui conduisait à faire des règles patronales une variété de règles contractuelles, soit, comme Paul Durand, le droit naturel, ce qui conduisait à situer la question sur un terrain institutionnel et à reconnaître à l'employeur un pouvoir « inhérent à sa qualité » de responsable du bien commun des membres de l'entreprise (12). Quant à la jurisprudence, le souci de sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise la conduisait à jouer sur tous les tableaux juridiques possibles. Elle se plaçait par exemple sur le terrain contractuel pour fonder la force obligatoire du règlement intérieur ou pour écarter le contrôle du juge sur la proportionnalité des fautes et des sanctions disciplinaires (13). Mais lorsque cette analyse contractuelle l'aurait conduit à limiter l'exercice du pouvoir disciplinaire, elle glissait sur le terrain institutionnel pour affirmer l'existence d'un pouvoir « inhérent à la qualité » de chef d'entre-

prise (14). Et lorsque cette analyse institutionnelle aurait pu conduire, comme dans la célèbre affaire Brinon (15), à mettre en cause la responsabilité d'un employeur qui avait méprisé à l'évidence les exigences du « bien commun » de l'entreprise, alors la Cour de cassation se référait au droit de propriété pour faire échapper à toute censure cet exercice malencontreux du pouvoir patronal. À la confusion des trois pouvoirs (de direction, réglementaire et disciplinaire) du chef d'entreprise, correspondait donc une confusion de leurs fondements, qui étaient indistinctement recherchés dans le contrat, l'institution ou la propriété.

7. De ce point de vue la situation a manifestement changé. Les réformes Auroux ont opéré une répartition *ratione materiae* des règles patronales, qui avait d'ailleurs été jadis suggérée par Brêthe de la Gressaye (16). D'un côté les règles relatives à l'hygiène, la sécurité, la discipline et les droits de la défense : c'est le domaine du règlement intérieur, tel qu'il est aujourd'hui délimité par l'article L. 122-34 C. trav., et au sein duquel l'employeur a le pouvoir et le devoir de fixer des règles écrites générales et permanentes. D'un autre côté tout le reste, qui appartient au domaine du « droit des salariés à la négociation dans l'entreprise » (17). Toutes les autres questions d'intérêt général et permanent dans l'entreprise ont en effet vocation à faire l'objet d'un règlement conventionnel. Et cette vocation se mue en obligation de négocier dans certaines matières énumérées par la loi, au premier rang desquels les salaires, et la durée et l'organisation du temps de travail (18). Mais

- (9) V. N. ALIPRANTIS, « La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes », Th. Strasbourg, 1979, Paris, LGDJ, 1980, pp. 28 s. ; M. VERICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'entreprise » *Dr. Soc.* 1991, pp. 120-125.
- (10) À se soumettre du moins au pouvoir normatif du *Grévisse* (*Le bon usage* 10<sup>e</sup> éd. § 129) quant à l'emploi des suffixes !
- (11) P. DURAND, *Traité de droit du travail* Paris, Dalloz, t. 1, 1947, n° 119, p. 151.
- (12) P. DURAND, *op. préc.* n° 348, p. 424 ; add. J. BRÊTHE DE LA GRESSAYE, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. Soc.* 1960, 633 ; P. OLLIER, « Le principe "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français », *Tvx. H. Capitant* t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, 279-294 ; G. LYON-CAEN, « Une anomalie juridique : le règlement intérieur » *D.* 1969, Chr. 247 ; B. SOINNE, *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise* Paris, LGDJ, 1970, 207 p. ; F. VENNIN-DOMENACH, « Pouvoir ou droit disciplinaire dans l'entreprise », Th. Lyon II, 1973, multigr. 242 p. J. RIVÉRO, « Note sur le règlement intérieur », *Dr. soc.* 1979, 1.
- (13) Jurisprudence très ancienne : v. déjà Civ. 14 fév. 1866, D.P. 1866, I, 84.
- (14) Soc. 16 juin 1945 (Poliet Chausson) *Dr. Soc.* 1946, 427, obs. P. DURAND.
- (15) Soc. 31 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9397, obs. ESMEIN ; *D.* 1958, J., 21, note LEVASSEUR ; *Rev. trim. civ.* 1956, p. 745, obs. J. CARBONNIER ; *Dr. ouvr.* 1957, chr. G. LYON-CAEN.
- (16) A. LEGAL & J. BRÊTHE DE LA GRESSAYE, « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées Paris », Sirey, 1938, pp. 68-69.
- (17) C. trav. art. L. 132-18.
- (18) C. trav. art. L. 132-27 ; l'obligation de négocier s'étend aussi à d'autres matières, telles que les élections professionnelles, l'intéressement et la participation, la formation professionnelle, l'exercice du droit d'expression, l'organisation de régimes complémentaires de retraites et de prévoyance (V. Y. CHALARON, « Négociations et accords collectifs d'entreprise », Paris, Litec, 1990, n° 81-149, pp. 71 s.)

l'idée de réglementation patronale n'est pas alors évincée pour autant. Elle fait figure de palliatif inévitable à l'échec des négociations, comme dans l'article L. 132-29 C. trav., qui prévoit dans cette hypothèse l'établissement d'un procès-verbal de désaccord consignait « les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement ». C'est dire que la place assignée par le législateur au droit conventionnel de l'entreprise peut être occupée par une réglementation patronale qui échappe au domaine du règlement intérieur et aux garanties qui l'entourent. L'harmonieuse répartition souhaitée entre droit conventionnel et réglementation patronale laisse alors la place à une réglementation exclusivement patronale, mais une réglementation à deux têtes : d'une part celle que l'employeur est obligé de prescrire en vertu de la loi (A), et d'autre part celle qu'il peut prescrire en l'absence de convention (B).

#### A — LA RÉGLEMENTATION IMPÉRATIVE (DOMAINE DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR)

8. Les incertitudes de jadis ont ici laissé place à une situation claire : le pouvoir normatif de l'employeur est fondé et encadré par la loi. Cette base légale est constituée par les articles L. 122-33 et suivants du code du travail, qui ont remplacé l'article 1134 du code civil dans les vises des arrêts rendus en ce domaine. C'est en ce sens que cette réglementation patronale peut être dite impérative : parce que l'impératif de la loi imprime l'ensemble de ses traits : a) sur certaines questions limitativement définies par elle, b) la loi oblige l'employeur à édicter des règles, c) qui s'imposent à tous.

9. a) La loi définit tout d'abord le domaine de cette réglementation (19). Le domaine normatif ainsi défini est généralement appelé « domaine du règlement intérieur », mais cette expression peut prêter à confusion, car le critère pertinent est matériel, et non formel. La loi assimile en effet au règlement intérieur « les notes de service ou tout autre document qui portent prescription générales et permanentes dans ces matières » (20). Lesdites « matières » sont d'une part « les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement », et d'autre part « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ». Concernant les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, également visées par cet article, l'employeur doit « énoncer » les dispositions de la loi (i.e. celles de l'art. L. 122-41) ou le cas échéant de la convention collective, ce qui laisse évidemment la place à une réglementation plus favorable aux salariés que l'une ou l'autre de ces sources. Peu importe donc que le document par lequel l'employeur a réglementé l'une de ces questions soit ou non le règle-

ment intérieur : il faut et il suffit que ces questions soient en cause pour que l'on se trouve dans le domaine de cette réglementation patronale impérative.

10. De là résulte pour le juge le pouvoir de décider si une norme patronale entre ou non dans le domaine du règlement intérieur, et se trouve comme telle soumise au régime juridique correspondant, quelque soit la nature du document où elle figure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation en déduit par exemple que des « consignes de travail » adressées aux caissières d'un magasin pour qu'elles nettoient les lieux de travail constituent des « prescriptions générales et permanentes d'hygiène » entrant en tant que telles dans ce domaine de la réglementation patronale impérative (21). De même les retenues de salaires ou abattements de primes liées au comportement professionnel (absences, retards, grèves etc...) des salariés, ne peuvent plus être situées sur le terrain contractuel de l'exception d'inexécution, depuis que la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de se placer, comme le Conseil d'État, sur celui du droit disciplinaire, ce qui la conduit à qualifier ces retenues ou abattements de sanctions pécuniaires interdites (22). À l'inverse, doivent être exclues du domaine de la réglementation patronale impérative toutes les dispositions arrêtées par l'employeur dans le règlement intérieur, dès lors que ces dispositions ne répondent pas au critère matériel de l'article L. 122-34. C'est le cas par exemple de l'obligation imposée aux salariés d'effectuer des grands déplacements (23), ou bien de l'exclusion de la responsabilité patronale en cas de perte ou de vol des effets des salariés dans l'entreprise (24).

11. b) Dans le domaine ainsi défini, la loi oblige l'employeur à user du pouvoir réglementaire qu'elle lui confère (25). Ce pouvoir est donc aussi un devoir pour l'employeur. Toutefois rien n'oblige ce dernier à faire figurer l'ensemble de cette réglementation impérative dans le règlement intérieur. Il peut préférer recourir à d'autres instruments normatifs, sans que l'inspecteur du travail puisse s'y opposer (26). En décider autrement serait méconnaître la définition matérielle de cette réglementation, telle qu'elle vient d'être examinée. Mais le plus remarquable est ailleurs : dans la mission réglementaire, que la loi confie à l'employeur. Ceci est particulièrement net en matière d'hygiène et de sécurité, où l'employeur est chargé de prendre « les mesures d'application de la réglementation » en vigueur. Non seulement la réglementation patronale se trouve ici dotée d'une base légale, mais elle est définie comme une pièce intégrée à la réglementation publique. Le pouvoir de l'employeur est alors réglementaire au sens le plus précis que le droit constitutionnel donne à ce terme : celui d'un pouvoir d'édicter des règles qui complètent les dispositions générales arrêtées par une autorité normative de niveau supé-

(19) C. trav. art. L. 122-34 ; v. B. SOINNE, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. Soc.* 1983, pp. 509-519.

(20) C. trav. art. L. 122-39.

(21) Crim. 26 juin 1990 (Buchard) *B. crim.* n° 261, p. 669.

(22) Soc. 8 oct. 1987, (Devanlay) *Dr. Soc.* 1988, 156, com. A. MAZEAUD ; Soc. 19 mai 1988, (Perfect service) *B. civ. V.* n° 307, p. 203, *D.* 1988, Somm. p. 332, obs. A. LYON-CAEN ; Soc. 20 fév. 1991 (SNCF c/Basset), et 17 avr. 1991 (Sté Omicron et Maurel) *Dr. Soc.* 1991, 474, com. A. MAZEAUD, « Sur la divergence antérieure », comp. par ex. Soc. 14 mai 1987 (SA Jean Lefebvre) *B. civ. V.* n° 315, p. 200, et CE. 12 juin 1987 (Sté Happian) *Dr. Soc.* 1988, 645, note J. SAVA-

TIER, *Dr. ouvr.* 1987, 417, décisions toutes deux reproduites au *D.* 1988, Som. p. 104, obs. J. PÉLISSIER.

(23) Soc. 12 déc. 1990 (Bordeaux) *RJS* 2/91, n° 176.

(24) CE 26 nov. 1990 (Vinycuir) *RJS* 2/91, n° 179.

(25) V. C. trav. art. L. 122-33 : « L'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements... », et R. 152-4 pour l'incrimination pénale correspondante.

(26) CE 4 mai 1988 (SA Bopp, Dintzer, Wagner et Cie) *Rec., Tables*, p. 1044 ; *D.* 1990, som. 134, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

rieur, et qui s'intègrent ainsi dans l'ordre juridique étatique. Cette analyse peut être étendue à l'autre bloc de compétences réglementaires patronales, celui des « règles générales et permanentes relatives à la discipline ». En ce domaine également l'employeur reçoit de la loi le mandat de définir des règles de droit, règles générales et permanentes, qui donneront un contenu précis aux prescriptions de la loi relatives à l'établissement d'une échelle de sanctions et à l'exercice des droits de la défense.

12. L'employeur, personne privée, est investi par l'État d'une parcelle de pouvoir réglementaire. Se trouve ainsi résolu le dilemme de la nature contractuelle ou institutionnelle de ce pouvoir. Les articles L. 122-34 et L. 122-35 du code du travail sont la base légale sur laquelle ce pouvoir s'exerce. Cette base légale a, par rapport aux analyses institutionnelles, l'immense avantage d'arrimer solidement la réglementation patronale à l'état de droit, et de légitimer ainsi son effet impératif, sans qu'il soit besoin de prendre philosophiquement parti (individualiste et contractuel, ou jusrationaliste et institutionnel) sur la source profonde de ce pouvoir.

13. c) Cette légitimation légale de l'effet impératif de la réglementation patronale est le dernier trait qui mérite attention. Fondée sur l'autorité de la loi, cette réglementation s'impose à tous. Elle s'impose tout d'abord à la collectivité de travail, sans que cette notion puisse être limitée aux salariés proprement dits du chef d'entreprise. Le Conseil d'Etat admet en effet que les dispositions patronales fixant des règles générales et permanentes relatives à la discipline, l'hygiène, et la sécurité ont un champ d'application plus vaste, et s'imposent « à toutes les personnes qui exécutent un travail dans l'entreprise ou l'établissement, que ces personnes soient liées ou non par un contrat de travail avec l'employeur qui a établi (le) règlement » (27). Seules les dispositions relatives à la nature et à l'échelle des sanctions et à la procédure disciplinaire voient leur champ d'application restreint aux salariés. Ces derniers sont en effet les seuls à se trouver soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur. La violation d'une règle générale et permanente de discipline par un tiers (travailleur atypique ou indépendant) dans l'entreprise n'en est pas moins constitutive d'une faute, puisque ces règles lui sont applicables, mais cette faute échappe à la juridiction de l'employeur, et ne pourra être sanctionnée que par l'employeur de ce tiers ou par le juge. Cette jurisprudence est rendue possible par l'attribution d'un fondement légal au pouvoir réglementaire du chef d'entreprise. Elle ne pourrait en effet être assise ni sur un fondement

contractuel, qui limiterait l'effet impératif de la réglementation patronale aux salariés du chef d'entreprise, ni même sur un fondement institutionnel, qui limiterait cet effet impératif aux membres de la communauté de travail.

14. Sous réserve du contrôle de légalité auquel il peut procéder, le juge devra accueillir cette réglementation patronale comme l'une des sources du droit applicable, au même titre que les dispositions d'un règlement administratif ou d'une convention collective (28). Cette application aura bien sûr généralement pour cadre un litige individuel entre l'employeur et l'un de ses salariés, mais l'hypothèse d'une application de cette réglementation patronale à des personnes autres que ces salariés ne peut être exclue (29).

15. L'effet impératif de cette réglementation s'étend enfin à l'employeur lui-même, qui se trouve lié par les règles qu'il a lui-même édictées. Cet effet se fera surtout sentir sur le plan disciplinaire, l'employeur ne pouvant violer les garanties reconnues par sa propre réglementation au salarié. Il sera notamment tenu par la nature et l'échelle des sanctions prévues au règlement intérieur. La reconnaissance du fondement légal de la réglementation patronale impérative devrait écarter en particulier toute incertitude quant à la conduite à tenir lorsque l'employeur prononce une sanction (par exemple une mise à pied disciplinaire) non prévue par cette réglementation. On se souvient que c'est une hypothèse de ce genre qui avait conduit la Cour de cassation à reconnaître à l'employeur dans son arrêt *Poliet & Chausson* un pouvoir inhérent à sa qualité de chef d'entreprise (30). La même solution se retrouve encore dans un arrêt rendu en 1987 par la Cour de cassation, mais sur des faits antérieurs à la loi du 4 août 1982 (31). Le fondement légal aujourd'hui attribué au pouvoir réglementaire patronal prive cette jurisprudence de toute justification. La loi fait obligation à l'employeur (art. L. 122-33) de fixer la nature et l'échelle des sanctions qu'il peut prendre (art. L.122-34). Il ne faut pas beaucoup de perspicacité herméneutique pour déduire de ces formules que l'employeur ne peut pas prendre une sanction qui ne serait pas fixée dans cette réglementation impérative. Toute autre interprétation conduirait à rendre à l'employeur un pouvoir discrétionnaire que le législateur a justement voulu écarter en faisant pénétrer l'état de droit dans l'entreprise en matière disciplinaire (32). À l'appui de cette interprétation, peut être cité un arrêt récent du Conseil d'Etat, approuvant la censure d'un règlement intérieur qui retenait la mise à pied dans l'échelle des sanctions sans en

(27) CE 12 nov. 1990 (Sté Atochem) *RJS* 2/31, n° 174 ; v. déjà CE 4 mai 1988, (SA Bopp, Dintzer, Wagner et Cie) préc.

(28) « Il n'appartient pas au juge de modifier ou d'annuler le texte du règlement intérieur si ce texte n'est pas contraire à la loi » (CA Paris, 4 mars 1986, *D.* 1986, inf. rap. p. 219). Add. Soc. 25 sept. 1991 *Unigrains*, cité *infra*, note 32.

(29) V. *supra* n° 13.

(30) Soc. 16 juin 1945 préc.

(31) Soc. 25 juin 1987 (Martinet), *B. civ. V*, n° 423, p. 268, *Dr. soc.* 1989, 258 ss. obs. critiques J. SAVATIER : « La sanction de mise à pied est inhérente au pouvoir disciplinaire de l'employeur ». Un autre arrêt récent, également rendu sur des faits antérieurs à la loi du 4 août 1982, admet la licéité d'une mutation non prévue au règlement intérieur, dès lors qu'elle

sanctionne des faits de nature à justifier un licenciement aux termes de ce règlement (Soc. 20 avril 1989, arrêt n° 1572, *Lexis*). Cet argument ne devrait plus emporter la conviction aujourd'hui : si l'employeur veut faire preuve de clémence, il peut prononcer l'une des sanctions (autres que le licenciement) prévues au règlement intérieur. Et si les prévisions de ce règlement lui semblent inadéquates, il peut les réformer ou les compléter (v. *infra* n° 33).

(32) Cette analyse a été confirmée postérieurement à la rédaction de ces lignes par l'important arrêt *Sté Unigrain* (Soc. 25 sept. 1991, *Dr. Soc.* 1992, 24, ss. obs. J. SAVATIER). Selon les termes de l'attendu de principe de cet arrêt, le règlement intérieur « s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé » (souligné par nous).

préciser la durée maximale (33). L'idée de sécurité juridique inhérente à la règle de droit, qui conduit ici à obliger l'employeur à préciser ses prescriptions disciplinaires, doit pareillement conduire à écarter toute sanction non fixée par la réglementation patronale (34).

## B — LA RÉGLEMENTATION SUPPLÉTIVE (LE DOMAINE DE LA CONVENTION)

16. L'idée de cantonnement du pouvoir réglementaire du chef d'entreprise, qui dominait les réformes Auroux, a vite été démentie par la pratique et par le législateur lui-même. Et l'on voit aujourd'hui foisonner des normes « atypiques » d'entreprise, qui participent d'une réglementation patronale, plus ou moins tempérée par la concertation. Parler de normes « atypiques » est une simple commodité de langage, destinée à faire sentir les incertitudes qui entourent les nouveaux ensembles normatifs que le droit du travail a vu prospérer dans l'entreprise depuis dix ans. Ces normes se sont développées sur la faille de plus en plus large qui est apparue dans l'édifice imaginé par le législateur. Au lieu que la réglementation patronale impérative s'ajuste exactement avec le droit conventionnel, des failles sont apparues, que ni l'une ni l'autre ne pouvaient emplir. Le déclin du syndicalisme et les nouveaux modes de gestion des ressources humaines ont contribué à creuser ces failles, qui menacent aussi bien le principe du cantonnement du pouvoir réglementaire de l'employeur, que celui du droit à la négociation collective dans l'entreprise.

17. Ce sont donc ces failles que viennent emplir les normes « atypiques », sans que l'on sache bien si elles contribuent à conjurer ces périls ou à en précipiter le cours. Comme il s'agit malgré tout d'un bricolage juridique, auquel la pratique, mais aussi le législateur, ont eu recours, on ne sera pas surpris de constater l'extraordinaire hétérogénéité de ces normes « atypiques ». La première question à se poser est donc de savoir si cette hétérogénéité est foncière ou seulement apparente. Autrement dit il s'agit de se demander si la diversité de ces normes ne pourrait se laisser réduire à un cadre juridique unique, qui leur donnerait sens et cohérence.

18. Cette cohérence devrait être recherchée dans le fait que ces normes participent toutes d'une réglementation supplétive de la volonté des parties. Cette formule est empruntée à un récent arrêt de la Cour de cassation, aux termes duquel *l'usage* est « par nature supplétif de la volonté des parties » (35). Le qualificatif semble pouvoir être transposé à toutes les autres normes patronales « atypiques » dans l'entreprise. Cette transposition va

presque de soi dans le cas des *accords atypiques*, puisque la jurisprudence assimile aujourd'hui aux usages ces « accords collectifs ne répondant pas aux conditions de l'article L.132-19 du code du travail » (36). Mais l'idée de norme supplétive de la volonté des parties rend également compte des diverses normes atypiques auquel le législateur renvoie faute de mieux, faute d'un véritable accord d'entreprise. Ceci est évident pour le *procès-verbal de désaccord*, récapitulant après l'échec des négociations annuelles « les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement ». Mais c'est également vrai des normes fixées par les *plans d'entreprise*, que la législation contemporaine a vu fleurir. Ainsi le plan social arrêté en cas de licenciement économique (37) est bien un ersatz d'accord collectif, si l'on interprète la loi française à la lumière du droit communautaire, qui oblige l'employeur à procéder à des consultations avec les représentants des travailleurs « en vue d'un accord » (38). Le plan pour l'égalité professionnelle n'est fixé unilatéralement par l'employeur que si sa négociation dans l'entreprise a échoué (39). Le plan de rétablissement des conditions normales d'hygiène et de sécurité du travail échappe à cette obligation de négociation préalable (40), mais ceci ne peut surprendre puisqu'il intervient justement dans le domaine du règlement intérieur. Enfin, la norme fixant l'ordre des licenciements économiques n'est elle-même édictée de façon unilatérale par l'employeur, qu'« à défaut de convention ou d'accord collectif applicable » (41).

Le caractère paraconventionnel de ces normes patronales prévues par le législateur ne fait donc pas de doute et la difficulté à leur égard sera plutôt de savoir si l'on a bien affaire à des règles de droit. La notion de plan par exemple, semble être en droit du travail comme en droit public, une qualification molle, qui peut recouvrir pêle-mêle des mesures individuelles, des prescriptions de circonstance, et de véritables règles générales et permanentes dans l'entreprise (42). Un tri est alors nécessaire pour attribuer à chaque article du plan sa qualification juridique exacte. Il suffit de retenir ici que si l'on trouve de véritables règles de droit dans un plan arrêté unilatéralement par l'employeur, elles présenteront ce caractère supplétif de la volonté des parties qui les rapprochent des accords atypiques ou des usages.

19. Quelque soit donc la qualification première de ces normes atypiques (usages, accords atypiques, procès-verbal de désaccord, plan d'entreprise etc...), elles sont autant de réponses à une même question : comment donner une portée collective à une norme d'entreprise qui n'entre pas dans le domaine du règlement intérieur, et ne répond pas aux conditions légales des accords d'entreprise ? Comment, en particulier, suppléer l'absence de volonté régu-

(33) CE 21 sept. 1990 (SA Maison Aurière), *RJS* 12/90, n° 966.

(34) V. Soc. 27 fév. 1985 (Agneray) *D.* 1985, Som. 442, obs. Ph. LANGLOIS, qui autorise le juge à réduire une mise à pied justifiée sur le fond, à la durée maximale prévue par le règlement intérieur.

(35) Soc. 19 déc. 1990 (GIE Lafarge Coppee Recherche), *RJS* 2/91, n° 224.

(36) Soc. 25 fév. 1988 (Deschamps) *B. civ. V.*, n° 139, p. 92; *Dr. Soc.* 1989, 86, ss. art. A. PENNEAU; *D.* 1988, Som. 320, obs. A. LYON-CAEN.

(37) C. trav. art. L. 321-4-1; v. G. COUTURIER, « Le plan social : aspects juridiques » *Dr. Soc.* 1985, 643, et du même auteur « Plan social et mesures d'accompagnement » *Dr. Soc.* 1987,

217; J. SAVATIER, « La portée des engagements pris par l'employeur dans le cadre d'un plan social lors d'un licenciement collectif », *Dr. Soc.* 1990, 803. Add. R. VATINET, « Plan social et droits individuels des salariés », *Dr. soc.*, 1991, p. 671.

(38) Dir. n° 75-129 du 17 fév. 1975, art.2, § 1.

(39) C. trav. art. L. 123-4.

(40) C. trav. art. L. 263-3-1.

(41) C. trav. art. L. 321-1-1; v. J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique » *Dr. Soc.* 1990, 515.

(42) Une étude systématique de cette notion de plan en droit du travail serait la bienvenue.

lièrement exprimée des représentants syndicaux (43) ? C'est à partir de cette caractéristique commune que doit être posé le problème du fondement de la force obligatoire de ces normes. Ce problème paraît simple, du moins à première vue, lorsque c'est la loi elle-même qui institue l'employeur législateur en son entreprise. Le fondement du pouvoir normatif du chef d'entreprise est alors un fondement légal, et la différence de cette réglementation supplétive avec la réglementation patronale impérative est une différence de régime, et non de nature. Mais il est plus épineux dans le cas des usages ou des accords atypiques, qui ne peuvent eux être appuyés directement sur l'autorité de la loi. Tout en abordant séparément ces deux types de normes d'entreprise (44), la doctrine a fait montre d'une même hésitation sur leur fondement juridique: faut-il y voir une variété de stipulations contractuelles tacitement incorporées aux contrats individuels de travail (45) ? ou bien l'expression d'un pouvoir normatif de l'employeur, qui serait fondé sur la théorie de l'engagement unilatéral (46) ? ou encore une source de type « coutumier » propre à la société professionnelle que constitue l'entreprise (47) ? Ressurgit ainsi sous une forme à peine nouvelle le vieux débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle des pouvoirs patronaux, qui faisait les beaux jours de la doctrine avant les réformes Auroux. Or ni la référence aux contrats individuels, ni la notion d'usages, ni celle d'engagement unilatéral, telle qu'elle s'exprime en droit civil (48), ne suffisent à rendre pleinement compte du régime juridique de ces normes, car on a affaire, comme l'écrivait Pierre Ollier à propos des usages, à « un avatar de la négociation collective, un substitut imparfait de la convention d'entreprise » (49). Dès lors ces normes sont toujours mâtinées de pouvoir unilatéral et de négociation collective, et ne se laissent réduire ni à celle-ci ni à celui-là.

20. Partir de cette donnée de base devrait permettre d'avancer un peu l'analyse. Tout d'abord elle justifie l'assimilation des usages et des accords atypiques à laquelle procède aujourd'hui la jurisprudence. Il faut encourager cet effort d'unification et de clarification du régime juridique des normes atypiques d'entreprise, plutôt que se livrer aux délices et aux raffinements du cas par cas. Ensuite elle fournit une notion autour de laquelle pourrait être opérée cette unification : la notion de réglementation patronale supplétive, ou paraconventionnelle. Cette notion est le corollaire nécessaire du droit à la négociation collective, dans un système juridique qui ne peut éliminer ni l'impossibilité (absence de négociateurs syndicaux), ni l'échec (absence d'obligation de conclure)

de cette négociation. Le pouvoir normatif qui en découle pour l'employeur se trouve donc indirectement fondé sur le droit à la négociation collective. Ce fondement éclaire les caractères que la jurisprudence attache à cette forme de réglementation patronale. Supplétive, elle ne peut être adoptée ou révoquée sans un minimum de concertation ou de négociation; elle a le même domaine, les mêmes effets, et les mêmes limites qu'un accord d'entreprise ordinaire (50) ; et elle a vocation à s'éclipser dès qu'apparaît un tel accord. Normative, elle s'applique à tous, employeur et salariés, sans que soit requis le consentement individuel de ces derniers. Il est donc permis d'y voir une forme d'engagement unilatéral (51), mais une forme propre au droit du travail, qui a toujours pour fondement la nécessité de suppléer l'absence de règle conventionnelle, et qui appelle donc un régime juridique particulier, qu'il incombe à la jurisprudence de définir: Rien n'est achevé en ce domaine. La réglementation patronale supplétive s'édifie sur un terrain extrêmement mouvant, à la lisière du légal, du conventionnel, et de l'unilatéral. Et la solidité et la sécurité de cet édifice sont pour l'essentiel entre les mains de la jurisprudence.

## II. — LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA RÉGLEMENTATION PATRONALE

Ces conditions sont de deux sortes : pour qu'une norme patronale participe de l'ordre juridique positif, il faut qu'elle soit conforme aux règles de droit qui lui sont hiérarchiquement supérieures, autrement dit qu'elle soit licite (A). Mais il faut également qu'elle soit juridique, autrement dit qu'elle ne se confonde pas avec une simple norme de gestion (B).

### A — LICÉITÉ : L'INSCRIPTION DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES

21. La réglementation patronale impérative, qui intervient dans le domaine du règlement intérieur est étroitement assujettie à la hiérarchie des normes du travail. Elle est tout d'abord assujettie à la lettre des dispositions des lois et règlements et des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Ces dispositions s'imposent à l'employeur, et la jurisprudence n'admet dans la réglementation patronale que des dispositions « nécessairement plus favorables aux salariés de l'entreprise » (52). Cette formule condamne évi-

(43) V. Soc 21 fév. 1991, (Ets Kirpy), *RJS* 4/91, n° 493, qui disqualifie en simple usage une convention signée, mais non régulièrement enregistrée.

(44) Sur les usages, v. P. OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise » *Dr. Soc.* 1982, 680-686, spéc. pp. 683 s.; J. SAVATIER, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise » *Dr. Soc.* 1986, 890; J. DÉPREZ, « Naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage » *Dr. Soc.* 1987, 637; et sur les accords atypiques: C. FREYRIA, « Les accords d'entreprise atypiques » *Dr. Soc.* 1988, 43; G. VACHET, « Les accords atypiques » *Dr. Soc.* 1990, 620.

(45) En ce sens J. SAVATIER, art. préc., p. 895.

(46) En ce sens Ch. FREYRIA, *op. préc.* pp. 54-55; G. VACHET, art. préc. p. 624; M. VERICEL, art. préc.

(47) Cf. Y. CHALARON, « Négociations et accords collectifs d'entreprise » *op. préc.* n° 158, p. 142 s.; V. déjà C. MOREL, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 279.

(48) Sur le renouveau actuel de cette notion, v. M.-L. IZORCHE, « L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain », *Th.*, Univ. d' Aix-Marseille, 1989, dactyl. 512 p.

(49) P. OLLIER, *op. préc.* p. 684.

(50) Sur l'impossibilité de suppléer un accord dérogatoire par un accord atypique, v. Crim. 5 déc. 1989 (Le Merrer) *B. crim.* n° 466, p. 1138; et Crim 22 janv. 1991 (Boutet) *RJS* 4/91, n° 473.

(51) V. Soc. 23 oct. 1991 (SA Hôtel de France) *Dr. Soc.* 1991, 960, qui donne force à un accord atypique en ce qu'il contenait « un engagement de l'employeur envers ses salariés ».

(52) CE 28 janv. 1991 (Crédit du Nord), *Liaisons Sociales*, 22/4/91, *Jurisp.*, p. 5.

demment -c'est la lettre même de l'article L. 122-35- toute disposition de cette réglementation qui serait contraire à une disposition expresse de la loi ou de la convention. On en trouve un bon exemple dans le cas, déjà évoqué, des dispositions patronales instaurant des sanctions pécuniaires (53). Mais elle condamne également toute disposition qui apporterait aux droits des salariés des limites non prévues par ces textes. Sera ainsi censurée la réglementation patronale obligeant le salarié à signaler par écrit l'existence d'une situation de travail qu'il estime dangereuse, alors que l'écrit n'est pas imposé par le code du travail en pareille circonstance (54). Il en va de même de la disposition insérant la mise à pied parmi les sanctions disciplinaires applicables dans l'entreprise, dès lors que cette sanction ne figure pas au nombre des sanctions prévues par la convention collective (55).

22. Au-delà de la lettre des textes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs, la réglementation patronale impérative est rigoureusement assujettie à un principe de nécessité professionnelle; elle n'a pas d'autre justification que celle des contraintes objectives du travail. La fonction professionnelle, qui est la justification du pouvoir normatif de l'employeur, est aussi sa limite. Cette limite fonctionnelle concerne tout d'abord les droits des personnes et les libertés publiques. La réglementation patronale « ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (56). La formule a déjà été abondamment commentée en doctrine et interprétée en jurisprudence (57). Qu'il suffise d'observer ici ce qu'elle aurait d'étrange si n'avait pas été attribué un fondement légal au pouvoir normatif de l'employeur : c'est bien parce qu'il est légalement chargé d'une fonction réglementaire, que l'employeur peut ainsi exercer une prérogative qui relève en principe exclusivement des pouvoirs publics : la limitation des droits des personnes et des libertés individuelles, ou plutôt leur aménagement dans les conditions exigées par les contraintes inhérentes à l'entreprise. Cette attribution d'une prérogative régalienne à une personne privée a un caractère exorbitant du droit commun, qui justifie le double contrôle, judiciaire et administratif, auquel elle se trouve soumise, le juge administratif étant le gardien de la légalité des règlements, et le juge judiciaire celui des libertés individuelles (58).

La limitation fonctionnelle du pouvoir normatif de l'employeur se manifeste également par le principe de

non-discrimination auquel la réglementation patronale se trouve soumise. Cette réglementation « ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale » (59). La formule a elle aussi été abondamment commentée (60), et n'appelle donc pas de glose particulière. Il faut cependant attirer l'attention sur la place qu'y occupe la notion de « capacité professionnelle », érigée en parangon de toutes les distinctions que l'employeur reçoit licence d'opérer. Il y a là un glissement discret de la notion d'égalité formelle vers celle d'égalité professionnelle, qui se retrouve dans la norme patronale fixant les critères d'ordre des licenciements collectifs. Cette notion d'égalité professionnelle constitue sans doute l'une des caractéristiques de l'« état de droit » de l'entreprise, en même temps que sa fragilité essentielle, puisque faute d'un contrôle extérieur possible (par le juge) de la réalité et du sérieux des inégalités professionnelles alléguées par l'employeur, elle rendrait à celui-ci un pouvoir discrétionnaire (61), et ferait perdre par là même toute consistance juridique à la réglementation patronale.

23. La réglementation patronale supplétive est elle aussi subordonnée à toutes les autres normes juridiques du travail. Cette position dernière dans la hiérarchie des règles de droit ne résulte pas alors directement d'un texte, mais du fondement même de cette réglementation. Suppléant un accord collectif d'entreprise, elle se trouve nécessairement située en dessous des accords d'entreprise dans la hiérarchie des normes, et ne peut donc qu'améliorer la situation des salariés. Toute la jurisprudence s'ordonne autour de cette règle. L'employeur s'y voit par exemple reconnaître le droit d'instituer unilatéralement (en l'espèce par une circulaire interne) un préavis dérogatoire au régime conventionnel dès lors qu'il est plus favorable au salarié (62). Mais à l'inverse un accord atypique est déclaré inopposable aux salariés, lorsqu'il réduit un avantage en dessous des minima fixés par la loi ou une convention collective (63), ou même lorsqu'il revient sur un avantage dont il n'est pas établi qu'il procédait lui-même de la réglementation patronale supplétive (usage ou accord atypique précédent) (64). La soumission de cette réglementation à la hiérarchie des normes exclut naturellement le jeu des dérogations réservées par la loi aux accords d'entreprises, ce qui signifie que l'usage ou l'accord atypique dérogatoires sont dénués

(53) V. *supra*, 1<sup>o</sup> partie, et les références de la note 22.

(54) C. trav. art. L. 231-8 ; v. CE 11 mai 1990, *RJS* 7/90, n° 574 ; CE 11 juil. 1990 (Panicucci) *RJS* 10/90, n° 767.

(55) CE 14 déc. 1990 (SA Sveat) *RJS* 2/91, n° 177 ; CE 28 janv. 1991 (Crédit du Nord) préc. ; CA Paris, 14 déc. 1990, *RJS* 2/91, n° 177.

(56) C. trav. art. L. 122-35, al. 1.

(57) V. D. CHELLE & X. PRÉTOT, « Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise », *AJDA* 1989, pp. 203-220 ; J. SAVATIER, « La liberté dans le travail » *Dr. Soc.* 1990, pp. 49-58 ; add. CE 25 janv. 1989 (SITA) *Dr. Soc.* 1991, 201, concl. J. DE CLAUSADE (illégalité d'une disposition patronale prohibant les conversations étrangères au service entre salariés).

(58) V. C. trav. art. L. 122-37 ; v. A. JEAMMAUD, « Les contrôles de la légalité du règlement intérieur », *Dr. Soc.* 1983, pp. 520-532.

(59) C. trav. art. L. 122-35, al. 2.

(60) Outre les références déjà citées sur le règlement intérieur, v. les analyses de fond de D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination » *Dr. Soc.* 1987, 778 ; et d'A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. Soc.* 1990, 68.

(61) La valeur professionnelle continue d'appartenir au domaine réservé par la jurisprudence au pouvoir patronal : celui où l'employeur est *seul juge* (V. Soc. 21 fév. 1990, « Laurec », *Cah. soc.* n° 19, S 64, p. 111).

(62) CA Paris, 24 nov. 1989, *Dr. ouv.* 1991, 21.

(63) Soc. 21 nov. 1989 (Sté Bar Laforge) *RJS* 1/90, n° 43.

(64) Soc. 1<sup>er</sup> mars 1989 (Mme Cauzette) *Cah. soc. bar. Par.*, 1989, n° 8, S 45, p. 98.

de valeur juridique (65). Il devrait en aller de même dans le cas (celui du travail de nuit des femmes) où la jurisprudence admet qu'un accord ordinaire suffit à la mise en œuvre dans l'entreprise d'une dérogation ouverte par un accord de branche étendu (66), puisque l'usage de cette dérogation n'en reste pas moins « subordonné à la conclusion d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement » (67). Enfin la jurisprudence décide que la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif suffit à mettre fin à une réglementation supplétive ayant le même objet (68), solution qui résulte directement de ce caractère supplétif, mais qui marque clairement l'infériorité de cette réglementation dans la hiérarchie des normes. De tout cela il faut donc retenir que les dispositions de la réglementation patronale supplétive doivent être plus favorables aux salariés que celles du droit légal et conventionnel du travail.

24. La position de la réglementation patronale de l'entreprise dans la hiérarchie des normes est donc sensiblement la même, qu'il s'agisse de la réglementation impérative ou supplétive : c'est toujours la position la plus basse. La différence tient à ce que la réglementation impérative a légalement pour objet d'assurer l'hygiène et la sécurité, et d'adapter les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives aux nécessités du travail, ce qui justifie les contrôles qui entourent son élaboration et son application, tandis que le domaine de la réglementation supplétive étant celui du droit conventionnel, elle épouse les conditions de licéité de ce dernier. Ce sont donc les procédures de contrôle qui diffèrent de l'une à l'autre, et justifient l'intérêt de leur distinction. Si par exemple un accord atypique comporte une disposition qui relève du domaine du règlement intérieur, il faut lui restituer son exacte qualification pour la soumettre à la procédure particulière d'adoption et de contrôle de la réglementation patronale impérative.

#### B — JURIDICITÉ : RÈGLES DE DROIT ET NORMES DE GESTION

25. Reconnu comme source de droit dans l'entreprise, l'employeur n'en demeure pas moins un chef, responsable de « l'organisation, de la gestion, et de la marche générale de l'entreprise », pour reprendre, comme le fait à l'occasion la Cour de cassation (69), la formule de l'article L. 432-1 du code du travail. Or ce pouvoir de gestion peut, et parfois doit prendre un visage normatif : le chef d'entreprise ne se borne plus alors à donner des ordres, il les fixe dans des textes. C'est le professeur Javillier qui a attiré le premier l'attention des juristes sur l'essor actuel de ce type de normes (livrets d'accueil,

chartes sociales etc...) (70). Ces textes ont un contenu très varié, et souvent hétérogène, mêlant le rappel de dispositions législatives ou réglementaires à celui de dispositions propres à l'entreprise, qu'il s'agisse de celles figurant expressément dans le règlement intérieur ou les accords collectifs, ou bien de dispositions originales (71).

26. Figurent par exemple dans les *Règles de conduite dans les affaires* d'IBM France (72) les consignes suivantes : « Abstenez vous de posséder des intérêts financiers dans une entreprise avec laquelle IBM entretient des relations d'affaires, si une telle participation est susceptible de créer un conflit d'intérêts avec IBM » ; « Faites part immédiatement à la direction juridique de tout incident qui surviendrait à propos d'un sujet de conversation interdit » ; « Vous pouvez vous trouver dans une situation où votre conjoint, un autre membre de votre famille immédiate ou quelqu'un d'autre qui vous est proche, est concurrent ou fournisseur d'IBM ou collaborateur d'un concurrent ou d'un fournisseur d'IBM (...) Vous devez être conscient qu'une telle situation, aussi bénigne qu'elle vous paraisse, peut provoquer des suspicions chez vos collègues et que vos relations de travail pourraient s'en trouver affectées (...) Afin de dissiper toute suspicion, et de lever tous les doutes, il sera bon d'examiner votre situation personnelle avec votre manager... ».

27. À côté de règles de comportement de ce type, ces normes patronales établissent aussi, et parfois de façon extrêmement minutieuse, des procédures internes applicables en cas d'insuffisance professionnelle. Par exemple le *Manuel social de l'encadrement* de la société Rank Xerox (dans son édition de 1987) prévoit en pareil cas la mise en place d'un plan d'assistance, destiné à « aider un collaborateur dont les résultats professionnels sont insuffisants à revenir au niveau des prestations que l'entreprise est en droit d'attendre de lui ». Ce plan se déroule en cinq phases, précisément décrites, de « diagnostic », d'« entretien préalable », de « formalisation » du plan, d'« appréciation des résultats » et de « conclusion du plan ». En cas d'échec, ou de refus par le salarié du plan d'assistance, est mis en place un « plan d'action », d'une durée de deux mois, qui se déroule selon la même procédure. Le *Manuel* précise que ces plans ne s'inscrivent pas dans un processus disciplinaire et visent les cas où « l'insuffisance des résultats constatée n'est pas corrélative à des problèmes de comportement personnel, de non respect de directives d'action ou de manquements à la discipline ». Ce genre de procédure semble assez répandue dans les grandes entreprises, et se retrouvent par exemple dans la *Charte des ressources humaines* du Groupe Bouygues, présenté par son président comme une

(65) Crim. 5 déc. 1989 (Le Merrer) *B. crim.* n° 466, p. 1138 (dérogation au repos dominical ayant reçu le « consentement des salariés »). Crim. 22 janv. 1991, (Boutet) *Cah. soc. bar. Par.*, n° 29, A22, p. 91 (mise en œuvre par accord « avec les représentants du personnel désignés par le comité d'entreprise », de la faculté de modulation hebdomadaire du temps de travail, ouverte par l'accord national de la métallurgie du 17 juin 1986). Cette jurisprudence devrait être étendue au cas où un accord ordinaire suffit à la mise en œuvre de l'accord dérogatoire.

(66) Soc. 12 déc. 1990, (Sté Timken France) *Jur. UIMM*, 91/956, p. 96 ; v. F. FAVENNEC-HÉRY, « L'opposition à un accord dérogatoire à l'interdiction du travail de nuit des femmes » *Dr. Soc.* 1989, 315.

(67) C. trav. art. L. 213-1, dernier al.

(68) Soc. 19 déc. 1990 (GIE Lafarge Coppee Recherche) préc.

(69) Soc. 25 fév. 1988 (Deschamps), obs. A. LYON-CAEN préc. ; Rapp. la formule de la Chambre criminelle qui appuie la réglementation patronale sur la considération que l'employeur est « responsable de la sécurité et de la bonne marche de l'entreprise » (Crim. 10 janv. 1989, *B. crim.* n° 10, p.22).

(70) J.-C. JAVILLIER, « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération » *Dr. Soc.* 1988, 68 ; et du même auteur : « Le patronat et les transformations du droit du travail » in *Les transformations du droit du travail* Mélanges G. LYON-CAEN, Paris, Dalloz, 1989, pp. 193-219.

(71) Parmi ceux qu'il nous a été possible de consulter, citons la « Charte des ressources humaines » du groupe Bouygues, la « Charte de l'appréciation » du Crédit Agricole, les « Règles de conduite dans les affaires » d'IBM France, ou le « Manuel social de l'encadrement » de Rank Xerox.

(72) « Règles de conduite dans les affaires », Paris, IBM France, 1989, 60 p.

véritable Ethique » destinée à guider l'action, et « un Engagement (du) groupe envers chacun (de ses salariés) » (73). Cette Charte définit l'entretien annuel d'appréciation comme « un droit des collaborateurs ». Cet entretien est « un dialogue (qui) met les deux parties (le salarié et son supérieur hiérarchique) devant leurs responsabilités, et évite les malentendus. De plus, il conduit chacun à se fixer des objectifs d'amélioration ».

28. Qu'il y ait là-dedans de la norme n'est pas douteux : l'emploi de l'impératif et du performatif y est omniprésent. Mais comment qualifier ces normes patronales ? Participent-elles, et à quelles conditions, de l'ordre juridique positif ? Se trouve ainsi crûment posée la question des critères de la juridicité, dont notre droit positif parvient généralement à faire l'économie. Qu'il soit permis d'avancer ici une réponse assez simple : on ne devrait pouvoir véritablement parler de droit patronal de l'entreprise que dans la mesure où ce droit limite l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise. Si elles ne sont pas soumises à l'adage *Tu patere legem quam fecisti* (74), les normes patronales ne participent pas de l'ordre juridique. Autrement dit ces normes ne constituent des règles de droit que si elles lient l'employeur lui-même. Cela n'implique pas qu'elles mettent nécessairement à sa charge des obligations positives, mais qu'elles présentent un caractère suffisant de généralité et de permanence pour pouvoir lui être opposées dans un litige éventuel. La généralité et la permanence d'une règle entraînent en effet toujours une limitation du pouvoir de l'auteur de cette règle : la généralité en permettant à tout intéressé d'en déclencher l'effet impératif, et la permanence en émancipant son application du maintien de la volonté de cet auteur. Faute de pouvoir être ainsi opposée à l'employeur, notamment devant le juge, une norme patronale ne répond pas à ce critère élémentaire de la juridicité (75).

29. Ce critère affleure en jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation décide-t-elle que n'instaure pas un usage la note de service octroyant des avantages (en l'espèce un « pont ») aux salariés, sous la réserve constamment réitérée que ces avantages « pourraient être rapportés en tout ou partie selon les nécessités du service » : cette « expression claire de la volonté de l'employeur » de ne pas se lier pour l'avenir, conduit à écarter l'existence d'une norme qui lui serait juridiquement opposable (76). Réciproquement, un arrêt remarquablement motivé de la Cour d'appel de Paris, décide que « si les circulaires internes invoquées par les salariés ne constituent pas un accord d'entreprise, il n'en demeure pas moins que l'employeur est lié par les règles qu'il s'est lui-même fixées (sic), sauf à les modifier dans la mesure où elles ne sont pas créatrices de droit et que s'agissant d'un

engagement unilatéral, les salariés qui en sont bénéficiaires sont bien fondés à s'en prévaloir » (77). La référence à l'adage *Tu patere legem quam fecisti* est ici transparente, et devrait pouvoir faire jurisprudence. De son côté le Conseil d'Etat, qui a à connaître du problème dans le domaine du règlement intérieur, use de la notion de « règle générale et permanente » de l'article L. 122-34 du code du travail, pour dénier le caractère juridique à des normes de comportement des salariés, ou à des normes de fonctionnement d'un service. Il considère par exemple qu'une « disposition par laquelle chaque salarié doit, par son comportement, préserver la sécurité des autres, se borne à formuler une simple recommandation, invitant à la vigilance, mais ne présente pas le caractère d'une règle générale et permanente relative à la discipline » (78). Pareillement la note de service ne contenant que « des informations sur le fonctionnement d'un service général de l'entreprise (qui) ne sauraient être (elles-mêmes) regardées comme établissant une règle générale et permanente relative à la discipline (...) ne pouvait pas être regardée comme une adjonction au règlement intérieur » (79). La note de service concernée dans cette dernière espèce réglementait les communications téléphoniques personnelles des salariés, en prohibant l'usage du standard à cet effet, sauf appel urgent venu de l'extérieur. Elle fixait donc bien des normes à l'intention des salariés en général, et du standardiste en particulier, mais ces normes ne liaient pas l'employeur puisqu'elles ne faisaient qu'exprimer son pouvoir de direction du fonctionnement d'un service. Le fait de les consigner dans une note de service est dès lors analysé par le juge comme une simple « information » sur l'organisation de l'entreprise, et non pas comme une réglementation au sens juridique du mot. Simple information parce que l'employeur n'est pas juridiquement lié par ses décisions de gestion.

30. Le critère avancé ici s'applique aisément aux « codes d'éthique » à usage interne des entreprises. Si l'employeur se lie lui-même, soit en instituant un droit (comme le « droit à l'entretien d'appréciation » déjà cité), soit par une qualification juridique (comme la qualification de faute professionnelle), on a affaire à une véritable règle de droit susceptible d'être invoquée par le salarié (pour bénéficier de ce droit ou exciper de cette qualification), et applicable par le juge sous réserve du contrôle de sa licéité externe (respect de la procédure d'élaboration si on est dans le domaine du règlement intérieur) et interne (respect de la hiérarchie des normes). Si au contraire ces normes ne lient aucunement l'employeur, on a affaire à de simples actes de gestion, qui visent à normaliser le comportement des salariés (80). On quitte alors le domaine du droit pour le domaine des faits.

(73) souligné par nous.

(74) *Subis les conséquences de ta propre loi* Sur cet adage v. H. ROLAND & L. BOYER, « Locutions latines et adages du droit français contemporain », Lyon, L'hermès, 1979, t. 2, n° 295, pp. 560 s. ; et pour son application en droit du travail P. RONGÈRE, « À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés » *Dr. Soc.* n° spéc. janv. 1990, pp. 99-108, spéc. pp. 103 s.

(75) Cf. A. KOJÈVE, « Esquisse d'une phénoménologie du droit », Paris, Gallimard, 1981, spéc. ch. 1, pp. 19-121 ; et sur l'*eventus iudicii*, v. J. CARBONNIER, « Sociologie juridique », PUF, 1978, pp. 192 s.

(76) Soc. 7 mars 1990 (Assedic Belfort Montbéliard), *B. civ.* V, n° 111, p. 65.

(77) CA Paris, 24 nov. 1989, *Dr. ouv.* 1991, p. 21.

(78) CE 11 juil. 1990 (Panicucci) préc.

(79) CE 12 nov. 1990 (Cie de signaux et d'entreprises électrique) *Liaisons sociales* Jurisp. soc. du 22 avr. 1991, p. 5.

(80) C'est le cas par exemple des consignes d'IBM prescrivant à ses collaborateurs « d'éviter les situations dans lesquelles (leur) loyauté pourrait être partagée » tout en précisant que « la Compagnie doit constamment redéfinir ce qui constitue une activité acceptable. Par conséquent il est peu probable que vous trouverez dans des directives déjà émises une réponse définitive à nombre de vos questions. Vous devez donc consulter votre management ou la direction juridique avant de vous engager dans toute activité susceptible de créer un conflit d'intérêt avec IBM » Règles de conduite... préc. p. 44.

Ces règles de normalisation participent de l'ensemble plus vaste de la pratique du pouvoir de direction (81). Elles ne sauraient donc lier le juge qui, au delà du contrôle de leur licéité, reste maître du point de savoir si l'inobservation de ces normes (par les salariés, mais aussi par l'employeur lui-même) est ou non constitutive d'une faute. Si une telle norme est contraire aux droits des personnes ou aux libertés publiques, ou si elle opère une discrimination illicite, sa simple édicition peut être fautive, indépendamment même de sa mise en œuvre (82). Pour tout le reste, ces normes de gestion devraient suivre le régime juridique applicables aux décisions prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Le propre du pouvoir est justement d'ignorer, dans sa sphère d'exercice, la généralité et la permanence de la règle de droit, de pouvoir décider aujourd'hui autrement qu'hier, et pour Pierre autrement que pour Paul. Le pouvoir implique ainsi une faculté d'adaptation aux circonstances et aux personnes des normes que par commodité il se donne, et ne peut être lié par elles. Il peut en effet être lié par des valeurs (l'« éthique » ou l'efficacité, l'intérêt de l'entreprise ou le bon plaisir de celui qui l'exerce (83)), mais pas par une règle de droit qui dicterait d'avance la décision à prendre. Le droit du travail a notablement restreint cette sphère du pouvoir patronal, en encadrant bon nombre des prérogatives de l'employeur dans des droits. Ainsi en va-t-il par exemple du droit disciplinaire ou du droit réglementaire (droit du règlement intérieur), substitués aux pouvoirs du même nom. Le pouvoir de l'employeur ne disparaît pas pour autant, mais il s'exerce de manière plus parcellisée, dans un maillage juridique plus serré. Par exemple l'émergence d'un véritable droit disciplinaire dans l'entreprise n'a pas fait disparaître le pouvoir disciplinaire, et la jurisprudence reconnaît toujours à l'employeur un pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires, pouvoir qu'il exerce dans l'intérêt de l'entreprise, et sous le seul contrôle du détournement de pouvoir par le juge (84). Les normes de gestion, qui ne font qu'exprimer le pouvoir de direction de l'employeur, relèvent d'un régime juridique du même type.

31. En fin de compte, face à une norme patronale, tout se résoud pour le juge en un problème d'interprétation

de la volonté. A partir du moment où l'on reconnaît concurremment à l'employeur le droit de réglementer l'entreprise et celui de la diriger, seule l'analyse de sa volonté permet en effet de savoir s'il s'est borné à publier des décisions qu'il demeure libre de moduler, de modifier ou de rapporter à tout moment, ou au contraire si il a bien entendu se lier pour l'avenir, par un engagement unilatéral qui constitue alors une véritable règle de droit dans l'entreprise (85). Dans ce dernier cas, il faudra tirer toutes les conséquences de la généralité (application du principe d'égalité) et de la permanence de la règle ainsi qualifiée. Mais ceci touche déjà une dernière question, celle du changement de la réglementation patronale de l'entreprise.

### III. — LE CHANGEMENT DE LA RÉGLEMENTATION PATRONALE

32. Le problème du changement de la réglementation patronale de l'entreprise se pose dans des termes différents, selon que cette réglementation avait ou non un effet limité dans le temps. Si sa durée était déterminée, l'employeur n'a évidemment pas le droit de l'abroger avant la survenance du terme. Cette solution résulte directement de la jurisprudence relative à l'exécution du plan social arrêté en cas de réduction d'effectifs. Dans une espèce où ce plan prévoyait la prise en charge de certaines cotisations sociales par l'employeur pendant toute la durée de la convention FNE qui liait ce dernier à l'État, la Cour de cassation a, par un arrêt visant l'article 1134 C. civ., imposé le maintien de cette prise en charge jusqu'à la cessation des effets de cette convention FNE, au motif que « l'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée » (86). Le plan social reproduit à l'échelle de l'entreprise, et dans les rapports entre l'employeur et les salariés, le mécanisme législatif dont il est le prolongement, et par lequel l'État offre un concours financier aux employeurs qui acceptent de se lier contractuellement avec lui pour mener certaines actions de lutte contre le chômage. Ce mécanisme combine une règle de droit instituant le droit à l'aide (de l'État (87) ou de l'employeur),

(81) L'examen des « codes d'éthique » des entreprises montre que l'emploi de l'impératif (Abstenez-vous de..., Signalez..., Informez votre manager..., Ne donnez pas l'impression que..., Vous devez...) y est beaucoup plus fréquent dans le cas de ces règles de normalisation que dans celui de véritables règles de droit où domine, comme dans la loi, l'emploi du performatif (il est procédé à..., les points suivants seront examinés..., il est mis en place..., il est accompagné de...); sans que cela fournisse malheureusement un critère suffisant de distinction des unes et des autres. Il y a cependant là un point d'application positive aux recherches de linguistique juridique (V. spéc. J.-L. GARDIES, « Indicatif et impératif juridique », Arch. de philo. du dr. 1959, p. 135; M. VILLEY, « De l'indicatif dans le droit », Arch. de philo. du dr. t. XIX, Paris, Sirey, 1974, p. 33 s.; P. AMSELEK et alii, « Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit », Paris, PUF, 1986, 252 p.; G. CORNU, « Linguistique juridique », Paris, Montchrestien, 1990, 412 p., spéc.; n° 67, p. 270s.).

(82) Rapp. Crim 1<sup>er</sup> déc. ; 1987 (Sté Nouvelles Galeries) Dr. ouv. 1989, 139 : infraction résultant du simple maintien à l'affichage d'un règlement intérieur dont les dispositions relatives à la fouille des salariés avaient été censurées par l'inspecteur du travail.

(83) V. contra la définition du pouvoir en droit privé comme « prérogative exercée dans un intérêt distinct de celui de son titulaire » que propose E. GAILLARD dans sa thèse (*Le pouvoir en droit privé* Paris, Economica, 1985, passim et par ex. p. 20), définition qui a l'inconvénient de ne pas rendre compte d'une situation aussi simple que celle du pouvoir exercé par l'employeur sur son employé de maison.

(84) V. Soc. 15 mai 1991 (2 espèces : Lerch, et Schlienger), Rapp. Ph. WAQUET et concl. P. FRANCK, Dr. Soc. 1991, 619 ; rapp. l'idée de « différenciation licite » avancée par J.-E. RAY in « L'égalité et la décision patronale », Dr. Soc. 1990, 83, spéc. p. 91 s.

(85) Rapp. le critère de « densité du vouloir », avancé par Mme M.-L. IZORCHE (Th. préc. n° 195 s.) pour caractériser l'engagement unilatéral. Pour cette sorte très particulière d'engagement unilatéral que constitue la réglementation patronale supplétive, il vaudrait mieux parler de « qualité du vouloir », pour caractériser sa décision de poser de véritables règles de droit dans l'entreprise, par opposition à de simples décisions de gestion.

(86) Soc. 4 avr. 1990 (Courtin), B. civ., n° 161, p. 97.

(87) Cf. pour les conventions FNE les art. L. 322-1 s. du code du travail.

et une convention déclenchant l'effet impératif de cette règle (entre l'État et l'employeur, ou entre l'employeur et le salarié). Dans l'entreprise, c'est le plan social qui constitue la règle de droit, et l'acceptation du salarié qui en déclenche l'effet impératif. Et de même que l'État peut adopter des règles dont l'effet est limité dans le temps (on sait combien il a usé et abusé de ces dispositifs temporaires dans le traitement social du chômage (88)), de même le plan social a le plus souvent une durée déterminée. L'engagement de l'employeur vis à vis de chaque salarié bénéficiaire acquiert ainsi une valeur contractuelle (d'où la référence à l'art. 1134), tout en restant organiquement lié au plan social qui est le support de ce contrat (d'où l'impossibilité pour l'employeur de résilier ce dernier avant l'expiration du plan).

33. Le problème est beaucoup plus épineux lorsque la règle patronale n'a pas de durée déterminée. Il faut alors concilier la valeur juridique de cette règle (qui implique permanence et force obligatoire) avec la nécessité du changement de la réglementation de l'entreprise. On sait comment la loi résout la question dans le cas de la réglementation impérative (i.e. celle qui intervient dans le domaine du règlement intérieur) : en étendant à la modification et au retrait des clauses du règlement intérieur les règles qui président à son adoption (89). Et cette procédure est applicable à toute la réglementation patronale impérative par le jeu de l'article L. 122-39. Ce parallélisme des formes exprime nettement le principe selon lequel l'employeur ne peut abroger la réglementation qu'il a édictée sans respecter une procédure qui garantisse l'information et la concertation.

34. S'agissant de la réglementation patronale supplétive, il n'est pas utile de revenir sur l'hypothèse déjà examinée d'une modification résultant de l'adoption d'une convention ayant le même objet. Il suffit de rappeler que la règle supplétive étant paraconventionnelle, elle s'efface alors derrière la stipulation correspondante de l'accord collectif (90). Le problème peut donc être circonscrit à la dénonciation par l'employeur lui-même d'une règle supplétive de la volonté collective, dont l'effet obligatoire n'est pas enfermée dans une durée déterminée. C'est alors que se pose dans toute son acuité la question de savoir comment concilier la force obligatoire de la règle supplétive avec la faculté pour l'employeur de s'en délier. Sous réserve que la dénonciation de la règle supplétive ne conduise pas à méconnaître des règles légales ou conventionnelles applicables dans l'entreprise (91), la jurisprudence traite cette question en simples termes de procédure. Pour être opposable aux salariés la dénonciation de cette règle par l'employeur doit toujours être notifiée aux institutions représentatives du personnel. Et lorsque

l'abrogation touche une règle intéressant la situation individuelle des salariés, notification doit aussi en être faite aux salariés pris individuellement (92). Cette notification doit laisser un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations. Cette exigence vient d'être réaffirmée par un arrêt de la Cour de cassation, qui décide qu'un simple affichage de la décision de l'employeur est impuissant à faire disparaître valablement un usage dans l'entreprise (93).

35. À partir du moment où ces conditions sont satisfaites, la Cour de cassation décide — c'est la jurisprudence *Deschamps* — que la dénonciation de la règle supplétive (usage, accord atypique) « est opposable à l'ensemble des salariés concernés, qui ne peuvent prétendre à la poursuite du contrat de travail aux conditions antérieures » (94). Cette formule, généralement critiquée en doctrine, est d'interprétation délicate. On peut y voir une remise en cause de l'incorporation dans le contrat de travail des avantages individuels consacrés par la règle supplétive dénoncée (95), incorporation qui résultait clairement de la jurisprudence antérieure (96). Ou bien l'on peut considérer qu'il s'agit au contraire d'un maintien de cette jurisprudence antérieure, nonobstant l'intervention ultérieure de la jurisprudence *Raquin* (97). Il faudrait alors considérer que les salariés conservent le droit de refuser la modification résultant de la dénonciation de la règle supplétive, mais que ce refus doit s'exprimer dans les conditions antérieures à la jurisprudence *Raquin*, c'est à dire que le salarié doit en prendre l'initiative (98). Cette dernière interprétation est à la vérité la seule qui permette de donner un minimum de cohérence à cette jurisprudence sur les normes atypiques.

36. Le recours à la notion de réglementation supplétive, ou paraconventionnelle, permet de justifier cette assertion, et de préciser la portée exacte de cette jurisprudence. Tout d'abord en donnant au problème posé sa véritable dimension, qui ne peut être limitée aux usages et aux accords atypiques : il est susceptible de se poser par exemple dans le cas des normes unilatérales fixées par l'employeur dans le procès-verbal d'échec des négociations annuelles : que décider si l'employeur dénonce ensuite ces règles supplétives de l'accord collectif ? Il faut ensuite distinguer dans toutes ces hypothèses, comme le fait la jurisprudence relative à la procédure de dénonciation, selon que la norme patronale a ou non un effet sur la situation individuelle des salariés. Si elle ne concerne que le fonctionnement des institutions représentatives, sa portée est seulement collective. L'avantage qui en résulte pour ces institutions, a cette norme pour unique support juridique. Si l'employeur la dénonce régulièrement l'avantage disparaît (99). En revanche si cette

(88) V. « Les inégalités entre chômeurs » in *Les sans emploi et la loi Quimper*, Calligrammes, 1988, pp. 185 s.

(89) C. trav. art. L. 122-36 alinéa 4.

(90) Soc. 19 déc. 1990 (GIE Laffarge Coppee Recherche) préc. ; V. *supra*, n° 23.

(91) Soc. 21 nov. 1989, (Sté Bar Lorforge) *RJS* 1/90, n° 43.

(92) Soc. 10 déc. 1987 (Sté Cloisons Georges), *Dr. Soc.* 1989, 86, com. A. PENNEAU ; Soc. 25 fév. 1988 (Deschamps) préc. ; v. Y. CHALARON, *op. préc.* n° 272, p. 274 s. et les références citées.

(93) Soc. 27 nov. 1990 (Procédés Ferrodo) *Jur. UIMM* 91/537, p. 134.

(94) Soc. 25 fév. 1988 (Deschamps) préc.

(95) G. COUTURIER, *Droit du travail*, Paris, PUF, t. 1, 1990, n° 306, p. 450.

(96) V. Soc. 20 fév. 1986 (Cerveau) *Dr. Soc.* 1986, p. 905, ss. art. J. SAVATIER préc.

(97) Soc. 8 oct. 1987, *B. civ.* V, n° 541, p. 345, *Dr. Soc.* 1988, p. 140, ss. obs. J. SAVATIER.

(98) V. en ce sens A. LYON-CAEN, obs. préc., *D.* 1988, Som., p. 320.

(99) En retrait sur sa jurisprudence *Plessis* (14 fév. 1978, *B. crim.* n° 58, p. 41), la Chambre criminelle autorise aujourd'hui l'employeur à revenir sur ces avantages collectifs, lorsqu'ils ne résultent que d'un accord d'entreprise ou d'un usage : *Crim.* 4 avr. 1991 (3 espèces) *RJS* 5/91, n° 614-a.

norme dispose des avantages individuels pour les salariés, il faut tenir compte, comme en matière de plan social (100), de l'existence d'un lien de droit direct, de nature contractuelle, entre l'employeur et le salarié. En refusant « la poursuite du contrat de travail aux conditions antérieures », la Cour de cassation ne fait pas autre chose, puisqu'elle admet explicitement que ces « conditions antérieures » du contrat de travail avaient été transformées par la règle supplétive dénoncée, et que c'est donc au travers du contrat de travail que cette règle trouvait application.

37. La situation du salarié doit donc être analysée sur deux plans distincts, celui de la règle supplétive patronale, et celui du contrat individuel. Et il faut admettre avec la Cour de cassation que les conditions du contrat ont été modifiées par la règle supplétive. Que décider si cette règle vient à disparaître ? Modifiées par l'adoption de la règle supplétive, les conditions du contrat le sont aussi nécessairement par sa dénonciation. C'est dire que cette dénonciation emporte modification des conditions du contrat. Ce qui paraît justifier la solution de l'arrêt *Deschamps*. Si en effet la dénonciation emporte modification des contrats, cette modification est automatique et ne requiert pas l'approbation préalable de chaque salarié, comme le voudrait la jurisprudence *Raquin*

---

(100) V. *supra* § n° 32.

dans le cas de révocation d'avantages qui n'ont pas d'autre source que le contrat. Mais comme il y a tout de même modification du contrat, il faut aussi en déduire, si cette modification est substantielle, le droit pour chaque salarié d'opter pour une rupture imputable à l'employeur, d'où la nécessité d'organiser l'information individuelle de chaque salarié.

Cette solution est une sorte de palliatif à l'impossibilité d'appliquer à la réglementation paraconventionnelle l'article L. 132-8 al. 6 du code du travail, qui conserve aux salariés en cas de dénonciation d'un véritable accord collectif, les avantages individuels qu'ils ont acquis. Ce palliatif tient compte de la nature collective de cette règle, en dispensant l'employeur d'avoir à s'assurer du consentement de chaque salarié préalablement à sa dénonciation. Mais il tient également compte de sa valeur juridique, en permettant aux salariés d'opter pour le licenciement si cette dénonciation emporte modification substantielle de leurs conditions de travail. Ce qui est une façon d'admettre que l'employeur reste tenu par les effets déjà produits de la règle qu'il s'était lui-même fixée. Sans doute peut-on faire grief à cette solution de compliquer à l'excès le régime de la modification du contrat de travail, et penser qu'il n'y aurait pas grand inconvénient à l'unifier autour de la jurisprudence *Raquin*. Mais ainsi interprété, l'arrêt *Deschamps* s'inscrit cependant dans l'effort patient que conduit la jurisprudence pour doter la réglementation patronale supplétive d'un cadre juridique cohérent.