

L'usage et l'engagement unilatéral

L'employeur est tenu de respecter diverses obligations qui lui sont données par la loi, mais pas seulement. En effet, certaines obligations figurent dans les sources « négociées » et « unilatérales » du droit. Par sources « négociées », on entend les conventions et accords collectifs qui naissent d'une concertation entre un ou plusieurs employeurs et un ou plusieurs syndicats et le contrat de travail qui est une négociation entre l'employeur et le salarié. Inversement, les sources « unilatérales » sont créées uniquement par l'employeur et comprennent l'usage, l'engagement unilatéral ainsi que le règlement intérieur. Le droit permet ainsi à l'employeur d'accorder certains droits aux salariés sans avoir à conclure un accord collectif .

I. La qualification juridique de la pratique

Pour trouver la qualification juridique de cette pratique, il faut donc étudier de plus près les sources unilatérales (A) et l'avantage mis en place par l'employeur (B).

A) L'engagement unilatéral et l'usage d'entreprise

Ces deux sources vont engager l'employeur et uniquement lui, elles ne peuvent pas créer d'obligation à la charge du salarié. De plus, elles ne peuvent pas être moins favorable que la loi, les règlements ou accords collectifs, ni déroger à des dispositions d'ordre public.

Pour ce qui est de l'engagement unilatéral, c'est une « décision unilatérale de l'employeur d'accorder un avantage supplémentaire aux salariés de son entreprise sans exiger

une contrepartie directe et nouvelle¹ ». Il se caractérise par une volonté de l'employeur qui s'engage explicitement et peut ainsi prendre différentes formes : décision prise devant l'ensemble du personnel², note de service, ou encore accord atypique (accord signé avec un délégué du personnel ou le comité d'entreprise et qui porte sur un point particulier).

Pour ce qui est de l'usage, il en existe 3 à ne pas confondre : l'usage professionnel ou usage local et l'usage d'entreprise. Les deux premiers sont indépendants de la volonté de l'employeur, ils s'imposent à lui et s'appliquent au niveau d'une profession ou d'une localité. L'usage d'entreprise, en revanche, est une « pratique de l'employeur, générale et constante accordant un avantage supplémentaire aux salariés selon des critères objectifs³ ». Il est donc créé par l'employeur et ne s'applique qu'à son entreprise. Il permet de mettre en place un avantage supplémentaire aux salariés par rapport à la loi, la convention collective ou le contrat. 3 critères sont primordiaux pour constituer un tel usage, il doit être général, constant et fixe.

Par « général », on entend le fait qu'il s'applique à l'ensemble des salariés ou à un groupe de salarié déterminé. Cela ne constituera donc pas un usage si un seul salarié bénéficie de l'avantage.

Pour ce qui est de la constance, il faut que l'avantage accordé par l'employeur l'ait été à plusieurs reprises. Il n'existe ni minimum, ni maximum. La constance de la pratique est à l'appréciation souveraine du juge. Par exemple, il a été jugé que le paiement d'une prime annuelle pendant deux années de suite ne suffisait pas⁴. En revanche, une prime de fin d'année attribuée aux salariés pendant trois années consécutives et au même montant avait été jugée comme étant constante⁵.

Enfin, en ce qui concerne le critère de fixité, il s'agit là de regarder si l'avantage, qui se répète, est toujours le même. Il se doit d'être précis et objectif, c'est-à-dire que les modalités de calcul ne doivent pas dépendre de la volonté de l'employeur. Par exemple, le versement

¹ Définition extraite du manuel « fiches de droit du travail » 5^e édition de Laurence Fin-Langer, fiche 35, p308

² Cass. soc. 22 janvier 1992. n° 89-42841

³ *ibid.* 1

⁴ Cass. Soc. 14 mars 1985 n°83-42105

⁵ Cass. Soc. 25 avril 1985 n°83-44621

d'une prime, régulier mais variable, ne constitue pas un usage si son montant ne dépend d'aucun critère précis⁶.

Attention cependant, si l'employeur attribue un avantage par erreur, celui-ci ne pourra pas constituer un usage car l'usage suppose une volonté de l'employeur. La jurisprudence a, par exemple, consacré ce principe dans un arrêt du 10 mai 1979 en jugeant que le calcul erroné d'une prime de rendement, même répété, ne pouvait pas constituer un usage⁷.

B) Les avantages octroyés aux salariés

Ces deux sources entraînent donc la création, par l'employeur, d'un avantage pour les salariés. Il faut donc savoir comment le droit définit un « avantage ». Il en existe deux sortes : l'avantage en argent et l'avantage en nature.

Le premier comprend les primes, indemnités ou gratifications allouées au salarié qui permettent de couvrir ses frais personnels. Cela peut être une prime du 13^{ème} mois ou une indemnité de logement par exemple.

En revanche, l'avantage en nature est un bien, un service ou un produit fourni aux salariés de l'entreprise gratuitement par l'employeur ou moyennant une participation très faible du salarié et qui est assimilé à du salaire. Cela évite au salarié d'avoir à faire une dépense⁸. Il peut prendre la forme de tickets-restaurants, de titres de transports, de nourriture...

II. La remise en cause d'un usage

La jurisprudence a bien précisé dans plusieurs arrêts que l'usage n'est pas un élément du contrat de travail. En effet, le premier fait partie de la catégorie des relations collectives du travail, alors que le second est un contrat individuel, qui ne concerne donc qu'un seul salarié. De même, il ne faut pas confondre usage qui provient d'une initiative patronale et accord collectif qui est le fruit d'une négociation. Cette précision est importante car selon la source de l'avantage consenti, sa modification ou sa suppression sera différente.

L'usage peut être remis en cause de deux façons : par dénonciation unilatérale de l'employeur (A) ou par la conclusion d'un accord collectif (B).

⁶ Cass. Soc. 13 mars 1996 n°93-40782

⁷ Cass. Soc. 10 mai 1979 n°78-40296

⁸ www.editions-tissot.fr, définition avantages en nature

A) La dénonciation unilatérale d'un usage

Pour modifier ou cesser d'appliquer l'usage, l'employeur peut donc le dénoncer. Pour cela, il doit suivre une procédure précisée par les juges dans l'arrêt Deschamps du 25 février 1988⁹.

Il doit tout d'abord informer les représentants du personnel, information donnée en réunion après inscription de la dénonciation à l'ordre du jour. La communication de cet ordre du jour doit se faire au moins 15 jours avant la date fixée pour la réunion et l'employeur doit y joindre une note explicative pour permettre aux représentants de formuler un avis en toute connaissance de cause. S'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, l'employeur doit seulement informer les salariés individuellement. Cependant, « si l'absence de représentant du personnel est due à une négligence de la part de l'employeur, la procédure de dénonciation est nulle¹⁰ ». L'information des représentants va permettre d'ouvrir des négociations avec l'employeur. Mais, même si aucune négociation n'aboutit et que les représentants sont contre la suppression ou la modification de l'usage, cela n'empêche pas l'employeur de prendre, seul, la décision qu'il souhaite.

Ensuite, tous les salariés concernés doivent être informés individuellement, c'est-à-dire par lettre recommandée avec avis de réception ou remise en mains propres contre décharge. Sans cela, la dénonciation sera considéré comme irrégulière et l'usage continuera à s'appliquer. La jurisprudence considère qu'une note d'information, qu'un affichage dans les locaux de l'entreprise ou encore une information orale faite par l'employeur aux salariés ne sont pas valables. Cette lettre doit préciser la décision prise par l'employeur, qui peut être la suppression ou la modification de l'usage, et la date à laquelle cette décision prendra effet. L'employeur peut tout à fait différer les effets de la dénonciation de l'usage s'il en informe les salariés. Cependant, s'il n'y a pas de cessation effective de l'application de l'usage au délai précisé aux salariés, la dénonciation devient dépourvue d'effet et l'employeur ne peut plus s'en prévaloir. Egalement, il faut préciser que la dénonciation ne pourra pas avoir d'effet rétroactif.

Il est important de préciser que la jurisprudence impose le respect d'un délai suffisant entre l'information et la fin de l'application de l'usage. En effet, un tel délai va permettre d'ouvrir d'éventuelles négociations. Néanmoins, le droit du travail n'en précise aucun, les

⁹ Cass. Soc. 25 février 1988, n°85-40821

¹⁰ « Droit du travail : 10 pièges à éviter », éditions tissot, p.8

juges vont donc apprécier ce délai au cas par cas. Pour la dénonciation d'un accord collectif, la loi prévoit un délai de 3 mois qui ne s'applique pas à l'usage mais celui-ci peut tout de même servir de référence. Par exemple, il a été jugé, pour la suppression d'une prime de 13^{ème} mois versée en décembre, que l'information de la suppression donnée le 1^{er} décembre était un délai insuffisant¹¹. Par contre, la cour a jugé que le délai était suffisant, si l'information individuelle des salariés avait été faite en mai et celle des représentants des salariés en juin¹².

B) Remplacement d'un usage par un accord collectif

Si un accord collectif est conclu postérieurement à un usage et porte sur le même objet, cet accord s'y substitue¹³ et l'usage ne s'applique plus, même s'il était plus favorable. L'employeur n'aura donc pas besoin de procéder à sa dénonciation. Cependant, l'accord peut prévoir le maintien des avantages acquis antérieurement à sa mise en place. Dans ce cas, l'usage ou l'engagement unilatéral est considéré comme un avantage acquis qui s'incorpore au contrat de travail et qui continue donc de s'appliquer. Cela a été jugé par la cour de cassation dans un arrêt du 14 juin 2000¹⁴. En revanche, lorsque l'usage est conclu postérieurement à l'accord ou la convention collective, l'usage prédomine s'il est plus favorable¹⁵.

Attention cependant à ne pas confondre usage et avantage individuel acquis. L'avantage individuel acquis va s'appliquer suite à la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif non remplacé à l'expiration du délai de survie. Le maintien d'un tel avantage s'applique individuellement et non collectivement. De plus, il est donné par une source négociée et non unilatérale. Ce qui explique le fait que cette notion ne s'applique pas aux usages ou aux engagements unilatéraux.

III. Les effets de la dénonciation

Une fois l'usage dénoncé par l'employeur, celui-ci est modifié ou supprimé si la procédure a été respectée. Il existe cependant des limites à cette dénonciation (A). De plus, il est intéressant de voir le devenir d'un usage si l'entreprise est transférée (B).

¹¹ Cass. Soc. 3 mars 1993 n°89-45785

¹² Cass. Soc. 27 avril 1989, n°86-45468

¹³ Cass. Soc. 28 janvier 1998, n°95-45220

¹⁴ Cass. Soc. 14 juin 2000 n°98-41703

¹⁵ Cass. Soc. 3 avril 2007 n°06-41017

A) Les effets de la dénonciation et ses limites

L'employeur n'a pas besoin de motiver sa décision ou de demander l'accord des salariés, ils ne peuvent donc pas agir en justice pour réclamer son application, ni invoquer une modification de leur contrat de travail puisque les avantages résultant d'un usage ou d'un engagement unilatérale ne s'y incorpore pas. En effet, la jurisprudence est venue préciser dans un arrêt du 25 février 1988¹⁶ que l'usage relève du statut collectif et ne relève donc pas du contrat de travail. Pourtant, la chambre sociale est venue remettre en cause ce principe en 1999¹⁷. Dans cette affaire, l'employeur a fait l'erreur de demander l'accord des salariés lors de la dénonciation de l'usage. La cour de cassation en a alors conclu que l'usage devenait un élément du contrat de travail. Mais cette solution a été abandonnée¹⁸. Le fait de solliciter ou non l'avis des salariés lors de la dénonciation n'a plus aucune incidence sur la nature de l'usage. Il faudrait une volonté conjuguée de l'employeur et du salarié pour l'incorporer dans le contrat¹⁹. La simple mention faite, dans le contrat de travail, de l'existence d'un document résumant les usages de l'entreprise ne sera donc pas considéré comme une contractualisation des usages.

Cependant, la cour de cassation apporte deux limites à la dénonciation unilatérale : l'abus et l'égalité de traitement.

Il y a abus dès lors qu'une intention de nuire de l'employeur est constatée. Une dénonciation a pu être jugée illicite dans un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du 26 novembre 1996²⁰. Dans cette affaire, le tribunal a constaté que la dénonciation « constituait une mesure de rétorsion destinée à entraver l'exercice de la mission des membres du CHSCT ». Autre exemple, est jugé illicite une dénonciation faite pour porter atteinte au droit de grève des salariés²¹. Le juge va donc étudier la motivation de l'employeur afin de vérifier sa licéité.

La seconde limite posée par la jurisprudence est l'égalité de traitement. La dénonciation de l'usage doit être générale en raison du principe « à travail égal, salaire égal ». Cependant, cela n'a pas toujours été le cas. En effet, un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du

¹⁶ Cass. Soc. 25 février 1988 n°85-40821

¹⁷ Cass. Soc. 5 octobre 1999 n°97-45733

¹⁸ Cass. Soc. 16 novembre 2005 n°04-40339

¹⁹ « Droit du travail : les arrêts décisifs 2005-2006 », S. Jean, p.223

²⁰ Cass. Soc. 26 novembre 1996, n°95-60987

²¹ Cass. Soc. 13 février 1996, n°92-42067

17 juin 1992²² admettait la possibilité, pour l'employeur, de limiter les effets de la dénonciation aux salariés nouvellement embauchés, l'usage continuant ainsi de s'appliquer aux anciens salariés. Mais cette décision a ensuite fait l'objet d'un revirement de jurisprudence le 12 février 2008²³. Désormais, la cour de cassation considère qu'une différence de traitement ne peut être justifiée par le fait que les salariés aient été embauchés avant ou après la dénonciation de l'usage.

B) L'usage en cas de transfert d'entreprise

Il est à noter qu'en cas de transfert d'entreprise et donc de changement d'employeur, les usages et engagements unilatéraux sont transmis au nouvel employeur qui devra suivre la procédure de dénonciation s'il veut les remettre en cause. La jurisprudence est tout de même intervenue le 7 décembre 2005 pour préciser que l'usage ne s'appliquait « qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert²⁴ ». La cour de cassation par cette décision lie, en quelque sorte, le contrat de travail et l'usage. En effet, l'avantage ne bénéficie alors qu'à ceux qui ont déjà un contrat de travail avec l'entreprise au moment du transfert, le contrat devient le « support du maintien de l'usage²⁵ ». Cependant, cela n'empêchera pas le nouvel employeur de pouvoir remettre en cause cet usage par la dénonciation ou la conclusion d'un accord collectif.

²² Cass. Soc. 17 juin 1992, n°89-40326

²³ Cass. Soc. 12 février 2008, n°06-45397

²⁴ Cass. Soc. 7 décembre 2005, n°04-44594

²⁵ Revue des contrats, 1 avril 2006 n° 2, P. 414