

## USAGES ET ENGAGEMENTS UNILATERAUX DE L'EMPLOYEUR

1. Qu'est-ce qu'un usage ?
2. Quels sont les critères constitutifs de l'usage ?
3. Qu'est-ce qu'un engagement unilatéral de l'employeur ?
4. Quelle est la valeur d'un usage ou d'un engagement unilatéral par rapport aux autres sources du droit ?
5. Quels sont les effets du non-respect d'un usage ou d'un engagement unilatéral ?
6. L'employeur peut-il remettre en cause un usage ou un engagement unilatéral ? Si oui, comment ?
7. Quelles sont les conséquences de la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet que l'usage ou l'engagement unilatéral ?
8. Quelles sont les particularités des usages et engagements unilatéraux dans le secteur social et médico-social ?

Dans l'entreprise, il existe des sources de droit qui ne résultent ni de la loi, ni de règlements, ni de conventions ou accords collectifs de travail. Il peut notamment s'agir d'usages ou d'engagements unilatéraux de l'employeur qui obéissent à un régime juridique bien spécifique.

## 1. Qu'est-ce qu'un usage ?

L'usage correspond à une pratique habituellement suivie dans l'entreprise et prend la forme d'un avantage supplémentaire consenti aux salariés ou à une catégorie d'entre eux par rapport à la loi, à la convention collective, aux accords d'entreprises ou d'établissement ou encore au contrat de travail.

Ces avantages accordés par usage peuvent être de toute nature : congés, primes, rythme de travail, heures de délégation supplémentaires, temps de pause, prise en charge par l'employeur de cotisations salariales... Il convient de préciser que certaines pratiques ne peuvent en aucun cas être instituées par usage. C'est le cas par exemple de la mise en place de convention de forfait jours (qui nécessite un accord d'entreprise et l'accord du salarié).

Un employeur est en droit d'instituer par usage des avantages particuliers au profit de ses salariés dès lors qu'ils bénéficient à tous les salariés placés dans une situation identique et si les conditions de leur attribution sont préalablement définies et contrôlables (Cass. Soc. 22 février 2006, N° 04-43.542). Ainsi, le principe d'égalité de traitement doit être respecté dans l'octroi d'un usage.

## 2. Quels sont les critères constitutifs de l'usage ?

Les usages sont caractérisés par la réunion de 3 critères cumulatifs : la généralité, la fixité et la constance de l'avantage reconnu aux salariés.

**Généralité** : l'usage est établi lorsque l'avantage accordé concerne tout le personnel ou toute une catégorie de personnel.

**Constance** : l'avantage doit être attribué de façon répétée et périodique, ce qui exclut tout acte occasionnel et discrétionnaire de l'employeur.

**Fixité** : l'avantage doit présenter une certaine fixité dans son montant ou au moins dans son mode de détermination. Ainsi, il est nécessaire que les conditions d'attribution et de détermination de l'avantage obéissent à des règles prédéfinies.

Dès lors que ces 3 critères sont réunis, l'usage est constitué. Si l'une de ces conditions fait défaut, il ne sera pas possible de présumer que l'employeur a souhaité accorder, en pleine connaissance de cause, un avantage supplémentaire aux salariés. La preuve de l'existence d'un usage revient à celui qui l'invoque, c'est-à-dire en pratique au salarié.

## 3. Qu'est-ce qu'un engagement unilatéral de l'employeur ?

Tout comme l'usage, l'engagement unilatéral de l'employeur accorde des avantages supplémentaires aux salariés par rapport à la loi, à la convention collective ou aux accords d'entreprise ou d'établissement. Les avantages accordés par engagement unilatéral de l'employeur peuvent être aussi variés que ceux résultant d'un usage.

Les engagements unilatéraux de l'employeur se distinguent des usages en ce qu'ils sont issus d'une volonté explicite de l'employeur. Ces règles sont unilatéralement arrêtées par l'employeur et peuvent être issues de notes de service, de réponses aux représentants du personnel...

Ainsi, dès lors que l'avantage résulte de la volonté explicite de l'employeur et même s'il ne remplit pas les critères de l'usage (la fixité ou la généralité par exemple), il s'agit d'un engagement unilatéral de l'employeur qui a force obligatoire (Cass. Soc. 22 juin 2011, N°09-70.955).

#### **4. Quelle est la valeur d'un usage ou d'un engagement unilatéral par rapport aux autres sources du droit ?**

L'usage ou l'engagement unilatéral ne peut prévaloir ni sur les règles légales, ni sur les règles conventionnelles ou contractuelles, sauf s'il est plus favorable.

Ainsi, un usage ou un engagement unilatéral plus favorable au salarié qu'une disposition de la convention collective ou du contrat de travail peut s'imposer à l'employeur, qui est tenu de l'appliquer tant qu'il ne l'a pas régulièrement dénoncé (Cass. Soc. 27 mars 2001, N°98-44.285).

Pour autant, l'usage n'a pas de valeur contractuelle, en ce sens qu'il ne s'incorpore ni au contrat de travail ni aux accords collectifs, il demeure un engagement informel de l'employeur.

#### **5. Quels sont les effets du non-respect d'un usage ou d'un engagement unilatéral?**

Le juge peut indemniser le non-respect d'un usage ou d'un engagement unilatéral qui cause un préjudice aux salariés.

#### **6. L'employeur peut-il remettre en cause un usage ou un engagement unilatéral ? Si oui, comment ?**

L'employeur a la possibilité de révoquer un usage ou un engagement unilatéral. Pour cela, il doit :

- Informer individuellement les salariés
- Informer les instances représentatives du personnel
- Respecter un délai de prévenance suffisant

La dénonciation ne peut être effective qu'à une date postérieure à l'accomplissement de ces formalités.

Cette procédure de dénonciation doit être respectée quand bien même les salariés auraient accepté que l'employeur revienne sur l'avantage consenti (Cass. Soc. 20 novembre 2012, 11-22.298).

→ **Sur l'obligation d'informer les instances représentatives du personnel**

L'employeur est tenu d'informer l'ensemble des instances représentatives du personnel : CE, DP, CHSCT et Délégué syndical.

Si la structure a plusieurs établissements et qu'elle dispose d'un comité central d'entreprise, seul celui-ci sera informé si l'usage est d'application générale (Cass. Soc., 13 octobre 2010, N° 09-13.110). En revanche, un usage propre à un établissement, fera l'objet d'une information du seul comité d'établissement concerné.

La cour de cassation exige, s'agissant du CE que l'information soit donnée après inscription à l'ordre du jour (Cass. Soc., 5 janvier 2005, N° 02-42.819).

S'agissant des délégués du personnel, il semble préférable, pour éviter toute contestation ultérieure sur la régularité de la révocation de l'usage ou de l'engagement unilatéral, d'adresser aux représentants du personnel une dénonciation écrite fixant clairement le délai de préavis.

#### → **Sur l'obligation d'informer préalablement et individuellement les salariés**

L'employeur doit informer de sa décision tous les salariés concernés par l'avantage supprimé. Si cette information doit viser les salariés qui bénéficient de l'usage, il doit également informer les salariés susceptibles d'en bénéficier. Ainsi, si l'avantage est liée à une condition d'ancienneté, l'employeur doit avertir les salariés bénéficiant de l'usage ou l'engagement unilatéral et remplissant la condition d'ancienneté mais également ceux susceptibles d'en bénéficier dans le futur (Cass. Soc. 13 octobre 2010, N°09-13.110).

En outre, l'information doit être individuelle, l'employeur ne peut donc s'acquitter de cette obligation par un simple affichage. En pratique, l'employeur doit adresser une lettre d'information simple à chaque salarié. Pour des raisons de preuve, en cas de litige, il peut être nécessaire d'adresser un courrier recommandé avec accusé de réception ou de remettre le courrier contre décharge au salarié.

#### → **Délai de prévenance**

Il ne peut être mis fin à un usage ou un engagement unilatéral qu'en respectant un préavis suffisant avant d'appliquer la décision de suppression.

Aucun texte ne fixe de délai, il appartient donc au juge, en cas de contentieux, d'apprécier, compte tenu des circonstances, si ce délai est suffisant. La pratique retient généralement 3 mois par référence au délai de préavis légal de dénonciation d'un accord collectif (c. travail L2261-9) mais cette référence n'a pas de fondement (cass. Soc., 10 mai 1994) puisque les deux procédures étant distinctes.

### **7. Quelles sont les conséquences de la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet que l'usage ou l'engagement unilatéral ?**

Lorsqu'un accord collectif, ayant le même objet qu'un usage d'entreprise ou qu'un engagement unilatéral, est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations

syndicales représentatives dans l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin à l'usage ou l'engagement unilatéral.

Il n'est donc pas nécessaire de procéder, dans cette hypothèse, à la dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral. Il convient de préciser que l'accord collectif doit faire référence à l'usage ou l'engagement auquel il se substitue.

Il convient de préciser que l'accord se substitue même si ses dispositions sont moins favorables que celles de l'usage.

### **8. Quelles sont les particularités des usages et engagements unilatéraux dans le secteur social et médico-social ?**

En principe, tout engagement unilatéral de l'employeur doit faire l'objet de la procédure d'agrément spécifique au secteur social et médico-social dans les mêmes conditions qu'un accord collectif. Cette particularité résulte du mode de financement de ces structures. Ainsi, un engagement unilatéral ne saurait être applicable en l'absence d'agrément (Cass. Soc., 8 juin 2005, N° 02-46.465).

La cour de cassation a adopté la même position dans un arrêt à propos des usages (Cass. Soc., 9 novembre 2011, N°10-21.496) : « dans les établissements privés gérant un service social ou médico-social à but non lucratif et dont les dépenses de fonctionnement sont supportées directement ou indirectement par une personne morale de droit public ou un organisme de sécurité sociale, un accord collectif à caractère salarial ne peut légalement prendre effet qu'après agrément ministériel ; que dans un tel système, l'usage doit être soumis aux mêmes conditions ».

Cependant, il convient de préciser que la doctrine est particulièrement critique à l'égard de cet arrêt isolé de la cour de cassation. En effet, un usage constituant une pratique d'entreprise répétée, il paraît difficilement concevable de lui appliquer la procédure légale de l'agrément. En principe, la demande d'agrément doit être formalisée par écrit. Dès lors, comment procéder avec un usage ? Si l'employeur formalise l'usage par écrit pour la procédure d'agrément, il perd le caractère d'usage. En outre, l'usage naît d'une pratique répétée dans l'entreprise, il n'est donc pas possible de demander, avant son application, un agrément de cette pratique, qui par définition n'existe pas encore...