

Titre I

LE POUVOIR PATRONAL : EXPRESSION DE LA SUBORDINATION

47. Le fondement. Reconnu par le droit sans jamais être nommé par la loi, le pouvoir patronal est le résultat de l'effet combiné des droits par lesquels l'employeur maîtrise les moyens de production et acquiert une autorité sur le salarié qui accepte de se placer sous sa subordination. La propriété des biens de production, la liberté d'entreprendre et le contrat de travail constituent les piliers qui fondent le pouvoir patronal¹.

Les tentatives pour fonder le pouvoir de l'employeur, qualifié chef d'entreprise, sur la théorie de l'institution appliquée à l'entreprise n'ont jamais dépassé le stade de l'explication ni inspiré loi et jurisprudence². Au demeurant, la discussion n'a aujourd'hui guère d'intérêt pour la construction juridique de ce pouvoir. Le seul problème est celui de son étendue et des garanties offertes au salarié contre les abus qui peuvent être commis en son nom. La question est largement réglée depuis que la loi du 4 août 1982. Celle-ci fonde et encadre le pouvoir d'édicter le règlement intérieur et de sanctionner les manquements à la discipline ; la jurisprudence en a tiré toutes les conséquences. Par l'effet des droits et garanties reconnus aux salariés se trouve circonscrit le pouvoir de diriger et le pouvoir de punir³.

1. A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations de travail », *D.* 1998.IV.359, note 16.

2. Voir spécialement : P. Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution », *JCP* 1944, I, 387 ; ég. : P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Dalloz, t. II, 1950.

3. « Le pouvoir patronal » n° spécial *Dr. soc.* janvier 1982 ; notamment : J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », p. 1 ; « Droit et direction du personnel » A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, p. 56.

C h a p i t r e 1

Le pouvoir de diriger

48. Diriger, c'est orienter et tenir le cap. L'employeur dirige l'activité des salariés de sorte qu'elle serve les finalités économiques de l'entreprise. Le pouvoir de diriger est alors le pouvoir de déterminer les objectifs économiques de l'entreprise et de diriger les salariés pour les atteindre.

§ I. Le pouvoir de choisir les orientations de l'entreprise

49. Du pouvoir d'orientation, il faut tracer le domaine avant d'en fixer les limites.

Son domaine recouvre l'ensemble des décisions que prend l'employeur pour gérer le capital productif. Créer l'entreprise ou l'établissement, les fermer ou les restructurer, relèvent de la seule initiative de l'employeur propriétaire. La décision traduit ses choix pour tirer le meilleur profit de son capital productif.

La décision initiale implique d'autres décisions tendant à la mise en œuvre. L'industriel qui fait le choix de déplacer les lieux de production pour tirer le meilleur parti de facteurs de production moins coûteux (délocalisation), est parfois conduit à décider le licenciement des salariés refusant de poursuivre le travail dans les conditions nouvelles. Faut-il, pour contester la légitimité des licenciements, contester le choix de délocaliser ? De la réponse dépend la force reconnue au pouvoir de l'employeur propriétaire.

Dans son principe, ce pouvoir est sans partage. Le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le droit des obligations dominent la relation de travail qui ne saurait les ignorer. « L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est le seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune mesure légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi¹ ». Le principe posé par l'arrêt *Brinon*, quoique fermement maintenu², fait toutefois figure de citadelle assiégée.

Ses limites sont en premier lieu venues du développement des droits nouveaux des salariés ou des prérogatives de l'administration au service d'une politique de l'emploi. Par l'intermédiaire de leurs représentants, les salariés doivent être informés et consultés « sur les questions intéressant l'organisation, la gestion, et la marche générale de l'entreprise et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle³ ». Davantage, l'administration elle-même est informée des projets de licenciement et des moyens envisagés pour en limiter le nombre et favoriser le reclassement⁴. De plus en plus, l'employeur doit s'expliquer, se justifier, rendre des comptes ; mais il conserve le pouvoir de décision.

En second lieu, les limites résultent de l'initiative des juges. Inspirés par la théorie du détournement de pouvoir, ils décident que le pouvoir de direction ne saurait servir d'alibi à des décisions inspirées par des motifs étrangers à l'intérêt de l'entreprise. La Cour de cassation admet le principe du contrôle des mobiles de l'employeur⁵. Mais d'une part, les applications ne peuvent

1. Soc., 31 mai 1956 (*Brinon*) JCP 1956.II.9397, note P. Esmein.

2. Ass. plén., 8 décembre 2000, n° 97-44.219, *Dr. soc.* 2001, p. 126, Concl. P. De Caigny, note A. Cristau ; Soc., 14 avril 2010, n° 08-45.247, *Jur. Soc. Lamy*, n° 279, p. 12, note P. Lernoould.

3. C. trav., art. L. 2323-6.

4. C. trav., art. L. 1233-19, L. 1233-46.

5. Soc., 13 octobre 1977, *D.* 1978.II.310, note A. Lyon-Caen.

qu'en être rares : il faut relever que les licenciements prononcés ne sont pas la conséquence de la prétendue décision économique. D'autre part, la Cour de cassation a rappelé de manière solennelle au juge « qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles¹ » lorsqu'est en cause la réaction de l'entreprise à des difficultés économiques : pourvu que la décision adoptée soit opportune à cet égard, peu importe qu'elle menace davantage d'emplois qu'une autre solution tout aussi efficace. En revanche, la Cour de cassation sanctionne la faute commise par l'employeur qui menace la pérennité de l'emploi².

§ II. Le pouvoir de diriger les salariés

50. C'est essentiellement le pouvoir d'ordonner l'exécution des tâches.

Ordonner c'est d'abord, dans le langage commun, *prescrire par un ordre*, lequel s'exprime par l'affectation de chacun à son poste de travail dans une mesure compatible avec les engagements pris de part et d'autre dans le contrat de travail. Par cette affectation placée dans l'organigramme de l'entreprise, le salarié reçoit au quotidien ses ordres du représentant de l'employeur délégué dans les fonctions de commandement. Le contrôle de l'exécution par les mêmes voies permet à l'employeur de tirer les conséquences d'un écart entre les exigences du poste et les aptitudes du salarié ; le cas échéant, l'employeur procède ou bien à une nouvelle affectation, voire au licenciement, soit à des promotions qui jalonnent la carrière du salarié au rythme du développement de ses compétences. Dans tous les cas, l'employeur est seul juge de ces affectations³.

Dans le respect des lois en général et des droits et libertés fondamentaux du salarié en particulier, résident les limites au pouvoir de l'employeur. Celui-ci ne peut ordonner au salarié des actes illégaux : le salarié a le devoir d'en refuser l'exécution ; à défaut, lui-même s'expose à la répression pénale⁴. L'employeur ne peut davantage, par ses ordres, apporter aux droits de la personne et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne fait plus de doute que le principe inscrit à l'article L. 1121-1 du Code du travail éclaire le contrôle par le juge sur le pouvoir d'ordonner et concilie, sous le rapport de la proportionnalité, ce pouvoir avec les droits et libertés de la personne du salarié⁵. La Cour de cassation s'en empare ; elle rappelle que, « même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, qui inclut en particulier le secret des correspondances ». L'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des courriels émis ou reçus par lui sur l'ordinateur mis à sa disposition⁶.

Le respect de la dignité du salarié sur les lieux de travail exigeait davantage. Le législateur s'est risqué à tracer la délicate frontière entre la subordination permise et le harcèlement moral illicite et pénalement sanctionné⁷. Non seulement l'employeur doit s'en abstenir dans l'exercice

1. Ass. plén., 8 décembre 2000, préc.

2. Soc., 26 janvier 1994, *Bull. civ. V*, n° 26 ; *Dr. soc.* 1994.276 ; *JCP E* 1974.II.639, note Th. Lamarche ; voir également Soc., 16 janvier 2001, *JCP E* 2001.1004, note Th. Lamarche.

3. « Constitue une atteinte aux prérogatives du chef d'entreprise les pressions, assorties de menaces, d'un ingénieur et de ses collègues pour obtenir un changement de titulaires à des postes de responsabilité » Soc., 3 avril 1984, *D.* 1984, IR, p. 403.

4. Crim., 26 juin 2002, n° 01-87.314, *Dr. pén.* 2002, comm. 133.

5. *V. infra*, à propos de la distinction du changement des conditions de travail et de la modification du contrat.

6. Soc., 2 octobre 2001, *Dr. soc.* 2001.915 ; J.-E. Ray, « Courrier privé et courriel personnel » ; P.-H. Antonmattei, « NTIC et vie personnelle au travail », *Dr. soc.* 2002.37. *V. toutefois*, un inflexionnement de la jurisprudence, Soc., 2 février 2011 (2 espèces), n° 09-72.449 et n° 09-72450, *JCP S* 2011.1274, note A. Martinon ; comp. Soc., 5 juillet 2011, n° 10.17-284, *JCP S* 2011.1501, note B. Bossu.

7. C. trav., art. L. 1152-1 ; *v. aussi*, art. L. 1153-1. *Adde*, R. Colson, J.-M. Poitevin, « La procédure interne, nouveau remède au harcèlement ? », *RDT* 2012, p. 80.

de son pouvoir de commandement ; il doit encore user de son autorité pour protéger le salarié : à lui de « répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés », peu important qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir hiérarchique sur l'auteur de l'infraction¹.

Ordonner c'est aussi imposer un certain ordre, *organiser le travail* de la collectivité du personnel. La mise en œuvre d'un tel pouvoir passe par l'élaboration d'un règlement intérieur s'appliquant de manière générale et permanente à tous les salariés. La loi investit l'employeur du pouvoir et du devoir de fixer une réglementation applicable dans l'entreprise qui constitue le prolongement de la réglementation générale s'exprimant par le règlement intérieur². Au sein du « territoire de l'entreprise », les salariés perdent alors certaines de leurs libertés en raison même de l'exécution du travail subordonné quoique demeurent certaines libertés individuelles³. Règlement intérieur, notes de service et autres « chartes » fixant quelque prescription générale et permanente pour l'ensemble du personnel ne sont plus abandonnés à la discrétion de l'employeur.

En réaffirmant le pouvoir normatif de l'employeur, la loi du 4 août 1982 en a aussi (et surtout) circonscrit l'objet, en même temps qu'elle en précisait la procédure d'élaboration et les voies du contrôle.

A. Objet du règlement intérieur

51. La loi détermine les domaines obligatoirement et exclusivement abordés par le règlement. Le règlement intérieur est un acte qui se définit, d'abord, par son contenu – non par sa forme ou sa portée. Relève du règlement intérieur toute disposition générale et impersonnelle, prise par l'employeur dont l'objet est, à ce titre, visé par la loi et peu important que des conditions de forme aient été ou non satisfaites. Inversement, les dispositions non visées par la loi ne sauraient appartenir au règlement intérieur, peu important, que lors de leur élaboration, la procédure légale a été respectée.

1. Contenu obligatoire

52. Le règlement intérieur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, les conditions dans lesquelles le salarié peut être appelé à participer au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés lorsqu'elle est compromise, les règles générales et permanentes de discipline et, notamment, la nature et l'échelle des sanctions⁴. Il énonce en outre les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés⁵ et rappelle les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle⁶.

L'idée est de limiter au seul domaine qui relève du pouvoir d'organisation de l'employeur son pouvoir unilatéral de poser la règle. Chargé d'appliquer et de faire respecter par les salariés la réglementation d'hygiène et de sécurité, il appartient à l'employeur de traduire les dispositions légales et réglementaires en consignes applicables dans l'entreprise. Créancier de la prestation de travail de chacun des salariés, il en coordonne l'exécution en imposant les règles de disci-

1. Soc., 2 novembre 2011, n° 09-68272, *JCP S* 2011.416.

2. A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992.215 ; voir également M. Véricel, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. soc.* 1991.120 ; M. Véricel, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normateur en dehors du règlement intérieur ? », *Dr. soc.* 2000.1059.

3. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF 1994, p. 160 et s ; P. Sargos, « L'homme n'est pas une île », *Dr. soc.* 2004.86.

4. C. trav., art. L. 1321-1.

5. C. trav., art. L. 1321-2, 1° ; sur la vigueur de cette disposition au regard des principes généraux du droit pénal et disciplinaire, v. Soc., 26 octobre 2010, n° 09-42.740, *JCP S* 2010.1509, note F. Bousez.

6. C. trav., art. L. 1321-2, 2°.

plaine, en la forme d'une règle générale et permanente. Le reste est renvoyé à la négociation individuelle ou collective¹.

Le règlement intérieur ne doit pas être confondu avec les recommandations, chartes, ou codes de bonne conduite qu'élaborent les entreprises. Qu'ils partagent l'objet du règlement intérieur (discipline, hygiène et sécurité, harcèlement...), leur exacte qualification juridique – et, partant, leur exact régime – doit être restituée : les notes de services ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières propres au règlement intérieur sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérés comme des adjonctions à celui-ci et sont soumis aux dispositions le régissant. Seule l'urgence justifie que la règle de l'employeur relative à la sécurité ou à la santé échappe aux contraintes légales relatives à l'élaboration du règlement intérieur². Qu'à l'inverse, les recommandations, chartes ou codes de bonnes conduites n'aient pas pour objet le domaine du règlement intérieur, et ils sont compris, selon leur mode d'élaboration, comme un engagement unilatéral de l'employeur ou comme une stipulation du contrat de travail. Dans le premier cas, il est rappelé que l'employeur ne peut, seul, affaiblir la situation du salarié (à celui-ci le texte litigieux ne peut être opposé) et, inversement, que l'employeur peut valablement s'engager seul (le texte litigieux peut lui être opposé par le salarié³). Dans le second cas, il convient de tirer toutes les conséquences de cette nature contractuelle et, notamment, l'impossibilité pour l'employeur de les modifier unilatéralement⁴.

2. Contenu interdit

53. Le contenu interdit du règlement intérieur est de deux ordres. Sont, d'abord et de manière générale, interdites toutes les dispositions qui ne relèvent pas du contenu exclusif du règlement intérieur : l'interdiction résulte de l'interprétation *a contrario* des dispositions régissant le contenu exclusif du règlement intérieur. Sont ensuite prohibées les dispositions qui, quoique relevant du domaine du règlement intérieur, sont spécialement écartées par la loi.

Au titre de la première catégorie de clauses prohibées, sont illicites, notamment, la clause du règlement intérieur désignant la convention collective applicable⁵, celle fixant une obligation de réserve à la charge d'une catégorie de salariés⁶ ou celle prétendant régir les conditions d'accomplissement des fonctions de représentant du personnel⁷. Doivent encore être exclues du règlement intérieur les clauses régissant les procédures d'embauche, les modalités de rémunération, de promotion, de fixation de primes ou d'indemnités diverses⁸. *A fortiori*, est illicite la clause encadrant les modalités d'exercice du droit de grève⁹. De l'illicéité de ces clauses du règlement intérieur, il ne faut cependant pas conclure que l'employeur ne peut décider de la mesure litigieuse. Pourvu que celle-ci ne soit pas, substantiellement, contraire à quelque disposition légale, l'employeur la décide valablement en dehors du règlement intérieur.

Au titre de la seconde catégorie de clauses relèvent les clauses contraires aux dispositions impératives de la loi, des règlements et aux conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise¹⁰ comme celles qui apportent aux droits des personnes et aux libertés individuelles

-
1. Chassé, l'unilatéral revient au galop lorsque, à défaut d'accord collectif, l'employeur applique unilatéralement ses dernières propositions ou lorsqu'une clause contractuelle égarée dans le règlement intérieur vaut comme engagement unilatéral (Soc., 7 juillet 1998, *Dr. soc.* 1998.954, obs. J. Savatier).
 2. C. trav., art. L. 1321-5.
 3. A. Supiot, préc., p. 240 ; voir cependant les règlements intérieurs des sociétés de bourse : CE., 18 mars 1998, *RJS* 6/98, n° 734.
 4. Soc., 30 novembre 2011, n° 11-12.905/06, *JCP S* 2011.490.
 5. TA Versailles, 27 mars 1987, *D.* 1987.IV.65, obs., D. Chelle et X. Prétot.
 6. TA Versailles, 27 mars 1987, préc.
 7. TA Amiens, 19 mars 1987, *Dr. ouv.* 1987, p. 418, obs. G. Alexandre.
 8. Soc., 7 juill. 1998, n° 96-42.521, *Dr. soc.* 1998, p. 955, obs. J. Savatier.
 9. CE, 27 juillet 2005, n° 254600, *JCP S* 2005.1256, note X. Prétot.
 10. Soc., 7 novembre 2006, n° 04-41390, *JCP S* 2007.1102, note B. Bossu.

et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché¹ et, enfin, celles qui introduisent une discrimination au regard des critères prohibés que sont, notamment, l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille...

B. Élaboration du règlement intérieur

54. L'élaboration du règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises où sont employés habituellement au moins 20 salariés². La loi « n'interdit pas à une entreprise comportant plusieurs établissements où sont employés habituellement au moins vingt salariés d'établir un règlement intérieur unique pour l'ensemble des établissements dès lors que ceux-ci ne présentent pas de particularités exigeant l'édiction de dispositions propres à l'un ou plusieurs d'entre eux³ ». Le projet de règlement intérieur est rédigé par l'employeur. Il est soumis pour avis au comité d'entreprise ou d'établissement ou, en son absence, aux délégués du personnel. L'avis du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est requis pour les matières relatives à l'hygiène et la sécurité. Ces avis constituent une formalité substantielle à défaut de laquelle le règlement intérieur n'a pas force obligatoire⁴. Peu importe, en revanche, le contenu de l'avis formulé par les instances de représentation⁵.

Le règlement intérieur, comme ses modifications ultérieures, « entrent en vigueur » à une date qu'il indique mais qui doit être postérieure d'un mois à l'accomplissement des formalités de dépôt au greffe du conseil de prud'hommes et de publicité sur les lieux de travail et « à la porte des locaux où se fait l'embauche⁶ ». En même temps qu'il fait l'objet des mesures de publicité, il est communiqué, accompagné des avis, à l'inspecteur du travail⁷. La communication, comme la carence de l'employeur dans la transmission à l'inspection du travail ne retarde pas son entrée en vigueur : le salarié peut s'en prévaloir à l'encontre de l'employeur⁸.

Le règlement intérieur a la nature d'un acte juridique unilatéral dont l'efficacité juridique dépend de la licéité de son élaboration et de la légalité de son contenu. La Cour de cassation y voit un « acte réglementaire de droit privé qui s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise⁹ ».

1. Application du principe de proportionnalité. Ex. L'alcootest doit avoir pour objet exclusif de prévenir ou faire cesser une situation dangereuse et permet alors d'imputer au salarié une faute disciplinaire (Soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, *Dr. soc.* 2002.781 ; *contra* : CE, 1^{er} février 1980, n° 06361, *Dr. soc.* 1980.310, concl. Bacquet). La surveillance des salariés par des dispositifs techniques, comportant ou non un enregistrement, n'est pas en soi interdite mais constitue une atteinte à la liberté et aux droits fondamentaux des salariés lorsqu'elle a lieu à leur insu et les constatations faites alors ne peuvent servir de preuve contre le salarié ; cf. : Soc., 20 novembre 1991, n° 88-43.120, *D.* 92.73, note Chauvy ; Aix 4-1-1994, *JCP* 95.II.22514, note ; J.-E. Ray, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *D.* 1992.525 ; Soc., 14 mars 2000, *Dr. soc.* 2000.555, obs. J. Savatier. La restriction à la liberté de se vêtir est une atteinte à la vie personnelle qui doit être justifiée par la nature de la tâche (relation avec la clientèle) et proportionnée au but recherché. La tenue vestimentaire peut notamment être imposée pour des motifs de sécurité (CE, 16 déc. 1994, n° 112855).

2. C. trav., art. L. 1311-2, al. 1^{er}.

3. CE, 5 mai 1993, n° 96676, *RJS* 7/93, n° 741 ; *contra*, Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983, n° 113, BOMT n° 83/16.

4. Soc., 4 juin 1969, *Dr. soc.* 1969.515, obs. J. Savatier.

5. Soc., 16 octobre 1980, n° 79-13.894, *Bull.* V, n° 752.

6. C. trav., art. R. 1321-1.

7. C. trav., art. L. 1321-4, al. 3.

8. Soc., 28 mars 2000, n° 97-43.411, *Dr. soc.* 2000.653, note J. Savatier ; *a contrario*, l'employeur ne peut vraisemblablement se prévaloir d'un tel règlement à l'encontre du salarié : v. Soc., 25 septembre 1991, n° 87-42.396, *Dr. soc.* 1992.25, note J. Savatier : « Le règlement intérieur [...], s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise dès lors qu'il est régulièrement pris ».

9. Soc., 25 septembre 1991, préc.

C. Contrôle de légalité du règlement intérieur¹

55. La mission de contrôle de l'inspecteur du travail consiste en un examen de la légalité externe et interne de l'acte. Vérification est faite, d'abord, que, l'employeur a élaboré le règlement intérieur en respectant la procédure et en y abordant l'ensemble des dispositions obligatoires. Il vérifie ensuite que les règles contenues dans le règlement ne sont pas étrangères au domaine exclusif et ne sont pas contraires aux lois, règlements et accords collectifs en vigueur.

L'inspection du travail ne dispose, à l'encontre du règlement intérieur qu'elle estime irrégulier, d'aucun pouvoir : elle ne peut en prononcer l'annulation, ni, *a fortiori*, user d'un quelconque pouvoir de réfaction. Elle jouit en revanche d'un large pouvoir d'injonction à l'adresse de l'employeur². L'injonction de l'inspecteur du travail diffère selon l'irrégularité constatée. Est exigé le retrait ou la modification des dispositions étrangères au contenu obligatoire et exclusif ou des dispositions illégales ; est réclamé l'ajout des dispositions absentes entrant dans le champ du contenu obligatoire.

Si la loi n'impose pas à l'administration le contrôle effectif du règlement ainsi que l'émission d'une quelconque déclaration d'illégalité, l'injonction peut être adressée à tout moment ; elle n'est enfermée dans aucun délai. À l'employeur auquel est adressée une telle injonction de procéder aux modifications réclamées, sauf à exercer les voies de recours qu'offre le droit administratif. D'abord, peut être formé un recours gracieux devant l'inspecteur du travail lui-même ou bien un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail et de l'emploi dont la décision, expresse ou implicite (passé le délai de 4 mois), peut faire l'objet, à son tour, d'un recours gracieux ou hiérarchique devant le ministre du travail. Ensuite, peut être formé devant le tribunal administratif ou devant le Conseil d'État lorsqu'est en cause la décision du ministre, un recours contentieux. Le juge administratif est alors conduit à connaître de la licéité de cet acte réglementaire... de droit privé³.

C h a p i t r e 11

Le pouvoir de punir

56. La légitimité du pouvoir de punir le salarié fautif n'a rien, *a priori*, d'évidente. Entre le salarié et l'employeur existe un rapport de droit privé ; rien d'autre. Le défaut d'exécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles connaît un régime de sanction, la responsabilité contractuelle, qui suppose l'intervention d'un juge extérieur pour apprécier l'importance de l'inexécution. L'affirmation du pouvoir de sanctionner les transgressions du contrat ne peut résulter que de la nature particulière du contrat de travail dont l'objet est précisément de placer le salarié sous la subordination de l'employeur. Jamais ne fut évoqué le droit du salarié de se faire justice à lui-même des fautes de l'employeur, son cocontractant⁴... Le pouvoir de punir s'affirme comme le corollaire du pouvoir de direction qui, sans lui, perdrait toute efficacité.

1. A. Jeammaud, « Les contrôles de la légalité du règlement intérieur », *Dr. soc.* 1983.520.

2. C. trav., art. L. 1322-1.

3. Aucune obligation ne pèse sur le juge administratif de s'adresser, à titre préjudiciel, au juge judiciaire : G. Berthon, D. Chenu, « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur, une tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p. 1142.

4. V. Crim., 8 janvier 1992, n° 90-86.553, *Bull. crim.*, n° 5.

Privilège, il connut sa nuit du 4 août. La loi du 4 août 1982 confirme l'employeur dans son pouvoir disciplinaire mais, suivant un processus de civilisation de l'entreprise, elle restreint notablement cette sphère du pouvoir patronal : émerge un *droit disciplinaire*¹.

§ I. La délimitation du pouvoir disciplinaire

57. Délimiter le pouvoir disciplinaire c'est, d'abord, en donner une définition légale permettant d'identifier les décisions de l'employeur qui en relèvent et qui, partant, doivent satisfaire aux règles prévues pour son exercice. Il y a exercice du pouvoir disciplinaire chaque fois que la mesure prise par l'employeur est une « sanction » répondant à la « faute » du salarié. De la sanction et de la faute, une définition doit être proposée (A) avant que d'en dessiner les conditions de la légalité (B).

A. Définition des sanctions et des fautes

1. La sanction

« Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

(C. trav., art. L. 1331-1)

58. La loi adopte une définition large de la sanction. Il ne faut pas s'y tromper : est ainsi améliorée la situation du salarié puisque s'étend, par la même occasion, le domaine d'application du régime protecteur du salarié lors de l'exercice du pouvoir par l'employeur.

La sanction est définie par son effet sur la situation du travailleur dans l'entreprise : licenciement, mutation, rétrogradation, retard dans l'avancement, mise à pied. L'effet peut ne pas être immédiat. Il suffit que ces mesures soient de nature, par leur répétition par exemple, à affecter à terme la situation du salarié, tel le blâme, la réprimande, l'avertissement². La mesure décidée par l'employeur ne suffit pas à la qualification de sanction ; de la décision objectivement constatée, il faut établir la cause. Est une sanction la réaction inspirée par un comportement considéré comme fautif par l'employeur ; ne saurait donc relever du droit disciplinaire la mesure inspirée par la situation de l'entreprise ou l'insuffisance professionnelle ou physique du salarié. Ne saurait non plus – mais la frontière est mince – constituer une sanction la décision prise par l'employeur pour des raisons de sécurité³.

2. La faute disciplinaire

59. Il y a le fait ; il y a la connaissance que l'on peut en avoir. La faute n'existe juridiquement qu'à la condition que la preuve en soit rapportée. La rédaction de certaines décisions et la mode doctrinale qui consiste à étudier le droit du travail sous l'angle des libertés (et non plus sous l'angle du droit) incitent à confondre ces deux questions, pourtant essentiellement différentes, que sont la notion et la preuve. Un comportement peut parfaitement être fautif sans que l'employeur puisse en apporter une preuve licite⁴.

1. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc. p. 245.

2. *A contrario*, « les lettres de l'employeur qui se bornaient à demander au salarié de faire un effort pour se ressaisir ne constituaient pas une sanction disciplinaire » (Soc., 3 février 2010, n° 07-44.491, *JCP S* 2010.1140, note L. Draï ; . v. aussi Soc., 7 juin 2011, n° 10-14.444).

3. Plén., 6 janvier 2012, n° 10-14.688, *JCP E* 2012.1213, note S. Béal, M. Marguerite.

4. Inversement : Mix., 18 mai 2007, n° 05-40.803, *JCP S* 2007.1538, note A. Barège, B. Bossu : un salarié se faisait adresser sur son lieu de travail, mais sous pli discret, des revues destinées aux couples échangistes. Par erreur, l'employeur prit connaissance du