

21 MAI 1983.

CIRCULAIRE

DRT N° 5-83 DU 15 MARS 1983.

Relative à l'application des articles 1er à 5 de la loi du 4 août 1982 concernant les libertés des travailleurs dans l'entreprise.

La loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise marque une étape importante dans la conception des relations du travail en France. Le contrat de travail plaçant, par définition, le salarié dans un état de subordination juridique vis-à-vis de l'employeur, certains chefs d'entreprise en ont longtemps déduit qu'ils pouvaient apporter, aux droits individuels des personnes placées sous leur autorité, des limitations que ne pouvait justifier la seule marche de l'entreprise. L'absence de règles générales régissant le contenu du règlement intérieur et, plus largement, le droit disciplinaire, a permis cet état de choses. Le premier objectif de la loi du 4 août a été d'y remédier, en limitant les contraintes imposables aux salariés par le règlement intérieur et en édictant les principes de base d'un droit disciplinaire général. Le second objectif de la loi est le complément du précédent. S'il faut éviter que ne soient imposées aux salariés des sujétions injustifiées, il faut aussi leur permettre de s'exprimer librement sur le travail qu'ils effectuent pour tenter ainsi d'en améliorer le contenu et les conditions d'exécution.

Le second objectif et les dispositions qui doivent désormais en permettre la réalisation ayant été analysés dans la circulaire du 18 novembre 1982, la présente circulaire commentera les dispositions des articles 1er à 5 de la loi du 4 août 1982 ainsi que celles du décret n° 83-160 du 3 mars 1983 pris pour l'application des articles nouveaux L. 122-36 et L. 122-41.

L'article 1er de la loi du 4 août a remplacé la section VI ancienne du chapitre II, du titre II, du livre Ier du code du travail par une section VI nouvelle comportant deux sous-sections nettement différenciées, tant dans leur champ d'application que dans leur contenu: la sous-section I relative au règlement intérieur et la sous-section II relative à la protection des salariés et au droit disciplinaire.

1. Le règlement intérieur.

On examinera successivement le champ d'application des dispositions nouvelles (art. L. 122-33), le contenu du règlement intérieur (art. L. 122-34 et L. 122-35), son mode d'élaboration (art. L. 122-36), le contrôle exercé par l'administration du travail (art. L. 122-37 et L. 122-38), enfin les dispositions concernant les notes de service (art. L. 122-39).

11. Champ d'application (art. L. 122-33).

On notera, tout d'abord, que, du fait de la modification apportée à l'article L. 321-2 par l'article 4 de la loi, il est mis fin à l'ambiguïté qui résultait, en ce qui concerne le champ d'application du règlement intérieur, de la combinaison de l'ancien article L. 122-33 et de l'ancien article L. 321-2, tel qu'il était précisé notamment par l'arrêté du 15 décembre 1977. Désormais, l'article L. 122-33 fixe seul le champ d'application du règlement intérieur.

111. Activités assujetties.

Le champ d'application est défini dans les mêmes termes que celui de l'institution des délégués du personnel, résultant de l'article L. 421-1 nouveau (loi n° 82-915 du 28 octobre 1982). Outre le souci de simplifier les définitions des champs d'application, cet alignement s'explique par le rôle qui revient aux délégués du personnel dans la procédure d'adoption du règlement intérieur.

Par rapport aux dispositions antérieures, on constate que continuent à être visés :

les entreprises ou établissements industriels et commerciaux (y compris les établissements publics à caractère industriel ou commercial qui sont expressément mentionnés) ;

les offices publics et ministériels ;

les professions libérales ;

les syndicats professionnels ;

les associations.

En outre, sont désormais tenus d'établir un règlement intérieur:

les entreprises ou établissements agricoles;

les sociétés civiles;

les organismes de sécurité sociale (à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif);

les sociétés mutualistes;

les organismes de droit privé quels que soient leur forme et leur objet.

On notera que sont englobés tous les établissements publics qui n'ont pas le caractère d'établissements administratifs. Les problèmes d'articulation qui peuvent apparaître, dans certains cas, entre les dispositions statutaires applicables à certains de ces établissements et le règlement intérieur seront examinés au point 127 ci-après.

112. Condition d'effectifs.

La loi rend l'établissement d'un règlement obligatoire dans les entreprises ou établissements où sont employés habituellement au moins vingt salariés.

1121. Notion d'emploi habituel.

Cette notion qui figurait aux anciens articles L. 412-4 et L. 420-1 a été précisée par la jurisprudence. Il en découle, d'une part, que la notion d'occupation habituelle est une question de fait qui doit être appréciée compte tenu de l'activité normale de l'entreprise, d'autre part que, à défaut d'un nombre précis de mois fixé par la loi, le délai à retenir peut être généralement de six mois.

C'est donc par référence à ces principes que pourra être appréciée l'obligation d'établir un règlement intérieur. Il est rappelé, toutefois, que, par application

de l'article R. 122-16, en cas d'ouverture d'entreprise, le règlement intérieur doit être établi dans les trois mois. Ceci signifie que l'engagement de la procédure d'établissement du règlement intérieur devient obligatoire au bout de trois mois si le seuil de vingt salariés a été franchi continûment durant cette période. Dans le cas contraire, le délai à retenir est celui de six mois.

1122. Mode de calcul des effectifs.

Le seuil de vingt salariés doit être calculé selon les règles générales applicables pour la détermination des différents seuils du code du travail et non pas selon les modalités nouvelles fixées pour la mise en pace des institutions représentatives du personnel.

Par conséquent, doivent être comptés comme une unité tous les salariés liés par un contrat de travail, qu'il soit à durée indéterminée ou déterminée, qu'il soit en cours ou suspendu, y comprise les travailleurs à domicile.

Les travailleurs temporaires et les salariés à temps partiel doivent, eux, être pris en compte dans les conditions définies respectivement par les articles L. 124-14 et L. 212-4-4.

Conformément à l'article L. 124-14, la détermination des effectifs de travailleurs temporaires employés dans les entreprises utilisatrices s'effectue à la fin de chaque exercice annuel: pour les entreprises qui recourent à ce type de main-d'oeuvre si le seuil de vingt salariés n'est pas atteint avec les seuls permanents, la vérification sera opérée en fin d'exercice. Dans les entreprises de travail temporaire, elles-mêmes et dans le silence de la loi, il semble que la notion d'emploi habituel doive s'apprécier de la même façon pour les salariés permanents et les salariés liés par un contrat de travail temporaire, c'est-à-dire sur une période de six mois.

La détermination des effectifs de salariés à temps partiel s'effectuera conformément aux règles fixées à l'article R. 212-1 et à la même périodicité que pour les autres salariés de l'entreprise.

113. Niveau d'appréciation de l'obligation.

Le seuil d'effectif à partir duquel le règlement intérieur est obligatoire doit s'apprécier au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci comporte des établissements distincts. Si aucun établissement n'atteint vingt salariés, le règlement intérieur est unique et adopté au niveau de l'entreprise. Si un ou plusieurs établissements atteignent vingt salariés, une procédure propre à chaque établissement doit, en principe et au terme des dispositions de la loi, être mise en oeuvre. Toutefois, cela n'interdit pas l'adoption d'un règlement de contenu identique, si, évidemment les caractéristiques du travail dans les établissements

sont les mêmes. Dans ce cas, l'inspecteur du travail compétent pour l'établissement devra, avant de se prononcer, demander à l'inspecteur du travail compétent pour le siège social de l'entreprise de lui communiquer ses propres observations.

Ainsi que le précise, d'autre part, le deuxième alinéa de l'article L. 122-33, des dispositions spéciales peuvent être prises dans le règlement intérieur soit pour certaines catégories du personnel soit pour une partie de l'entreprise. L'intervention de telles dispositions qui ne peuvent concerner que les matières mentionnées à l'article L. 122-34 ne se justifie évidemment que par la spécificité des emplois exercés et dans la mesure où les règles générales arrêtées pour les autres catégories de personnel ou pour les autres secteurs de l'établissement sont inappropriées ou insuffisantes. Ces dispositions constituent des annexes au règlement intérieur et doivent être soumises à la même procédure d'adoption que le règlement lui-même.

114. Cas des entreprises de moins de vingt salariés.

L'établissement d'un règlement intérieur est toujours possible dans les entreprises de moins de vingt salariés. Lorsqu'elles envisagent d'établir un tel document, les entreprises doivent respecter toutes les dispositions fixées aux articles L. 122-34 à L. 122-39, qui sont de portée générale. On ne saurait considérer, en effet, que là où le règlement intérieur n'est pas obligatoire il puisse avoir un contenu et un mode d'élaboration différents de ceux que la loi a fixés.

12. Contenu du règlement intérieur (art. L. 122-34 et L. 122-35).

Le législateur a entendu limiter le contenu du règlement intérieur, qui jusqu'à présent comportait des clauses les plus diverses, aux seules dispositions relatives à l'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, aux règles générales et permanentes relatives à la discipline ainsi qu'aux droits de la défense des salariés dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

Ces trois séries de clauses obligatoires doivent, d'autre part, être conformes aux principes généraux rappelés par l'article L. 122-35 et qui seront analysés au point 124 ci-après.

121. Dispositions en matière d'hygiène et de sécurité.

Dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité du travail, la réglementation n'a créé d'obligations qu'à l'employeur dont la responsabilité personnelle peut être mise en cause au plan pénal en cas d'inobservation de cette réglementation.

Le règlement intérieur ne doit donc pas avoir pour objet de soustraire l'employeur à cette responsabilité ou d'en transférer une partie sur les salariés. Mais la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles nécessite que les salariés aussi prennent conscience des risques qui existent sur le lieu de travail et respectent les règles qui ont pour but de les réduire.

Ainsi, doivent être élaborées des «consignes de sécurité» que les salariés (ou certains d'entre eux) doivent respecter en vue d'assurer leur propre sécurité et leur santé ainsi que celles des autres travailleurs. Ces consignes peuvent figurer dans le règlement intérieur ou y être annexées.

Plusieurs textes réglementaires prévoient d'ailleurs des documents de cette nature pour l'exécution de travaux dangereux ou la conduite de certains véhicules. On peut citer à titre d'exemples :

les «prescriptions de sécurité» à observer par les salariés qui travaillent sur une installation électrique ou à son voisinage, prévues par le décret du 14 novembre 1962 concernant la protection des travailleurs contre les courants électriques ;

les consignes de sécurité imposées par le décret du 28 septembre 1979 relatif à la protection des travailleurs dans les établissements pyrotechniques ;

les instructions aux conducteurs de chariots à conducteur porté prévues par l'arrêté du 30 juillet 1974 modifié, étendant des dispositions générales prises dans le cadre du code de sécurité sociale.

Il n'est pas nécessaire que le règlement intérieur reprenne le texte même de ces dispositions, mais il doit y faire référence et rappeler l'obligation pour les salariés de les respecter.

A côté des prescriptions, le règlement intérieur doit également comporter, en fonction de la nature des risques existants dans l'entreprise telle qu'elle résulte notamment de l'analyse effectuée par le C.H.S.C.T., des consignes relatives à la circulation, aux transports et manutentions, à l'emploi des divers matériels, équipements ou machines, à l'utilisation des véhicules, au port des équipements individuels de protection, etc.

Ainsi, par exemple, peuvent être prévues l'interdiction d'accéder aux cabines de grue ou d'en descendre autrement que par des installations prévues à cet effet, ou bien encore l'obligation de porter des lunettes pour effectuer des travaux de soudure, un casque de protection sur un chantier de bâtiment, un masque antipoussières pour des opérations polluantes.

Le règlement intérieur doit aussi fixer les modalités d'application de certaines dispositions réglementaires, par exemple :

les heures pendant lesquelles l'accès du réfectoire est interdit dans les établissements qui en sont pourvus (art. R. 232-17) ;

les conditions d'introduction, de distribution et de consommation des boissons alcoolisées (art. R. 232-21) ;

les conditions dans lesquelles sont nettoyées les armoires vestiaires (art. R. 232-24) ;

les conditions d'utilisation des douches dans les établissements où sont effectués certains travaux insalubres ou salissants (art. R. 232-26 et arrêté du 23 juillet 1947) ;

les conditions d'utilisation des sièges lorsque ceux-ci doivent être mis à la disposition des salariés (art. R. 232-29).

Enfin, il convient de noter que la notion d'hygiène et de sécurité doit être entendue au sens large et englobe, notamment, le domaine de la médecine du travail. Ainsi, par exemple, dans la mesure où cette réglementation impose à l'employeur des obligations sanctionnées pénalement en matière d'examens médicaux (art. R. 241-48 et suivants), l'employeur peut préciser dans le règlement intérieur l'obligation pour les salariés de se présenter aux visites médicales et examens complémentaires prévus par la réglementation en vigueur.

D'une manière générale, le règlement intérieur peut prévoir des sanctions disciplinaires à l'égard des salariés qui enfreindraient ces règles d'hygiène ou de sécurité ou certaines d'entre elles considérées comme essentielles.

122. Les règles générales et permanentes relatives à la discipline.

1221. La notion de discipline.

Cette notion doit être définie aussi précisément que possible. En effet, ce sont les clauses de nature disciplinaire qui, en raison de leur caractère archaïque ou abusif, ont fait l'objet des plus vives critiques. Conformément à la volonté du

législateur, qui a clairement manifesté l'intention de faire disparaître du règlement intérieur toutes les «brimades» injustifiées, le règlement intérieur ne doit plus, désormais, être un catalogue d'interdictions de toute nature, qui serait l'expression d'un pouvoir de police générale analogue à celui qui détiennent les autorités publiques.

L'entreprise constitue une communauté à vocation limitée. Elle ne rassemble des personnes que pendant une durée limitée, le temps de travail, et pour atteindre une finalité limitée, la production de biens ou de services. Si son fonctionnement, comme celui de toute autre collectivité organisée, dépend du respect d'un certain nombre de règles, ces règles ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires à la fois à assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et à atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée. Cette double finalité marque également leur limite.

Ainsi, le respect des horaires de travail, la justification des absences, par exemple, constituent des dispositions de base sans lesquelles l'entreprise ne pourrait fonctionner. On voit même qu'il s'agit là de dispositions qui ne sont pas, à proprement parler, négociables. Mais d'autres mesures n'ont pas, à priori, la même justification: l'interdiction de chanter ou de porter un badge, peuvent être parfaitement légitimes dans certaines circonstances et tout à fait inacceptables dans d'autres.

D'autre part, toute mesure de portée générale n'a pas pour autant un caractère disciplinaire. Pour revêtir ce caractère, il faut qu'il s'agisse d'une obligation ou d'une interdiction (ou d'une limitation) de faire dont le non-respect expose à l'application de sanctions. Ainsi une clause exonérant la direction de toute responsabilité en cas de vol dans les vestiaires ou une clause précisant que le salaire est payé tous les mois, qui n'ont pas un caractère disciplinaire, ne doivent plus figurer dans le règlement intérieur.

Compte tenu de ce qui précède, le règlement intérieur peut comporter, à titre d'exemples, des clauses relatives à:

l'obligation de respecter les horaires et, par voie de conséquence, de pointer;

l'obligation de prévenir en cas d'absence ou de retard;

l'obligation de demander des autorisations d'absence;

l'interdiction de se déplacer sans avertir ou sans être remplacé à son poste lorsqu'il s'agit soit de personnes dont la présence permanente est nécessaire pour surveiller le fonctionnement d'une machine, soit de personnes qui ont des contacts permanents avec la clientèle (exemple: standardiste, hôtesse d'accueil . . .);

l'obéissance aux ordres hiérarchiques dans l'exécution des tâches confiées;

l'interdiction de lacérer ou détruire les affiches ou notes de service régulièrement apposées sur les panneaux appropriés;

l'interdiction d'emporter des objets appartenant à l'entreprise sans autorisation;

l'interdiction d'utiliser pour son propre compte, sans autorisation, les machines, outils ou matériaux appartenant à l'entreprise.

1222. Echelle des sanctions.

Le règlement intérieur doit, par ailleurs, définir les différentes sanctions qui peuvent être infligées aux salariés, et les classer selon leur importance.

La définition de la sanction telle qu'elle a été donnée par l'article L. 122.40, sera examinée au paragraphe 22 de la partie traitant du droit disciplinaire.

Sans qu'il puisse en être dressé une liste exhaustive, l'échelle des sanctions qui existe déjà dans de nombreux règlements intérieurs et dans les conventions collectives comporte généralement dans un ordre croissant:

l'avertissement ou le blâme;

la mise à pied;

la mutation;

la rétrogradation (sous réserve de l'observation ci-dessous);

le licenciement.

En ce qui concerne la rétrogradation, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 1er décembre 1981, a interdit la rétrogradation avec diminution de salaires qu'elle a assimilée à une amende. Toutefois, aucune décision de justice n'est intervenue jusqu'à présent pour interdire la rétrogradation avec maintien du salaire.

1223. Interdiction des amendes et autres sanctions pécuniaires (art. L. 122.42) .

Les amendes et autres sanctions pécuniaires ne peuvent plus figurer dans la liste des sanctions. Elles sont interdites, non plus comme précédemment pour les manquements aux prescriptions du règlement intérieur, mais de manière générale.

Sur ce point, les clauses de certains statuts qui prévoient des amendes sont désormais illégales et devront être abrogées.

L'interdiction des autres sanctions pécuniaires que les amendes a pour but d'éviter que par un changement de terminologie on introduise des sanctions équivalentes à des amendes déguisées.

Toutefois, la frontière entre les amendes et sanctions pécuniaires interdites et les diminutions des rémunérations licites est parfois difficile à tracer.

La notion d'amende et de sanction pécuniaire interdite.

L'amende ou la sanction pécuniaire peut être définie comme une retenue sur salaires à l'encontre d'une personne qui a normalement fourni sa prestation de travail. La mise à pied disciplinaire ne peut donc être assimilée à une sanction pécuniaire interdite puisque le salarié mis à pied n'a pas effectué de travail et ne peut prétendre à un salaire.

Conformément aux vœux du législateur, les mises à pied peuvent continuer de figurer à titre de sanction dans les règlements intérieurs, mais les amendes doivent en être formellement retirées.

La jurisprudence a admis, en revanche, que le temps non travaillé pour une raison quelconque pouvait affecter certains éléments de rémunération. Tel est le cas de la réduction ou de la suppression des primes dont le montant varie en fonction des absences du salarié.

La réduction ou la suppression d'une prime en cas de retard ou d'absence, y compris les absences pour grève, est considérée comme licite à condition qu'elle

joue de la même façon pour tous les cas d'absence (Cass. soc. 26 février 1981).

La prime peut, d'autre part, ne pas être réduite proportionnellement à la durée de l'absence à condition que tous les salariés absents soient traités d'une manière semblable quel que soit le motif de leur absence. C'est en ce sens que la cour de cassation a interprété l'article L. 521-1 du code du travail qui dispose que l'exercice du droit de grève «ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux».

En revanche, une prime d'assiduité qui ne serait réduite que pour participation à une grève, ou qui subirait un abattement plus important en cas d'absence pour grève qu'en cas d'absence pour maladie, serait illégale (Cass. soc. 26 avril 1981).

De même, il n'est pas illicite de minorer une partie de l'intéressement basée sur les résultats du compte de gestion en raison des appréciations portées sur le comportement du salarié lorsqu'il s'agit de la fixation de la partie variable et facultative de l'intéressement selon les résultats de l'activité de l'intéressé (Cass. soc. 15 février 1979).

Toute infraction aux dispositions de l'article L. 122-42 est passible d'une amende de 2 000 à 20 000 F et, en cas de récidive, d'une amende de 10 000 à 40 000 F (art. L. 152-1 du code du travail).

123. Les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés.

L'article L. 122-41 a prévu des garanties de procédure destinées à protéger les salariés contre lesquels l'employeur envisage de prendre une sanction.

Ces dispositions, qui seront examinées au point 231, doivent obligatoirement être intégrées dans le règlement intérieur sauf si la convention collective applicable prévoit déjà une procédure, auquel cas ce sont les dispositions de celles-ci qui doivent figurer dans le règlement intérieur.

124. Conformité des clauses du règlement intérieur aux dispositions de l'article L. 122-35.

L'article L. 122-35 définit l'ensemble des règles auquel le contenu du règlement intérieur doit désormais se conformer.

1241. Conformité aux lois et règlements.

Le règlement intérieur doit, tout d'abord, être conforme aux dispositions des lois et règlements relevant du droit du travail, mais également de l'ensemble des autres branches du droit (droit civil, droit pénal, droit commercial . . .).

Ainsi, sont illégales les clauses se rattachant à la discipline qui :

obligent les salariés à présenter leurs réclamations par la voie hiérarchique, en contradiction avec le statut des délégués du personnel ;

rendent automatique la rupture du contrat de travail en cas d'absences non justifiées dans les vingt-quatre heures ou quarante-huit heures, contrairement à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse posée par l'article L. 122-14-2 du code du travail ;

prévoient l'ouverture du courrier adressé aux salariés, puisque cela constitue une violation du secret de la correspondance réprimée par l'article 187 du code pénal

La loi rappelle, par ailleurs, le principe de non-discrimination qui a déjà été réglé par d'autres textes, notamment par les articles 416 du code pénal , qui sanctionne les discriminations raciales, et L. 140.2 du code du travail , qui prévoit l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

Le règlement intérieur ne peut donc désormais comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale.

1242. Respect des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives.

On peut considérer que ne sont plus désormais conformes à la loi les dispositions qui ne respectent pas les droits des personnes et les libertés individuelles ou collectives d'une manière générale et sans distinguer entre les salariés selon la nature des tâches effectuées.

Ainsi peuvent être regardées comme portant atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles :

l'interdiction du mariage entre salariés ou l'interdiction d'épouser une personne divorcée;

l'obligation d'adopter un type de coiffure;

l'obligation de porter un uniforme sans aucune restriction;

le recours à l'alcootest ou à la fouille en toute circonstance;

l'interdiction absolue de chanter, siffler ou de parler à ses collègues;

l'interdiction de porter des badges ou des insignes;

l'interdiction d'introduire un journal dans l'entreprise.

En ce qui concerne les libertés collectives, bien qu'elles soient expressément mentionnées par la loi, elles trouvent en principe leur traduction normale dans le cadre d'institutions organisées par des textes spécifiques.

Ainsi, par exemple, le droit de réunion s'exerce dans le cadre des droits syndicaux ou du droit d'expression et le droit d'association dans le cadre des activités développées par le comité d'entreprise. En revanche, l'exercice de libertés publiques telles que la liberté d'expression politique ou la liberté du culte ne saurait être garanti dans l'entreprise. Toutefois, il n'est pas interdit que des réunions non prévues par la réglementation ou les accords collectifs se tiennent dans l'entreprise avec l'accord de l'employeur.

Si des restrictions aux libertés peuvent, dans certains cas, être justifiées, l'article L. 122-35 assigne expressément une limite à ces restrictions: elles doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Ainsi, le recours à l'alcootest peut être prévu lorsqu'il s'agit de vérifier le taux d'alcoolémie d'un salarié qui manipule des produits dangereux, ou est occupé à une machine dangereuse ou conduit des véhicules automobiles, et notamment transporte des personnes.

Peut également être justifié, notamment pour des raisons de sécurité, le port d'un

vêtement isolant pour des manipulations de produits dangereux. De même, dans les entreprises commerciales ou de prestations de services, le port d'un uniforme ou d'un insigne de fonction peut être justifié lorsque l'employeur peut démontrer qu'il est lié, dans l'intérêt de la clientèle, à l'exercice de certaines fonctions.

En ce qui concerne la fouille, elle peut être prévue à titre préventif si l'activité de l'entreprise le justifie pour des raisons de sécurité collective. Ainsi, sous réserve qu'elle soit effectuée dans des conditions d'élémentaire décence et, de préférence, à l'aide d'appareils de détection adaptés, la fouille des personnes travaillant dans des laboratoires où certains métaux ne doivent pas être introduits peut être admise. Il peut en aller de même pour la sortie de certains produits dangereux.

Par contre, la fouille liée à la recherche d'objets volés, qui est assimilée par la jurisprudence à une perquisition, ne peut être effectuée que dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, c'est-à-dire, notamment, uniquement par un officier de police judiciaire.

Toutefois, en cas de disparitions renouvelées et rapprochées d'objets ou de matériels appartenant à l'entreprise, il peut être toléré que les salariés soient invités à présenter le contenu de leurs effets ou objets personnels, à condition qu'ils aient été expressément avertis du droit de s'opposer à cette vérification. En cas de refus, l'employeur ne peut qu'alerter les services de police judiciaire compétents. Afin de prévenir des contestations ultérieures, le consentement des salariés devra dans toute la mesure du possible être recueilli en présence de tiers, autres salariés ou représentants du personnel qui pourront également assister à cette opération. En toute hypothèse, la vérification doit s'effectuer dans des conditions qui préservent l'intimité des salariés à l'égard des tiers non requis. Ainsi il n'est pas envisageable que l'on puisse faire vider un sac à main devant d'autres salariés étrangers à l'opération.

Dans les mêmes circonstances et avec les mêmes garanties, il peut être admis que des vérifications similaires soient effectuées dans les vestiaires.

Lorsqu'un salarié a été surpris en flagrant délit et, notamment, a été trouvé en possession d'objets relatifs à l'infraction, il peut, conformément aux dispositions de l'article 73 du code de procédure pénale, être immédiatement conduit devant l'officier de police judiciaire le plus proche. Dans ce cas, l'employeur peut retenir l'intéressé pendant le temps nécessaire à sa conduite devant l'officier de police judiciaire, qui a seul compétence, en application de l'article 56 du code de procédure pénale, pour procéder à la fouille de l'intéressé, même en l'absence de son consentement. Toutefois, il va de soi que si, lorsqu'il est interpellé en flagrant délit, l'intéressé restitue spontanément l'intégralité des objets volés, il n'est pas besoin de recourir à un officier de police judiciaire. Pour éviter toute difficulté ultérieure de preuve, il est également souhaitable que cette restitution spontanée soit effectuée en présence d'un tiers, autre salarié ou représentant du personnel.

1243. Conformité du règlement intérieur à la convention collective.

De nombreuses conventions collectives comportent déjà des dispositions concernant les matières qui désormais doivent obligatoirement être traitées par le règlement intérieur, en particulier la discipline. Ceci appelle deux remarques:

En premier lieu, le règlement intérieur ne doit pas contenir de clause moins favorable, dans ces matières, que la convention, même si la convention n'a pas été étendue. Sur ce dernier point, la loi va au-delà de la jurisprudence antérieure, qui n'assimilait aux lois et règlements que les conventions étendues.

En second lieu, et d'un point de vue formel, le règlement intérieur risque de faire double emploi avec la convention. Toutefois, étant donné l'intérêt que peut présenter pour les salariés une information précise sur les dispositions conventionnelles qui leur sont applicables, l'employeur peut parfaitement reprendre dans le règlement intérieur l'intégralité de ces dispositions.

En outre, si la convention collective applicable prévoit déjà une procédure pour la mise en oeuvre des sanctions disciplinaires, les dispositions traitant de ce problème doivent, étant donné leur importance, être introduites en totalité dans le règlement intérieur (art. L. 122-34). Ainsi, les dispositions des articles 33 et suivants de la convention collective du personnel des banques qui prévoient le recours à un conseil de discipline doivent être intégrées dans le règlement intérieur.

125. Dispositions prohibées.

Toutes les matières autres que celles mentionnées par l'article L. 122-34 et définies aux points 121, 122 et 123 ne peuvent plus désormais figurer dans le règlement intérieur. En effet, l'article L. 122-34 interdit qu'aucune autre matière y figure même à titre facultatif.

Ainsi, tant à l'occasion de la révision des règlements intérieurs effectuée en application de l'article 5 de la loi qu'à l'occasion de l'examen de chaque règlement intérieur, l'inspecteur du travail devra impérativement demander le retrait des clauses relatives à ces autres matières. Selon leur nature, ces clauses doivent être réintégrées soit dans les contrats individuels de travail, soit dans des notes de service, soit, le cas échéant, dans des accords collectifs. Ainsi, par exemple, relèvent:

du contrat de travail: toutes les clauses relatives à la période d'essai, à la rémunération (salaire, primes), à l'obligation de non-concurrence, à la durée du préavis;

de la note annuelle de service: les indications relatives à la date de fermeture annuelle de l'entreprise et à l'ordre des départs en congés payés.

Dans tous les cas où la matière traitée relève des attributions des institutions représentatives du personnel, il va de soi que la note de service ne peut intervenir qu'après information ou consultation des institutions compétentes.

En ce qui concerne les informations relatives aux conditions d'embauche, elles devront être données sous forme de note remise au moment de l'embauche. Il convient de rappeler que, même à ce stade, l'employeur est tenu de respecter les lois et règlements, ainsi que les libertés publiques qu'il s'agisse, par exemple, du principe de non-discrimination ou de l'interdiction de demander la production d'un bulletin de casier judiciaire dans le cas où la nature de l'emploi ne le justifierait pas.

126. Clauses relatives à l'ordre des licenciements.

L'ancien article L. 321-2 prévoyait qu'à défaut de conventions collectives applicables, le règlement intérieur déterminait les règles générales relatives à l'ordre de licenciement en cas de licenciement collectif.

Compte tenu de la nature et du contenu du règlement intérieur, tels qu'ils sont définis par l'article L. 122-34, les dispositions fixant l'ordre des licenciements ne peuvent plus désormais figurer dans un règlement intérieur.

Dans ce contexte, il est prévu à l'article L. 321-2 nouveau, dont les dispositions sont entrées en vigueur dès la promulgation de la loi, qu'à défaut de convention ou d'accord collectif applicable à l'entreprise ou à l'établissement, l'employeur doit indiquer à l'autorité administrative compétente, à l'occasion de chaque projet de compression d'effectifs, les critères qu'il a retenus, après consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, pour fixer l'ordre des licenciements.

Ces critères prennent notamment en compte les charges de famille et en particulier celles des parents isolés, l'ancienneté de service et les qualités professionnelles.

Ils font partie des renseignements utiles que l'employeur est tenu de fournir aux représentants du personnel dans le cadre de la procédure de consultation instituée par l'article L. 321-4 du code du travail et dans les mêmes conditions que celles fixées à cet article. Il est rappelé à ce propos que ces informations sont portées simultanément à la connaissance de l'autorité administrative compétente.

Dans tous les cas, s'il n'existe pas de convention ou d'accord collectif applicable, il importe que l'employeur joigne la liste des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements à la demande d'autorisation prévue à l'article R. 321-8.

127. Articulation entre statut et règlement intérieur.

Les statuts de certaines entreprises publiques comportent des dispositions qui, en application de la loi, doivent désormais figurer dans le règlement intérieur.

Si l'entreprise est assujettie à l'obligation d'avoir un règlement intérieur, l'existence du statut ne l'exonère pas de cette obligation. Dans ce cas, le règlement intérieur devra être conforme aux règles posées aux articles L. 122-34 et L. 122-35.

Toutefois, il pourra, dans le règlement, être simplement fait référence aux clauses du statut.

Si le statut contient des dispositions qui ne sont pas compatibles avec les conditions nouvelles fixées pour le règlement intérieur, l'autorité responsable devra prendre les mesures nécessaires à une modification du statut.

13. Mode d'élaboration du règlement intérieur (art. L. 122-36).

La loi du 4 août 1982 conserve au règlement intérieur son caractère d'acte unilatéral de l'employeur, dont il traduit le pouvoir d'organisation et de direction de l'entreprise. C'est donc l'employeur qui doit établir le projet de règlement intérieur et qui a la responsabilité du bon aboutissement de la procédure préalable à l'entrée en vigueur du règlement.

131. Procédure de consultation.

1311. Avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel.

Comme précédemment, le projet du règlement intérieur doit être soumis à l'avis du comité d'entreprise, ou, s'il n'en existe pas, à l'avis des délégués du personnel. Cet avis est constitué soit par le compte rendu de la réunion du comité d'entreprise soit par un document écrit rendant compte de la consultation des délégués du personnel.

Dans les entreprises qui n'ont ni comité d'entreprise ni délégués du personnel, la loi n'a pas institué d'autre obligation légale de consultation du personnel. Pour compenser cette absence de consultation, l'inspecteur du travail pourra procéder aux enquêtes qu'il jugera utiles.

Il y a lieu de préciser que l'absence d'une représentation élue du personnel n'est pas un motif qui exonère l'employeur de l'obligation d'établir un règlement intérieur.

1312. Avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de de travail.

La loi apporte une innovation en prévoyant que l'employeur doit recueillir l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail pour les matières qui relèvent de la compétence de celui-ci.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail devra donc être consulté sur le premier groupe de dispositions mentionnées à l'article L.123.34: mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise.

Comme le comité d'entreprise ou les délégués du personnel conservent une compétence plus générale, il convient de consulter d'abord le C.H.S.C.T.

Il est d'autre part rappelé que, conformément à la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux C.H.S.C.T., ce sont les délégués du personnel qui sont investis des missions du C.H.S.C.T. aussi bien dans les établissements de moins de cinquante salariés (article L. 236-1, 4e alinéa) que dans ceux de cinquante salariés et plus où il n'y a pas de C.H.S.C.T. (article L. 236-1, 2e alinéa). Dans le premier cas, les délégués du personnel seront donc consultés simultanément sur les mesures relatives à l'hygiène et à la sécurité et sur l'ensemble du règlement intérieur. Dans le second cas, ils ne seront consultés que sur ces mesures, le comité d'entreprise étant ensuite saisi de l'ensemble du projet.

1313. Caractère obligatoire de ces consultations.

Il est rappelé que, même si l'avis qui est émis par les différentes instances de représentation du personnel ne lie pas l'employeur, celui-ci ne peut se dispenser de les consulter lorsqu'elles existent. Conformément à la jurisprudence, un règlement qui n'a pas été soumis aux représentants du personnel est considéré comme nul et ne peut être appliqué (Cass. 2 soc., 4 juin 1969).

132. Formalités de dépôt et de publicité.

La loi et le décret n'ont pas modifié substantiellement les dispositions antérieures relatives au dépôt et à la publicité du règlement intérieur.

Le règlement intérieur tel qu'il résulte de la consultation des représentants du personnel doit être déposé au secrétariat-greffe du conseil de prud'hommes dans le ressort duquel l'entreprise ou l'établissement est situé (article R. 122-13).

Il doit, en outre, être simultanément affiché à une place convenable et aisément accessible dans les locaux de travail ainsi qu'à la porte des locaux où a lieu l'embauchage (article R. 122-12).

Il va de soi que si des modifications sont ensuite apportées au règlement, notamment à la suite du contrôle opéré par l'administration du travail, un nouveau dépôt et un nouvel affichage du texte modifié doivent être effectués par l'employeur.

133. Entrée en vigueur.

Le règlement intérieur précise lui-même la date de son entrée en vigueur. La loi a simplement fixé un délai minimum avant lequel il ne peut s'appliquer. Ce délai, précédemment de quinze jours, a été porté à un mois après l'accomplissement de la dernière des formalités préalables, afin de permettre une meilleure information des salariés, et de laisser à l'inspection du travail le temps de faire connaître ses observations (art. R. 122-14). Toutefois, la saisine de l'inspection du travail n'ayant pas un caractère suspensif, une fois le délai d'un mois écoulé, le règlement peut entrer en vigueur même si l'inspection n'a pas fait connaître ses observations.

14. Le contrôle du règlement intérieur par l'administration du travail (art. L. 122-37 et 122-38).

141. Les pouvoirs de l'inspecteur du travail.

L'inspecteur du travail doit obligatoirement examiner le règlement intérieur au moment de l'élaboration ou en cas de modification de celui-ci. Il peut en outre intervenir à tout moment, comme l'a précisé la loi.

1411. Le contrôle au moment de l'élaboration.

Simultanément aux mesures de publicité, l'inspecteur du travail doit, conformément à l'article R. 122-15 recevoir deux exemplaires du projet de règlement intérieur, accompagné de l'avis du comité d'entreprise, ou des délégués du personnel, et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Lorsque le projet de règlement intérieur a été modifié pour tenir compte des observations des représentants du personnel, c'est évidemment le texte modifié qui doit être transmis à l'inspecteur du travail.

L'inspecteur du travail doit procéder à une triple vérification:

il doit s'assurer que le règlement comporte bien les trois séries de dispositions prévues à l'article L. 122-34: il peut donc exiger que les dispositions manquantes soient rajoutées;

il doit s'assurer que le règlement ne comporte pas d'autres dispositions que celles-là et peut exiger le retrait des dispositions non prévues par la loi;

il doit enfin s'assurer que les dispositions obligatoires répondent aux exigences fixées par l'article L. 122-35: il peut, à ce titre, exiger la modification des clauses qu'il estimerait non conformes à ces exigences.

La décision de l'inspecteur du travail de demander un complément, un retrait ou une modification du règlement intérieur doit être notifiée à l'employeur sous la forme d'une lettre motivée. En particulier, les demandes de modification doivent être justifiées par la référence aux textes auxquels le règlement est jugé contraire. Une copie de cette lettre doit être adressée pour information à chacune des instances qui ont été consultées.

Comme il a été indiqué plus haut, le délai dont dispose l'inspecteur du travail pour se prononcer sur le contenu du règlement intérieur n'est pas suspensif. Il y a donc intérêt à ce que, dans toute la mesure du possible, il fasse connaître sa décision avant l'expiration du délai d'un mois prévu au deuxième alinéa de l'article L. 122-36.

Durant la période transitoire d'un an ouverte à l'article 5 de la loi, le délai d'un mois ne pourra évidemment pas être respecté le plus souvent. Il est souhaitable néanmoins que les dossiers soient traités avec diligence et il appartiendra aux directeurs départementaux de prendre les mesures nécessaires à cet effet. En cas d'afflux, les dossiers devront être traités dans l'ordre décroissant des effectifs des entreprises.

1412. Le contrôle à «tout moment».

La finalité de ce pouvoir permanent de contrôle doit être précisée. Le législateur n'a pas entendu, par cette disposition, permettre à l'inspecteur du travail de remettre en cause de manière permanente et sans avoir à s'en expliquer la position qu'il a pu prendre antérieurement. Il est souhaitable, en effet, d'assurer une stabilité des situations juridiques dans l'entreprise.

D'un autre côté, il faut que l'inspecteur du travail puisse se saisir à nouveau du dossier toutes les fois que des circonstances importantes ou un fait nouveau le justifient: modification de la réglementation ou des accords collectifs, évolution des règles ou de la jurisprudence dans les matières visées à l'article L. 122-35, changement d'activité principale de l'entreprise, ou encore intervention des représentants du personnel ou de salariés au sujet de l'application du règlement intérieur.

1413. Conséquences à tirer des décisions de justice.

Le troisième paragraphe de l'article L. 122-37 prévoit que l'inspecteur du travail doit recevoir une copie du jugement par lequel un conseil de prud'hommes saisi d'un litige individuel portant sur la régularité d'une clause d'un règlement intérieur appliquée à un salarié, estime que cette clause ne répond pas aux exigences des articles L. 122-34 et L. 122-35 et en écarte l'application dans le cas qui lui a été soumis.

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, la décision de justice, surtout si elle est frappée d'appel, n'emporte aucune conséquence juridique sur la décision de l'inspecteur du travail. Toutefois, il est évident qu'une telle décision constitue bien un fait nouveau au sens du paragraphe précédent qui justifie un réexamen du règlement par l'inspecteur et, éventuellement, une demande de modification dans le sens de la décision de justice.

142. Recours hiérarchique auprès du directeur régional.

L'article L. 122-38 maintient la possibilité antérieure de former un recours devant le directeur régional du travail et de l'emploi contre la décision de l'inspecteur du travail. Ce recours, qui peut émaner soit de l'employeur, soit des salariés ou de leurs représentants, doit être présenté dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur.

Le directeur régional dispose des mêmes pouvoirs de contrôle au fond que l'inspecteur du travail. Aucun délai particulier n'ayant été fixé par la loi, sa décision est donc régie par le droit commun des décisions administratives. Elle doit être notifiée à l'employeur, une copie étant adressée pour information aux

institutions représentatives du personnel qui ont été consultées.

La décision du directeur régional peut aussi faire l'objet de deux recours différents: soit un recours hiérarchique devant le ministre, soit un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif dans le ressort duquel la décision contestée a été prise.

Dans les secteurs où le contrôle de la réglementation du travail est effectué par des fonctionnaires des corps techniques, le recours est porté devant le directeur régional du travail et de l'emploi.

En revanche, dans les secteurs des transports et de l'agriculture, le recours est porté devant le supérieur hiérarchique de l'inspecteur, qui est chargé du contrôle de la réglementation du travail dans ces branches.

143. Sanctions encourrues.

L'article R. 152-4 sanctionne de peines contraventionnelles le non-respect des dispositions des articles L. 122-33 à L. 122-39.

S'exposent notamment à ces sanctions les employeurs qui:

n'ont pas établi de règlement intérieur alors que leur entreprise entre dans le champ d'application de l'article L. 122-33;

ont adopté leur règlement intérieur sans respecter la procédure d'élaboration fixée par la loi;

ont laissé subsister dans le règlement intérieur une clause qui a été considérée comme illégale par l'inspecteur du travail. Par contre, si c'est un conseil de prud'hommes qui a estimé une disposition du règlement illégale (voir point 413 ci-dessus), l'inspecteur ne pourra pas relever d'infraction tant qu'il n'aura pas demandé par écrit la modification du règlement;

n'ont pas procédé à l'affichage ou aux mesures de publicité.

S'exposent également au mêmes sanctions les employeurs qui ne se seront pas mis en conformité avec la loi avant le 7 août 1983.

15. Notes de service.

La volonté du législateur a été d'éviter que les règles strictes désormais imposées pour l'élaboration et le contenu du règlement intérieur ne puissent être tournées par le recours aux formules des notes de service. C'est pourquoi celles-ci, dès lors qu'elles établissent des règles de caractère permanent et valables pour tous les salariés dans les matières qui sont celles du règlement intérieur -- la loi a marqué ce double caractère de généralité et de permanence -- sont soumises aux mêmes dispositions que le règlement intérieur. Dans les établissements qui sont tenus d'avoir un règlement, elles en constituent des annexes. Dans les autres établissements, elles doivent donner lieu aux mêmes formalités et sont justiciables du même contrôle. Ainsi, dans une entreprise de moins de vingt salariés, les notes de service relatives à la discipline doivent-elles être conformes aux principes posés par l'article L. 122-35, donner lieu à consultation des délégués du personnel s'ils existent et à saisine de l'inspecteur du travail.

Il ne saurait cependant être question de soumettre aux mêmes règles l'ensemble des notes de service qui sont nécessaires à l'organisation de l'activité d'une entreprise. Ainsi, les dispositions relatives, par exemple, à la date et à l'organisation de la paie, à la composition des équipes de travail posté, à l'ordre des départs en congé, ne relèvent-elles pas des mêmes procédures. Il en est de même des mesures qui ne concerneraient que des catégories limitées de personnel ou qui n'auraient qu'un caractère temporaire.

Le deuxième alinéa de l'article L. 122-39 vise, d'autre part, à permettre, lorsque c'est nécessaire, la mise en oeuvre immédiate de mesures de sécurité appelés à avoir un caractère permanent. Ainsi l'utilisation de produits toxiques ou de nouveaux matériels présentant des dangers doit-elle être accompagnée de prescriptions dont la mise en oeuvre ne doit pas être subordonnée à la consultation préalable du C.H.S.C.T. Il va de soi, néanmoins, que celui-ci doit ensuite être consulté le plus rapidement possible.

Les notes de service de caractère général et permanent doivent, comme les règlements eux-mêmes, être mises en conformité avec la loi avant le 7 août 1983.

2. La protection des salariés et le droit disciplinaire.

On examinera successivement le champ d'application de ces dispositions, ce qu'il faut entendre par sanction (article L. 122-40), les conditions de mise en oeuvre et les caractéristiques de la procédure disciplinaire (art. L. 122-41 et L. 122-44), le contrôle juridictionnel de cette procédure (art. L. 122-43).

21. Champ d'application.

Si le champ d'application de la sous-section I relative au règlement intérieur a été défini avec précision, la sous-section II ne comporte, par contre, aucune indication sur ce point. En effet, le législateur a entendu donner aux dispositions concernant le droit disciplinaire le champ le plus large possible.

Il faut donc considérer qu'elles sont applicables dans tous les cas où s'établit une relation contractuelle régie par le droit privé et que le champ d'application en est le même que celui que définit l'article L. 511.1 relatif à la compétence des conseils de prud'hommes.

Par conséquent, tout salarié, quelle que soit l'activité ou la taille de l'entreprise, son ancienneté ou son statut, même s'il est en période d'essai, doit bénéficier de ces dispositions.

22. Définition de la sanction (article L. 122.40).

La loi a donné une définition de la notion de sanction, de façon à préciser le champ d'application de la procédure protectrice instituée par l'article L. 122.41. Trois éléments principaux permettent de définir ce qu'est une sanction.

En premier lieu, la sanction est une «mesure prise par l'employeur». Il faut donc qu'il y ait, de la part de l'employeur, un acte qui va affecter la relation contractuelle de travail. Une réprimande orale, même accompagnée de mises en garde ou d'injonctions, ne doit pas être considérée comme une mesure au sens de la loi.

En second lieu, cette mesure doit être justifiée par un comportement antérieur du salarié que l'employeur a considéré comme fautif, c'est-à-dire comme ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle. Ainsi le fait de changer un salarié de poste pour assurer le remplacement d'un absent, n'est pas, en soi, une sanction au sens de la loi. La même mesure peut l'être, par contre, si elle fait suite à une réprimande sur la façon dont le poste précédent était tenu.

D'autre part, le comportement du salarié doit, en principe, se manifester par un acte positif ou une abstention de nature volontaire. La question se pose donc de savoir si une inaptitude professionnelle qui ne serait pas la conséquence d'un comportement volontaire du salarié peut justifier une sanction. La diversité des situations envisageables est trop grande, et la frontière entre manquement volontaire ou involontaire sera parfois trop difficile à définir pour qu'une réponse unique soit apportée à cette question. Dans l'attente de la jurisprudence, il semble cependant conforme à l'esprit des textes d'assimiler à une sanction, du point de vue des garanties applicables, toutes les mesures, prises sur le fondement de l'incapacité professionnelle, qui sont assorties d'une modification substantielle du contrat et, a fortiori, une mesure de licenciement.

Enfin, la mesure prise par l'employeur est susceptible d'avoir des conséquences sur la relation contractuelle, soit qu'elle la modifie immédiatement dans un sens défavorable au salarié, soit qu'elle puisse, à terme, fonder une telle modification. Une mesure dont il est évident qu'elle ne pourrait pas, même à terme, fonder une décision qui affecterait la relation contractuelle, n'est pas une sanction.

Dans l'attente de la jurisprudence, c'est donc à partir de ces éléments que pourront être appréciées les dispositions relatives aux sanctions qui figureront dans les règlements intérieurs.

23. La procédure disciplinaire (art. L. 122.41 et L. 122.44).

231. Les conditions d'application de la sanction.

2311. Notification écrite des griefs.

Aucune sanction ne peut intervenir sans que le salarié ne soit informé, par écrit, des griefs qui lui sont faits. Cette garantie minimale vaut pour toutes les sanctions. Elle doit permettre au juge du contrat d'exercer les pouvoirs de contrôle que la loi lui a confiés.

2312. Entretien préalable.

Il résulte des débats parlementaires que le législateur a entendu exonérer de la procédure d'entretien préalable l'employeur qui inflige une sanction mineure, c'est-à-dire qui se situe au bas de l'échelle des sanctions.

Ainsi, l'avertissement, qui est généralement la première ou une des premières sanctions, ainsi que tout autre sanction de même niveau qui n'aurait qu'un aspect moral (exemple: lettre d'observation, admonestation, rappel à l'ordre, blâme) échappent à cette procédure d'entretien préalable. Il en va différemment, en cas de récidive dans le délai de la prescription de trois ans prévue au deuxième alinéa de l'article L. 122.44, pour le deuxième ou le troisième avertissement, préalable à une sanction plus importante telle que la mise à pied ou le licenciement, qui perd ainsi le caractère de sanction mineure.

En effet, pour les sanctions autres que les sanctions mineures (exemples: mise à pied, mutation, rétrogradation, licenciement pour faute non soumis à la loi de 1973) l'employeur doit respecter une procédure préalable proche de celle qu' a

instituée la loi du 13 juillet 1973 pour les licenciements. Il doit convoquer le salarié, soit par lettre remise en mains propres contre décharge, soit par lettre recommandée lui indiquant l'objet de l'entretien, c'est-à-dire qu'une sanction est envisagée. Si le salarié refuse de recevoir la convocation contre décharge, la procédure de la lettre recommandée doit être utilisée. Pour cet entretien, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qui n'est donc pas obligatoirement un délégué du personnel ou un représentant syndical (art. R. 122.17).

Lors de l'entretien, l'employeur, ou son représentant, doit indiquer au salarié le motif de la sanction envisagée et recueillir les explications de celui-ci. La loi donne ainsi aux deux parties la possibilité de dissiper un éventuel malentendu et, en tout de cause, au salarié, la possibilité de se défendre. Il convient de souligner que l'entretien, qui doit être préalable à l'engagement de toute procédure et, a fortiori, à toute décision de sanction, constitue une formalité substantielle. Il doit donc être respecté même si la convention collective plus protectrice ne l'a pas expressément prévu.

2313. Notification de la sanction.

Toute sanction, mineure ou non, doit être notifiée au salarié avec les griefs retenus contre lui, soit par lettre remise en mains propres contre décharge, soit par lettre recommandée (art. R. 122.18). Lorsqu'il y a eu entretien préalable, la notification ne peut intervenir moins d'un jour franc c'est-à-dire avant le surlendemain, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien. Ici encore, si le salarié refuse de recevoir la lettre en mains propres contre décharge, la procédure de la lettre recommandée doit être utilisée.

Lorsque la sanction est notifiée par lettre recommandée, il y a lieu de prendre en compte, pour le calcul du délai, la date d'expédition de la lettre recommandée qui fondera la décision de l'employeur.

Le délai est calculé à compter du jour où le salarié a été convoqué et n'est pas interrompu si celui-ci n'est pas venu à l'entretien. Toutefois, si le contrat est suspendu dans des conditions telles que la procédure ne peut être engagée, il convient d'attendre la fin de la suspension du contrat.

Le délai expire à vingt-quatre heures le jour du mois suivant qui porte le même quantième que le jour fixé pour l'entretien (art. R. 122-19). Ainsi un salarié convoqué à l'entretien préalable le 25 février ne pourra être sanctionné après le 25 mars à minuit.

La fixation, par la loi, de ce délai d'un mois a eu pour but de ne pas laisser trop longtemps le salarié dans l'incertitude sur la suite que l'employeur entend donner à sa faute. C'est pourquoi, et malgré la rédaction très générale de cette disposition, il ne semble pas conforme à l'esprit du texte d'obliger l'employeur, pour respecter ce délai, à cesser d'appliquer les procédures conventionnelles

protectrices des salariés, dont la mise en oeuvre nécessiterait des délais plus longs, comme c'est le cas dans les banques, par exemple. Comme il ne serait pas envisageable, non plus, de faire prendre, en pareil cas, une sanction à titre simplement conservatoire, il faut considérer que ces procédures ne sont pas remises en cause si elles sont plus favorables que la loi.

2314. Mise à pied.

Afin de pouvoir faire face à des situations de danger ou de désordre, par exemple en cas de rixe, une mesure provisoire de mise à pied peut être décidée et exécutée immédiatement par l'employeur.

Toutefois, dans cette hypothèse, aucune sanction définitive ne pourra être prise sans que la procédure définie par la loi soit respectée. La partie de la rémunération afférente à la durée de la mise à pied ne pourra être supprimée que si une sanction de mise à pied a été effectivement décidée après le respect de la procédure.

232. Cas de licenciement pour faute non soumis à la loi de 1973.

L'ensemble des garanties de procédures mentionnées ci-dessus s'applique également à tous les licenciements pour faute qui ne sont pas soumis aux dispositions de la loi de 1973, c'est-à-dire aux licenciements de salariés ayant moins d'un an d'ancienneté, ou intervenant dans les entreprises occupant habituellement moins de onze salariés, ainsi qu'aux cas de rupture anticipée des contrats à durée déterminée pour faute grave.

Toutefois, l'obligation de l'entretien préalable et de l'énonciation des griefs ne vise que les licenciements pour faute, ce qui exclut du champ d'application de la loi les licenciements pour motif économique, ou consécutifs à la prolongation d'une maladie et à la nécessité de remplacer le salarié. N'est pas non plus assujettie à cette procédure la rupture du lien contractuel pendant la période d'essai, quel qu'en soit le motif.

Par ailleurs, il convient de préciser que les indemnités prévues par l'article L. 122-14-4 ne sont pas applicables dans le cadre de la procédure de licenciement suivie en application de l'article L 122-41. Dans ce cas, les indemnités seront fixées par le juge en fonction du préjudice subi.

233. Prescription des faits fautifs et des sanctions.

2331. Prescription pour les faits fautifs.

Le principe.

L'article L. 122-44 institue un délai de prescription pour les faits fautifs, inspiré par la jurisprudence en matière de licenciement qui considère que l'éloignement dans le temps du fait fautif est de nature à faire disparaître le caractère réel et sérieux du motif. Ce principe est désormais consacré pour l'ensemble des sanctions. La sanction n'est plus justifiée si les poursuites disciplinaires ne sont pas engagées dans un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance du fait fautif du salarié.

Ainsi, les clauses des accords qui comportent des délais de prescription plus longs ne sont plus opposables aux salariés.

Par «engagement des poursuites», il faut entendre le jour qui a été fixé pour l'entretien préalable pour les sanctions soumises à cette procédure, ou le jour de la notification de la sanction pour les autres sanctions et par «employeur», la personne qui a le pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires. En définitive, depuis le jour où il a connaissance du fait fautif, l'employeur dispose d'un délai maximum de trois mois pour sanctionner le salarié, puisqu'il doit convoquer celui-ci dans les deux mois et que la sanction ne peut intervenir plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien (sous réserve de l'observation faite au paragraphe du point 2313).

Les exceptions.

Il convient de préciser que deux exceptions sont apportées à ce principe:

Tout d'abord, le délai est suspendu dans l'hypothèse où le fait fautif a donné lieu avant la fin des deux mois à des poursuites pénales.

D'autre part, il découle, des termes mêmes de la loi, qu'un fait fautif datant de plus de deux mois peut être invoqué lors d'une prise de sanction en cas de nouvel agissement fautif du salarié. Le texte interdit, en effet, seulement que le premier fait fautif donne lieu «à lui seul» à une sanction. Mais, il ne serait pas conforme à l'esprit de la loi que cette interprétation puisse aboutir, en l'absence de lien entre les faits fautifs successifs, à ouvrir systématiquement un nouveau délai à l'employeur qui a laissé expirer le délai de deux mois sans prendre de sanction.

2332. Prescription des sanctions.

L'article L. 122-44 institue une mesure permanente «d'amnistie» pour toutes les sanctions qui sont antérieures de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires. Ces sanctions ne peuvent être invoquées à l'appui d'une nouvelle sanction ou pour aggraver celle-ci.

Comme pour la prescription des faits fautifs, ce délai de trois ans court à compter de la date de la convocation du salarié à l'entretien.

Toutefois, en l'absence de disposition expresse comme dans la loi du 4 août 1981 portant amnistie et lorsque les effets de cette loi seront épuisés, les sanctions prises depuis plus de trois ans contre un salarié pourront continuer de figurer dans le dossier du salarié.

234. Motifs interdisant toute sanction.

L'article L. 122-45 reprend, en les complétant, des dispositions qui figurent actuellement à l'article 416 du code pénal puisqu'il prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses.

Toute sanction qui serait prise en méconnaissance de cette disposition est nulle de plein droit et expose, en outre, son auteur aux peines prévues en cas de violation de l'article 416 du code pénal .

24. Le contrôle du juge (art. L. 122-43).

L'article L. 122-43 a étendu le pouvoir de contrôle du juge sur la mise en oeuvre des sanctions disciplinaires par l'employeur et institué un système de preuve favorable au salarié. Ces nouvelles règles ne s'appliquent pas, toutefois, au licenciement qui reste régi par les dispositions des articles L. 122-14-3 et L. 122-14-4 ou L. 122-14-6.

241. Extension du pouvoir de contrôle du juge.

Antérieurement à la loi du 4 août 1982 , le pouvoir du juge était limité au contrôle de l'exactitude matérielle des faits qui fondaient la sanction. Il était lié par la qualification qui leur était donnée ainsi que par les conséquences tirées par l'employeur en ce qui concerne la sanction. Les tribunaux considéraient que l'employeur était «seul juge» du niveau de la sanction, sous la seule réserve du contrôle du détournement de pouvoir.

L'article L. 122-43 a substitué à ce «contrôle minimum» un «contrôle approfondi» qui porte sur :

la régularité de la procédure suivie (absence de convocation pour l'entretien préalable, sanction prise hors délai, absence de notification écrite et motivée de la sanction);

la réalité des faits incriminés;

leur qualification de faute susceptible de justifier une sanction;

la proportionnalité de la sanction à la faute commise.

Au terme de ces vérifications, le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme, injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.

Les effets de cette annulation varient selon les motifs retenus par le juge. Si, lorsque les faits incriminés n'existent pas ou ne sont pas reconnus fautifs, l'employeur ne peut prendre une autre sanction, en revanche, il garde la possibilité de prendre une sanction inférieure en cas d'annulation d'une sanction jugée disproportionnée ou de recommencer la procédure en respectant les formes en cas d'annulation pour non-respect de la procédure.

242. Règles relatives à la preuve.

L'article L. 122-43 impose à l'employeur de fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction.

Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction. Il peut aussi, s'il le juge utile, ordonner des mesures d'instruction complémentaires.

De telles dispositions sont proches de celles de l'article L. 122-14-3 du code du travail, applicables aux licenciements individuels; mais, alors que ce texte ne fait peser la charge de la preuve sur aucune des parties en particulier, l'article L. 122-43 précise que si un doute subsiste, il profite au salarié. La loi est donc, sur ce point, plus favorable que l'article L. 122-14-3 tel qu'il a été notamment interprété par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Eu égard à l'importance qui s'attache à une bonne application de cette loi, et en particulier des dispositions des articles L. 122-33 à L. 122-39 dont le contrôle vous incombe, vous voudrez bien me saisir, sous le présent timbre, des difficultés que vous pourrez rencontrer.

11997. MINISTERE DU TRAVAIL Direction des relations du travail. Sous-direction des droits des salariés. 1er bureau. Le ministre délégué aux affaires sociales, chargé du travail, à Mesdames et Messieurs les directeurs régionaux du travail et de l'emploi ; Mesdames et Messieurs les directeurs départementaux du travail et de l'emploi ; Mesdames et Messieurs les inspecteurs du travail. Non parue au Journal officiel.