

La rémunération variable et la fixation des objectifs

Une récente étude (*Etude de Rémunération nationale 2014 : Cabinet Hays & Cadremploi*) montre sans grande surprise que les candidats interrogés qui ont récemment changé d'emploi ou envisagent de le faire, cherchent principalement à obtenir une rémunération plus attractive.

De leur côté, les entreprises qui peinent toujours à se projeter sur le long terme, sont peu disposées à augmenter la rémunération fixe et préfèrent travailler sur la partie variable qui est une composante de la rémunération de 45 % des personnes interrogées.

La rémunération variable apparaît donc plus que jamais comme le ressort de la performance collective et individuelle, en même temps qu'elle reste l'un des principaux outils de maîtrise de la masse salariale. Envisager d'introduire une part variable dans la rémunération ou en modifier les critères de variation, c'est toucher l'un des points fondamentaux de la relation contractuelle. Les enjeux sont à la fois individuels et collectifs, et souvent déterminants pour le développement des entreprises.



Alain Ménard, avocat associé,
Cabinet Racine

? Comment mettre en place une rémunération variable ?

Sous réserve de ne pas utiliser l'individualisation du salaire comme un moyen d'exercice du pouvoir disciplinaire, ou d'une discrimination, ou d'une inégalité de traitement (Cass. soc., 10 oct. 2012, n° 11-15.296 : *JurisData* n° 2012-022702 ; JCP S 2012, 1530, note N. Dauxerre), l'employeur dispose d'un pouvoir discrétionnaire en matière de prime, bonus et augmentation individuelle.

La rémunération variable doit satisfaire les mêmes exigences, mais doit également respecter les minima légaux et conventionnels et ne pas conduire à soumettre le salaire à un aléa (Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.191 : *JurisData* n° 2009-049458 ; JCP G 2009, act. 288, obs. N. Dauxerre ; JCP S 2010, 1186, note R. Vatinet).

Le dispositif de variation de la rémunération doit reposer sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qui ne doivent pas conduire à faire porter le risque d'entreprise sur le salarié (Cass. soc., 20 avr. 2005, n° 03-43.696, inédit). Autrement dit, les critères de variations de la rémunération ne peuvent pas être trop généraux comme ils le seraient s'ils

étaient fixés en fonction de « l'évolution du marché et des produits de la marque » (Cass. soc., 30 mai 2000, n° 97-45.068 : *JurisData* n° 2000-002288) ou s'ils réservaient à l'employeur le droit de modifier à tout moment le taux ou les modalités des commissions (Cass. soc. 27 févr. 2001, n° 99-40.219 : *JurisData* n° 2001-008375 ; Bull. civ. 2001, V, n° 60 ; JCP G 2001, IV, 1749).

« La mise en place d'une rémunération variable individuelle renvoie quant à elle au contrat du travail et aux conditions de modification de l'un de ses éléments les plus essentiels. »

Il faut ici renvoyer au principe de loyauté dans l'exécution du contrat de travail pour déterminer les modalités de fixation des objectifs ou de variabilité de la rémunération qui, toujours, devront laisser au salarié la possibilité de vérifier qu'il a bien perçu ce qui lui était dû sous peine de voir valider la prise d'acte

de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur (Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-41.910 : *JurisData* n° 2008-044429 ; JCP S 2008, 1410, note P. Morvan).

La mise en place d'un système collectif de rémunération variable par accord d'entreprise relève de la négociation dans les conditions des articles L. 2211-1 et suivants du Code du travail. Il n'est pas inutile ici de signaler le rôle que peut également jouer le CHSCT. Le comité d'entreprise doit également être informé et consulté sur les conditions de travail résultant des modes de rémunération (C. trav., art. L. 2323-27) et le rôle du CHSCT ne devra pas être négligé. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi offre aux entreprises confrontées à des difficultés économiques la possibilité par la voie d'un accord d'entreprise d'aménager les ré-

art. L. 5125-1), mais l'accord devra prévoir une clause de retour à meilleure fortune et l'employeur devra recueillir l'accord de chaque salarié concerné dans les conditions déterminées par l'accord ou, à défaut, dans celles prévues par l'article L. 1222-6 du Code du travail.

La mise en place d'une rémunération variable individuelle renvoie quant à elle au contrat du travail et aux conditions de modification de l'un de ses éléments les plus essentiels.

? L'employeur peut-il modifier le dispositif de rémunération variable ?

La structure de la rémunération variable ne peut pas être modifiée sans l'accord du salarié (Cass. soc., 8 oct. 1987, n° 84-41.902 et n° 84-41.903 : *JurisData* n° 1987-001581) quand bien même la modification conduirait-elle à un résultat identique (Cass. soc., 27 janv. 1999, n° 96-43.342 : *JurisData* n° 1999-000350) ou même plus avantageux (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-42.993 : *JurisData* n° 2002-013672) ; le silence du salarié ne peut valoir acceptation et son accord express est indispensable (Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.702, inédit).

Si, pour un motif économique, l'employeur envisage de modifier les dispositions contractuelles relatives à la rémunération variable, il devra respecter les conditions de l'article L. 1222-6 du Code du travail. Si le dispositif de la rémunération variable est prévu par un accord d'entreprise, il pourra le dénoncer en respectant les prescriptions des articles L. 2222-6 et L. 2261-8 et suivants du Code du travail ; ou en négocier la révision dans les conditions prévues par l'accord lui-même ou en convo-

quant toutes les organisations syndicales représentatives ayant un délégué syndical dans l'entreprise, même si elles n'ont pas signé le texte initial.

? Le salarié peut-il refuser ?

Si la rémunération de la clause contractuelle de variation de la rémunération repose sur une cause économique au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail et de la proposition qui en a été faite dans les conditions de l'article L. 1222-6 du Code du travail, le refus du salarié l'expose à un licenciement économique avec, pour l'employeur, toutes les obligations qui peuvent en découler en termes d'information-consultation des Institutions représentatives du personnel et même, le cas échéant, du PSE (C. trav., art. L. 1233-8 et s.). Mais la clause du contrat peut stipuler une révision périodique de la part variable de la rémunération et en fixer les modalités. Cette variation s'imposera alors au salarié si elle repose sur des critères objectifs (Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 05-44.621 : *JurisData* n° 2007-040964).

? L'employeur peut-il fixer unilatéralement les objectifs ? Les modifier ?

Si la fixation des objectifs relève de la responsabilité de l'employeur, la concertation avec le salarié ou ses représentants ne peut qu'être recommandée. Les objectifs quantifiables ne seront validés par le juge que s'ils ont été fixés préalablement et s'ils sont déterminables et vérifiables ; les objectifs qualitatifs devront quant à eux conserver un caractère sérieux et réaliste. Ainsi, les objectifs peuvent-ils être fixés unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction (Cass. soc., 22 mai 2001, n° 99-41.838 : *JurisData* n° 2001-009800) seulement s'ils remplissent les conditions rappelées ci-dessus et s'ils sont compatibles avec le marché (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.028 : *JurisData* n° 1999-001388). L'employeur ne peut les modifier unilatéralement que s'ils restent réalisables et sont bien portés à la connaissance du salarié en début d'exercice (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-44.977 : *JurisData* n° 2011-002617). Bien évidemment, les objectifs peuvent également être négociés avec le salarié et contractualisés, mais alors le contrat devra prévoir le renouvellement ou la revalorisation périodique des objectifs

et quotas, à défaut de quoi l'employeur ne pourra pas les modifier les années suivantes sans l'accord du salarié.

Dans tous les cas, la clause contractuelle d'objectifs doit être rédigée en français (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67.492 : *JurisData* n° 2011-012746 ; JCP S 2011, 1493, note J. Martinez).

? Quelles sont les conséquences du défaut de fixation des objectifs ?

Le défaut de fixation des objectifs par l'employeur, alors que le contrat de travail prévoit que la rémunération variable des plans d'objectifs fixés annuellement, constitue une faute contractuelle de l'employeur et peut conduire à la prise d'acte de rupture du contrat de travail produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-65.710 : *JurisData* n° 2011-012752 ; JCP S 2011, 1465, note D. Everaert-Dumont). Pour la détermination de la rémunération, le défaut d'accord sur les objectifs, si ceux qui ont été fixés ne remplissent pas les conditions, ou enfin s'il y a désaccord sur la détermination de la part variable, le juge pourra se référer aux éléments dont il dispose, et notamment aux objectifs des années précédentes (Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 06-46.208 : *JurisData* n° 2009-046557 ; JCP S 2009, 1096, note F. Favennec-Héry). Si aucune référence utile aux années antérieures n'est possible, le juge octroiera alors le montant de part variable maximale prévue par le contrat de travail.

Ainsi, la rupture en cours de période d'essai d'un contrat de travail prévoyant une part variable alors que l'employeur n'avait pas encore fixé les objectifs à atteindre et les modalités de calcul, a conduit au versement intégral de la prime sans proratisation (Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-17.921 : *JurisData* n° 2013-014816).

? Les objectifs peuvent-ils être un « outil » de sanction ?

Les articles L. 1222-2 et L. 1222-3 imposent à l'employeur de mettre en place une méthode d'évaluation pertinente et transparente en lien avec l'emploi occupé (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368 : *JurisData* n° 2002-015435). Tout comme les objectifs eux-mêmes, l'évaluation doit reposer sur des critères objectifs et le dispositif d'évaluation préalablement

soumis au CHSCT doit préserver la santé des salariés (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368).

Ainsi, la performance individuelle appréciée par comparaison avec celles des autres salariés exerçant une fonction comparable avec ou sans classement dans des groupes (*Ranking* ou *Rating*) a été jugée illicite (Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26.539 : *JurisData* n° 2013-005554 ; JCP G 2013, act. 442, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; JCP S 2013, 1160, note B. Aldigé). En conséquence, l'insuffisance de résultat

relève la neutralité ou à la valoriser, l'exercice d'activité syndicale peut être prise en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-72.733 : *JurisData* n° 2011-004287 ; JCP S 2011, 1260, note Ph. Rozec et V. Manigot). En conséquence, et à défaut d'accord collectif, l'employeur doit tenir compte du temps de présence réduit du salarié protégé, d'une part en limitant par exemple son portefeuille de clients et d'autre part en diminuant dans les mêmes

« Le principe "à travail égal, salaire égal" s'applique à toute forme de rémunération, y compris dans ses éléments variables. »

dans la réalisation des objectifs ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement que si elle procède d'une réelle insuffisance professionnelle du salarié (Cass. soc., 16 déc. 2003, n° 01-45.904, inédit).

Ainsi, si les objectifs ne sont pas atteints en raison de la conjoncture économique ou d'un contexte de concurrence accrue ou du fait de l'employeur lui-même, le licenciement sera invalidé (Cass. soc., 3 janv. 1990, n° 87-43.521 - Cass. soc., 6 févr. 1990, n° 87-43.729, inédit - Cass. soc., 18 déc. 2001, n° 99-45.360, inédit).

? Pour les salariés protégés, comment éviter toute discrimination ?

Il est interdit de prendre en considération le mandat de représentation du personnel dans la détermination de la rémunération, dans un sens défavorable (Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.179) que ce soit lors de la fixation des objectifs pour déterminer la rémunération variable ou dans l'évaluation de leur réalisation (Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 11-26.412, inédit), mais également dans un sens favorable. Il y aura discrimination « positive » lorsque l'employeur aura retenu un système d'avancement et de rémunération propre aux salariés exerçant une activité syndicale à temps plein (Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.066 : *JurisData* n° 2008-045410). La Cour de cassation a posé en principe que « sauf application d'un accord collectif visant à en assu-

proportions ses objectifs (Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354 : *JurisData* n° 2010-011216 ; JCP S 2010, 1461, note B. Bossu).

L'évaluation devra être faite sans considération des activités syndicales ou de représentation et uniquement en fonction d'objectifs « adaptés ». Le plus souvent, l'employeur devra retenir un montant moyen au regard de la rémunération variable versée aux autres salariés de même catégorie.

? Quid du principe « à travail égal, salaire égal » ?

Le principe « à travail égal, salaire égal » s'applique à toute forme de rémunération, y compris dans ses éléments variables.

On sait depuis l'arrêt du 29 octobre 1996 (n° 92-43.680 : *JurisData* n° 1996-004012) qu'il incombe à l'employeur « d'assurer une égalité de rémunération à tous les salariés placés dans une situation identique, sauf raison objective et pertinente justifiant une différence de traitement ».

Il appartient donc à l'employeur de rapporter la preuve des éléments objectifs et pertinents qu'il aura retenus tant dans la fixation des objectifs que dans leur évaluation pour justifier une éventuelle différence de traitement (Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-41.406 : *JurisData* n° 2009-046868), sauf à ce que cette différence de traitement procède d'avantages individuels acquis (Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-10.196 : *JurisData* n° 2013-007955 ; JCP S 2013, 1225, note G. Loiseau). ■