

Université de Strasbourg
Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion

Master II Droit social interne, européen et international

**ELABORATION DES POLITIQUES
SALARIALES ET RESPECT DES IMPERATIFS
LEGAUX : QUEL NIVEAU DE CONTRAINTE ?**

Rapport de stage présenté par
Florie Augusto

Rédigé sous la direction de
Madame Fleur Laronze

Année universitaire 2013/2014

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier l'équipe pédagogique du Master 2 Droit social interne, européen et international de Strasbourg pour m'avoir permis de suivre cette formation aussi complète qu'enrichissante. Je tiens tout particulièrement à remercier Madame Fleur LARONZE pour avoir accepté de m'accompagner lors de la rédaction de ce rapport de stage.

Mes remerciements vont également à Monsieur Jérôme LEDIG et à Madame Danielle LEJUEZ pour m'avoir accueilli au sein du service social du cabinet In Extenso Haguenau. Je désire également témoigner toute ma reconnaissance à Madame Martine GASS qui a accepté d'être ma maitre de stage durant ces cinq mois. Je remercie aussi toute l'équipe du service social du cabinet pour avoir facilité mon intégration et pour avoir répondu à mes questions et permis de mieux comprendre les interactions existant entre le droit social et la paie.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	6
PREMIERE PARTIE : Présentation du stage au sein du cabinet In Extenso	7
I. Présentation du cabinet In Extenso Haguenau	7
A. Historique du cabinet	7
B. Composition actuelle du cabinet In Extenso Haguenau	8
1. Le service comptable.....	8
2. Le service juridique.....	8
3. Le service social	8
II. Les missions réalisées lors du stage	9
A. Mission principale : la mise en conformité des régimes de protection sociale d'entreprise.....	9
B. Missions secondaires.....	10
1. Rédaction des contrats de travail.....	10
2. Audit social	10
3. Recherches et rédaction de notes juridiques.....	11
III. La détermination du sujet du rapport de stage	11
DEUXIEME PARTIE : Politiques salariales et respect des droits des salariés: un équilibre difficile	13
Introduction	13
I. La flexibilisation des salaires : individualisation et modification des éléments de salaire	19
A. L'individualisation des salaires face aux impératifs d'égalité : de la théorie à la pratique.....	19

1.	L'individualisation limitée : la force théorique du principe d'égalité de traitement en matière salariale.....	20
a.	Egalité salariale : l'entreprise face à l'extension du champ d'application du principe « à travail égal, salaire égal ».....	21
b.	Principe de non-discrimination.....	24
2.	L'individualisation déployée : des justifications des ruptures d'égalité au contournement du principe d'égalité de traitement.....	26
a.	L'utilisation de critères objectifs et autorisés : l'individualisation légitimée.	26
b.	La relativisation du principe d'égalité salariale : le non-respect systématique du principe dans les entreprise	28
B.	Flexibilisation du salaire dans le temps : un régime à plusieurs vitesses.....	30
1.	La multiplicité des modes de modification du salaire.....	31
a.	Les éléments de salaire issus des Conventions Collectives: la flexibilité favorable au salarié.....	31
b.	Les éléments de salaires issus du contrat de travail : la flexibilité par accord des parties.....	32
c.	Les éléments de salaires issus des usages et décisions unilatérales de l'employeur : la flexibilité exploitée à plein	36
2.	Instauration d'éléments de salaire variables : la modification du salaire acceptée par avance.....	38
a.	Des solutions permettant la prise en compte des performances individuelles et collectives des salariés	39
b.	Salaire, performance et régime de protection du salaire : un mélange des genres porteur de risques.....	41
II.	Optimisation des rémunérations : respect des minima légaux et pratiques d'évitement de la qualification de salaire.....	44
A.	L'optimisation par inclusion d'un maximum d'éléments dans le salaire à comparer aux minima légaux et conventionnels	45
1.	Minima légaux et minima conventionnels : de la règle absolue à la règle à géométrie variable.....	46

a.	Le respect du SMIC, une obligation générale et d'application indifférenciée	46
b.	Le respect des minima conventionnels : autant de règles que de Conventions Collectives	49
2.	La mise en œuvre de l'optimisation : la technique juridique face à la gestion des ressources humaines	51
a.	Les politiques de bas salaires : une norme dans les petites entreprises ?	51
b.	Le climat social, limite à l'optimisation des salaires	53
B.	Les stratégies d'évitement du salaire	55
1.	La participation et l'intéressement au secours des politiques de rémunération	55
2.	Vers une limitation de l'usage à plein des mécanismes de rémunération non salariale ?	58
	Conclusion	60
	BIBLIOGRAPHIE	62
	Ouvrages et thèses:	62
	Revue juridiques:	62
	Circulaires, décrets et rapports officiels:	63
	Jurisprudence:	64
	Sites internet :	65
	ANNEXES	66
	Annexe 1 – Courier informant le salarié de la dénonciation d'un usage d'entreprise relatif à une prime de 13ème mois, rédigé lors du stage	66
	Annexe 2 – Modèles de clause de variation portant sur le salaire – Rédigés lors du stage	67
	Annexe 3 – Modèle d'avenant périodique déterminant les objectifs du salarié – Rédigé lors du stage	69
	Annexe 4 – Modèle de clause prévoyant le versement de commissions – Rédigé lors du stage	71
	Annexe 5 – Tableau récapitulatif des avantages et inconvénients du recours à un salaire fixe, à la commission ou mixte	72

INTRODUCTION

Afin de compléter la formation universitaire acquise au sein du Master II de droit social interne, européen et international de l'Université de Strasbourg, j'ai eu la chance d'intégrer le service social d'un cabinet d'expertise comptable. Ma volonté première a été de découvrir une pratique du droit social essentiellement tournée vers le conseil aux petites et moyennes entreprises.

Etant particulièrement intéressée par les problématiques juridiques liés à la rémunération, ce stage au sein d'un cabinet comptable a été l'occasion d'approfondir cette thématique. En effet, j'ai pu bénéficier de l'appui des membres du service social et du service comptable, qui ont pu m'apporter un éclairage différent concernant les questions relatives au salaire. Par ailleurs, les demandes émanant des clients du cabinet m'ont permis de cerner quelles étaient les attentes et les points de difficultés rencontrés par les petites et moyennes entreprises en matière de rémunération. L'accès aux fiches de paie des entreprises m'a également permis de cerner les liens existant entre le juridique et la paie.

La pratique au sein du cabinet m'a permis d'identifier les deux principaux sujets de préoccupation des entreprises clientes en matière de rémunération, à savoir la recherche de la flexibilisation et de l'optimisation. Très rapidement, j'ai pu constater que ces pratiques risquaient de violer les droits reconnus aux salariés. Aussi, le choix de mon sujet de rapport de stage s'est affiné afin de prendre en considération cet état de fait.

La première partie de ce rapport sera consacré à la présentation du cabinet In Extenso Haguenau ainsi que des missions qui m'ont été confiées au cours de ces cinq mois. La seconde partie du rapport permettra d'exposer les réflexions développées autour de l'élaboration de politiques salariales dans les petites entreprises. Ce sujet sera traité sous l'angle du respect des droits des salariés.

PREMIERE PARTIE : Présentation du stage au sein du cabinet In Extenso

Il convient tout d'abord de présenter la structure au sein de laquelle j'ai effectué mon stage (I), avant de préciser quelles ont été mes missions (II) et comment j'ai choisi le sujet de mon rapport de stage (III).

I. Présentation du cabinet In Extenso Haguenau

A. Historique du cabinet

Filiale du groupe Deloitte, In Extenso a été créé en 1991 et est aujourd'hui l'un des leaders de l'expertise comptable et du conseil aux entreprises en France. Deloitte s'impose au niveau mondial comme étant l'un des quatre plus grands cabinets d'audit et de conseil aux entreprises (communément appelés les « Big Four », aux côtés de PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young et KPMG).

En 2014, In Extenso compte plus de 4 000 collaborateurs répartis sur 210 sites. La clientèle est principalement composée de petites et moyennes entreprises.

Le cabinet In Extenso Haguenau a été créé par M. Jérôme LEDIG en 1999. Si lors de sa création le cabinet ne comptait que trois salariés, il s'est rapidement développé et emploie aujourd'hui plus d'une cinquantaine de salariés.

Suite à des rachats et fusions successives avec d'autres cabinets de la région, In Extenso Haguenau a renforcé son assise locale. En 2006, le rachat du cabinet Jean Michel GEIGER à Haguenau, puis la fusion avec le cabinet Kleber Audit Cecos en 2012 permet au cabinet de s'imposer comme le leader de l'expertise comptable au niveau de l'Alsace Bossue, devenant In Extenso Strasbourg Nord.

Le cabinet se compose actuellement de quatre agences situées à Strasbourg, Gundershoffen, Mulhouse et Haguenau.

Dans le cadre de mon stage, j'ai intégré l'agence d'Haguenau.

B. Composition actuelle du cabinet In Extenso Haguenau

Pour assurer un accompagnement de qualité aux entreprises clientes, le cabinet In Extenso Haguenau a développé son activité autour de trois services : le service comptable (1), le service juridique (2) et le service social (3).

1. Le service comptable

Le service comptable comprend la majorité des effectifs de l'agence. Le service mène deux activités : l'expertise comptable d'une part et le commissariat au compte d'autre part.

L'expertise comptable consiste en la gestion quotidienne de la comptabilité des entreprises clientes, à savoir la saisie des factures et des recettes, ainsi que l'établissement des comptes et bilans annuels des clients.

Cette activité recouvre également le conseil des clients et l'audit comptable visant à l'optimisation de la situation financière des entreprises.

Parallèlement, le cabinet mène aussi une activité de commissariat aux comptes pour les sociétés dont il n'assure pas la gestion.

2. Le service juridique

Le service juridique a pour mission de gérer toutes les questions relatives au droit des sociétés, à savoir la création des sociétés, le suivi et l'organisation des assemblées générales ou encore la rédaction des statuts.

3. Le service social

Le service social, au sein duquel j'ai été intégrée au cours du stage, se compose d'une activité de gestion de la paie et d'une activité de conseil social.

Le service de paie, composé de sept collaborateurs et de deux apprenties, s'occupe de l'établissement des bulletins de paie pour les salariés des entreprises clientes.

Le service de paie assure également l'établissement de toute une série de documents annexes, tels que les soldes de tout compte ou encore les attestations de salaire.

Le conseil social est assuré par Mme LEJUEZ, chargée de clientèle, et par Mme GASS, chargée de dossier. C'est au sein de ce service que j'ai été intégrée. Ce service gère toutes les questions relatives à l'application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Outre l'activité de conseil, le service assure l'établissement de certains actes juridiques et l'organisation des élections professionnelles.

II. Les missions réalisées lors du stage

Au cours du stage, plusieurs missions m'ont été confiées. La mise en conformité des régimes de protection sociale d'entreprise a été la plus importante de ces missions (A), mais j'ai également effectué d'autres missions secondaires (B).

A. Mission principale : la mise en conformité des régimes de protection sociale d'entreprise

La mission principale qui m'a été confiée au cours du stage a été la mise en conformité des régimes de protection sociale d'entreprise mis en place chez les clients du cabinet. Ce travail s'est articulé autour de deux tâches : tout d'abord l'identification des clients pour lesquels la mise en conformité était nécessaire, et ensuite la mise en conformité de leurs régimes par le biais d'une ou plusieurs décisions unilatérales de l'employeur. L'objectif de ces mises en conformité était de permettre aux entreprises de conserver les exonérations sociales et fiscales attachées à ces régimes de protection sociale complémentaire, en respectant les nouvelles conditions de fond et de forme posées par le décret n°2012-25 du 9 janvier 2012 et par la circulaire interprétative de la circulaire N°DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013.

Ce travail de mise en conformité m'a permis d'approfondir mes connaissances théoriques en matière de protection sociale d'entreprise, tout en prenant conscience des difficultés pratiques entourant ces problématiques, notamment le manque de coopération des organismes

assureurs. Il m'a fallu apprendre à distinguer les régimes devant faire l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur et les régimes pour lesquels cette formalité n'était pas requise, à savoir les régimes mettant en place une garantie imposée par la Convention Collective et les garanties correspondant au remboursement de sommes engagées au titre du maintien de salaire pour les salariés mensualisés. Grâce à cette mission, j'ai eu l'occasion de rédiger une demande de rescrit social à l'URSSAF afin d'obtenir leur position concernant les cas de dispense pouvant être mis en œuvre par une des entreprises clientes.

La mission de mise en conformité des régimes a été exécutée avec l'assistance des collaborateurs chargés de la paie. Ainsi, j'ai pu me familiariser avec les problématiques de paie posées par la gestion des régimes de protection sociale d'entreprise.

B. Missions secondaires

1. Rédaction des contrats de travail

Plusieurs missions secondaires m'ont été dévolues lors du stage. La rédaction des contrats de travail et l'accomplissement des formalités d'embauche constituent la principale d'entre elles. Ce travail m'a permis de prendre contact avec les diverses Conventions Collectives dont relèvent les clients du cabinet.

J'ai également pu participer à l'élaboration des nouveaux modèles de contrats de travail utilisés dans le cabinet. Cette tâche a attiré mon attention sur l'importance des termes utilisés dans les contrats, afin qu'il n'y ait aucun doute sur le sens ou la portée des clauses y figurant.

2. Audit social

J'ai par ailleurs eu la possibilité de participer à l'audit des contrats de travail d'une société cliente. Cet audit consistait en l'identification et en la quantification des risques existants dans l'entreprise. Ce travail a été formalisé dans un document remis à l'entreprise. Il était accompagné de recommandations afin que l'entreprise puisse entamer une démarche visant à la réduction de son niveau de risque pour l'avenir.

Pour effectuer cette mission, l'équipe du conseil social a dû se rendre dans les locaux de l'entreprise à auditer afin de passer en revue les documents et contrats de travail s'y trouvant.

La principale difficulté a été d'identifier les risques pesant sur l'entreprise dans un temps limité puisqu'aucun document ne pouvait être emporté. La seconde difficulté a été de synthétiser les problématiques pesant sur le client, afin de les rendre clairs et faciles à appréhender pour des personnes n'ayant aucune pratique du droit social. Enfin, l'appui offert par le service juridique et par le service comptable a permis de trouver des solutions adaptées aux problèmes mis en lumière par l'audit. Cela témoigne de la complémentarité de ces disciplines et de l'importance d'une approche globale quand il s'agit de conseiller les entreprises.

3. Recherches et rédaction de notes juridiques

Enfin, j'ai eu l'occasion de rédiger une série de notes à l'attention des clients du cabinet, sur des sujets variés. Cette mission nécessitait l'approfondissement de certaines de mes connaissances sur des points particulièrement précis. La difficulté de cet exercice a été de synthétiser et de rendre accessible la logique et le vocabulaire propre au droit social.

La seconde difficulté consiste à adapter les réponses à l'entreprise. En effet, le cabinet compte parmi ses clients aussi bien de petites entreprises familiales que des représentants de firme étrangère ou encore des groupes de sociétés. La réponse à apporter, notamment concernant le niveau de technicité, varie et doit s'adapter à l'interlocuteur. La réponse adressée à une entreprise disposant d'un service de ressources humaines sera plus technique et plus détaillée qu'une réponse donnée à une entreprise familiale de petite taille ne comptant que deux salariés. De même, la rédaction de ces notes nécessitait la prise en compte du domaine d'activité de l'entreprise, afin de vérifier dans la Convention Collective applicable qu'aucune disposition n'entraîne en contradiction avec nos conseils.

III. La détermination du sujet du rapport de stage

Bien que ma mission principale avait trait à la mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire d'entreprise, j'ai choisi de traiter un autre sujet dans mon rapport de stage. Effectuer un stage dans un cabinet d'expertise comptable m'a permis d'être au contact de l'équipe chargée de gestion de la paie et d'avoir accès à l'ensemble des fiches de paie et documents connexes des entreprises clientes du cabinet. Naturellement, le cabinet In Extenso

est aussi l'interlocuteur privilégié des clients ayant des questions relatives à la gestion de leurs mécanismes de rémunération. Point de rencontre entre le droit du travail et la gestion de la paie, le cabinet comptable était la structure idéale pour effectuer un travail de recherche concernant les questions des politiques salariales.

Même si le traitement de cette question des salaires n'a pas constitué une mission autonome, toutes les tâches que j'ai effectuées au cours du stage ont amené, à un moment ou à un autre, à un questionnement portant sur les mécanismes de rémunération. A titre d'exemple, ma mission relative aux régimes de protection sociale d'entreprise a amené à s'interroger sur le traitement de ces sommes en matière de paie. Ainsi, il a fallu déterminer si les sommes qui y étaient consacrées devaient être traitées en milieu ou en bas des bulletins de paie. De même, la rédaction des contrats de travail et avenants m'ont permis de rédiger des clauses relatives à la fixation ou la révision des salaires, des commissions, des primes... A ce titre, j'ai pu élaborer des modèles de clauses et d'avenants relatifs aux questions de salaire.

Enfin, la rédaction de notes juridiques et plus généralement le conseil apporté aux clients a souvent porté sur des questions de salaire. C'est en analysant les questions les plus fréquemment posées au cabinet que j'ai pu dégager l'existence de deux préoccupations particulièrement importantes chez les employeurs, à savoir la flexibilisation et l'optimisation des salaires. Les réponses et notes juridiques que j'ai rédigées à l'intention des clients devaient systématiquement mentionner l'existence des droits reconnus à leurs salariés, afin de les alerter sur les risques inhérents à toute pratique de politique salariale.

Portant un intérêt théorique important aux questions relatives au salaire et disposant de toutes les ressources nécessaires à l'exploration de ce thème de réflexion, j'ai choisi de rédiger mon rapport sur ce sujet.

DEUXIEME PARTIE : Politiques salariales et respect des droits des salariés: un équilibre difficile

Introduction

Le contrat de travail se définit comme une convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte d'une autre et sous sa subordination, moyennant rémunération¹. Cette définition, reprise au niveau européen², fait de la rémunération un élément indispensable à toute relation de travail. Réciproquement, la caractérisation d'une relation de travail a pour conséquence de mettre une obligation de versement de rémunération à la charge de l'employeur. La rémunération est à la fois un élément constitutif et une conséquence du contrat de travail et se situe à ce titre au centre de la relation entre employeur et salarié.

Cependant, malgré le caractère fondamental que revêt la notion de rémunération, le Code du Travail n'en donne aucune définition. A cette première difficulté découlant de l'absence de définition légale s'ajoute une difficulté d'ordre sémantique ; en effet les praticiens comme les juges ont recours à un vocabulaire multiple, si bien que les termes se confondent souvent, sans qu'il soit possible d'en distinguer les contours et les éventuelles différences. Ainsi, les termes de salaire, de traitement ou d'appointement remplacent fréquemment celui de rémunération, et il est souvent vain de tenter de dégager un critère permettant de justifier cette variation de vocabulaire.

La notion de rémunération a toutefois fait l'objet de tentatives de définition de la part de la jurisprudence et de la doctrine. Ces définitions ont évolué au fil du temps, marquant le passage d'une conception dans laquelle la rémunération est la stricte contrepartie de la prestation de travail fournie par le salarié à une conception dans laquelle la rémunération serait attachée au poste, voire à l'emploi. A ce propos, le Professeur Gérard Lyon-Caen utilisera, pour synthétiser les deux visions successives, la formule suivante : « *Deux interprétations du salaire sont possibles : selon l'une qui tend à reculer, le salaire est le prix payé en contrepartie de la prestation de travail (interprétation restrictive), selon l'autre, il faut assimiler au salaire toutes sommes versées en conséquence du contrat liant les parties*

¹ Cass, Soc. 22 juillet 1954, Bull. civ. V, n° 576

² CJCE, 3 juillet 1986, Arrêt *Lawrie Blum*, Aff. 66/85

*même si elles n'ont pas leur cause dans le travail effectué, avantages accessoires constituant encore le salaire lato sensu »*³

La première position adoptée par la jurisprudence⁴ fait de la rémunération la stricte contrepartie de la prestation de travail effectuée par le salarié. Cette interprétation traduit une vision contractualiste de la relation de travail. Le contrat de travail s'analyse, au regard des articles 1102 et 1104 du Code Civil, comme un contrat synallagmatique et commutatif, c'est à dire reposant sur l'existence d'obligations réciproques et équivalentes à la charge du salarié et de l'employeur. Dans cette interprétation la rémunération trouve sa cause dans l'exécution de la prestation de travail telle que convenue dans le contrat, et n'est due que lorsque cette prestation est effectuée dans les conditions normales.

L'arrêt *Port des Passions* (encore appelé arrêt *Charles Vanel*)⁵ marque un changement jurisprudentiel notable. Cette jurisprudence précise que la rémunération est due dès lors que le salarié s'est tenu à la disposition de l'employeur, peu important que ce dernier lui ait fourni ou non du travail. Cette nouvelle interprétation fait de la rémunération la contrepartie d'un lien de subordination, de la mise à disposition de sa force de travail par le salarié au profit de l'employeur. Les sommes versées par l'employeur ne sont plus la stricte contrepartie d'un temps productif. A ce titre, la doctrine⁶ parle de salaire d'inactivité⁷. Il en va de même pour les congés et absences diverses pour lesquelles la loi ou les Conventions Collectives imposent à l'employeur une indemnisation totale ou partielle (périodes de congés payés, de congé de maternité, temps d'habillage et de déshabillage...). Dès lors, la rémunération ne peut plus être considérée comme la stricte contrepartie d'une prestation de travail mesurée en termes de temps.

C'est ainsi que naît l'idée d'une rémunération attachée à l'emploi, ce qui permet de rendre cohérent les exigences de versement de ces sommes qui ne sont plus la contrepartie d'un temps productif.

Le législateur, bien que n'offrant pas de définition générale de la notion de rémunération, confirmera cette interprétation en insérant dans le Code du Travail les dispositions relatives à

³ G. Lyon-Caen, *Le salaire*, PARIS, Dalloz, 1967, Tome 2, n°5, p.5

⁴ Pour exemple, Cass, Soc. 11 janvier 1962, JCP 62, ed. G, II, 12564

⁵ Cass, Soc. 28 février 1962, Bull. civ. n° 231

⁶ J. Savatier, *Les salaires d'inactivité*, Droit social 1984, 710

⁷ Cette notion englobe toutes les rémunérations versées indépendamment du travail fourni.

l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes⁸. Pour l'application de ces règles, l'article L3221-1 du Code du Travail dispose que la rémunération est entendue comme « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ». Cette définition confirme que la rémunération n'est pas forcément versée en contrepartie d'un travail, mais est également versé en raison de l'emploi du salarié. L'avantage de cette définition est qu'elle reprend en partie celle prévue à l'article L242-1 du Code de la Sécurité Sociale au sens duquel la rémunération est constituée par « *toutes sommes versées à l'occasion ou en contrepartie du travail* ».

Malgré ces évolutions et les précisions apportées par le législateur, la doctrine⁹ juge illusoire de tenter de dégager une définition juridique générale et cohérente des notions de rémunération et de salaire. Il s'agit en effet de notions fonctionnelles qui dépendent en grande partie de la règle de droit à mobiliser. La multiplicité des formes et des sources des sommes versées rendent difficile voire impossible d'en donner une définition globale et opérationnelle dans toutes les composantes du droit de l'entreprise.

Les définitions que nous retiendrons sont donc le fruit d'un choix visant à assurer une certaine cohérence et s'inscrivent dans une démarche scientifique et pratique particulière. Ces développements comprendront la notion de rémunération comme étant l'ensemble des sommes et avantages en nature ou en espèce versés au salarié en contrepartie ou à l'occasion de son emploi. La rémunération se décompose en une partie salariale et une partie non-salariale.

La rémunération salariale (appelée salaire pour la suite de nos développements) se compose du salaire de base et des accessoires du salaire. Le salaire de base représente la contrepartie directe du travail du salarié et est généralement calculé par la multiplication du taux horaire par le nombre d'heures travaillées dans le mois (dans la limite du seuil de déclenchement des heures supplémentaires). Il s'agit de la somme qui sert de base au calcul des heures supplémentaires et à un certain nombre d'avantages et de primes. Le salaire de base présente un caractère de fixité. Il est en principe fixé par accord entre le salarié et l'employeur.

⁸ Loi n°2006-340, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, du 23 mars 2006

⁹ Pour exemple : Professeur Paul-Henri Antonmattei, *La qualification de salaire*, Droit social 1997, p.571

Les accessoires de salaire se caractérisent par leur variété : il s'agit d'une catégorie hétéroclite comprenant généralement les avantages en nature ainsi que les primes et gratifications dont l'objet est notamment de récompenser les résultats du salarié (prime d'objectif par exemple), de prendre en compte des conditions de travail particulières (prime de danger par exemple) ou encore de marquer certains événements (prime de Noël par exemple). Ils appartiennent à la catégorie juridique du salaire et bénéficient du même régime de protection. Les accessoires de salaire trouvent principalement leur source dans les conventions et accords collectifs et dans les décisions unilatérales et usages d'entreprise.

Enfin, la rémunération non salariale constitue une catégorie résiduelle incluant toutes les sommes n'ayant pas le caractère de salaire mais étant versées en raison de la qualité de salarié, ce qui inclut les sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation.

La part salariale de la rémunération est la plus importante, a fortiori en ce qui concerne les entreprises de petites et moyennes dimensions, lesquelles n'ont pas forcément les moyens de mener une politique salariale. La rémunération des salariés est en effet principalement constituée du salaire de base et des accessoires du salaire ; les mécanismes d'intéressement et de participation étant assez faiblement exploités.¹⁰

Une pratique de plusieurs mois au sein d'un cabinet d'expertise comptable a mis en évidence les difficultés pratiques posées par ces questions de qualifications juridiques autour de la notion de salaire. A ces premières difficultés s'ajoute l'importante variété des sources ayant une influence sur le salaire. En effet, la translation d'une analyse purement contractuelle du salaire vers une analyse mettant en exergue la qualité de salarié a été encouragée et accompagnée par le développement de nouvelles sources juridiques. Si le contrat constitue la source première du salaire, les usages et engagements de l'employeur, puis la loi et enfin les Conventions Collectives ont exercé une influence de plus en plus importante sur le salaire¹¹.

L'ensemble de ces évolutions successives, tant sur la notion même de salaire que sur les sources aptes à l'influencer est un vecteur d'incertitude pour les entreprises. Pourtant, le

¹⁰ Les petites et moyennes entreprises étant la cible principale du cabinet d'expertise comptable In Extenso, nous nous focaliserons sur les enjeux pratiques et théoriques posés par ce type d'entreprise, bien que certaines solutions qui seront proposées soient également valables pour des entreprises de plus grande taille. De même, cet exposé se concentrera sur la question de la rémunération salariale dans la mesure où le salaire représente la partie la plus importante des sommes versées aux salariés par l'employeur.

¹¹ Cass, Soc. 28 janvier 1998, bull. civ. V n°40 : « *La rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve, d'une part, du respect du SMIC et, d'autre part des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprises ou des engagements unilatéraux de l'employeur* ».

salaires est bien au cœur de la relation de travail et constitue une question particulièrement sensible qui cristallise les tensions nées entre employeur et salarié. D'après la nomenclature des affaires civiles¹², 25% des litiges portés devant les tribunaux de prud'hommes ont pour objet principal une question relative à la rémunération. A ce chiffre, il convient d'ajouter toutes les demandes ayant un objet principal différent, mais qui se sont accompagnées à titre secondaire d'une demande relative à la rémunération. Ainsi, la rémunération représente une partie importante du contentieux entre employeurs et salariés. Cet aspect hyper-contentieux des questions de rémunération s'explique par le caractère alimentaire du salaire. Alors que le salarié doit assurer sa subsistance et n'hésite pas à faire valoir son droit à percevoir l'intégralité de ce qui lui est dû, l'employeur, quant à lui, doit assurer la bonne marche de son entreprise, essentiellement par une gestion précise des coûts générés par la masse salariale. Un calcul réalisé sur un échantillon d'entreprises clientes du cabinet a permis d'estimer que les salaires et cotisations assises sur ces derniers constituent en moyenne environ 30% du total des charges d'exploitation¹³.

Les questions traitées au cours du stage sont révélatrices des enjeux et des besoins de ces entreprises de petites tailles. La mise en place de politique salariale dans les entreprises semble être un véritable impératif, tant pour des raisons de lisibilité des mécanismes en place que pour des raisons de gestion des coûts. Une politique salariale se définit comme la pratique consistant à choisir puis à assurer le suivi des mécanismes de rémunération. Ces choix entre les divers modes de rémunération est le fruit des attentes et des besoins de l'entreprise. A ce titre, plusieurs problématiques récurrentes ont été identifiées en matière de politique salariale, lesquelles s'articulent essentiellement autour de deux idées clés : celle de la flexibilisation d'une part et celle de l'optimisation d'autre part.

La flexibilisation des salaires correspond à l'idée de la capacité pour l'employeur de s'affranchir des données salariales préexistantes. Il s'agit soit d'une flexibilisation dans le temps, soit d'une flexibilisation entre les différents salariés de l'entreprise.

¹² Chiffres issus de la NAC de 1997. Professeur Alain Chevillard, *Le salaire devant le conseil des prud'hommes : radioscopie d'un contentieux*, Droit social 1997, p. 561. Depuis le 1^{er} janvier 2003, la NAC a été remplacée par un nouveau mécanisme de classement des affaires : le répertoire général des affaires civiles. Plusieurs appels passés au tribunal des prud'hommes de Strasbourg et au service des statistiques du ministère de la Justice ont fait ressortir que la nouvelle méthode de classement ne permet de pas dégager des données satisfaisantes quant à la nature des demandes portées devant les prud'hommes.

¹³ Calculs réalisés sur la base d'un échantillon de 25 entreprises clientes du cabinet, sur la base du compte de résultats 2013.

La flexibilisation entre salariés correspond à l'idée d'individualisation des salaires c'est-à-dire de la capacité pour l'employeur de s'émanciper du montant du salaire versé aux autres salariés de l'entreprise. Cette volonté d'individualisation est présente chez les employeurs pour des raisons de gestion des ressources humaines. La variation des salaires d'un salarié à un autre est perçue comme un outil permettant de motiver ou de récompenser le salarié méritant ou encore de reconnaître des qualités, des diplômes ou des capacités tout à fait personnelles et différentes des autres salariés. Ceci dit, cette recherche d'individualisation peut dégénérer en une démarche à visée punitive, l'individualisation étant alors un outil visant à verser un salaire moindre au salarié jugé « non méritant », ce qui est une politique en totale contradiction avec les droits des salariés.

La flexibilisation dans le temps répond au besoin de l'employeur de gagner en réactivité afin de réduire facilement le coût de la masse salariale de façon à accompagner une éventuelle baisse d'activité de l'entreprise, et ainsi d'éviter en amont les difficultés économiques. Cela implique la possibilité de revenir sur certains éléments de salaire, afin d'en réduire le montant, d'en modifier les modalités de versement ou de les supprimer totalement.

Cette idée générale de flexibilisation se heurte à deux éléments fondamentaux qui caractérisent le salaire, à savoir son montant forfaitaire et l'impératif d'égalité qui y est attaché.

L'autre préoccupation des entreprises, mise en évidence au cours du stage, consiste en la recherche de l'optimisation, c'est-à-dire en la recherche des possibilités permettant de réduire le « coût » du salaire, tout en respectant les minima légaux et conventionnels. Cette idée d'optimisation risque de créer un climat social délétère.

Ainsi, les préoccupations des employeurs des TPE-PME répondent majoritairement à des objectifs de gestion des coûts mais également à des objectifs de gestion des ressources humaines.

Ces problématiques propres à l'entreprise doivent se résoudre dans le respect des dispositions légales et conventionnelles visant à la protection du salaire, lequel reste, à la fois un droit et un besoin pour les salariés qui en tirent l'essentiel de leurs revenus. L'importance du contentieux relatif à ces questions incite également à la prudence. Il convient alors de déterminer les leviers et outils juridiques de flexibilisation et d'optimisation des salaires à la disposition de l'employeur ainsi que leur mode d'application. Ces outils juridiques devront en

effet être utilisés dans le respect des droits des salariés. Ce rapport s'attachera donc à définir quelles sont les solutions exploitables par l'entreprise afin de flexibiliser et d'optimiser les salaires tout en respectant les droits des salariés. Les problématiques liées aux charges sociales et aux risques de redressement URSSAF ne seront donc pas abordées.

Dans une première partie, nous nous concentrerons sur les problématiques liées à la recherche d'une plus grande flexibilité en matière de salaire (I). La seconde partie sera consacrée à l'étude des questions posées en matière d'optimisation des salaires (II).

I. La flexibilisation des salaires : individualisation et modification des éléments de salaire

La flexibilisation des salaires est une problématique récurrente chez les employeurs des petites entreprises qui craignent de se trouver juridiquement liés par certaines données préexistantes en matière de salaire. En effet, l'employeur peut redouter de se trouver lié par le salaire des autres salariés ou par les éléments de salaires préexistants dans l'entreprise : ces questions relèvent d'un souci d'individualisation des salaires (A) et des problématiques liées à la modification des éléments de salaire en place dans l'entreprise (B).

A. L'individualisation des salaires face aux impératifs d'égalité : de la théorie à la pratique

L'ensemble du droit du travail est irrigué par le principe selon lequel les salariés ont droit au respect de leurs droits et libertés fondamentales. Cette interdiction faite à l'employeur de porter des atteintes injustifiées aux libertés et droits des salariés qu'il emploie est consacrée par l'article L. 1121-1 du Code Du Travail¹⁴. Pour Philippe Waquet¹⁵, cet article signifie que les droits de la personne et les libertés individuelles et collectives des citoyens sont applicables de plein droit dans les entreprises. Au nombre de ces droits figure l'égalité.

L'impératif d'égalité entre les salariés en matière de rémunération a été reconnu au niveau international ; la Convention de l'Organisation Internationale du Travail n°100 sur l'égalité

¹⁴ *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

¹⁵ Philippe Waquet, *Le principe d'égalité en droit du travail*, Droit social mars 2003

de rémunération, du 29 juin 1951, en est l'une des principales illustrations. Cet impératif a également été affirmé au niveau européen, dans l'article 119 du Traité de Rome¹⁶ de 1957. Au niveau européen, la directive 2006/54 du 6 juillet 2006 sur l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et féminins regroupe les principales règles en matière de lutte pour l'égalité salariale. Enfin, ce principe a été incorporé dans le Code du Travail, à l'article L3221-2¹⁷. Plus récemment, les lois du 9 novembre 2010¹⁸ et du 4 août 2014¹⁹ ont permis au législateur de perfectionner les mécanismes visant à l'égalité entre les hommes et les femmes.

Parallèlement, le Code du Travail sanctionne également les différences de traitement motivées par un motif discriminatoire, y compris en matière de rémunération.

Les différences de traitement entre les salariés sont donc susceptibles de porter atteinte à ces divers impératifs en matière d'égalité et de lutte contre les discriminations. Or, une politique d'individualisation des salaires repose précisément sur l'idée d'instaurer des différences de salaire entre les salariés d'une même entreprise. A ce titre, il est aisément concevable que cette démarche puisse entrer en contradiction avec les impératifs d'égalité (1). Cependant, le principe d'égalité de traitement entre les salariés ne s'oppose pas à toute pratique d'individualisation des salaires (2).

1. L'individualisation limitée : la force théorique du principe d'égalité de traitement en matière salariale

Deux mécanismes ont pour objet de garantir l'effectivité du principe d'égalité : il s'agit du principe « à travail égal, salaire égal » (a) et de l'interdiction des discriminations (b).

¹⁶ « Chaque Etat membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ».

¹⁷ « Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ».

¹⁸ Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites

¹⁹ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes »

a. Egalité salariale : l'entreprise face à l'extension du champ d'application du principe « à travail égal, salaire égal »

A l'intérieur du Code du Travail, plusieurs articles ont pour vocation d'assurer l'égalité de salaire entre différents groupes de salariés. Le législateur a identifié les salariés pouvant être victimes d'inégalités en matière de salaire, et a imposé à l'employeur d'assurer une égalité de traitement entre ces groupes de salariés et les autres salariés présents dans l'entreprise. Ainsi, l'article L1242-15²⁰ du Code du Travail prévoit l'égalité de salaire entre les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée et les salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée, tandis que l'article L3123-10²¹ impose la proportionnalité des salaires entre les salariés employés à temps plein et les salariés employés à temps partiel. Enfin l'article L3221-2²² du Code du Travail impose l'égalité des salaires entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins. La volonté première du législateur n'a pas été d'imposer une obligation d'égalité absolue entre tous les salariés. Pourtant la jurisprudence n'a pas hésité à aller au-delà des exigences posées par le Code du Travail, et a très largement étendu le champ d'application de ces impératifs d'égalité.

L'arrêt Ponsolle²³ rendu le 29 octobre 1996 par la Cour de Cassation constitue le point de départ de cette extension donnée aux impératifs d'égalité de traitement en matière de salaire. Dans cet arrêt, la Haute juridiction considère que « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique* ». Le principe « à travail égal, salaire égal » sera alors utilisé par les juges, et servira de visas à de nombreux arrêts rendus par la Cour de Cassation²⁴.

²⁰ « *La rémunération, au sens de l'article L3221-3, perçue par le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, n salarié bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée de qualification professionnelle équivalente et occupant les mêmes fonctions.* »

²¹ « *Compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise.* »

²² « *Tout employeur assure, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

²³ Cass. Soc. 29 octobre 1996, n°92-43.680, Bull. civ. V N° 359 p. 255, Commentaire de A.. Lyon-Caen, Droit social 1996, 1013

²⁴ A titre d'exemple : Cass. Soc. 18 mai 1999, n°98-04.201 et 98-40.202, Bull. civ. V n° 213 p. 156

L'égalité en matière de salaire devient un principe général, lequel ne requiert plus l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. En réalité il ne s'agit pas tant d'un élargissement du champ d'application de l'article L3221-2 du Code du Travail (lequel deviendrait applicable sans considération de l'appartenance au sexe féminin) mais plutôt de la découverte d'un principe supérieur, forme de matrice dont les articles précités ne sont qu'une application. Cette règle « à travail égal, salaire égal » a été érigée en principe général du droit²⁵.

Pour certains auteurs, cette volonté d'égalitarisme en matière de salaire pourrait aboutir, en cas d'application trop stricte, à la remise en cause de « la nécessaire individualisation du travail humain »²⁶.

A titre personnel, nous estimons que ce principe évite d'aboutir à des situations dans lesquelles le salarié masculin serait défavorisé. En effet, le salarié de sexe masculin moins bien rémunéré que ses autres collègues masculins pourrait se retrouver démuné dans le cas où sa situation ne pourrait pas relever de la qualification de la discrimination. Ainsi, l'employeur pourrait moins bien rémunérer ce salarié, par exemple en raison de ses mauvaises relations avec ce dernier, sans que le salarié puisse invoquer une rupture d'égalité.

Malgré l'usage d'une formulation générale, la jurisprudence n'a pas entendu donner au principe « à travail égal, salaire égal » une valeur absolue. Ce principe ne trouve à s'appliquer que dans un champ délimité. L'application de ce principe nécessite en effet la comparaison entre des salariés d'une même entreprise et qui exécutent un même travail ou un travail de valeur égale.

Selon l'article L3221-4 du Code du Travail, ont une même valeur les « *travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* ». Les juges ont donc recours à la méthode du faisceau d'indices pour déterminer si deux salariés exercent ou non un travail de même valeur. L'application du principe d'égalité ne se limite donc pas à la comparaison stricte des intitulés de poste des salariés à comparer. Pour être au plus proche de la réalité de la situation, les juges cherchent, à l'aide de ces divers indicatifs (diplômes, expérience, responsabilités...), si les travaux exercés sont de même valeur. Si l'intention du juge est

²⁵ Cass. Soc. 18 mai 1999, n°98-40.201, Bull. Civ. V, Bull. civ. V N° 213 p. 156

²⁶ Expression employée par Marie-Cécile Escande-Varniol, Répertoire de droit du travail Dalloz, Salaire

louable en ce qu'elle permet de ne pas arrêter l'analyse aux intitulés formels des postes occupés, l'impact pratique de cette solution semble propre à induire un certain niveau d'incertitude dans l'esprit des entrepreneurs. En effet, cette jurisprudence fait naître la possibilité de jugé comparable des travaux reposant sur l'exécution de tâches différentes.

Le champ d'application matériel du principe «à travail égal, salaire égal» se veut particulièrement extensif. Constitue une rémunération entrant dans le champ d'application de ce principe «*le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier*»²⁷. Le principe d'égalité en matière de salaire s'applique donc non seulement au salaire de base mais également à tous ses accessoires, y compris ceux qui ne sont pas versés sous forme d'argent.

Ceci dit, l'application du principe «à travail égal, salaire égal» est circonscrite à l'entreprise. Une identité d'employeur entre les salariés à comparer est un critère conditionnant la reconnaissance d'une inégalité de traitement prohibée. La seule exception à cet impératif d'identité d'employeur entre les salariés à comparer concerne les unités économiques et sociales, sous certaines conditions.

La reconnaissance de la violation du principe «à travail égal, salaire égal» par l'employeur entraîne l'alignement du salaire du salarié lésé avec le salaire versé aux autres salariés effectuant un même travail ou un travail de même valeur. La sanction peut également comporter des rappels de salaire, dans les limites imposées par les délais de prescription applicables. Sur le plan pénal, le non-respect du principe «à travail égal, salaire égal» est condamné par une amende de 1 500 euros appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés²⁸.

Cependant, il sera démontré que la force théorique de ce principe ne se retrouve pas forcément dans la pratique, et que l'employeur dispose encore d'un certain pouvoir en matière d'individualisation des salaires.

²⁷ Article L3221-1 du Code du Travail

²⁸ R3222-1 du Code du Travail ; « Le fait de méconnaître les dispositions relatives à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes prévues aux articles L. 3221-2 à L. 3221-6, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de travailleurs rémunérés dans des conditions illégales. La récidive est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du code pénal. »

Dans cette optique de lutte pour l'égalité salariale, ce principe « à travail égal, salaire égal » est complété par les dispositions du Code du Travail relatives à l'interdiction des discriminations.

b. Principe de non-discrimination

L'article L1132-1 du Code du Travail²⁹ interdit à l'employeur de prendre certaines décisions sur la base de critères prohibés. Cet article offre une liste de critères ne pouvant servir de base à une décision, notamment en matière de rémunération. Il convient d'ores et déjà de noter que l'article L1132-1 du Code du Travail fait référence, pour définir la notion de rémunération, à l'article L3221-3. Les définitions retenues en matière de discrimination sont donc alignées sur celles retenues pour l'application du principe « à travail égal, salaire égal », ce qui permet d'offrir un régime unifié et plus lisible pour les entreprises.

Le Code du Travail détermine ensuite une liste de critères ne pouvant servir de base à une décision défavorable en matière de salaire. Ces dispositions sont complétées par l'article L2141-5 du Code du Travail³⁰ qui sanctionne spécifiquement la discrimination syndicale, notamment en matière de rémunération.

La prise en compte d'un de ces motifs prohibés ne peut pas motiver une décision défavorable de l'employeur à l'égard du salarié, y compris en matière de salaire. Sont interdites les discriminations directes, c'est-à-dire le traitement défavorable du salarié reposant directement sur la prise en compte d'un des motifs prohibés, mais également les discriminations indirectes, c'est-à-dire les pratiques ou mesures apparemment neutres mais qui, dans les faits,

²⁹ Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

³⁰ Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

aboutissent au traitement moins favorable des groupes de personnes remplissant un des critères prohibés.

L'interdiction des discriminations, par l'existence d'une liste limitative de critères ne pouvant justifier, y compris en matière de salaire, une décision défavorable, prévoit un champ d'application plus réduit que le principe « à travail égal, salaire égal ». Pourtant, l'interdiction des discriminations semble, dans la pratique, être plus contraignante pour les entreprises. Ce caractère particulièrement contraignant de l'interdiction des discriminations s'explique d'une part par l'existence d'un régime de preuve aménagé, et d'autre part par l'importance des sanctions applicables en cas de non-respect des règles susvisées.

Tout d'abord la reconnaissance de l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement la comparaison entre plusieurs salariés. Alors que le principe « à travail égal, salaire égal » implique nécessairement la comparaison entre le salarié lésé et un ou plusieurs autres salariés exerçant le même travail ou un travail de même valeur, l'existence d'une discrimination n'implique pas forcément de comparaison³¹, même si la méthode comparative a pu être utilisée à des fins probatoires.

A cette facilité probatoire de ne pas avoir nécessairement besoin de recourir à une comparaison avec d'autres salariés de l'entreprise, le salarié bénéficie d'un régime probatoire aménagé. L'article L1134-1 du Code du Travail³² aménage la charge de la preuve de la manière suivante : il incombe au salarié d'apporter au juge des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination. L'apport de ces éléments fait naître une présomption simple de l'existence d'une discrimination. Il incombe alors à l'employeur de prouver que la décision litigieuse est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Enfin les sanctions encourues en cas de reconnaissance par les juges de l'existence d'une discrimination sont sensiblement plus lourdes qu'en cas de contravention au principe « à travail égal, salaire égal ». La reconnaissance d'une discrimination entraîne la nullité de la décision ou de l'acte discriminatoire. Le Code Pénal prévoit par ailleurs des sanctions

³¹ Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, Bull. civ. V, n° 246

³² Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

pénales³³. Ces sanctions peuvent atteindre 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende pour les personnes physiques, et amende de 225 000 € pour les personnes morales.

2. L'individualisation déployée : des justifications des ruptures d'égalité au contournement du principe d'égalité de traitement

Au vu de ces développements il est possible de penser que l'employeur ne dispose que d'une marge de manœuvre très réduite en matière d'individualisation des salaires. Pourtant, la pratique démontre que l'égalité salariale peine à s'imposer dans les entreprises. Cela s'explique notamment par les justifications que peut avancer l'employeur pour légitimer les différences de traitement (a). L'autre explication principale à ce phénomène est le faible volume de contentieux généré par les règles relatives à l'égalité salariale (b).

a. L'utilisation de critères objectifs et autorisés : l'individualisation légitimée

L'existence du principe « à travail égal, salaire égal » et de l'interdiction des discriminations ne s'opposent pas à toute technique d'individualisation des salaires. Le contrat de travail étant un contrat *intuitu personae* dans lequel la personne du salarié est un élément déterminant du contrat, les éléments composant le parcours du salarié sont essentiels. Ainsi, les diplômes détenus, les compétences acquises par l'expérience ou encore le niveau de responsabilité sont autant de variables que l'employeur et le salarié, par le jeu de la négociation, tentent de valoriser. Le principe « à travail égal, salaire égal » et l'interdiction des discriminations n'ont pas supprimé le caractère *intuitu personae* attaché au contrat et donc au salaire mais imposent une approche renouvelée de cette notion. L'individualisation reste possible, mais elle doit avoir pour justification des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination.

L'individualisation des salaires reste également possible lorsque les salariés n'effectuent pas le même travail, ni un travail de même valeur. L'employeur a alors toute latitude pour creuser les écarts de salaires entre les salariés effectuant des travaux différents (sous réserve toutefois

³³ Les définitions de la notion de discriminations diffèrent de celles retenues par le Code du Travail. De même, le régime probatoire aménagé n'est pas applicable en matière pénale afin de respecter la présomption d'innocence. Les dispositions relatives à l'interdiction des discriminations figurent aux articles 225-1 et suivants du Code Pénal.

du respect des minima légaux et conventionnels). Ainsi, l'employeur peut créer des écarts salariaux importants entre les salariés peu ou très peu qualifiés et les salariés qualifiés ou les cadres dirigeants. De ce point de vue, l'employeur a toute latitude pour individualiser les salaires.

Par ailleurs, il convient de préciser que deux salariés effectuant le même travail ne sont pas nécessairement placés dans des situations comparables au regard d'un élément de salaire donné. Ainsi, le travailleur masculin et le travailleur féminin ne sont pas placés dans la même situation par rapport à un élément de salaire dont l'objectif est de prendre en compte les désavantages professionnels liés à la grossesse. Le travailleur masculin ne peut prétendre au versement d'une prime liée à l'état de grossesse sur le fondement d'une rupture d'égalité. En effet, le travailleur masculin ne subissant pas l'état de grossesse, il n'est pas placé dans la même situation que le travailleur féminin. La solution serait différente concernant un élément de salaire versé en raison de la naissance de l'enfant, évènement qui affecte de la même manière le salarié, quel que soit son sexe. L'égalité de salaire s'apprécie au regard de l'élément de salaire litigieux. Le pouvoir d'individualisation des salaires, envisagé sous cet angle, est possible dans toutes les situations où l'élément de salaire donné vise spécifiquement à prendre en compte l'existence d'une situation particulière.

Pour ce qui concerne les salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, plusieurs éléments permettent de justifier une différence de traitement. Pour l'employeur, il s'agit de justifier cette différence par des éléments objectifs dont le juge apprécie la pertinence. En effet, la cour de cassation n'admet pas que l'employeur puisse se retrancher derrière le caractère discrétionnaire des décisions en matière de salaire³⁴. Ainsi, l'expérience professionnelles, sous réserve qu'elle soit en lien avec l'activité exercée, ou encore le niveau de diplôme, pourvu que ce diplôme atteste de connaissances en rapport avec l'emploi occupé sont des exemples de justifications admises par la jurisprudence. De même, des difficultés de recrutement peuvent justifier une différence de salaire. En réalité, l'employeur a le champ libre pour justifier les différences de traitement, pourvu que les justifications avancées soient objectives, extérieures à toute discrimination et en rapport avec l'élément de salaire en cause. Ainsi, l'ancienneté du salarié n'est un élément justificatif recevable que si elle n'est pas récompensée par une prime distincte³⁵. De même, la performance individuelle du salarié peut

³⁴ Cass, soc. 20 octobre 2001 n°90-17.577, Inédit

³⁵ Cass. Soc., 20 juin 2001, n° 99-43.905, Inédit

être un élément justificatif à condition que l'évaluation de cette performance soit réalisée de manière objective³⁶.

L'appartenance aux catégories cadres ou non cadres est un critère souvent utilisé par les entreprises pour l'octroi d'un élément de salaire. Cependant, ce critère est à manier avec prudence. A nouveau, ce critère doit être mis en rapport avec l'élément de salaire concerné. Cette justification n'est possible que si les salariés cadres ou non cadres sont placés dans une situation différente au regard de l'élément de salaire en question³⁷. La Cour de Cassation admet, comme justifié par des raisons objectives, l'avantage catégoriel ayant « *pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunérations* ».

En matière d'égalité de traitement, les justifications sont donc multiples, et malgré la force théorique du principe d'égalité, l'employeur dispose d'un espace de liberté assez grand.

En ce qui concerne la légitimation des différences de traitement sur le terrain des discriminations, le Code du Travail dispose, à l'article L1133-1³⁸, que les différences de traitement sont possibles si elles sont justifiées par une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La différence de traitement doit être proportionnée au but poursuivi et doit être nécessaire à la poursuite de cet objectif. La pratique consistant à indiquer le sexe du salarié à recruter dans une annonce visant à recruter un mannequin professionnel ou un acteur est ainsi validée par l'article R1142-1 du Code du Travail³⁹. Ainsi, la justification des différences de traitement sur le terrain des discriminations est beaucoup plus difficile pour l'employeur.

b. La relativisation du principe d'égalité salariale : le non-respect systématique du principe dans les entreprises

Une des limites théoriques et pratiques à l'application effective et absolue du principe d'égalité tient à ce que le principe ne s'applique qu'au sein d'une même entreprise. Ainsi, la

³⁶ Cass. Soc., 18 janv. 2000, n° 98-44.745, Bull. civ. 2000 V N° 25 p. 19

³⁷ Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, Bull. civ. 2009, V, n° 168

³⁸ L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

³⁹ Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; 3° Modèles masculins et féminins.

personne morale constitue les limites au champ d'application du principe d'égalité. La seule exception concerne les unités économiques et sociales. La pratique au sein du cabinet a permis d'observer qu'il est commun pour les entrepreneurs de créer plusieurs personnes juridiques distinctes afin de bénéficier de certains avantages fiscaux notamment. Pourtant, dans les faits, ces personnes morales distinctes sont traitées, dans la gestion de l'entreprise, comme des établissements d'une même structure. Pour illustrer ce propos, il convient d'indiquer que les salariés, par le mécanisme de conventions de novation récurrentes, passent fréquemment d'une structure à l'autre. Bien qu'alertés sur les risques induits par ces pratiques, notamment au niveau de la reconnaissance d'une situation de co-emploi, les entrepreneurs ne remettent pas en cause ces pratiques qui s'avèrent également utiles pour contourner l'application trop stricte du principe d'égalité. Ainsi, sur chaque structure, personne morale distincte, le champ d'application du principe d'égalité est limité.

Une autre limite à l'application effective du principe d'égalité réside dans le fait que seules les entreprises de plus de 50 salariés sont assujetties à l'obligation de négociation annuelle relative à la résorption des écarts de rémunération entre les hommes et les femmes.

Enfin, il semble que l'application du principe « à travail égal salaire égal » ne donne pas lieu à beaucoup de contentieux dans les petites entreprises. Une des raisons pouvant expliquer ce phénomène réside dans le fait que les salariés ne se transmettent pas d'informations concernant leurs salaires respectifs. Il n'existe pas de grille des salaires applicables dans l'entreprise, ni de rapport comparé de situation entre les hommes et les femmes. De même, dans les petites entreprises, il n'existe pas toujours de fiches de postes détaillant les fonctions assurées pour un type de poste donné. Ainsi, l'employeur pourra toujours arguer que les salariés n'exécutent pas le même travail car l'un ou l'autre effectuent des tâches supplémentaires ou différentes.

En résumé, il est possible d'affirmer que malgré la puissance théorique du principe d'égalité en matière de salaire, la pratique démontre que les entreprises de petite taille ne le respectent que dans une faible mesure. Le champ d'application du principe mais également le nombre de justifications recevables sont des éléments qui expliquent en partie cette inapplication pratique du principe d'égalité salariale.

Du point de vue de la capacité d'individualisation des salaires, l'employeur semble donc disposer d'une marge de manœuvre assez grande. Si la flexibilisation entre salariés est possible, qu'en est-il de la flexibilisation des salaires dans le temps ?

B. Flexibilisation du salaire dans le temps : un régime à plusieurs vitesses

La flexibilisation des salaires peut donc se faire via le mécanisme de l'individualisation des salaires. Il s'agit alors de la flexibilisation entre les salariés. La flexibilisation peut également se faire dans le temps. Il s'agit d'une des questions les plus récurrentes posées par les entreprises, a fortiori lorsqu'il s'agit de petites structures ne disposant pas d'une grande stabilité économique. Les petites structures dépendent souvent de la viabilité économique de leurs clients, que ce soit des entreprises ou des particuliers. Ainsi, les périodes de crises économiques ou le déclin de certains secteurs d'activité les affectent plus rapidement que les grandes entreprises qui disposent souvent de fonds spécifiques pour faire face à ces difficultés. Pour les petites structures, les variations d'activité se font plus brutales et plus rapides, et il est impératif que ces entreprises aient le contrôle de leurs coûts. En cas de difficultés économiques, l'entreprise doit donc connaître, à tout moment, quelle est la marge de manœuvre dont elle dispose pour diminuer ce coût. A l'inverse, dans les périodes plus fastes, l'entreprise doit connaître quelles sont les possibilités offertes pour que les salariés puissent bénéficier de cette hausse des profits.

Cette capacité de réagir dans un sens ou dans l'autre aux variations d'activité permet de gérer la masse salariale avec le plus de réactivité possible, afin de protéger la viabilité de l'entreprise sans violer les droits des salariés qui ne doivent pas supporter le risque d'exploitation de l'entreprise. Cela dit, la modification des éléments de salaire répond à autant de procédures différentes qu'il y a de sources possibles à ces éléments. Cet état de fait donne naissance à un régime à plusieurs vitesses qui ne laisse pas toujours la même marge de manœuvre à l'entreprise selon que l'élément de salaire en question puise sa source dans le contrat, la Convention Collective ou encore les usages d'entreprise (1). Pour faire face à ces rigidités qui peuvent limiter la capacité de réaction de l'employeur face aux variations d'activité, plusieurs solutions sont possibles, lesquelles ont pour objet de valoriser le travail du salarié en prenant en compte sa performance individuelle ou collective, flexibilisant les salaires de manière plus ou moins automatique (2).

1. La multiplicité des modes de modification du salaire

Le salaire n'a pas de source unique. Il est déterminé, sous réserve du respect des minima légaux, par trois sources: les Conventions Collectives et accords collectifs du travail, le contrat de travail conclu avec le salarié et enfin des usages et engagements unilatéraux de l'employeur. Chacune de ces sources influe sur la rémunération salariale, que ce soit sur le montant du salaire de base ou sur l'existence ou les modalités de fixation des accessoires de salaire. La capacité de l'employeur à flexibiliser les salaires varie en fonction de la source ayant donné naissance à l'élément de salaire en question. Ainsi, la flexibilisation peut être très encadrée (a), ou soumise à l'accord des parties (b) ou quasi-totale (c).

a. Les éléments de salaire issus des Conventions Collectives: la flexibilité favorable au salarié

Ne disposant généralement pas d'institutions représentatives du personnel, les entreprises de petites tailles relèvent généralement uniquement d'une Convention Collective de branche.

L'article L2241-1 du Code du Travail⁴⁰ impose aux organisations syndicales et patronales d'entamer des négociations annuelles concernant les salaires au niveau de la branche d'activité. Cette négociation a pour objet la détermination des minima salariaux et la réduction des écarts salariaux entre les hommes et les femmes. Sur ce point, et à l'inverse des questions d'égalité salariale, les entreprises de petites tailles ne peuvent utiliser les effets de seuils comme un élément de flexibilisation. En effet, les salaires minima font partie des domaines dans lesquels un éventuel accord d'entreprise ne peut pas déroger aux conventions collectives de branches. Les minima salariaux établis au niveau de la Convention Collective de branche s'appliquent donc de la même manière dans les petites entreprises et dans les grandes.

Les Conventions Collectives de branche fixent les salaires minima correspondant à chaque position dans les grilles de classification professionnelle. Ainsi, pour chaque position, la Convention Collective de branche fixe quel est le salaire minimal auquel le salarié doit être rémunéré. La flexibilité en dessous de ce seuil est totalement impossible.

⁴⁰ Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires. Ces négociations prennent en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Cependant, l'influence des Conventions Collectives sur les salaires ne s'arrête pas là. Les Conventions Collectives prévoient également le versement d'un ou de plusieurs accessoires de salaire, notamment de primes très variées. Souvent, ces primes permettent de prendre en compte les conditions de travail particulières à la branche d'activité en question. Ainsi, la Convention Collective de du Commerce de Gros⁴¹ prévoit le versement de majorations de salaire si le salarié est amené à effectuer des travaux dans un environnement l'exposant à des températures inférieures à -5°C. Les Conventions Collectives peuvent également prévoir le versement d'un treizième mois⁴². Dès lors que l'entreprise entre dans le champ d'application de la Convention Collective, le versement de ces sommes devient une obligation. La négociation collective au niveau de la branche limite donc le pouvoir de direction de l'employeur qui n'est plus libre de décider s'il désire ou non instaurer une prime, ni définir librement les modalités de calcul et de versement de ces sommes, à moins d'instaurer un régime plus favorable que celui prévu dans la Convention Collective.

En effet, la seule marge de flexibilisation dont dispose l'employeur consiste à accorder des primes ou indemnités supérieures à ce qui est prévu dans la Convention Collective applicable. Ainsi, seuls les usages et décisions plus favorables aux salariés de l'entreprise peuvent permettre à l'employeur de déroger aux dispositions de la Convention Collective. Il s'agit donc uniquement d'une « flexibilité à la hausse ».

b. Les éléments de salaires issus du contrat de travail : la flexibilité par accord des parties

Le contrat de travail fixe généralement le salaire de base, soit en indiquant directement le montant, soit en indiquant un taux horaire. Le contrat de travail fixe également les modes de rémunération choisis : au temps, au rendement, en intégrant un treizième mois fractionné, ou encore en prévoyant l'existence de commissions. Le contrat peut également prévoir le versement de primes.

Alors que dans l'exécution de son travail le salarié est sous la subordination de l'employeur, en matière de modification du salaire, employeurs et salariés sont sur un pied d'égalité : ce sont deux parties au contrat, qui négocient librement les clauses de celui-ci. Alors que le droit

⁴¹ Convention Collective du Commerce de gros, signée le 23 mai 1970, Brochure JO n° 3044, IDCC 573

⁴² Convention Collective de l'Immobilier, signée le 5 juillet 1956, Brochure JO n° 3090, IDCC 1527

du travail veille à la protection de la partie faible, le salarié, le droit des obligations place les deux contractants sur un pied d'égalité. La solution peut paraître un peu artificielle, car si les parties au contrat de travail sont supposées être sur un pied d'égalité lors de la négociation du contrat, il n'en demeure pas moins que dans les faits, le salarié est très souvent dans une position de faiblesse vis-à-vis de son employeur. Cependant, l'articulation de ces deux positions se révèle assez protectrice pour le salarié, au point que certains auteurs de doctrine ont pu parler de sacralisation du salaire dans le contrat de travail.

Le salaire, dans son montant aussi bien que dans sa structure, est un élément essentiel du contrat de travail. A l'inverse des conditions de travail, la modification des éléments essentiels du contrat requiert l'accord des deux parties. Ainsi, la Cour de Cassation a estimé que « *la rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* »⁴³. Ainsi, quelle que soit la modification envisagée (structure, montant...) ou l'ampleur de ce changement (modification minime ou significative), la modification nécessite impérativement l'accord du salarié. Il convient également de préciser que l'accord du salarié doit être exprès et ne peut découler du simple silence du salarié⁴⁴.

Il est également important d'observer que la Cour de Cassation adopte une logique unique, quel que soit le caractère favorable ou défavorable de la modification en question. En effet, la Haute Juridiction précise qu'il importe peu que l'employeur « *prétende que le nouveau mode [de rémunération] serait plus avantageux* ». Or, la pratique des entreprises consiste souvent à accorder des augmentations de salaire sans avoir préalablement recueilli l'accord du salarié. Cependant, la problématique semble devoir rester théorique, car le salarié n'a dans ce cas aucune raison de contester une augmentation de son salaire. Ceci dit, il convient d'isoler la situation où l'augmentation de salaire amène au dépassement de certains seuils sociaux conditionnant l'accès à certains droits (par exemple l'aide personnalisée au logement). Si l'augmentation de salaire a pour conséquence la perte ou la réduction de ces droits, le salarié aura un intérêt à contester cette augmentation pour laquelle l'employeur n'a pas recueilli l'accord du salarié. La question semble également se poser lorsque l'employeur modifie par exemple les modalités de calcul des commissions : le nouveau mode de calcul pourrait

⁴³ Cass. Soc., 19 mai 1998, n° 96-41.573, Bull. civ. V N° 265 p. 202

⁴⁴ Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-47.560, Inédit

s'avérer favorable au salarié au moment de la modification, mais rien ne pourrait garantir que cela resterait le cas dans l'avenir.

Face à cette jurisprudence intransigeante en matière de modification des éléments contractuels du salaire, il convient également d'alermer les employeurs sur l'impact que d'autres modifications pourraient avoir sur le salaire. En effet, certaines modifications du contrat de travail ou des conditions de travail, nécessitant ou non l'accord du salarié, peuvent avoir un impact plus ou moins direct sur la structure ou le montant du salaire. Ainsi, la modification du territoire de prospection d'un commercial rémunéré en partie par commissions peut influencer sur le salaire de ce dernier, et constitue à ce titre une modification nécessitant l'accord du salarié⁴⁵. Il en va de même en ce qui concerne la réorganisation d'un des services de l'entreprise, lorsque la nouvelle organisation est de nature à influencer sur le montant de la partie variable du salaire du salarié⁴⁶. L'employeur ne peut donc pas tenter d'influer indirectement sur le salaire contractuel du salarié. Cette solution impose une grande prudence et limite indirectement le pouvoir de direction de l'employeur qui avant toute modification, même lorsqu'elle ne concerne que les conditions de travail et ne requiert pas l'accord du salarié, doit s'interroger sur les impacts possibles de sa décision sur le salaire des salariés concernés.

Le refus du salarié de modifier son salaire contractuel n'est pas un fait pouvant faire l'objet de sanctions de la part de l'employeur. La rupture du contrat de travail motivée par le refus du salarié d'accepter la modification de son salaire contractuel s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. De même, la modification unilatérale du salaire contractuel par l'employeur justifie la prise d'acte du salarié, et peut motiver une demande de résiliation judiciaire du contrat. Cependant, la Cour de Cassation semble avoir récemment révisé sa position sur ce point précis. Deux arrêts⁴⁷ récents précisent que la prise d'acte et/ou la résiliation judiciaire n'est possible que lorsque la modification unilatérale du salaire contractuel est de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail. Ainsi, les modifications portant sur un montant relativement faible, ou n'étant a priori pas défavorable au salarié ne pourraient plus justifier une prise d'acte de la rupture du contrat. Mais il convient de préciser que le salarié conserve toujours ses droits à demander des rappels de salaire et à exiger l'application des dispositions contractuelles négociées et non celles modifiées unilatéralement par l'employeur.

⁴⁵ Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 12-10.193, Inédit

⁴⁶ Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-27.715, Inédit

⁴⁷ Cass. Soc. 12 juin 2014 n° 12-29063 et Cass. Soc. 12 juin 2014 n° 13-11448, Inédits

Aussi, afin d'assurer le maximum de flexibilité pour l'employeur, il est conseillé de ne contractualiser que le salaire de base, afin de n'avoir à recueillir l'accord du salarié qu'en cas de modification du « noyau dur » du salaire. L'employeur gardera alors une plus grande marge de manœuvre et pourra d'abord modifier tous les accessoires et satellites sur salaire, avant, si la situation l'impose, de chercher à modifier le salaire de base. Le salarié, quant à lui, aura tout intérêt à chercher à contractualiser le maximum d'éléments de salaire, afin de conserver un pouvoir d'opposition pour tout ce qui concerne les modifications qui pourraient y être apportées.

Il s'agit donc, en ce qui concerne le salaire contractuel, d'une flexibilité très encadrée, et limitée par le pouvoir d'opposition du salarié. Dans les petites entreprises, une démarche visant à modifier les salaires contractuels est matériellement possible : l'employeur peut se concerter avec les quelques salariés de son entreprise pour qu'individuellement, il discute avec chacun des modifications qu'ils désirent opérer. Dans des structures de plus grandes tailles, il est matériellement plus délicat de renégocier individuellement, avec chaque salarié, le salaire contractuel.

Dans les cas où les difficultés économiques sont importantes, les possibilités de flexibilité sont différentes. Ainsi, la procédure de modification du contrat pour motif économique permet de pousser le salarié à accepter une modification de son salaire à la baisse, car en cas de refus l'employeur se trouve dans l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise. Cette option ne sera pas développée ici, car il ne s'agit alors plus de politique salariale, mais de licenciement économique.

Enfin, il convient de préciser que l'usage du pouvoir disciplinaire de l'employeur ne permet pas à ce dernier de modifier unilatéralement le salaire. Une sanction disciplinaire ne peut consister en une diminution unilatérale du salaire.

Les sanctions pécuniaires sont interdites par l'article L1331-2⁴⁸. La sanction pécuniaire se définit comme « *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* »⁴⁹. Ainsi, l'employeur ne pourra par exemple pas opérer de retenue sur salaire pour sanctionner le salarié en raison d'une faute professionnelle ou à cause de son comportement. Le pouvoir

⁴⁸ Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite.

⁴⁹ Circulaire du 21 mai 1983, DRT n°5-83 du 15 mars 1983, p. 10 et 11

disciplinaire de l'employeur ne peut donc pas supplanter le droit du salarié à s'opposer à des modifications auxquelles il n'a pas donné son consentement.

c. Les éléments de salaires issus des usages et décisions unilatérales de l'employeur : la flexibilité exploitée à plein

Les éléments de salaire institués par un usage ou par une décision unilatérale de l'employeur sont ceux offrant la capacité d'action la plus large pour l'employeur. La seule exigence, lorsqu'il s'agit de réviser un élément de salaire ainsi institué, est d'informer les institutions représentatives du personnel et les salariés concernés.

Cette procédure d'information doit respecter un délai de prévenance suffisant. Aucun délai n'est imposé par la loi, aussi l'appréciation du caractère suffisant du délai de prévenance dépend de la périodicité et de l'importance de l'élément de salaire à supprimer. A titre d'exemple, pour la suppression d'une prime de treizième mois d'un des clients du cabinet, un délai de prévenance de six mois a été observé⁵⁰. La date d'effet de la dénonciation de l'usage ou de la décision unilatérale doit être postérieure à la réalisation des formalités en question.

L'information des salariés concernés par la suppression de l'élément de salaire supprimé doit être personnelle. Aussi, un simple affichage d'une note dans les locaux de l'entreprise a été jugé insuffisant pour supprimer valablement l'élément de salaire en question⁵¹.

La procédure de dénonciation des usages et décisions unilatérales est donc très légère, surtout dans les petites structures ne disposant pas d'institutions représentatives du personnel. Cependant, suivre cette procédure, aussi légère soit-elle, est obligatoire. L'employeur ne peut pas se contenter de cesser de verser l'élément de salaire prévu par l'usage ou la décision unilatérale. De même, l'absence de contestation de la part des salariés ne permet pas de considérer que l'usage a été correctement dénoncé⁵².

Enfin, la marge de manœuvre dont dispose l'employeur en matière de modification des éléments de salaire est d'autant plus grande en matière de dénonciation d'usage, car la dénonciation d'un usage peut n'être que partielle, et peut, sauf contravention aux règles

⁵⁰ Annexe 1 - Courier informant le salarié de la dénonciation d'un usage d'entreprise relatif à une prime de 13ème mois.

⁵¹ Cass. soc. 3 déc. 1997, n° 95-45.257, Inédit

⁵² Cass. soc. 23 oct. 1991. n° 90-40.168, Bull. civ. V N° 440 p. 274

relatives à l'égalité salariale et à l'interdiction des discriminations, ne concerner que certaines catégories de salariés.

La capacité de flexibilisation des salaires institués par usage ou décision unilatérale est également accrue par le fait que l'employeur n'a pas besoin de justifier sa décision de supprimer un usage. Indiquer le motif de la suppression n'est pas obligatoire. L'employeur retrouve donc ici tout son pouvoir de direction.

Cependant, cet espace de liberté de l'employeur de revenir librement sur les éléments de salaire nés d'un usage ne doit pas aboutir à ce que l'employeur puisse unilatéralement fixer le salaire du salarié. Cette hypothèse concerne les salariés dont le salaire est entièrement déterminé par les usages et décisions unilatérales de l'employeur. En cas de dénonciation de cet usage ou de cette décision, l'employeur ne peut fixer unilatéralement le salaire : la négociation avec le salarié s'impose⁵³.

Enfin, la pratique a mis en lumière l'existence d'une situation complexe à traiter, du point de vue juridique. C'est le cas de l'entreprise ayant des liens étroits avec une société mère, laquelle s'immisce dans la gestion des salaires de sa filiale. Dans les faits de l'espèce, la société mère décidait du principe et du montant de primes annuelles versées par la filiale. Outre les difficultés liées à la reconnaissance d'une situation de co-emploi, la gestion de ces primes s'est avérée complexe. En effet, les primes n'étaient pas versées systématiquement tous les ans, et les montants étaient très variables. L'employeur désirait formaliser l'existence de ces primes dans une note de services ou dans une décision unilatérale. Cette solution lui a été déconseillée, puisque dans les faits il n'y avait aucune certitude que ce soit sur le principe ou sur le montant des primes. Afin de sécuriser autant que possible cette pratique, plusieurs conseils ont pu être donnés, afin que les primes ne soient pas considérées comme des usages, mais comme des gratifications exceptionnelles, pour la modification ou la suppression desquelles aucun formalisme n'est requis. L'usage se caractérisant par sa généralité, sa constance et sa fixité, il a été conseillé, afin que ces primes ne relèvent pas de la qualification juridique d'usage, de les verser à des moments différents dans l'année, avec des montants significativement variables, et sous des intitulés généraux ou en faisant référence à des missions ou faits exceptionnels et ponctuels.

⁵³ Cass. Soc. 20 oct. 1998, n°95-44290, Bull. civ. 1998 V n° 435 p. 326

En conclusion, la modification du salaire de base et de ses accessoires ne correspond pas à un régime unifié. Les règles de modification sont aussi multiples que les sources du salaire. A ce titre, il est important de noter qu'une politique salariale efficace consiste non seulement à déterminer le montant et à choisir les mécanismes de rémunération à mettre en place dans l'entreprise, mais consiste également en un suivi rigoureux de ces mécanismes. Dans la pratique, il est arrivé qu'un employeur soit incapable de déterminer l'origine d'un élément de salaire. En l'espèce, il s'agissait d'une prime d'ancienneté versée depuis plusieurs années, que l'employeur voulait supprimer. Cette incertitude sur la source prévoyant cette prime induit une incertitude dans le choix de la procédure à mettre en œuvre pour la modifier valablement.

Le contrat restant la source la plus importante du salaire, la capacité de flexibilité des salaires par l'employeur est assez réduite, dans la mesure où ces modifications requièrent l'accord du salarié. Si cette problématique semble devoir rester théorique lorsque cette modification se limite à une augmentation du montant du salaire, toutes les autres modifications (diminution de salaire, modification de la structure du salaire...) s'avèrent impossibles sans l'accord du salarié. Ceci dit, certains mécanismes peuvent éviter à l'employeur d'avoir à recueillir le consentement exprès du salarié à chaque fois qu'une modification du salaire est envisagée par l'employeur.

2. Instauration d'éléments de salaire variables : la modification du salaire acceptée par avance

Plusieurs mécanismes juridiques permettent de modifier le montant du salaire du salarié sans avoir à recueillir systématiquement son accord à chaque variation. Ces leviers juridiques permettent une adaptation des salaires à l'activité de l'entreprise, soit par la prise en compte de la performance du salarié lui-même, soit par la valorisation de la performance collective d'un groupe de salariés. Les solutions sont multiples, et l'employeur devra choisir, par le jeu d'arbitrages et de négociations avec les salariés, le mécanisme qui lui semble le plus adapté à ses besoins (a). Ceci dit, ces mécanismes sont encadrés et la jurisprudence veille à ce qu'ils n'aboutissent pas à créer un droit de l'employeur à modifier unilatéralement et arbitrairement le salaire (b).

a. Des solutions permettant la prise en compte des performances individuelles et collectives des salariés

Le premier mécanisme permettant d'adapter automatiquement le salaire de base à la performance individuelle ou collective des salariés est le salaire au rendement ou aux pièces. Dans ce mode de rémunérations salariale, le salaire varie en fonction du volume de production réalisé. Pour chaque pièce produite ou opération réalisée, un montant et un temps d'exécution normal est fixé. Plus le salarié produit de pièces, ou plus le salarié est rapide dans la production des dites pièces, et plus le salaire augmente. Cette solution, outre le fait qu'elle favorise une flexibilité dans le temps (le salaire évoluant dans le temps en fonction des performances du salarié ou de son équipe), elle a aussi pour intérêt d'individualiser les salaires, lorsque c'est le rendement du salarié qui est déterminant. Ainsi, le salarié le plus productif percevra un salaire plus élevé que les salariés moins productifs. Lorsque le rendement est apprécié au niveau de l'équipe, ce mode de rémunération peut être utilisé pour resserrer les liens des membres de cette équipe, leur imposant une cohésion, une organisation propre à augmenter collectivement leur productivité. Ce mode de rémunération n'est cependant possible que pour les salariés effectuant des tâches relativement simples et quantifiables.

L'autre option possible offerte aux employeurs réside dans l'usage d'une clause de variation du salaire. Une clause de variation peut se définir comme une clause par laquelle le salarié consent par avance à la modification d'un élément de son contrat. La clause de variation peut porter sur le salaire, et donc prévoir la variation de son montant. Ces variations, acceptées par avance, ne nécessitent alors plus l'accord des deux parties au contrat, à savoir de l'employeur et du salarié. Cependant, pour être valable cette clause doit remplir plusieurs conditions définies par la jurisprudence. Dans un arrêt important en date du 2 juillet 2002⁵⁴, la Haute Juridiction a précisé les conditions de validité d'une clause de variation en matière de salaire. Tout d'abord la rémunération variable doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur. Ce critère permet d'éviter que l'employeur puisse modifier unilatéralement la rémunération sur le seul fondement de sa volonté, de manière arbitraire. Les variations de salaire doivent être calculées sur la base d'éléments objectifs et vérifiables, extérieurs à la volonté des parties. Les éléments pris en compte pour déterminer le montant de la partie variable peuvent être très divers : il peut s'agir d'éléments quantitatifs

⁵⁴ Soc. 2 juill. 2002, n° 00-13.111, Bull. civ. V, n° 229 ; Sem. soc. Lamy, n° 1087 et 1088, 9 sept. 2002

(volume de production) ou qualitatifs (satisfaction des clients). Il peut également s'agir d'éléments extérieurs à la personne du salarié (comme les résultats de l'équipe, le volume de commandes passé par les clients de l'entreprise...) ou d'éléments en rapport avec ses performances propres (résultats du salarié, réussite de missions)... La seconde option consistant à faire dépendre le montant de la rémunération variable des résultats individuels du salarié prend généralement la forme d'une clause d'objectifs.

La clause d'objectif consiste à fixer des missions, des buts au salarié et de faire dépendre le versement ou le montant d'un élément de salaire de la réussite du salarié. La clause d'objectif peut être utilisée pour déterminer le montant du salaire de base, si le salaire obéit à une clause de variation et que les objectifs sont choisis comme élément objectif par les parties. La clause d'objectif peut également être utilisée pour conditionner le versement d'un accessoire de salaire, à savoir une prime.

Pour qu'une clause d'objectif soit valide, plusieurs conditions sont également requises. Tout d'abord, les clauses prévoyant les objectifs doivent être rédigées en français⁵⁵. Au sein du cabinet, des modèles de clauses de variation de salaire avec objectifs ont été rédigés⁵⁶. La rédaction de modèles de clause a été délicate car en vérité ces clauses doivent s'adapter aux besoins des différentes entreprises, qui prévoient toutes des modalités de calcul différentes pour ce qui concerne le salaire sujet à variation. Retenir une formulation générique adaptable à cette multiplicité de régimes possibles requiert une utilisation précise des termes employés.

L'usage d'une clause de variation du salaire couplée à une clause d'objectif a pour principal intérêt de motiver et de responsabiliser le salarié. Malgré cela, il convient d'alerter les employeurs sur la nécessité d'assurer un suivi rigoureux de ces mécanismes.

La clause de variation et la clause d'objectif permettent, à l'inverse du salaire au rendement, de faire varier le salaire du salarié non seulement en fonction de critères quantitatifs mais également qualitatifs. Ainsi, une entreprise du secteur tertiaire ou une entreprise dans laquelle les salariés sont au contact de la clientèle ou réalisent des prestations à la durée de réalisation très variable pourront mener une politique d'amélioration de la qualité des services offerts en privilégiant ce type de mécanismes. Par exemple, l'objectif conditionnant le versement d'un élément de salaire peut être le fait d'atteindre un certain niveau de satisfaction des clients.

⁵⁵ Cass. soc. 29 juin 2011 n° 09-67.492, Bull. civ. 2011, V, n° 167

⁵⁶ Annexe 2 – Modèles de clause de variation portant sur le salaire – Rédigé lors du stage

Annexe 3 – Modèle d'avenant périodique déterminant les objectifs du salarié – Rédigé lors du stage

Les parties sont également libres de prévoir des régimes mixtes, c'est-à-dire prévoyant une partie fixe et une partie variable, ou encore en prévoyant un salaire de base entièrement fixe mais en prévoyant le versement de plusieurs primes dont les conditions de versement peuvent varier en fonction de l'atteinte d'un ou plusieurs objectifs.

Enfin, les commissions sont souvent utilisées comme mécanisme de rémunération pour les salariés effectuant un travail de commercial. La commission est un pourcentage des ventes réalisées par le salarié auprès des clients de l'entreprise. La rédaction de modèles de clauses prévoyant le versement de commissions a attiré notre attention sur l'importance de préciser les éléments servant de bases de calcul aux commissions, à savoir : les ventes concernées, le territoire de prospection, le taux applicable, la période de prise en compte des ventes, le montant (hors taxes, toutes taxes comprises,...). Autant de précisions nécessaires à la sécurisation de la pratique.⁵⁷

Si les mécanismes permettant de lier performance et salaire sont multiples et peuvent se combiner, ces pratiques doivent être parfaitement maîtrisées car elles sont porteuses de risques.

b. Salaire, performance et régime de protection du salaire : un mélange des genres porteur de risques

Le choix d'un mécanisme de rémunération dépend donc des besoins de l'entreprise. Il appartient à l'employeur d'identifier les mécanismes aptes à répondre à ces besoins. A titre d'exemple, une entreprise pratiquant le travail sur des chaînes de production et dans laquelle les salariés effectuent des tâches répétitives aura intérêt à introduire le salaire au rendement. A l'inverse, une entreprise dont l'activité est orientée essentiellement vers la vente ou la prospection de client aura intérêt à prévoir le versement de commissions. A ce titre, les économistes s'intéressent à l'impact des modes de rémunération choisis sur les résultats de l'entreprise et la gestion des ressources humaines⁵⁸. Cependant, l'usage de ces techniques juridiques ne doit pas entrer en contradiction avec les droits reconnus aux salariés.

La première limite à l'usage des mécanismes précédemment évoqués tient au caractère forfaitaire du salaire, lequel est intimement lié à la qualité même de salarié. Le risque d'entreprise, c'est-à-dire les variations économiques de l'activité de l'entreprise (ce qui inclut

⁵⁷ Annexe 4 – Modèle de clause prévoyant le versement de commissions – Rédigé lors du stage

⁵⁸ Annexe 5 – Tableau récapitulatif des avantages et inconvénients du recours aux commissions

les éventuelles pertes), ne doit pas peser sur le salarié. Ainsi, le salaire versé au salarié ne doit en principe pas varier en fonction des bénéfices et des pertes de l'entreprise.

La frontière entre les situations acceptables aux yeux des juges et les situations où l'employeur fait peser le risque d'entreprise sur le salarié est parfois ténue. A titre d'exemple, il a été jugé⁵⁹ qu'il est possible de prévoir que le versement d'une partie du salaire contractuel sera subordonné à l'existence un contrat commercial entre l'entreprise et un client de celle-ci. Cet élément est en effet extérieur à la volonté de l'employeur, pourtant elle fait subir un désavantage (l'absence de versement d'un élément de salaire) au salarié, alors que ce désavantage ne devrait avoir d'impact que sur l'entreprise. De même, lorsque le salaire variable est aligné sur le chiffre d'affaire d'un service ou de toute l'entreprise, le montant du salaire du salarié varie à la hausse ou à la baisse en même temps que l'activité économique. Or, le risque d'entreprise consiste justement dans le fait que ce soit l'entreprise et non le salarié qui subisse les variations d'activités. Pourtant, ce n'est pas la logique adoptée par la jurisprudence. Pour les juges, le critère permettant de déterminer si le risque d'entreprise pèse ou non sur le salarié est l'existence d'un aléa. L'illustration la plus convaincante concerne la pratique de la « mise en participation » autrefois utilisée dans le domaine du spectacle⁶⁰. Cette pratique consiste pour les salariés à investir leur salaire dans la production d'un film ou d'un spectacle. Si le film ou le spectacle ne parvenait pas à générer assez d'argent, les salariés ne percevaient aucun salaire. Cette pratique illustre la situation où le salarié a investi son salaire. Or, c'est aux investisseurs, par le biais d'achat d'actions ou de parts sociales de risquer leur fonds dans la réussite de l'entreprise.

La seconde limite à ces mécanismes qui permettent de lier au maximum le salaire et la performance individuelle est la nécessité de prendre en considération les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des salariés. Le salaire au rendement, qui incite fortement à une accélération des rythmes et des cadences de travail est en effet susceptible d'altérer la santé ou de mettre en péril la sécurité des travailleurs. A ce titre, la loi du 6 décembre 1976 sur la prévention des accidents du travail⁶¹ interdit le salaire au rendement pour les travaux dangereux. De plus, les partenaires sociaux se sont engagés dans un processus visant à limiter l'usage du salaire au rendement : l'accord national

⁵⁹ Cass. Soc. 20 avr. 2005, no 03-43.696, Inédit

⁶⁰ Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.191, Bull. civ. 2009, V, n° 187

⁶¹ Loi n°76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail

interprofessionnel relatif à l'amélioration des conditions de travail⁶² enjoint les partenaires sociaux et les entreprises à limiter le recours au salaire au rendement. La jurisprudence⁶³ a déclaré illicite une prime de rendement liée au nombre de kilomètres parcourus par les salariés des transports routiers, cette prime incitant les salariés à dépasser les limitations de vitesse et à ne pas respecter les temps de repos nécessaires à la prévention des accidents de la route. Enfin, l'article L3315-4-1 du Code des Transports⁶⁴ interdit, dans le domaine des transports routiers, le fait de rémunérer le personnel roulant en fonction du nombre de kilomètres ou du volume de marchandise acheminé dès lors que ce mode de rémunération est de nature à compromettre la sécurité routière.

Enfin, bien que cette pratique n'ait pas fait l'objet de sanctions de la part des juges, la fixation unilatérale des objectifs conditionnant le versement d'un élément de salaire nous semble être une pratique contestable. Bien que la jurisprudence impose que les objectifs soient extérieurs à la volonté de l'employeur, raisonnables et mesurables de manière objective, ces garanties ne semblent pas être suffisantes, à notre sens. En effet, l'employeur, en fixant unilatéralement les objectifs peut indirectement moduler le montant que les éléments de salaires qui y sont liés peuvent atteindre. En fixant des objectifs bas et facilement atteignables par le salarié, l'employeur a la quasi-certitude de devoir verser, à la fin de la période, l'intégralité du montant des éléments de salaire y étant attaché. A l'inverse, en fixant des objectifs plus élevés, l'employeur peut prévoir que cet objectif ne sera probablement que partiellement rempli. La limite à la fixation d'un objectif élevé réside dans le caractère raisonnable de l'objectif. Or, la notion de « raisonnable » ne fait l'objet d'aucune définition juridique, d'aucune évaluation chiffrée... Ainsi, il sait par avance que l'intégralité des sommes y étant liées ne devra pas être versée. Il est alors possible de dire que l'employeur peut modifier indirectement, selon sa volonté, le montant du salaire du salarié ayant accepté la fixation unilatérale de ses objectifs. La seule limite serait la fixation d'un objectif déraisonnable. Or, comment le juge pourrait-il apprécier le caractère raisonnable d'un objectif, lequel dépend forcément de la nature de l'emploi occupé par le salarié, de la conjoncture économique, de la

⁶² Accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail

⁶³ Cass. Soc. 13 novembre 2003, n°01-46.07, bull. civ. V n° 282

⁶⁴ Article inséré dans le Code des Transports par la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale. « *Le fait de rémunérer, à quel titre et sous quelle forme que ce soit, des conducteurs routiers employés par l'entreprise ou mis à sa disposition, en fonction de la distance parcourue ou du volume des marchandises transportées, dès lors que ce mode de rémunération est de nature à compromettre la sécurité routière ou à encourager les infractions au règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, précité.* ».

situation du marché concerné, des possibilités d'expansion de l'entreprise... ? A l'inverse, la fixation d'objectif élevé peut-être perçue comme un moyen de motiver et de stimuler le salarié.

Les questions de flexibilisation, que ce soit sous l'angle de l'individualisation ou sous l'angle de la modification des éléments de salaire, amènent des réponses multiples. Cependant, ce n'est pas la seule préoccupation des entreprises en matière de salaire. L'optimisation est également une problématique susceptible de violer les droits reconnus aux salariés.

II. Optimisation des rémunérations : respect des minima légaux et pratiques d'évitement de la qualification de salaire

Les possibilités de flexibilisation des salaires ci-dessus présentées ne peuvent s'exercer que dans le respect d'un seuil minimal imposé par la loi et, le cas échéant, par les Conventions Collectives applicables. Il s'agit des salaires minima, planchers en dessous desquels l'employeur ne peut valablement rémunérer ses salariés. Le non-respect de ces minima est sévèrement sanctionné, et il est impératif pour l'employeur de s'y soumettre.

Les sommes à inclure dans le salaire à comparer à ces minima légaux et conventionnels doivent être précisément identifiées par l'employeur. En effet, la principale technique d'optimisation des salaires consiste à inclure le plus de sommes possibles dans le salaire à comparer à ces minima. Dans un premier temps, il conviendra d'analyser les possibilités offertes aux entreprises de verser des éléments de salaire diversifiés tout en respectant ces obligations relatives au salaire minimum (A).

Cependant, les entreprises semblent en quête de nouveaux espaces de liberté concernant les mécanismes de rémunération. Une véritable stratégie « d'évitement du salaire »⁶⁵ se met en place dans certaines entreprises, afin de contourner les règles relatives au salaire. Alors que les politiques salariales ne concernent en principe que les mécanismes de rémunération salariale, il apparaît que les entreprises y incluent de plus en plus les mécanismes rémunérateurs non salariaux, tels que l'intéressement et la participation. Dans cette logique d'optimisation, ces mécanismes sont-ils un nouvel espace de liberté à conquérir ? (B)

⁶⁵ Formule employée par Jean-Pierre Chauchard, *L'évitement du salaire*, Droit social 2011, p.32

A. L'optimisation par inclusion d'un maximum d'éléments dans le salaire à comparer aux minima légaux et conventionnels

Le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) puise son origine historique dans la loi du 11 février 1950 instituant le Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti (SMIG). Il s'agit alors du premier salaire minimum en dessous duquel aucun salarié ne peut être rémunéré. L'ambition de ce texte est de garantir un pouvoir d'achat minimum pour les ménages les plus modestes. L'objectif de ce salaire minimum est explicité à l'article L3231-2 du Code du Travail.⁶⁶ La loi du 2 janvier 1970 remplace le SMIG par le SMIC et indexe le salaire minimum à la fois sur les salaires et sur les prix.

Le législateur n'est pas seul à être intervenu en matière de salaire minimum. Au niveau international, son intervention est d'ailleurs pensée comme étant subsidiaire. Ainsi, la convention de l'OIT sur les méthodes de fixation des salaires minima de 1928⁶⁷ prévoit que l'Etat intervient en matière de salaire minimum quand « il n'existe pas de régime efficace pour la fixation des salaires par voie de contrat collectif ». La fixation des salaires minima dans les branches d'activité fait l'objet d'une négociation obligatoire de la part des partenaires sociaux.

Ainsi, au moins deux salaires minima s'appliquent dans les entreprises : le SMIC et le minimum conventionnel issu de la Convention Collective applicable, à l'exception des entreprises qui ne sont soumises à aucune Convention Collective et qui sont alors uniquement soumises au respect du SMIC. Pourtant, les règles déterminant quelles sommes sont incluses dans le salaire à comparer à ces minima ne sont pas les mêmes (1). Cependant, il convient de souligner que même parfaitement maîtrisées, les méthodes d'optimisation des salaires à comparer avec les minima applicables sont une politique salariale porteuse d'enjeux importants, y compris en matière de ressources humaines (2).

⁶⁶ Le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles : 1° La garantie de leur pouvoir d'achat ; 2° Une participation au développement économique de la nation.

⁶⁷ Convention (n° 26) sur les méthodes de fixation des salaires minima, 1928

1. Minima légaux et minima conventionnels : de la règle absolue à la règle à géométrie variable

a. Le respect du SMIC, une obligation générale et d'application indifférenciée

Le champ d'application du SMIC est très large, et bénéficie en pratique à la quasi-totalité des salariés du secteur privé⁶⁸. Par exception, les salariés âgés de moins de 18 ans ainsi que les certains salariés handicapés peuvent être rémunérés en dessous de ce seuil, de même que les apprentis et les salariés en formation sous contrat de professionnalisation. Pour ces catégories de salarié, des seuils planchers existent malgré tout. Les apprentis, par exemple, doivent être rémunérés selon un barème minimal calculé en pourcentage du SMIC⁶⁹. Le SMIC ne bénéficie pas non plus aux VRP dont la durée du travail n'est pas contrôlable.

L'obligation des employeurs de verser à leurs salariés une rémunération salariale au moins égale au SMIC est par ailleurs considérée comme un principe général du droit⁷⁰.

Le SMIC s'applique uniformément pour tous les salariés, quelle que soit la localisation géographique de l'entreprise. De même, le respect du SMIC s'impose quelle que soit la branche d'activité à laquelle l'entreprise appartient. Enfin, le respect du SMIC s'impose quel que soit le mode de rémunération choisi par l'entreprise.

L'article L3231-7 du Code du Travail⁷¹ précise que le SMIC est fixé par voie réglementaire, selon une procédure établie par décret. Le montant du SMIC horaire brut est fixé, depuis le 1er janvier 2014, à 9,53 €, soit 1 445,38 € bruts mensuels sur la base de la durée légale de 35 heures hebdomadaires.

⁶⁸ Article L3231-1 du Code du Travail : Les dispositions du présent chapitre sont applicables, outre aux employeurs et salariés mentionnés à l'article L. 3211-1, au personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial et au personnel de droit privé des établissements publics administratifs.

⁶⁹ Art. L. 6222-27 du Code du Travail : Sous réserve de dispositions contractuelles ou conventionnelles plus favorables, l'apprenti perçoit un salaire déterminé en pourcentage du salaire minimum de croissance et dont le montant varie en fonction de l'âge du bénéficiaire et de sa progression dans le ou les cycles de formation faisant l'objet de l'apprentissage.

⁷⁰ CE 23 avril 1982, n°36851

⁷¹ Le taux du salaire minimum de croissance est fixé par voie réglementaire à l'issue d'une procédure déterminée par décret.

Pour assurer le respect du SMIC, l'employeur peut opérer une simple multiplication du taux horaire du SMIC par la durée légale du travail, ce montant constituant le salaire de base. Cependant, l'ajout des accessoires de salaire, primes et avantages en nature divers augmente le montant total du salaire versé au salarié. L'optimisation de ces sommes consiste alors à inclure ces primes et accessoires au salaire à comparer au SMIC. Ainsi, il est possible d'aboutir à un salaire de base inférieur au SMIC, mais à un salaire global respectant le minimum légal.

Afin d'opérer une ventilation efficace des sommes versées au salarié, il convient de délimiter les sommes entrant dans le champ d'application du salaire à comparer au SMIC. Pour déterminer le salaire à comparer avec le SMIC, doivent être prise en compte les éléments rémunérant le travail effectif personnellement accompli par le salarié⁷².

Seuls les éléments de salaire correspondant à du temps de travail effectif entrent dans le champ des sommes à comparer avec le SMIC. Le temps de travail effectif se définissant comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives ; les sommes correspondant à des temps de pause ou à des temps d'habillage et de déshabillage n'entrent donc pas dans les sommes incluses dans le salaire à comparer au SMIC.

Le travail effectif doit impérativement être la cause du versement de l'élément de salaire, pour qu'il soit pris en compte dans le salaire à comparer au SMIC. Ainsi, sont exclues du salaire à comparer au SMIC les gratifications volontaires et aléatoires versées par l'employeur et qui ne sont pas la contrepartie du travail fourni. Les primes d'ancienneté ou d'assiduité ne sont pas incluses dans les sommes à comparer au SMIC car il s'agit d'éléments de salaire assurant la stabilité du salarié dans l'entreprise ; ces éléments de salaire sont plus la contrepartie d'un lien d'emploi que d'un travail effectivement produit et quantifiable. A l'inverse, une prime de rendement ou de productivité, si elle est personnelle au salarié, entre dans le champ des sommes à comparer au SMIC.

Le troisième critère devant être pris en compte pour déterminer si une somme est incluse dans le salaire à comparer au minimum légal, il convient de s'interroger sur le caractère individuel ou collectif de l'élément de salaire. Les primes présentant un caractère collectif n'ont en effet pas pour objet de rémunérer le travail effectif du salarié concerné, mais de récompenser une

⁷² Cass. soc., 13 juillet 2010, n° 09-42890, Bull. civ. V., n° 178

production globale. La seule exception concerne les primes de rendement calculées sur le rendement d'une équipe, dans le cas où la mesure de la production individuelle du salarié est impossible.

Enfin, la loi exclut expressément du salaire à comparer au SMIC les sommes correspondant aux majorations pour heures supplémentaires ou pour travail de nuit. De même, les remboursements de frais professionnels, n'ayant pas la qualité de salaire, ne doivent pas être pris en compte.

Le respect du SMIC s'apprécie mois par mois, c'est-à-dire que chaque mois, le salaire mensuel du salarié doit être au moins égal au SMIC⁷³. Cette nécessité d'une comparaison mensuelle rend plus difficile les possibilités d'optimisations. En effet, les primes pouvant être incluses dans le salaire à comparer au minimum légal ne sont prises en compte que le mois de leur versement. Ainsi, l'employeur devrait tous les mois verser une prime incluses dans les comparaisons afin d'atteindre le SMIC... La solution la plus simple et la plus pertinente en matière d'optimisation consiste à inclure les avantages en nature dans le salaire à comparer au SMIC. Ainsi, un salarié logé sur place, ou bénéficiant d'un avantage repas pourra être rémunéré selon un taux horaire plus bas que le SMIC ; l'avantage en nature permettant de compléter le différentiel. Cette pratique, rendue possible par l'article D3231-9 du Code du Travail⁷⁴, nécessite l'évaluation des avantages en nature. La valeur de ces avantages sont en principe déterminés par la Convention Collective applicable. A défaut, le Code du Travail fixe les montants à retenir⁷⁵. Déduire les sommes correspondant aux avantages en nature du SMIC permet d'obtenir le montant du salaire qui doit être versé en espèces au salarié.

Le fait de rémunérer un salarié en dessous du SMIC est sanctionné par une amende pénale⁷⁶ de 1500 euros appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés. Le salarié peut

⁷³ Cass. soc. 29 janv. 2002 n° 99-44.842, Bull. Civ. 2002 V N° 36 p. 34

⁷⁴ Lorsque la rémunération d'un salarié est, de manière habituelle, constituée, pour partie, par la fourniture de la nourriture et du logement ou d'autres avantages en nature, le salaire minimum en espèces garanti est déterminé en déduisant du salaire minimum de croissance les sommes fixées pour évaluer l'avantage en nature.

⁷⁵ Articles D3231-10 pour l'évaluation de l'avantage nourriture, D3231-11 pour l'avantage logement et D3231-12 pour les autres avantages en nature.

⁷⁶ Article R3233-1 du Code du Travail : Est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait de payer : 1° Des salaires inférieurs au salaire minimum de croissance prévu par les articles L. 3231-1 à L. 3231-12 ; 2° Des rémunérations inférieures à la rémunération mensuelle minimale prévue par l'article L. 3232-1. L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés rémunérés dans des conditions illégales. La récidive est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du code pénal. En cas de pluralité de contraventions entraînant des peines de récidive, l'amende est appliquée autant de fois qu'il a été relevé de nouvelles contraventions.

prétendre à des rappels de salaire. Par ailleurs, la Cour de Cassation estime que le non-respect du SMIC cause nécessairement un dommage au salarié⁷⁷, lequel doit être indemnisé.

b. Le respect des minima conventionnels : autant de règles que de Conventions Collectives

A l'inverse du SMIC, les minima conventionnels ont un champ d'application professionnel limité. Le champ d'application géographique de ces minima peut également varier : à titre d'exemple dans la branche de la métallurgie, les partenaires sociaux négocient les minima salariaux département par département. Ainsi, le salaire minimum conventionnel d'un ouvrier niveau I, coefficient 140 dans la métallurgie est de 1 449.58 euros en Moselle, et de 1 453.83 euros dans le Bas-Rhin.

La détermination du salaire minimum conventionnel nécessite d'identifier la place de l'emploi occupé par le salarié dans l'échelle hiérarchique prévue dans la Convention Collective applicable et de lui appliquer le salaire minimum correspondant. La pratique a démontré que certaines entreprises ont tendance à renverser cette approche, et à identifier d'abord le salaire que l'entreprise est prête à verser pour déterminer l'intitulé de l'emploi occupé par le salarié. Cette méthode, bien que contestable, est d'autant plus rendue possible par le fait que certaines Conventions Collectives utilisent une multitude de critères, et laissent une assez grande marge de manœuvre dans les choix de classification des salariés dans l'échelle hiérarchique. A titre d'exemple, la Convention Collective des Pompes funèbres⁷⁸ prévoit la prise en compte de plusieurs critères pour déterminer la classification des ouvriers⁷⁹. Les formulations générales permettent de créer des espaces de liberté, l'employeur pouvant utiliser à son avantage les incertitudes générées par l'utilisation de cette multitude de critères.

La situation dans laquelle le salaire minimum prévu par la Convention Collective est inférieur au SMIC doit être isolée. Le salaire minimum applicable pour les salariés classifiés à l'échelon 155 dans la Convention Collective de la Boulangerie-pâtisserie : Entreprises

⁷⁷ Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-12.884, Bull. civ. 2011, V, n° 170

⁷⁸ Convention Collective des Pompes funèbres, signée le 1^{er} mars 1974, Brochure JO n°3269, IDCC n°759

⁷⁹ Annexe 6 – Tableau de classification professionnelle des ouvriers dans la Convention Collective des Pompes Funèbres

artisanales⁸⁰ est actuellement de 9.52€ par heure de travail effectif. Dans cette situation, le salarié a droit à un complément de rémunération afin d'atteindre le SMIC⁸¹. Le minimum conventionnel ne supprime pas l'application du SMIC.

Pour ce qui est de déterminer quelles sommes doivent être prises en compte dans le salaire à comparer au minimum conventionnel, il existe une multitude des règles qui sont fonction de la Convention Collective appliquée. En effet, chaque Convention Collective détermine quels sont les éléments de salaire à intégrer dans le salaire à comparer au minimum. Ainsi, la Convention Collective de la Boulangerie-pâtisserie : Entreprise artisanale prévoit que « Le salaire horaire minimum professionnel comprend tous les éléments de la rémunération y compris les avantages en nature notamment la nourriture et le logement, excepté :

- Les majorations pour heures supplémentaires et travail nocturne.
- Les indemnités ayant le caractère de remboursement de frais.
- L'avantage en nature pain. »

Les entreprises relevant de cette Convention Collective peuvent donc inclure un grand nombre d'éléments de salaire dans le salaire à comparer au minimum conventionnel.

A l'inverse, la Convention Collective des Bureaux d'études techniques précise que sont exclues du salaire à comparer au minimum conventionnel les primes d'assiduité et les primes exceptionnelles.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur les situations dans lesquelles la Convention Collective ne précise pas quels sont les éléments à prendre en compte pour déterminer si l'entreprise respecte le minimum conventionnel. Dans cette situation, il convient de retenir les mêmes règles que pour la définition des sommes à comparer avec le SMIC.

Le respect du minimum conventionnel s'apprécie en principe mensuellement, comme pour le SMIC. Cependant, il arrive que des Conventions Collectives⁸² prévoient que les minima

⁸⁰ Convention Collective de la boulangerie-pâtisserie : entreprises artisanales, signée le 19 mars 1976, Brochure JO n°3117, IDCC n°843

⁸¹ Article D3231-5 du Code du Travail : Les salariés définis à l'article L. 3231-1 âgés de dix-huit ans révolus, reçoivent de leurs employeurs, lorsque leur salaire horaire contractuel est devenu inférieur au salaire minimum de croissance en vigueur, un complément calculé de façon à porter leur rémunération au montant de ce salaire minimum de croissance.

⁸² A titre d'exemple, Convention Collective du Commerce de gros, signée le 23 juin 1970, Brochure JO n°3044, IDCC : 573

salariaux doivent être respectés annuellement. Le respect du minimum conventionnel annuel s'apprécie donc en fin d'année, ce qui permet d'augmenter les possibilités d'optimisation des salaires, car les primes sont prises en compte sur l'année, et non uniquement le mois de leur versement.

Les possibilités d'optimisation des salaires, c'est-à-dire la possibilité d'inclure le plus de sommes possibles dans le salaire à comparer au minimum conventionnel varie en fonction du domaine d'activité de l'employeur.

2. La mise en œuvre de l'optimisation : la technique juridique face à la gestion des ressources humaines

Les solutions d'optimisation basées sur la technique consistant à inclure le plus de sommes possibles dans le salaire à comparer aux minima légaux et conventionnels doivent donc être parfaitement maîtrisées car les règles sont multiples et difficiles à appréhender. Ceci dit, l'expérience au sein du cabinet d'expertise comptable a prouvé que les employeurs sont toujours attirés vers ces politiques de bas salaires. En effet, il semble que les entreprises soient incitées à pratiquer des salaires bas (a). Cependant, une donnée non juridique semble à même de remettre en cause ces pratiques, à savoir la gestion du climat social et du mécontentement généré par une politique de bas salaire (b).

a. Les politiques de bas salaires : une norme dans les petites entreprises ?

Comme le souligne le professeur Savatier⁸³, au lieu de constituer un garde-fou, le salaire minimum devient une norme de rémunération pour les travailleurs peu qualifiés. Le SMIC et les minima conventionnels sont devenus « le prix du travail ». La pratique au sein du cabinet a mis en lumière cette logique des employeurs de considérer les minima salariaux comme des « tarifs ». Lors de la rédaction des contrats de travail au sein du cabinet, les employeurs qui transmettaient les éléments nécessaires à l'établissement du contrat n'indiquaient pas de

⁸³ Jean Savatier, Les minima de salaire, Droit social 1997, p.575

données chiffrées pour le salaire du salarié nouvellement recruté. Bien souvent la mention « minimum » ou encore « SMIC » se substituait à la mention d'un chiffre.

La pratique a démontré que les politiques salariales de bas salaires sont en partie encouragées par l'octroi d'avantages ou d'exonérations sociales et fiscales entourant ces pratiques. L'exemple le plus important concerne la réduction Fillon⁸⁴. La loi Fillon, remplaçant les mécanismes antérieurs prévoyant également des allègements de charges sociales sur les bas salaires, prévoit des baisses de cotisations patronales de Sécurité Sociale sur les bas salaires. Cette réduction Fillon s'applique sur les salaires inférieurs à 1,6 fois le Smic (soit 15,25 € en horaire brut au 1er janvier 2014).

Le montant de la réduction annuelle correspond au produit de la rémunération annuelle brute du salarié par un coefficient dont les paramètres ont été définis par décret. Actuellement, le coefficient se calcul de la manière suivante, dans les entreprises de moins de 20 salariés :
Coefficient = (0,281 / 0,6) x [1,6 x (montant du SMIC calculé pour un an / rémunération annuelle brute) - 1]. D'après les calculs effectués sur le site de l'URSSAF prévu à cet effet⁸⁵, la réduction Fillon pour un salarié payé pendant un an au SMIC, dans une entreprise de moins de 20 salariés est de 4 873.96 euros pour l'année.

Les entreprises qui emploient de 1 à 19 salariés bénéficient d'une majoration de cette réduction de cotisations (28,1 % au lieu de 26 % pour un salarié percevant le Smic). Les petites entreprises sont donc d'autant plus invitées à pratiquer des politiques de bas salaire. Cette majoration de la réduction Fillon au profit des entreprises de moins de 20 salariés a également pour effet de renforcer les effets de seuils déjà très présents en matière d'égalité salariale. Cependant, le projet de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2014 prévoit la modification du dispositif de la réduction Fillon à compter de janvier 2015, notamment par la suppression du seuil des 20 salariés et par l'alignement des modes de calcul de la réduction, quel que soit l'effectif de l'entreprise.

Il semble que cette logique doive se poursuivre. En effet, le projet de loi de financement rectificative de la Sécurité Sociale pour 2014 prévoyait un dispositif « zéro charges » pour les salaires correspondant au SMIC. Cependant, le projet de loi a été censuré par la Conseil

⁸⁴ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, dite « Fillon ».

⁸⁵ <http://www.declaration.urssaf.fr/calcul/>

Constitutionnel le 6 août 2014⁸⁶. Aux yeux des sages, l'allègement dégressif des cotisations salariales méconnaît le principe d'égalité. Malgré cette censure, il est possible de noter que le législateur semble toujours favorable à des politiques incitant à la fixation de salaires à un niveau bas.

L'ensemble de ces développements met en lumière l'existence de « trappes à bas salaires ». Comme le souligne le rapport de l'INSEE « *L'impact de la politique publique sur le marché du travail à bas salaire : offre, demande et qualité de l'emploi* »⁸⁷, le caractère dégressif des allègements des cotisations sociales sur les bas salaires « implique mécaniquement qu'une augmentation du salaire brut entraîne une augmentation plus que proportionnelle du coût du travail »⁸⁸ ce qui dissuade l'employeur d'augmenter les salaires et de s'éloigner des minima salariaux.

b. Le climat social, limite à l'optimisation des salaires

Les techniques d'optimisation du salaire ci-dessus présentées aboutissent à des situations où le taux horaire du salarié est inférieur au taux horaire du SMIC. Les autres éléments de salaire sont alors utilisés pour atteindre le minimum légal ou conventionnel. Le taux horaire est donc inférieur au minima légaux et conventionnels, mais la somme totale des éléments de salaires à comparer est au moins égale à ces planchers. Même si cette démarche est juridiquement licite, il n'en demeure pas moins qu'elle est difficile à expliquer à des salariés ne maîtrisant pas le langage juridique.

De même, le salaire de base est souvent pensé comme étant « ce qui est garanti », les primes et gratifications versées en sus de ce socle de base étant perçues comme des bonus, récompenses plus ou moins ponctuelles.

La fiche de paie est remise au salarié tous les mois. Sur cette fiche de paie figure le nombre d'heures travaillées ainsi que le taux horaire appliqué. La mention d'un taux horaire inférieur aux minima fait naître un sentiment d'incompréhension et de frustration chez les salariés. En effet, le salaire est un élément permettant de créer un sentiment de reconnaissance et d'équité

⁸⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-698 DC du 06 août 2014, JORF du 9 août 2014 page 13358, texte n° 6

⁸⁷ Jérôme Gautié et David Margolis, *L'impact de la politique publique sur le marché du travail à bas salaire : offre, demande et qualité de l'emploi*, Economie et Statistique n°429-430, août 2010

⁸⁸ Citation extraite du rapport INSEE précité, p. 12

dans l'esprit des salariés. Ainsi, la politique salariale ne doit pas seulement se concevoir en termes de gestion des coûts. Elle doit également prendre en compte les impératifs de gestion des ressources humaines. Les politiques salariales ont également pour objectif de fidéliser les salariés et d'attirer le plus de candidats potentiels pour les emplois vacants. Dans les branches d'activités caractérisées par un fort turn-over⁸⁹, comme dans la restauration rapide, cette pratique d'optimisation des salaires semble peu adéquate en ce qu'elle ne permet pas de créer une politique salariale attractive incitant les salariés à demeurer dans l'entreprise. A l'inverse, dans les secteurs caractérisés par une grande stabilité d'emploi, comme dans le secteur médical, ou par un fort taux de chômage, cette politique semble être plus adaptée.

De même, la politique d'optimisation des salaires ne pourra pas s'appliquer uniformément à tous les salariés. Seuls les salariés ayant un faible niveau de compétence et donc peu de force de négociation face à l'employeur pourront voir leur salaire ainsi optimisés. En effet, les salariés à forts potentiels, ayant des compétences recherchées, auront une force de négociation suffisante pour refuser ces modalités de rémunération.

Plusieurs économistes ont adopté ce mode de pensée. Parmi eux figurent Harvey Leibenstein et George Akerlof. Pour eux, « la productivité individuelle est une fonction croissante du salaire réel »⁹⁰. Cette formule est le paradigme principal de la théorie des incitations. Le salaire a pour objet de motiver le salarié, et de l'encourager dans ses efforts car il se sent valorisé.

Ainsi, l'aspect humain de l'entreprise limite les aspects purement juridiques et techniques de la gestion des coûts de la masse salariale.

⁸⁹ Le turn-over correspond au taux de rotation de l'emploi, c'est-à-dire la fréquence de renouvellement du personnel, lequel se calcule selon la formule suivante : (Nombre de départs + Nombre d'arrivées) / 2

$$\frac{\text{Nombre de départs} + \text{Nombre d'arrivées}}{\text{Effectif total}} \times 100$$

⁹⁰ Anne Perrot, *Les nouvelles théories du marché du travail*, Ed. La Découverte, Coll. Repères, 1998

B. Les stratégies d'évitement du salaire

Comme le souligne le Professeur Jean Pierre Cauchard⁹¹, les entreprises, pour l'élaboration de leurs politiques rémunératoires, ont de plus en plus recours à une pratique « d'évitement du salaire ». Ces pratiques consistent à utiliser des mécanismes permettant le versement aux salariés de sommes n'ayant pas la qualification juridique de salaire afin de contourner les règles relatives à la protection du salaire. A ce titre, l'utilisation des mécanismes de l'intéressement et de la participation semble ouvrir les portes d'un nouvel espace de liberté pour les employeurs (1). Cependant, le fait de se tourner vers des mécanismes rémunératoires non salariaux n'exclut pas l'application de certaines règles, qui tendent à rapprocher le régime juridique du salaire et le régime juridique de la rémunération non salariale (2).

1. La participation et l'intéressement au secours des politiques de rémunération

Les sommes relevant de la qualification de salaire font l'objet d'un encadrement législatif et jurisprudentiel particulier. Les entreprises tentent donc de se tourner vers d'autres mécanismes rémunératoires, lesquels donnent lieu au versement de sommes aux salariés, mais qui ne revêtent pas la qualification de salaire. Par ailleurs, le principal intérêt de recourir à la participation ou à l'intéressement réside dans le fait que les sommes versées aux salariés et issues de ces mécanismes ne correspondent pas à la définition des sommes sujettes à cotisations sociales au sens de l'article L242-1 du Code de la Sécurité Sociale.

L'article L3312-1 du Code du Travail dispose que « *L'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise.* ». Il s'agit d'un mécanisme facultatif, quel que soit l'effectif de l'entreprise.

La participation est un mécanisme qui a pour objet la redistribution d'une réserve spéciale de participation au profit des salariés d'une partie des bénéfices qu'ils ont, par leur travail, contribué à réaliser dans leur entreprise. L'article L3322-1 du Code du Travail utilise la

⁹¹ Jean-Pierre Cauchard, L'évitement du salaire, Droit social 2011, p.32

formulation suivante : « *La participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise.* ».

Ces mécanismes d'intéressement et de participation bénéficient à l'ensemble des salariés, et présentent donc un caractère collectif. Cependant, une condition de trois mois d'ancienneté peut être prévue dans l'acte de mise en place.

Les mécanismes de l'intéressement et de la participation se caractérisent donc tous deux par le versement de sommes aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise. Si on considère l'intéressement et la participation comme étant des mécanismes de rémunération non salariaux, il est possible de constater que la rémunération est ici liée à l'appartenance à l'entreprise, et n'est pas la stricte contrepartie de la production réalisée par le salarié individuellement.

Les modalités de mise en place de l'intéressement et de la participation sont similaires. Leur mise en place est possible :

- Par convention ou accord collectif de travail au niveau de la branche.
- Par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Ce mode de mise en place de l'intéressement ou de la participation n'est donc possible que pour les entreprises disposant d'institutions représentatives du personnel. Les structures de très petites tailles, c'est-à-dire comptant moins de 10 salariés ne peuvent donc pas exploiter cette possibilité.
- Par accord conclu au sein du comité d'entreprise ;
- A la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Cette dernière possibilité permet aux petites entreprises de bénéficier du mécanisme de l'intéressement ou de la participation, puisqu'il n'est pas nécessaire de disposer d'institutions représentatives du personnel.

Il est important de noter que la mise en place de l'intéressement est toujours facultative, quel que soit l'effectif de l'entreprise. A l'inverse, la participation revêt un caractère obligatoire pour les entreprises de plus de 50 salariés. Cependant, les entreprises se situant en dessous de ce seuil ont la possibilité, à titre facultatif, de mettre en place la participation.

Les modes de calcul permettant de déterminer les montants à distribuer aux salariés en raison des mécanismes de l'intéressement et de la participation sont multiples et permettent une certaine adaptabilité aux besoins de l'entreprise.

La participation visant aux partages des résultats de l'entreprise, les formules de calcul prennent en compte les bénéfices de l'entreprise. L'entreprise peut opter pour la formule de droit commun ou pour une formule dérogatoire, sachant que cette formule ne peut pas être moins favorable aux salariés. Les formules permettent de calculer la réserve spéciale de participation, laquelle sera ensuite répartie entre les salariés de l'entreprise. La formule légale est la suivante : $R = 1/2 [B - 5\%C] \times [S / VA]$ ⁹². Enfin, le choix d'une formule dérogatoire ne peut se faire que dans le respect de certaines limites posées à l'article L3324-2 du Code du Travail.

La réserve spéciale de participation est ensuite répartie entre les salariés en proportion de leurs salaires. Cependant, l'employeur peut opter pour une répartition en fonction de l'ancienneté ou pour une répartition uniforme.

L'intéressement offre plus de possibilités à l'entreprise. Etant donné que son objet n'est pas forcément de faire participer les salariés aux résultats, l'intéressement peut permettre de prendre en compte les performances de l'entreprise. Aucune formule n'est proposée par le législateur. Cependant, l'intéressement se caractérise par son caractère aléatoire. Les éléments servant de base de calcul doivent être objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur.

En ce qui concerne la répartition des sommes consacrées à l'intéressement, l'article L3314-5 du Code du Travail précise qu'elle peut se faire en prenant en compte l'ancienneté du salarié ou les salaires. L'entreprise est également libre d'opter pour une répartition uniforme entre les salariés.

Les formules de calcul ainsi que les modalités de répartition des sommes générées par l'intéressement ou la participation permettent une certaine adaptabilité aux besoins des entreprises. De même, ces mécanismes s'appuyant sur la performance de l'entreprise ou sur ses résultats, l'importance des sommes versées aux salariés varieront et s'adapteront donc à la santé financière de l'entreprise.

Les sommes issues de l'intéressement ou de la participation peuvent être placées sur un plan d'épargne entreprise (PEE), sur un plan d'épargne interentreprises (PEI) ou sur un plan d'épargne retraite collective (PERCO). Le PEE est un système d'épargne collectif permettant aux salariés de l'entreprise de se constituer, avec l'aide de cette dernière, un portefeuille de

⁹² R étant la réserve spéciale de participation, B étant le bénéfice net de l'entreprise, C étant les capitaux propres de l'entreprise, S étant la masse salariale et VA étant la valeur ajoutée de l'entreprise.

valeurs mobilières. Le PEI est un plan d'épargne commun à plusieurs entreprises ; il s'agit d'un PEE qui permet de mutualiser le coût de mise en place et de fonctionnement du plan. Il a été créé afin d'inciter les petites entreprises à mettre en place un système d'épargne salariale. Le PERCO permet au salarié de se constituer une épargne, accessible au moment de la retraite sous forme de rente ou sous forme de capital. En dehors de l'affectation des sommes issues de l'intéressement ou de la participation, les plans d'épargne peuvent être abondés par l'employeur. Les sommes versées au titre de l'abondement bénéficient également d'exonérations fiscales pour l'entreprise (exonération de l'impôt sur les sociétés) et pour le salarié (exonération de l'impôt sur le revenu).

La multiplicité des formules de calcul, des mécanismes et des modalités de paiement laissent à penser que chaque entreprise peut trouver le système propre à répondre à ses attentes. Les avantages sociaux et fiscaux accentuent l'intérêt théorique de ces mécanismes. Cependant, ces mécanismes sont peu exploités par les petites entreprises...

2. Vers une limitation de l'usage à plein des mécanismes de rémunération non salariale ?

Le principal intérêt des mécanismes de participation et d'intéressement, pour l'entreprise, consiste en l'exclusion de ces sommes de l'assiette des cotisations sociales. Cependant, Les exonérations sociales ne jouent que dans la limite du respect d'un certain plafond défini à l'article L3314-8 du Code du Travail. De même, les sommes issues de l'intéressement et de la participation sont soumises à la CSG⁹³ et à la CRDS⁹⁴. Enfin, depuis le 1^{er} janvier 2009 l'employeur est redevable du forfait social pour ces sommes. Même si l'intérêt fiscal et social demeure présent, son attrait a tendance à diminuer.

L'autre limite principale à l'utilisation à plein des mécanismes d'intéressement et de participation réside dans le principe de non substitution de l'intéressement à un élément de salaire⁹⁵. Concernant la participation, aucune disposition du Code du Travail ne prévoit l'application du principe de non substitution. Cela s'explique en partie par le fait que la participation est obligatoire pour les entreprises de plus de 50 salariés. Cependant, en cas de

⁹³ CSG : Contribution Sociale Généralisée

⁹⁴ Contribution au Remboursement de la Dette Sociale

⁹⁵ L3312-4 du Code du Travail

mise en œuvre volontaire de la participation, il convient d'être prudent et de respecter ce principe de non substitution, même si cette obligation n'a pas été formalisée textuellement. Ce principe s'applique à tous les éléments de salaire, quel que soit le caractère obligatoire ou facultatif de l'élément de salaire en question. Ainsi, la stratégie d'évitement du salaire ne peut devenir une stratégie de migration du salaire vers l'intéressement ou la participation. Le respect du principe de non substitution s'apprécie dans un délai de 12 mois.

Le non-respect de l'interdiction de substitution remet en cause le régime d'exonérations de cotisations sociales. Mais plus encore, le salarié peut prétendre à des rappels de salaire pour les éléments de salaire injustement substitués⁹⁶. En effet, en raison de l'interdiction de la substitution, l'élément de salaire litigieux est alors considéré comme irrégulièrement supprimé, et le salarié peut en réclamer le versement.

L'usage de ces mécanismes n'exonère pas l'employeur du respect des principes de non-discrimination et d'égalité salariale déjà applicables en matière de salaire. En effet, l'intéressement et la participation doivent respecter les droits des salariés. Ainsi, un client du cabinet a pu voir son accord d'intéressement invalidé par l'inspection du travail en raison d'un choix de formule de calcul défavorisant les salariés en raison de leur état de santé. En effet, dans ce cas la formule de calcul incluait une prise en compte trop grande des absences des salariés. Or, un salarié malade est plus souvent absent et se retrouve donc en partie exclu du mécanisme de l'intéressement. Ainsi, il est possible d'affirmer que la technique d'évitement du salaire rencontre un certain nombre de limites, et ne permet pas à l'employeur de méconnaître les droits fondamentaux des salariés. L'existence d'exonérations sociales et fiscales fait que ces mécanismes demeurent attractifs.

Les petites entreprises ne semblent donc pas attirées par les mécanismes d'épargne salariale, d'intéressement ou de participation. Alors qu'en 20112, 66.1% des entreprises de plus de 10 salariés font bénéficier leurs salariés d'un des mécanismes cités, seulement 13% des salariés d'entreprises de moins de 10 salariés bénéficient de ces mécanismes⁹⁷.

⁹⁶ Cass. Soc. 9 octobre 2001, n°98-43.905, Bulletin 2001 V N° 305 p. 244

⁹⁷ Rapport de la DARES, Participation, Intéressement et épargne salariale en 2012, juillet 2014, n°053

Conclusion

L'ensemble de ces développements ont permis de cerner la marge de manœuvre dont disposent les employeurs en matière de flexibilisation et d'optimisation des salaires. Ces politiques salariales doivent en effet être pensées et construites dans le respect des droits reconnus aux salariés. Si certains de ces droits sont rigoureusement respectés par les entreprises, comme l'interdiction des sanctions pécuniaires, d'autres droits reconnus aux salariés souffrent d'une large inapplication, à l'image du principe « à travail égal, salaire égal ». Ces exigences juridiques constituent la première limite à l'élaboration des politiques salariales de l'employeur. Cependant, la pratique a mis en lumière l'existence d'une autre limite : le climat social. L'entreprise est en effet soumise à l'application du droit mais il s'agit également d'une structure dans laquelle le facteur humain est important. Ainsi, certaines politiques salariales sont valables d'un point de vue juridique mais ne peuvent pas être mises en œuvre car en pratique, elles génèrent un mécontentement social trop important.

De même, il existe une multitude de solutions permettant la flexibilisation et l'optimisation des salaires. L'entreprise doit impérativement cerner ses besoins afin de déterminer la solution la plus apte à remplir les objectifs qu'elle aura fixés. Il est donc essentiel, pour un cabinet d'expertise comptable, de s'interroger sur le secteur d'activité, le nombre de salarié, les fluctuations d'activités propres à l'entreprise cliente, afin de l'orienter vers le système de rémunération le plus adapté.

Un autre mouvement, encore un peu timide dans les entreprises, consiste à accroître la part des mécanismes rémunérateurs non salariaux. Afin de contourner les règles relatives au salaire, et pour diversifier les modes de rémunération, les entreprises tentent de se tourner vers des mécanismes non salariaux tels que l'intéressement et la participation. Ces mécanismes demeurent cependant peu exploités pour le moment.

Il est également nécessaire de souligner l'existence d'autres éléments pouvant être considérés comme des avantages rémunérateurs par les salariés. C'est par exemple le cas pour les régimes de prévoyance complémentaire d'entreprise. En effet, permettre aux salariés de bénéficier d'un régime de remboursement de frais de santé ou d'une couverture complémentaire pour les risques d'incapacité ou d'invalidité permet d'une part de bénéficier d'exonérations sociales et fiscales mais également d'offrir aux salariés des avantages qui, bien que ne constituant pas un salaire, ont un rôle de fidélisation.

Cependant l'ensemble de ces développements se heurtent à une limite théorique incontournable en matière de politiques salariales : l'absence de définition légale générale de la notion de salaire. Bien que certaines définitions soient données par les articles L3221-1 du Code du Travail et L242-1 du Code de la Sécurité Sociale, ces définitions ne sont pas générales. Tandis que la première concerne spécifiquement l'application du principe « à travail égal, salaire égal », l'autre concerne l'assiette des cotisations sociales. Ainsi, le juriste est obligé de s'inspirer des deux définitions pour les appliquer à d'autres problématiques.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et thèses:

Lamy Social, Ed. Lamy, 2014

Mémento pratique Francis Lefebvre, Social, ed. Francis Lefebvre 2014

Escande-Varniol, Marie-Cécile, Salaire, répertoire de droit du travail, Dalloz

Gaudu, François, Le salaire et la hiérarchie des normes, p.24

Grard, Delphine, Inciter à l'effort par le salaire, La théorie du salaire d'efficacité confrontées aux théories des ressources humaines, Thèse à l'Université de Strasbourg, 2010, p.11 à 31

Gratton, Laurène-Kirstie, Les clauses de variation du contrat de travail, Dalloz, 2011

Revue juridiques:

Antomattei, Paul-Henri, La qualification de salaire, Droit social 1997, p. 571

Aubert-Monpeyssen, Thérèse, Principe « À travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations, Droit social 2005, p. 18

Auzero, Gilles, L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise, Droit social 2006, p. 822

Barthélémy, Jacques, Les relations du salaire et des temps de travail, Droit social 1997, p.581

Chauchard, Jean-Pierre, L'évitement du salaire, Droit social 2011, p.32

Chevillard, Alain, Le salaire devant le conseil des prud'hommes, radioscopie d'un contentieux, Droit social 1997, p.561

Couturier, Gérard, De quoi le salaire est-il la contrepartie ?, Droit social 2011, p. 10

Escande-Varniol, Marie-Cécile, Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique, Semaine Sociale Lamy – 2013

Jeammaud, Antoine, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Droit social 2004, p. 694

Lyon-Caen, Antoine, De l'égalité de traitement en matière salariale, Droit social 1996, p. 1013

Niel, Sylvain et Morin, Clément, Cadres et non cadres : analyse et critique du principe jurisprudentiel d'égalité de traitement, Cahiers du DRH n°159-160, novembre-décembre 2009

Ray, Jean-Emmanuel, A travail inégal, salaire inégal, Droit social 2011, p.42

Radé, Christophe, Droit social 2001, p. 1007

Savatier, Jean, Les minimas de salaire, Droit social 1997, p. 575

Savatier, Jean, Les salaires d'inactivité, Droit social 1984, p. 710

Savatier, Jean, Treizième mois de salaire et primes analogues, Droit social 1993, p. 641

Teyssié, Bernard, Epilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme, Droit social 1997, p. 606

Waquet, Philippe, Le principe d'égalité en droit du travail, Droit social 2003, p. 276

Circulaires, décrets et rapports officiels:

Circulaire du 21 mai 1983, DRT n°5-83 du 15 mars 1983, p. 10 et 11

Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, JORF n°255 du 1 novembre 2005, p. 17179

Rapport de la Direction de l'animation et de la recherche, des études et de la statistique (DARES), La structure des rémunérations en 2010, septembre 2012, n°063

Rapport de la DARES, Participation, Intéressement et épargne salariale en 2012, juillet 2014, n°053

Chaput, Koubi, Van Puymbroeck, « Epargne salariale : des pratiques différenciées selon les entreprises et les salariés », *Les salaires en France*, coll. « Insee Références », édition 2006.

Gautié, Jérôme et Margolis, David, L'impact de la politique publique sur le marché du travail à bas salaire : offre, demande et qualité de l'emploi, Economie et Statistique n°429-430, août 2010

Jurisprudence:

Cass, Soc. 22 juillet 1954, Bull. civ. V, n° 576

Cass, ch. Soc. 11 janvier 1962, JCP 62, ed. G, II, 12564

Cass, ch. Soc. 28 février 1962, Bull. civ. N° 231

CE 23 avril 1982, n°36851

CJCE, 3 juillet 1986, Arrêt *Lawrie Blum*, Aff. 66/85

Cass. soc. 23 oct. 1991. n° 90-40.168, Bull. civ. 1991 V N° 440 p. 274

Cass. soc. 31 janv. 1996. n° 93-41.254, Inédit

Cass. Soc. 29 octobre 1996, n°92-43.680 Bulletin 1996 V N° 359 p. 255

Cass. soc. 3 déc. 1997, n° 95-45.257, Inédit

Cas. Soc. 28 janv. 1998, bull. civ. V n°40

Cass. soc., 19 mai 1998, n° 96-41.573, Bull. civ. 1998 V N° 265 p. 202

Cass. Soc. 20 oct. 1998, n°95-44290, Bull. civ. 1998 V N° 435 p. 326

Cass. Soc. 18 mai 1999, n°98-04.201 et 98-40.202, Bull. civ. V N° 213 p. 156

Cass. soc., 18 janv. 2000, n° 98-44.745, Bull. civ. V N° 25 p. 19

Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-43.905, Inédit

Cass. Soc. 9 octobre 2001, n°98-43.905, Bulletin 2001 V N° 305 p. 244

Cass, soc. 20 octobre 2001 n°90-17.577, Inédit

Cass. soc. 29 janv. 2002 n° 99-44.842, Bull. Civ. 2002 V N° 36 p. 34

Soc. 2 juill. 2002, no 00-13.111 , Bull. civ. V, n o 229 ; Sem. soc. Lamy, n os 1087 et 1088, 9 sept. 2002

Cass. Soc. 13 novembre 2003, n°01-46.07, bull. civ. V n° 282

Cass. Soc. 20 avr. 2005, no 03-43.696, Inédit

Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-47.560, inédit

Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, Bull. civ. V, n° 168

Cass. soc. 16 sept. 2009, n° 08-41.191, Bull. civ. 2009, V, n° 187

Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, Bull. civ. V, n° 246

Cass. soc. 29 juin 2011 n° 09-67.492, Bull. civ. 2011, V, n° 167

Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-12.884, Bull. civ. 2011, V, n° 170

Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-27.715, Inédit

Cass. soc., 10 avr. 2013, n° 12-10.193, Inédit

Cass. Soc. 12 juin 2014 n° 12-29063 et Cass. Soc. 12 juin 2014 n° 13-11448, Inédits

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2014-698 DC du 06 août 2014, JORF du 9 août 2014 page 13358, texte n° 6

Sites internet :

<http://www.technocompetences.qc.ca/gestion-rh>

<http://www.urssaf.fr/employeurs/>

<http://www.declaration.urssaf.fr/calcul/>

www.legifrance.gouv.fr

ANNEXES

Annexe 1 – Courier informant le salarié de la dénonciation d'un usage d'entreprise relatif à une prime de 13^{ème} mois, rédigé lors du stage

Lettre recommandée avec demande d'avis de réception

Madame,

Nous vous informons par la présente lettre que notre association [REDACTED] entend dénoncer l'usage d'entreprise concernant la prime de 13^{ème} mois.

Il était d'usage dans notre association de payer tous les ans cette prime à chaque salarié en deux fois : un versement au mois de juin et un versement au mois novembre.

Afin de respecter un préavis suffisant avant d'appliquer la décision de suppression, nous vous informons que cette dénonciation ne prendra effet qu'à compter du 1^{er} janvier 2015.

Après cette date, l'usage sera donc remis en cause et vous ne bénéficierez plus des avantages qui en résultaient.

Veillez agréer, Madame [REDACTED], l'expression de nos sentiments distingués.

Fait à Haguenau,

Le 20 juin 2014

Clause de variation sans objectifs

Article 1. Rémunération

En contrepartie de son travail, le salarié percevra un salaire de base composé d'une partie fixe et d'une partie variable. Le salarié déclare par avance consentir aux fluctuations pouvant affecter la part variable de son salaire.

1.1 Part fixe

Au titre de son salaire fixe et en rémunération de ses fonctions, le salarié bénéficiera d'un salaire mensuel brut de base de euros (..... MILLE CENT EUROS ETCENTIMES) correspondant à une durée de travail mensualisée de 151,67 heures.

Selon les dispositions légales ou conventionnelles en vigueur, les heures effectuées en sus de la durée du travail contractuelle, et demandées par l'employeur, donneront lieu au paiement majoré au titre des heures supplémentaires.

Dès lors que la durée du contrat sera inférieure à un mois civil d'emploi, la rémunération prévue ci-dessus sera calculée proportionnellement au temps travaillé par le salarié.

1.2 Part variable

En sus de la partie fixe définie à l'article 1.1, le salaire se composera d'une partie variable déterminée en fonction de *[COMPLÉTER : CHIFFRE D'AFFAIRE DU SERVICE, NOMBRE DE CLIENTS, MARGE D'EXPLOITATION... IL FAUT QUE CE SOIT UN ELEMENT OBJECTIF ET QUANTIFIABLE, INDEPENDANT DE LA VOLONTE DE L'EMPLOYEUR]*.

Le montant brut de la part variable du salaire sera calculé selon les modalités suivantes : *[DETERMINER LES MODALITES DE CALCUL, EN POURCENTAGE OU PAR PALLIER... ATTENTION, LE SALARIE NE DOIT PAS SUBIR LES EVENTUELS RESULTATS NEGATIFS DE L'ENTREPRISE]*.

[FACULTATIF MAIS CONSEILLE] Les parties s'engagent à négocier chaque année les modalités de calcul de la part variable du salaire.

Clause de variation avec objectifs

En contrepartie de son travail, le salarié percevra un salaire de base composé d'une partie fixe et d'une partie variable. Le salarié déclare par avance consentir aux fluctuations pouvant affecter la part variable de son salaire.

Article 1. Rémunération

1.1 Part fixe

Au titre de son salaire fixe et en rémunération de ses fonctions, le salarié bénéficiera d'un salaire mensuel brut de base de euros (..... MILLE CENT EUROS ETCENTIMES) correspondant à une durée de travail mensualisée de 151,67 heures.

Selon les dispositions légales ou conventionnelles en vigueur, les heures effectuées en sus de la durée du travail contractuelle, et demandées par l'employeur, donneront lieu au paiement majoré au titre des heures supplémentaires.

Dès lors que la durée du contrat sera inférieure à un mois civil d'emploi, la rémunération prévue ci-dessus sera calculée proportionnellement au temps travaillé par le salarié.

1.2 Part variable

En sus de la partie fixe définie à l'article 1.1, le salaire se composera d'une partie variable liée à la réalisation par le salarié d'objectifs préalablement définis *[UNILATERALEMENT PAR L'EMPLOYEUR OU D'UN COMMUN ACCORD ENTRE LE SALARIE ET LA SOCIETE]*.

Les objectifs et les modalités de calcul de la part variable du salaire seront révisés *[ANNUELLEMENT, MENSUELLEMENT...]* par accord des parties. La révision des objectifs sera formalisée par des avenants périodiques au présent contrat de travail. En cas d'échec des parties à fixer de nouveaux objectifs, les objectifs de la période précédente seront automatiquement reconduits.

OU

Les objectifs et les modalités de calcul de la part variable du salaire seront fixés *[ANNUELLEMENT, MENSUELLEMENT...]* par l'employeur, de manière unilatérale. A défaut de nouveaux objectifs, les objectifs de la période précédente seront automatiquement reconduits. Les objectifs seront portés à la connaissance du salarié au moins *[DETERMINER UN DELAI RAISONNABLE...]* avant la fin de la période en cours. Les objectifs seront transmis par le biais d'une note de service remise au salarié *[SI BESOIN, PRECISER LES MODES DE REMISE DES OBJECTIFS]*.

Annexe 3 – Modèle d’avenant périodique déterminant les objectifs du salarié – Rédigé lors du stage

AVENANT PERIODIQUE

AU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE [INDETERMINEE/DETERMINEE]

Entre les soussignés :

La société [COMPLETER]

Représentée par [COMPLETER], Agissant en qualité de [COMPLETER]

Ci-dessous nommé La Société

D’une part,

ET :

Monsieur/Monsieur [COMPLETER]

Demeurant [COMPLETER]

N° de Sécurité sociale : [COMPLETER]

Ci-dessous nommé Le salarié

D’autre part,

IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT :

Article 1 – Engagement

Le salarié est employé par la société selon le contrat de travail à durée [DETERMINEE/INDETERMINEE] en date du [COMPLETER]. La fonction qu’il occupe actuellement est [COMPLETER], au statut [CADRES/NON CADRE], coefficient [COMPLETER], niveau [COMPLETER], conformément aux dispositions de la Convention Collective [COMPLETER].

Cet avenant a pour objet de fixer les conditions de versement [DE LA PART VARIABLE DU SALAIRE DE BASE / PRIMES D’OBJECTIFS MENSUELLES ET/OU ANNUELLES] pour [PRECISER ANNEE, TRIMESTRE, MOIS... CONCERNE], versé(es) au salarié [LE CAS ECHEANT : EN SUS DE LA REMUNERATION FIXEE CONTRACTUELLEMENT].

A compter du [DATE DE DEBUT DE LA PERIODE] et jusqu’au [DATE DE FIN DE LA PERIODE], les conditions d’attribution et de versement [PRECISER : DE LA PART VARIABLE DU SALAIRE DE BASE, DES PRIMES D’OBJECTIFS...] suivront les modalités convenues ci-dessous :

Article [PRECISER] – Prime d’objectifs

Le versement de la [PRIME D’OBJECTIF ANNUELLE/MENSUELLE/...] est subordonné à la réalisation des objectifs déterminés par le présent avenant.

Le salarié bénéficiera d'une prime *[ANNUELLE/MENSUELLE...]* d'objectif. Cette prime sera versée en cas de dépassement de l'objectif suivant :

[Préciser. Attention : objectifs raisonnables, réalisable et en rapport avec l'emploi occupé par le salarié]

La période d'appréciation de l'accomplissement de cet objectif débute le *[DATE]* et se termine le *[DATE]*. La société ne sera tenue de verser la prime qu'en cas de réalisation de l'objectif fixé en accord avec le salarié. Le montant de la prime, en cas d'accomplissement de l'objectif ci-dessus défini, est de *[INDIQUER MONTANT OU TAUX]*.

[FACULTATIF] Toutefois, si l'objectif n'est pas atteint par le salarié, la société se réserve le droit de verser une prime discrétionnaire afin de récompenser les efforts fournis par le salarié lors de l'année écoulée. Le salarié déclare accepter le principe d'une prime discrétionnaire dans le cas où il ne parviendrait pas à atteindre les objectifs fixés.

Le salarié s'engage à tout mettre en œuvre pour atteindre les objectifs ci-dessus fixés.

Article [PRÉCISER] – Dispositions diverses

Il est précisé que le salarié pourra à tout moment demander les pièces nécessaires à la vérification des modalités de calculs *[PRÉCISER : DE LA PART VARIABLE DU SALAIRE DE BASE, DES PRIMES D'OBJECTIFS...]* qui lui seront versées en raison du présent avenant. La société s'engage à fournir ces éléments dans un délai raisonnable.

Cet avenant présentant un caractère périodique, il cessera de s'appliquer au *[PRÉCISER DATE DE FIN]*. Les parties s'engagent à entamer des négociations avant cette date, afin de déterminer les nouvelles conditions de détermination et de versement *[PRÉCISER : DE LA PART VARIABLE DU SALAIRE DE BASE, DES PRIMES D'OBJECTIFS...]*. La prorogation des conditions d'attribution et de calcul des primes et commissions telles que définies dans le présent avenant ne se présume pas et ne peut résulter que de l'accord exprès des parties.

Le contrat de travail signé par les parties le *[PRÉCISER]* est maintenu dans toutes ses dispositions non contraires au présent avenant.

Le salarié confirme avoir pris connaissance de toutes les clauses du présent avenant et déclare les accepter par la signature du présent document.

Fait à *[LIEU]*, le *[DATE]*.

En deux exemplaires

Signature des deux parties précédée de la
Mention manuscrite « Lu et approuvé »

Le salarié

Pour la société

Annexe 4 – Modèle de clause prévoyant le versement de commissions – Rédigé lors du stage

Article [PRECISER] – Commissions

Les commissions sont calculées sur l'ensemble des ventes réalisées par le salarié sur le territoire de prospection tel que convenu entre les parties. Les commissions sont versées [MENSUELLEMENT, TRIMESTRIELLEMENT...]. Pour le calcul de la commission, ne seront prises en compte que les affaires facturées au cours de chaque [MOIS, TRIMESTRE...]. Au-delà, elles seront prises en compte au titre [PRECISER : DU MOIS, DU TRIMESTRE...] suivant.

Les commissions sont calculées sur l'ensemble des ventes [PRECISER : ENREGISTREES, FACTUREES....] faites [PRECISER : AUX REVENDEURS, AUX CLIENTS FINAUX...] à l'exception :
[PRECISER]

Les commissions s'élèvent à [INDIQUER : %] de [INDIQUER BASE DE CALCUL : EXEMPLE MARGE BRUTE, CHIFFRE D'AFFAIRE, INDIQUER TTC OU HC...], lors du [MOIS, TRIMESTRE...] précédent.

Annexe 5 – Tableau récapitulatif des avantages et inconvénients du recours à un salaire fixe, à la commission ou mixte

Source: <http://www.technocompetences.qc.ca/gestion-rh>

		AVANTAGES	INCONVENIENTS	SITUATION
FIXE	VENDEUR	Stabilité des revenus	Absence de motivation frustration des meilleurs vendeurs	Lorsque les ventes exigent beaucoup de temps lorsque le vendeur a un rôle de technico-commercial
	entreprise	Coût global fixe et prévisible et redéploiement possible	Faible stimulation donc nécessité de contrôler Système qui favorise les moins productifs	
COMMISSION	VENDEUR	Rémunération en fonction des résultats facile à comprendre	Fluctuations dangereuses (récession...) récompense le résultat et non le travail	Lorsque l'on désire orienter le travail des vendeurs
	entreprise	Motivation importante réduction des contrôles coût unitaire fixe	Le vendeur délaisse les tâches non productives Risque de ventes agressives Ecrémage du territoire de vente Forte rotation du personnel	
MIXTE	VENDEUR	Sécurité plus possibilité d'améliorer ses revenus	Complexité du système mixte (fixe + commission + primes)	Système qui permet de répondre à une grande variété de situations
	entreprise	Possibilité de lier la rémunération à la réalisation d'objectifs	Coût de la complexité de gestion	

Annexe 6 - Tableau de classification professionnelle des ouvriers dans la Convention Collective des Pompes Funèbres

Niveaux	Contenu de l'activité/organisation du travail	Autonomie/initiative	Connaissances et/ou qualités requises/niveau de formation
Ouvriers et employés			
Niveau 1			
Position 1.1	Travaux élémentaires de simple exécution selon consignes simples et précises.	Aucune autonomie. Contrôle constant de la hiérarchie.	Aucune connaissance particulière. Adaptation de courte durée.
Position 1.2	Travaux simples sans difficultés particulières exécutés à partir de consignes simples.	Aucune autonomie. Initiatives élémentaires. Contrôle régulier de la hiérarchie.	Connaissances acquises par expérience ou formation.
Niveau 2			
Position 2.1	Travaux d'un faible degré de complexité et de diversité effectués à partir d'instructions simples.	Initiative personnelle occasionnelle et de portée limitée. Contrôle fréquent de la hiérarchie.	Connaissances professionnelles de base acquises par expérience et/ou formation.
Position 2.2	Travaux d'un degré plus important de complexité ou de diversité effectués à partir d'instructions simples.	Initiatives limitées aux travaux courants de sa catégorie. Contrôle ponctuel de la hiérarchie.	Bonnes connaissances professionnelles acquises par expérience, formation ou niveau CAP.
Niveau 3			
Position 3.1	Tâches variées complexes ou techniques, à coordonner et effectuer à partir d'instructions générales. Organise le travail technique du personnel de qualification moindre.	Fait preuve d'une certaine initiative dans l'exécution des tâches. Contrôle de bonne fin de la hiérarchie.	Connaissances acquises par expérience confirmée au niveau inférieur ou une formation appropriée ou un niveau équivalent CAP/BEP. Connaissances minimum des métiers connexes.
Position 3.2 (1)	Idem 3.1	Idem 3.1 + sur instruction du chef d'entreprise, fonctions ponctuelles de représentation simple ayant trait à l'exécution du travail quotidien.	Solides connaissances acquises par expérience ou formation ou niveau de formation initial équivalent BAC. Connaissance des métiers connexes.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Cass. Soc : Chambre sociale de la Cour de Cassation

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation

CJCE: Cour de Justice des Communautés Européennes

CE: Conseil d'Etat

NAC : Nomenclature des Affaires Civiles

PEE: Plan d'épargne entreprise

PEI: Plan d'épargne interentreprise

PERCO: Plan d'épargne de retraite collective

PME: Petites et moyennes entreprises

TPE: Très petites entreprises