

CONTRAT DE TRAVAIL – Rémunération – Caractère contractuel (deux espèces) – Prime résultant d'un usage – Suppression – Condition – Accord du salarié (première espèce) – Mutation de poste – Perte de primes de sujétion – Modification contractuelle – Accord du salarié (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 mars 2008

Repro Service Bureau contre **D.** (pourvoi n° 07-40.210)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 novembre 2006), que Mme D. a été engagée le 8 décembre 1975 par la société Reprajol au droit de laquelle vient la société Repro Service Bureau ; qu'elle a été licenciée le 10 septembre 2001 ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale pour contester la légitimité de son licenciement et réclamer notamment des sommes à titre de rappel de prime d'assiduité et de dommages et intérêts ;

Attendu que la société Repro Service Bureau fait grief à l'arrêt d'avoir dit que la suppression de la prime d'assiduité

constituait une modification substantielle du contrat de travail et de l'avoir condamnée à payer à Mme D. la somme de 823,33 euros au titre de rappel de prime et 25 000 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral et matériel causé par cette suppression alors, selon le moyen, que les avantages résultant pour les salariés d'un usage d'entreprise ne sont pas incorporés au contrat de travail et leur dénonciation régulière par l'employeur est opposable aux salariés ; qu'en jugeant néanmoins que la prime d'assiduité, qui résultait d'un usage, était incorporée au

contrat de travail de Mme D. de sorte que l'employeur ne pouvait la supprimer sans l'accord des salariés, sans constater que le contrat aurait comporté une telle stipulation ni que cette contractualisation aurait résulté de la commune intention des parties, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 121-1 du Code du travail et 1134 du Code civil ;

Mais attendu que le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui a constaté que la prime litigieuse, qui relevait d'un usage au sein de l'entreprise, avait

toujours été payée à Mme D. depuis le début de la relation contractuelle et que son calcul correspondait à deux heures de travail par jour travaillé, a pu décider que, compte tenu de sa fixité et de sa constance, elle constituait un élément de salaire qui ne pouvait être supprimé sans son accord ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Texier, f.f. prés. - M. Rovinski, rapp. - M. Allix, av. gén. - M^e Brouchet, SCP Piwnica et Molinié, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 19 juin 2008

C. contre Association des Pupilles de l'enseignement public (pourvoi n° 07-41.282)

Vu l'article L. 121-1 devenu 1221-1 du Code du travail et 1184 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme C. a été engagée le 28 août 1995 par l'association des Pupilles de l'enseignement public en qualité de chef de service éducatif, remplaçant permanente du directeur du foyer de vie de Bosmie-l'Aiguille ; que, refusant une mutation à l'institut médico-éducatif d'Eyjeux conduisant selon elle à une modification de son contrat de travail, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en résiliation judiciaire de celui-ci et en paiement de diverses indemnités à ce titre ;

Attendu que pour débouter la salariée de ces demandes, l'arrêt retient qu'elle ne saurait se prévaloir d'une diminution de sa rémunération liée à la perte de primes d'astreintes "sachant pertinemment que les points qu'elle est supposée perdre au titre de la prime d'astreinte sont la contrepartie de la suppression de ces astreintes" ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la mutation proposée entraînait pour la salariée, qui passait d'un internat à un établissement de jour, la perte de primes d'astreinte régulièrement perçues depuis neuf ans, ce qui constituait une modification de son contrat de travail, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 février 2007, entre les parties, par la Cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Poitiers ;

(M. Texier f.f. prés. - Mme Bodard-Hermand, rapp. - M. Deby, av. gén. - M^e Le Prado, SCP Peignot et Garreau, av.)

Note.

Ce n'est pas un scoop ; tout juste une curiosité. Même devant la Cour de cassation, il arrive que les règles les mieux assises basculent « cul par dessus tête ». Témoin cet arrêt (non publié, reproduit en première espèce) rendu par la Cour de cassation le 11 mars 2008. Dans l'affaire ici jugée, une salariée avait réclamé (entre autres) un rappel de prime d'assiduité pour une période postérieure à la dénonciation de l'usage qui fondait le droit des salariés à cet avantage salarial. Pour lui donner raison, la Cour d'appel de Paris (1) commence par énoncer que « la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord ». Et d'ajouter, non sans problème de cohérence par rapport à l'affirmation initiale (2), que « compte tenu de sa fixité et de sa quote part importante dans la rémunération de la salariée (22 % du salaire de base et 16 % du salaire total brut perçu), [la prime litigieuse relevant d'un usage] constituait un élément de salaire incorporé en tant que tel au contrat de travail en sorte que sa suppression s'analyse en une modification substantielle du contrat de travail ». La censure paraissait inévitable tant la décision des juges parisiens était en contradiction avec les solutions jurisprudentielles classiques. Il est en effet constant : 1°/ que l'usage d'entreprise (sauf contractualisation expresse) ne s'incorpore pas au contrat individuel de travail (principe de non incorporation (3)) ; 2°/ que chaque « source » obéit à son propre régime en ce qui concerne sa modification (principe d'autonomie des sources) ; 3°/ que ces règles valent même lorsque l'avantage en cause

(1) CA Paris, 21^{ème} ch. C, 21 nov. 2006, n° S 06/02744.

(2) Alors que l'affirmation initiale - qui reprend, mot pour mot, la formule ciselée dans le célèbre arrêt *Herzberg* (Cass. soc. 3 mars 1998, RJS 4/1998, n° 417 ; G. Couturier, « La rémunération élément du contrat de travail », *Droit social* 1998, p. 523) - se situe dans la logique de la reconstruction, initiée en 1996 par la Cour de cassation, du régime de la modification du contrat, la référence ensuite faite à l'importance de la modification ramène à la logique antérieure à ce tournant (d'où la référence surannée à une « modification substantielle du contrat »).

(3) Cass. soc. 13 février 1996, Bull. civ., V, n° 53 ; Cass. soc. 6 juillet 2005, Bull. civ., V, n° 239 ; CA Amiens, 1^{er} avril 2008, n° 06/01129 : les éléments de rémunération du personnel étant déterminés par les seuls accords collectifs qui ne s'incorporent pas au contrat de travail, les salariées ne peuvent alléguer une modification contractuelle. En matière conventionnelle, l'incorporation dans le contrat individuel d'avantages individuels acquis est prévue, à certaines conditions, par la loi (C. trav., art. L 2261-13 ; ancien art. L 132-8 al. 6)

est un élément de rémunération. L'accord du salarié à la modification proposée par l'employeur n'est donc requis que dans l'hypothèse où la modification envisagée impacte son *salaire contractuel* (4). En revanche, tous les éléments de rémunération qui relèvent du statut collectif (négocié ou non) ne supposent pas, pour être modifiés, sauf cas particuliers (5), l'accord individuel des salariés concernés.

Le pourvoi patronal, pourtant, se voit rejeté. Après avoir posé (de manière peut-être superfétatoire (6)) le principe selon lequel « *le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité* », la haute juridiction juge que « *la Cour d'appel, qui a constaté que la prime litigieuse, qui relevait d'un usage au sein de l'entreprise, avait toujours été payée à la salariée depuis le début de la relation contractuelle et que son calcul correspondait à deux heures de travail par jour travaillé, a pu décider que, compte tenu de sa fixité et de sa constance, elle constituait un élément de salaire qui ne pouvait être supprimé sans son accord* ». L'on croit comprendre que dès lors que la prime consacrée par un usage est « importante » (7) (au regard de la rémunération totale du salarié), elle doit être considérée comme un élément contractuel dont la modification suppose l'accord du salarié.

En premier réflexe l'on rangera l'arrêt du 11 mars 2008 dans la catégorie des décisions « atypiques » (8), d'espèce, dénuées de portée normative (au sens où les solutions qu'elles posent n'ont pas vocation à « faire » jurisprudence ou à renverser, modifier, nuancer les normes jurisprudentielles préalablement façonnées). Plus un « pas de travers » qu'un « petit pas » en somme. A mieux y regarder, il pourrait se révéler moins « exotique » qu'il n'y paraît. Disons que s'il n'annonce sans doute rien (ni revirement, ni inflexion), il n'en « dit », n'en « montre », pas moins « quelque chose » qui mérite attention.

L'approche quantitative développée par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation dans les arrêts ici rapportés éloigne de la formule (pourtant reprise par la première ; mais pas par la seconde) de l'arrêt *Herzberg* (« *la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord* »). Pourtant, à leur manière, ses décisions expriment fondamentalement l'idée que toucher à la rémunération, c'est toucher au contrat (9), peu importe l'origine de l'avantage salarial litigieux ; que l'objet « rémunération », endémiquement individuel (contractuel), absorbe en quelque sorte la source qui le fonde. Ce faisant, nous l'avons déjà dit, l'arrêt du 11 mars 2008 (première espèce) dérange et déroge aux solutions traditionnellement consacrées. Il n'est cependant pas isolé. Condamnée, refoulée, l'idée qu'il promeut semble en effet irriguer, de façon plus « souterraine », moins spectaculaire, d'autres décisions (publiées !) de la Cour de cassation.

Que l'on songe à l'arrêt qu'elle a rendu le 15 décembre 2004 dans le champ des clauses de mobilité (10). S'y voit affirmée la règle selon laquelle « *la mise en oeuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu'elle entraîne une réduction de sa rémunération* ». Sans doute, au regard de la particularité du système de rémunération en cause dans cet arrêt (11), différentes lectures peuvent-elles en être proposées. A priori, la question qui s'y voit abordée n'a rien à voir avec celle qui est au coeur de l'arrêt du 11 mars 2008. Le problème

(4) Cass. soc. 9 déc. 1998, Bull. civ., V, n° 541 ; Cass. soc. 20 oct. 1998, n° 95-44290, Dr. Ouv. 2005 p. 151 n. T. Katz : « *la rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail sous réserve, d'une part, du SMIC et, d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur (...)* ».

(5) « *Dans le cas où la rémunération du salarié résulterait exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de l'engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire ; que celui-ci doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* » (Cass. soc. 20 oct. 1998, précité).

(6) L'évocation de cette norme eut été véritablement utile dans l'hypothèse où c'est l'existence même du droit à la prime qui était contestée. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Elle s'avère sans véritable intérêt lorsque la question est de savoir si le salarié peut ou non s'opposer à la suppression d'un avantage salarial trouvant sa source dans un usage dont l'existence elle-même n'est pas mise en discussion.

(7) Importance qui s'exprime à travers la référence faite au mode de calcul de la prime (qui « *correspondait à deux heures de travail par jour travaillé* »).

(8) Ph. Waquet, « Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation », Droit social 1998, p. 71.

(9) E. Dockès, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 3/1998, p. 169.

(10) Cass. soc. 15 déc. 2004, n° 02-44714 ; dans le même sens : Cass. soc. 15 fév. 2006 Dr. Ouv. 2006 p. 385 n. F. Saramito et A. de Senga.

(11) Outre une rémunération forfaitaire mensuelle il était prévu dans le contrat de travail de la salariée qu'elle percevrait un intéressement « indexé » sur le chiffre d'affaire du magasin d'affectation ; à rapp. : Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-46661 (la part variable de la rémunération du salarié était fonction des objectifs atteints ; l'augmentation de 80 % de ses objectifs par l'employeur constitue une modification du contrat). A chaque fois, la décision unilatérale de l'employeur semble laisser intacte la « rémunération contractuelle » (qui ne s'exprime pas sous forme d'un montant mais seulement d'un mode de calcul). En réalité, ces montages contractuels introduisent de l'unilatéral dans le contrat en offrant à l'employeur, fusse indirectement, la possibilité de faire varier le montant du salaire de base du salarié.

soulevé, étranger à toute « tension » entre l'individuel et le collectif, semble « interne » au contrat et au mode de détermination du salaire qu'il met en place. Reste néanmoins que la généralité de la formule dont use la Cour de cassation (point ici de référence à la « rémunération contractuelle » (12)) autorise, voire incite, à sortir de ce strict cadre. A la lire, il paraît possible de considérer que le salarié est en droit de s'opposer à toute mutation dès lors que sa rémunération s'en trouve affectée (réduite), quand bien même l'élément salarial précisément touché participerait du statut collectif (négocié ou non) applicable dans l'établissement. Ainsi a-t-il été écrit (13) que « *l'établissement constituant un cadre de négociation, un salarié dont le montant de la rémunération n'a pas été contractuellement garanti pourrait perdre en salaire lors d'une mutation. Celui-ci serait alors, [au regard de la jurisprudence du 15 décembre 2004], fondé à la refuser* ». On peut justifier – cela fut fait (14) – cette solution en recourant à l'argument commode de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat. On peut préférer y voir à l'œuvre l'idée que la rémunération, dans toutes ses composantes et au-delà des supports multiples (individuels ou collectifs) qui la fondent, a une irréductible dimension contractuelle qui s'oppose à ce qu'elle soit modifiée sans l'accord du salarié co-contractant.

Plus récemment encore (deuxième espèce reproduite ci-dessus), et dans le même esprit, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu considérer qu'une salariée est en droit de refuser sa mutation dès lors que cette dernière a pour conséquence de lui faire perdre ses primes d'astreinte (qu'elle percevait régulièrement depuis neuf ans (15)) et donc de diminuer le montant de sa rémunération ! Or, tout porte à croire que ces primes n'avaient pas de caractère contractuel et trouvaient leur origine soit dans la norme conventionnelle ayant mis en place le système d'astreinte, soit dans une décision unilatérale de l'employeur. Dans cette hypothèse, il était difficile de prétendre que la décision de l'employeur modifiait le contrat de travail sauf, là encore, à considérer que la rémunération est d'essence contractuelle, indépendamment même de la source sur laquelle repose tel ou tel de ses éléments. C'est bien cette voie dans laquelle se sont hardiment engagées les juges dans cette affaire.

Reliée par un invisible fil rouge, ces décisions – chacune à leur manière – semblent ainsi l'expression de l'inébranlable puissance de conviction de l'idée selon laquelle : « *qui dit rémunération, dit contrat (individuel de travail)* ». Idée, simple et forte (16), qui se glissant dans les interstices des solutions classiques, refuse de mourir. C'est qu'il est dur de porter le coup fatal à une idée qui, immédiatement, à la conscience, se présente comme juste. Plus qu'un arrêt d'espèce, l'arrêt rendu le 11 mars 2008 pourrait être une parfaite invitation à remettre cette idée – dans un contexte (17) qui n'est plus tout à fait celui dans lequel ont été rendus les arrêts *Systia informatique* (18) et *Herzberg* – dans le champ de la dispute doctrinale.

Patrice Adam, Maître de conférences en droit privé, Université Nancy 2 (CERITCRDP)

(12) Cass. soc. 19 mai 1998, n° 96-41573 ; Cass. soc. 30 mai 2000, n° 97-45068 ; Cass. soc. 22 mars 2006, n° 04-41410.

(13) Liaisons sociales - Quotidien, 24 janv. 2005, n° 891.

(14) J. Duplat, « La neutralité salariale de la clause de mobilité », SSL 25 juillet 2005, n° 1125 : « En toute hypothèse, les contrats doivent être exécutés de bonne foi et les clauses contractuellement convenues ne doivent pas faire l'objet d'un usage abusif et aboutir à modifier le salaire, qui constitue lui-même un élément essentiel du contrat ».

(15) L'intelligibilité de cette référence temporelle (présente également dans l'arrêt du 11 mars 2008 : la prime « *avait toujours été payée à la salariée depuis le début de la relation contractuelle* ») n'est guère évidente. Peut-être faut-il comprendre qu'au regard de leur régularité et de leur ancienneté, ces versements entraînent dans le champ des prévisions légitimes de leur bénéficiaire, de ce sur quoi il pouvait raisonnablement compter, et donc, ce faisant et par « extension », dans le champ du contrat... On peut cependant ne pas être convaincu.

(16) E. Dockès, *Droit du travail*, Hypercours Dalloz, 2^{ème} éd. 2007, p. 90 : « *Lorsqu'un salarié consent, par contrat, à*

travailler sous la subordination d'autrui moyennant un salaire, il le fait en considération de tous les éléments de rémunération auxquels il a droit. Il ne distingue pas selon l'origine de cet avantage. Tous les éléments de rémunération sont des contreparties du travail. Ils sont donc, par définition, la cause de l'engagement du salarié. Et même si elle est née en dehors du contrat, cette cause-contrepartie ne peut qu'être intégrée au support contractuel ». Il n'est pas certain néanmoins, disons-le, que l'explication couvre les hypothèses où la source collective fondant le droit à tel ou tel avantage de nature salariale est apparue postérieurement à la conclusion du contrat individuel de travail.

(17) Contexte de « re-légitimation » (du moins dans les discours de ceux qui promeuvent ces évolutions) des normes conventionnelles à travers l'évolution des règles de droit aménageant ses modalités de conclusion (progression de l'idée majoritaire) et les critères de représentativité des organisations syndicales amenées à participer à leur négociation.

(18) Cass. soc. 28 janv. 1998, RJS 3/1998, n° 274, Dr. Ouv. 1998 p. 547.