

La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération

par *Paul RIANDEY*, Avocat au Barreau d'Orléans

PLAN

I. Le contrat, limitée à la fixation unilatérale des objectifs

- A. Variable contractuel ou non contractuel : une distinction à fort enjeu juridique
- B. Compatibilité discutable avec le droit de la modification du contrat

II. L'obligation de sécurité, limitée à la fixation unilatérale des objectifs

- A. Les prémices : les limites posées en matière d'insuffisance de résultat
- B. Le précédent : l'interdiction des clauses de rentabilité dans les transports routiers
- C. Les perspectives : le mode de rémunération, critère émergent d'appréciation de la sécurité au travail

Si le salarié a droit au paiement du salaire dès lors qu'il se met à la disposition de l'employeur (1), qu'il met à disposition sa force de travail (2), ce salaire ne dépend pas alors de la qualité de sa prestation, le risque de l'exploitation étant assuré totalement par l'entreprise. Durée de travail et rémunération sont alors étroitement liées.

L'introduction d'une rémunération variable, dépendant d'objectifs qualitatifs ou quantitatifs impartis au salarié, va détendre ce lien, puisque l'entreprise cherche à intéresser le salarié au résultat de l'exploitation, et dès lors les parties partagent au moins en partie le risque qui en résulte. D'ailleurs, pour l'entreprise, la rémunération variable n'est pas tant une contrepartie du travail réalisé qu'un moyen jugé efficace pour stimuler une charge de travail plus importante, laquelle ne se mesure plus en temps, mais seulement en résultat. Sur certains sites internet commerciaux spécialisés en plans « *d'incentive* » ou en « *team building* » (3), sont promues les techniques qui permettront de récompenser les salariés en échange d'une action déterminée, par la mise en œuvre de plans de motivation (4). Le niveau de rémunération est alors dissocié de la charge de travail, ou plutôt le salarié est incité à atteindre des objectifs au regard desquels sa charge de travail devient secondaire et dont il n'est plus comptable.

La rémunération glisse-t-elle alors vers une forme de récompense dont l'employeur dispose à sa guise dans le cadre de son pouvoir de direction pour orienter l'activité par des techniques d'incitation, ou reste-t-elle toujours, au sein du contrat synallagmatique, la contrepartie à laquelle le salarié doit pouvoir disposer de manière prévisible et fiable ? Dans ce questionnement se pose de manière essentielle le mode de détermination des objectifs, conjoint ou unilatéral : en quelle mesure le salarié peut-il contrôler le réalisme des objectifs donnés et faire échec à une modification des critères de déclenchement des éléments de sa rémunération variable ?

Plusieurs décisions attirent l'attention au cours de l'année 2011 sur le sujet.

D'abord un premier arrêt du 2 mars 2011 (5), dont il se déduit que des avenants prévoient le principe d'une rémunération variable d'un montant annuel fixe, en cas d'atteinte d'objectifs déterminés unilatéralement par l'employeur dans le cadre de plans annuels de rémunération variable. La Cour d'appel, qui avait fait droit à un rappel de salaire en considérant que l'employeur n'avait pu valablement modifier le mode de détermination du bonus annuel, est censurée par la Cour de cassation. Pour la Chambre sociale, dès lors que la Cour d'appel « avait constaté que l'avenant au contrat stipulait que la détermination des objectifs conditionnant la rémunération variable relevait du pouvoir de

(1) Soc. 28 septembre 2011, n° 10-10.381.

(2) Commentaire de cet arrêt, Geneviève et Louis Frédéric Pignarre, RDT novembre 2011 page 647.

(3) *Incentive* : mot français qui signifierait stimulation, incitation, en particulier pour la productivité du personnel ; *team building* : développement de stratégies pour rendre des équipes de travail plus soudées et performantes.

(4) Composés par exemple de challenges (récompense de certains actes déterminés), les concours (seuls les premiers sont récompensés) ou les contrats d'objectifs.

(5) N° 08-44.977, FS-PB, Dr. Ouv. 2011 p. 587, n. Adrien Brousse et Tamar Katz, et n° 08-44978.

direction de l'employeur », l'employeur pouvait modifier ces derniers dès lors qu'ils restaient « réalisables et portés à la connaissance du salarié en début d'exercice ».

Cette solution est ensuite confirmée dans un second arrêt du 29 juin 2011 (6), espèce dans laquelle un ingénieur commercial disposait d'une rémunération dont une partie dépendait d'une lettre de rémunération annuelle devant être remise au salarié à l'embauche, puis en début de chaque exercice. A défaut de fixation annuelle de ses objectifs, le salarié a pris acte de la rupture. A raison pour la Cour de cassation qui précise à nouveau que « lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération variable dépend d'objectifs fixés annuellement par l'employeur, le défaut de fixation desdits objectifs constitue un manquement justifiant la prise d'acte de la rupture » par le salarié.

Mais, dans le même temps, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence traditionnelle en matière de rémunération contractuelle.

Ainsi, dans un autre arrêt du 29 juin 2011 (arrêt *forfait jour*) (7), la Cour déclare, à propos d'un élément de rémunération variable, dépendant selon la cour d'appel « d'éléments subjectifs appréciés par l'employeur » que « le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément qui ne peut être modifié sans son accord ». L'arrêt qui avait débouté le salarié de rappels de primes est cassé au motif que la prime litigieuse était « prévue par le contrat de travail » et « constituait un élément de la partie variable de la rémunération versée au salarié en contrepartie de son activité ».

A compléter dans le tableau, un arrêt *John Deere* du 18 mai 2011 (8) selon lequel également « la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié ni dans son montant, ni dans sa structure sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié » : prise d'acte validée du salarié, délégué régional, après que son employeur ait augmenté son salaire de base pour compenser la baisse du taux des primes.

Que retenir de cet ensemble ?

D'abord, il semble assez inédit de constater l'admission sans réserve, dans certains arrêts, de l'existence d'une rémunération variable dont le principe est pourtant prévu au contrat, mais dont la détermination est confiée à l'employeur, en fonction des objectifs qu'il assignera au salarié. Il est frappant de constater que, dans ce cas, la Cour de cassation ne qualifie pas cette rémunération de contractuelle. Par contre, lorsqu'elle qualifie bien, dans d'autres arrêts, la rémunération de contractuelle, il est toujours fait interdiction à l'employeur de modifier son montant ou sa structure sans l'accord du salarié. Coexisteraient-ils deux régimes de la rémunération variable : celle qui est contractuelle et celle qui ne l'est pas ?

Ensuite, émerge un régime juridique particulier fondé sur la loyauté et la pondération : le système de rémunération doit répondre à des exigences fortes de prévisibilité et de réalisme, dont le non-respect est d'une gravité suffisante pour entraîner la rupture des relations contractuelles, même s'il ne s'agit apparemment pas d'une méconnaissance de la force obligatoire du contrat. Les garanties entourant le mode de détermination du salaire restent un sujet essentiel dans le cadre de la collaboration des parties, et n'est donc pas un outil discrétionnaire de l'employeur dont il pourra user (ou abuser) sans limite.

D'un côté, on libère le pouvoir de direction en proclamant la capacité de l'employeur à fixer les objectifs, et modifier même la rémunération subséquente, de l'autre, est défini le contrôle *a posteriori* du juge des éventuels excès en s'assurant du respect des deux verrous que constituent le devoir de loyauté et l'exigence de pondération (le caractère raisonnable ou réaliste des objectifs). Il est tentant de considérer que la Cour reprend ici, en matière de rémunération variable sur objectifs, le même tournant que celui intervenu il y a une dizaine d'années en matière d'insuffisance de résultat. Le passage exprès des objectifs contractuels aux objectifs unilatéraux date d'un arrêt du 14 novembre 2000 (9). Que le salarié

(6) N° 09-65.710 n° 1627 FS-PB.

(7) N° 09-71.107 – FS-PBRI, Dr. Ouv. 2011 p. 728 ; voir aussi, dans le même sens, Soc. 29 juin 2011, n° 09-67492, également publié au bulletin, où il est jugé, d'une part, que l'attribution de stock-options au lieu du versement d'une partie de la rémunération variable touche à un élément de la rémunération contractuelle, et, d'autre part, que le salarié peut se prévaloir de l'inopposabilité des documents fixant les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable contractuelle, rédigés en anglais.

(8) N° 09-69.175, FS-PB.

(9) Dr. Soc., janvier 2001 page 99, obs. Philippe Waquet : « Aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une

circonstance quelconque constituera une cause de licenciement », et, lorsque les objectifs sont définis, que ce soit ou non par le contrat, le juge doit rechercher s'ils sont réalistes et si le salarié est en faute de ne pas les avoir atteints ; puis Soc. 22 mai 2001, RJS 2001 n° 998 : « Les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction » ; à comparer avec Soc. 18 avril 2000 (Bull. n° 138), où au contraire il était exigé que « la fixation des objectifs devait résulter de l'accord des parties » et, à défaut, « l'absence de leur réalisation, reprochée au salarié, ne constituait pas un motif de licenciement ».

adhère ou non aux objectifs, il appartient au juge de rechercher s'il commet un manquement en ne les ayant pas atteints (10). Parallèlement était maintenue l'exigence d'une cause objective imputable au salarié et, dès lors, la seule insuffisance de résultats ne pouvait, en soi, constituer une cause de licenciement, le juge étant invité à vérifier :

- si « *les objectifs définis étaient raisonnables et compatibles avec le marché* » (11) (sorte de critère de pondération),

- même si c'était le cas, si leur non-réalisation résultait d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute disciplinaire du salarié (12) ou, selon une formule plus synthétique, d'une carence de sa part (13),

- s'il est justifié par l'employeur de ce qu'il avait fourni au salarié les moyens d'accomplir la prestation de travail pour laquelle il était engagé et les objectifs fixés (14).

Cette évolution n'était pas choquante en matière de licenciement : à l'employeur d'exercer son pouvoir de direction, contrepartie de la prise en charge des risques de l'exploitation, et au juge d'en contrôler le caractère raisonnable et réaliste, ainsi que l'existence d'une cause imputable au salarié. Un contrôle semblable de la qualité des objectifs est sans doute bienvenu, que l'on parle de licenciement ou de rémunération, et ce rapprochement semble manifestement à l'œuvre depuis quelques années (15) en ce qui concerne les critères de loyauté ou de pondération. Si les formulent employées (objectifs réalistes ou raisonnables) invitent certes le juge à apprécier le réalisme des orientations données au salarié avec le contexte économique dans lequel celui-ci évolue, elles renvoient aujourd'hui avec acuité au caractère supportable de la charge de travail que le salarié serait éventuellement incité à dépasser dans le cadre des moyens dont il dispose, autrement dit à l'obligation de sécurité de résultat.

Doit-on pour autant considérer qu'il existerait un régime général portant sur les objectifs en droit du travail, lequel favoriserait un pouvoir de fixation unilatérale par l'employeur, composante incompressible de son pouvoir de direction ? Il paraît difficile de le penser. A défaut, au prix d'une recherche de cohérence d'ensemble, on risque d'écorner le principe de l'intangibilité du contrat. On sent bien qu'il faut s'intéresser à la finalité des objectifs. Dans l'insuffisance de résultat, il devient totalement indifférent de savoir si les objectifs ont été ou non contractualisés, puisque la loi confie au juge le pouvoir de dire si le licenciement est causé (16). Alors qu'on ne peut évidemment affirmer que la contractualisation est inopérante en matière de rémunération. Les arrêts prononcés en 2011 invitent donc à s'interroger aussi sur la force de résistance du contrat à la capacité de l'employeur de fixer unilatéralement les objectifs en matière de rémunération.

Le contrat (I) et l'obligation de sécurité (II) semblent donc bien constituer deux limites à discuter quant à la capacité de l'employeur de fixer unilatéralement les objectifs impactant la rémunération.

I. Le contrat, limite à la fixation unilatérale des objectifs

Cet intitulé est autant une affirmation qu'une interrogation. D'un côté, les solutions traditionnelles sont bien réaffirmées : lorsque le variable est contractuel, il est interdit à l'employeur d'en modifier le mode de calcul, et donc de modifier les taux de rémunération ou ses seuils de déclenchement. Mais, de l'autre, les arrêts des 2 mars

et 29 juin 2011 semblent bien étendre le périmètre du pouvoir de direction au détriment de celui du contrat. La distinction des deux périmètres devient ainsi à fort enjeu juridique (A), mais semble introduire une discordance avec les règles habituelles du droit de la modification du contrat (B).

(10) Soc. 12 février 2002, RJS 2002 n° 543.

(11) Soc. 30 mars 1999, RJS 1999 n° 641 ; parfois, la formule se limite au caractère « réaliste » des objectifs (Soc. 22 mai 2001, préc. n. n° 9).

(12) Soc. 3 avril 2001, RJS 2001 n° 729 ; Soc. 19 octobre 2007 n° 05-45.980.

(13) Soc. 14 mai 2003, RJS 2003 n° 1326.

(14) Soc. 10 février 2004, Dr. Soc. avril 2004 p. 432, obs. Christophe Radé, décision rendue sur le fondement de l'article 1315 alinéa 2 en matière de rémunération variable, et évidemment transposable en matière de licenciement pour insuffisance de résultat.

(15) Soc. 13 janvier 2009, commenté par Thomas Pasquier, La révision des objectifs déraisonnables, Rec. Dalloz 2009 n° 28 p. 1931.

(16) L'article L. 1231-4 du Code du travail empêche l'employeur et le salarié de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le titre 3^e du livre 2 de la partie 1 du Code du travail, dont notamment le contrôle du juge sur la cause réelle et sérieuse prévu à l'article L. 1235-1 ; une clause d'objectifs ne devrait donc avoir aucune incidence sur le contrôle du juge, comme cela est clairement énoncé dans l'arrêt précité du 14 novembre 2000, cité *supra* note n° 9.

A. Variable contractuel ou non contractuel : une distinction à fort enjeu juridique

Plus les enjeux de la distinction sont forts (1.), plus la fiabilité de ses critères sera recherchée (2.).

1. Quels enjeux de la distinction ?

Même si les arrêts de 2011 introduisent un contrôle des objectifs unilatéraux, il n'est que potentiel et *a posteriori*. Au contraire, la force obligatoire du contrat demeure une garantie de protection essentielle au cours d'exécution des relations contractuelles (17). Le régime ainsi consacré de la rémunération variable sur objectif unilatéral induit une assez grande insécurité juridique pour le salarié mais, paradoxalement, aussi pour l'employeur.

– Pour le salarié :

D'abord, il perd le contrôle des éléments de détermination de son revenu, lequel n'a finalement plus de fiabilité. On devrait donc admettre que le revenu, lié en particulier à l'activité individuelle du salarié, peut dépendre de la seule volonté de l'employeur. C'est également admettre que le salarié subit de manière importante le risque de l'entreprise. Si la moindre qualité ou efficacité de sa prestation n'est évidemment pas de nature à engager sa responsabilité contractuelle, elle aura néanmoins un effet pécuniaire, puisque sa rémunération pourra être réduite au minimum contractuel, conventionnel ou légal.

Ensuite, il existe également un risque supplémentaire de multiplication des critères d'évaluation et, en conséquence, de sanction disciplinaire. En principe, rien n'est changé, dans le sens où l'absence de réalisation d'un objectif ne peut en soi constituer une faute ou la révélation d'une insuffisance professionnelle. Cependant, les plans de rémunération peuvent devenir très perfectionnés, avec une panoplie d'objectifs quantitatifs ou qualitatifs plus ou moins clairs et précis. Si, par exemple, des critères opérationnels tels que la qualité du reporting ou la mise à jour des fichiers de prospection ne sont que partiellement réalisés (dans le cas d'un commercial), le salarié ne touchera pas le bonus correspondant. Au lieu d'avoir une évaluation nuancée sur le degré de réalisation des différents objectifs et une

discussion sur les raisons d'un bilan mitigé, avec les pistes d'amélioration à envisager tant pour l'organisation de l'entreprise ou du service que pour les méthodes de travail du salarié, l'évaluation deviendra binaire, fondée exclusivement sur le résultat (objectif atteint ou non), pour apprécier si la condition de paiement du bonus est remplie. Le juge ne sera-t-il pas influencé par une telle évaluation cartésienne, voire mathématique (et gagée par sa simplicité), et tenté de déduire la faute ou l'insuffisance professionnelle de la non-réalisation des objectifs (18) ?

– Pour l'employeur :

L'évolution lui apparaît *a priori* avantageuse, puisqu'il va pouvoir échapper aux conséquences d'un refus du salarié dès lors que la modification de l'objectif relève de son pouvoir de direction. Les stratégies de développement des clauses de variabilité ou de flexibilité du contrat en tout domaine (horaires, lieu de travail, tâches confiées) pour échapper au principe de la force obligatoire semblent ici couronnées d'un certain succès. L'employeur dispose en particulier, en matière de plan de rémunération, d'un outil d'incitation remarquable pour orienter l'activité de ses salariés comme il le souhaite en fonction de sa stratégie d'entreprise.

Cependant, il n'a pas intérêt à se tromper sur la qualification du mode de rémunération applicable. En effet, on a vu que l'absence de détermination en début d'exercice des objectifs de nature à déclencher les éléments de rémunération permet au salarié de prendre acte de la rupture (19). Or, la sanction est exactement identique lorsque l'employeur modifie le mode de calcul de **la rémunération contractuelle** (20). En somme, dans un cas, le salarié pourra prendre acte de la rupture si l'employeur n'a pas fixé les objectifs en début d'exercice, alors que, dans l'autre, il pourra prendre acte de la rupture si l'employeur a fixé de nouveaux objectifs auxquels il n'a pas acquiescé ! La situation est donc pour l'employeur très risquée, s'il se trompe de qualification : la prise d'acte à ses torts sera quasiment acquise.

Compte tenu de ces forts enjeux, pour les deux parties, il faut s'assurer que les contours des deux périmètres sont clairement dissociés. Est-ce vraiment le cas ?

(17) Même si la volonté du salarié reste toujours à relativiser dans le cadre du lien de subordination et exige de vérifier son expression claire et non équivoque.

(18) Voir par exemple cette formule un peu inquiétante, mais non reprise par la suite : « Et attendu qu'après avoir vérifié que les objectifs définis étaient réalistes, la cour d'appel a constaté qu'en dépit d'une mise en garde et d'un avertissement, les résultats n'avaient pas cessé de se dégrader sans que l'intéressé puisse imputer cette baisse à des causes extérieures ; que la cour a pu retenir l'existence d'une faute de l'intéressé » (Soc. 22 mai 2006, préc. n. 9) ; dans cet arrêt, la faute n'est plus prouvée, mais seulement présumée.

(19) De la même manière que le salarié peut prendre acte de la rupture lorsque l'employeur ne lui communique pas les bases

de calcul de nature à vérifier la justesse de la rémunération (Soc. 18 juin 2008, n° 07-41.910, Dr. Ouv. 2008 p. 533, Avis François Deby) ; lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire : Soc. 29 janvier 2008, Bull. n° 26.

(20) Soc. 8 janvier 2002, RJS 2002, n° 264 ; Soc. 28 octobre 2008, n° 07-40.372 : « Modification, sans l'accord du salarié, de la nature des objectifs qu'il devait atteindre, lesquels déterminaient la part variable de sa rémunération, en ajoutant aux objectifs de vente initialement prévus des objectifs d'ouverture de comptes et de réactivation de comptes, de sorte qu'il en résultait que l'employeur avait modifié unilatéralement le contrat de travail » ; Soc. 27 janvier 2010, n° 09-40.050.

2. Quels critères de distinction ?

Évoquer l'existence d'une rémunération contractuelle n'est pas nouveau, puisqu'on l'oppose souvent à celle issue du statut collectif. La Cour avait initialement retenu que « *la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord* » (21). Elle a même semblé remettre en cause l'autonomie de l'accord collectif par rapport au contrat lorsque celui-ci modifiait le système de rémunération (22). Le domaine du contrat semblait alors on ne peut plus large : « *D'un point de vue réaliste, le niveau de revenu assuré par le salarié est assurément un aspect essentiel de la relation de travail, c'est l'une des caractéristiques majeures de l'emploi considéré. Contracter, c'est prévoir ; les prévisions du salarié quant à elles portent d'abord sur ce niveau de revenu. La réduction du niveau de la rémunération contredit ces prévisions que l'on peut bien considérer comme étant d'ordre contractuel. Il est difficile de croire que ce niveau puisse être sensiblement réduit sans que le contrat de travail soit en rien remis en cause. C'est ce qui conduit à présenter le niveau de revenu comme un "élément essentiel de la relation contractuelle de travail". S'il en est ainsi, il doit suffire qu'une mesure comporte une répercussion sur le montant de la rémunération et affecte, même indirectement le niveau de celle-ci pour qu'elle s'analyse comme une modification du contrat de travail* » (23).

Mais, rapidement, on introduit la notion de rémunération contractuelle (24), ce qui laisse supposer qu'il existe une rémunération non contractuelle. Ainsi, sont envisagés des modes de rémunération qui résultent d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral (25) ; sans doute que des plans collectifs de rémunération visant à mettre en œuvre

une politique d'incitation (incentive) de l'entreprise peuvent être qualifiés d'engagements unilatéraux, dès lors qu'il n'y est pas fait référence au contrat de travail.

Hormis cette hypothèse, le caractère contractuel est retenu par des décisions qui reprennent des formules assez variées. Il semblerait que ce qui touche « *au système de commission* » (26), à « *la nature des objectifs* » (27), à « *leur ampleur* » (28), au « *mode de calcul de la rémunération variable* » (29), à « *la structure de la rémunération* » (30) ou au « *mode de rémunération* » (31), doit être qualifié de contractuel. Par contre, ce n'est pas le cas du paiement d'une prime liée à une tâche annexe sans rapport avec la qualification du salarié (32). On serait donc tenté de dire que, sauf source de nature collective clairement identifiée, le caractère contractuel de la rémunération contractuelle résulte de son objet : la rémunération contractuelle constitue la contrepartie de l'activité individuelle du salarié, en lien avec sa qualification (33), et se définit en particulier par son niveau, sa structure et son mode de calcul. L'arrêt récent du 16 mars 2011 (34) est à cet égard intéressant : après avoir retenu que la prime n'était que la contrepartie d'une tâche annexe qui avait disparu, et vérifié ensuite qu'elle n'avait pas été contractualisée, son caractère contractuel est écarté : la Haute cour analyse d'abord l'objet de la prime, puis vérifie ensuite l'existence d'une contractualisation formelle.

Le formalisme n'a-t-il pas, dès lors qu'un rôle secondaire, visant surtout à faciliter la preuve de l'existence d'un mode de rémunération contractuel ? On peut le penser d'autant plus, si l'on retient qu'en dehors de tout contrat ou avenant écrit, une prime peut être qualifiée de contractuelle (35). D'ailleurs, la répétition dans le temps d'une situation de fait est souvent, à la

(21) Soc. 3 mars 1998, *Herzberg*, Dr. Soc. juin 1998, obs. Gérard Couturier, « La rémunération élément du contrat de travail ».

(22) Observations Gérard Couturier, préc. p. 527, à propos d'un arrêt du 25 juin 2007, *Hôtel Concorde*, Liaisons Sociales 1997, légis n° 7707.

(23) Obs. précitées Gérard Couturier, p. 525 et 526.

(24) Voir par exemple, Soc. 9 décembre 1998, n° 5146, PBR, RJS 1999 n° 45.

(25) Soc. 27 juin 2000, Bull. n° 246 : prime résultant d'un engagement unilatéral, conditionnée à l'existence de « *résultats économiques satisfaisants* », mais cette clause est écartée, car jugée potestative par le fait qu'elle ne définissait pas objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite ; Soc. 14 octobre 2009, n° 07-44965 et autres : les juges du fond avaient constaté que « *le versement de la part variable ne résultait pas d'un accord et que, faute par l'employeur d'avoir fixé, au titre d'un engagement unilatéral, des conditions de calcul vérifiables, aucune diminution de la part variable ne pouvait être décidée et que le STI devait être versé intégralement pour chaque exercice* ».

(26) Soc. 22 janvier 1998, *Systia Informatique*, Dr. Soc. juin 1998 p. 528, obs. préc. Gérard Couturier.

(27) Soc. 28 octobre 2008, n° 07-40.372, objectifs d'ouverture et de réouverture de compte, ajoutés à des objectifs de vente.

(28) Soc. 21 septembre 2005, n° 03-46.661 : contrat prévoyant une rémunération comprenant une partie fixe et une partie variable d'intéressement déterminé en fonction des résultats de l'activité par rapport à l'objectif de prise de commande, fixé en 1999 à

9 000 KF, passé à 16.500 KF en 2000 (augmentation de 80 %) : « *une telle augmentation (...) constituait une modification du contrat de travail* ».

(29) Soc. 9 décembre 1998, *Société Brink's*, n° 5146, PBR, RJS 1999 n° 45.

(30) Soc. 7 mai 2002, RJS 2002 : modification du secteur compensée par un élargissement des gammes de produits, une garantie du maintien de la rémunération et un nouvel intéressement.

(31) Soc. 5 mai 2010 n° 07-45.409 (n° 920 FS-PB) : plafonnement des primes variables avec augmentation globale de la partie fixe et du variable ; dans le même sens, Soc. 18 juillet 2000, n° 3844 FS-PB, RJS 2000 n° 1062.

(32) Soc. 16 mars 2011 n° 08-42.671, n° 690 FS-PB : l'arrêt du paiement d'une prime variable, liée à une tâche annexe ayant disparu dans la nouvelle affectation du salarié, et non contractualisée, ne justifie pas la prise d'acte aux torts de l'employeur.

(33) Soc. 22 mars 2006, n° 845 F-D, RJS 2006 n° 1149 : le retrait au salarié des fonctions commerciales qu'il exerçait, en lui faisant perdre le bénéfice des primes liées à cette activité et l'usage du véhicule de fonction, constitue une modification unilatérale du contrat, à comparer avec Soc. 16 mars 2011, préc. n. 26.

(34) n° 690 FS-PB préc. n. 32.

(35) En ce sens, 3 avril 2001, n° 99-40.247, non publié au bulletin : prime d'intéressement égale à 1 % du montant des honoraires facturés versée tous les 3 mois au salarié.

condition d'être suffisamment prolongée, de nature à lui conférer un caractère contractuel (36).

Cependant, selon les décisions prononcées récemment, le mode de rédaction des clauses a semblé être parfois une considération assez déterminante.

Ainsi, dans les arrêts du 2 mars 2011 (37), il est fait mention « *d'avenants comprenant un fixe auquel s'ajoutait un variable d'un montant annuel fixe en cas d'atteinte d'objectifs déterminés unilatéralement par l'employeur* », ce qui fait dire à la Cour de cassation que les juges du fond ont constaté que cet avenant stipulait que « *la détermination des objectifs conditionnant la rémunération variable du salarié relevait du pouvoir de direction* ». Conséquence : rémunération non contractuelle.

Mais ce critère est-il constant ? Dans l'arrêt forfait-jours du 29 juin 2011 (38), la prime qualité en cause était bien prévue par le contrat de travail, mais les juges du fond avaient considéré qu'il s'agissait d'éléments subjectifs appréciés par l'employeur ne découlant pas de l'activité du salarié ; selon le pourvoi, « *le contrat de travail prévoyait le paiement d'une part variable composée de primes calculées selon un plan d'intéressement à établir* » ; les modalités de calcul n'étaient donc apparemment pas précisées au contrat. Mais la Cour de cassation retient l'existence d'une rémunération contractuelle, au motif que la prime qualitative était prévue au contrat et constituait un élément de rémunération versé en contrepartie de l'activité du salarié.

La différence entre les deux situations est donc assez ténue, plus peut-être encore au regard des faits rapportés dans l'arrêt du même jour, *société Prompt* (39), qui conclut à une rémunération non contractuelle : selon le pourvoi, « *il résultait des termes mêmes du contrat de travail que les objectifs qui déterminaient le versement de la part variable de la rémunération due à M. X... devaient être fixés lors de son entrée dans l'entreprise, puis au début de chaque exercice fiscal* ».

Il paraît *a priori* difficile de faire la part des choses entre ces contrats qui, formellement, prévoient le principe d'une rémunération variable sur objectif, et qui renvoient à un autre support leur détermination précise. Le critère de distinction repose-t-il en définitive sur l'existence d'une formule expresse, par laquelle les parties s'accorderaient pour donner le pouvoir à l'employeur de faire varier à l'avenir le mode de détermination du variable ?

Une telle évolution, si elle était confirmée, poserait toutefois une délicate question de concordance avec la jurisprudence traditionnelle relative à la modification du contrat.

B. Compatibilité discutable avec le droit de la modification du contrat

Quelle conciliation avec les jurisprudences traditionnelles relatives à la force obligatoire du contrat et les éléments intangibles des éléments de rémunération contractuelle : celle au sujet des clauses de variation de la rémunération (1.) et celle relative au rôle habituellement réservé au juge en cas de désaccord entre les parties sur l'évolution du contrat (2.) ?

1. Les clauses de variation de la rémunération

Il s'agit pour les parties de prévoir que la rémunération variable sera modifiée en cours d'exécution du contrat de travail. La clause dite « *de rendez-vous* », qui se contente de prévoir la conclusion ultérieure d'avenants au cours desquels les objectifs seront redéfinis, ou le système de rémunération remis à plat, ne pose aucune difficulté ; les deux parties fixeront ensemble la loi commune de manière conjointe. Selon une classification proposée par une autorité confirmée, on pourrait classer les autres clauses selon celles qui organisent une variabilité réglementée, non réglementée et semi-réglémentée (40) :

– les premières prévoient tous les cas de figure envisageables : par exemple des taux selon le chiffre d'affaires réalisé ; en vérité, il n'y pas vraiment de variabilité, le contrat restant parfaitement stable et appliqué en toutes ses dispositions ;

– les deuxièmes consistent à reconnaître à l'employeur le droit de modifier unilatéralement la rémunération prévue au contrat sur tel ou tel point ;

– les troisièmes permettent également une telle modification par l'employeur, mais seulement lorsqu'un événement spécifique interviendrait (par exemple, « *en fonction de l'évolution du marché et des produits de la marque* », en cas de difficultés économiques).

Au sujet de ces deux dernières séries de clause, la position de ce Haut magistrat était très explicite : « *Si le contrat prévoit que l'employeur pourra fixer unilatéralement les nouveaux objectifs ou les nouveaux taux de rémunération variable, la clause est tenue pour nulle* » (41).

(36) Voir, en matière de qualification appréciée au regard des fonctions réellement exercées pendant plusieurs mois : Soc. 17 janvier 2006 n° 04-43228 ; Soc. 2 mars 1994, RJS 1994 n° 376 ; ou, en matière de travail à domicile en l'absence d'avenant, mais dont le caractère contractuel résulte d'une organisation de fait : Soc. 13 avril 2005, RJS 2005 n° 600, Soc. 31 mai 2006, RJS 2006 n° 919.

(37) N° 08-44.977, FS-PB, et n° 08-44978.

(38) N° 09-71.107, Dr. Ouv. 2011 p. 728.

(39) N° 09-65710.

(40) Philippe Waquet, « Les clauses de variabilité », *Liaisons Sociales* revue, décembre 2000 p. 110 et s.

(41) Philippe Waquet, « Les objectifs », *Dr. Soc.* février 2001 p. 120 et s., en particulier pp. 121 et 122, où est cité l'arrêt *SVP* du 20 octobre 1998, Bull. n° 436, clause qui prévoyait que le taux et les modalités du calcul seraient définis chaque année par note émanant de la direction commerciale.

On mesure donc le chemin parcouru avec les arrêts des 2 mars et 29 juin 2011, où précisément le contrat renvoyait expressément à la décision unilatérale pour la détermination des objectifs dont dépendait la rémunération variable : le juge n'en déduit pas une cause de nullité, mais bien plutôt une cause de disqualification du caractère contractuel de la rémunération...

Cela est d'autant plus surprenant que la jurisprudence a fait preuve de grande stabilité pour définir les conditions de validité de ces clauses de variabilité. A partir d'un arrêt du 2 juillet 2002 (42), elle a posé la règle selon laquelle une clause du contrat de travail peut prévoir une variation du salaire dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux ou conventionnels. Dans le même esprit, on sait que la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée lorsqu'elle entraîne une réduction de la rémunération (43). Lu différemment, cela signifie que la rémunération ne peut varier en fonction d'un évènement dépendant directement de la volonté de l'employeur, comme la mise en œuvre de la clause de mobilité.

Cette jurisprudence permet de mettre en lumière la particularité des objectifs en matière de rémunération : s'ils sont laissés à la discrétion de l'employeur, il est à craindre que le risque de l'exploitation soit partagée par le salarié ; alors qu'en matière de licenciement, c'est précisément parce que l'employeur supporte le risque d'exploitation que son pouvoir de direction doit lui permettre de fixer des objectifs, sous le contrôle du juge. On ignore comment les derniers arrêts de la Cour de cassation s'harmonisent avec cette jurisprudence *a priori* non remise en cause, mais encore avec ses positions habituelles sur le rôle dévolu au juge pour fixer le salaire en cas de désaccord entre les parties.

2. La protection du contrat par le juge

La force obligatoire du contrat ne condamne pas les parties à l'immobilisme, lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre sur la variabilité nécessaire ou attendue du mode de rémunération. En cas de blocage lié à leur désaccord, elles doivent alors saisir le juge qui devra fixer lui-même le montant du salaire, en faisant un travail

approfondi de recherche de la volonté implicite des parties, ou suppléera tout simplement leur volonté.

Là encore, on retrouve nos clauses qui prévoient le principe d'une rémunération variable, sans en définir concrètement les modalités, comme par exemple dans une affaire dans laquelle le contrat de travail prévoyait notamment un intéressement « *suivant le système en vigueur* » ; la NAO n'avait pas abouti, et le système unilatéralement mis en place par l'employeur n'avait pas été reconduit les années suivantes (44) : « *Il appartient au juge, à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, de déterminer celle-ci en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* ».

Le juge doit alors substituer ses propres critères : « *Si l'objectif de résultat dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération variable n'a pas été déterminé, il appartient au juge de le fixer par référence aux années précédentes* » (45). Le juge devra non seulement fixer alors les objectifs, mais vérifiera ensuite si le salarié les a atteints (sorte de pouvoir de direction et de contrôle, en substitution à celui de l'employeur !). Dans un arrêt du 27 janvier 2010 (46), on constate cette démarche intéressante du juge, qui prend note de l'absence d'accord entre les parties au titre d'une année, use valablement de son office en fixant lui-même les critères de la rémunération variable et en déboutant le salarié de son rappel de salaire pour ne pas avoir atteint ces « *objectifs judiciaires* », mais s'expose à la cassation sur la prise d'acte requalifiée en démission, alors que l'employeur avait imposé unilatéralement des nouveaux objectifs. Le recours au juge se justifie donc à nouveau par l'interdiction faite à l'employeur de définir unilatéralement les conditions de la rémunération variable acquise au contrat.

Il est procédé comme en matière d'autorité parentale, où l'intervention du juge est indispensable lorsque les parents ne sont pas en mesure de s'entendre conjointement sur une décision relative à l'éducation de leur enfant, ou en matière de contrat de prestation de service (contrats de louage), lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le prix après la réalisation de la prestation. Dans ces deux matières, l'intervention du juge s'impose précisément parce qu'il serait illicite qu'un parent ou un co-contractant impose sa

(42) Soc. 2 juillet 2002, n° 2251, FS-P, Dr. Ouv. avril 2005, p. 157, obs. Tamar Katz, « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », RJS 2002 n° 1076 ; voir aussi notamment, Soc. 4 mars 2003, RJS 2003 n° 568 : variabilité en fonction de l'évolution d'un indice dépendant du système de facturation d'un fournisseur ; Soc. 20 avril 2005, RJS 2005 n° 710 : rémunération supplémentaire prévue pour toute la durée d'un contrat de sous-traitance, lequel ne sera pas reconduit.

(43) Soc. 15 décembre 2004, Dr. Soc. mars 2005 p. 337, obs. Jean Mouly.

(44) Soc. 22 février 2000, Dr. Soc. avril 2000, p. 438, obs. Christophe Radé.

(45) Soc. 13 juillet 2004, Dr. Ouv. avril 2005, p. 157, obs. Tamar Katz, prec., Dr. Soc. novembre 2004, p. 934, observations Christophe Radé, « Le juge, arbitre des différends salariaux » ; voir aussi Soc. 23 mai 2007, n° 06-40.503 ; Soc. 15 décembre 2009, n° 08-44.563.

(46) N° 09-40.050.

volonté à l'autre. Reconnaître, comme vient de le faire la Chambre sociale, la possibilité pour l'employeur de déterminer seul les éléments de rémunération variable dont l'existence est prévue au contrat ne semble donc pas totalement conforme au rôle reconnu au juge pour faire respecter le consensualisme.

La force de résistance du contrat à la définition unilatérale des contrats semble donc aujourd'hui en recul. Il est vrai qu'une évolution semblait s'être dessinée au cours des dernières années sur l'objet de cet office particulier du juge qui consiste à fixer lui-même la rémunération. En effet, par une intéressante décision du 13 janvier 2009 (47), la Chambre sociale a étendu le pouvoir d'intervention du juge sur la définition des objectifs, en dehors du strict cas du désaccord entre les parties. Ces dernières étaient d'ailleurs d'accord sur tout : la rémunération variable était parfaitement définie, et l'employeur avait également rejoint le salarié sur le fait que les objectifs fixés au salarié étaient irréalisables ! « *La Cour assimile l'accord déraisonnable à une absence d'accord* » (48) et fixe pour le passé le montant de la

rémunération : dès lors « *qu'il n'est pas établi que les objectifs étaient raisonnables et compatibles avec le marché et qu'il ne pouvait être reproché au salarié de ne pas avoir atteint les objectifs convenus, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et aurait dû, en présence d'un désaccord entre l'employeur et le salarié, déterminer le montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause* ». Ce n'est pas le principe de l'intangibilité du contrat qui fonde ici l'intervention judiciaire, mais plutôt la protection d'un ordre public (de protection) devant lequel le contrat doit céder.

Cette évolution de jurisprudence ne signifie pas pour autant que le juge renoncera à l'avenir à suppléer le silence des parties sur le mode de détermination de la rémunération variable. Elle ouvre cependant une perspective nouvelle sur les rapports unissant rémunération et charge de travail et, plus généralement, les objectifs et l'obligation de sécurité.

II. L'obligation de sécurité, limitée à la fixation unilatérale des objectifs

Les arrêts récents de l'année 2011, s'ils semblent en retrait sur la question de la force obligatoire du contrat, font par contre référence expressément aux critères habituellement appliqués pour encadrer le pouvoir de direction dans le domaine de l'insuffisance de résultat. S'agit-il des prémices d'une prise en compte de l'obligation de sécurité pour encadrer le pouvoir patronal de fixation des rémunérations variables sur objectifs (A) ? D'autant plus qu'il existe un précédent sérieux de limitation de la rémunération variable au nom de l'obligation de sécurité : celui des clauses de rentabilité dans les transports routiers (B). Restera ensuite à évaluer les perspectives de développement du recours à l'obligation de sécurité en matière de rémunération variable (C).

A. Les prémices : les limites posées en matière d'insuffisance de résultat

Le lien entre obligation de sécurité et rémunération ne semble pas évident à première vue. Pourtant, les solutions connues en matière d'insuffisance de résultat nous conduisent à effectuer des rapprochements. Le point de

départ : même s'ils ne sont pas contractuels, les objectifs fixés par l'employeur pour le déclenchement d'une prime ne sont pas valables s'ils ne sont pas réalisables (49). Mieux encore : si les objectifs, contractuels ou non, ne sont pas raisonnables et compatibles avec le marché, le juge pourra les rectifier et déterminer à quelle rémunération le salarié pouvait prétendre (50).

Certes, les débats auxquels nous habituent les contestations des licenciements pour insuffisance de résultat portent le plus souvent sur l'évolution du marché et la comparaison des performances avec celles des salariés placés dans des situations identiques ou équivalentes. Selon un auteur, la notion de « *raisonnable* » s'apparente alors à « *un contrôle de normalité* » (51). Cependant, à côté de ce contrôle de normalité de la performance du salarié au regard de la configuration du marché et des conditions dans lesquelles l'ensemble des salariés (par hypothèse ici les commerciaux) intervient sur celui-ci, un autre contrôle porte sur les moyens dont dispose le salarié.

Si certaines formules se contentent de n'évoquer que « *le réalisme* » des objectifs, d'autres exigent que ces

(47) Soc. 13 janvier 2009, n° 06-46.208, n° 7 FS-PB.

(48) Thomas Pasquier, « La révision des objectifs déraisonnables », Rec. Dalloz 2009 n° 28 p. 1931.

(49) ... et s'ils n'ont pas été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice, poursuit l'arrêt du 2 mars 2011, et confirme celui du 29 juin 2011.

(50) Soc. 13 janvier 2009, préc. n. 47.

(51) Thomas Pasquier, obs. préc. n. 48, page 1934 ; pour Philippe Waquet, ce contrôle « *oblige l'employeur à démontrer et au juge à vérifier que, eu égard à l'état du marché, il était possible, non pas pour un surhomme, mais pour un salarié moyen, un « bon père de famille », d'atteindre l'objectif fixé* », Les objectifs, article précité, p. 124.

(52) Voir arrêts précités sous n. 11 et 47.

derniers soient « raisonnables et compatibles avec le marché » (52). Si les deux exigences « de raisonnable et de compatibilité au marché » sont exprimées simultanément, c'est qu'elles ne signifient pas la même chose. Derrière le caractère raisonnable des objectifs se pose la question de savoir si ces derniers sont en adéquation avec les capacités dont le salarié dispose, en particulier sous l'angle de l'obligation d'adaptation de l'employeur à l'évolution de ses fonctions (53) et si, plus largement, l'employeur lui a donné les moyens nécessaires à l'exécution de son travail. On rappelle que l'exigence des moyens nécessaires pour accomplir la prestation de travail avait déjà été posée en matière de rémunération sur objectifs (54).

Un Haut magistrat, déjà cité, considérait qu'il existait une démarche analogue en matière de définition d'objectif et de délégation de pouvoir dont la validité est conditionnée au fait que le délégataire doit disposer de la compétence et de l'autorité nécessaire à l'exercice de la mission qui lui est confiée, mais également des moyens d'accomplir celle-ci. Déjà, il présentait que « *le recours aux objectifs pouvait être une méthode pour mettre en échec* » la réduction du temps de travail et l'émergence du droit au repos. D'où la nécessité, selon lui, de vérifier « *que les objectifs définis par le contrat ou par l'instruction de l'employeur sont non seulement raisonnables par rapport au marché, mais aussi compatibles avec la durée du travail que doit accomplir le salarié* » (55).

Parmi les moyens dont doit disposer le salarié pour remplir ses objectifs se trouve celui du temps nécessaire, utile à la réalisation de l'ensemble des tâches confiées. C'est une évidence que les objectifs ne peuvent être dissociés de la charge de travail qu'ils induisent, si bien qu'il existe un lien direct entre les modalités de définition de la rémunération sur objectif et le respect de la sécurité et de la santé des salariés au travail. Même si les plaideurs ne se référaient pas expressément à l'obligation de sécurité, peut-être faisaient-ils, comme M. Jourdain et la prose, de l'obligation de sécurité sans le savoir.

Evidemment, l'incidence est importante en matière de preuve puisqu'il appartient à l'employeur de justifier de ce que le salarié disposait d'une charge de travail non excessive (56). D'ailleurs, dès le 10 février 2004, la Cour de cassation avait retenu qu'il appartenait à l'employeur de prouver qu'il avait fourni au salarié les moyens d'accomplir la prestation de travail pour laquelle il était

engagé et atteindre le chiffre d'affaires déclenchant le paiement de la rémunération variable (57).

Il est donc certain que les règles d'encadrement de l'insuffisance de résultat, tant en matière de licenciement que de rémunération variable, suscitent des liens évidents avec l'obligation de sécurité. Mais s'il est un domaine où il existe un précédent d'application directe de ce principe en matière de rémunération, c'est dans celui des primes de rentabilité dans les transports routiers.

B. Le précédent : l'interdiction des clauses de rentabilité dans les transports routiers

Depuis l'arrêt *Snecma* du 5 mars 2008 (58), on sait que le pouvoir de direction de l'employeur cède devant l'obligation de sécurité, et qu'il lui est donc interdit de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés. Cet arrêt était prononcé peu après le dépôt du rapport de la Cour de cassation pour l'année 2007, consacré « *aux relations juridiques à l'épreuve de la protection de la santé* ». Dans ce rapport, la Cour de cassation rappelait le contrôle exercé sur certaines clauses du contrat de travail susceptibles d'exposer les salariés à un danger en violation de leur droit à la santé, à la sécurité et au repos, tels que rappelés par les engagements internationaux (*Convention OIT n° 155, Charte sociale européenne, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, directives européennes 89-391 et 93-104*). Ainsi, les relations de droit privé doivent se soumettre directement aux droits fondamentaux d'ordre public, tels qu'exprimés notamment par les instruments européens.

Il était également fait référence à l'article 14 de l'annexe I de la convention collective des transports routiers, dans sa rédaction résultant d'un avenant du 22 juillet 1992, selon lequel : « *Dans un but de sécurité, les contrats de travail ne pourront contenir de clauses de rémunération principale ou accessoire de nature à compromettre la sécurité, notamment par incitation directe ou indirecte au dépassement de la durée du travail ou des temps de conduite autorisés tel que l'octroi de primes ou de majorations de salaire en fonction des distances parcourues et ou du volume des marchandises transportées* ».

(53) Soc. 29 mai 2002, Dr. Soc. juillet/août 2002 p. 779, obs. François Duquesne.

(54) Soc. 10 février 2004, précité sous note 14.

(55) Philippe Waquet, « Les objectifs », préc. sous n. 41 pp. 124 et 125.

(56) Soc. 12 janvier 2011, n° 09-70.838, publié au Bulletin : « *Il appartient à l'employeur qui considère injustifiée la prise d'acte de la rupture par un salarié qui, étant victime d'un accident du*

travail, invoque une inobservation des règles de prévention et de sécurité, de démontrer que la survenance de cet accident est étrangère à son obligation de résultat »;

(57) Soc. 10 février 2004, préc. n. 14.

(58) N° 06-45.888 (n° 429 FS-PBR), Dr. Ouv. août 2008, p. 524, obs. Franck Héas, « Organisation collective du travail et sécurité des salariés ».

Sur la base de ces principes, la Cour de cassation a dès lors jugé illicites les systèmes contractuels de rémunération variable incitant les salariés au dépassement de la durée normale du travail et des temps de conduite :

- prime proportionnelle au chiffre d'affaires (59),
- prime de rendement au kilomètre (60),
- prime ou bon à la course, en ce que l'attribution d'une course à tel coursier dépendait notamment de sa disponibilité et de la rapidité du service donné au client, donc l'incitait à réaliser les livraisons qui lui étaient confiées en un minimum de temps aux fins d'en effectuer le plus grand nombre possible pour augmenter le montant de ses primes (61).

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation rappelait également de manière opportune les dispositions de l'article L. 231-3-1 *in fine* devenu L. 4142-4 du Code du travail interdisant la rémunération au rendement pendant une période d'adaptation à la sécurité du poste de travail :

« Toute modification apportée aux postes de travail pour des raisons de sécurité qui entraînerait une diminution de la productivité, est suivie d'une période d'adaptation de deux semaines au moins pendant lesquelles tout mode de rémunération au rendement est interdit.

La rémunération est établie sur la moyenne des deux semaines précédant la modification » (62).

Il est donc acquis que l'obligation de sécurité de résultat peut faire échec à un mode de rémunération qui placerait directement le salarié dans une situation de danger. Ce qui est stigmatisé précisément, **c'est le rôle incitatif des primes qui placent objectivement le salarié dans une situation à risque.**

On peut s'interroger sur le fait de savoir si cette jurisprudence ne pourrait pas conduire, à terme, à remettre en cause les primes prenant en compte l'absence ou le faible taux d'accidents de travail dans l'entreprise. Si ces primes peuvent *a priori* être justifiées par le fait que le salarié est également astreint à une obligation de sécurité, il est certain que ces incitations financières peuvent conduire les salariés soit à ne pas déclarer les accidents du travail dont ils ont été victimes, soit à dissuader des témoins éventuels d'en confirmer l'existence. Par ricochet, aucune mesure rectificative aux fins de prévention d'autres accidents du travail ne sera mise en œuvre. Il paraît douteux en la matière qu'une incitation financière soit plus efficace pour prévenir les

accidents du travail que de réelles actions de préventions collectives ou appliquées à chacun des postes de travail.

Mais, plus largement, la jurisprudence sur les primes de rentabilité dans les transports routiers rend pour la première fois parfaitement lisible la contradiction pouvant opposer les primes récompensant la performance individuelle des salariés et l'obligation de sécurité. Il reste à évaluer les perspectives d'évolution de la jurisprudence sur le sujet.

C. Les perspectives : le mode de rémunération, critère émergent d'appréciation de la sécurité au travail

On peut citer trois illustrations.

1. Les forfaits en jours

On sait, depuis l'arrêt forfaits-jours du 29 juin 2011, que le recours à ce mode de décompte de la durée du travail doit, pour satisfaire les droits fondamentaux à la sécurité et à la santé, être prévu par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires. La Cour de cassation a ensuite cité les dispositions de l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998, relatif à l'organisation du travail dans la métallurgie, pour en déduire que ces stipulations étaient de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours (63).

Des stipulations équivalentes à celles qui figurent dans l'accord national de la métallurgie seraient donc de nature à garantir le droit à la santé et à la sécurité des travailleurs (étant précisé toutefois que l'on n'y trouve pas clairement des références particulières à des durées maximales de travail...). En particulier, l'accord national du 28 juillet 1998 prévoit un entretien annuel avec le supérieur hiérarchique au cours duquel doivent être évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé, ainsi que l'amplitude des journées d'activité du salarié, l'accord ajoutant « *que cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé* ».

Ce sont des garanties de cette nature qui sont exigées, sans qu'elles n'aient à prendre exactement la même forme : on cherche un niveau global de protection plus qu'une énumération exhaustive de dispositifs spécifiques.

Dès lors, on peut s'interroger sur le fait de savoir si le mode de rémunération qui est susceptible, ainsi qu'on l'a

(59) Soc. 21 mai 1997, Bull. n° 183, pourvoi n° 95-42542.

(60) Soc. 13 novembre 2003, Bull. n° 282, pourvois n° 01-46075 et 01-46089, Dr. Ouv. 2004 p. 330, obs. Claudy Ménard.

(61) Soc. 13 juin 2007, pourvois n° 04-44551 et 04-45360.

(62) Rapport 2007 de la Cour de cassation, 3^e partie : étude, pp. 130 à 134.

(63) Arrêt précité note n° 7 ; v. *supra* les obs. de A. Lyon-Caen, de M. Bonnechère et de S. Baradel ainsi que Dr. Ouv. décembre 2011 p. 723, obs. Emmanuelle Richard, « Forfait jours : l'accord collectif au secours de la loi ».

vu, d'avoir une incidence directe sur la charge de travail du salarié, est de nature à garantir ou, au contraire, à remettre en cause le droit à la sécurité et à la santé des salariés. On note en particulier, dans un certain nombre d'accords de branche, que les rémunérations minimales hiérarchiques sont majorées pour les salariés bénéficiant de convention de forfaits jours (64). Mécaniquement, de telles dispositions ont pour effet de limiter l'impact des rémunérations variables individuelles. Les objectifs individualisés sont de nature à favoriser les augmentations de charges de travail individuelles, sans contrôle suffisant. Les garanties conventionnelles des forfaits-jours peuvent donc également être recherchées au regard de la part respective de la rémunération minimale et des variables sur objectifs.

2. La faute inexcusable

Puisque l'individualisation exacerbée des rémunérations constitue un critère défavorable sur le plan des charges de travail, elle a également lieu d'être prise en compte sur le terrain de la faute inexcusable. Ainsi, dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Versailles le 19 mai 2011 (65), relative à un suicide au sein du technocentre Guyancourt de Renault, l'existence d'une charge de travail excessive était centrale. Il avait été relevé que le salarié était contraint de travailler à son domicile dès son retour du travail tous les jours et chaque fin de semaine dans les deux mois ayant précédé son suicide. Si la hiérarchie alléguait avoir été dans l'ignorance de cette surcharge de travail, la Cour relevait de manière déterminante : « *L'enquête réalisée par la société Technologia a mis en évidence l'absence de tout dispositif dans l'entreprise pour évaluer la charge de travail, notamment des cadres, l'absence de visibilité des managers sur la charge de travail de leurs collaborateurs, la culture du sur-engagement, et l'augmentation des objectifs notamment après l'adoption du plan de relance « Renault contrat 2009 » mis en place dès le début de l'année 2006 et qui a entraîné, selon les médecins du travail affectés au sein du Techno Centre, une augmentation des plaintes des salariés relativement à la charge de travail* ».

Objectifs, modes de rémunération, « *culture de sur-engagement* » et, en définitive, surcharge de travail se révèlent unis de manière très intime.

3. Le harcèlement moral

L'article 3 de l'Accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 relatif au stress au travail définit celui-ci comme suit : « *Un état de stress survient lorsqu'il y a déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face. L'individu est capable de gérer la pression à court terme mais il éprouve de grandes difficultés face à une exposition prolongée ou répétée à des pressions intenses.* »

Des objectifs excessifs, et le sur-engagement consécutif conduisent au stress professionnel et, de manière prolongée, à la pathologie dépressive. Rien n'empêche, dès lors, de s'appuyer sur les objectifs déraisonnables répétés, les charges de travail intenses et la vaine promesse de bonus hors de portée pour soutenir l'existence d'un harcèlement moral sur le fondement de l'article L. 1152-1 du Code du travail. La fixation d'objectifs irréalistes qui incitera le salarié à des dépassements permanents, sans aucune rétribution matérielle et morale, sera de nature à dégrader son état de santé et à caractériser un harcèlement.

Aussi, n'y a-t-il pas lieu de sanctionner par la nullité de l'article L. 1152-2 certains licenciements notifiés en raison d'une prétendue insuffisance de résultat fondée en réalité sur le caractère totalement déraisonnable des objectifs fixés aux salariés, eu égard à la charge de travail induite ?

* * *

La rémunération variable sur objectif, récompense octroyée par l'entreprise dans le cadre d'une dynamisation de ses équipes et de stratégies de développement, voit son mode de détermination devenir plus opaque.

A supposer que la sphère contractuelle perde de son emprise sur elle, les droits fondamentaux, et en particulier, le droit à la santé et à la sécurité, sauront-ils endiguer sa progression déraisonnable ?

Paul Riandey

(64) Le vertueux article 14 de l'accord national du 28 juillet 1998 relatif à l'organisation du travail dans la métallurgie prévoit par exemple une majoration de 30 % des minima conventionnels pour les salariés en forfait-jours ; de même, l'article 4 de l'accord du 22 juin 1998 relatif à la durée du travail dans la branche des bureaux d'études (CCN SYNTEC) prévoit que les

cadres en forfait-jours bénéficieront d'un niveau plus élevé de la classification (position 3), ou disposeront d'une rémunération d'au moins deux plafonds de Sécurité sociale (35.352 € x 2 en 2011, soit 70.704 €).

(65) N° 10-954, 5^e Chambre, SA Renault/X veuve Y.