

Salaire : le "tout contractuel" fait de la résistance

par Michel Henry, Avocat au Barreau de Paris

1. - "La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord" (1). On peut ajouter "même de manière minime" (2).

La règle régulièrement réaffirmée n'est pas nouvelle.

Elle figurait déjà dans les mêmes termes dans l'arrêt *Hertzberg* (3) et permettait à Gérard Couturier d'y trouver la consécration du caractère "irréductiblement contractuel" du salaire (4), prolongement logique du changement radical opéré en 1988 par la jurisprudence au visa de l'article 1134 C. Civ. : le contrat ne peut être modifié sans l'accord des parties (5). Soumises au pouvoir d'organisation du chef d'entreprise, les modifications des conditions de travail seront placées hors du champ du contrat. Le salaire pour sa part, comme la qualification du salarié ou la durée du travail, sont intrinsèquement contractuels parce qu'ils constituent des données essentielles de l'échange travail/salaire. Le travail a un prix qui ne peut être aléatoire aussi bien parce qu'au regard des règles civilistes il est la contrepartie de l'échange (6) que pour des raisons politiques qui tiennent à la nécessaire stabilité de la condition des personnes dans leur vie sociale et familiale.

Le caractère contractuel de la rémunération s'étend au "mode de rémunération" (7) ou à la "structure de la rémunération" (8) qui constitue un avantage acquis lorsqu'elle découle d'un accord collectif dénoncé sauf conclusion d'un accord de substitution dans les délais de l'article L. 2261-13 CT (ancien L. 132.8 CT al. 6) (9).

2. - Tout serait limpide si la jurisprudence n'oscillait pas comme un pendule entre deux sources d'inspiration.

L'analyse contractualiste est tantôt consacrée, tantôt tenue en échec par la théorie selon laquelle la source juridique d'un avantage salarial gouvernerait le régime de sa modification. On distinguerait ainsi dans le salaire des couches constitutives de son montant total avec une part légale, le SMIC, une part contractuelle et des ajouts conventionnels ou d'usage ou encore résultant d'engagements unilatéraux.

La Cour de cassation a prétendu faire œuvre pédagogique en exposant cette théorie à l'occasion de l'arrêt *Courcelles* (10) : "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 ; que dans l'hypothèse où la rémunération du salarié résulterait en totalité d'un accord collectif, la dénonciation de cet accord, qui ne serait pas suivi d'un accord de substitution dans le délai de l'article L. 132.8 du Code du travail, entraînerait le maintien du salaire antérieur, par intégration dans le contrat de l'avantage individuel acquis ; que, 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".

Dans l'esprit de ce système, des primes dont un treizième mois, dont les salariés bénéficiaient, certains depuis leur embauche, et consignées dans le règlement

(1) Soc. 11 mars 2009, *UGE CAM*, 07-44051 en annexe p. 320.

(2) Soc. 19 mai 1998, *Giovanni*, Bull. V n° 265.

(3) Soc. 3 mars 1998, *Hertzberg*, Bull. V n° 109, DS 1998 p. 529.

(4) Gérard Couturier "La rémunération élément du contrat de travail", DS 1998 p. 523.

(5) "L'employeur ne peut sans l'accord du salarié modifier substantiellement le contrat individuel de travail" Soc. 21 janvier 1988 Bull. V n° 58 ; Soc. 4 février 1988 Bull. V n° 96. Voir aussi P. Tillie "La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation et la modification du contrat de travail" et la décision du 4 février 1988 en annexe Dr. Ouv. 1988 p. 264.

(6) Une clause contractuelle ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié : Soc. 30 mai 2000, *Canon France*, FS-PB RJS 7 juill.-août 2000 n° 772, Dr. Ouv. 2005 p. 159 n. T. Katz. Voir aussi Emmanuel Dockès "La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail", DS 1997 p. 140.

(7) Soc. 28 janvier 1998, *Systia Informatique*, Bull. V n° 40, DS 1998 p. 528 et note G. Couturier précitée, Dr. Ouv. 1998 p. 547.

(8) Soc. 11 mars 2009 précité qui derrière la formule "la rémunération du salarié" concerne en l'espèce la structure de celle-ci.

(9) Soc. 1^{er} juillet 2008, *Caisse d'Epargne*, n° 07-40.799, Dr. Ouv. 2009 p. 52 n. P. Tillie – solution qui constitue un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure qui considérait que seul le niveau de la rémunération constituait après mise en cause d'une convention collective un avantage acquis (Soc. 26 novembre 1996 *Sté Marquis Hôtels Limited Parner Ship* n° 93-44881). Au contraire le changement de structure salariale résultant de l'application de l'accord de substitution s'impose aux salariés "sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrats de travail", Soc. 27 juin 2000 (*Crochard c/ Air France*, n° 99-41.135, Bull. V n° 247).

(10) Soc. 20 octobre 1998, *Courcelles et a.*, DS février 1999 p. 128, Dr. Ouv. 2005 p. 157 n. T. Katz.

intérieur, pouvaient être supprimées par un simple mécanisme de dénonciation de ce qui était qualifié d'engagement unilatéral (11).

Les tenants de la déconstruction se sont félicités avec l'arrêt *Courcelles* comme ils se féliciteront deux ans plus tard avec l'arrêt *Crochard* que la jurisprudence soit "en train de se défaire des illusions du tout contractuel pour redonner au droit du travail un peu de souplesse et aux entrepreneurs un peu plus de liberté" (12). Enfin du mou dans le contrat !

3. - En vérité la théorie consistant à analyser le salaire comme un empiement au-dessus d'un socle contractuel *stricto sensu* de suppléments dont la remise en cause pourraient s'opérer par la seule application des règles de dénonciation propres à leur nature juridique, repose sur une méconnaissance de la réalité des rapports de travail et n'est d'ailleurs pas consacrée par une jurisprudence homogène. Le juge revient régulièrement puiser ses solutions à la source du "tout contractuel".

On relèvera d'abord que l'évocation du salaire "résultant du contrat de travail", formulation qui renvoie le lecteur à l'idée d'engagements consignés figurant dans un écrit co-signé, pour désigner le "salaire contractuel", procède de l'ignorance des réalités et d'une confusion terminologique.

Ignorance des réalités dès lors qu'aujourd'hui encore bon nombre de salariés n'ont signé aucun contrat écrit lequel n'est la norme que pour les cadres et les commerciaux.

S'il existe un contrat, son contenu se périmé au fil des années et de la carrière du salarié dont la qualification comme le salaire subissent les effets d'une adaptation constante aux évolutions dans l'entreprise, aux effets d'une progression dans l'emploi et d'une révision de la rémunération pour tenir compte précisément des changements intervenus dans la valeur de l'échange travail/salaire, ou simplement pour compenser l'érosion monétaire.

Le salaire perçu, même quand il n'est assorti d'aucun complément "extra-contractuel" n'est donc presque jamais le salaire défini dans l'instrument désigné comme le contrat de travail.

Viendrait-il pour autant à l'esprit de quiconque de soutenir que les augmentations accordées au fil du

temps par l'employeur seraient, faute d'avenant signé, des actes unilatéraux révocables ?

Confusion terminologique récurrente mais pas innocente que celle consistant à réserver le terme de contrat de travail à un acte écrit relevant de cette qualification alors que l'affirmation du caractère contractuel de la rémunération n'est pas cantonné à la part consignée dans l'*instrumentum*, s'il existe.

Ce qui est contractuel c'est la rémunération, pas le support écrit.

La rémunération est la contrepartie contractuelle du travail et cette évidence s'impose à la Cour de cassation lorsqu'elle qualifie de salaire contractuel la rémunération atteinte par un salarié sous l'emprise d'une convention collective remise en cause par l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention (13).

Il n'existe aucun cas où la jurisprudence a validé la diminution d'une rémunération par le jeu de l'entrée en vigueur d'une nouvelle grille conventionnelle de salaire, solution qu'imposerait la logique de l'arrêt *Courcelles* si la règle selon laquelle "en toute hypothèse un accord collectif ne pouvait modifier le contrat de travail" ne se référerait qu'à l'*instrumentum* (14).

A propos du passage aux trente-cinq heures le rapporteur au Sénat, Louis Souvet (15) soulignait que la réduction de salaire entérinée par un accord collectif ne dispensait pas l'employeur de recueillir l'acceptation individuelle des salariés, même si certains auteurs le regrettent (16).

La question d'une dissociation entre l'état effectif d'une rémunération et ses limites contractuelles strictes ne serait pas permise si la directive 91/533 du 14 octobre 1991 (17) imposant l'obligation d'établir un contrat de travail écrit précisant pour ce qui concerne le salaire « le montant de base initial et les autres éléments constitutifs de la rémunération à laquelle le travailleur a droit » avait été transposée comme elle aurait dû l'être. La réponse ministérielle selon laquelle les mentions obligatoires du bulletin de paye satisfont aux exigences de la directive aurait normalement dû avoir pour conséquence de considérer que le salaire figurant sur le bulletin de paye est contractuel sans autre distinction (18).

4. - Est-il d'ailleurs pertinent de qualifier d'usage le versement répété d'un élément de salaire ou

(11) Soc. 10 mars 2004, *Sté Sogecler*, n° 516 F-P+B ; I. Meyrat "L'érosion de la sphère du contrat de travail (à propos de l'arrêt *Sogéccler*)", Dr. Ouv. 2004 p. 551.

(12) Christophe Radé « Les limites du "tout contractuel" » DS 2000 p. 828.

(13) Soc. 27 janvier 1999, *SA Vega Décoration*, n° 96-43.342, Bull. V n° 43.

(14) Soc. 25 février 1998, *Qaissi*, n° 95-4517, Bull. V n° 104.

(15) Rapport au Sénat 1998 n° 306 p. 120.

(16) J.E. Ray Liaisons Sociales mensuel avril 1998 qui souhaitait que "la volonté collective puisse le cas échéant remodeler le contrat individuel". Christophe Radé article précité "Le temps est aujourd'hui aux réajustements plus qu'aux nouvelles conquêtes".

(17) Applicable à compter du 30 juin 1993.

(18) Ce que n'admet pas la Cour de cassation : Soc. 6 mai 2009 n° 07-41261.

d'engagement unilatéral (19) la promesse d'un avantage, dans l'un et l'autre cas collectif (20), c'est-à-dire de distinguer pour leur donner une force obligatoire différente entre des actes unilatéraux qui seraient révocables et des engagements synallagmatiques qui mériteraient seuls la qualification de contractuels ?

Les avantages versés avec fixité, constance et généralité traduisent un processus et un ajustement continu du salaire avec la valeur marchande du travail.

La cause du paiement d'un élément de salaire n'est jamais extérieure au contrat, peu important que le paiement soit le fait d'une négociation non actée par un avenant, d'un rapport de force plus ou moins implicite ou de la simple reconnaissance de la valeur du travail fourni par le salarié.

La manifestation de volonté unilatérale s'adresse à celui qui est déjà le co-contractant et s'inscrit comme un prolongement des effets du contrat. L'ajustement du salaire en constitue une suite visant à son adaptation, peu important qu'il soit acté par écrit (21).

Il est donc inutile de porter son attention sur le formalisme de l'acceptation ; celle qui contractualise l'avantage se présume parce qu'elle est avantageuse comme se présume l'acceptation d'une offre *in favorem* (22). Elle est actée par la poursuite du contrat à des conditions salariales révisées à la hausse.

La seule question que pose l'engagement unilatéral n'est pas celui de sa force contraignante mais des limites de l'engagement quant à son objet. En l'absence d'écrit le juge déterminera ces limites par référence avec les circonstances objectives qui avaient présidé aux versements antérieurs (23).

Il faudra désormais y ajouter un paramètre de contrôle supplémentaire : que tous les salariés dans la même situation soient traités de manière identique (24).

A vrai dire tout le mal est venu de l'arrêt *Deschamps* : "*la dénonciation... d'un usage... est opposable à l'ensemble des salariés concernés qui ne peuvent*

prétendre à la poursuite du contrat aux conditions antérieures" (24 bis) dénonciation qui, pour être régulière doit, nous dit la jurisprudence, être précédée d'un préavis suffisant pour permette des négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement (25).

Pourtant il ne se déduit pas de la dénonciation de l'usage une modification de contrat.

Si l'usage disparaît en tant que norme collective, il n'en découle pas qu'il puisse disparaître dans les rapports individuels. Il faudrait admettre qu'il ne s'est pas incorporé au contrat de travail des salariés qui en ont bénéficié, contrairement aux dispositions d'une convention collective dénoncée ou mise en cause dont les dispositions subsistent en tant qu'avantages acquis dans les contrats individuels en l'absence d'accord de substitution.

L'usage a façonné les termes du contrat de travail et a trouvé sa contrepartie dans la vie de ce contrat.

Touchant à la substance du contrat, son niveau d'intangibilité doit se comparer à celui de la valeur de la prestation de travail que le salarié ne saurait réviser unilatéralement à la baisse. De même que la qualification du salarié s'apprécie toujours au regard des fonctions réellement exercées par lui et non en considération des seules mentions figurant sur le contrat de travail (26), le salaire contractuel est celui qui est perçu ou celui dont les paramètres de détermination sont en vigueur.

L'assimilation du salaire atteint au salaire contractuel, même si c'est par l'effet d'usages ou de dispositions conventionnelles, a été vigoureusement défendue en doctrine. Il a été démontré que "*le principe de la non-incorporation des usages et des conventions collectives dans le contrat de travail n'a jamais été un principe jurisprudentiel en matière de salaire dès lors que les dispositions régissant la rémunération avaient déjà reçu application*", Philippe Langlois ajoutant "*dès que le support collectif disparaît le contrat reste, l'employeur ne disposant alors plus que du pouvoir dont on connaît le caractère très restreint de modifier ce contrat*" (27).

(19) Terminologie notamment retenue pour désigner des avantages issus d'un accord atypique.

(20) Si la mesure s'adresse à un salarié déterminé il s'agira d'une décision obligatoire et irrévocable : Soc. 22 octobre 1997 n° 95-43906.

(21) L'usage est d'ailleurs considéré comme supplétif de la volonté des parties par la jurisprudence qui admet qu'il y est mis fin par une disposition conventionnelle ayant le même objet. : Soc. 25 janvier 1995 Bull. V n° 40 ; Soc. 19 décembre 1990 Bull. V n° 688.

(22) Ainsi l'offre faite par l'employeur "*d'un intérêt dans les profits de l'entreprise*" est acceptée par le silence du salarié qui n'a aucune raison de la refuser (Soc. 15 décembre 1970 JCP 71 IV 24), règle qui ne devrait pas être remise en cause lorsque la modification du contrat se limite à une simple augmentation de salaire sans que les autres termes du contrat soient affectés.

(23) Si l'engagement est à durée déterminé, tel qu'une garantie d'emploi jusqu'à un âge déterminé, il devient un élément du

contrat auquel il s'incorpore : Soc. 19 mars 1986, *Sté Financière Bayard*, Bull. n° 97.

(24) Soc. 30 avril 2009 en annexe p. 321.

(24 bis) Soc. 25 février 1988, Bull. V n° 139.

(25) Soc. 16 novembre 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 413 n. A. de Senga ; Soc. 5 janvier 2005, Dr. Ouv. 2005 p. 504 n. A. de Senga ; Soc. 5 octobre 1999, *Sté Filature de Cheniménil*, n° 97-45.733.

(26) Soc. 17 janvier 2006, n° 04-43228.

(27) Philippe Langlois "Le sort des avantages résultant d'un usage dénoncé" DS 1999 P.125. Voir dans le sens de la thèse de cet auteur Soc. 21 juin 1967 DS 1968 177, obs. J. Savatier, et aussi Soc. 25 juin 1997, *Hôtel Concorde*, Dr. Ouv. 1998 p. 448 ; aussi Gérard Couturier article précité : "*L'affirmation que la rémunération constitue un élément du contrat de travail doit donc être comprise en ce sens que toute modification significative du niveau de la rémunération fait apparaître une modification du contrat*".

Il faut préciser que la Chambre sociale était bien consciente avec la théorie de la dénonciabilité selon les sources de l'avantage salarial, d'introduire un facteur de déstabilisation du contrat dépassant la marge de flexibilité acceptable puisqu'elle ajoutait aussitôt un correctif dans le cas où *"la rémunération du salarié résultera exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral"*.

Mais quelle étrange hypothèse ! A-t-on déjà vu un salaire *"exclusivement"* déterminé par un usage ou un engagement unilatéral ?

Qu'en sera-t-il si le salaire n'est pas tout à fait exclusivement fondé sur de telles sources ? Il y a là, en fait, une formule un peu à l'emporte-pièce mais dont le nerf, l'idée d'un statu quo jusqu'à révision négociée ou arbitrage judiciaire, trouvera un prolongement utile dans la jurisprudence sur les clauses de rémunération variables et l'office du juge.

Il était en tout cas évident pour la Chambre sociale à l'occasion même de l'affaire *Courcelles*, que la faculté de dénonciation unilatérale trouvait rapidement ses limites.

Les commentateurs qui avaient salué la *"consécration de la nature contractuelle du salaire"* à l'occasion de l'arrêt *Systia Informatique* (28) ne devaient pas tarder à constater avec satisfaction que la jurisprudence n'était pas prête à renoncer à l'inspiration contractualiste qui revient au contraire en force depuis deux ans.

4. - C'est d'abord l'engagement unilatéral qui reste l'objet d'un contrôle rigoureux.

Après avoir énoncé que *"lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement peu important son caractère variable"* (29), une attention particulière sera portée sur la précision avec laquelle l'employeur avait pu fixer les limites de son engagement. *"Ne peut constituer une condition d'application d'un engagement unilatéral de l'employeur qu'une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite"*, ce qui n'était pas le cas de celle mentionnant que la prime ne serait due que si les résultats de l'entreprise étaient suffisants (30).

Qu'est-ce alors que dénoncer un engagement unilatéral à durée indéterminée si ce n'est engager une négociation sous le contrôle éventuel du juge, exactement comme dans l'hypothèse où le contrat se borne sans autre précision à prévoir une partie variable ou lorsque les critères d'application de celle-ci n'ont été définis que pour une durée déterminée (31).

C'est ensuite le principe même de la révocabilité de l'usage qui va être battu en brèche en vertu d'un principe plus fort qui pourrait s'exprimer ainsi *"à l'usage un usage devient un droit"*.

L'arrêt *Del Castillo* (32) est à cet égard remarquable : la salariée recevait une prime répondant aux critères de généralité, de fixité et de constance, c'est-à-dire à la définition de l'usage en vertu de quoi cette prime *"constituait un élément de salaire qui ne pouvait être supprimé sans son accord"*.

En d'autres termes c'est l'usage même qui avait produit la contractualisation.

L'arrêt *Chabrol* du 19 juin 2008 procède d'un raisonnement voisin : la salariée était en droit de conserver le bénéfice d'une prime d'astreinte bien que l'astreinte ait disparu parce qu'elle la percevait depuis neuf ans (33).

Le juge considère que la faculté pour l'employeur de modifier les conditions de travail ne doit pas affecter le niveau atteint par la rémunération dans les conditions d'exécution antérieurement en vigueur à moins sans doute que le contrat n'ait lui-même explicitement envisagé cette hypothèse et à condition que ce soit avec une clarté et une prévisibilité suffisantes pour le salarié (34).

C'est bien pourquoi la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique *"en tout lieu"* ne peut avoir pour conséquence indirecte de contraindre un salarié à accepter une nouvelle affectation qui aurait pour effet une répercussion défavorable sur le montant de la partie variable de la rémunération et ce, même si les paramètres de calcul de celle-ci, c'est-à-dire le mode de calcul, ne subit aucune modification, dès lors que l'assiette de calcul sera affectée par le moindre chiffre d'affaire du nouveau magasin (35).

(28) Emmanuel Dockès "Consécration de la nature contractuelle du salaire", RJS 1998 p. 168 à propos de Soc. 28 janvier 1988, *Systia Informatique*, RJS 98 n° 274 et Dr. Ouv. prec. note 7.

(29) Soc. 5 juin 1996 n° 92-43480 ; idem Soc. 28 octobre 1997 n° 95-41873.

(30) Soc. 27 juin 2000, Bull. V n° 246.

(31) Soc. 26 octobre 1999, *Reprotechnique c/ El Younsi*, Bull. V n° 405 ; Soc. 22 février 2000, *Duriez*, n° 909 ; Philippe Waquet "L'obligation de négocier dans le contrat de travail", *Liaisons Sociales* magazine, novembre 2004.

(32) Soc. 11 mars 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 488 et note Patrice Adam "Qui dit rémunération dit contrat (de travail) : une idée qui ne veut pas mourir".

(33) Soc. 11 mars 2008, Dr. Ouv. précité.

(34) Soc. 11 février 2009, *Compagnie de Formation*, n° 07-42962.

(35) Soc. 15 décembre 2004, *Histoire d'Or* 02-44..714, P+B, DS 2005 p.337 note Jean Mouly. L'article 6 du contrat disposait en outre que *"le salarié s'engage expressément à accepter la modification de ces paramètres (de calcul de l'intéressement) sans se prévaloir d'une modification substantielle de son contrat de travail"* clause qui pouvait être jugée potestative (voir sur le sujet Soc. 15 février 2006, Dr. Ouv. 2006 p. 485 n. F. Saramito et A. de Senga ; Soc. 2 juillet 2002 D 2003 Somm. 391 ; Soc. 16 octobre 2002 n° 2886 *Pion*) ; voir aussi Avis de Jacques Duplat, avocat général à la Cour de cassation : "La neutralité salariale de la clause de mobilité" *Semaine Sociale* Lamy 10 janvier 2005 n° 1197.

La solution serait la même en cas de modification importante des horaires de travail même en présence d'une clause contractuelle de variabilité dès lors que celle-ci aurait une incidence sur la rémunération (36).

Partant sans doute du constat que le salarié n'a pas la capacité de s'opposer à l'insertion de clauses contractuelles de mobilité ou de variabilité, la jurisprudence s'attache tout au moins à cantonner les effets de ces clauses à leur objet strict et à permettre au salarié d'en refuser la mise en œuvre lorsque celle-ci serait de nature à affecter l'économie des dispositions concernant la rémunération, d'où cette notion avancée par l'avocat général Duplat de "*neutralité salariale de la clause de mobilité*".

5. - Il reste à saluer l'arrêt rendu le 30 avril 2009 (37) qui intègre dans le champ du contrôle exercé par le juge sur le respect du principe d'égalité les primes et bonus lorsqu'ils sont qualifiés de discrétionnaires par l'employeur. Ces éléments de salaire susceptibles de constituer l'essentiel de la rémunération dans certains secteurs d'activité notamment bancaires sont encore soumis à l'arbitraire le plus absolu et leur versement est d'autant plus imprévisible, c'est d'ailleurs volontaire, qu'ils sont attribués au terme d'une période annuelle pour leur montant total.

Le contrôle du juge aurait pu s'exercer à partir d'une évaluation des paramètres d'attribution de la prime au titre des années antérieures, puis, partant de l'échec de la négociation entre les parties, imposer un arbitrage selon

les critères dégagés pour fixer un variable, à savoir des règles d'attribution préalablement définies et contrôlables.

L'approche retenue, sans doute était-ce le terrain choisi par le salarié, est celle du respect du principe d'égalité qui conduit la Chambre sociale à poser pour principe premier qu'aucun élément de rémunération ne peut être discrétionnaire de telle sorte que l'employeur est tenu de justifier par des éléments objectifs et pertinents les écarts constatés avec d'autres salariés.

Le principe d'égalité aboutit au même résultat que la caractérisation d'un engagement de l'employeur mais ici l'obligation naît de la simple comparaison de la situation objective d'un salarié avec celle d'un groupe témoin (38).

Il faut donc que l'avantage soit une pratique collective mais sa répétition importera peu.

Le principe d'égalité vient ici utilement compléter les règles dégagées par la jurisprudence sur l'office du juge en matière d'usage ou d'engagement unilatéral lorsqu'on ne peut se référer à des versements antérieurs ou lorsque ceux-ci cessent d'être une référence pertinente au regard des montants perçus par d'autres salariés placés dans une situation identique.

Un certain nombre d'établissements bancaires ont récemment réduit leurs effectifs et souvent supprimé purement et simplement le bonus de fin d'année des partants. Voilà un arrêt qui arrive à point.

Michel Henry

(36) Soc. 18 décembre 2001, SA Colirail, Bull. V n° 388.

(37) Soc. 30 avril 2009 n° 07-40.527 FS - PB en annexe page suivante.

(38) A rapprocher de l'exclusion d'une augmentation de salaire Soc. 6 mai 2009 n° 07-41261 ou de l'exclusion du bénéfice d'un treizième mois, Soc. 25 mars 2009 n° 08-41229.

Annexe

1° SALAIRE – Niveau – Appréciation (deux espèces) – Application d'une nouvelle CCN – Incidence – Rémunération ne pouvant être modifiée sans l'accord du salarié (première espèce) – Respect du principe "A travail égal, salaire égal" – Preuve – Pouvoir discrétionnaire de l'employeur (non) (deuxième espèce).
2° DROIT DISCIPLINAIRE – Procédure conventionnelle – Non-respect – Licenciement – Absence de cause réelle et sérieuse.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc. 11 mars 2009

UGECAM contre S. et a. (pourvoi n° 07-44.051)

Attendu que, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 juin 2007), M. S. a été engagé à compter du 18 août 2000 par l'Union pour la gestion des établissements des caisses d'assurance maladie d'Ile-de-France (UGECAM) en qualité de directeur du centre de rééducation et de réadaptation fonctionnelle ; qu'il a été agréé en cette qualité par décision du directeur régional des affaires sanitaires et sociales d'Ile-de-France le 21 février 2001 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour faire constater l'existence d'un harcèlement moral ; que par courrier du 13 janvier 2004, l'employeur lui a

proposé le poste de directeur administratif et financier du centre Coubert constitué du regroupement des trois établissements gérés par l'employeur et d'adjoint à son directeur ; que le salarié a rejeté cette proposition par lettre du 7 février 2004 et a été convoqué par lettre recommandée du 27 février 2004 à un entretien préalable à son éventuel licenciement qui a été prononcé pour faute grave notifié le 31 mars 2004 ; qu'après avoir renoncé à sa demande fondée sur le harcèlement moral, le salarié a contesté la cause réelle et sérieuse de son licenciement ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'UGECAM fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à verser à M. S. diverses sommes au titre de l'indemnité de préavis, des congés payés afférents, au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que des dommages et intérêts au syndicat CGT UGECAMIF, alors, selon le moyen, que l'application d'une nouvelle convention collective, à la suite d'un changement de statut du salarié, ne constitue pas une modification de son contrat de travail lorsque le maintien de sa situation antérieure lui est assuré ; qu'en énonçant, pour dire que la convention collective nationale du 25 juin 1968 des agents de direction et des agents comptables de Sécurité sociale et d'allocations familiales devait continuer à régir les rapports des parties même après la modification du statut de M. S., que l'application de la nouvelle convention collective du personnel des organismes de sécurité sociale du 10 février 1957 entraînait une modification de son contrat de travail, tout en relevant qu'elle lui avait attribué, pour la continuation des mêmes fonctions, une indemnité différentielle spécifique destinée à compenser la perte de rémunération entre le coefficient dont il bénéficiait et celui qui était désormais attribué, circonstance d'où il résultait que le maintien de sa situation antérieure lui était assuré même après son changement de statut, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a ainsi violé les articles L. 121-1 et L. 122-14-4 du Code du travail ;

Mais attendu que la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord ; que la Cour d'appel a constaté que l'application de la convention collective du personnel des organismes de sécurité sociale du 10 février 1957 entraînait une modification du contrat de travail du salarié auquel il était notamment fait application d'une nouvelle grille de salaire obligeant l'employeur à lui attribuer une indemnité différentielle spécifique ; qu'elle a dès lors exactement jugé, peu important le paiement de l'indemnité différentielle, que l'employeur ne pouvait unilatéralement imposer au salarié une modification de son contrat de travail et que seule la convention collective nationale du 25 juin 1968 des agents de direction et des agents comptables de Sécurité sociale et d'allocations familiales devait continuer à régir les rapports entre les parties, de sorte que le non-respect des formalités de son article 30 relatives à la saisine préalable du conseil d'administration et de la commission prévue à l'article R. 123-51 du Code de la Sécurité sociale rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'UGECAM fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à verser à M. S. ces sommes, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'un employeur est une personne morale, le délai de deux mois ne court qu'à compter du jour où la personne détenant un pouvoir disciplinaire à l'égard du salarié a eu une connaissance exacte et complète de la réalité

et de l'ampleur des faits reprochés ; qu'en se bornant, pour dire que la procédure de licenciement mise en œuvre le 27 février 2004 était prescrite, à retenir que son directeur général connaissait les faits susceptibles d'être reprochés à M. S. dès le 22 décembre 2003, date à laquelle il avait convoqué ce dernier pour obtenir des explications sur les termes de son courrier en date du 12 décembre 2003, sans rechercher, comme il le lui était demandé, s'il n'avait pas eu seulement connaissance de la nature et de l'ampleur des faits reprochés à M. S. au jour où il avait reçu son courrier, par télécopie, soit le 15 janvier 2004, et non au jour de l'entretien au cours duquel, d'ailleurs, ignorant les termes exacts et complets de ce courrier, il s'était engagé à lui proposer un poste de direction du centre Coubert, circonstance d'où il résultait que les poursuites disciplinaires engagées le 27 février 2004 par la convocation à l'entretien préalable l'avaient été dans le délai de deux mois prévu à l'article L. 122-44 du Code du travail, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cet article ;

2°/ que le juge est tenu de rechercher si le motif de la modification du contrat de travail constitue ou non une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'en se bornant, pour dire que le licenciement de M. S. était sans cause réelle et sérieuse, à retenir que ce dernier était en droit de refuser la proposition d'affectation à un poste de directeur administratif et financier qui, intervenue lors d'une restructuration, modifiait son contrat de travail en ce qu'elle lui avait fait perdre ses pouvoirs de direction, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, à la suite de la restructuration de ses trois centres en un centre unique, le centre Coubert, cette proposition d'affectation n'avait pas été rendue nécessaire par la suppression de son poste de direction d'établissement du centre de rééducation et de réadaptation fonctionnelle, ce qui était donc de nature à justifier la modification qu'elle proposait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-1, L. 122-12 et L. 122-14-3 du Code du travail ;

Mais attendu que la Cour d'appel a justifié légalement sa décision en retenant que la procédure conventionnelle de saisine obligatoire de l'organisme paritaire disciplinaire prévue à l'article 30 de la convention collective des agents de direction et des agents comptables de Sécurité sociale et d'allocations familiales, qui devait continuer à régir les rapports entre les parties, n'avait pas été respectée, pour en déduire que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Et attendu que les autres motifs de l'arrêt auxquels s'attaque le moyen sont surabondants ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Texier, f.f. prés. - M. Rovinsky, rapp. - M. Aldigé, av. gén. - SCP Bachellier et Potier de La Varde, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, av.)

Deuxième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 30 avril 2009
P. contre société Nobel (pourvoi n° 07-40.527)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé le 1^{er} octobre 1993 en qualité d'analyste financier, par la société Nobel, M. P. a été licencié pour insuffisance professionnelle par lettre recommandée du 16 avril 2002 ; qu'estimant être moins bien rémunéré que plusieurs salariés travaillant dans la même

société, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en paiement de rappels de salaire et de prime, de congés payés afférents, de complément d'indemnités de préavis et de licenciement, de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le pourvoi principal de M. P. : Sur
le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de l'avoir débouté de sa demande en paiement d'un rappel de salaire fondée sur la disparité de rémunération existant entre lui et plusieurs de ses collègues de travail, outre les congés payés afférents et l'incidence sur l'indemnité compensatrice de préavis et les congés payés, alors, selon le moyen :

1° / que les augmentations individuelles doivent correspondre à des critères objectifs et vérifiables ; que M. P. avait rappelé que sa rémunération globale en 1999 (1 100 000 F), comparable à celle de MM. de V. et N. (1 220 000 F en 2000 et 600 000 F en 2001) tandis que celle de MM. de V. et N. augmentait (respectivement 1 520 000 F et 1 530 000 F en 2000, 1 630 000 F et 1 530 000 F en 2001), et avait soutenu que rien ne justifiait *"le blocage de salaire au cours de la période considérée de 1999 à 2002"* ; que la Cour d'appel n'a ni recherché ni caractérisé quel élément objectif justifiait, sur cette période, cette différence d'évolution, la participation de MM. N. et de V. au comité Nobel n'étant pas susceptible de l'expliquer objectivement puisqu'elle était déjà effective *"depuis plusieurs années ainsi que cela ressort de compte-rendus de réunions pour les années 1999, 2000 et 2001"* (manque de base légale au regard des articles L. 140-1 et L. 122-45 du Code du travail et du principe *"A travail égal, salaire égal"*) ;

2° / que lorsque le salarié qui se prétend victime d'une discrimination soumet au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement, il incombe à l'employeur de justifier la différence de traitement par des éléments objectifs ; qu'après avoir constaté, par motifs adoptés, que M. P. comparait sa situation avec celle de M. V., *"également analyste financier"*, ayant *"une ancienneté moindre"*, et dont la *"situation a évolué rapidement alors que celle de M. P. a stagné au cours des années 2001 et 2002"*, les juges du fond ne pouvait émaner (?) que *"le principe "A travail égal, salaire égal" n'exige pas une égalité stricte qui priverait l'employeur de toute marge d'appréciation individuelle"*, sans examiner si la société Nobel justifiait cette différence de situation par des éléments objectifs (violation des articles L. 140-1 et L. 122-45 du Code du travail et du principe *"A travail égal, salaire égal"*) ;

Mais attendu qu'appréciant les éléments objectifs de nature à justifier la différence de rémunération, s'agissant du montant du salaire brut annuel des salariés avec lesquels M. P. se comparait, la Cour d'appel a retenu que les

responsabilités de MM. N. et de V., étaient plus importantes que celles exercées par M. P., et que, s'agissant de la situation de M. V., aucun élément précis n'avait été produit ; qu'elle a pu en déduire que le principe *"A travail égal, salaire égal"* n'était pas méconnu ;

Mais sur le second moyen :

Vu le principe *"A travail égal, salaire égal"* ;

Attendu qu'il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, est justifiée par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un rappel de salaire au titre de la prime annuelle variable et de ses incidences sur les congés payés et l'indemnité compensatrice de préavis, la cour d'appel a retenu, par motifs propres et adoptés, que le caractère discrétionnaire de la prime ou bonus étant effectif, il est vain de chercher à appliquer le principe *"A travail égal, salaire égal"* ; que M. P. ne présente aucun élément de fait laissant supposer une discrimination salariale à son endroit eu égard aux situations différentes des salariés concernés, en particulier MM. N. et de V. et qu'il n'allègue ni ne démontre que l'employeur ait assorti son versement de conditions précises et vérifiables, notamment quant à des résultats de la société Nobel ou de l'intéressé, en l'absence de dispositions contractuelles ou de preuve de l'existence d'un engagement unilatéral ou d'un usage en ce sens ; qu'il s'ensuit que la prime litigieuse avait le caractère d'une gratification laissée en conséquence à la libre appréciation de l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération, la cour d'appel a violé le principe susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande en paiement d'un rappel de prime, de complément d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents, l'arrêt rendu le 12 décembre 2006, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 Versailles.

(Mme Collomp, prés. - M. Marzi, cons. rapp. - M. Allix, av. gén. - M^e Blanc, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)