

Les transformations de l'ordre public salarial

Michèle Bonnechère
professeur à l'université d'Evry, Val d'Essonne

La théorie juridique du salaire s'est construite sur la définition du salaire et de ses sources, et elle a connu une évolution profonde depuis la révolution industrielle. Dans l'analyse classique, le salaire est le prix du travail fourni, son montant se déterminant par le jeu de la loi de l'offre et de la demande. Cette vision patrimoniale détache le travail de la personne et le conçoit comme la cause juridique du salaire; le salaire est la contrepartie du travail fourni. En même temps le salaire est censé résulter de la «libre discussion» des parties, les tribunaux n'admettant pas que la violence morale ou la lésion puissent vicier le contrat de travail, et l'Etat devant s'abstenir de la moindre médiation ¹.

Progressivement furent admises à l'époque contemporaine la transposition de la discussion des salaires au plan collectif et l'intervention de l'Etat. Les décrets Millerand du 10 août 1899 applicables aux marchés de l'Etat prévoyaient l'insertion dans les cahiers des charges d'une clause assurant aux salariés des «salaires normaux». La loi du 26 juin 1936 a confié aux conventions collectives le soin d'établir un salaire minimum par catégorie et par région. Mais le blocage des prix et des salaires au 1er septembre 1939 conduisit à des arrêtés ministériels homologuant les salaires fixés par les principales conventions collectives et la fixation autoritaire des salaires se poursuivit avec la loi du 23 décembre 1946, qui excluait des conventions collectives toute clause relative aux salaires et permettait l'adoption d'arrêtés de salaire (les «arrêtés Parodi») fixant par branches d'industrie les taux de salaires pour chaque catégorie professionnelle.

La loi du 11 février 1950, a rétabli la négociation des salaires. Les conventions collectives susceptibles d'extension doivent prévoir les procédures et la périodicité de révision des salaires minima, la loi du 13 novembre 1982 ayant rendu obligatoire une négociation annuelle sur ce point dans chaque branche. La même loi a formulé une obligation annuelle de négocier au niveau de l'entreprise sur les salaires «effectifs».

La libre négociation des salaires est dans notre système juridique un principe fondamental du droit du travail ², que seul le législateur peut limiter. Ce qu'ont fait la loi du 11 février 1950 en instituant un salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG) puis la loi du 2 janvier 1970 relative au salaire minimum de croissance (SMIC). Alors que le SMIG, fondé sur l'idée de minimum vital, était fixé d'après un budget type, le SMIC est censé assurer «aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la nation» (article L.141-2 du code du travail), d'où son

¹ Lorsque le préfet de Lyon Bouvier-Dumolard réunit le 21 octobre 1831 une commission paritaire composée de 22 canuts et de 22 fabricants, le «tarif» (taux de salaire) qui fut concédé fut qualifié d'illégal et Casimir Perrier expliqua à la Chambre des députés que le prix du travail «doit toujours être le résultat d'un accord entièrement volontaire entre le fabricant et l'ouvrier».

² Conseil Constitutionnel 11 juin 1963, puis 21 juillet 1970.

indexation sur l'un des indices des prix à la consommation publiés par l'INSEE et sa révision annuelle au 1er juillet.

En voulant assurer une garantie de pouvoir d'achat, la loi sur le SMIC affirme un droit du travailleur en tant que personne, et rompt avec l'analyse classique. La doctrine contemporaine souligne d'ailleurs le lien étroit entre droit au travail, dignité du travailleur, et droit à une rémunération minimale. Et l'idée ancienne d'une juste rémunération, se trouve inscrite dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³ comme dans la Charte sociale du Conseil de l'Europe⁴ et de la Communauté Européenne⁵. Dans le prolongement de cette approche le droit social s'efforce d'assurer un revenu de remplacement au travailleur qui se trouve dans l'impossibilité de travailler en raison de la maladie, d'une invalidité, du chômage, ou qui est en congé (congé-payé, congé-formation): d'où le concept de «salaire d'inactivité». Deux conceptions s'opposent: le salaire «rémunération de l'emploi» n'est plus le salaire «prix du travail»⁶.

L'élargissement de la notion de salaire, qui n'est plus seulement la contrepartie du travail fourni, mais aussi attaché à un emploi, ne diminue pas l'importance du contrat de travail, dont le salaire est un élément substantiel. La question des sources du salaire apparaît première: quelle part revient au contrat individuel, à la convention collective, voire à l'usage, aux engagements pris unilatéralement par l'employeur? A cette question est intimement liée celle de la réversibilité des avantages salariaux (I).

Une autre question fondamentale est celle du rôle du droit du travail. Les systèmes de rémunération des entreprises trouvent dans le droit du travail des instruments adéquats permettant le jeu de techniques de différenciation des salaires («individualisation», intéressement aux résultats...), mais ils doivent d'autre part se conformer aux exigences de l'ordre public (II), au premier rang desquelles le respect du principe d'égalité. Celui-ci doit assurer un salaire égal aux salariés de trouvant dans une situation identique, et éviter l'exploitation des personnes titulaires de contrats précaires. Il n'est nullement un facteur de rigidité, mais il conduit à des critères objectifs de différenciation, et à un encadrement des contrats précaires.

Le droit du travail impose par ailleurs des références au temps de travail et à la charge de travail pour la fixation du salaire qui demeure avant tout la rémunération de la force de travail, et il fait obligation à l'employeur de passer par des phases de consultation et de négociation collective.

Quant à l'expression «modes de rémunération», elle ne relève pas d'une définition unique en droit du travail. En suivant la signification que lui donne la jurisprudence on l'interprétera dans la présente étude comme renvoyant aux modalités de détermination du montant du salaire. Il s'agit donc moins d'établir une typologie⁷ (salaire au temps, au rendement, variant avec le chiffre d'affaires, épargne salariale, protection sociale complémentaire) que de comprendre comment le droit régit le choix et l'agencement des paramètres servant au calcul de la rémunération, et leur modification éventuelle.

³ Pacte ONU du 16 décembre 1966, art.7.

⁴ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, article 4.

⁵ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 9 décembre 1989, art.5#2:«...il convient...que, selon des modalités propres à chaque pays, soit assurée aux travailleurs une rémunération équitable, c'est à dire une rémunération suffisante pour leur permettre d'avoir un niveau de vie décent...»

⁶ V.G.Couturier, Droit du travail, tome 1. PUF, 3^e ed.

⁷ V.toutefois une typologie de l'épargne salariale en annexe 2.

LSOURCE DU SALAIRE ET REVERSIBILITE DES AVANTAGES SALARIAUX.

Comment le droit encadre-t-il les variations des salaires? Dans quelles conditions le montant ou la structure du salaire peuvent-ils être modifiés? Quels sont les facteurs de rigidité ou de souplesse? L'on n'examinera ici que la fixation, la modification ou la remise en cause des avantages salariaux pour l'ensemble des salariés qui en bénéficient, les problèmes juridiques posés par les mesures de différenciation individuelles étant examinées dans le II.

La jurisprudence fait dépendre les solutions applicables de la source de l'avantage salarial en cause. S'il s'agit du contrat de travail, la suppression ou la réduction d'un élément du salaire ne peut, par application du droit commun des contrats, intervenir sans le consentement du salarié (qui prend néanmoins le risque d'être licencié). Si la source de l'avantage réside dans le statut collectif, notamment dans un accord collectif ou un usage, le salarié ne pourra s'opposer à sa remise en cause par révision de l'accord ou dénonciation de l'usage. La question se pose de savoir toutefois si une telle opposition est satisfaisante, sachant qu'un changement affectant un avantage salarial a nécessairement une incidence sur l'équilibre du contrat de travail ⁸.

A. Primauté du contrat de travail.

En énonçant que le mode de rémunération, comme son montant, sont des éléments du contrat de travail, la jurisprudence offre évidemment au salarié une garantie de principe contre les modifications de cette rémunération. Reste à en apprécier la portée.

1. Le régime juridique de la modification du contrat de travail. ⁹

Le contrat de travail, du moins le code du travail l'affirme-t-il (art.L.121-1), est soumis au droit commun, donc au principe de la force obligatoire du contrat. Il est pourtant structurellement inégalitaire puisque caractérisé par l'existence d'un lien de subordination juridique allant de pair avec le pouvoir de direction de l'employeur. Toute l'évolution du droit du travail tend à rétablir un équilibre dans le contrat, et à promouvoir le salarié comme sujet, partie au contrat.

Depuis quelque années la Cour de cassation a redéfini le régime juridique de la modification du contrat de travail: le salarié peut s'opposer à la modification de son contrat, l'employeur ayant comme seule option de poursuivre le contrat aux conditions antérieures ou de procéder à un licenciement (dont la cause ne devra pas être le refus du salarié). Mais ces solutions ne valent que si l'on est en présence d'une modification du contrat de travail et non d'un (simple) changement dans les conditions de travail, que la Cour de cassation rattache au pouvoir de direction de l'employeur.

Pour savoir si le contrat est modifié, seul l'objet de la modification (et non son importance, son intensité) doit être examiné: s'agit-il d'un élément du contrat? Il en va ainsi pour les fonctions et responsabilités du salarié, pour le lieu de travail (sauf clause de mobilité) ou la durée du travail. Certains réajustements semblent il est vrai s'opérer en jurisprudence: l'accord du salarié n'est pas nécessaire s'il est déplacé à l'intérieur d'un secteur géographique ¹⁰, et le simple changement d'horaire n'est pas assimilé à une modification de la durée du travail (si celle-ci demeure identique) ¹¹. Pourtant cet assouplissement ne semble pas de mise s'agissant de la rémunération, qui apparaît comme un pilier du contrat de travail.

⁸ ce que souligne depuis longtemps la doctrine: v.G.Couturier, traité précité n°306; et "la rémunération, éléments du contrat de travail", Dr.soc.1998.523.

⁹ Sur la nécessité de l'accord du salarié, v.infra.

¹⁰ Soc.21 mars 2000, D.2000.IR.114

¹¹ Soc.22 févr.2000.RJS 2000, n°374. Soc.16 mai 2000.

2. La rémunération se rattache à la structure du contrat.

Théoriquement, des clauses salariales plus favorables au salarié que les accords collectifs peuvent être incluses dans le contrat de travail (article L.135-2 C.trav.) La réalité de ce type de négociation fait toutefois problème dans la pratique: le contrat de travail s'apparente souvent à un contrat d'adhésion. Savoir si le salaire résulte du contrat est cependant essentiel lorsque l'employeur décide de le modifier.

La nature contractuelle du salaire semblait bien avoir été consacrée par la Cour de cassation dans ses arrêts SA Systia informatique¹² et Herzberg¹³ de 1998, le premier affirmant que le mode de rémunération est un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié, le second énonçant la même règle pour la rémunération elle-même. Ceci est vrai même en cas de modification minimale¹⁴. La jurisprudence a renforcé d'ailleurs la rigidité du lien contractuel : l'instauration d'un quota maximum de ventes non prévu au contrat et «*de nature à*» avoir une incidence sur la rémunération du salarié constitue une modification du contrat nécessitant l'accord du salarié¹⁵. Le passage d'un mode de rémunération variable à un mode fixe¹⁶ (ou inversement) constitue évidemment une modification du contrat.

Cette nature contractuelle de la rémunération ne se limite pas au «salaire de base», l'analyse étant la même pour les «accessoires du salaire» (primes et avantages) et autres éléments rattachables au contrat¹⁷. Un arrêt récent réaffirme que le mode de rémunération est un élément du contrat de travail, «*peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux*» à propos de la modification unilatérale d'un plan de rémunération («pay-plan») variable dont bénéficiait un attaché commercial: d'où la censure d'un arrêt de cour d'appel n'ayant pas conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement consécutif au refus du salarié¹⁸.

Un problème d'interprétation naît toutefois de l'expression «rémunération contractuelle» employée par la Cour de cassation¹⁹: le mode de rémunération constitue-t-il *nécessairement* un élément du contrat de travail, ou seulement en présence de clauses expresses du contrat sur le salaire, individualisant la rémunération^{19 bis}? L'on ne peut que souhaiter une clarification jurisprudentielle allant dans le premier sens, car le salaire est par nature un élément essentiel du contrat de travail, dont il détermine l'équilibre (peu importe à cet égard qu'on le considère comme le prix du travail ou la rémunération de l'emploi).

¹² Soc.28 janv.1998, Systia informatique, Dr.soc.1998.528 et le commentaire de G.Couturier,p.523 (application d'un nouveau barème de commissionnement à un ingénieur commercial).

¹³ Soc.3 mars 1998, A.Hertzberg, Dr.soc.1998.529 (chef d'usine ayant changé de poste, dont le salaire avait été sensiblement réduit). Plus récemment, Soc.3 juill.2001, Pierre, dr.soc.2001.1006, obs.C.radé (modification du taux horaire du salaire d'un chauffeur routier).

¹⁴ Soc.19 mai 1998,Bull.V.n°265. V.aussi Soc.16 déc.1998, CSBP 1999,n°105 s.401.

¹⁵ Soc.18 juill.2000, M.F.Ramond, Dr.soc.2000, obs.C.Radé (VRP refusant l'instauration d'un quota maximum ayant des incidences sur sa rémunération; une clause du contrat prévoyait des quotas saisonniers, l'intention des parties ayant été vraisemblablement de fixer des minima).

¹⁶ Soc.12 janv.1999, CSBP 1999, n°109,A 23, note F.J.Pansier.

¹⁷ Mais selon Soc.16 déc.1998 (RJS.1999.374), le salarié ne peut opposer son veto à la modification d'une indemnité de grand déplacement, remboursement de frais qui n'est pas dû lorsque l'intéressé n'a plus à effectuer de déplacement.

¹⁸ Lecoœur c.SA Canon France; Liais.Sociales jurisp.du 20 juill.2000. V.déjà Soc.28 janv.1998 et 3 mars 1998 précités.

¹⁹ Par exemple Soc.19 mai 1998, Bull.n°265; Soc.30 mai 2000 précité (les deux arrêts parlent du "mode de rémunération contractuelle"). Egalement Soc.3 juill.2001, précité note 13.

^{19bis} Par exemple en la fixant à un montant supérieur au minimum conventionnel ou en usage dans la profession ou l'entreprise (en ce sens, C.Radé, chronique Dr.soc.2000, p.828

3. Rémunération et réduction de la durée du travail.

«La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail» selon l'article L.212-3 du code du travail, introduit par la loi Aubry II. «La seule»: si la diminution du nombre d'heures s'accompagne en outre de celle de la rémunération, le salarié peut s'opposer à ce qui constitue une modification de sa rémunération. La primauté, voulue par la loi, de l'accord collectif sur le contrat, ne vaut que pour la réduction des heures de travail. (20) Cette interprétation n'est guère discutable en présence du texte (21). Une certaine ambiguïté de la loi du 19 janvier 2000, qui laisse aux négociateurs le soin de décider dans les accords des conséquences de la réduction du temps de travail sur la rémunération et prévoit un complément différentiel pour les salariés payés au SMIC (22) est cependant à souligner. Statuant sur des faits ne relevant pas de la loi Aubry II, mais tenant compte du contexte, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé que le salarié peut s'opposer à ce que sa rémunération «contractuelle» soit abaissée par l'employeur unilatéralement comme conséquence d'une réduction de la durée hebdomadaire du travail réalisée par accord collectif (22bis).

Un débat surgit d'autre part lorsque la réduction de la rémunération n'est pas consécutive à la mise en oeuvre d'un accord collectif, mais correspond à une répercussion de la réduction de la durée légale, décidée unilatéralement par l'employeur. Un auteur (23) estime que seules des clauses du contrat de travail garantissant une durée du travail ou une certaine rémunération indépendamment de la durée du travail autorisent le salarié à se prévaloir des règles applicables à la modification du contrat. L'on ne saurait le suivre, face à la fermeté de la jurisprudence en la matière (v. supra): la rémunération est un élément du contrat de travail dont la modification nécessite l'accord du salarié, y compris lorsque la loi intervient pour réduire la durée du travail (24).

Cependant d'autres sources, constitutives d'un certain «statut» du salarié sont en constant développement, et comportent des clauses salariales: «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» (25)

La modification des avantages salariaux passe alors par d'autres mécanismes.

B. Le mode de rémunération, élément obligatoire du dialogue social.

Les sources du droit en la matière sont souvent «atypiques». A côté du rôle de l'usage (pratique répétée, tenue pour obligatoire (26)), la recommandation d'une organisation patronale

(20) La solution vaut pour les travailleurs à temps partiel, dont le contrat, très réglementé, est par hypothèse précis sur les heures de travail.

(21) En ce sens: JE.Ray, "Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail", éd.laisons, 2000; M.A.Moreau, "le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail", RJS 4/OO, p.247s.

(22) Bien que sur le plan des principes, l'existence de cette mesure légale de maintien du niveau de la rémunération n'enlève rien à la possibilité pour le salarié de refuser la modification de son contrat.

(22bis) Soc.27 mars 2001, Dr.soc.2001.667, obs.C.Radé.

(23) Ph.Langlois, "la réduction du temps de travail et la rémunération", Dr.soc.1998.784.

(24) M.A.Moreau, loc.cit.p.255; G.Couturier, "La rémunération, élément du contrat de travail", Dr.soc.1998.529.

(25) Soc.20 oct.1998.Dr.soc.1999.128.

(26) L'usage ne vaut que s'il est plus favorable que la loi et tant qu'un accord collectif n'y met pas fin (Soc.25 janv.1995.D.1995.593,n.P.Pochet; B.Boubli, SSL n°202. Il peut être dénoncé.

produit un effet obligatoire (27), de même que l'engagement unilatéral de l'employeur (28).

Le souci de placer la question des modes de rémunération au coeur du dialogue entre les représentants de salariés et le patronat caractérise l'orientation du droit positif. La loi organise la négociation collective des salaires et l'intervention du comité d'entreprise, et la jurisprudence tend à renforcer ce dialogue social.

1. La négociation des salaires: généralités.

La négociation collective des salaires est le mode principal de leur fixation .D'une part les conventions collectives doivent fixer le salaire minimum professionnel du salarié sans qualification (indice 100) et les coefficients hiérarchiques afférents aux diverses qualifications professionnelles , une négociation annuelle de ces minima étant rendue obligatoire par la loi (art.L.132-12).La convention collective détermine le salaire minimum conventionnel correspondant à chaque emploi, en précisant souvent quelles sommes perçues par le salarié pour son travail sont à prendre en compte pour vérifier le respect de ce minimum. (29)

D'autre part une obligation légale de négocier chaque année les salaires effectifs existe au niveau de l'entreprise (art.L.132-27).Le salaire effectif est «le salaire réel applicable à la collectivité de salariés en tant qu'organisation productive» (30). Mais les contrats individuels de travail pouvant prévoir des taux de salaire supérieurs, la négociation annuelle d'entreprise s'apparente encore à une négociation sur le salaire minimum dans l'entreprise (31).

Bien que le SMIC exerce une influence sur l'évolution générale des salaires, l'effet proprement juridique de son augmentation se limite aux salaires bruts inférieurs au taux fixé, sans qu'il en résulte en droit une hausse généralisée de l'éventail hiérarchique.

L'enchaînement des normes conventionnelles s'opère en principe dans le sens du plus favorable aux salariés: les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent comporter des clauses plus favorables que celles des conventions de branche (art.L.132-23).

Toutefois cette règle ne conduit pas nécessairement à l'augmentation des avantages salariaux, car il a été jugé qu'un accord collectif diminuant le montant d'une prime en contrepartie d'un engagement patronal de maintien de l'emploi était plus favorable à l'ensemble des salariés de l'entreprise concernée (32) .De plus la loi du 13 novembre 1982 prévoit qu'un accord d'entreprise ou d'établissement peut contenir des clauses salariales défavorables à une ou plusieurs catégories de salariés (art.L.132-24). Elle autorise en effet ces accords à stipuler des

(27) Selon deux arrêts du 29 juin 1999 (Dr.soc.1999,795, concl.J.Duplat), constitue une recommandation patronale la décision unilatérale d'un groupement ou d'un syndicat d'employeurs, qui s'impose à ses adhérents. Cette recommandation produit un effet normatif puisque les salariés peuvent en réclamer le respect (en l'occurrence déclaration de deux organisations de transporteurs routiers, à la suite d'une grève, après l'échec des négociations, recommandant le versement d'une prime aux conducteurs, avec l'indication du montant et des modalités de versement.

(28) Un tel engagement unilatéral peut porter sur un élément du salaire (une prime) par exemple. Il peut résulter d'une déclaration du cehf d'entreprise devant le comité d'entreprise, d'une note-circulaire de la direction etc.

(29) A défaut, le juge se prononce; v.J.Savatier, "Les minima de salaires", Dr.soc.1997.525

(30) M.L.Morin, "Le droit des salariés à la négociation collective", LGDJ 1994,p.465. Le salaire effectif inclut les primes et avantages conventionnels ou résultant des usages, mais pas les décisions individuelles. V.aussi M.A.Rotschild Souriac, "Les accords collectifs au niveau de l'entreprise", th!se Paris, 1986.

(31) En ce sens: J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeamnaud, Droit du travail, dalloz, 19ème éd.n;1015. Se reporter aussi infra, 2j.

(32) soc.19 févr.1997.Dr.soc.1997.432, obs.G.Couturier.

modalités particulières d'application des majorations de salaires prévues dans la convention de branche ou l'accord professionnel, du moment que les salaires minima hiérarchiques, et l'augmentation de la masse salariale totale correspondent aux stipulations de la convention de branche. Ceci permet une négociation différenciée, une augmentation de salaires inférieure à celle de la convention de branche pouvant être prévue pour certains salariés (les mieux placés dans la hiérarchie?)

L'on rappellera brièvement une règle essentielle du droit du travail: la convention collective régit, en tant que norme juridique, tous les contrats de travail conclus par l'employeur tenu de l'appliquer. Elle produit sur le contrat de travail un effet impératif et automatique: les clauses salariales de la convention collective ou de l'accord collectif se substituent à celles du contrat. Mais le salaire conventionnel ne s'impose que comme minimum, l'article L.135-2 du code réservant les clauses plus favorables du contrat., et empêchant en particulier qu'un accord collectif (33) réduisant le salaire ne soit opposable au salarié qui se prévaut de son contrat. Le contrat de travail résiste donc aux clauses moins favorables des accords collectifs.

2.La modification du mode de rémunération d'une catégorie de salariés est soumise à des exigences de consultation et de négociation.

La Cour de cassation a eu l'occasion de souligner récemment que l'instauration d'un nouveau mode de rémunération relève du comité d'entreprise, qui doit être consulté avant sa mise en place, et doit être incluse dans la négociation annuelle sur les salaires effectifs (34). En l'espèce, une société d'assurance avait mis sur le marché un nouveau «produit financier» sans en avoir discuté au préalable avec le comité d'entreprise ni avec les syndicats de l'entreprise. Le comité et cinq syndicats, considérant qu'une baisse de rémunération allait en résulter pour les agents chargés de le commercialiser, avait demandé en justice l'annulation de la mesure de commercialisation. Les juges ont fait une stricte application de l'article L.432-3 du code du travail, imposant la consultation du comité d'entreprise sur les problèmes généraux des conditions de travail résultant notamment des «modes de rémunération». Ils ont également inclus dans le champ de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs ce nouveau mode de rémunération. Dans les deux cas, la Cour de cassation écarte un argument soutenant que les modifications apportées n'étaient pas défavorables: le fait de toucher au mode de rémunération justifie à lui seul le caractère obligatoire de la consultation et de la négociation. Sur ce point le parallélisme avec le raisonnement suivi dans le cadre du contrat de travail est frappant, et met en évidence le souci des juges d'encadrer les modifications du mode de rémunération.

3.Modification des clauses salariales des conventions et accords collectifs.

L'intangibilité du salaire «contractuel» fait obstacle à une modification de sa structure ou de son montant résultant du changement de la convention collective applicable à l'entreprise (35):

(33)G.Borenfreund, "La résistance du salarié à l'accord collectif, l'exemple des accords dérogatoires" Dr.soc.1990.626.

(34) Soc.28 nov.2000, UAP. dr.soc.2001,212, obs.C.Radé; RPDS 2001.397,obs.M.Cohen. A défaut, le juge peut suspendre la mise à exécution de la décision patronale.

(35)Soc.27 janv.1999, Liai.soc.8 mars 1999; Dr.soc.1999.308, obs.C.Radé. L'employeur en raison de l'évolution de son activité, ne relevait plus de la même convention collective, et avait, à l'occasion de ce changement, remodelé la rémunération d'un salarié :tout en gardant le montant antérieur, il avait réduit le salaire de base afin de faire apparaître une prime d'ancienneté prévue par la nouvelle convention collective. selon l'arrêt, le salaire contractuel ne peut être modifié, et la prime d'ancienneté doit s'y ajouter.

c'est la face protectrice du principe de non incorporation au contrat de travail de la convention collective (36). Mais l'accord collectif peut lui même être source d'avantages salariaux(37).

a).Lorsque la structure de la rémunération résulte de la convention collective ou d'un accord d'entreprise, elle peut être modifiée sans l'accord du salarié: contradictions jurisprudentielles.

L'on savait déjà qu'une modification apportée par un accord collectif aux classifications est opposable au salarié, alors qu'elle entraîne des conséquences directes sur la rémunération (38) L'affaire dite de la prime uniforme annuelle d'Air France est venue fixer «les limites du tout contractuel» (39) , sans pourtant clarifier les règles. Le problème résultait de la fusion-absorption d'Air France par UTA, la création de la «Compagnie nationale Air France» en étant résulté. Plusieurs salariés de l'ancienne société UTA avaient soutenu devant les tribunaux que la modification de la structure de leur rémunération (versement en une seule fois d'une prime de quatorzième mois antérieurement ajoutée chaque mois au salaire de base) ne pouvait pas leur être imposée. Le Conseil de prud'hommes de Bobigny, approuvé par la Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation, leur a donné tort. L'arrêt du 27 juin 2000 s'appuie sur la constatation que la structure de la rémunération résultait d'accords d'entreprise applicables dans la société UTA, puis d'un accord salarial de substitution (40) ce dont il résultait l'absence de modification des contrats de travail.

La portée de cet arrêt reste à discuter. Faut-il y voir la consécration de la thèse d'après laquelle lorsque la formation du contrat de travail se traduit par une simple réception des dispositions salariales du statut collectif, celles ci ne sont pas de nature contractuelle et peuvent être modifiées sans l'accord des salariés? Les conséquences à en tirer sont sans doute plus limitées. L'on notera que le salaire annuel avait été maintenu (dans son montant) conformément aux engagements de l'employeur, ce qui réduisait la modification à la composition mensuelle , le mode de détermination du montant du salaire annuel n'étant pas modifié.

Un certain équilibre de la relation contractuelle est forcément remis en cause non seulement si le montant du salaire est réduit, mais aussi lorsque le mode de détermination de ce montant est changé, même par un accord collectif. C'est bien ainsi qu'a jugé la Cour de cassation à propos du passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe, le système de rémunération du personnel d'un grand hôtel ayant été changé par accord collectif (41). L'on se trouve donc en présence d'une jurisprudence incertaine , hésitant à séparer nettement le contrat et le statut collectif en matière salariale.

(36) Sur ce principe, v.notamment M.L.Morin, op.cit.,618s.;Ph.Waquet,"contrat de travail et statut collectif", RJS 6/94,p.399; G.Borenfreund,"l'articulation du contrat de travail et des normes collectives", colloque de l'Institut du travail de Lyon et de l'Association française de droit du travail des 23-24 mai 1997, D.O.1997.514

(37) De même que l'usage, la recommandation patronale, l'engagement unilatéral évoqués supra.

(38) Soc.16 nov.1993.RJS.1994.n°3.

(39) C.Radé,"Les limites du "tout contractuel" (Soc.27 juin 2000, Crochard et autres c.Société Air France) Dr.soc.2000.828.

(40) Au sens de l'article L.132-8 du code du travail, applicable notamment à la mise en cause d'un accord collectif comme conséquence d'une restructuration.

(41) Soc.25 juin 1997, Hôtel Concorde, Jurs.Hebdo 15 juill.1997. Evoquant cet arrêt, G.Couturier conclut:"qui touche au salaire, touche au contrat" (iLais.soc.mag.avril 1998.).

b) Modification ou suppression d'un avantage salarial par avenant à un accord collectif antérieur ou par dénonciation .

A priori , depuis que le législateur est intervenu pour effacer la «jurisprudence Basirico» (42), l'opposabilité à chaque salarié d'un avenant réduisant des avantages salariaux dans un accord collectif ne fait pas de doute (sauf opposition d'un ou plusieurs syndicats signataires de l'accord initial s'ils sont majoritaires) . L' arrêt précité du 27 janvier 1999 (43) rend pourtant moins série cette solution , dans la mesure où il affirme, à propos d'un changement de convention collective, que l'entrée en vigueur de la nouvelle convention ne peut «modifier le salaire contractuel ».L'on retrouve aussi l'incertitude créée par l'arrêt précité du 27 juin 2000, donc postérieur...

Dans l'hypothèse d'une dénonciation de l'accord collectif , le code du travail assure aux salariés concernés le maintien des «avantages individuels qu'ils ont acquis» , lorsqu'aucun accord de substitution n'est intervenu au bout d'un an (44). Un avantage salarial n'est pas toujours individuel selon la jurisprudence: est collectif l'avantage résultant des règles de répartition des pourboires (45), ou des règles de variation du niveau des rémunérations (46). Mais une prime d'ancienneté, une prime de treizième mois sont des avantages individuels. La définition de l'avantage individuel «acquis» est un problème classique qui vient d'être résolu clairement par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation: c'est celui qui *«procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel»* (47).

Cette jurisprudence est susceptible de s'appliquer à d'autres hypothèses dans lesquelles un accord collectif n'est plus applicable: celle d'une restructuration par exemple.

Il résulte des développements qui précèdent que le droit du travail est plutôt réticent à la remise en cause des avantages salariaux. Tout changement affectant le mode de rémunération ou le niveau de celle ci, en tant qu'il porte sur un élément du contrat de travail nécessite en effet l'acceptation du salarié, le contrat de travail étant un facteur essentiel de résistance à une telle remise en cause. Quant aux avantages résultant d'un accord collectif, leur réduction ou modification , strictement réglementée, se heurte, malgré certaines incertitudes jurisprudentielles, à l'expansion du «salaire contractuel» et doit se conformer aux exigences du dialogue social.

Le contrat de travail et l'accord collectif sont également soumis à des règles impératives qu'il convient d'examiner.

(42) Ass.Plén.20 mars 1992.Basirico, Dr.soc.1992.360, rapp.Tricot, dont il résultait que le contenu d'un avenant non signé par la totalité des signataires initiaux d'une convention collective n'était pas opposable aux salariés réclamant le bénéfice d'un avantage prévu initialement dans la convention et supprimé par l'avenant. La loi du 31 décembre 1992 a rendu l'avenant opposable à chaque salarié concerné, sous réserve d'un droit d'opposition syndicale (article L.132-7 C.trav.)

(43) note (35) supra.

(44) Article L.132-8, C.trav.

(45) Soc.12 févr.1991, Bull.n°62, cité par l'avocat général P.Lyon-Caen dans ses conclusions (note 3).

(46) Soc.22 avril 1992. Bull.n°296, idem.

(47) Ass.Plén.13 mars 2001, SSL 26 mars 2001,p.8, avec les conclusions P.Lyon-caen.

II. INSTRUMENTS JURIDIQUES DE DIFFERENCIATION DES SALAIRES ET ENCADREMENT DU CONTRAT.

Le droit du travail se contente d'encadrer les modalités de détermination du salaire. Il ne s'oppose pas aux différenciations individuelles ou collectives. Du moins exige-t-il le respect des droits fondamentaux du salarié: un employeur porte atteinte à la liberté du travail en imposant à un employé de demeurer six mois dans l'entreprise afin de conserver le bénéfice d'une prime (48) .Le droit du travail impose des causes objectives et légitimes de différenciation en raison de la primauté du principe d'égalité (A), et il contrôle le fonctionnement des clauses de «variabilité» du salaire (B).Il tend aussi à garantir une rémunération suffisante de la force de travail (C).

A. La primauté du principe d'égalité.

La force du principe d'égalité, dont il convient de rappeler les sources, est de n'entraver ni la liberté contractuelle, ni la prise en compte des situations individuelles, dès lors que des critères licites sont mis en oeuvre sur des bases objectives.

1. Sources et portée du principe d'égalité.

Le principe constitutionnel d'égalité ne s'oppose pas «à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit». (49)

Il en résulte que la loi du 19 janvier 2000 a pu valablement faire bénéficier les salariés rémunérés au SMIC du maintien de leur rémunération en cas de réduction de la durée du travail grâce au versement d'un complément différentiel de salaire , tout en excluant les salariés à temps complet ou à temps partiel embauchés postérieurement à la réduction du temps de travail sur des postes qui ne sont pas équivalents à ceux occupés par des salariés bénéficiant de la garantie. Par contre la loi ne pouvait exclure de la garantie (à due proportion) les salariés occupés à temps partiel, à la date de la réduction du temps de travail, et occupant des postes équivalents à ceux des bénéficiaires du complément différentiel, pour la seule raison qu'ils avaient choisi de maintenir ou d'accroître leur durée de travail (différence de traitement sans rapport direct avec l'objectif)

De même le législateur ne pouvait prévoir une rémunération plus favorable (bonification de 25%) des quatre premières heures supplémentaires au profit des salariés des entreprises où la durée collective du travail est inférieure ou égale à 35 heures , au détriment de ceux employés dans les autres entreprises (bonification de 15%).

Le code du travail fait lui même application d'un principe-règle d'égalité à la négociation des salaires. Aux termes de l'article L.133-5.4, « la convention de branche conclue au niveau national ne peut être étendue que si elle précise, parmi les éléments du salaire applicable par catégories professionnelles, les modalités d'application du principe « à travail égal, salaire égal».

(48) Soc.18 avril 2000, deux arrêts. Jurisp.soc.Lamy 18 mai 2000,p.7; Dr.soc.2000 .646, obs.C.Radé. A noter que selon Soc.17 oct.2000 (Dr.soc.2001.86, obs.C.Radé), un salarié ayant quitté l'entreprise n'a droit au paiement "prorata temporis" d'une indemnité d'objectifs que s'il peut rapporter la preuve d'une convention ou d'un usage en ce sens. Même solution pour une prime de treizième mois: Ass.Plén.5 mars 1993.D.1993.J.245, concl.Jeol.

(49) Conseil Constitutionnel, 13 janv.2000, J.O. du 20. Il existe un rapport évident entre ce principe et le principe règle consacré par le droit du travail, mais ils ne se confondent pas

Et selon l'article L.136-28, « la commission nationale de la négociation collective est chargée de suivre annuellement dans les conventions collectives «l'application du principe à travail égal, salaire égal et du principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, de constater les inégalités persistantes et d'en analyser les causes.

Le droit communautaire a traité pendant longtemps de l'égalité salariale par référence au principe d'égalité de traitement entre homme et femme (50), ou entre les travailleurs migrants (51) et les travailleurs du pays d'accueil. Désormais la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (52) vise plus largement la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail et notamment la rémunération.

La Cour de Justice des Communautés européennes a déjà construit une conception concrète de l'égalité (53) en se fondant sur les effets des mesures prises par les auteurs des différenciations. Il y a discrimination indirecte, selon la jurisprudence communautaire, lorsqu'une mesure apparemment neutre aboutit au même **résultat** qu'une discrimination directe. La méthode statistique peut permettre de déceler la discrimination: une mesure, qui n'est pas objectivement justifiée (54), frappe un nombre nettement plus élevé de femmes que d'hommes.

D'un aperçu de la jurisprudence communautaire se dégage notamment une exigence de clarté dans les systèmes de rémunération : lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération caractérisé par une manque total de «*transparence*», l'employeur a la charge de prouver que sa pratique n'est pas discriminatoire si des disparités apparaissent (55).

Une importante jurisprudence de la Cour de cassation s'est inspirée du droit communautaire.(56) L'arrêt Ponsolle (57) est venu poser la règle de l'égalité entre les hommes et les femmes comme étant «une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal». L'arrêt Société Aubin c/ Patrick Chatet (58) a visé ensuite cette règle sans passer par un raisonnement par « a fortiori», puis l'arrêt MSA c/M.M.Ginouves du 18 mai 1999 sans viser un texte spécifique, le principe étant véritablement consacré.

Le principe-règle à travail égal, salaire égal, s'applique à toute rémunération, y compris les avantages en nature(59), ou les avantages attribués à titre de gratification bénévole (60) ou

(50) Article 141 (ex 119) du traité de Rome; directive 75/117 du 10 févr.1975 sur l'égalité des rémunérations; directive 76/207 du 9 févr.1996 sur l'égalité des sexes dans l'emploi, la formation et le travail.

(51) Article 39 (ex 48) du traité de Rome, et règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 sur la libre circulation des travailleurs migrants.

(52) Directive 2000/78 du 27 nov.2000, JOCE n°L.303 du 2 déc.2000, spécialement art.3 §1,c. Une autre directive (2000/43 du 29 juin 2000) vise les discriminations à raison de la race ou de l'origine ethnique.

(53)M.T.Lanquetin, "Le principe de non discrimination", Actes du colloque du Syndicat des avocats de France, 2 déc.2000, D.O.Mai 2001.186s.

(54) Par une politique légitime de l'entreprise, menée dans son intérêt, v.CJCE Bilka, 13 mai 1986. aff.170/84, Rec.551.

(55) Dès lors qu'une salariée établit par rapport à un nombre important de salariés que la rémunération moyenne des femmes est inférieure à celle des hommes: CJCE.Danfoss, 17 oct.1989. aff.109/88, rec.3199.

(56) Dont les sources comprennent la directive 97/80 du 15 décembre 1997 sur la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

(57) Soc.29 oct.1996.10913, obs.A.Lyon-Caen; D.O.1997.149,n.P.Moussy.

(58) Soc.15 déc.1998, Dr.soc.1999.187, obs.M.Bonnechère; D.O.1999.169, n.H.Peschaud.

(59)Soc.18 mai 1999 précité:participation financière aux frais de repas.

(60)Soc.18 janv.2000:attribution de bons d'achat par la société Renault, par concours.

même une allocation de naissance ou de garde d'enfants versée par l'entreprise (61). L'égalité vaut quelle que soit la source de l'avantage (contrat, engagement unilatéral...) Ceci n'empêche nullement de soumettre un élément à des conditions particulières (Soc.18 mai 1999, précité) dès lors que les mêmes conditions valent pour tous les salariés de l'entreprise. Le principe est d'ordre public et ne peut être remis en cause dans la négociation collective ou dans le contrat de travail.

Mais les «acquis» de la négociation collective ne bénéficient qu'aux salariés compris dans le champ d'application de l'accord conclu. Quelle est alors la portée de la règle «à travail égal, salaire égal», lorsque les situations comparées sont celles de salariés employés dans des établissements distincts de la même entreprise? Un accord d'établissement peut-il faire bénéficier les salariés en relevant d'avantages refusés aux salariés d'un autre établissement. Ou bien doit-on considérer que ceci crée une discrimination entre salariés appartenant à la même entreprise?

Selon l'arrêt EDF du 27 octobre 1999, *«la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir par voie d'accord collectif des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise.»* Commentant cet arrêt, G.Couturier souligne: «le principe qui domine le droit du travail n'est pas un principe d'égalité généralisée, c'est le principe de faveur, en vertu duquel entre plusieurs normes la plus favorable aux salariés doit prévaloir. Mais il s'agit là de régler un conflit entre des normes également applicables ... La dynamique du droit du travail est celle d'un droit qui progresse par des avancées successives. Si celles ci peuvent être obtenues, c'est justement parce que, dans un premier temps du moins, elles ne s'appliqueront qu'à certains»(62).

La différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise n'est donc pas en elle-même constitutive d'une discrimination illicite. Il n'est pas sûr que cette approche soit conforme à celle de la jurisprudence communautaire, qui utilise aussi la notion, plus large, de «discrimination apparente» (63). A noter que la Cour de cassation parle de discrimination illicite au sens de l'article L.122-45: une différence entre établissements qui reposerait sur l'un des critères visés par ce texte serait discriminatoire. L'article L.140-2 condamne d'ailleurs les disparités de rémunération entre établissements d'une même entreprise fondées sur le sexe.

2. L'individualisation des salaires n'est pas menacée mais encadrée.

L'intérêt de la règle vient de ce qu'elle porte sur une égalité concrète, «de traitement», fondée sur le «situation identique» dans laquelle sont placés les salariés. Mais la jurisprudence ne remet pas en cause les pratiques d'individualisation des salaires: elle interdit simplement à l'employeur de fonder les différences qu'il établit sur des critères exclus par le droit, et elle exige de lui de justifier que tel n'est pas le cas, en précisant sur quelles données objectives il se fonde.

Ce qui est nouveau réside dans la primauté de la règle d'égalité. Un arrêt du 9 juillet 1985 (64) avait rattaché au pouvoir de direction la liberté pour l'employeur de décider des augmentations individuelles de salaire: la différenciation était a priori licite, sauf preuve par le salarié de motifs illicites. Depuis l'arrêt Ponsolle, toute disparité salariale établie fait naître une présomption de violation de la règle d'égalité, et doit être justifiée par l'employeur.

Mais l'égalité étant fondée désormais sur la «situation identique» dans laquelle sont placés les salariés, un traitement dissemblable de situations différentes est possible, et la question des critères de différenciation passant au premier plan. De nombreux critères illicites de distinction sont énumérés à l'article L.122-45 (64bis), parmi lesquels le sexe, l'activité syndicale...

(61) Soc.8 oct.1996.

(62)G.Couturier,"négociation d'établissement et discriminations entre les salariés, Dr.soc .2000.185.

(63) CJCE 27 oct.1993, Enderby, aff.127/92, Rec.5566. M.T.Lanquetin (loc.cit) faut remarquer que cette notion permet de cerner des faits qui ne résultant pas obligatoirement d'une mesure prise par l'employeur.

(64)Bull.n°419.

(64bis)Modifié par la loi du 16 nov.2001 relative à la lutte contre les discriminations (J.O. du 17)

Une limite peut aussi résulter du nécessaire respect des droits fondamentaux des salariés. Ainsi, un critère de «flexibilité» rencontrera le droit au respect de la vie privée et familiale, ce qui explique peut-être l'admission étroite de ce critère dans la jurisprudence communautaire (65). De même la jurisprudence doit-elle préciser les éléments de la «situation identique». Les conditions matérielles du travail sont à prendre en compte, mais aussi des éléments propres au salarié lui-même: sa qualification, son ancienneté (65bis). La notion de «salaire égal» s'est longtemps rattachée à l'accomplissement d'un travail équivalent lui-même défini surtout par référence au poste de travail (article L.140-2 C.trav, et infra 3j), et non aux éléments relatifs à la personne du salarié (66). Si l'octroi d'un salaire égal est désormais subordonné au fait que des travailleurs se trouvent dans une situation comparable une dissociation pourrait s'opérer entre travail égal et salaire égal, des critères se rapportant à l'appartenance à l'entreprise, ou aux charges familiales pouvant être retenus (67). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé conforme au principe d'égalité le critère de la situation de famille (68).

Ce risque d'un glissement des critères ne se rencontre pas dans l'application du principe d'égalité aux contrats précaires.

3. Principe d'égalité et contrats précaires: limites.

Le travailleur précaire (auquel son contrat de travail ne procure pas un véritable emploi), qu'il soit titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, ou d'un contrat de travail temporaire, ou d'un contrat à temps partiel, est assimilé par le code du travail aux autres travailleurs (69).

Cette assimilation est particulièrement affirmée en matière de rémunération (article L.122-3-3 α 2 pour les titulaires d'un contrat à durée déterminée, L.124-4-2 pour le contrat de travail temporaire) par référence au «salarié de qualification équivalente occupant le même **poste** de travail» (L.124-3,6) ou «occupant les mêmes **fonctions**» (L.122-3-3) (70)

Pour les salariés à temps partiel, la rémunération est «proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un **emploi** équivalent dans l'établissement ou l'entreprise» (L.212-4-5 α 3).

Le contenu du salaire égal est déterminé par renvoi à l'article L.140-2, qui vise toutes les sommes versées par l'employeur au travailleur «en raison de l'emploi de ce dernier». L'administration exclut pourtant qu'un travailleur intérimaire puisse, par application de la règle d'égalité, bénéficier d'un accord d'intéressement conclu dans une entreprise utilisatrice (71), les sommes versées à ce titre n'ayant pas la caractéristique d'un élément du salaire (v.infra). La loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale n'apporte aucun élément nouveau sur ce point. Elle réduit par contre à trois mois la condition maximale d'ancienneté figurant dans les accords d'intéressement ou de participation et dans les règlements de plan d'épargne d'entreprise (72).

(65) La CJCE ne reconnaît la légitimité du critère de "flexibilité" que s'il est utilisé pour rémunérer la qualité du travail réalisé par le salarié, et non l'adaptabilité de celui-ci à des horaires et lieux de travail variables: arrêt Danfoss du 17 oct. 1989 précité.

(65bis) V. aussi Soc. 20 juin 2001, Roche.

(66) D. Hennebelle, "Essai sur la notion de salaire", PUAM. 2000 spéc. p. 114, et la doctrine citée notes 97 et 98.

(67) V. observations sous Soc. 15 déc. 1998 précité, Dr. soc. 1999, et D. Hennebelle, op. cit.

(68) CE 8 juil. 1998, Rev. fr. dr. adm. 1999. A noter que l'article L.122-45 interdit le critère de la situation de famille y compris en matière de rémunération depuis la loi du 16 nov. 2001.

(69) Articles L.122-3-3 (contrat à durée déterminée), L.124-9 et L.124-3.6j (contrat de travail temporaire), L.212-4-5 (contrat de travail à temps partiel).

(70) Exemple d'application jurisprudentielle: une convention collective ne peut exclure du paiement des jours fériés les salariés sous contrat à durée déterminée (Crim. 14 mai 1985, Peyrouse).

(71) Circulaire ministérielle 92-74 du 28 août 1992.

(72) Loi du 19 févr. 2001, art. 2, insérant un article L.444-4 du code du travail (v. annexe 2 infra)

Le fait que par hypothèse les contrats précaires ne procurent pas à leur titulaire un emploi stable conduit d'une manière générale à limiter la portée du principe d'égalité de traitement, chaque fois que l'ancienneté intervient pour le bénéfice d'un avantage.

Au plan de l'Union européenne, le principe d'égalité constitue l'un des axes de l'accord cadre CES, UNICE, CEEP (18 mars 1999) sur le travail à durée déterminée, rendu obligatoire par la directive 1999/70 du 28 juin 1999 et devant être transposé dans les droits internes des Etats membres avant le 10 juillet 2001. La Clause 4 de l'accord porte sur un principe de non discrimination avec les «travailleurs à durée indéterminée comparables» (lesquels sont, selon la clause 32, les travailleurs «ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences».)

Le principe d'égalité de traitement a pour fonction de «recentrer» le travail précaire sur sa finalité (permettre aux entreprises de s'adapter aux à-coups de l'activité économique) qui n'est pas de permettre l'emploi de salariés à bon marché (73).

B. Le contrôle des clauses de variabilité.

L'expression «salaire variable» recouvre des situations très diverses. L'on sait qu'une législation impérative (l'ordonnance du 30 décembre 1958) interdit toutes les clauses d'indexation sur le SMIC, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur le prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. La loi du 2 janvier 1970 a repris l'interdiction d'indexer sur le SMIC (article L.141-9 C.trav.) Une indexation des salaires fondée sur les bénéfices d'une entreprise, ou son chiffre d'affaires, ou le prix de vente de ses produits, est par contre licite.

Il arrive que les tribunaux désignent par «salaire variable» simplement les primes s'ajoutant au salaire de base (13ème mois, fin d'année) ce qui est contestable si ces éléments ne sont pas aléatoires. Dans la pratique la partie «variable» du salaire peut correspondre à un intéressement sur les ventes réalisées par le salarié (cas de la «guelte» des vendeurs, des «commissions» des attachés ou ingénieurs commerciaux...), ou à un «pourcentage-service» dans l'industrie hôtelière (74)), ou à un intéressement sur le chiffre d'affaires.

Les «clauses de variabilité» (75) qui se multiplient dans les contrats de travail visent l'organisation de la révision du contrat, souvent en ce qui concerne la rémunération.

De la jurisprudence existante commencent à se dégager quelques règles. Lorsque le contrat prévoit plusieurs régimes de rémunération en fonction de diverses variables («variabilité réglementée» ou «organisée»), il doit s'appliquer sans difficulté (exemple: au bout d'un an le salarié touchera une prime, ou bien le pourcentage sur le chiffre d'affaires passera de 0,5% à 1%). Par contre une clause d'adaptation prévoyant que l'employeur pourra modifier la rémunération sera déclarée nulle (76), car le contrat ne peut attribuer à l'employeur un pouvoir de révision unilatérale, même dans des cas énumérés, à moins qu'une loi ne l'ait prévu (77).

(73) P.Y.Verkindt, Dr.soc.1995.870.

(74) Soc.17 déc.1996. Bull.V.712.

(75) Ph.Waquet, "Les clauses de variabilité", Liaisons soc.mag.,déc.2000, p.64-65.

(76) Soc.20 oct.1998, Bull.n°436; Soc.18 avril 2000, Soc.30 mai 2000, RJS 7-8/00, n°772.

La volonté des parties au contrat est donc impuissante à autoriser l'employeur à modifier unilatéralement les bases de la rémunération. Dans les deux dernières espèces, une clause du contrat permettait à l'employeur d'"adapter" en fonction de l'évolution du marché et des produits de la marque le plan de rémunération permettant le calcul de la partie variable de la rémunération.

(77) Ph.Waquet (loc.cit) prend l'exemple de l'article L.212-4-4 C.trav..

Un arrêt récent (77bis) va même assez loin, puisqu'il exclut la possibilité pour l'employeur de se réserver la possibilité de faire varier unilatéralement «le coefficient individuel correspondant à la valeur professionnelle du salarié».

Comme l'écrivent à juste titre deux auteurs (78), ce qui vaut pour la révision du variable vaut pour l'ensemble des composantes de la rémunération envisagées dans le contrat: part fixe du salaire, rémunération garantie, accessoires en espèces ou en nature (véhicule etc).

La Cour de cassation rend également obligatoire la négociation entre l'employeur et le salarié lorsque le contrat prévoit un avantage salarial (prime de fin d'année, ou d'intéressement) sans en fixer le montant, ou lorsque un usage ou un engagement unilatéral a été dénoncé (79).

Il a été jugé d'autre part que si le montant de la partie variable de la rémunération doit selon les termes du contrat de travail, résulter d'un accord annuel des parties, le juge doit fixer lui même le montant de la rémunération à défaut d'un tel accord (80).

Sans être hostile aux clauses de variabilité, la jurisprudence exclut donc qu'elles puissent permettre à l'employeur de faire varier comme il l'entend la rémunération. Tout ce qui figure dans le contrat (même oral (81) relève ainsi de l'accord du salarié, lequel depuis le fameux arrêt Raquin (82) ne peut résulter simplement de son silence (83).

Quant aux clauses dites «d'objectif», elles ne sont pas nécessairement liées au montant de la rémunération: le contrat de travail en fait parfois une condition d'exécution (84). Cependant variation du salaire et obtention d'un objectif (un chiffre d'affaires) peuvent aller de pair. Les tribunaux peuvent alors être amenés à vérifier que les objectifs ont été fixés d'un commun accord (85) et surtout qu'ils sont **réalisables** par le salarié (86), la jurisprudence marquant une hésitation entre ces deux exigences.

(77bis) Soc.3 juill.2001, Aviceau, Dr.soc.2001, obs.C.Radé (la note professionnelle doit-elle être négociée? s'interroge le commentateur).

(78) A.Dupays et F.Vélot, "La rémunération des commerciaux peut-elle encore évoluer?", SSL 1er févr.2001,p.6s.)

(79) Soc.20 oct.1998, Bull.V.n°435; Dr.soc.1999,128, et la chronique Ph.Langlois.

(80) Soc.22 oct.1998, Bull.V.n°436; Soc.26 oct.1999, Dr.soc.2000.214, obs.C.Radé.

(81) La directive communautaire 91/533 du 14 octobre 1991 impose la remise au salarié d'un ou plusieurs documents écrits l'informant sur le contrat ou la relation de travail, non la rédaction du contrat de travail lui-même.

(82) Soc.8 oct.1987.Dr.soc.1988, note J.Savatier.

(83) Bien que la modification résultant de motifs économiques relève d'une notification obligatoire au salarié, et s'oppose à ce dernier à défaut de refus express dans le délai d'un mois, selon l'article L.321-1-2 C.trav, issu de la loi quinquennale du 20 déc.1993.

(84) Soc.24 nov.1999, M.Valente. Le contrat (à durée déterminée) d'un agent technique commercial prévoyait le paiement d'une prime trimestrielle de 3% sur le chiffre d'affaires hors taxe réalisé par le salarié, ainsi qu'une clause d'objectif (minimum de chiffre d'affaires trimestriel) dont la non réalisation constituait, sauf circonstances exceptionnelles, un motif légitime de rupture un jugement prud'homal qui avait débouté le salarié de sa demande visant la prime, en raison de la non obtention de l'objectif, est cassé sur le fondement de l'article 1134 du code civil. D'où l'importance de la rédaction des clauses en question.

(85) Selon Soc.12 juill.2000, "la fixation des objectifs doit résulter d'un accord des parties" (cité par M.Hautefort, SSL 20 nov.2001,p.7; v.aussi Soc.18 janv.2000, JSL 22 févr.2000).

(86) Soc.22 mai 2001, JSL 20 nov.2001, n°90-2. Cet arrêt admet que "les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction", tout en approuvant les juges du fond d'avoir "**vérifié que les objectifs ainsi définis étaient réalistes**".

C. Dans quelle mesure le salaire doit-il correspondre à la «contrepartie» du travail?

Selon une solution classique, le droit au salaire n'est pas nécessairement lié à l'accomplissement effectif d'un travail, dès lors que le salarié se tient à la disposition de l'employeur (87). Dans le même temps, la mesure du travail fourni, tout en obéissant à des règles nouvelles, demeure nécessaire.

1. Le droit du travail établit un lien entre le salaire et le travail fourni.

La jurisprudence applique une corrélation entre la fourniture du travail et le droit au salaire: en principe aucun salaire n'est dû au salarié qui n'accomplit volontairement aucun travail, par exemple en raison de sa participation à une grève (88). Mais c'est la durée de l'interruption de travail qui sert à calculer la réduction de la rémunération, car les abattements pratiqués sur le salaire d'un travailleur ayant exécuté son travail d'une façon «anormale» constituent des sanctions pécuniaires interdites, et les retenues plus que proportionnelles, fondées sur la perte de production relèvent de la même prohibition, dès lors que le salaire n'est pas calculé sur le rendement (89). Ainsi la connaissance du temps de travail apparaît-elle centrale pour la détermination du droit au salaire.

2. Temps de travail et salaire

Le salaire rémunère le temps de travail effectif, dont la notion relève de la définition donnée par la loi du 13 juin 1998: «..le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.» Cette définition est unique, et vaut pour l'application de la réglementation du temps de travail comme celle des dispositions établissant une correspondance entre le temps de travail et le montant du salaire, bien que les textes n'aient pas la même finalité. Ceci paraît exclure la possibilité pour les parties au contrat de travail de rémunérer différemment certaines heures (si l'on met à part la réglementation des heures supplémentaires), dès lors qu'elles sont bien incluses dans le temps de travail effectif.

En droit positif, la qualification de travail effectif est liée à l'absence de liberté du salarié. Seul un travail commandé par l'employeur en relève, et la pause que le salarié décide librement de ne pas prendre n'ouvre pas droit à rémunération (90). Les temps de repos, non rémunérés en principe, peuvent l'être en vertu d'un accord collectif, d'un usage ou du contrat de travail. Les temps d'habillage et de déshabillage donnent lieu sous certaines conditions à une «contrepartie» financière ou sous forme de repos (nouvel article L.212-4, §3).

La jurisprudence, puis la loi du 19 janvier 2000 (art.L.212-4bis C.trav.) ont défini, selon la formule de J.E.Ray un «troisième temps»: l'astreinte., laquelle s'entend comme «une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise.» Seule la durée de l'intervention qui peut être demandée au salarié d'astreinte, incluse dans le travail effectif, donne lieu au paiement du salaire. Mais la loi du 19 janvier 2000 impose aux conventions et accords collectifs fixant le mode d'organisation des astreintes, ou à défaut à l'employeur, de prévoir une *compensation financière ou sous forme de repos*.

(87) Soc.3 juill.2001, Sté Picard surgelés, Dr.soc.2001.1009.

(88) Soc.17 nov.1977. Bull.V.n°626.

(89) Soc.1er avril 1995.Dr.soc.1995.599

(90) Soc.9 mars 1999, Dr.soc.1999.524, obs.C.Radé.

Le mot «compensation» ne doit pas faire hésiter sur la nature juridique de la rémunération de l'astreinte: il ne s'agit pas d'indemniser un préjudice résultant pour les intéressés de la privation de leur liberté d'agir, mais de rémunérer une période pendant laquelle le salarié, sans exercer son activité, doit rester à la disposition de l'entreprise. La compensation financière de l'astreinte relève bien du droit du salaire.

3. Cas des conventions de forfait.

Le forfait est un mode de calcul de la rémunération, mais aussi de gestion du temps. La pratique de la *convention de forfait*, c'est à dire d'un accord par lequel un employeur et un salarié stipulent qu'une somme globale rémunérera toutes les heures de travail, sans distinction des heures normales et des heures supplémentaires, a été admise assez tôt en jurisprudence, une condition essentielle de sa validité étant que le salaire prévu fût égal ou supérieur à celui résultant de l'addition de la rémunération des heures normales et des heures supplémentaires effectuées (91). Le forfait (comme sa modification) doit résulter d'un accord entre les parties (92) qui peut être théoriquement verbal, mais ne se présume pas, l'employeur devant rapporter la preuve de son existence et de son contenu.

La jurisprudence avait souligné que la qualité de cadre ne suffit pas à exclure un salarié du régime des heures supplémentaires (payées à un taux majoré) (93) sauf si le salarié, chargé de responsabilités importantes, dispose d'une grande autonomie (94) Elle avait imposé la détermination d'un nombre d'heures supplémentaires inclus dans l'accord pour l'admission d'une convention de forfait (95), ce qui constituait un rejet du « soi-disant forfait tous horaires» (96), antérieurement admis pour les cadres dont le temps de travail est indéterminé.

Autre condition: le forfait ne doit pas être désavantageux (97). Il existe une jurisprudence sur les dépassements d'horaires (prévus par la convention):le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires (98) .D'abord limitée aux cadres de direction, l'utilisation du forfait s'est étendue à de nombreuses catégories: des dossiers soumis à la Cour de cassation concernent un chauffeur-livreur (99), un berger (100) . Mais le personnel de l'«encadrement» est essentiellement concerné (ingénieurs et cadres, techniciens de la métallurgie, agents de maîtrise dans la distribution alimentaire, «commerciaux»).

La loi du 19 janvier 2000 a mis en place de nouvelles règles, applicables aux cadres. Le régime légal des conventions de forfait autorise l'établissement de forfaits horaires sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Les forfaits annuels ne peuvent être mis en oeuvre dans le contrat de travail que si une convention ou un accord collectif de branche étendu, ou encore un accord d'entreprise ou d'établissement le permettent.

La loi distingue ensuite les forfaits en heures et les forfaits en jours.

a) Les forfaits en heures.

Ils peuvent concerner toutes les catégories de cadres, y compris les cadres «intégrés» à un service et occupés selon un horaire collectif (article L.212-15-2, C.Trav.), sous réserve que la

(91) Soc.5 février 1959.

(92) Un usage ne pouvant l'imposer: Soc.6 juill.1999, Dr.soc.1999.955, obs.B.Gauriau.

(93) Soc.11 janv.1963, Dr.soc.1963, 291. obs.J.Savatier; Soc.14 juin 1990, Dr.soc.Bull.V.n°285; Soc.30 janv.1997, Bull.V.n°46.

(94) Soc.21 oct.1999, RJS 1999, n°1471.

(95) Soc.18 juin 1986, Soc.1er déc.1993, RJS 1994, n°422.

(96) Selon l'intitulé de l'étude de J.Barthélémy, JCP.1999. éd.E.610.

(97) Par exemple: Soc.1er mars 1995, D.O.1996.31.

(98) Soc. 1er nov.1970, liais.soc.n°3737; Soc.31 janv.1996, RJS 1996, n°293.

(99) Soc.8 mai 1961, Bull.V.n°494.

(100) Soc.28 avril 1981, Bull.V.n°342.

somme forfaitaire prévue soit «au moins égale à la rémunération que le salarié recevrait compte tenu du salaire minimum conventionnel applicable dans l'entreprise et des bonifications ou majorations prévues à l'article L.212-5» (101).

La loi reprend donc l'orientation générale de la jurisprudence antérieure. La référence du texte au salaire minimum conventionnel n'est cependant guère satisfaisante, compte tenu du décalage existant entre les minima fixés par les conventions et accords collectifs et les salaires réels. Certains arrêts avaient dans le passé renvoyé au «salaire horaire normal» (102) ou même au «salaire de base réel» (103). La dernière jurisprudence visait il est vrai le salaire minimum conventionnel (104)

La Cour de cassation exige une détermination claire des différents éléments qui composent la rémunération y compris en présence d'un forfait: si celui ci inclut l'indemnité de congés payés, une majoration doit apparaître (105).

Pour les forfaits en heures sur l'année, qui nécessitent une convention ou un accord collectif préalable (v.supra) à la convention individuelle, la loi du 19 janvier 2000, en faisant référence au régime des heures supplémentaires (art.L.212-15-4, ¶1) renvoie implicitement à un maximum

d'heures résultant de l'addition des heures (payées au taux «normal») correspondant à la durée légale et du contingent annuel d'heures supplémentaires (130 heures en principe)

Ces forfaits annuels en heures sont aussi applicables aux salariés itinérants non cadres dont la durée de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps: ceci exclut les chauffeurs routiers ou livreurs, mais englobe certains «commerciaux», salariés des services après-vente.

b)Les forfaits en jours.

L'article L.212-15-3 ¶III du code du travail n'envisage de conventions de forfaits annuels en jours que pour les cadres dits de «catégorie 3»(appellation doctrinale), n'étant ni des «cadres dirigeants» (L.212-15-1) ni des cadres «intégrés» (v.supra), et dont le temps de travail effectif «ne peut être prédéterminé du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils bénéficient dans l'organisation de leur emploi du temps». La convention ou l'accord collectif prévoyant de telles conventions de forfait doit en particulier fixer le nombre de jours travaillés à inscrire (dans la limite de 217 jours par an) et définir les catégories de cadres concernés par les critères ci-dessus.

Les tribunaux semblent disposés à exiger un respect rigoureux des conditions voulues par la loi: dans un jugement du 19 décembre 2000, le Tribunal de grande instance de Paris a prononcé l'annulation de certaines dispositions d'un accord collectif conclu le 24 décembre 1999 entre la Diac (filiale de crédit de Renault) et les syndicats FO et SNB-CGC, en raison notamment du simple renvoi de l'accord à l'autonomie de certains cadres dans l'organisation de leurs horaires et à «une assez grande difficulté de planification».(106). L'accord conclu chez Hachette a connu le même sort pour ne pas avoir examiné concrètement dans quels cas les critères légaux, d'ordre public, étaient réunis (107)

Le système des forfaits-jours a été l'objet de vives discussions lors des débats parlementaires, et il a suscité des mouvements de protestation dans les entreprises. Les controverses portaient

(101) Il s'agit des majorations pour heures supplémentaires

(102) Soc.5 nov.1971, Bull.V.n°757.

(103) Soc.29 avril 1971, Bull.V.n°323.

(104) Soc.4 mai 1999, Dr.soc.1999.731, obs.C.Radé;

(105) Soc.30 mai 2000, Dr.soc.2000.917: cas d'un VRP dont le forfait était censé comprendre non seulement la prime de treizième mois, mais aussi l'indemnité de congés payés.

(106) TGI. Paris, 19 déc.2000, Dr.soc.2001.249, et la chronique JE. Ray,p.244.

(107) TGI Paris, 5 juill.2001, JSL 20 nov.2001, n°90-5. L'accord de contentaire de classer dans la catégorie des cadres "autonomes" l'ensemble des cadres de l'entreprise, excepté les débutants.

principalement sur le calcul du temps de travail, et les garanties offertes aux salariés concernés. Les cadres échappent en effet alors aux dispositions légales relatives à la durée légale, à la durée maximale, ne pouvant se prévaloir que du droit à un repos quotidien et hebdomadaire minimum et d'une protection en cas de dépassement du nombre de jours travaillés fixés par la convention.

Mais les forfaits-jours intéressent aussi la rémunération. Une disposition remarquable de la loi (article L.212-15-4 ¶2) permet au cadre lié par une convention de forfait jour qui perçoit «une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées» de saisir la juridiction prud'homale afin d'obtenir une indemnité réparant le préjudice subi. Ce contrôle de «l'abus manifeste» (108) débouche sur le versement d'une indemnité réparatrice qui s'ajoutera à la rémunération forfaitairement prévue, sans constituer un complément de salaire. Il est donc inexact d'analyser l'intervention du juge comme lui donnant le pouvoir de fixer la rémunération du salarié (109). Selon le texte l'indemnité due au cadre est calculée «en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au salaire minimum conventionnel applicable, ou à défaut de celui qui est pratiqué dans son entreprise et correspondant à sa qualification».Le juge est ainsi invité à tenir compte des minima conventionnels, mais en pouvant aller bien au delà, en fonction des «sujétions» imposées. Celles ci peuvent résulter non seulement de la charge de travail (ne correspondant pas au temps déclaré) mais aussi des contraintes imposées au salarié dans l'organisation de sa vie privée et familiale, de la disponibilité qui lui est demandée.

L'article L.212-15-4 ¶2 se rattache à l'idée que le respect de la dignité du salarié nécessite la fixation de la rémunération à un taux suffisant pour assurer un rééquilibrage du contrat de travail fondé sur le lien de subordination. (109).

4. Charge de travail et salaire.

La preuve de la charge de travail imposée à un salarié, qui doit pouvoir être accomplie pendant le temps de travail (110) peut conduire à réévaluer le temps de travail effectif . Une telle preuve peut être apportée par tous moyens fiables. Cette importante question relative à la détermination du temps de travail réel touche par répercussion la rémunération.

(108) M.A.Moreau, "Temps de travail et charge de travail", Dr.soc.2000.p.263s, spéc.p.274.

(109) Cf.P.H.Antonmattéi, "Les cadres et les 35 heures: de la règle de trois à la règle de quatre!", Dr.soc.2000.159.

(110) Soc.19 nov.1999, Société Gelsomi, arrêt cité par M.F.Moreau, moc.cit; Soc.18 avril 2000, RJS 6/OO, n°659.

Annexe 1 RELATIVITE DU SALAIRE

Toute rémunération n'est pas un «salaire» au sens du droit du travail, et par suite ne relève pas de son régime juridique. Le droit de la sécurité sociale et le droit fiscal ont leur propre définition du salaire, plus large. Le salaire est donc relatif.

Le droit ne fait pas obstacle à ce que soient distingués dans la rémunération du salarié un salaire «de base» et d'autres éléments liés aux résultats d'un individu ou d'un groupe (bonus, prime d'objectif), à la présence du salarié au travail, à sa situation dans l'entreprise (prime de poste etc.). La relativité de la notion de salaire est toujours soulignée par la doctrine, moins en raison de la multiplicité des éléments qui peuvent en être constitutifs, que par référence aux variations du régime juridique appliqué à ces éléments. La définition du salaire n'est pas la même selon la règle qu'il s'agit d'appliquer...

Les modalités de la rémunération n'ont pas d'incidence en elles mêmes sur la qualification de salaire. Ainsi peuvent constituer un élément du salaire au sens du droit du travail des avantages en nature, une rémunération au rendement (à la tâche, au prorata des ventes, à la commission) aussi bien qu'un salaire au temps, ou encore des pourboires versés par la clientèle.

Ceci vaut à l'intérieur même du droit social: le code de la sécurité sociale détermine l'assiette des cotisations en fonction d'une rémunération définie comme «toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail...» (article L.242-1). Il suffit qu'une somme soit dûe en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise pour qu'elle entre dans l'assiette des cotisations sociales, l'approche du droit fiscal étant très proche.

La définition du droit du travail est par contre plus étroite.

A. Le salaire au sens du droit du travail: règles générales.

1. Toute rémunération n'est pas un salaire.

La définition du droit du travail est plus restrictive, sans gagner toujours en précision, en raison notamment de l'utilisation alternative du mot «salaire» et du mot «rémunération» (parfois dans le même texte: cf. l'article L.143-3). L'article L.140-2 §2 du code du travail donne une définition large de la rémunération: «*par rémunération...il faut entendre le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier*».

S'il arrive donc que les termes de rémunération et de salaire soient synonymes, l'article L.140-2 précité autorise à considérer que tout salaire est une rémunération, mais que toute rémunération n'est pas un salaire au sens du droit du travail (v.G.Couturier, Droit du travail, PUF 1996,tome 1.287).

Une application classique de la distinction est celle des «**accessoires**» du salaire. Les entreprises disposent de la plus grande liberté pour définir les modalités des primes, gratifications, indemnités qu'elles instituent, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs (une prime ne peut pas être remboursable en cas de départ car cette condition porte atteinte à la liberté du travail, Soc.18 avr.2000, deux espèces, JSL 18 mai 2000,p.7).

La jurisprudence considère que toutes les primes et indemnités n'ont pas la nature de compléments de salaire, et recherche leur nature juridique,sans que la qualification donnée par l'entreprise ne s'impose aux juges.

Les primes constituent une partie du salaire lorsqu'elles sont versées selon des critères objectifs, et présentent des caractères de périodicité et de généralité (Soc.23 mai 1996.RJS 7/96,n°820; Soc.7 déc.2000.RJS 2/01.218) Mais lorsque la somme versée («prime», «indemnité») correspond à des dépenses occasionnées par le travail (déplacement, salissure, repas), elle n'entre pas dans la définition du salaire, même si son montant est forfaitaire (dans ce dernier cas à condition que l'avantage soit réservé aux salariés supportant les charges en cause). Elle correspond alors à un remboursement de frais professionnels.

De même une prime ou tout avantage versé discrétionnairement (et exceptionnellement) n'est pas un élément du salaire , mais une gratification de caractère facultatif, bénévole et variable, dont le salarié ne peut exiger le renouvellement. Sera par contre un élément du salaire la prime (exemple type: treizième mois) rendue obligatoire par une clause conventionnelle ou un usage d'entreprise.

Le caractère aléatoire d'une prime est exclusif de la qualification de complément de salaire (Soc.3 juill.2001, C.S.B.2001.A 37: cas d'une «prime de non accident» pour un chauffeur routier).

Les orientations générales que l'on vient de rappeler sont toutefois infléchies par des solutions plus délicates à interpréter lorsqu'est en cause la vérification du respect du SMIC . Il s'agit alors de déterminer avec précision quels éléments de la rémunération ont un caractère de salaire et doivent donc être pris en compte. Or la jurisprudence impute sur le SMIC exclusivement les éléments liés au travail , et non ceux qui reposent sur un facteur ne correspondant pas directement à la prestation de travail . Un arrêt du 29 mars 1995 (Dr.soc.1995.503) illustre l'idée que se fait la Cour de cassation du salaire-contrepartie du travail: une prime de polyvalence qui «compensait la formation du salarié à plusieurs postes de travail» a été incluse dans le calcul du SMIC, contrairement à une prime de rythme, «liée au caractère contraignant du rythme imposé». Une prime liée à des sujétions particulières du travail n'est donc pas considérée comme contrepartie du travail.

De même, une prime d'ancienneté n'entrera pas dans la calcul du SMIC (notamment Soc.1er juin 1983.JCP.1984.E.14312.; Soc.7 janv.1985, Dr.Soc.1985.817; Soc.19 juin 1996,R.J.S.1996,n°1048). Bien que la présence du salarié dans l'entreprise ne puisse guère être dissociée du travail fourni, la jurisprudence semble vouloir ne pas pénaliser le salarié ancien. Mais sera pénalisé pour la calcul du SMIC le salarié dont l'ancienneté est prise en compte par une majoration de salaire, ce qui crée une certaine inégalité entre les salariés devant la règle du salaire minimum (v.J.Savatier,«La portée du droit au SMIC selon les modalités de la rémunération», Dr.soc.1985.811)

Il en va de même pour la prime d'assiduité (Crim.10 mai 1983, Dr.ouvrier 1983.471; Soc.6 févr.1985,Dr.soc.1985.811,note J.Savatier;Soc.27 mai 1997,Bull.V.n°189).

La réduction de la durée du travail entraîne des mécanismes de compensation financière, selon diverses modalités. Il arrive par exemple que des emplois à plein temps soient transformés en emploi à temps partiel dans le cadre d'un plan social. La Cour de cassation , dans un arrêt d'espèce (Soc.7 avril 1994.Bull.V.n°142- contra: Soc.3 juin 1966, Dr.Soc.1967.592,note G.Lyon-Caen) a attribué la nature de dommages intérêts aux sommes versées aux salariés ayant accepté une telle transformation.

S'agissant de la compensation financière prévue par un accord collectif de réduction de la durée du travail, aucun problème de qualification ne se pose en présence d'une augmentation du taux horaire de salaire. Mais une discussion peut exister pour les clauses relatives à un «complément différentiel» ou une «indemnité compensatrice». La cour de cassation s'est

prononcée en faveur de la nature salariale des sommes en cause (*Un premier arrêt (Soc.19 mars 1985, Dr.Soc.1985.491, rapport B.Boubli)tranchait le problème par interprétation de la convention collective; ultérieurement la solution a été confirmée:Soc.3 février 1994.SNC Carrefour France, v.G.Bélier et F.Favennec-Héry, Accords de réduction du temps de travail et compensation financière, Dr.Soc.1998.970*).

Le complément différentiel de salaire assurant, en vertu de la loi du 19 janvier 2000, une garantie mensuelle minimale au salariés rémunérés au SMIC dont la durée du travail a été réduite a 35 heures ou plus depuis la loi du 13 juin 1998, a sans doute possible la nature juridique de salaire.

2.Interêt pratique: le régime juridique du salaire.

Savoir si un élément de la rémunération versée au salarié relève bien de la qualification de salaire en droit du travail est utile notamment pour vérifier le respect du SMIC et des minima conventionnels (v.supra), ou calculer les majorations pour heures supplémentaires, ou encore l'indemnité de licenciement.

Il est à noter que si seule la créance de salaire stricto sensu relève d'un régime spécifique applicable à son paiement, à la prescription, à l'insaisissabilité (partielle), par contre l'assurance contre le risque de non paiement des salaires résultant de l'insolvabilité de l'employeur, instituée par la loi du 27 décembre 1973, garantit en fait le paiement de toutes les sommes rattachées au contrat de travail (primes d'intéressement (v.infra) et arrérages de pré-retraites compris).

Il arrive aussi que le code du travail prenne en compte «les rémunérations» du salarié : ainsi pour l'indemnisation du salarié victime d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, qui doit comprendre par exemple une indemnité versée en contrepartie du travail à l'étranger (Soc.1er juill.1998.RJS.8-9/98,961).

B- Le salaire comme base d'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale ou comme base d'imposition fiscale (aperçu).

Selon l'article L.242-1 *«pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous les autres avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire»*. Le droit de la sécurité sociale tend ainsi à intégrer dans le salaire tous les revenus de l'activité salariée. Seuls certains avantages sont exonérés de cotisations sociales.

L'assiette des cotisations comprend à côté du salaire de base tous les accessoires en espèces, y compris les libéralités (Civ.2.2 décembre 1965, Ass.plén.28 janv.1972). La loi y intègre théoriquement les contributions patronales à un régime complémentaire de retraite ou de prévoyance, mais au delà d'un seuil très élevé, dont le dépassement alimente néanmoins des litiges, la doctrine étant divisée sur son inclusion dans la rémunération soumise à cotisation. (D.Hennebelle, op.cit., p.138)

L'article L.242-1 du code de la sécurité sociale inclut toutes les primes et gratifications, quelle que soit leur nature en droit du travail, dans l'assiette du calcul des cotisations.

D'une manière générale, les sommes versées aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise sont soumises aux cotisations sociales, à l'exception de celles qui ont la nature de remboursement de frais professionnels (arrêté interministériel du 26 mai 1975, J.O. du 12 juin) dès lors qu'elles sont utilisées conformément à leur objet. La Cour de cassation interprète restrictivement cette catégorie: la prise en charge par l'employeur du supplément d'impôt auquel est tenu un salarié envoyé à l'étranger est une rémunération soumise à cotisations car le supplément versé n'a pas lui-même une nature professionnelle (Soc.4 juin 1992.RJS 7/1992, n;922). Sont également exclues les primes **collectives** (v.annexe 2 infra) d'intéressement et de participation, ainsi que les indemnités de rupture du contrat de travail lorsqu'elles ont la nature de dommages-intérêts, telle l'indemnité de licenciement.

Quant au droit fiscal, il met en oeuvre une base d'imposition très proche de ce qu'est l'assiette des cotisations, à laquelle il se réfère pour certaines solutions, par exemple l'évaluation forfaitaire des avantages en nature, pour leur imposition (laquelle se fait toutefois sur la valeur réelle de l'avantage lorsque la rémunération en espèces dépasse le plafond de la sécurité sociale), ou encore la déductibilité des frais professionnels. A noter toutefois que les indemnités de licenciement allant au delà du montant prévu par la loi ou la convention collective ne sont que partiellement exclues de la rémunération soumise à imposition.

Annexe 2.

L'ÉPARGNE SALARIALE: une rémunération complémentaire?

La loi du 19 février 2001 (1), sans donner une définition formelle, entend par «épargne salariale» toute épargne susceptible de se former à l'occasion de la relation de travail. Cinq mécanismes principaux existent en France, dont on présentera les traits essentiels (I), avant de les situer par rapport aux autres modes de rémunération (II).

I. Les mécanismes existants.

a) *La participation des salariés* aux résultats de l'entreprise est issue de l'ordonnance du 17 août 1967. Elle est obligatoire au profit des salariés des entreprises occupant habituellement au moins 50 travailleurs (2). Les plus petites entreprises peuvent appliquer le régime légal à titre volontaire.

Les salariés ont un droit (au prorata de leur salaire en principe et dans la limite d'un plafond) à une fraction des bénéfices, dénommée «réserve spéciale de participation» (3) dont les modalités de répartition ont été assouplies: les accords peuvent prévoir une répartition uniforme ou proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise, ou combiner plusieurs critères..

La participation est mise en place par accord collectif, lequel joue un rôle important pour préciser l'affectation des sommes versées (attribution d'actions de l'entreprise, compte courant bloqué dans l'entreprise, actions de SICAV, parts de Fonds commun de placement d'entreprise, plan d'épargne d'entreprise...).

Le code du travail rend indisponibles pendant cinq ans les droits des salariés (4), sauf si l'intéressé se trouve dans l'un des neuf cas de déblocage anticipé énumérés (cessation du contrat de travail, surendettement, mariage, création d'entreprise, acquisition de résidence principale etc..).

Pour l'entreprise la participation n'est soumise ni à la taxe sur les salaires, ni aux cotisations sociales. Pour le salarié les sommes sont exonérées de l'impôt sur le revenu et des cotisations sociales (à l'exception de la CSG et de la CRDS). Elles ne relèvent pas du régime juridique du salaire en droit du travail, mais sont toutefois garanties par l'AGS (5)

Leur montant ne peut pas dépasser, pour un même exercice, la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale.

La participation est le mécanisme le plus important d'épargne salariale: en 1997, 4,95 millions de salariés étaient couverts par 18 951 accords, les versements représentant 4,2% de la masse salariale..

(1) Loi 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, JO du 20, p.2774. pour un "aperçu rapide", v.F.Taquet, JCP.2001. éd.G.Actualité, p.737. V.auparavant le rapport au premier ministre de JP. Balligand et JB.Foucauld, "L'épargne salariale au coeur du contrat social", la doc.française, 2000

(2) La loi du 19 février 2001 prévoit que le chiffre de 50 salariés se détermine au sein de l'unité économique et sociale au sens de l'article L.431-1 c.trav.

(3) La réserve de participation est calculée à partir du bénéfice fiscal (se reporter à l'article L.442-2, C.trav.)

(4) Il n'est plus possible de prévoir le déblocage des sommes issues de la participation au bout de 3 ans depuis la loi du 19 février 2001, mais les accords en vigueur avant sa promulgation continuent à produire leurs effets.

(5) Assurance de garantie des salaires.

b) *L'intéressement des salariés*, institué par l'ordonnance du 7 janvier 1958, est un dispositif facultatif et contractuel, ouvert à toute entreprise, et mis en oeuvre par un accord collectif conclu pour trois ans au maximum dans le cadre d'un établissement, d'une entreprise ou d'un groupe. L'administration du travail peut exercer un contrôle sur le contenu de l'accord, qui doit être déposé auprès de la direction départementale du travail et de l'emploi. Mais la loi du 19 février 2001 a voulu «sécuriser» les accords d'intéressement en prévoyant qu'au delà d'un délai de 4 mois, le silence de l'administration équivaut à une reconnaissance implicite de l'accord.

Cette sécurisation ne saurait permettre (1) toutefois une substitution des salaires en primes d'intéressement (v.infra)

L'intéressement est collectif et son calcul est lié soit aux résultats financiers ou comptables, soit aux performances de l'entreprise (et non pas celles de chaque salarié), calculés désormais sur une période éventuellement inférieure à un an mais au moins égale à trois mois. Dans certaines conditions, une entreprise pourra calculer l'intéressement sur le résultat de l'une ou de ses filiales. Ceci étant, l'accord peut prévoir une répartition uniforme des primes d'intéressement, mais aussi liée à l'ancienneté, ou proportionnelle aux salaires, donc plus individualisée. Les sommes distribuées sont en outre soumises à un plafond global (20% de la masse des salaires) et à un maximum individuel (la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale).

Pour l'entreprise, ces primes sont déductibles de l'assiette de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu, et non soumises aux taxes sur les salaires et aux cotisations sociales. De plus la loi du 19 février 2001 permet aux entreprises de moins de 100 salariés ayant conclu un accord d'intéressement ou concluant un tel accord dans un délai de deux ans de déduire des résultats imposables une provision pour investissements de 50%.

En 1997, plus de 14 000 entreprises avaient conclu un accord d'intéressement, concernant quelque 3 millions salariés. Les versements effectifs ont représenté 3,3% de la masse salariale.

c) *Le plan d'épargne d'entreprise (PEE)*.

La loi du 19 février 2001 définit le PEE comme un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières.(article L.443-1 C.trav).

Les versements volontaires du salarié sont limités au quart de sa rémunération annuelle et les abondements de l'entreprise, sont également plafonnés (2). Le PEE peut aussi recueillir les sommes dues au salarié au titre de la participation ou de l'intéressement.

Les sommes versées par l'entreprise au titre des frais de gestion du PEE, ou des abondements, sont déduites de son bénéfice imposable et non soumises aux taxes sur les salaires et aux charges sociales. Pour le salarié les abondements, non ses versements volontaires, sont exonérés de l'impôt sur le revenu.

Deux innovations ont été introduites par la loi du 19 février 2001. D'une part un système d'épargne longue, «le plan partenarial d'épargne salariale volontaire» (PPESV) permettant aux salariés de constituer une épargne leur permettant de réaliser ensuite des projets tels que l'achat d'une résidence, le soutien d'un membre de la famille, ou la préparation d'un complément de retraite. Le PPESV peut recevoir les sommes issues de l'intéressement, de la participation ou tout autre versement et abondement de l'entreprise (3). Les entreprises ayant mis en place un PPESV pourront constituer une provision pour investissement égale à 25% du montant de l'abondement (4)

(1) En ce sens, F.Taquet, loc.cit, et le caractère d'ordre public de la règle.

(2) Article L.443-7 C.trav.

(3) Le régime social et fiscal du PPESV est le même que celui du PEE, mais la partie de l'abondement supérieure à 2300 euros est soumise à une contribution patronale de 8,2% dont le produit sera affecté au fonds de réserve des retraites

(4) 50% pour les versements complémentaires investis en titres donnant accès au capital de l'entreprise.

Le règlement du PPESV doit ouvrir à ses participants la possibilité d'acquérir des parts de fonds solidaires, la loi du 19 février 2001 précisant que les entreprises solidaires emploient des personnes en difficulté sur le marché du travail et sont agréées par le ministre de l'économie.

A noter que dans le PPESV, les sommes inscrites en compte sont délivrées en une seule fois, sauf dans le cas où, à la demande du participant, un fractionnement est opéré.

D'autre part le «plan d'épargne interentreprises» (PEI) doit permettre l'accès à l'épargne salariale des petites entreprises par l'intermédiaire d'un groupement, en adoptant les modalités du PEE ou du PPESV. Le PEI peut recevoir les sommes issues de l'intéressement, de la participation, des versements volontaires des salariés, de l'abondement.

d) L'actionnariat salarié: les plans d'actionnariat.

Les salariés de Renault bénéficièrent les premiers (sous condition de cinq ans d'ancienneté) d'une distribution gratuite d'actions (loi du 2 janvier 1970). La distribution gratuite d'actions par une société à son personnel a été rendue possible par une loi du 24 octobre 1980 dans le secteur privé, dans la limite de 3% de l'augmentation de capital, avec un financement de l'Etat à concurrence de 65%. Cette possibilité, utilisée par moins de 350 sociétés (1), a pris fin le 31 décembre 1982.

La loi du 27 décembre 1973 a permis aux entreprises de proposer à leurs salariés d'acheter en bourse leurs actions ou de souscrire à une augmentation de capital, dans des conditions financières avantageuses, mais en imposant des plafonds. Ce dispositif n'a pas eu un grand succès.

Mais l'actionnariat salarié s'est développé à travers la participation (versée directement en actions de l'entreprise ou des PEE (les sommes recueillies pouvant être affectées à l'acquisition de titres émis par l'entreprise, le plafond d'abondement étant alors relevé, et le prix de souscription des actions étant réduit). En 2000, les salariés de Vivendi détenaient ainsi 4% du capital de la société.

Par ailleurs les opérations de privatisation (lois des 2 juillet et 6 août 1986, et loi du 19 juillet 1993) ont conduit d'assez nombreux salariés ou anciens salariés à devenir actionnaires des sociétés privatisées (2). L'on a vu aussi l'Etat autorisé à céder gratuitement des actions (de la société Air France) aux salariés ayant consenti à une réduction de leur salaire par avenant à leur contrat de travail (3).

e) Les «stock options» à la française.

L'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au profit du personnel d'une société a été prévue par une loi du 31 décembre 1970, remaniée à plusieurs reprises. Le schéma repose sur une promesse de vente de la société au salarié pour un nombre d'actions existantes ou nouvelles et un prix déterminés (qui ne peut pas être modifié pendant la durée de l'option. Le bénéficiaire dispose d'un délai pour lever l'option et réaliser un gain en capital si la valeur de l'action a augmenté, en bénéficiant d'avantages fiscaux. Lorsqu'un rabais supérieur à 10% à leur cours en bourse est accordé sur le prix des actions, la fraction excédentaire (plus value d'acquisition) est imposée en tant que complément de rémunération pour l'année de la levée de l'option.

(1) Ph. Merle, "Sociétés commerciales", Dalloz 2000, p. 610.

(2) On peut citer Air-France, France-Telecom, Péchiney, Usinor-Sacilor, la Société Générale (où les salariés actionnaires ont été un allié de la direction lors du rachat de la BNP (v. Le Monde 14 juin 2000) Elf Aquitaine, Rhône-Poulenc, la BNP, Thomson-CSF, le Crédit commercial de France...

(3) En vertu de la loi du 2 juillet 1998 (art. 51) et d'un accord collectif du 29 octobre 1998. V. aussi le décret du 9 févr. 1999, JO du 10 févr.

Des études ont attiré l'attention (1) sur la nécessité de transparence des pratiques, et la loi du 12 avril 1996 a exclu que de telles options puissent être consenties pendant la période entourant notamment la publication des comptes sociaux. Quant au régime fiscal des stocks options, il a été de nouveau débattu dans le cadre de l'examen parlementaire du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques (2).

II. Place de ces mécanismes

Dans quelle mesure ces différents mécanismes peuvent-ils être considérés comme relevant des modes de rémunération des salariés? L'on constate que si les sommes attribuées dans chaque cas aux salariés n'ont pas la nature juridique du salaire au sens du droit du travail (A), le législateur intègre néanmoins l'épargne salariale dans le champ de l'ordre public salarial, en la faisant relever de la négociation collective sur les salaires, et en s'efforçant de réduire les inégalités engendrées par les dispositifs existants (B).

A. Nature juridique de l'épargne salariale

Les sommes issues de la participation ne sont pas des salaires, en droit social comme en droit fiscal. La loi elle-même (article L.441-4 C.Trav. précise que l'intéressement n'a pas le caractère d'élément de salaire pour l'application de la législation du travail (vérification du respect du SMIC par exemple), et la jurisprudence affirme avec fermeté le principe de non substituabilité de l'intéressement au salaire(3), principe repris pour l'abondement à un plan d'épargne d'entreprise par le nouveau texte (4) La prise en charge par l'AGS (5) de la participation et de l'intéressement crée cependant une ambiguïté, plus forte pour ce dernier. La Cour de cassation assimile malgré tout l'intéressement au salaire pour certaines solutions (la suppression aux grévistes de la prime d'intéressement représente une discrimination illicite, et le salarié élu conseiller prud'homme doit en bénéficier (6).Donnant lieu à un versement immédiat, l'intéressement n'est pas un mécanisme d'épargne salariale obligatoire. De plus la loi du 25 juillet 1994 (art.L.227-1 C.Trav.) prévoit que les primes d'intéressement peuvent alimenter un compte épargne temps permettant au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré d'une durée minimale de 6 mois.

En droit fiscal l'intéressement, imposable, est un supplément de salaire pour le salarié.

Un cas d'espèce récent concernant un système d'actionariat a conduit la cour de cassation à une approche pragmatique : la créance des salariés d'une compagnie d'assurances au titre de

(1) Rapport au Sénat de J.Arthuis, P.Loridant, Ph.Marini, 17 mai 1995, n°274; E.Gardner de Béville, "Les options sur actions: un droit menacé?", *dalloz affaires* 1996.191; R.Vatinet, "le clair obscur des stock options à la française", *rev.sociétés* 1997.31; H.Le Nabasque, "la loi oblige-t-elle à révéler le nom des bénéficiaires de stock options?" *JCP.ed.E.*2000.116.

(2) Rapport E.Besson, *Nouvelles régulations économiques*, Ass.Nat.n°2864,p.203s.

(3) Article L.441-4 C.trav. Soc.26 oct.1995, RJS 12/95, n°264; Soc.27 janv.1994, 2 espèces, Bull.V.n°34; Soc.7 déc.2000 précité. Une substitution même partielle est impossible: Soc.21 mars 1996, Bull.V.n°109.

Le fait de supprimer une prime annuelle au moment de la conclusion d'un accord d'intéressement caractérise une substitution contraire à la loi: Soc.7 déc.2000, RJS 2/01,n°218.

(4) Loi du 19 févr.2001, modifiant l'article L.443-7 C.trav.

(5) D'où l'idée, exprimée par J.Savatier, qu'il s'agirait de salaires malgré ce que dit la loi (note au JCP 1992. éd.G.II.21806).

(6) Soc.6 nov.1991. Bull.V.n°71

comptes compensateurs d'actions a été qualifiée d'avantage salarial (1), ce qui a permis de l'exclure d'une transaction conclue dans le cadre d'un plan social, qui ne portait pas sur les créances salariales.

Par contre, une jurisprudence bien établie considère que le caractère collectif du plan d'épargne d'entreprise s'oppose à ce que le montant des versements de l'employeur soit fondé sur des critères de performance individuelle des salariés, leur mérite ou leurs fautes (2), éloignant ainsi le régime des sommes issues de l'épargne salariale de celui des salaires.

B-Soumission de l'épargne salariale à l'ordre public salarial.

La primauté du principe d'égalité vaut, du moins théoriquement, pour l'épargne salariale (1), que la loi intègre dans la négociation collective sur les rémunérations (2).

1. Tous les salariés de l'entreprise ou de l'établissement doivent pouvoir bénéficier dans les mêmes conditions de l'intéressement (3), de la répartition de la réserve de participation (4), ou participer aux plans d'épargne (5). Soucieux de rendre effective l'égalité, le législateur a réduit de 6 à 3 mois l'ancienneté maximale qui peut être imposée par un accord pour le bénéfice d'un dispositif d'épargne salariale (6). Dans son «état des lieux», le rapport de J.P.Ballignand et J.B.de Foucauld voit pourtant dans l'épargne salariale «un reflet des inégalités plus qu'une correction de celles-ci» car elle «est d'autant plus abondante que le salaire est élevé, que les salariés sont anciens dans l'entreprise, et que leur âge avance, ces facteurs étant probablement corrélés» (7). De leur côté les partisans de l'actionnariat salarié soulignent que l'actionnariat salarié en France ne touche qu'environ 1% du capital des entreprises (8).

2. La négociation collective devra porter désormais sur l'épargne salariale. La loi du 19 février 2001 a inclus dans la liste des dispositions obligatoires pour qu'une convention collective soit susceptible d'extension, une clause sur l'épargne salariale. Elle impose d'autre part une négociation chaque année sur un ou plusieurs dispositifs d'épargne salariale au sein de l'entreprise quand les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou un accord d'entreprise ayant mis en oeuvre un système d'intéressement, de participation ou de plan d'épargne. Cette réforme est susceptible de permettre aux partenaires sociaux, déjà tenus par une obligation de négocier sur les salaires effectifs (supra) d'évaluer les équilibres, et d'éviter un effet, dans la réalité, de substitution de la progression des revenus salariaux.

(1) Acquis après vingt ans d'ancienneté, et dont le versement était différé jusqu'au départ de l'entreprise, Soc.21 mars 2000.RJS.5/00,n°535.

(2) L'enjeu était la "réintégration" des sommes versées au titre de l'abondement dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Soc.26 oct.2000, dr.soc.2001.88, obs.C.Radé; Soc.9 mai 1996.953, concl.P.Lyon-caen; Soc.23 mai 1996, dr.SOC.1996,746, OBS.Y.Saint-jours; Soc.12 oct.1995. Bull.V.n°272..

(3) Art.L.441-2 C.trav. d'où l'impossibilité d'exclure une catégorie de salariés (Soc.23 nov.1999, Dr.soc.2000.216, obs.C.Radé

(4) Art.L.442-4, C.trav.

(5) Art.L.443-2, C.trav.

(6) Art.L.444-4, C.trav, modifié par la loi du 19 févr.2001. Le texte prévoit aussi la prise en compte de l'ensemble des contrats de travail exécutés au cours de la période de calcul et des douze mois qui la précèdent. En outre le salarié intérimaire est réputé compter trois mois d'ancienneté s'il a été mis à la disposition d'entreprises utilisatrices pendant une durée d'au moins 60 jours au cours du dernier exercice.

(7) JP.Ballignand et JB.de Foucauld, op.cit.p.70, et annexe B.

(8) M.Mathieu, secrétaire général de la Fédération européenne de l'actionnariat salarié, intervention au colloque de l'I.E.S sur l'actionnariat salarié, SSL 14 mai 2001,n°1028,p.58.