



HAL
open science

La rémunération du travail salarié

Walter Gauthier

► **To cite this version:**

Walter Gauthier. La rémunération du travail salarié. Droit. Université de Bordeaux, 2016. Français.
NNT: 2016BORD0189 . tel-01633035

HAL Id: tel-01633035

<https://theses.hal.science/tel-01633035v1>

Submitted on 11 Nov 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Walter GAUTHIER**

La rémunération du travail salarié

Sous la direction de : **Gilles AUZERO**

Soutenue le 7 novembre 2016

Membres du jury :

M. Gilles AUZERO,
Professeur à l'Université de Bordeaux, **directeur de thèse**

M. Dirk BAUGARD,
Professeur à l'Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis, **rapporteur**

M. Julien ICARD,
Professeur à l'Université de Valenciennes, **rapporteur**

M. Christophe RADE,
Professeur à l'Université de Bordeaux, **président du jury**

Résumé :

Les liens qui unissent rémunération et travail semblent, de prime abord, d'une évidente simplicité. Pour autant, la spécificité de la créance de rémunération et la sophistication des nouvelles formes de rétribution complexifient fortement ces rapports. Partant de ce constat, il est nécessaire de s'intéresser aux interactions qu'entretiennent ces deux notions. La rémunération est avant tout une catégorie juridique dont la définition varie suivant la règle à appliquer. Les multiples finalités assignées aux normes venant encadrer la rémunération font du travail un critère inopportun de définition car trop restrictif. La nécessité de repenser les critères de définition de la rémunération s'avère donc indispensable. La rémunération est également la contrepartie de l'obligation principale du salarié. La manière d'appréhender les interactions entre le travail convenu et la rémunération conditionne, dès lors, l'étendue du droit à rémunération du salarié. La contrepartie de la rémunération est majoritairement la contrepartie d'une immobilisation temporelle de l'activité du salarié au service d'un employeur. Contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié, la détermination du montant de la rémunération devrait également être liée à ce facteur temporel. Il s'avère que l'évolution des modes de rémunération et de l'organisation du temps de travail contredit ce postulat de départ. Le montant de la rémunération devient, par conséquent, bien plus dépendant de la performance du salarié ou des résultats économiques de l'entreprise que du temps passé à se tenir à la disposition de l'employeur.

Mots clés : Relations de travail salarié ; Contrat de travail ; Rémunération ; Salaire.

Title : Remuneration of wage labor

Abstract:

The links between remuneration and work seem, at first glance, of an obvious simplicity. However, the specificity of the pay debt and the development of new kind of remuneration complicate strongly these reports. Starting from this observation, it is necessary to focus on the interactions between these two concepts. First of all, remuneration is a legal category and its definition varies according to the rule to apply. The multiple objectives assigned to law remuneration make work a wrong criterion of definition because too restrictive. The need to rethink the definition of remuneration criteria is therefore essential. Remuneration is also the compensation of the main obligation of the employee. Therefore, the way to understand the interactions between the agreed work and pay determines the extent of the right to employee's compensation. The compensation of remuneration is mainly the consideration of the temporal fixed asset of the employee in the service of an employer. Determining the amount of compensation should also be linked to this temporal coefficient. But, changing patterns of pay and the new rule's organization of working time contradicts this premise. Nowadays, the amount of remuneration becomes more dependent on the performance of the employee or on the economic results of the company that the time spent on hold at the disposal of the employer.

Keywords : Employment relationships ; Employment contract ; Remuneration ; Salary.

Unité de recherche

LABORATOIRE COMPTRASEC UMR CNRS 5114

16 avenue Léon Duguit, CS 50057 – 33608 PESSAC – France

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Gilles Auzero pour toute son aide durant ces longues et laborieuses années. Sa sympathie, ses conseils et ses encouragements m'ont permis de mener à bien mes travaux. Je tiens également à remercier Dirk Baugard, Julien Icard et Christophe Radé pour l'honneur qu'ils me font d'avoir accepté de participer à mon jury de thèse.

Mes remerciements vont ensuite aux membres du Comptrasec, qui ont su m'apporter aide et bienveillance. Ce fut un plaisir d'avoir pu travailler parmi vous, nos échanges et nos conversations me manqueront !

Je remercie également mes amis, qui se reconnaîtront dans ces quelques lignes, (ce qui m'évitera d'en oublier lors d'une énumération fastidieuse...), pour la joie et la bonne humeur qu'ils ont su m'apporter. Une mention spéciale pour Damien et Jean-Baptiste qui m'ont aidé, par leurs judicieux conseils et leurs précieuses relectures, à finaliser ma thèse.

J'ai également une pensée pour les doctorants de l'Université Panthéon Sorbonne pour leur accueil chaleureux, et tout particulièrement pour Mathilde et Jean-Eudes qui m'ont permis de trouver à Paris, un lieu agréable et amical où finir ma rédaction.

Mes remerciements vont aussi aux membres de ma famille, qui ont réussi l'exploit de me soutenir et de me supporter tout au long de mes études. Vous avez su m'appuyer et me changer les idées durant mes périodes de doutes et d'incertitudes qui ont pu émailler et rendre plus piquant mon parcours universitaire !

Mes dernières pensées reviennent bien naturellement à Amélie, ma meilleure moitié. Ton enthousiasme naturel et ton soutien indéfectible dans mes études comme dans la vie en général m'ont permis de mener mon projet à bien.

SOMMAIRE

Première partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LA NOTION DE RÉMUNÉRATION..... 36

Titre premier : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE DÉFINITION DE LA CRÉANCE DE RÉMUNÉRATION 38

Chapitre premier : LE TRAVAIL, CRITÈRE IMPARFAIT DE DÉFINITION DE LA RÉMUNÉRATION..... 40

Chapitre second : LE TRAVAIL, SOURCE PRINCIPALE DE LA RÉMUNÉRATION..... 106

Titre second : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE CLASSIFICATION DES CRÉANCES SALARIALES.....168

Chapitre premier : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES DE REMUNERATION..... 170

Chapitre second : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES INDEMNITAIRES..... 224

Seconde partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LE MONTANT DE LA RÉMUNÉRATION. 258

Titre premier : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE TEMPS DE TRAVAIL.260

Chapitre premier : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AU TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF. 262

Chapitre second : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AUX TEMPS DE TRAVAIL PRODUCTIFS. 304

Titre second : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE RÉSULTAT DU TRAVAIL.....362

Chapitre premier : L'ASSOCIATION INDIVIDUELLE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU TRAVAIL. 364

Chapitre second : L'ASSOCIATION COLLECTIVE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU TRAVAIL. 409

ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

§	Paragraphe
Al.	Alinéa
ANI	Accord National Interprofessionnel
Art.	Article
Arr.	Arrêté
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Ass. plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
BJS	Bulletins Joly société
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass.	Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Confère
Chron.	Chronique
CHSCT	Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail
Circ. Min.	Circulaire Ministérielle
Civ. 1 ^{ère}	1 ^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^{ème}	2 ^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
Com.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
DIRECCTE	Direction régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi.
Dr. ouv.	Droit Ouvrier
Dr. soc.	Droit Social
Ed. ou éd.	Edition
GP ou Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit

<i>Infra</i>	Ci-dessous
Instruc. Minis	Instruction ministérielle
JCP E	Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise
JCP G	Juris-Classeur Périodique, édition Générale
JCP S	Juris-Classeur Périodique, édition Sociale
JO ou JORF	Journal Officiel de la République Française
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy
Légicom	Revue thématique de droit de la communication
Lexbase Hebdo éd. soc.	Lexbase Hebdomadaire, édition sociale
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
Obs.	Observations
p.	Page
PIBD	Propriété intellectuelle – Bulletin documentaire
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
RDC	Revue de droit des contrats
RDT	Revue de Droit du Travail
Rev. sctés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit administratif
RJ Com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJS	Revue de Jurisprudence Sociale
RRJ	Revue de recherche juridique
RTD Civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD Com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
SSL	Semaine Sociale Lamy
<i>Supra</i>	Ci-dessus
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Travail et protection sociale
UES	Unité Economique et Sociale

INTRODUCTION

1. Rémunération et travail ne seraient-ils que les deux faces indissociables d'une même pièce ? Dans son opuscule sur le « *Salaire, prix et profit* »¹, Karl Marx louait l'intuition de Thomas Hobbes d'avoir été le premier à formuler que « *la valeur d'un homme, son estimation, est, comme pour toutes les autres choses, son prix, c'est-à-dire exactement ce qu'on en donne pour l'usage de sa force* »². C'est par l'insertion du travail dans le commerce, sur un marché, où il est susceptible de faire l'objet d'un échange pécuniaire, qu'il acquiert sa valeur vénale. « *La valeur d'un homme se mesure à son gain* », constatait Gérard Lyon-Caen, et « *non comme naguère à sa vertu, ou à son dévouement, ou même à sa science* »³, à tel point que le travail gratuit, désintéressé, en deviendrait suspect et confinerait à la fraude. Bien que certains auteurs estiment que « *le travail à titre gratuit est sans doute le plus fondamental pour la survie d'une société* »⁴, d'autres dressent le constat selon lequel, lorsqu'une forme de travail accède à la reconnaissance sociale, le champ de sa gratuité tend à s'estomper⁵. Dans notre société marchande, le travail à titre onéreux constituerait donc la norme, le travail gratuit, l'exception.

2. Le travail ouvre donc droit à une contrepartie dont la terminologie varie suivant la profession exercée. Solde du militaire⁶, traitement du fonctionnaire, cachet de l'artiste, honoraire de la profession libérale, guelte du vendeur, gage du domestique, gratification du

¹ MARX K., « Salaire, prix et profit », 26 juin 1865, Rapport au conseil général de l'Association Internationale des Travailleurs.

² HOBBS T., « Léviathan », 1651, Chapitre X.

³ LYON-CAEN G., « L'argent du travail », 1997, Archives philosophiques du droit, n° 42.

⁴ SUPIOT A., « Le travail en perspectives : une introduction », in *Le travail en perspective*, LGDJ, 1998, p. 1

⁵ Le GUIDE R., « Disparition et résurgence du travail à titre gratuit », in *Le travail en perspective*, LGDJ, 1998, p. 229. L'auteur mentionne notamment la fonction élective, qui glisse de plus en plus vers un principe de rémunération, ou encore le bénévolat, qui tend à se professionnaliser.

⁶ LITRE E., « Dictionnaire de la langue française », 1872-1877. Le soldat est ainsi celui qui reçoit une solde. La solde vient du latin *solidus*, qui signifie solide ou massif. Il s'agit du surnom élogieux donné dans l'Antiquité tardive à la monnaie en or créée par l'empereur Constantin.

stagiaire, indemnité de fonction de l'élu, et bien évidemment salaire⁷ du ... salarié ne représentent qu'un faible échantillon de la diversité lexicale de termes synonymes de la notion plus englobante de rémunération. Ces appellations multiples renvoient à la diversité des justifications des sommes versées à ces travailleurs : le salaire de l'ouvrier lié à la production réalisée, le traitement des fonctionnaires à la qualification et à l'ancienneté reconnues, les gages à la fidélité du service, la solde du militaire à la faculté de lui permettre de tenir son rang⁸... Le terme rémunération ne renvoie, quant à lui, pas à la rétribution d'une catégorie spécifique de travailleurs. Son étymon latin, *remuneratio*, signifie seulement récompense, reconnaissance⁹. La majorité des dictionnaires en donne une définition large, sans lien avec une activité professionnelle particulière. Le *Dictionnaire culturel en langue française* la définit comme « l'argent reçu pour prix d'un service, d'un travail », sans plus de précision¹⁰. Le *Vocabulaire juridique* en donne cependant une double acception. Dans un sens large, il s'agit « d'un terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité ». Dans un sens plus spécifique, la rémunération « serait la contrepartie du travail ou de la disponibilité du salarié, comportant non seulement le salaire et ses accessoires », mais également « l'ensemble des avantages accordés au salarié en vue de lui permettre de satisfaire à ses besoins »¹¹. Deux remarques peuvent être faites à propos de cette définition. Un écueil, tout d'abord, l'assimilation de la rémunération à la seule rétribution du salarié. Cette confusion s'explique sans doute moins par des raisons étymologiques que par un argument factuel, la principale source de rémunération des travailleurs résidant, aujourd'hui, dans le travail salarié¹². Une telle vision restrictive tend à gommer la dimension globale de la rémunération qui englobe l'ensemble des sommes allouées aux travailleurs en raison de leur activité professionnelle. Une précision louable est ensuite apportée, l'explicitation de la, ou tout du moins de l'une, des finalités de la rémunération. Si la rémunération du salarié lui est versée en contrepartie de son travail, elle l'est avant tout afin de lui permettre de subvenir à ses besoins. La mise en

⁷ Dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} éd., 1932-1935. Le mot « salaire » provient du mot latin *salarium*, dérivé de *sal* qui signifie « sel ». Denrée rare, le sel servait à payer les fonctionnaires à la fin de l'Empire Romain.

⁸ Dictionnaire du travail, « Rémunération », PUF, Quadrige, 2013, p. 322.

⁹ GAFFIOT F., « Dictionnaire Latin Français », Hachette, 1934.

¹⁰ REY A. (sous la dir.), « Dictionnaire culturel en langue française », Robert, 2005.

¹¹ CORNU G., (sous la dir.), « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd.

¹² On estime en effet qu'environ 90 % des actifs en France sont salariés. V. en ce sens, Dictionnaire du travail, *op. cit.*, p. 661.

lumière de la fonction alimentaire de la rémunération permet de montrer qu'elle n'est pas que la stricte contrepartie d'un service ou d'un travail.

3. La rémunération est principalement présentée comme étant la contrepartie de l'usage du travail d'autrui. Cette définition générique occulte néanmoins sa véritable nature. Un aperçu historique de la rémunération permet de mieux rendre compte de sa profonde complexité et des multiples fonctions qui ont pu lui être assignées. Bien que nous ayons vu précédemment que le terme de rémunération ait vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités professionnelles, la majorité des travaux se focalise uniquement sur la rémunération des travailleurs subordonnés¹³.

4. Dans son étude sur la notion de salaire, Félix PIPPI réalise une précieuse analyse historique de la rémunération du travail¹⁴. Il rejette le postulat suivant lequel le salaire apparaît historiquement à partir du moment où l'individu qui travaille est libre ou relativement libre de sa force de travail, tout en n'étant pas personnellement propriétaire des moyens de production qu'il met en œuvre. Selon lui, le concept de salaire est encore plus ancien, et l'on peut considérer que l'esclavage constitue la première forme d'exploitation du travail humain qui ouvre droit, malgré l'absence de liberté du travailleur, à une forme primitive de contrepartie. Le premier document historique disponible est le Code d'Hammourabi¹⁵ qui contient près de 300 articles dont de nombreux traitent de façon minutieuse de la réglementation du travail. Il pose le principe d'un salaire légal, calculé soit d'après le travail fait, soit à la journée ou à l'année¹⁶. On y apprend cependant que les travailleurs sont rémunérés essentiellement en nature, ce qui illustre, dès l'origine, la vocation alimentaire de la rémunération¹⁷. Une réglementation similaire a pu être constatée en Egypte Ancienne. Des documents économiques retrouvés dans un village situé en face de

¹³ Dans le cadre d'une approche historique de la rémunération, ce terme peut apparaître comme un néologisme au regard de la période concernée.

¹⁴ PIPPI F., « De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social », LGDJ, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 1966, p. 1.

¹⁵ Rédigé sur une haute stèle de basalte érigée par le roi de Babylone au XVIII^e siècle av. J.-C., il est à la fois une œuvre d'art, un ouvrage historique et littéraire et le recueil juridique le plus complet de l'Antiquité connu à ce jour. Cf. ANDRE-SALVINI B., *Le Code de Hammourabi*, collection Solo, Éditions de la Réunion des musées nationaux, Paris, 2003.

¹⁶ GILLE P., « Le salariat : étude économique et sociale », cité in PIPPI F., *op. cit.*, p. 2.

¹⁷ « La quantité de nourriture allouée à chaque travailleur lui est remise sous forme de ration journalière. En moyenne, un travailleur libre reçoit une ration de 2 silas, soit approximativement 2 litres d'orge par jour ».

Louxor, qui abritait les ouvriers et artistes chargés de creuser et décorer les tombes royales, révèlent que les travailleurs y étaient rétribués en nature, par l'attribution de produits de consommation ou d'usage¹⁸. De même, le regroupement de ces travailleurs en « associations religieuses » susceptibles de couvrir les frais de maladie de leurs membres, ou encore la prise en charge des conséquences d'un accident de travail par le maître d'ouvrage¹⁹ a pu faire dire à un auteur que « *la fonction alimentaire commence ainsi à poindre, et avec elle, l'ébauche d'un salaire minimum vital en nature et d'un salaire d'inactivité* »²⁰. Cette prise en compte des besoins du travailleur s'explique, semble-t-il, par la morale égyptienne qui aurait été « *fondièrement humanitaire, faite de bienveillance et de charité* »²¹.

5. Il ne semble pas que cette tendance puisse se retrouver en Grèce antique. L'apparition puis le développement de la monnaie favorise le paiement de l'ouvrier en argent en lieu et place du gîte et du couvert. Les documents retrouvés témoignent du paiement du travailleur à la journée, la rémunération correspondant au travail effectué ou à l'objet fourni²². L'absence d'une dimension alimentaire, le déni de toute finalité protectrice de la personne du travailleur s'expliquent très certainement par la place particulière qu'occupe le travail manuel dans le monde grec. Pour la sociologue Dominique MÉDA, les philosophes grecs partagent une même conception du travail, « *il est assimilé à des tâches dégradantes et n'est nullement valorisé* »²³. Le mépris de ce que l'on appellera plus tard la « valeur travail » se retrouve dans la structure sociale de la société grecque. Ainsi, « *l'ensemble des tâches directement liées à la reproduction matérielle est entièrement pris en charge par des esclaves* »²⁴. C'est donc l'esclave, semblable aux animaux domestiques auxquels il est assimilé, qui est destiné à assurer les besoins indispensables de son maître, et non l'inverse.

¹⁸ SAUNERON S. « L'Égypte, Histoire du Droit du travail », cité in PIPPI F., *op. cit.*, p. 18. « *Un ouvrier touche en moyenne chaque mois, quatre mesures (soit 380 litres) de blé et une mesure et demi (un peu plus de 140 litres) d'orge, avec attribution irrégulière de vêtement, d'eau et de bois de chauffage* ».

¹⁹ *Ibid.* Cet auteur relate en effet l'anecdote d'un employé d'un temple qui, devenu aveugle suite à un accident de travail, sollicite la prise en charge du coût des médicaments par le temple qui l'employait. L'auteur y voit « *une certaine tendance des grandes institutions à protéger leurs employés contre les risques professionnels et leurs conséquences* ».

²⁰ HENNEBELLE D., « Essai sur la notion de salaire », Thèse, PUAM, 2000, p. 21.

²¹ PIPPI F., *op. cit.*, p. 19.

²² BOURRIOT F., « Histoire générale du travail – Préhistoire et Antiquité », Nouvelle librairie de France, T. 1, p. 280. Cité in PIPPI F., *op. cit.*

²³ MÉDA D., « Le travail. Une valeur en voie de disparition ? », Flammarion, Champs essais, 2010, p. 39.

²⁴ *Ibid.*, p. 43.

Ce concept de « *travail-marchandise* » trouve cependant son apogée à Rome²⁵. Sous l'Empire romain en effet, le travail est tout autant méprisé. L'esclave, objet de droit, met son corps et son activité à la disposition d'autrui, en contrepartie de quoi il peut recevoir un « pécule ». Il n'y a dans cette somme aucune prise en compte de la personne du travailleur, il s'agit seulement de lui donner « *juste ce qu'il faut pour ne pas mourir de faim* », afin d'obtenir de « *l'outil humain* » un rendement maximal²⁶. L'utilisation d'une main d'œuvre servile ne doit cependant pas occulter l'existence de relations de travail entre travailleurs libres et employeurs²⁷. L'instrument juridique servant de support à ces relations est la *locatio operarum*. L'objet de ce contrat porte sur les *operae*, c'est-à-dire sur les journées de travail d'un travailleur en échange desquelles l'employeur doit lui verser la *merces*. Il s'agit d'une forme de louage particulier, où le travail est assimilé à une chose, détachée de la personne du travailleur. Comme la *merces* n'est due que par journée de travail, les risques sont supportés par l'ouvrier, notamment en cas de maladie. Toute considération de juste salaire est exclue dans la détermination de son montant, qui ne résulte que de la loi de l'offre et de la demande.

6. Cette représentation du travail n'évolue que peu jusqu'à la fin du Moyen Âge²⁸. Les changements sociaux induits par la chute de l'Empire romain et la montée en puissance du christianisme entraînent peu à peu la disparition de l'esclavage, mais également des ouvriers libres. La société est essentiellement rurale et le travail est assuré par des serfs. Dans ce cadre, le travail est un service non rémunéré nommé « corvée ». La doctrine du « juste salaire » professée par Saint Thomas d'Aquin²⁹, si elle conduit à une réhabilitation du travail, ne se traduit pas concrètement dans une évolution des pratiques. La fin du Moyen Âge est

²⁵ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 21.

²⁶ PIPPI F., *op. cit.*, p. 21.

²⁷ Ou, en latin, entre *locator*, et *conductor*.

²⁸ MEDA D., *op. cit.*, p. 50.

²⁹ FREMEAUX S. et NOEL C., « Qu'est-ce qu'une juste rémunération ? Ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin », *Management et avenir*, août 2011, n° 48, p. 76. « *La volonté de généraliser le juste prix à l'ensemble de l'activité économique a conduit Thomas d'Aquin à évoquer la notion de juste salaire dans les relations entre un employeur et un employé. Thomas d'Aquin associe le salaire à une sorte de prix exigé par le travailleur pour la rétribution de son travail. Ce rapprochement lui permet d'énoncer que dans la mesure où payer le juste prix pour une chose achetée est un acte de justice, payer le salaire nécessaire pour un travail est également un acte de justice. La doctrine du juste prix qu'il a élaboré pour l'échange des biens est, selon lui, transposable à la question des rémunérations avec toutefois une réserve : il est nécessaire de permettre à celui qui vit de son travail de percevoir une rétribution suffisante. Le salaire doit donc échapper aux fluctuations du marché car dans une période de dépression, si les salaires suivaient une tendance identique à celles d'un marché baissier, les travailleurs ne seraient plus en mesure d'acheter les produits nécessaires à leur survie* ».

marquée par l'apparition des bourgs et l'essor des corporations³⁰. L'apparition des corporations marquerait même, pour certains, le début du droit du travail³¹. Ces associations de défense des ouvriers regroupent « un prolétariat libre » structuré par branche de métiers. Au sein de ces groupements hiérarchiques, plusieurs catégories de travailleurs coexistaient. Au bas de l'échelle sociale, les apprentis étaient placés chez les maîtres pour apprendre le métier, logés et nourris dans les ateliers, mais ne percevaient pas de rémunération. Seuls les compagnons et, au-dessus d'eux, les maîtres, se voyaient rétribués en contrepartie de leur travail³². La rémunération des travailleurs n'était cependant pas fixée par le statut de ces corporations³³, mais librement débattue entre les parties. Le régime corporatif sombra peu à peu dans le népotisme, les maîtres contrôlant strictement l'accès à la profession et réservant l'accès à la maîtrise aux seuls membres de leur famille³⁴. La période révolutionnaire marqua la fin des corporations professionnelles et la loi *Le Chapelier* des 14 et 17 juin 1791 procéda à leur abolition³⁵. En ce qui concerne les salaires, l'exposé de cette loi prévoit que « *c'est aux conventions libres d'individu à individu à fixer la journée pour chaque ouvrier* »³⁶. A l'aube de l'adoption du Code civil, la conception du travail-marchandise prédomine encore. Inspirés par les idéaux individualistes de la Révolution, les rédacteurs du Code civil ne se départissent pas de cette conception et le travail y est traité dans le cadre du contrat de louage. L'article 1779 place au premier rang des différentes formes de louage d'ouvrage et d'industrie « *le louage des gens de travail qui s'engagent au profit de quelqu'un* »³⁷. A l'instar de ce qui prévalait sous l'Empire romain, le travail est assimilé à une chose. Or, si « *dans l'économie romaine reposant sur l'esclavage, cette réification du travail par son assimilation aux choses était normale, elle peut aussi convenir à l'économie capitaliste où la force de travail doit pouvoir s'échanger sur le marché* »³⁸. L'avènement du Code civil marque l'adoption d'une conception unitaire de la rémunération fondée sur le prix du travail, le travailleur louant sa force de travail en échange de quoi il reçoit un salaire, sans tenir compte de sa personnalité

³⁰ PIPPI F., *op. cit.*, p. 23.

³¹ BRUN A. et GALLAND H., « Droit du travail – Les rapports individuels de travail », SIREY, 1978, 2^{ème} éd., p. 4.

³² *Ibid.*

³³ La réglementation corporative ne se préoccupait pas, en général, d'octroyer des garanties aux travailleurs. Le plus souvent, un plafond de rétribution était même fixé et non, comme de nos jours, un minimum.

³⁴ BRUN A. et GALLAND H., *op. cit.*, p. 24

³⁵ IMBERT J., « Histoire du droit privé », PUF, 1995, 7^{ème} éd., p. 73.

³⁶ Cité in GILLES P., « Le salariat, Etude économique et sociale », p. 5.

³⁷ OLSZAK N., « Histoire du droit du travail », Economica, 2011, p. 28.

³⁸ *Ibid.*

et de ses besoins. Concrètement, le salaire, calculé à l'heure ou à la journée, était payé à la fin de chaque semaine ou quinzaine³⁹. Les juges n'avaient pas à intervenir dans le calcul du prix du louage décidé souverainement par la libre volonté des parties contractantes⁴⁰. La réification du travail était corroborée par les théories économiques du salaire prédominantes de l'époque, « *qui avaient tendance à ne voir dans l'homme qu'un vulgaire facteur de production, et dans le travail une simple marchandise* »⁴¹.

7. L'apparition du travail sur la scène de l'économie politique est, en effet, contemporaine de la période révolutionnaire. Adam Smith, en 1776, expose le premier dans son ouvrage *Recherche sur les causes de la richesse des nations*, une théorie de la formation des salaires⁴². Le chef de file de l'école classique estime que le niveau du salaire s'établit par négociation entre maîtres et ouvriers. Cependant, les salaires ne peuvent pas descendre au-dessous d'un certain niveau, appelé « salaire de subsistance » ou « salaire naturel »⁴³. Ce dernier correspond à une norme biologique⁴⁴, et correspond à ce « *que la nature réclame* »⁴⁵. David Ricardo va dans le même sens qu'Adam Smith⁴⁶. Il précise cependant qu'il peut exister, sur le court terme, une différence entre ce prix naturel et le prix courant ou de marché et qui correspond à ce que reçoit réellement le travailleur. En application de la « *loi d'airain des salaires* »⁴⁷, ce surplus se traduit, ultérieurement, par une augmentation de la

³⁹ Dans un article consacré au droit du travail dans la littérature d'Emile Zola, le Professeur Christophe Radé relève que, pour cet auteur, le principe du paiement du salaire à la quinzaine était guidé par des considérations paternalistes, en ce qu'il s'agissait d'éviter que les travailleurs ne dépensent en une seule fois leur salaire mensuel. Cf. RADE C., « Emile Zola et le roman ouvrier », in *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, 2014, p. 260.

⁴⁰ HALPERIN J.-L., « Histoire du droit privé français depuis 1804 », PUF, 2012, 2^{ème} éd., p. 160. Quelques conseils de prud'hommes avaient pu annuler des contrats comme lésionnaires, la Cour de cassation les désavoua cependant au motif de la « liberté des conventions et de l'industrie ». (Civ., 12 décembre 1853, Sirey, 1854, I, 333).

⁴¹ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 22.

⁴² SMITH A., « Recherche sur les causes de la richesse des nations », Flammarion, 1991. « *C'est par la convention qui se fait habituellement entre ces deux personnes, dont l'intérêt n'est nullement le même, que se détermine le taux commun des salaires. Les ouvriers désirent gagner le plus possible ; les maîtres, donner le moins qu'ils peuvent ; les premiers sont disposés à se concerter pour élever les salaires, les seconds pour les abaisser* ».

⁴³ REYNAUD B., « Les théories du salaire », Repère, 1994, p. 7.

⁴⁴ La paternité de la notion revient à Turgot, physiocrate français. Dans ses *réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, il écrit qu'« *en tout genre de travail, il doit arriver et il arrive que le salaire de l'ouvrier se borne à ce qui est nécessaire pour lui procurer sa subsistance* ». Cité in REYNAUD B., *op. cit.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ RICARDO D., « Principes de l'économie politique et de l'impôt », Calmann-Lévy, 1970.

⁴⁷ MEURS D., « La rémunération du travail », PUF, 1995, 1^{ère} éd., p. 14. La paternité de l'expression revient au socialiste allemand Ferdinand Lassalle. Le pouvoir de négociation des salariés peut entraîner temporairement

main d'œuvre et, en corollaire, par un retour des salaires à leur prix naturel. Ainsi, selon les classiques, la formation des salaires doit relever du jeu de l'offre et de la demande, la négociation entre maîtres et ouvriers permettant de fixer la rémunération à une position d'équilibre permettant d'assurer la subsistance des travailleurs.

8. Dans ce contexte libéral, le développement d'une réglementation spécifique à la rémunération est difficilement imaginable. Ainsi que le constate Gérard LYON-CAEN, « pendant tout le cours du XIX^{ème} siècle, et jusqu'à une époque relativement récente, a triomphé le principe de la détermination du montant des salaires – assimilés au prix d'une marchandise, le travail – par le jeu de la loi et de la demande »⁴⁸. Cette conception trop abstraite du travail, détachée de la personne du travailleur, et le postulat de l'égalité entre les parties qui guide le Code civil, font que les salaires reçus en compensation d'un travail épuisant sont en général dérisoires⁴⁹. Le contrat de louage de service devient un « *diktat où l'une des parties impose sa volonté l'autre* »⁵⁰, et la détermination du salaire « *fonction de la valeur objective attribuée à la prestation de service, de sa qualité et de sa durée* »⁵¹, sans prise en compte aucune des besoins minima du travailleur. La misère sociale engendrée par cette réification de la personne humaine va susciter des réactions chez les penseurs du XIX^{ème} siècle.

9. Dans sa critique du système capitaliste, Karl Marx tend à démontrer que le salaire n'est pas en adéquation avec la valeur du travail fournie par le salarié. Si, dans un premier temps, il fait sienne l'analyse classique selon laquelle « *le salaire est le prix d'une marchandise déterminée : le travail* »⁵², sa pensée va progressivement évoluer. Dans le *Capital*, le salaire n'apparaît plus comme la contrepartie du travail, mais comme l'expression monétaire de la

une hausse des salaires. Il en résulte une amélioration des niveaux de vie ce qui permet à la population ouvrière de croître. A la génération suivante, l'afflux de main d'œuvre ramène les salaires au seuil de subsistance.

⁴⁸ LYON-CAEN G., « Le salaire », Dalloz, 2^{ème} éd., 1981, p. 15.

⁴⁹ AUBIN G. et BOUVERESSE J., « Introduction historique au droit du travail », PUF, 1995, 1^{ère} éd., p. 119. Ces auteurs montrent qu'en 1848, les salaires perçus par les hommes sont en général insuffisants pour pourvoir à l'entretien d'une famille de quatre personnes. Le salaire d'appoint des femmes et des hommes était, dès lors, indispensables afin d'équilibrer le budget. La théorie du salaire naturel telle que défendue par Smith et Ricardo ne résiste pas à sa confrontation au monde réel.

⁵⁰ IMBERT J., « Histoire du droit privé », *op. cit.*, p. 114.

⁵¹ LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 2.

⁵² MARX K., « Travail salaire et capital », 1849, cité in REYNAUD B., *op. cit.*, p. 8.

valeur de la force de travail. Celle-ci a une double dimension. D'une part, elle a une valeur d'usage, c'est-à-dire qu'elle est créatrice de valeur en fonction de la façon dont elle est mise en œuvre par l'employeur. D'autre part, elle a une valeur d'échange qui correspond au salaire versé par l'employeur de la mise à disposition à son profit de sa force de travail. Autrement dit, le salarié loue à l'employeur sa valeur d'usage, mais en obtient en contrepartie uniquement sa valeur d'échange. La différence entre ces deux valeurs représente le taux d'exploitation, ou de plus-value, que s'accapare l'employeur⁵³. Ainsi, « *le génie du capitalisme réside dans l'attribution à la classe capitaliste de la plus-value du travail ouvrier* »⁵⁴. Sans aller aussi loin dans la dénonciation du système capitaliste, la doctrine sociale de l'Eglise a également eu une réelle influence sur le salaire, notamment par la promotion du concept de salaire alimentaire⁵⁵. Dans l'encyclique *Rerum Novarum* de 1891, le Pape Léon XIII prône à cet égard le principe d'un salaire suffisant pour faire vivre le travailleur ainsi que les membres de sa famille⁵⁶.

10. L'édification d'une législation spécifique au salaire n'a pu être possible que par une prise de conscience du caractère profondément injuste de la conception civiliste du salaire comme stricte contrepartie de la prestation de travail du salarié⁵⁷. La remise en cause de la « *conception civiliste, synallagmatique et comptable qui établit un lien direct de causalité réciproque et une stricte correspondance entre l'exécution de la prestation de travail et la naissance de la créance de salaire* »⁵⁸ s'est manifestée par l'essor d'une réglementation aux multiples ramifications mais guidée par une logique commune, la prise en compte de la dimension alimentaire de la créance de salaire⁵⁹. Historiquement, deux voies ont été empruntées afin de protéger la personne du travailleur au travers de sa créance de salaire. D'une part, le développement d'une protection spécifique des créances issues du travail salarié. D'autre part, la multiplication des sommes composant le salaire, et versées au salarié

⁵³ Pour plus de précisions, v. BENSUSSAN G. et LABICA G., « Dictionnaire critique du marxisme », *Salaire*, PUF, 1999, p. 1027.

⁵⁴ DURAND P. et JAUSSAUD R., « Traité de droit du travail », Dalloz, 1947, p. 87.

⁵⁵ SUPIOT A., « A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise », *Dr. Soc.* 1991, p. 924.

⁵⁶ DUPEYROUX J.-J., BORGETTO M. et LAFORE R., « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, Précis, 2015, 18^{ème} éd., p. 27. Les auteurs précisent que le principe d'une différenciation dans la rémunération selon les charges familiales est nettement affirmé dans les encycliques *Casti Connubii* (1930) et *Quadragesimo anno* (1931).

⁵⁷ PIPPI F., *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸ LYON-CAEN G., PELISSIER J., et SUPIOT A., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 1998, 19^{ème} éd., p. 460.

⁵⁹ PALLANTZA D., « La créance de salaire », Thèse, L'Harmattan, 2014.

sans être la stricte contrepartie d'une prestation de travail. Concrètement, « *au salaire fixé par les parties d'après la valeur exacte du travail fourni, vient s'ajouter tout un ensemble d'accessoires dont certains ne présentent qu'un lointain rapport avec la prestation de travail. Versés en sus du prix du travail, ils garantissent en fait la subsistance du salarié quand le salaire de base n'y suffit pas* »⁶⁰.

11. Dans la logique du Code civil qui prévaut en 1804, « *à qualification égale, le travail du père de famille n'a donc pas plus de valeur que celui du célibataire et son prix ne peut donc être plus élevé* »⁶¹. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, cependant, un « mouvement spontané » du patronat a institué puis généralisé la pratique du « sursalaire », qui consistait à verser un salaire plus important aux travailleurs chargés d'enfants⁶². Cette pratique a été rendue obligatoire par la loi du 11 mars 1932, qui a imposé aux employeurs de s'affilier à des caisses de compensation chargées de recouvrer puis de distribuer des allocations familiales aux salariés⁶³. Le bouleversement de la conception traditionnelle du salaire trouve également écho dans la reconnaissance du droit aux congés payés par la loi du 20 octobre 1936. Par cette loi, les salariés deviennent titulaires d'un droit au repos annuel avec garantie du paiement du salaire, bien qu'ils n'accomplissent pas une prestation de travail pendant la période de congés. La consécration de ce droit « *correspond à un abandon partiel d'une conception du travail marchandise, dont la quantité et la valeur se mesurent d'après le temps passé, en vue d'un échange contre un salaire donnant, donnant* »⁶⁴. Ces salaires d'inactivités ne cesseront de se développer par la suite, phénomène qui se verra amplifié avec le développement des assurances sociales⁶⁵. De fait, le principe du salaire

⁶⁰ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 25.

⁶¹ DUPEYROUX J.-J., BORGETTO M. et LAFORE R., *op. cit.*, p. 27.

⁶² *Ibid.*, p. 27.

⁶³ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 26. Le lien entre charge de famille et salaire a cependant été rompu depuis que, depuis le 1^{er} janvier 1978, les prestations familiales ne sont plus versées en contrepartie d'une activité professionnelle.

⁶⁴ SAVATIER J., « Les salaires d'inactivité », *Dr. Soc.* 1984, p. 710. « *Le salaire n'est pas seulement le prix d'un travail. Il a une fonction alimentaire. Pour répondre aux besoins du travailleur, le revenu salarial doit avoir une stabilité suffisante à travers les événements qui peuvent suspendre l'activité professionnelle. Il y a une aspiration à la sécurité du revenu salarial et à son maintien même pendant les périodes d'inactivité. Et cela peut être rattaché à la nature profonde du contrat de travail, qui comporte l'échange d'une liberté contre une sécurité* ».

⁶⁵ Pour plus de développements, nous renvoyons à l'ouvrage de référence de DUPEYROUX J.-J., BORGETTO M. et LAFORE R., « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, Précis, 2015, 18^{ème} éd. Dans le cadre de cette étude, les liens entre rémunération et revenus de remplacement versés par les organismes de sécurité sociale ne seront pas abordés. Seuls les avantages versés dans le cadre de l'entreprise retiendront notre intérêt.

contrepartie du travail n'est pas abandonné, mais il se trouve assoupli par la multiplication des avantages perçus, qui se singularisent par la mise à l'écart du travail comme cause de leur versement.

12. En parallèle de ce mouvement d'extension de la notion de salaire, le législateur s'est attelé à construire un véritable régime protecteur de la créance de salaire. Les rédacteurs du Code civil avaient introduit, dès 1804, le terme de salaire dans notre droit positif. Pour autant, aucune philosophie protectrice ne guidait le seul texte qui régissait cette créance. L'article 1781 du Code civil, qui encadrait la question de la preuve du paiement du salaire, disposait en effet que « *le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire sur l'année échue, pour les acomptes donnés pour l'année courante* »⁶⁶. Cette disposition, ressentie comme particulièrement « *scandaleuse et insupportable* » par les ouvriers, ne sera abrogée qu'en 1868⁶⁷.

13. Au regard de l'importance du salaire pour les ouvriers, le législateur a, dans un premier temps, cherché à garantir de manière effective le paiement du salaire. Il est ainsi intervenu afin de limiter les prélèvements excessifs réalisés par les employeurs sur les salaires afin d'obtenir le remboursement des sommes que ses salariés pouvaient lui devoir. En effet, aux termes de l'article 1289 du Code civil, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre, il peut s'opérer entre elles une compensation qui éteint les deux dettes. La loi du 12 janvier 1895 a fortement limité la compensation du salaire avec les sommes dues à l'employeur⁶⁸. Cette prohibition a été renforcée par l'interdiction faite aux employeurs d'infliger à leurs salariés des amendes par une loi du 5 février 1932. Cet « *ersatz d'impôt*

⁶⁶ CASTALDO A., « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil », *Revue historique de droit français et étranger*, 1977, p. 211. Selon cet auteur, cette primauté de l'employeur, en rupture du principe d'égalité prônée par la Révolution, s'expliquerait par le fait que ce texte visait avant tout les domestiques, bien plus nombreux que les ouvriers, lors de sa rédaction. Or, dans « l'intimité familial », le domestique, tout comme la femme et les enfants, se doit d'être soumis à l'autorité du *pater familias*.

⁶⁷ OLSZAK N., « Histoire du droit du travail », *Economica*, 2010, p. 30. La jurisprudence avait néanmoins amoindrie la rudesse de son application, en exigeant par exemple les formes du serment au lieu d'une simple affirmation, ou bien en l'écartant par l'usage de la conciliation dans la procédure prud'homale. Il n'en demeure pas moins que sa seule existence pouvait pousser les salariés à la résignation et les dissuader de saisir les tribunaux.

⁶⁸ Le Code du travail prévoit une exclusion générale de la compensation pour fournitures diverses, avec toutefois trois exceptions, et un principe de compensation limitée pour les autres sommes dues par les salariés.

privé »⁶⁹ pouvait avoir de graves répercussions sur la rémunération, dans la mesure où l'employeur était le seul juge de l'opportunité des retenus opérées⁷⁰. Au demeurant, lorsque la compensation demeure possible et que l'employeur a la possibilité de pratiquer des saisies sur le salaire, le caractère alimentaire reconnu progressivement au salaire interdit de saisir l'intégralité de sa rémunération. Le principe de l'insaisissabilité partielle du salaire a, en effet, été reconnu par la loi dès 1895⁷¹. Auparavant, la jurisprudence avait contribué à protéger le salaire contre des saisies excessives en reconnaissant le caractère alimentaire d'une partie ou de la totalité des sommes dues en fonction de la situation du salarié⁷². La loi du 12 janvier 1895 a consacré un principe d'insaisissabilité partielle, en imposant un taux fixe commun à tous les salariés⁷³. Le dispositif, plusieurs fois remanié, perdure encore de nos jours, sous la forme d'une limitation de la quotité saisissable en fonction du montant de la rémunération⁷⁴. En parallèle de ces règles visant à protéger la créance de salaire lorsque l'employeur est solvable, ont été instituées des garanties de paiement afin de pallier son éventuelle insolvabilité. Une première garantie résulte de l'institution, par la loi du 17 juin 1919, d'un *privilege général* au profit des salariés en cas de faillite de l'entreprise, complété peu après par un décret-loi du 8 août 1935 qui est venu soumettre à des règles spéciales la partie insaisissable du salaire, qui bénéficie désormais, d'un *superprivilege*⁷⁵.

14. Le législateur est, enfin, intervenu pour réglementer les modalités de paiement du salaire. Dans le cadre des économats, qui peuvent se définir comme des « *magasins annexés aux établissements industriels où l'employeur vend plus ou moins directement des denrées à ses ouvriers* »⁷⁶, les salariés étaient payés sous la forme de jetons, qui pouvaient être utilisés uniquement dans ces commerces tenus par leur employeur. Dans un premier temps, cette institution a pu rendre de réels services aux ouvriers en leur assurant une proximité des

⁶⁹ Le GOFF J., « Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail », Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 55.

⁷⁰ *Ibid.* « Dans les cas les plus outranciers, par l'effet des défalcatons, le travail d'une journée peut devenir gratuit au profit du patron ou de la caisse de secours qu'il aura habilement constituée pour légitimer les retenues ».

⁷¹ LYON-CAEN G., « Le salaire », Dalloz, 2^{ème} éd., 1981, p. 443.

⁷² Civ., 10 avril 1860, D. 1860, I, 166.

⁷³ Une retenue de 1/10^{ème} du salaire journalier au maximum, à concurrence d'une total de 30 francs. Cf. OLSZAK R., *op. cit.*, p. 72.

⁷⁴ Articles L. 3252-2 et R. 3252-2 du Code du travail.

⁷⁵ LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 411.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 55.

commerces et des prix inférieurs à ceux du marché. Ils deviendront, dans bien des cas, des commerces voués au profit, et certains patrons purent profiter de ce monopole pour appliquer des tarifs prohibitifs ou vendre des produits de médiocres qualités. Ils constituaient également une atteinte à la vie privée du salarié, qui ne pouvait disposer de son salaire à sa guise. Un autre grief leur était reproché qui tenait à la mise en place d'un système de compensation entre les salaires et les dettes du salarié, ce qui pouvait aboutir à une privation d'une partie, voire de l'intégralité de sa rémunération. Leur interdiction commença par la loi du 7 décembre 1909 qui posa comme règle que « *le salaire doit être payé en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal* »⁷⁷, puis ils ont été définitivement interdits par la loi du 25 mars 1910⁷⁸.

15. Le régime de la créance de salaire est, au XIX^{ème} siècle et dans la première moitié du XX^{ème}, clairement marqué par la prise en considération de sa finalité alimentaire. La rémunération n'est plus la stricte contrepartie de la prestation de travail du salarié. Au salaire entendu *stricto sensu*, qui dispose d'un régime juridique davantage protecteur que les créances de droit commun, vient s'ajouter diverses rétributions versées soit par l'employeur, soit par des institutions spécifiques, afin de lui garantir un certain niveau de vie en dépit d'événements susceptibles d'altérer sa force de travail. La fixation, par l'Etat, d'un salaire minimum interprofessionnel censé correspondre aux besoins élémentaires de l'être humain et de sa famille, constitue en cela le point d'orgue de ce mouvement⁷⁹.

16. Parallèlement, un auteur a mis en évidence que la fonction alimentaire avait évolué d'une simple fonction de survie vers une fonction « *d'accomplissement* »⁸⁰. Certains sommes ou avantages ne sont plus guidés par la nécessité de gagner sa vie, « *mais pour la*

⁷⁷ Article L. 3241-1 du Code du travail, toujours en vigueur. La loi du 7 décembre 1909 a également imposé le paiement des salaires à intervalles réguliers, et en dehors des débits de boissons ou des commerces. Le paiement devait intervenir chaque quinzaine pour les ouvriers et chaque mois pour les employés. Cette distinction perdura jusqu'à la loi du 19 janvier 1978 sur la mensualisation.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 221.

⁷⁹ SAVATIER J., « Les minima de salaire », *Dr. Soc.* 1997, p. 575. Créé par la loi du 11 février 1950, le salaire minimum interprofessionnel garanti était indexé un indice des prix qui, s'il dépassait une certaine cote, devait entraîner une augmentation proportionnelle. Cette loi n'a cependant pas fonctionné, notamment à cause de l'intervention des gouvernements sur les prix des denrées et services compris dans l'assiette de l'indice. Il a depuis été remplacé par le salaire interprofessionnel de croissance en 1970, censé corriger ces défauts.

⁸⁰ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 28.

développer, la rendre agréable, en somme se réaliser »⁸¹. Apparaît ainsi l'idée d'une rémunération « *de confort* »⁸². La gestion, par le comité d'entreprise, des activités sociales et culturelles en constitue un bon exemple⁸³. L'avantage procuré par le comité d'entreprise est fourni au personnel sans référence à la valeur du travail⁸⁴. L'article R. 2323-20 du Code du travail, qui dresse une liste non limitative de ces institutions sociales d'entreprises, vise en ce sens « *les activités sociales et culturelles ayant pour objet l'utilisation des loisirs et l'organisation sportive* ». Selon la jurisprudence « *doit être considérée comme une œuvre sociale toute activité (...) exercée principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel au sein de l'entreprise* »⁸⁵. La rémunération s'étoffe d'une dimension supplémentaire, celle de permettre aux salariés de jouir d'un certain niveau de vie, dépassant le strict cadre de la nécessité de pourvoir à ses besoins élémentaires.

17. Les fonctions assignées à la rémunération ne vont cesser de se développer. Ce phénomène d'extension de la notion de rémunération s'accroît sous l'effet tant des politiques législatives que des pratiques managériales⁸⁶. La prise de conscience du possible effet incitatif de la rémunération sur le comportement des salariés a entraîné un essor considérable des politiques rémunératoires d'entreprises à partir des années quatre-vingt⁸⁷. Rémunérer n'est pas qu'une obligation contractuelle à la charge de l'employeur. Il peut être également un moyen d'orienter les comportements des salariés afin d'augmenter leur productivité, mais également de renforcer le lien de subordination qui s'exerce sur eux⁸⁸. Si le salaire est « *pour l'homme, l'aliment du quotidien ; il est, pour l'entreprise, avec les*

⁸¹ « La rémunération et ses éléments psychologiques », Organisation interentreprises pour la coordination de la recherche sociale, Les éditions d'organisation, Paris, 1965, p. 15. Cité in HENNEBELLE D., *op. cit.*

⁸² CARBONNIER J., « Droit civil – La famille », PUF 1999, 20^{ème} éd., p. 61.

⁸³ Article L. 2323-83 du Code du travail.

⁸⁴ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., p. 1303.

⁸⁵ Cass. Soc., 13 novembre 1975, Bull. civ. V, n° 533, Grands arrêts de droit du travail, n° 146, p. 664.

⁸⁶ BEYSSAC T. et PERRETTI J.-M., « Evolution des politiques de rémunération : aperçu international », in Les rémunérations, Politiques et pratiques pour les années 2000 », Vuibert, 2000, p. 35.

⁸⁷ LINHART D., ROZENBLATT P. et VOEGELE S., « Vers une nouvelle rémunération scientifique du travail ? », Travail et emploi, 1993, n° 57, p. 30. « *La rapidité et l'ampleur des changements intervenus en France au cours des années quatre-vingt dans les modes de détermination des salaires n'a pas d'équivalent à l'étranger* ».

⁸⁸ Karl Marx expliquait déjà que le salaire aux pièces n'est qu'une forme détournée du salaire au temps qui permet aux employeurs d'intensifier et de mieux contrôler le travail. Cf. BENSUSSAN G. et LABICA G., « Dictionnaire critique du marxisme », *Salaire*, PUF, 1999, p. 1027.

charges qui l'accompagnent, un élément de sa compétitivité »⁸⁹. Fleurissent ainsi les politiques d'individualisation, qui consistent à la fois « à développer des relations directes et interpersonnelles entre le salarié et les responsables de l'entreprise, et lier, au moins pour partie, rémunération et performances »⁹⁰. Les politiques sociales mises en place par les entreprises ont pour objectif de « motiver chacun des salariés, de lui permettre de s'exprimer, de le responsabiliser et aussi quelquefois de mettre un frein au monopole de fait conquis par les institutions représentatives »⁹¹. Le développement des primes, qui viennent s'ajouter au salaire de base, telles que les primes d'ancienneté, d'assiduité ou de technicité, destinées à encourager ou à récompenser les salariés participent de ce mouvement⁹². Le législateur n'est pas en reste et il a largement contribué à encourager le développement de ces pratiques. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, la volonté de mieux associer les salariés à la vie des entreprises s'est traduit par le développement de systèmes de rémunérations fondés sur les résultats économiques de l'entreprise⁹³. Concrétisant les desseins du général De Gaulle sur l'association du capital-travail, l'ordonnance du 27 janvier 1959 met en place un dispositif facultatif d'intéressement qui permet de faire participer les salariés collectivement aux résultats de l'entreprise ou à l'accroissement de sa productivité⁹⁴. L'ordonnance du 17 août 1967 oblige les organisations à instituer un système de participation des salariés aux fruits de l'entreprise. La loi du 31 décembre 1970 instaure le système des plans d'options ou d'achats d'actions inspiré des pratiques anglo-saxonnes. La loi du 24 octobre 1984 permet aux entreprises de distribuer gratuitement des actions à leurs salariés. Enfin, l'ordonnance du 21 octobre 1986 sur l'intéressement, la participation financière et le plan d'épargne a favorisé la mise en place de pratiques de rémunération complémentaires ou périphériques⁹⁵. « *La rapidité et l'ampleur des changements intervenus en France au cours des années quatre-vingt dans les modes de détermination des salaires n'a pas d'équivalent à l'étranger. L'individualisation des hausses de salaires, l'attribution de*

⁸⁹ TEYSSIE B., « Epilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme », Dr. Soc. 1997, p. 606.

⁹⁰ JAVILLIER J.-C., *op. cit.*, p. 393.

⁹¹ SOUBY R., « Observations sur l'évolution des politique de rémunération », Dr. Soc. 1984, p. 674.

⁹² ROBERT-DUVILLIERS P., « Les accessoires du salaire », JCP 1948, I, n° 676.

⁹³ COMMERAS N., SAINT-ONGE S. et Le ROUX A., « La participation financière : historique, efficacité et conditions de succès », in Les rémunérations, Politiques et pratiques pour les années 2000 », Vuibert, 2000, p. 161. Les premières expériences de participation financière apparaissent dès le XIX^{ème} siècle. Dès 1842, l'entrepreneur de peinture Leclair propose à ses salariés un intéressement lié à leur productivité, calculé en fonction du temps de travail et de l'économie de peinture réalisée.

⁹⁴ SAVATIER J., « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », Dr. Soc. 1988, p. 89.

⁹⁵ DONNADIEU G., « Du salaire à la rétribution », Editions Liaisons, 1997, 3^{ème} éd., p. 11.

primes individuelles et collectives liées aux performances des salariés, les systèmes d'intéressement ont connu un développement fulgurant »⁹⁶. Ces nouveaux modes de rémunération sonnent le glas du dualisme « *salaire/prix du travail et salaire/moyen de subsistance* »⁹⁷.

18. La multiplication moderne de ces formes de rémunération et leur lien plus ou moins étroit avec le travail, « *sont à l'origine de ces controverses qui dégènèrent souvent en litige. Tant que le salaire était envisagé contre la contrepartie de la prestation de travail, une définition simple et en quelque sorte purement causale, s'imposait. Le travail-marchandise donnait rigoureusement le salaire-prix* »⁹⁸. La multiplicité des fonctions et des composants de la rémunération complexifie sa compréhension et les mécanismes qui la dirigent. Comme le constate Paul JUES, « *la rémunération des salariés est devenue un ensemble très composite, dont les divers éléments correspondent chacun à une logique spécifique* »⁹⁹. Dans un essai de classification, le Professeur Jean-Claude JAVILLIER distinguait quatre éléments au sein de la rémunération¹⁰⁰. Le salaire de base, ou de qualification, correspondant aux classifications des conventions collectives de branche, le salaire de performance, récompensant le mérite d'un individu ou d'un groupe, les périphériques de participation aux résultats ou encore au capital de l'entreprise¹⁰¹ et, enfin, les périphériques rapprochés ou éloignés¹⁰². Cette classification est assez proche de celle proposé par Gérard DONNADIEU. Selon cet auteur, la rémunération globale des salariés peut être présentée sous la forme d'une « pyramide » à quatre niveaux¹⁰³. La rémunération directe apparait au sommet, et se décompense en une part fixe et rémanente qui correspond au salaire de qualification, en

⁹⁶ LINHART D., ROZENBLATT P. et VOEGELE S., « Vers une nouvelle rémunération scientifique du travail ? », Travail et emploi, 1993, n° 57, p. 30.

⁹⁷ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 27.

⁹⁸ LYON-CAEN G., « Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale », Dr. Soc. 1960, p. 613.

⁹⁹ JUES P., « La rémunération globale des salariés », PUF, 1995, p. 42.

¹⁰⁰ JAVILLIER J.-C., « Fidélité et rémunération », Dr. Soc. 1991, p. 386.

¹⁰¹ Intéressement aux résultats, participation, plan d'épargne d'entreprise, stock-options, actionnariat...

¹⁰² Il visait les avantages individuels ou collectifs, dans leur plus grande diversité, telle la voiture de société ou la bourse d'étude pour les enfants.

¹⁰³ DONNADIEU G., « Du salaire à la rétribution », Editions Liaisons, 1997, 3^{ème} éd., p. 37. L'auteur opère également une distinction non dénuée d'intérêt entre la rémunération et la rétribution. Selon lui, la rémunération, même considérée dans son sens le plus large, ne constitue que l'une des modalités de la relation contribution-rétribution liant le salarié à l'entreprise. Cette dernière déborde du cadre purement matériel et renvoie au double échange qui désigne d'une part ce que l'individu apporte à l'entreprise et d'autre part ce qu'il en retire sous forme de divers profits et avantages.

une part réversible, sous la forme d'un salaire de performance ou de bonus et en diverses primes liées à la personne ou au statut. Au deuxième niveau, correspondent les périphériques légaux, constituées par les différentes formes légales d'association du salarié aux résultats de l'entreprise et qui « *se prêtent particulièrement bien à servir d'instruments complémentaires à une politique de régulation des rémunérations* »¹⁰⁴. Le troisième est constitué par les périphériques sélectifs, nommés *incentives* aux États-Unis ou gratifications en France et regroupent les principaux avantages en nature¹⁰⁵. Le dernier niveau regroupe, enfin, les périphériques statutaires, c'est-à-dire les avantages collectifs distribués traditionnellement et collectivement par l'entreprise¹⁰⁶. Si ces classifications n'ont pas de réelle portée juridique, elles permettent cependant « *d'attirer l'attention sur le fait que la seule considération du salaire de base ne permet plus d'indiquer ce que va réellement et finalement toucher l'intéressé* »¹⁰⁷. La sophistication croissante des modes de rémunération, dont certains ne présentent qu'un lien très distant avec le travail réalisé, invite à remettre en cause la définition juridique du salaire telle qu'elle était présentée au moment de l'adoption du Code civil.

19. Le Code du travail consacre un livre entier aux « salaires et avantages divers »¹⁰⁸. Pour autant, aucune définition de la notion de salaire n'est proposée. A l'inverse, il est possible de trouver des définitions spécifiques de la rémunération, propres à certaines règles. Dans le Code du travail, le législateur donne une définition de la rémunération cantonnée aux dispositions relatives à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. L'article L. 3221-3 dispose ainsi que « *constitue une rémunération (...) le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèce ou en nature par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ». De même, dans l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, « *sont considérées*

¹⁰⁴ Intéressement, participation, plan d'épargne, stock-options.

¹⁰⁵ Logement, voiture, téléphone... L'auteur remarque cependant que leur grande diversité, la difficulté de les chiffrer avec précision et leur manque de transparence peut susciter des difficultés dans leur mise en place et leur généralisation à l'ensemble du personnel.

¹⁰⁶ Entrent dans cette rubrique aussi bien les œuvres sociales gérées par le Comité d'entreprise que des avantages tels que des prêts à taux préférentiel, des remises sur les produits de l'entreprise, mais également des avantages en matière de transport, de conseil juridique et financier ou encore des mesures relatives à la retraite et à la prévoyance complémentaire. Le caractère rigide et collectif de ces périphériques rend leur utilisation dans une logique de rémunération dynamique plus difficile.

¹⁰⁷ LIEUTIER J.P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », Thèse, PUAM, 2012, p. 77.

¹⁰⁸ Livre deuxième de la troisième partie du Code du travail.

comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités de congés payés, primes, gratifications et tout autre avantage en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire ». La lecture de ces textes pourrait laisser penser qu'il existe, juridiquement, une distinction effective entre salaire et rémunération¹⁰⁹. Très tôt, le Professeur Paul Durand a pu écrire que « *longtemps la rémunération a été restreinte au salaire. Mais la notion de rémunération est aujourd'hui conçue plus largement* »¹¹⁰. De même, le Professeur Gérard LYON-CAEN estimait que, « *ce n'est pas d'aujourd'hui qu'à ce salaire sont venus s'ajouter de multiples accessoires ou compléments aux noms variables. On en a plus ou moins tenu compte en considérant que le terme de salaire ne correspondait qu'à une fraction des gains perçus : pour l'ensemble de ceux-ci, il fallait lui substituer celui plus compréhensif de rémunération. La rémunération n'est plus strictement la contrepartie du travail, mais l'ensemble des sommes versées par l'entreprise à l'occasion du travail et le salaire n'en est plus qu'un élément* »¹¹¹. Plus récemment, un auteur encore que « *le salaire désigne ainsi le salaire de base, et éventuellement les accessoires salariaux qui l'accompagnent, tandis que la rémunération chapeaute l'ensemble des sommes allouées au travailleur salarié dans le cadre de son activité professionnelle* »¹¹². Si cette présentation recèle indéniablement des vertus explicatives et pédagogiques, elle n'est cependant pas opératoire sur un plan strictement juridique¹¹³. En effet, il semble plus rigoureux d'admettre que le salaire possède « *dans la langue du droit du travail, un sens étroit (salaire de base) et un sens large (ensemble du salaire de base augmenté des compléments du salaire qui en sont des éléments constitutifs)* »¹¹⁴. Aussi, dans le strict cadre du droit du travail, la distinction entre salaire et rémunération n'est qu'apparente, les deux termes étant similaires et par conséquent interchangeables. Cependant, par abus de langage, il peut être fait référence à la

¹⁰⁹ En ce sens, LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », Thèse, PUAM, 2012, p. 76.

¹¹⁰ DURAND P., « Rémunération du travail et socialisation du droit », Dr. Soc. 1946, p. 83.

¹¹¹ LYON-CAEN G., « Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale », Dr. Soc. 1960, p. 613.

¹¹² MABILEAU R., « L'évolution des modes de rémunération », Thèse, Nantes, 2004, p. 14.

¹¹³ D'un point de vue juridique, la question qui se présente au juriste est celle de savoir si une somme doit être qualifiée ou non de salaire. La réponse à cette question appelle un choix binaire, soit la somme est qualifiée de salaire, soit elle ne l'est pas.

¹¹⁴ AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 930.

rémunération totale ou globale du salarié, ou au « *package de rémunération* »¹¹⁵, afin de nommer l'ensemble des sommes perçues par le salarié, nonobstant la différence de nature juridique de chacun de ses éléments¹¹⁶. La distinction présente encore un intérêt lorsque l'on compare le salaire aux rémunérations perçues par d'autres travailleurs non-salariés. Dans ces hypothèses, la rémunération n'épouse pas le régime propre de la créance de salaire, bien qu'elle soit la contrepartie d'une activité professionnelle¹¹⁷.

20. Les propos de Gérard LYON-CAEN selon lesquels « *le Droit du travail dans sa totalité est construit autour de la question du salaire* » révèlent pourtant l'importance de circonscrire précisément cette notion¹¹⁸. Or, le « *relâchement du lien qui unit le salaire – ou la rémunération – à la prestation de travail* »¹¹⁹, rend bien plus ardu toute tentative de définition. Les cas dans lesquels une définition précise de la rémunération s'avère nécessaire sont pourtant légions.

21. Le salaire est avant tout une catégorie juridique. Il s'agit d'un « *outil intellectuel fondamental de l'opération de qualification* »¹²⁰. L'insertion d'une somme ou d'un avantage dans la catégorie de salaire¹²¹ déclenche l'application d'un régime juridique spécifique. Or, « *les cas dans lesquels il est indispensable de donner une qualification exacte aux sommes*

¹¹⁵ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », Dr. Soc. 2008, p. 643.

¹¹⁶ Du point de vue du salarié, le montant total des sommes reçues est certainement plus important que le régime juridique attaché aux différents modes de rémunération. On comprend ainsi qu'employeurs et cabinets de recrutement emploient le terme de rémunération pour désigner des indemnités de licenciement conventionnel ou encore des primes d'intéressement ou de participation, qui n'ont pas la nature juridique d'un salaire, bien qu'elles puissent enrichir substantiellement un salarié.

¹¹⁷ En effet, seul un salarié peut percevoir un salaire, tandis que tout travailleur peut être amené à percevoir une rémunération. A titre d'exemple, le Code de commerce mentionne explicitement le terme de rémunération. Article L. 225-47 du Code de commerce : « *Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération* » ; Article L. 225-63 du Code de commerce : « *L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire* ».

¹¹⁸ LYON-CAEN G., « Le salaire », *op. cit.*, p. 1. Ces propos sont évidemment à relativiser. On pense notamment à ceux, antagonistes, de Jean-Jacques DUPEYROUX qui comparait le droit du travail à « *une énorme toupie ventrue reposant toute entière sur cette pointe minuscule que constitue le droit du licenciement* ». Propos rapportés par COUTURIER G., « Droit du travail, Relations individuelles », PUF, 3^{ème} éd., 1996, n° 107. Pour une description détaillée de la place du salaire dans les travaux de Gérard LYON-CAEN, v. RODIERE P., « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », Dr. Soc. 2011, p. 6.

¹¹⁹ MARTINON A., « Le salaire », *in* Les notions fondamentales du droit du travail », Ed. Panthéon Assas, p. 163.

¹²⁰ FROSSARD S., « Les qualifications juridiques en droit du travail », Thèse, LGDJ, 2000, p. 9.

¹²¹ Ou de rémunération, suivant la rédaction des textes.

reçues de l'entreprise par le personnel sont nombreux dans le Droit du travail »¹²². La prise en compte de la spécificité de la créance de salaire a, en effet, conduit à démultiplier les règles protectrices de la rémunération du salarié. La qualification de salaire se pose « pour deux raisons essentielles : en premier lieu, pour décider de l'application du régime juridique du salaire ; en second lieu, parce que le salaire constitue l'assiette de calcul de certaines indemnités »¹²³. On peut prolonger le propos en estimant que le salaire sert également de référence dans le fonctionnement de nombreuses institutions. L'assiette des cotisations de sécurité sociale est ainsi constituée de l'ensemble des gains et salaires perçus¹²⁴, de même que la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise repose sur un pourcentage de la masse salariale brute¹²⁵. Dans ces hypothèses, la conception de la rémunération comme prix du travail se trouve être trop restrictive pour assurer l'effectivité de ces règles. Le critère du travail est, dès lors, un critère imparfait de la définition de la rémunération.

22. La multiplicité des règles régissant la rémunération du salarié conduit donc à s'interroger sur le ou les critères de qualification de cette catégorie juridique. Mais la rémunération n'est pas seulement une catégorie juridique, elle est également un élément du contrat de travail. Le juge estime depuis longtemps qu'en « *raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail, et qu'en principe, aucun salaire n'est dû lorsque le travail n'a pas été accompli* »¹²⁶. Comme le rappelle un auteur, « *l'essentiel de la relation de travail* » est articulé autour de ce rapport¹²⁷. La manière d'appréhender les interactions entre le travail convenu et la rémunération conditionne l'étendue du droit à rémunération du salarié. Les contours juridiques du travail, comme objet de l'obligation du salarié¹²⁸, ont profondément évolué ces

¹²² LYON-CAEN G., « Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale », Dr. Soc. 1960, p. 613.

¹²³ ANTONMATTEI P.-H., « La qualification de salaire », Dr. Soc. 1997, p. 571.

¹²⁴ Article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁵ Article L. 2325-43 du Code du travail.

¹²⁶ Cass. Soc. 17 juin 1960, Bull. civ., V, n° 647.

¹²⁷ ANTONMATTEI P.-H., *op. cit.*, p. 11.

¹²⁸ L'ordonnance du 11 février 2016, dont les dispositions entrent en vigueur le 1er octobre 2016, a supprimé les notions de cause et d'objet en droit des contrats (Ord. 11 février 2016, n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035, 11 février 2016) et à procédé « à leur remplacement par une formule plus générale sur le contenu du contrat, qui doit être « licite et certain » (art. 1128) et qui se situe à la frontière entre les conditions de validité et d'exécution du contrat » (MAINGUY D., « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », JCP E, 18 février, 2016, act. 151). L'ampleur des incidences de cette réforme sur le contrat de travail n'est pas encore

cinquante dernières années¹²⁹. L'étude de la jurisprudence récente atteste la proposition selon laquelle la rémunération est due dès lors que le salarié s'est tenu à la disposition de l'employeur. De fait, « *par le contrat de travail, l'employeur est supposé s'assurer de la disponibilité temporelle du salarié* »¹³⁰. L'affirmation selon laquelle l'obligation du salarié réside dans une mise à disposition de sa force de travail au profit de l'employeur permet de mieux circonscrire les contours de la créance de salaire. Dans le cadre de la relation salariale, le salarié peut, en effet, être titulaire de créances à un autre titre que la réalisation d'une prestation de travail. Le salarié peut cumuler, au sein d'une même entreprise, son contrat de travail avec l'exercice d'une fonction de mandataire social. Il peut également être titulaire d'un statut juridique protecteur, en tant qu'artiste ou inventeur, et en tirer des revenus supplémentaires. Il peut, enfin, dans le cadre de son contrat de travail, être titulaire de revenus en raison de son association aux résultats de l'entreprise. L'identification du travail comme source spécifique de rémunération permet de distinguer cette créance de ces autres sources de rémunération. L'enjeu d'une telle distinction est de taille, dans la mesure où à chaque créance, correspond un régime juridique particulier¹³¹.

23. La question de la détermination du montant du salaire semble, de prime abord, liée à dimension temporelle du travail salarié. « *Qu'il en fasse un bon ou un mauvais usage, que les conditions du marché lui soient favorables ou non, l'employeur doit rétribuer cette disponibilité temporelle* »¹³². Le taux de salaire s'exprimait naguère dans un rapport strict entre le salaire dû et temps de travail réalisé. « *Le chiffre de référence était celui fixé pour*

totaletement établie (Sur cette question, v. LOISEAU G., « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 22 décembre 2015, n° 52, 1468 ; FABRE MAGNAN M., « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », SSL 2016, n° 1715, p. 5) Dans la mesure où il faudra des années avant de prendre pleinement conscience des changements opérés par cette réforme, nous continuerons, dans le cadre de cette étude, à prendre appui sur les anciennes dénominations du Code civil. En ce qui concerne la cause, il est au demeurant possible que les solutions jurisprudentielles n'évoluent que peu. En effet, « la notion de « but » du contrat (art. 1162) pourrait bien servir de succédané à la cause du contrat, la cause de l'obligation, sa contrepartie, faisant l'objet de dispositions innovantes. Les articles 1162 et suivants développent ainsi ce que doit être le contenu licite et certain d'un contrat, sans le mot « cause » mais avec le « but », alors que le terme « objet » est repris (art. 1163). Cf. MAINGUY D., *op. cit.*). Seront cependant mentionnées les nouvelles numérotations des articles.

¹²⁹ COUTURIER G., *op. cit.*, p. 11.

¹³⁰ LYON-CAEN A., « Les clauses de transfert de risques », *in* Les frontières du salariat, Dalloz, 1996, p. 153.

¹³¹ CHAUCHARD J.-P., « L'évitement du salaire », *Dr. Soc.* 2011, p. 34. L'auteur montre que les employeurs sont parfaitement conscients de ces différences de régime et peuvent être amenés à en jouer afin d'éviter le régime juridique particulièrement protecteur du salaire.

¹³² LYON-CAEN A., *op. cit.*, p. 153.

une heure de travail, taux horaire constituant le chiffre-clé du calcul du salaire »¹³³. L'évolution des pratiques rémunératoires conduit à modifier ce rapport. D'une rémunération du travail au temps, l'essor des pratiques rémunératoires nouvelles tend à substituer une rémunération aux résultats du travail. Ainsi, si le salaire est toujours la contrepartie du travail, « *on croit de moins en moins que son montant soit strictement déterminé par la mesure du travail effectué* »¹³⁴. Le législateur contemporain a encouragé ces pratiques de rémunération déconnectées du temps de travail, et indexées sur la réalisation d'objectifs, ou des résultats économique de l'entreprise. Les conséquences de cette politique font que, « *l'obligation principale du salarié ne se définirait plus comme celle d'être à la disposition de l'employeur pendant un certain temps, mais comme celle de réaliser des objectifs, quel que soit le temps passé pour les atteindre* »¹³⁵. Le montant de la rémunération devient, dès lors, bien plus dépendant de la performance du salarié ou des résultats économiques de l'entreprise que du temps passé à se tenir à la disposition de l'employeur.

24. La rémunération est une créance particulière, dotée d'un statut plus protecteur qu'une créance de droit commun, dont peut se prévaloir un salarié. Dans la majorité des cas, cette créance sera due en contrepartie de la fourniture d'une prestation de travail. Néanmoins, la prestation de travail n'est pas la seule contrepartie, le seul fait générateur susceptible d'entraîner la qualification de rémunération. D'autres éléments, d'autres facteurs, contribuent à la définition de la notion de rémunération. Le travail est donc un élément parmi d'autres de définition de la rémunération, les liens qui les unissent ne sont donc pas exclusifs. Cela étant dit, il ne faudrait pas ôter au travail son rôle de source principale de la rémunération du salarié. Dès lors qu'un travail, et plus exactement une mise à disposition de la force de travail du salarié, peut être identifiée, le salarié peut exiger la perception d'une créance de rémunération. Ainsi, la mise à disposition de la force de travail du salarié entretient des liens inextricables avec la notion de rémunération. La contrepartie de la rémunération est donc majoritairement la contrepartie d'une immobilisation temporelle de l'activité du salarié au service d'un employeur. Contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié, la détermination du montant de la rémunération devrait

¹³³ COUTURIER G., « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. Soc. 2011, p. 14.

¹³⁴ COUTURIER G., *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵ LOKIEC P., « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », Dr. Ouv. Mars 2012, p. 207.

également être liée à ce facteur temporel. Il s'avère que l'évolution des modes de rémunération et de l'organisation du temps de travail contredit ce postulat de départ. La remise en cause des liens entre montant de la rémunération et temps de travail est avérée au profit d'autres impératifs. D'une part, les règles relatives au temps de travail sont instrumentalisées afin de favoriser l'amélioration de la productivité horaire des salariés, d'autre part, le développement des modes de rémunération fondés sur les résultats du travail permettent également une amélioration de la productivité générale des salariés. Ces nouveaux liens ne sont pas sans risque et peuvent, à terme, conduire à faire évoluer « *l'objet même du contrat de travail* »¹³⁶.

25. Cette étude a pour ambition d'étudier les interactions qui existent entre la rémunération et le travail. Pour atteindre ce but, il faut, dans un premier temps, cerner la place du travail dans la notion de rémunération (Partie I). Bien que le travail soit la source principale de la rémunération du salarié, il n'en demeure cependant pas la source exclusive. Il conviendra ensuite d'étudier comment l'essor des nouvelles pratiques rémunératoires bouleverse le lien entre le travail et le montant de la rémunération (Partie II).

¹³⁶ FAVENNEC-HERY F. et VERKINDT P.-Y., « Droit du travail », LGDJ, 2016, 5^{ème} éd., p. 703.

Première partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LA NOTION DE RÉMUNÉRATION.

26. « Toute science a besoin, pour se développer, d'un ensemble de concepts et d'un vocabulaire qui lui soient propres, afin d'effectuer correctement les classifications nécessaires et d'établir avec fermeté les relations qu'elle a pour mission de découvrir. Dans les sciences juridiques, comme dans toutes les autres disciplines, les formules floues aux contours incertains, les notions mal définies, sont extrêmement dangereuses »¹³⁷. Le langage commun définit le terme de rémunération comme la somme « d'argent reçu pour prix d'un service, d'un travail »¹³⁸. Sur le plan juridique, la question est plus complexe dans la mesure où seule une norme de droit positif peut en donner une définition. Or, depuis un certain temps déjà est dressé le constat d'une carence en la matière¹³⁹. Cette absence de définition juridique est préjudiciable étant donné que « la définition est préalable à l'opération de qualification »¹⁴⁰, opération juridique vitale qui permet « la mise en œuvre de la définition, son application à des faits concrets »¹⁴¹. La recherche d'une définition unitaire et générale est cependant illusoire. D'une part, entre branches de droit distinctes, les contextes juridiques sont souvent bien trop différents pour justifier l'application d'une définition commune. D'autre part, au sein d'une même branche de droit, les règles relatives à la rémunération peuvent poursuivre des finalités différentes.

27. Dans sa conception juridique traditionnelle, la rémunération est « la prestation fournie par l'employeur en contrepartie du travail accompli à son profit »¹⁴². Or, l'étude de la place du travail dans les multiples définitions de la rémunération conduit au constat d'une relative déconnexion entre ces deux notions. Une somme ou un avantage versé à un salarié peut ainsi être qualifié de rémunération pour l'application d'une norme juridique sans pour

¹³⁷ PERROT R., « De l'influence de la technique sur le but des institutions », Sirey, 1947, n° 21. Cité in ROBINNE S., « Contribution à l'étude la notion de revenus en droit privé », Thèse, Presses Universitaires de Perpignan, 2003, p. 5.

¹³⁸ REY A. (sous la dir.), « Dictionnaire culturel en langue française », Le Robert 2005, Tome 4, p. 147.

¹³⁹ LYON-CAEN G., « Le salaire en droit du travail et dans le droit de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p. 613.

¹⁴⁰ FROSSARD S., « Les qualifications juridiques en droit du travail », Thèse, LGDJ, 2000, p. 3.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² LYON-CAEN G., « Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel », in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, LGDJ, 1961, p. 134.

autant être la contrepartie d'un travail. Le travail n'est donc pas, ou de manière résiduelle, un critère suffisamment large pour délimiter entièrement les contours de la notion de rémunération.

28. Néanmoins, il serait vain de nier qu'un lien n'existe pas entre travail et rémunération. Un auteur opère à juste titre la distinction entre les créances salariales et les créances de salaire¹⁴³. La créance de salaire constitue « *la contrepartie du travail salarié et, dans un sens maximaliste, de l'appartenance du salarié à l'entreprise* » alors que la créance salariale correspond « *à tout droit pécuniaire ou extra-pécuniaire que le salarié est en mesure de réclamer* »¹⁴⁴. Et l'auteur de conclure qu'ainsi, « *toute créance de salaire constitue une créance salariale mais que l'inverse n'est pas possible* ». Le travail est alors une source de valeur pour le salarié, mais non la source exclusive. Lorsqu'il met son travail, ou plus exactement sa force de travail, à la disposition d'un employeur, il devient titulaire d'une créance de salaire¹⁴⁵. L'identification du travail comme source de la créance de salaire permet donc de la distinguer des autres créances susceptibles d'être dues à un salarié en vertu d'un autre fait générateur. Le travail joue ainsi un rôle résiduel dans la définition de la rémunération, ce qui conduit à s'interroger sur sa place véritable en tant qu'élément de définition de la rémunération (Titre I). Il conviendra ensuite de constater le rôle majeur qu'il tient en tant qu'élément de classification des créances salariales (Titre II).

¹⁴³ PALLANTZA D., « La créance de salaire », Thèse, L'Harmattan, 2014, p. 25.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ REVET T., « La force de travail (étude juridique), Litec, 1992. Cf. *infra*.

Titre premier : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE DÉFINITION DE LA CRÉANCE DE RÉMUNÉRATION

29. La recherche d'une définition juridique de la notion de rémunération se heurte très vite à son évidente relativité. Celle-ci s'exprime sur deux plans : « *le caractère multiforme des revenus perçus par le salarié et la mosaïque bigarrée des qualifications juridiques et des fondements donnés à ces diverses sources de revenus* »¹⁴⁶. La relativité de la notion de rémunération s'explique donc avant tout par la diversité des sommes et avantages auxquels peut prétendre un salarié et qui sont susceptibles d'intégrer cette notion. Elle est renforcée par la pluralité de normes juridiques qui ont pour finalité de qualifier ou non ces sommes et avantages de rémunération afin de leur appliquer un régime juridique particulier. Ce constat a pour principale conséquence qu'une définition unique de la rémunération qui serait applicable à toutes les normes juridiques conditionnées par la notion de rémunération est impossible. La rémunération, à l'instar du salaire¹⁴⁷, « *appartient à la catégorie des notions fonctionnelles, c'est à dire que sa définition varie selon la règle ou le corps de règles qu'il convient d'appliquer* »¹⁴⁸.

30. Cependant, la volonté d'étudier les rapports entre travail et rémunération part du constat classique que ces deux termes entretiennent des liens très étroits. Un auteur a ainsi pu constater « *qu'il ne peut y avoir de travail au sens strict que si l'activité déployée est effectuée – ou susceptible de l'être – en vue d'une rémunération* »¹⁴⁹. Le travail réalisé au sein d'une entreprise tend donc à la perception d'une contrepartie matérialisée par le versement d'une rémunération. La définition de la rémunération n'est pas entièrement dépendante de celle de travail. Pour autant, il est incontestable que toute somme versée en contrepartie de l'exécution d'une prestation de travail doit se voir appliquer les règles relatives à la rémunération. Le travail est, en cela, la source principale de rémunération pour

¹⁴⁶ PIPPI F., « De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social », thèse, LGDJ, 1966, p. 41.

¹⁴⁷ A ce stade de notre raisonnement, nous ne pensons pas qu'une distinction juridique puisse être faite entre rémunération et salaire. Il convient donc de prendre ces termes pour synonymes dès lors que l'on se trouve dans un strict rapport de travail salarié. En ce sens, voir G. LYON-CAEN, « Le salaire », 2^{ème} éd., Dalloz 1981, p. 238, « *c'est la notion de rémunération du travail qui doit seule retenir l'attention et non plus celle trop limitée de salaire. Un phénomène d'irradiation s'est produit ayant pour centre le salaire et gagnant de proche en proche les accessoires de celui-ci, l'ensemble constituant la rémunération* ».

¹⁴⁸ ANTONMATEI P.-H., « La qualification de salaire », Dr. soc. 1997, p. 571.

¹⁴⁹ REVET T., obs. sous CA Douai, 30 mai 1984, JCP G, 1986, II, 20628.

le travailleur subordonné. L'étude de la place du travail au sein du contrat de travail permet de comprendre comment ce contrat permet d'organiser l'activité du salarié en vue de lui procurer une rémunération.

31. Au sein des relations de travail subordonné, le travail est un critère imparfait de définition de la rémunération (Chapitre I). Néanmoins, le travail étant un élément constitutif du contrat de travail, il demeure la source principale de rémunération (Chapitre II).

Chapitre premier : LE TRAVAIL, CRITÈRE IMPARFAIT DE DÉFINITION DE LA RÉMUNÉRATION

32. L'enjeu de la définition de la rémunération est conséquent. « *La définition est préalable à l'opération de qualification, qui apparaît alors comme la mise en œuvre de la définition, son application à des faits concrets* »¹⁵⁰. Or, « *les cas dans lesquels il est indispensable de donner une qualification exacte aux sommes reçues de l'entreprise par le personnel sont nombreux dans le Droit du travail* »¹⁵¹. La seule définition qui nous est donnée de la notion de rémunération est issue de l'article L. 3221-3 du Code du travail¹⁵². Cette disposition ne consacre qu'une « *définition terminologique* »¹⁵³, ce que le Professeur Gérard CORNU définit comme « *une définition relative* », où « *chaque mot défini ne reçoit de sens que pour l'application de la loi que la définition accompagne* »¹⁵⁴. Nous sommes loin d'une définition de type aristotélicien qui énonce « *les attributs spécifiques qui caractérisent en son genre, l'objet défini* » par « *l'élaboration d'une notion générale identifiable par ses critères associés* »¹⁵⁵. Cet article ne nous donne donc pas vraiment de critères, « *entendus comme éléments caractéristiques d'un objet de définition* », à même de nous permettre de disposer d'une définition stable et précise¹⁵⁶. En effet, il dispose qu'est un élément de rémunération le salaire et tous les autres avantages versés au salarié « *en raison de l'emploi de ce dernier* », ce que l'on peut difficilement considérer comme un critère opérationnel.

33. La divergence de finalités entre ces différents instruments juridiques impose donc que la définition de la rémunération pour une norme spécifique permette la réalisation de cette finalité. Ainsi, les propos de Serge FROSSARD suivant lesquels, « *au sein même du droit du travail les qualifications reposent sur des classifications dont les dénominations, apparemment simples et cohérentes, n'en sont pas moins souvent protéiformes. Il n'est pas rare qu'une même appellation recouvre des notions distinctes* », sont totalement appropriés

¹⁵⁰ FROSSARD S., « Les qualifications juridiques en droit du travail », LGDJ 2000, p. 3.

¹⁵¹ LYON-CAEN G., « Le salaire en droit du travail et dans le droit de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p. 613.

¹⁵² « *Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, 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 salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ».

¹⁵³ CORNU G., « Les définitions dans la loi », Mélanges Jean Vincent, Dalloz 1981, spéc. p. 83 et s.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 85.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 83.

¹⁵⁶ FROSSARD S., *op. cit.*, p. 40.

pour révéler la complexité de la notion de rémunération¹⁵⁷. Dans le silence des textes, le juge a été amené à prendre position pour qualifier une somme ou un avantage versé au salarié d'élément de rémunération. L'analyse des décisions rendues met en lumière le caractère fonctionnel de la rémunération, qui implique que les critères permettant de qualifier telle somme ou tel avantage de rémunération varient suivant la norme envisagée. Deux ensembles se dégagent. Dans un certain nombre d'hypothèses, le juge semble retenir une conception assez restreinte de la rémunération. Selon cette conception, un élément peut être qualifié de rémunération dès lors qu'il est versé en contrepartie du travail fourni par le salarié¹⁵⁸. Le travail est donc pris comme critère de qualification de la rémunération. Dans une seconde analyse cependant, le juge qualifie de rémunération des éléments qui ne sont pas nécessairement la contrepartie d'un travail. Le critère de qualification n'est plus, dans ces situations, exclusivement le travail fourni par le salarié.

34. Le travail comme critère de qualification n'est donc qu'un parmi d'autres. Il joue un rôle résiduel dans un certain nombre d'hypothèses, où une vision assez restrictive de la qualification de rémunération n'est pas nécessairement préjudiciable, voire au contraire favorable au salarié (Section I). Dans d'autres hypothèses, et afin d'assurer une réelle effectivité à la norme édictée, le critère permettant la qualification de rémunération s'est clairement émancipé de l'idée de contrepartie du travail (Section II).

¹⁵⁷ FROSSARD S., *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁸ En ce sens, HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 39.

Section I : LE ROLE RESIDUEL DU TRAVAIL COMME CRITERE DE DEFINITION DE LA REMUNERATION.

35. La recherche du critère permettant de qualifier un élément perçu par un salarié de rémunération implique, pour un certain nombre de règles, de se poser la question de la contrepartie associée à la somme versée. Le juge adopte une analyse propre aux contrats synallagmatiques et qualifie de rémunération les sommes et avantages versés en contrepartie d'un travail. A titre d'exemple, lorsqu'il s'agit de vérifier si l'employeur s'est acquitté de son obligation de verser un salaire au moins égal au salaire minimum, la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que « *les sommes versées en contrepartie du travail entrent dans le calcul de la rémunération à comparer avec le salaire minimum garanti* »¹⁵⁹. Dans un autre domaine, elle a pu décider que « *les plus-values réalisées par un salarié lors de la levée des actions, ne constitue pas une rémunération allouée en contrepartie du travail entrant dans la base de calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* »¹⁶⁰.

36. Le choix fait par le juge d'une conception assez restrictive de la rémunération comme stricte contrepartie du travail semble tendre vers deux objectifs différents. Tout d'abord, le juge recourt à cette approche synallagmatique en matière de détermination de l'assiette du salaire minimum interprofessionnel de croissance (Smic) dans une optique de protection du salarié. En effet, nous verrons plus tard qu'à la différence de ce qui prévaut pour les autres règles relatives à la rémunération, une conception restrictive de la notion de rémunération dans le calcul du salaire minimum est davantage protectrice des intérêts des salariés. En second lieu, le juge se réfère à cette analyse synallagmatique lorsque se présente à lui des problèmes d'assiette en matière d'indemnités dues au salarié ou de calcul de la majoration applicables aux heures supplémentaires¹⁶¹. Dans ces situations, l'adoption d'une conception restrictive de la rémunération n'est pas favorable aux salariés. Cependant, elle permet d'assurer une certaine proportionnalité entre le montant dû au salarié et la finalité de la

¹⁵⁹ Cass. soc. 7 avril 2010, n° 07-45.322, Dr. soc. 2010, p. 712, obs. RADE C.

¹⁶⁰ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-42.105, Revue des sociétés 2012, p. 29, note FOY R. La rédaction de l'attendu est cependant approximatif. Ce ne sont pas, en effet, les actions qui sont « levées », mais les options concédées sur ces actions.

¹⁶¹ LYON-CAEN G., « Le salaire en droit du travail et dans le droit de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p. 613.

règle instaurée. A cet égard, nous étudierons dans un premier temps la référence au travail dans la détermination de l'assiette du Smic (§1) puis dans un second temps son influence dans le calcul du montant des contreparties pécuniaires dues au salarié (§2).

§ 1 : La référence au travail dans la détermination de l'assiette du smic.

37. Le contrôle du respect par l'employeur des dispositions relatives au Smic est réalisé par une comparaison entre, d'une part, la rémunération horaire perçue par le salarié et, d'autre part, le salaire minimum légal pour une heure de travail. L'enjeu consiste à savoir quelles sont les sommes susceptibles d'être prises en compte aux fins de comparaison. Les textes sont peu diserts sur un éventuel critère d'imputation et laissent donc place à une large marge d'interprétation. L'étude de la finalité du Smic laisse penser qu'une conception assez extensive de la notion de rémunération devrait être retenue. Ce n'est pas le choix opéré par le juge qui a opté pour le critère du « travail contrepartie ». Aussi convient-il de constater l'absence de critère légal d'imputation (A) pour ensuite commenter le choix du critère du « travail contrepartie » (B).

A. L'absence de critère légal d'imputation.

38. Si le Code du travail donne quelques indications sur les sommes à inclure ou exclure, ces dispositions sont loin d'être suffisantes pour se prononcer avec précision devant la diversité des sommes octroyées aux salariés¹⁶². Dès lors, la recherche d'un critère d'imputation fiable s'avère nécessaire. La recherche de la finalité du Smic permet de déceler certaines orientations (1). Il convient également de s'intéresser aux différentes solutions proposées par la doctrine (2).

¹⁶² Article D. 3231-6 du Code du travail. « Le salaire horaire à prendre en considération pour l'application de l'article D. 3231-5 est celui qui correspond à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire. Sont exclues les sommes versées à titre de remboursement de frais, les majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi et la prime transport ».

1) La recherche du critère d'imputation par la détermination de la finalité du SMIC.

39. La finalité du salaire minimum peut se déduire à la fois de l'analyse des dispositions légales instituant le SMIC (a) mais également de son régime juridique (b).

a) La finalité du SMIC au travers des dispositions légales.

40. L'absence de critère légal d'imputation conduit à se tourner vers une analyse téléologique de la loi pour en permettre une interprétation fidèle¹⁶³. Ainsi que le relève le Professeur Jean SAVATIER, c'est la « *finalité de l'institution du SMIC (qui) doit également guider l'interprète quand il s'agit de déterminer si des salariés ont ou non bénéficié de la rémunération minimale qui leur est garantie* »¹⁶⁴.

41. La première finalité du Smic tel qu'envisagée par l'article L. 3231-2 du Code du travail est d'assurer aux salariés « *dont les rémunérations sont les plus faibles : la garantie de leur pouvoir d'achat* »¹⁶⁵. Comme le précisait le Professeur Gérard LYON-CAEN, « *ce salaire minimum, est censé correspondre aux besoins élémentaires de l'être humain et de sa famille* »¹⁶⁶. Ceci est confirmé par les propos d'un autre auteur pour qui « *le SMIC a la nature d'un revenu salarial destiné à assurer, (...) un pouvoir d'achat minimal mis à la charge des employeurs par les pouvoirs publics* »¹⁶⁷ et par Jean SAVATIER pour qui « *il faut toujours, en effet, partir de la finalité du SMIC. Celui-ci vise à garantir aux travailleurs les moins bien payés un certain pouvoir d'achat leur permettant de vivre avec leur salaire périodique* »¹⁶⁸. Dans ce but, tous les éléments obligatoires, toutes les sommes versées au salarié, doivent être pris en compte dans la détermination de l'assiette du SMIC¹⁶⁹. L'ensemble des éléments distribués au salarié sont à prendre en compte, et ce indépendamment du travail effectué.

¹⁶³ CORNU G., « Dictionnaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd., p. 913. Il s'agit de la méthode « *d'interprétation qui prend pour principe qu'une règle de droit doit être appliquée de manière à remplir ses fins et interprétée à la lumière de ses finalités* ».

¹⁶⁴ SAVATIER J., « La portée du droit au SMIC selon les modalités de rémunération », Dr. soc. 1985, p. 811.

¹⁶⁵ En ce sens, ROCHE J., « A propos du SMIC », Dr. soc. 1988, p. 291 : « *Le mécanisme législatif du SMIC est donc assis sur la notion de pouvoir d'achat, aussi bien le maintien de celui-ci que son accroissement* ».

¹⁶⁶ LYON-CAEN G., « Le salaire », *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁷ ROCHE J., « A propos du SMIC », Dr. soc. 1988, p. 291.

¹⁶⁸ SAVATIER J., *op. cit.*, p. 815.

¹⁶⁹ HENNEBELLE D., « Essai sur la notion de salaire », Thèse, PUAM, 2000, p. 233.

Ce qui importe, c'est que le salarié ait bien perçu le minimum vital instauré par la loi, peu importe les moyens mis en œuvre pour y parvenir. L'article R. 3231-6 du Code du travail conduit cependant à exclure de ce calcul les remboursements de frais professionnels, les majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi et la prime de transport. De même, les articles L. 3312-4 et L. 3325-1 du Code du travail excluent de manière indirecte les sommes attribuées au titre d'un accord d'intéressement ou de participation de l'assiette du SMIC puisqu'ils précisent qu'elles « *n'ont pas le caractère d'élément de salaire pour l'application de la législation du travail* »¹⁷⁰.

42. A cette finalité du salaire minimum fondée sur une logique alimentaire, de minimum vital, s'oppose une conception plus étroite présente dans l'article R. 3231-6 du Code du travail, qui s'inscrit davantage dans une logique de prix minimum du travail fourni¹⁷¹. Ce texte prévoit, en effet, que le salaire horaire à prendre en compte « *est celui qui correspond à une heure de travail effectif* ». L'idée présente dans ce texte est que le salaire horaire minimal dû au salarié doit être la contrepartie d'un travail fourni, de la prestation de travail. A ce propos, Jean ROCHE a pu dire que c'est cette « *notion réglementaire de salaire horaire contractuel qui sert, en fait, de tête de bélier pour tenter d'écarter des sommes qui ne font pas partie de ce salaire bien qu'elles contribuent au pouvoir d'achat des salariés, alors que, seule, cette dernière notion est retenue par la loi* »¹⁷². A la différence de la conception alimentaire, il s'agit de verser une somme en contrepartie du travail du salarié en-deçà de laquelle cette rémunération n'est pas considérée comme décente.

43. Comme l'explique avec justesse Diane HENNEBELLE, « *cette dualité de fonctions donne lieu à un balancement de la notion de salaire imputable, la garantie du pouvoir d'achat impliquant une assiette large composée du salaire de base et de l'ensemble des accessoires de nature salariale, tandis que l'idée de prix minimal du travail impose une assiette réduite aux seuls éléments de salaire rétribuant la prestation élémentaire de travail* »¹⁷³. Cette dualité de finalités assignées à l'institution du Smic, qui complexifie la détermination d'un critère d'imputation, est également présente lorsque l'on étudie son régime juridique.

¹⁷⁰ Issus de la loi du 24 juillet 1994, n° 94-640, JO 27 juillet 1994.

¹⁷¹ En ce sens, COUTURIER G., « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. soc. 2011, p. 13.

¹⁷² ROCHE J. « A propos du SMIC », *op. cit.*, p. 292.

¹⁷³ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 236.

b) La finalité du SMIC au travers de son régime juridique.

44. Le régime juridique qui encadre le salaire minimum est révélateur de cette double fonction puisqu'un certain nombre de dispositions peuvent être rattachées à l'une ou l'autre de ces conceptions, témoignage concret de la « *nature ambivalente* » du salaire¹⁷⁴.

45. Ainsi, peut se rattacher à la conception alimentaire le dispositif d'indexation du montant du Smic. Modifiées par le décret du 7 février 2013¹⁷⁵, les modalités de revalorisation du Smic ont modernisé les règles de revalorisation tout en conservant son ambition originelle de garantie du pouvoir d'achat. La garantie de pouvoir d'achat est désormais assurée par l'indexation du Smic sur l'inflation mesurée pour les ménages du premier quintile de la distribution des niveaux de vie, c'est-à-dire des 20 % des ménages ayant les revenus les plus faibles¹⁷⁶. Cet indice permettra, selon les auteurs du décret, de mieux prendre en compte les dépenses de consommation réelles des salariés à faible revenu, notamment les dépenses contraintes telles que le loyer et l'énergie. S'inscrit également dans cette logique alimentaire la jurisprudence relative à l'obligation de payer mensuellement le salaire et à l'interdiction de compenser un salaire mensuel inférieur au Smic par un lissage du salaire sur plusieurs mois¹⁷⁷. Ces éléments du régime juridique du Smic manifestent la prise en compte des besoins du travailleur et de sa famille davantage que le travail réellement effectué.

46. A l'inverse, le fait que le Smic soit avant tout un salaire horaire relève davantage de la conception du salaire minimum comme prix du travail, sa traduction mensuelle étant « *seulement destinée à être évocatrice* »¹⁷⁸. Comme le précise les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER, « *la garantie donnée par la loi au travailleur porte sur le salaire rémunérant*

¹⁷⁴ RADE C., « SMIC et réduction du temps de travail : la politique des petits pas », Dr. soc. 1999, p. 986.

¹⁷⁵ D. 7 juillet 2014, n° 2013-123, JO 8 juillet 2013, Dalloz Actu. 11 juillet 2013.

¹⁷⁶ Au lieu de l'indice des prix à la consommation des ménages urbains dont le chef est ouvrier ou employé, hors tabac.

¹⁷⁷ Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 99-44.842, Dr. soc. 2002, p. 460, obs. RADE C. « *Cette conclusion s'imposait également au regard de la finalité même du SMIC. Les salariés qui perçoivent le salaire minimum sont en effet dans une situation économique extrêmement précaire. Si le cadre supérieur peut supporter sans difficulté un retard dans sa rémunération ou une baisse exceptionnelle, le salarié payé au SMIC, et dont la grande partie des ressources est consacrée à la satisfaction des besoins essentiels de la vie courante, pourrait être mis en grandes difficultés par des variations qui abaisseraient, certains mois, sa rémunération en dessous du minimum légal* ».

¹⁷⁸ COUTURIER G., « Droit du travail – 1/ Les relations individuelles de travail », PUF, 1993, 3^{ème} éd., p. 518.

*une heure de travail. Ce n'est donc aucunement une garantie portant sur les ressources mensuelles et sur le niveau de vie »*¹⁷⁹. La principale conséquence est qu'il ne procure un revenu décent que si le travailleur réalise un nombre d'heures au moins égal à la durée légale de travail. Egalement, la décote opérée à l'égard des jeunes travailleurs¹⁸⁰ et des apprentis¹⁸¹ évoque l'idée que le montant du salaire minimum est en étroite corrélation avec la qualité du travail fourni¹⁸². Dans le même ordre d'idée, l'exclusion légale de l'assiette du Smic des majorations pour heures supplémentaires accreditée l'exclusion des sommes sans contrepartie directe du travail. En effet, la majoration vient moins rémunérer le travail du salarié que *« prendre en compte la pénibilité du surcroît de travail sous la forme d'une récompense »*¹⁸³. Enfin, le fait que le Smic ne varie pas suivant la situation familiale du salarié contribue à éloigner cette institution d'une stricte logique alimentaire¹⁸⁴. De fait, il est évident que, plus un travailleur a de personnes à charge, plus ses besoins alimentaires sont élevés. Or, le Smic ne prend pas du tout en considération ce contexte puisque son montant ne dépend que de l'évolution de l'inflation.

47. Les propos selon lesquels *« l'acuité des difficultés d'aujourd'hui nécessite de résoudre la contradiction de la notion réglementaire de salaire horaire contractuel avec la notion législative de pouvoir d'achat »* sont toujours d'actualité¹⁸⁵. Ni l'étude de la finalité du Smic, ni l'analyse de son régime juridique ne permettent d'en déduire un critère d'imputation fiable et précis.

¹⁷⁹ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », PUF, Thémis 1993, 13^{ème} éd., p. 619.

¹⁸⁰ Article D. 3231-3 du Code du travail. Le Smic comporte un abattement fixé à 20% avant 17 ans et 10% entre 17 et 18 ans.

¹⁸¹ Article D. 6222-26 du Code du travail. Le salaire minimum pour un apprenti va de 25% du Smic pour les jeunes âgés de 16 à 17 ans pendant la première année d'exécution du contrat à 78% du Smic pour les jeunes âgés de 21 ans et plus pendant la troisième année d'exécution du contrat.

¹⁸² Ce qui suppose que le législateur acte que les jeunes sont par principe moins productifs que les travailleurs « normaux ». Cet abattement concernait également les personnes atteintes d'un handicap mais a été supprimé depuis le 1^{er} janvier 2006.

¹⁸³ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Salaire (Définition - Formes) », Rép. Dalloz octobre 2013, n° 243.

¹⁸⁴ A la différence du revenu de solidarité active qui prend en compte la situation de famille de l'intéressé.

¹⁸⁵ ROCHE J., *op. cit.*, p. 292.

2) Les différents critères envisagés.

48. Le Code du travail, dans son article D. 3231-5, prévoit que le salaire horaire à prendre en considération pour savoir si le Smic est atteint est celui qui correspond « *à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire* ». Cependant, ni la loi, ni la jurisprudence n'ont défini la notion de complément de salaire. L'administration a, dans un premier temps, proposé au travers de circulaires des listes favorables à une exclusion « *quasi systématique* »¹⁸⁶ des sommes versées sans rapport avec le travail (a). A l'opposé, certains auteurs ont tenté de proposer un critère d'imputation permettant de mettre un terme à l'insécurité juridique chronique soulevée par l'imprécision des textes (b).

a) Les propositions de l'administration.

49. La doctrine administrative estime, de façon constante depuis 1950, que la liste de l'article D. 3231-6 alinéa 2 du Code du travail a une simple valeur indicative, ce qui lui permet d'exclure un certain nombre de primes de l'assiette de comparaison, sans qu'un véritable critère de distinction ne soit proposé.

50. La première circulaire prise en la matière a ainsi écarté les primes accordées en raison des conditions particulières de travail, ou correspondant à des sujétions imposées, telles que les primes de danger, de froid, d'insalubrité, les majorations pour travail de nuit, le dimanche et les jours fériés¹⁸⁷. Sont également exclues les primes ou majorations dont l'objet n'est pas de compléter le salaire mais d'associer le travailleur aux résultats de l'entreprise. Par contre, il est précisé que les primes ou indemnités qui ont le caractère d'un complément de salaire doivent être incluses dans l'assiette, sans pour autant définir comment une prime acquiert une telle qualité.

¹⁸⁶ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁷ Circ. 25 août 1950, JO 26 août 1950, JCP 1950, III, 15483.

51. La circulaire suivante, du 23 septembre 1950¹⁸⁸, mentionne que « *la rémunération versée doit correspondre à un travail effectif* ». Ce principe posé, le texte estime que ne doit pas entrer en compte pour le calcul du minimum, les primes versées à titre de remboursement de frais ou accordées en raison des conditions particulières de travail. Sont également exclues les majorations dont l'objet n'est pas de compléter le salaire, mais d'associer les travailleurs aux résultats de l'entreprise ou aux bénéfices¹⁸⁹. Les primes de treizième mois et de fin d'année, quant à elles, disposent d'un régime différent selon les modalités de leur versement. Si leur versement est conditionné, par exemple à la réalisation de bénéfices par l'entreprise ou encore tiennent compte de la situation particulière de chaque salarié, tel que les qualités professionnelles ou personnelles, alors elles ont le caractère d'une gratification aléatoire et ne doivent pas rentrer en ligne de compte. En revanche, lorsque leur bénéfice est automatiquement garanti au salarié, il convient de considérer qu'il s'agit d'un complément de salaire. L'administration recourt à la conception du Smic comme contrepartie du travail : le caractère aléatoire et imprévisible de l'avantage laisse présager l'absence de prise en compte du travail effectif réalisé par le salarié. Dès lors qu'il y aurait déconnexion entre travail et versement d'une prime, son exclusion de l'assiette de comparaison devrait être retenue.

52. La dernière circulaire, du 29 juillet 1981 a admis, à la différence des textes précédents et au rebours de la jurisprudence de l'époque, l'imputation des primes annuelles dont le paiement, effectué sous la forme d'un versement fractionné, est rendu obligatoire en vertu d'une disposition conventionnelle, contractuelle ou d'un usage¹⁹⁰. Elle rompt ainsi avec l'analyse administrative traditionnelle, selon laquelle « *les diverses gratifications semestrielles ou annuelles viennent rarement rémunérer l'activité au sens strict du terme* » et qui conduisait à exclure ces sommes de l'assiette de comparaison¹⁹¹.

53. L'étude des diverses circulaires prises à propos de l'imputation des éléments salariaux sur le SMIC révèle une volonté d'exclure la plupart des majorations de salaire, ce qui a fait

¹⁸⁸ Circ. 23 septembre 1950, JO 29 septembre 1950, p. 10047.

¹⁸⁹ Il est intéressant de noter que la justification de cette exclusion réside dans le « caractère aléatoire et imprévisible » de ces sommes, qualifiées de « libéralités ».

¹⁹⁰ Circ. DRT n° 3/81, 29 juillet 1981.

¹⁹¹ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 237.

dire à l'Avocat général Robert LINDON que « *les règles en vigueur relatives aux indemnités de congés payés et aux cotisations de Sécurité sociale font porter le calcul sur le salaire proprement dit, ainsi que sur les gratifications et les primes de toute nature, alors que pour le SMIG, il faut faire exactement le contraire* »¹⁹². Pour autant, elles ne représentent pas nécessairement l'état du droit positif, le juge n'étant pas tenu de respecter le texte de ces circulaires¹⁹³.

b) Les propositions de la doctrine.

54. Afin de mettre un terme aux fluctuations de la jurisprudence, la doctrine s'est efforcée de trouver un critère effectif, permettant de dégager une ligne de démarcation claire entre les sommes qui doivent entrer dans l'assiette du Smic et celles qui doivent en être exclues. Certains auteurs ont donc cherché à donner un véritable contenu à la notion de « complément de salaire » envisagé à l'article D. 3231-6 du Code du travail. Si la doctrine s'est accordée sur la nécessité de lui reconnaître un sens spécifique, les solutions divergent quant à la signification à lui donner¹⁹⁴.

55. Dans ses conclusions sur la décision rendue par la Cour de cassation le 17 octobre 1958, l'avocat général Robert LINDON constate tout d'abord que le critère peut ne pas être le même suivant que la question relève du droit pénal ou du droit du travail¹⁹⁵. La Chambre criminelle de la Cour de cassation est en effet tenue d'interpréter de manière stricte les textes relatifs au Smic, ce qui conduit à exclure de l'assiette du salaire minimum uniquement les sommes expressément visées par une disposition législative ou réglementaire, là où la Chambre sociale dispose d'une marge de manœuvre supérieure. Les faits relatifs à la décision du 17 octobre 1958 relevaient du droit du travail et concernaient l'inclusion ou l'exclusion de quatre primes dans l'assiette du Smig¹⁹⁶. L'argumentation de Robert LINDON met en lumière la dualité de fonction du salaire minimum. Ainsi, « *le Smig n'est pas*

¹⁹² LINDON R., « La détermination des éléments composant le SMIG », Dr. soc. 1959, p. 148.

¹⁹³ Cass. Soc. 26 janvier 1966, Bull. civ. IV, n° 103. Les juges ne sont pas liés par les circulaires et peuvent rejeter les interprétations de l'administration.

¹⁹⁴ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁵ Civ. Sect. Soc., 17 octobre 1958, Dr. soc. 1959, p. 148.

¹⁹⁶ Prime d'assiduité, prime d'ancienneté, prime de satisfaction, prime d'intérêt général. La décision a été rendue sous l'empire de l'ancienne législation relative au Smig, cependant la problématique de l'assiette du salaire minimum demeure inchangée.

seulement un minimum économique mais un minimum social : le Smig est considéré comme minimum social dû à tout salarié qui apporte son travail à une entreprise ». Or, inclure toutes les sommes dans l'assiette conduirait à ce que « *le Smig ne rémunère pas seulement un travail normal mais un travail amélioré, un rendement supérieur au travail normal* », et « *aboutirait à faire de ces primes des leurres et à anéantir ce que fut l'intention des parties* ». Selon lui, seules les primes qui rémunèrent un travail normal devraient donc être incluses, tout du moins en ce qui concerne le contentieux relatif au droit du travail.

56. Pour Gérard LYON-CAEN au contraire, « *il semble logique* »¹⁹⁷ d'inclure dans l'assiette du minimum de croissance les primes associant les salariés aux résultats de l'entreprise. Sans véritablement proposer de critère départiteur, son analyse de la jurisprudence de l'époque lui fait constater que « *l'inclusion ou l'exclusion dans le SMIC dépend de la qualification donnée aux compléments de salaire. (...) tantôt (primes d'ancienneté, d'assiduité) sans relation directe avec le travail, c'est la solution de la non-imputation qui sera retenue ; tantôt (primes de rendement) en liaison avec le travail, c'est l'imputation sur la masse de calcul du SMIC qui devra être adoptée* »¹⁹⁸. Pour autant, et non sans une certaine contradiction, il estime que « *tout ce qui figure sur le bulletin de paie au titre du salaire s'impute sur le Smic* »¹⁹⁹.

57. Jean ROCHE a proposé de remplacer la notion de salaire horaire contractuel par « *le critère des sommes figurant sur le bulletin de paie et supportant les cotisations de sécurité sociale* »²⁰⁰. Le postulat est donc ici d'assimiler la notion de salaire au sens du SMIC à celle du salaire au sens du droit de la sécurité sociale. Si la principale force de cette solution est sa simplicité, elle est cependant difficilement compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation sur les « gratifications-libéralités ». Les juges ont depuis longtemps admis qu'en application de l'article L. 242-1 du Code de Sécurité sociale, les primes « de caractère facultatif, bénévole et variable » sont soumises à cotisations sociales sans pour autant entrer dans l'assiette du salaire minimum²⁰¹.

¹⁹⁷ LYON-CAEN G., « Le salaire », Dalloz 1981, p. 243, n° 195.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 48.

²⁰⁰ ROCHE J., « A propos du SMIC », *op. cit.*, p. 292.

²⁰¹ Civ. 2ème, 13 févr. 1964, Bull. civ. II, n° 141 ; Cass. soc. 8 novembre 1972, Bull. civ. V, n° 604.

58. Enfin, Diane HENNEBELLE, emboitant en cela les pas du Professeur Gérard COUTURIER²⁰², propose de régler la question de la composition du Smic en se fondant sur sa finalité initiale et dominante, c'est à dire sa finalité alimentaire. Elle propose en ce sens que, « *tous les accessoires salariaux par leur source deviendraient ainsi des éléments d'imputation à comptabiliser dans la détermination de la base de calcul du salaire minimum légal* »²⁰³. La proposition repose sur une solide argumentation corroborée par la finalité première du salaire minimum. Cependant son raisonnement prête le flanc à la critique, le critère proposé n'étant pas explicite²⁰⁴. Il est en effet difficile de comprendre ce qu'il faut entendre par « *accessoire salarial par la source* ». Doit-on entendre par source l'acte juridique qui donne naissance à la somme ou à l'avantage octroyé au salarié²⁰⁵ ? Le propos serait peu pertinent dans la mesure où le contrat de travail comme la convention collective peuvent très bien donner naissance à une créance tant indemnitaire²⁰⁶ que salariale²⁰⁷. Si, au contraire, il faut comprendre qu'est un accessoire de salaire, tout avantage dont la cause du versement lui confère la qualité de rémunération, alors l'auteur demeure muet sur un éventuel critère de qualification²⁰⁸. Dès lors, on en revient à la question de savoir si, pour qu'un élément ait un caractère rémunérateur, il doit être versé en contrepartie du travail ou seulement à l'occasion du travail. Dans le premier cas, nous serions plutôt dans la conception du Smic comme prix minimal du travail tel qu'envisagée par l'administration du travail. Dans le deuxième cas, à l'opposé, c'est davantage l'analyse du Smic comme garantie du pouvoir d'achat qui prévaudrait. L'auteur semble se placer dans cette seconde voie puisqu'elle justifie son argumentation par la finalité alimentaire du Smic. Or, en ce cas, nous

²⁰² COUTURIER G., « Droit du travail – 1/ Les relations individuelles de travail », PUF, 1993, 3^{ème} éd., p. 521 qui constate, sans y adhérer, que certains auteurs préconisent que le Smic doit constituer en réalité un minimum de ressources ; si ce minimum est atteint, peu importe à quel titre sont versées les sommes que le salarié perçoit, la règle est respectée. Dans cette optique, tous les avantages dont bénéficie le salarié devraient être pris en compte, sans distinction.

²⁰³ HENNEBELLE D., *op cit.*, p. 253.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 256.

²⁰⁵ Selon le dictionnaire de Vocabulaire juridique (*op. cit.*, p. 878), est source de droit « *tout élément générateur de droit subjectif ou d'engagement. Ex. en Droit français contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit...* »

²⁰⁶ Remboursement de frais professionnels.

²⁰⁷ Primes diverses.

²⁰⁸ V. HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 260. Elle nous semble d'ailleurs adopter un raisonnement tautologique lorsqu'elle énonce que « *la détermination du salaire à prendre en considération (...) comprend l'ensemble des éléments de rémunération dus aux salariés* ». Autrement dit, est un élément de rémunération susceptible de rentrer dans l'assiette du Smic l'élément qui a un caractère rémunérateur !

ne voyons pas vraiment en quoi sa proposition diffère de celle de Jean ROCHE qui consiste à faire entrer dans l'assiette du Smic toutes les sommes soumises à cotisations sociales²⁰⁹.

59. Les diverses propositions faites par la doctrine ne semblent pas suffisamment abouties pour permettre de dégager un critère fiable permettant d'imputer ou non une somme dans l'assiette du Smic. Seule la proposition qui vise à assimiler la notion de salaire au sens du Smic à celle du salaire au sens du droit de la sécurité sociale permettrait de fixer une ligne de démarcation claire, mais nous préférons la rejeter au motif qu'elle est trop défavorable aux salariés. La jurisprudence a, quant à elle, opté pour une solution de compromis, à mi-chemin entre ces deux conceptions qui innervent le salaire minimal.

B. Le choix jurisprudentiel du travail contrepartie comme critère d'imputation.

60. La position de la jurisprudence a longtemps été fluctuante et confuse sur les sommes à inclure ou exclure de l'assiette de Smic, d'autant plus qu'il a pu exister des divergences de position entre les Chambres sociale et criminelle²¹⁰. Plusieurs phases se sont succédé²¹¹, avant qu'un consensus ne se dégage autour de l'idée que seuls les sommes et les avantages « *qui constituent la contrepartie directe du travail effectué* »²¹² soient pris en compte pour l'application du salaire minimum. Cette relative stabilité a cependant été remise en cause par un arrêt du 13 juillet 2010 qui semble être précurseur d'une évolution jurisprudentielle qui n'est pas encore finie²¹³. Alors que le critère d'imputation visé par le juge paraît être sensiblement identique, puisqu'il s'agit toujours d'exclure les sommes qui ne relèvent pas d'une logique commutative, plus précisément qui ne sont pas la « *contrepartie d'un travail* »²¹⁴, les solutions retenues par le juge diffèrent de celles rendues antérieurement. Il

²⁰⁹ Ce qui est d'autant plus étonnant que Mme D. HENNEBELLE conteste cette proposition jugée trop simpliste.

²¹⁰ En ce sens, SALOMON R. et MARTINEL A., « Droit pénal social », *Economica*, 2^{ème} éd., 2015, p. 151. Au sujet des primes et gratifications dont le paiement était établi sur une durée supérieure au mois, la Chambre sociale a estimé pendant un temps que les primes de vacances et de treizième mois ne devaient pas être prise en compte pour le calcul du Smic, sauf pour les mois où elles étaient effectivement versées alors que la chambre criminelle jugeait au contraire que le paiement par acomptes mensuels de ces primes était interdit. La jurisprudence de la Chambre sociale s'est depuis alignée sur celle de la chambre criminelle.

²¹¹ DUVAL H., « La jurisprudence sur le SMIC ou la victoire de l'administration », *JCP E* 1989, II, 15464.

²¹² Cass. soc. 27 octobre 1999, n° 3909, RJS 12/99, n° 1534.

²¹³ Cass. soc. 13 juillet 2010, n° 09-42.890, JCP S 2010, 1536.

²¹⁴ *Ibid.*

convient de rendre compte du changement opéré par la jurisprudence (1) avant de constater que le choix de ce critère d'imputation est inexploitable et inopportun (2).

1) Le changement opéré par la jurisprudence.

61. L'évolution de la jurisprudence sur le Smic a connu de nombreux soubresauts²¹⁵. Si certains éléments versés en supplément du salaire de base, à l'instar des pourboires ou des avantages en nature, restent « à l'abri de la controverse »²¹⁶, un certain nombre de primes ont pu connaître un destin varié au gré des décisions de justice. Malgré la confusion concernant certaines sommes, il semble que l'on puisse estimer que le juge, pour trancher une question de qualification, procède en deux étapes. En premier lieu, le juge se concentre sur les modalités de versement de la prime. Si elle présente un caractère aléatoire et imprévisible, alors elle n'a pas le caractère d'un salaire au sens de la législation du Smic. Ainsi, il a pu être décidé qu'une « gratification bénévole dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique » doit être exclue de l'assiette de calcul²¹⁷. L'absence de caractère fixe et permanent du versement de la rémunération est exclusive de la qualité de rémunération. Or, comme a pu le constater un auteur, « la constance du versement de la rémunération, pas plus que la fixité de son montant, ou la généralité de son champ d'application, ne suffisent à en identifier la nature »²¹⁸. Pour autant, le juge semble conditionner la qualité de complément de salaire au caractère contraignant et fixe du versement de la prime, peu important qu'il soit la contrepartie d'un travail. Cette étape, qui conduit à exclure ce que l'on nomme traditionnellement les « gratifications bénévoles », paraît bien ancrée dans la jurisprudence²¹⁹ et suscite peu de controverses²²⁰. En second lieu, si l'élément litigieux n'a pas un « caractère aléatoire, instable ou variable »²²¹, le juge s'attelle à vérifier qu'il est bien

²¹⁵ Pour une approche historique de la question, v. DUVAL H., *op. cit.* Pour une étude détaillée prime par prime, v. HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 239.

²¹⁶ LYON-CAEN G., « Le salaire dans le droit du travail et de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1960, p. 613.

²¹⁷ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-45.587, *Bull. civ.* 2009, V, n° 287.

²¹⁸ DUQUESNE F., obs. sous Cass. crim., 15 février 2011, *Dr. soc.* 2011, p. 721.

²¹⁹ Voir déjà, Cass. crim. 7 novembre 1957, *Bull. crim.* 1957, n° 718 ; Cass. soc. 4 janvier 1958, *Bull. civ.* 1958, IV, n° 38.

²²⁰ Si ce n'est le présupposé initial qu'elle suppose, à savoir qu'une prime aléatoire et instable ne peut être, par principe, la contrepartie d'un travail.

²²¹ V. en ce sens, BOUILLOUX A., « Les éléments de rémunération à prendre en compte pour calculer le montant du salaire minimum de croissance », *D.* 1995, p. 372.

versé en contrepartie du travail fourni par le salarié²²². La formule peut différer sensiblement selon les arrêts, certains exigeant que la prime soit « *la contrepartie du travail* »²²³, d'autres que la rétribution versée soit « *la contrepartie directe du travail effectué* »²²⁴, sans que ces différences aient une véritable influence sur les décisions rendues²²⁵. C'est autour de ce critère d'imputation que s'est cristallisé l'essentiel du contentieux qui relève avant tout de la casuistique tant sont nombreuses les décisions en la matière²²⁶.

62. Les décisions rendues à propos de primes qui rémunèrent des périodes de pause ont relancé le débat sur le critère d'imputation. Un arrêt précurseur avait décidé à leur sujet qu'en « *l'absence d'indication contraire de la convention collective applicable, les primes qui ne constituent pas une contrepartie directe du travail effectué ne peuvent être prises en compte pour vérifier l'application du salaire minimum conventionnel* »²²⁷ sans pour autant susciter le moindre intérêt de la part de la doctrine. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 13 juillet 2010²²⁸ a, en revanche, frappé les esprits comme marqueur d'une étape de redéfinition du critère d'imputation²²⁹. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble pourtant faire preuve de classicisme. D'une part, le juge estime que ces primes ne sont pas « *la contrepartie du travail* », ce qui, nous l'avons vu, correspond au critère habituellement invoqué. D'autre part, il précise que leur « *détermination dépend*

²²² Cass. soc. 7 janvier 1985, Dr. soc. 1985, p. 818. Exclusion d'une prime d'ancienneté au motif « *qu'elle est liée à la présence du salarié dans l'entreprise et non à son travail* » ; Cass. soc. 12 novembre 1992, RJS 1992, n° 1385. Exclusion d'une prime d'assiduité « *qui a pour objet de lutter contre l'absentéisme et non de rémunérer un travail effectif* ».

²²³ Cass. soc. 7 avril 2010, n° 07-45.322, JCP S 2010, n° 1286.

²²⁴ Cass. soc. 2 juillet 2008, n° 06-45.987, RJS 2008, n° 1089.

²²⁵ Contra. PIGNARRE G., « Détermination de l'assiette du SMIC : la Cour de cassation franchit une étape décisive », obs. sous crim. 15 février 2011, n° 10-83.988, RDT 2011, p. 319. Selon cette auteure, les magistrats apprécient différemment les primes versées selon le minimum, légal ou conventionnel, en jeu. Nous n'adhérons pas à cette analyse et, selon nous, la grille de lecture reste la même quel que soit le minimum visé.

²²⁶ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Précis Dalloz 2015, 29^{ème} éd., n° 932, p. 961.

²²⁷ Cass. soc. 2 juillet 2008, n° 06-45.987, RJS 2008, n° 1089.

²²⁸ Cass. soc. 13 juillet 2010, n° 09-42.890, JCP S 2010, n° 1536, note TRICOIT J.-P. ; Lexbase Hebdo éd soc., 13 juillet 2010, n° 405, note RADE C. ; Dr. soc. 2010, p. 1112, obs. RADE C. ; LAHALLE T., « Rémunération du temps de pause et détermination du SMIC », JCP S. 2011, n° 1193. Par cette décision, les magistrats ont décidé que « *les salariés n'étaient pas à la disposition de l'employeur de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif* » alors, « *les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail et dont la détermination dépend de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas, sont exclues du salaire devant être comparé au Smic* ».

²²⁹ RADE C., « Assiette du Smic : vers le grand chambardement ? », note sous Cass. soc. 14 novembre 2012, n° 11-14.862, Lexbase Hebdo éd. Soc., 29 novembre 2012, n° 507.

de facteurs généraux sur lesquels les salariés n'influent pas », formulation déjà présente dans des décisions plus anciennes²³⁰. Ce qui est novateur en revanche, c'est la motivation qui a conduit à une telle décision. Pour la première fois, à notre connaissance²³¹, la Cour retient que, les primes de pause ne rémunérant pas du temps de travail effectif, elles ne sont donc pas la contrepartie du travail. La Chambre criminelle de la Cour de cassation statuera dans le même sens peu après²³² avec comme différence notable l'absence de reprise du critère tenant aux modalités de calcul²³³. Un auteur avait pu estimer que « *ce passage de deux critères à un critère unique ne devrait pas avoir de conséquences trop importantes* »²³⁴. Ces propos s'avèrent prophétiques puisque par deux arrêts du 21 mars 2012²³⁵, la Chambre sociale abandonne également ce critère pour se recentrer exclusivement sur la notion de temps de travail effectif. Le choix opéré par la Cour de cassation a conduit à s'interroger sur la possible remise en cause de jurisprudences antérieures tant il est vrai que le juge avait reconnu à certaines primes une nature salariale en dépit du lien ténu entre l'avantage versé et le temps de travail effectif du salarié²³⁶.

63. L'affirmation selon laquelle une prime doit être exclue de la masse des sommes à comparer au Smic au motif qu'elle ne rémunère pas un temps de travail effectif a de quoi surprendre. Cette position jurisprudentielle a, depuis lors, été confirmée, et des arrêts ultérieurs accréditent l'idée qu'une remise en question de nombreuses solutions acquises est à l'œuvre. Cependant, cette relecture du critère de la contrepartie du travail nous paraît inexploitable et inopportun.

²³⁰ Cass. crim. 5 novembre 1996, n° 95-82.944. Exclusion d'une prime « dite " de résultat " , qui n'était pas fonction de la prestation de travail de chaque salarié, mais qui, fondée sur les résultats financiers de l'entreprise, dépendait de facteurs sur lesquels les travailleurs n'avaient aucune influence directe ».

²³¹ Dans l'arrêt Cass. soc. 2 juillet 2008 (*op. cit.*), la Cour de cassation avait tout de même approuvé le raisonnement du conseil de prud'hommes qui avait constaté « *que les pauses n'étaient pas considérées comme du temps de travail effectif et que les primes de pause étaient payées sans contrepartie d'un travail supplémentaire* ».

²³² Cass. crim. 15 février 2011, n° 10-83.988 et n° 10-87.019 ; Dr. soc. 2011, p. 719, obs. DUQUESNE F.

²³³ Par application de la Convention collective, les primes litigieuses étaient calculées sur la base de la durée effective de travail de chaque salarié.

²³⁴ TOURNAUX S., « Prime de pause et Smic : confirmation... et variation ? », Lexbase hebdo, éd. Soc., 15 février 2011, n° 430.

²³⁵ Cass. soc. mars 2012, n° 10-21.737 et n° 10-27.425, Lexbase hebdo éd. soc., 5 avril 2012, n° 480, note RADE C.

²³⁶ Notamment avec les primes de congés (Cass. soc. 12 février 1985, Dr. soc. 1985, p. 819), de jours fériés (Cass. soc. 26 septembre 2001, n° 00-40.819, inédit), de treizième mois (voir *infra*) ou de fin d'année (Cass. soc. 2 mars 1994, n° 89-41.930).

2) *Un critère d'imputation inexploitable et inopportun.*

64. Certains auteurs estiment que la Cour de cassation interprète l'article R. 3231-6 du Code du travail de manière littérale et « *adopte une conception purement synallagmatique* », ce qui lui permet de « *ne retenir que les éléments qui rémunèrent directement et uniquement la seule prestation de travail* »²³⁷. Pour autant, sa jurisprudence est jugée « *d'une extrême subtilité* »²³⁸ dès lors qu'il s'agit de qualifier des sommes dont le rapport est ténu mais néanmoins existant avec le travail fourni par le salarié. Cette conception, même précisée par les décisions relatives aux primes de pause, ne semble pas apte à expliquer de manière pleinement satisfaisante les solutions dégagées par le juge.

65. Traditionnellement, les primes d'assiduité et d'ancienneté sont exclues de l'assiette du Smic car elles « *ont pour objet de récompenser la stabilité des travailleurs dans l'entreprise* »²³⁹. Dans un autre arrêt, il est également précisé que la prime d'ancienneté est « *liée à la présence du salarié dans l'entreprise et non à son travail* »²⁴⁰. Cette position n'a jamais été démentie depuis. L'exclusion, au regard de la motivation du juge, était en soi déjà contestable. Le Professeur Jean SAVATIER a ainsi justement fait remarquer que « *la prime d'ancienneté n'est due que si un travail a été fourni pendant la période où elle a été acquise* » et que « *la présence du salarié, sa stabilité, ne peuvent être dissociées du travail fourni* »²⁴¹. De même, ce que « *rémunère la prime d'assiduité, ce n'est pas une prestation distincte du travail, mais une qualité ou une contrainte particulière de celui-ci* »²⁴². A l'aune du nouveau critère, l'on est en droit de se demander si cette jurisprudence pourra être maintenue²⁴³. Depuis les arrêts sur les primes de pause, il semble en effet que doit être assimilé à un complément de salaire la prime qui est la contrepartie d'un temps de travail effectif. Or, à l'instar de ce que faisait remarquer le Professeur Jean SAVATIER, il est difficile de nier que ces primes entretiennent un rapport très étroit avec le temps de travail du salarié, puisque

²³⁷ BOUILLOUX A., *op. cit.*, p. 372.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Cass. soc. 6 février 1985, Dr. soc. 1985, p. 818.

²⁴⁰ Cass. soc. 7 janvier 1985, Dr. soc. 1985, p. 818.

²⁴¹ SAVATIER J., « La portée du droit au Smic selon les modalités de rémunération », Dr. soc. 1985, p. 813.

²⁴² SAVATIER J., « Grèves et primes complémentaires du salaire », Dr. soc. 1981, p. 438.

²⁴³ En ce sens, RADE C., « Assiette du Smic : vers le grand chambardement ? », Lexbase hebdo, 29 novembre 2012, n° 509.

leur montant et leur versement sont directement conditionnés par la présence du salarié au sein de l'entreprise.

66. A l'inverse, la position de la Cour en faveur de l'inclusion des primes de vacances²⁴⁴, de congés²⁴⁵ ou de jours fériés²⁴⁶, ne semble plus tenable aujourd'hui. Le fait générateur de ces primes étant bien l'absence de travail du salarié²⁴⁷, elles ne peuvent être, par essence, la contrepartie d'un temps de travail effectif. Il y aurait comme un hiatus à admettre l'inclusion de ces primes tout en excluant les primes de pause.

67. En dehors de ces hypothèses, qui pourraient être remises en cause par la jurisprudence sur les primes de pause, le critère traditionnel d'imputation des sommes sur l'assiette du Smic soulevait déjà des difficultés tant sa mise en œuvre s'avérait délicate. Il a été par exemple jugé qu'une prime ayant pour objectif le maintien du pouvoir d'achat n'excluait pas qu'elle soit versée en contrepartie d'un travail²⁴⁸. *A contrario*, dans un autre arrêt, la Cour avait pu exclure de l'assiette de calcul une prime destinée à compenser la cherté de la vie dans les départements d'outre-mer²⁴⁹.

68. La référence, depuis les arrêts relatifs aux primes de pause, à la notion de temps de travail effectif, est inopportune et inappropriée. Comme le relève un auteur, cette référence à l'article D. 3231-6 du Code du travail « *prête à confusion* »²⁵⁰. La mention suivant laquelle « *le salaire horaire à prendre en considération (...) est celui qui correspond à une heure de travail effectif* » n'a pas comme finalité d'édicter un critère d'imputation des sommes sur l'assiette du Smic, mais de préciser les modalités de calcul du salaire minimum qui est, nous l'avons vu, un salaire minimum horaire et non mensuel. Dès lors, s'appuyer sur ce texte pour en exciper un critère d'imputation conduit à le détourner de sa véritable nature. A cette

²⁴⁴ Cass. soc. 2 mars 1994, n° 89-45.881, Bull. civ. V, n° 187.

²⁴⁵ Cass. soc. 12 février 1985, Dr. soc. 1985, p. 819.

²⁴⁶ Cass. soc. 26 septembre 2001, n° 00-40.819, inédit.

²⁴⁷ Telle est déjà la solution retenue par la Cour au sujet d'une indemnité de non-concurrence. Si elle a la nature d'un salaire, elle est néanmoins exclue de l'assiette de calcul du Smic au motif qu'elle est indépendante du travail fourni. Cass. soc. 14 janvier 1988, n° 85-42.047.

²⁴⁸ Cass. soc. 7 avril 2010, RJS 2010, n° 516.

²⁴⁹ Cass. soc. 4 mars 2003, n° 01-41.864, RJS 2003, n° 680.

²⁵⁰ RADE C., « Primes de pause et assiette du Smic : *errare humanum est, perseverare...* », Lexbase hebdo éd. Soc., 5 avril 2012, n° 480.

absence de fondement juridique, se superpose l'inapplicabilité pratique dudit critère. Considérer qu'une somme doit être incluse à partir du moment où elle est versée en contrepartie d'un temps de travail effectif, autrement dit en contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié, est totalement abscons dès lors qu'il s'agit de qualifier des sommes destinées à compenser des sujétions particulières de travail²⁵¹.

69. Le choix réalisé par la Cour de cassation, « à cheval »²⁵² entre les deux conceptions à l'origine du salaire minimum, ne permet pas de dégager un critère fiable et précis d'imputation. Le critère de la contrepartie du travail n'est pas opérationnel car seule l'étude des « précédents » jurisprudentiels permet de dire si une prime doit entrer ou non dans l'assiette du salaire minimum. A ce choix de compromis qui n'est pas satisfaisant au regard de l'exigence de sécurité juridique, il nous semble que la Cour devrait opter pour un critère beaucoup plus clair. Deux solutions juridiques sont envisageables.

70. La première, que nous avons déjà développée et qui a les faveurs d'un certain nombre d'auteurs, consiste à s'appuyer sur la finalité alimentaire du Smic pour en déduire que le critère d'imputation doit être le plus large possible. Concrètement, il conviendrait, dans cette optique, d'adopter la même assiette que celle des cotisations de sécurité sociale²⁵³ et de faire entrer dans l'assiette de calcul toutes les sommes versées « en contrepartie ou à l'occasion du travail »²⁵⁴, à l'instar de ce que prévoit l'article L. 242-1 du Code de Sécurité sociale. Pour autant, cette possibilité n'emporte pas notre adhésion et ce pour deux raisons. En premier lieu, le passage à une assiette large serait très préjudiciable pour les salariés et constituerait un indéniable recul de leur droit. En second lieu, l'admission d'un critère large peut conduire à vider de sens un grand nombre de primes. A titre d'exemple, l'avocat

²⁵¹ Cass. soc. 14 novembre 2012, n° 11-14.862, Dr. soc. 2013, p. 88. Le juge a admis l'inclusion d'une prime d'atelier au motif qu'elle était versée uniquement au salarié « qui exécute, pendant au moins la moitié de son temps, ses tâches au contact des usagers ». Si le lien entre la prime et le temps paraît avoir joué en faveur de son inclusion, cette prime d'atelier nous paraît davantage compenser une condition particulière de travail, motif traditionnel d'exclusion de l'assiette du Smic. Voir par ex. l'exclusion des primes de pénibilité, Cass. soc. 27 octobre 1999, n° 98-44.627, Dr. soc. 2000, p. 206.

²⁵² HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 236.

²⁵³ ROCHE J., *op. cit.*, p. 292.

²⁵⁴ Il est à noter que la Chambre sociale a par le passé fait sienne cette formulation sans pour autant en tirer les conséquences et unifier l'assiette du Smic avec celle du droit de la Sécurité sociale. Voir par ex. Cass. soc. 24 février 1985, Dr. soc. 1985, p. 819.

général Robert LINDON²⁵⁵ a démontré qu'inclure les primes d'ancienneté et d'assiduité dans l'assiette de calcul ferait de ces primes des « *leurres* » pour le salarié. A raison, il démontre qu'un salarié disposant d'un salaire de base inférieur au salaire minimum mais qui bénéficie d'une prime d'ancienneté portant sa rémunération au niveau de ce salaire minimum toucherait autant qu'un salarié tout juste engagé au même salaire qui, lui bénéficierait d'une indemnité différentielle afin de pallier l'absence de prime d'ancienneté. Plus récemment, un auteur a également démontré que le phénomène serait identique concernant les primes assises sur les résultats de l'entreprise. Ainsi, le Professeur Gérard VACHET estime « *qu'inclure dans l'assiette de calcul des primes ayant pour but d'inciter le salarié à obtenir des résultats n'est peut-être pas le meilleur moyen de le motiver dans la mesure où il sait que même s'il n'atteint pas les objectifs, il aura quand même droit au salaire minimum* »²⁵⁶. Ces deux raisons nous poussent à nous tourner vers une autre solution.

71. La solution que nous préconisons prend appui sur les propos de Robert LINDON pour qui le Smic « *n'est pas seulement un minimum économique mais un minimum social* »²⁵⁷. L'incorporation de toutes les sommes dans l'assiette conduit à ce que le Smic ne rémunère « *pas seulement un travail normal mais un travail amélioré, un rendement supérieur au travail normal* »²⁵⁸. Partant de ce constat, il nous semble possible de concilier la finalité alimentaire du salaire minimum avec un critère strict d'imputation. En effet, rien dans les textes n'indique que tous les gains du salarié doivent concourir au maintien d'un certain niveau de pouvoir d'achat. Il nous semble possible d'affirmer, au regard de l'article D. 3231-6 du Code du travail qui vise expressément la notion de salaire, que seule la prestation de travail de base du salarié doit être prise en compte pour garantir un certain niveau de rémunération. Serait donc à comparer avec le salaire minimum légal ou conventionnel uniquement le salaire de base²⁵⁹ du salarié complété par les avantages en nature éventuellement perçus, puisque l'article D. 3231-6 du Code du travail est catégorique quant à leur inclusion. Les « *majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de*

²⁵⁵ LINDON R., *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁶ VACHET G., « Détermination de l'assiette de calcul du salaire minimum conventionnel », JCP S 2015, n° 1124, p. 29.

²⁵⁷ LINDON R., *op. cit.*, p. 149.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Le salaire de base du salarié n'est pas difficile à déterminer puisqu'il doit figurer dans le bulletin de paie. Cf. article R. 3243-1 du Code du travail.

salaire » devraient être entendues de manière extrêmement restreinte et ne s'appliquer qu'aux primes qui épousent le même régime que le salaire de base²⁶⁰. Dès lors qu'un élément distinct de la réalisation de la prestation de travail vient déclencher le versement d'une prime²⁶¹, celle-ci ne vient alors plus « compléter » mais « s'ajouter » au salaire. Cette proposition a le mérite de la simplicité en ce qu'elle exclue la quasi-totalité des primes de l'assiette de comparaison et permettrait de tarir un contentieux qui n'a pas cessé de se développer depuis l'instauration du Smig en 1950. De plus, elle permettrait de véritablement assurer la garantie d'un meilleur niveau de vie aux salariés puisque son adoption entraînerait automatiquement une augmentation du salaire minimal légal.

72. L'analyse que retient la Cour de cassation du salaire au sens de la législation du Smic comme étant la contrepartie du travail est loin d'être satisfaisante. La principale difficulté vient du fait que la notion de contrepartie du travail laisse une marge d'interprétation bien trop importante au juge puisqu'elle peut revêtir un grand nombre de facettes. Depuis les arrêts relatifs aux primes de pause, la jurisprudence de la Cour de cassation, qui oscille entre deux conceptions opposées du salaire minimum, a débouché sur un critère d'imputation illisible et clairement inexploitable. Un critère d'imputation strict, centré sur la prestation de travail du salarié, permettrait de sortir de cet écueil, tout en étant favorable aux salariés les moins bien rémunérés.

§ 2 : La référence au travail dans la détermination de l'assiette des indemnités et majorations pour heures supplémentaires.

73. Le montant d'un certain nombre de sommes ou d'avantages accordés au salarié repose sur une fraction du salaire ou de la rémunération qu'il a pu percevoir. Ces contreparties recouvrent les différentes indemnités qui peuvent être versées au salarié, comme les indemnités dues au moment de la rupture du contrat de travail ou durant son

²⁶⁰ V. par ex. Cass. crim. 18 juillet 1991, RJS 1991, n° 1155, p. 605. Une prime d'amplitude a été incluse au motif « qu'elle s'ajoute, selon la même périodicité, au salaire de base et présente les caractères de généralité, de fixité et de constance caractéristiques des compléments de salaire ». Autrement dit, il n'agissait pas véritablement d'une prime, mais d'une division artificielle du salaire de base en deux éléments distincts. Seul ce type de prime nous semble devoir recevoir la qualification de « complément de salaire ».

²⁶¹ Sujétion et condition particulières de travail, qualité personnelle du salarié, résultats de l'entreprise...

exécution²⁶², mais également les différentes majorations de salaire versées suite à la réalisation d'heures supplémentaires. Ces règles qui font référence à la notion de salaire ou de rémunération, répondent à des finalités différentes, ce qui aurait dû conduire à la consécration d'autant de définitions distinctes qu'il existe de règles. En effet, « *le salaire appartient à la catégorie des notions fonctionnelles, c'est à dire que sa définition varie selon la règle ou le corps de règle qu'il convient d'appliquer* »²⁶³. Ce n'est pourtant pas le cas, le juge se référant à chaque fois au même critère de définition de la rémunération, à savoir qu'est susceptible de recevoir la qualification de salaire la somme qui est la contrepartie d'un travail. Ainsi faudra-t-il voir qu'à ces indemnités et majorations guidées par des finalités différentes (A) correspond un critère unique d'imputation fondé sur l'idée de contrepartie du travail (B).

A. Des indemnités et majorations guidées par des finalités spécifiques.

74. Parmi les contreparties pécuniaires dont l'assiette est assise sur le salaire ou la rémunération du salarié, certaines sont accordées pour atténuer la pénibilité du travail (1) tandis que d'autres le sont pour réparer la perte de l'emploi (2).

1) Des indemnités et majorations accordées pour atténuer la pénibilité du travail.

75. Deux avantages consacrés par le législateur reposent sur l'idée que le salarié a droit à une rémunération pour atténuer la pénibilité du travail. Il s'agit, d'une part, de l'indemnité de congés payés et, d'autre part, de la majoration de salaire en cas d'heures supplémentaires.

76. C'est par une loi du 20 juin 1936 qu'a été consacré en France le droit pour tout travailleur de bénéficier d'un nombre de jours de congés proportionnel au temps de travail réalisé dans l'entreprise²⁶⁴. L'attribution de jours de congés payés se justifie par « *l'idée qu'un repos de plusieurs jours consécutifs a une valeur irremplaçable pour la réparation de la*

²⁶² Qui n'ont pour certaines d'entre elles d'indemnité que le nom, à l'instar de l'indemnité de préavis ou de congés-payés.

²⁶³ ANTONMATTEI P.-H., « La qualification de salaire », Dr. soc. 1997, p. 572.

²⁶⁴ CHALARON Y., « Congés payés annuels », Rép. Dalloz, mai 2005, n° 1 et s.

fatigue et pour la détente nerveuse »²⁶⁵. Afin que « *la totale liberté du corps s'allie avec une certaine liberté d'esprit, il était impératif que le travailleur en vacances dispose de ressources suffisantes* »²⁶⁶, le départ en congé du salarié s'est accompagné du droit de bénéficier d'une indemnité destinée à garantir l'effectivité de ce droit nouveau. Car, en effet, le risque de ne pas être payé pendant ces périodes d'inactivité aurait pu pousser les salariés à ne pas vouloir user de leurs droits, or les congés payés sont « *des périodes de repos impératives* »²⁶⁷ qui s'imposent tant à l'employeur qu'au salarié²⁶⁸. La raison d'être de cette indemnité est de maintenir la rémunération du salarié au moins au même niveau que ce qu'il aurait touché s'il avait continué à travailler. Pour parvenir à cet objectif, le Code du travail prévoit deux méthodes de calcul différentes²⁶⁹. Seule doit s'appliquer la plus favorable au salarié. La première méthode²⁷⁰, dite du salaire moyen²⁷¹ consiste à déterminer le dixième du salaire perçu pendant la période de référence d'acquisition des congés payés²⁷². La deuxième, dite du maintien du salaire²⁷³, conduit à déterminer le salaire qui aurait été perçu si le salarié avait travaillé au lieu de prendre son congé. Cette deuxième méthode a été mise en place suite aux réclamations des salariés déçus de ne pouvoir bénéficier des heures supplémentaires réalisées par leurs collègues pendant qu'eux-mêmes se trouvaient en congés²⁷⁴. L'idée sous-jacente qui explique cette dualité de méthode de calcul est que le salarié ne doit pas subir une perte de rémunération durant son départ en congés afin qu'il

²⁶⁵ RIVERO J. et SAVATIER J., *Thémis Droit*, PUF 1991, 12^{ème} éd., p. 539.

²⁶⁶ PAUTET A., « *Etudes complète de l'ensemble de la législation applicable aux congés payés* », cité in HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 265.

²⁶⁷ AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 871.

²⁶⁸ Eu égard à sa finalité de protection de la santé et de la sécurité des salariés, le droit à congés payés doit être exécuté en nature et ne peut par principe être « échangé » contre une compensation financière. A ce titre, seuls les jours de congés payés acquis par le salarié au-delà des quatre semaines garanties par le droit européen peuvent être affectés sur son compte épargne-temps par le salarié (art. L. 3152-2) ou donnés à un autre salarié dans le cadre prévu par l'article L. 1225-65-1 du code du travail. Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 12-10.037, JCP S 2013, 1464, obs. MORAND. « *L'article 7 de la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 qui prévoit que la période minimale de congé annuel de quatre semaines ne peut être remplacée par une indemnité financière qu'en cas de fin de la relation de travail, ne s'oppose pas à ce que des droits à congés supplémentaires puissent être accordés au salarié dans des conditions fixées par le droit national, tels que l'article L. 3152-2 du code du travail qui ne permet l'affectation au compte épargne-temps que des congés annuels excédant vingt-quatre jours ouvrables et l'article 3.5 de l'accord d'entreprise du 25 juin 2007 qui prévoit la monétisation des jours de congés en excluant ceux épargnés au titre de la cinquième semaine de congés payés* ».

²⁶⁹ Ces méthodes s'appliquent également à l'indemnité compensatrice de congés payés, versée au salarié dont le contrat de travail a été rompu avant qu'il ne puisse prendre l'intégralité de ces congés.

²⁷⁰ Article L. 3141-22, I du Code du travail.

²⁷¹ CHALARON Y., *op. cit.*, n° 214.

²⁷² Période allant par principe du 1^{er} juin au 31 mai de l'année suivante.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Explication donnée par HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 265.

ne soit pas dissuadé de les prendre. La finalité de cette indemnité de congés payés est donc de garantir l'effectivité du droit à congés payés instauré pour préserver la santé du salarié et atténuer les effets délétères du travail sur son corps et son esprit.

77. Si la finalité du recours au mécanisme des heures supplémentaires²⁷⁵ a pu connaître des évolutions au cours du temps²⁷⁶, la majoration de salaire afférente demeure cependant toujours liée à la prise en compte de la pénibilité du travail. Il s'agit ici moins de rémunérer directement la prestation de travail du salarié que de prendre en considération l'épuisement subi par la réalisation d'un temps de travail supérieur à la durée légale²⁷⁷, les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER parlant « *de compensation financière pour les travailleurs ainsi soumis à des conditions de travail aggravées* »²⁷⁸. En prenant appui sur cette finalité, il serait logique de n'intégrer dans l'assiette de calcul de la majoration de salaire que les éléments de rémunération qui présentent un lien étroit avec le travail du salarié. Autrement formulé, il doit exister un lien entre l'augmentation du temps de travail et la pénibilité qui en découle et l'élément de rémunération litigieux. Les rares textes réglementaires semblent aller en ce sens²⁷⁹. La première circulaire qui s'est efforcée de préciser les sommes à assimiler au salaire en matière d'heures supplémentaires vise les primes ou indemnités « *inhérentes à la nature du travail* »²⁸⁰ telles que les primes tenant aux conditions dans lesquelles le travail s'exécute : primes de danger, d'insalubrité ou de froid²⁸¹. Une autre circulaire du 8 juin 1957 a précisé qu'il fallait également inclure les primes liées au rendement individuel ou collectif à l'exclusion des primes de productivité mettant en jeu

²⁷⁵ Instaurées par l'article 1 de la loi n° 46-289 du 25 février 1946, JO 26 février 1946, p. 1663.

²⁷⁶ Les Professeurs RIVERO J. et SAVATIER J. (*op. cit.*, 524) que « *jusqu'à l'ordonnance de 1982, les heures supplémentaires étaient destinées à accroître la production et étaient subordonnées à une autorisation de l'inspecteur du travail* ». Un période de flexibilisation s'en est suivie, opérée par l'ordonnance du 16 janvier 1982 et développée par la loi Delebarre du 28 février 1986 et la loi Séguin du 19 juin 1987. Un changement d'optique a eu lieu avec « *l'opération des 35 heures* » (AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 834) où, pour tenter d'obtenir leur diminution, le législateur a combiné réduction du nombre d'heures susceptibles d'être réalisées et renchérissement de leur coût. Les réformes engagées à partir de 2003 témoignent au contraire de la volonté de promouvoir une augmentation du temps de travail par le recours facilité aux heures supplémentaires et la possibilité d'en réduire leur coût.

²⁷⁷ Ce que reconnaît implicitement HENNEBELLE D., *op. cit.*, « *ainsi, la quarante-huitième se faisant plus lourdement sentir que la quarantième heure, il est normal que le travailleur perçoive une majoration salariale plus importante* ».

²⁷⁸ RIVERO J. et SAVATIER J., *op. cit.*, p. 526.

²⁷⁹ Le Professeur LYON-CAEN G. déplorait qu'en la matière, « *doctrine et jurisprudence sont assez pauvres sur un point pratiquement important* ». (Le salaire, *op. cit.*, p. 85).

²⁸⁰ Circulaire TR 26/46 du 18 avril 1946.

²⁸¹ Les circulaires suivantes n'ont pas remis en cause ce critère.

d'autres facteurs²⁸². Pour le Professeur CAMERLYNCK, le critère distinctif proposé est le bon, puisqu'il reprend « *l'esprit et le fondement de la majoration légale* », majoration qui « *compense pour le salarié l'effort exceptionnel fourni au-delà de quarante heures* »²⁸³. La finalité du mécanisme de majoration des heures supplémentaires impliquerait donc que, pour définir la notion de rémunération au regard de cette règle spécifique, il ne faille prendre en compte que les éléments qui reflètent l'effort du salarié pour, à titre d'exemple, « *conserver le même rendement, témoigner d'une attention soutenue pour maintenir la qualité du travail ou éviter l'accident, subir l'insalubrité ou le froid* »²⁸⁴.

78. A s'en tenir à une analyse finaliste des textes qui prennent appui sur la notion de rémunération pour déterminer l'assiette de ces contreparties pécuniaires dues aux salariés, la variabilité de la qualification de rémunération ne fait pas de doute. Ainsi, comme nous avons cherché à le démontrer, la définition de la rémunération au sens de la règle relative à l'indemnité de congés payés devrait être la plus extensive possible afin d'éviter de dissuader, au moins théoriquement, le salarié d'user de ces droits. En matière de majoration d'heures supplémentaires, cette définition devrait être sensiblement plus restrictive puisque seuls les éléments qui prennent en compte l'effort réalisé par le salarié seraient susceptibles de recevoir la qualification de rémunération. Pour ces deux contreparties pécuniaires qui visent à atténuer la pénibilité du travail, deux définitions différentes de la rémunération sont donc envisageables. Dans ces hypothèses cependant, une définition synallagmatique de la rémunération comme contrepartie de la prestation de travail, ne semble pas devoir être retenue, car elle conduirait à occulter la finalité de ces mécanismes juridiques. Il en va de même pour les contreparties pécuniaires accordées pour réparer la perte de l'emploi du salarié.

²⁸² Cité in CAMERLYNCK G.-H., « La notion de salaire horaire comme base de calcul de la majoration pour heures supplémentaires », JCP 1966, I, 2043. Une circulaire DRT n° 94-4 de 21 avril 1994 (BO Trav., n° 94/9) a repris ces précédentes circulaires sans innovation nouvelle.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*

2) Des indemnités accordées lors de la perte de l'emploi.

79. La rupture du contrat de travail entraîne pour le salarié le versement de contreparties pécuniaires plus ou moins nombreuses suivant les circonstances de cette rupture. Le calcul de ces droits repose sur la rémunération perçue par le salarié antérieurement à la fin de la relation de travail. Si ces droits poursuivent des logiques différentes et qu'une réelle autonomie existe entre eux, leurs assiettes ont néanmoins été unifiées par la jurisprudence²⁸⁵.

80. Historiquement²⁸⁶, la première contrepartie pécuniaire liée à la perte de l'emploi du salarié consacrée par le législateur est l'indemnité de licenciement²⁸⁷. La nature juridique et la raison d'être de cette indemnité font toujours, bien que dans une moindre mesure, l'objet de débats doctrinaux²⁸⁸. Allouée alors même que l'employeur peut n'avoir commis aucune faute lors du licenciement du salarié, elle s'explique difficilement par le mécanisme de la responsabilité civile. L'idée suivant laquelle cette indemnité est destinée à indemniser le préjudice subi par salarié lors de la perte de son emploi est dans l'ensemble rejetée par la doctrine²⁸⁹. Elle semble plutôt constituer une contrepartie au droit pour l'employeur de rompre le contrat de travail, ce qui est exclusif de toute logique indemnitaire. Le pouvoir de résiliation unilatéral du contrat *« est un pouvoir reconnu au chef responsable dans l'intérêt présumé de l'entreprise. Cette prérogative comporte des limites ; notamment le droit à la stabilité et à la sécurité du travailleur dont la collaboration prolongée a démontré par ailleurs l'aptitude à tenir l'emploi et auquel le renvoi sans faute porte injustement atteinte »*²⁹⁰. A l'inverse, un auteur présente cette indemnité comme *« une récompense des services*

²⁸⁵ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-45.587, Dalloz actu, 29 octobre 2009, obs. INES B., « Gratification bénévole : unification de l'assiette des indemnités de rupture ».

²⁸⁶ Institué par une ordonnance du 13 juillet 1967. Pour un historique, voir CAMERLYNCK G.-H., « L'indemnité de licenciement », JCP 1957, I, 1391.

²⁸⁷ Article R. 1234-4 du Code du travail : *« Le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : - Soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement. - Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion »*. Ce texte témoigne bien de l'interchangeabilité des notions de salaire et de rémunération.

²⁸⁸ MOULY J., « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008, p. 582.

²⁸⁹ RIVERO J. et SAVATIER J., *op. cit.*, p. 477 ; COUTURIER G., « Droit du travail – Les relations individuelles de travail », PUF, 2^{ème} éd. 1993, p. 245.

²⁹⁰ CAMERLINCK G.-H., « L'indemnité de licenciement », JCP 1957, I, 1391.

passés », de la « *fidélité du travailleur* »²⁹¹, ce qui explique que son montant dépend, non pas du préjudice subi, mais du temps passé au service de l'entreprise. Cette analyse n'a pas été retenue et c'est la première grille de lecture qui a été validée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation pour qui « *l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* »²⁹². L'indemnité de licenciement apparaît bien ainsi comme la contrepartie, pour le salarié, du droit de l'employeur de licencier un salarié en raison d'une cause réelle et sérieuse et, plus généralement, comme la contrepartie de son pouvoir de direction.

81. En cas de licenciement injustifié, le salarié peut également se prévaloir d'une indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse²⁹³ qui, elle, a clairement pour finalité de réparer le préjudice causé par la perte injustifiée d'un emploi. « *L'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse compense toujours, comme l'ancienne indemnité sanctionnant l'abus de droit de licencier, le dommage causé au salarié par la faute de l'employeur* »²⁹⁴. Il faut néanmoins préciser que c'est moins « *la disparition du revenu salarial* » qui doit être réparé que la « *perte de l'emploi* »²⁹⁵. Son montant est forfaitaire et fixé à six mois de salaire, mais ce seuil ne constitue qu'un forfait-plancher puisque le salarié peut toujours demander plus afin d'obtenir la réparation intégrale du préjudice subi du fait de la perte de son emploi²⁹⁶. L'établissement d'un forfait minimal peut sembler de prime abord éloigner cette indemnité d'une logique purement indemnitaire pour la rapprocher davantage d'une « *amende civile* »²⁹⁷. Néanmoins, sa finalité réside dans la sanction d'un comportement illicite, la privation irrégulière du salarié de son emploi.

²⁹¹ SAVATIER J., « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.

²⁹² Cass. civ. 2^{ème}, 11 octobre 2007, n° 06-14.611, D. 2008, p. 582, comm. MOULY J.

²⁹³ Article L. 1235-3 du Code du travail : « *Cette indemnité ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois* » et Article L. 1234-9 du Code du travail : « *les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail* ».

²⁹⁴ RADE C., « Droit du travail et responsabilité civile », LGDJ, Thèse, 1997.

²⁹⁵ SAVATIER J., « Le salaire servant de base au calcul des indemnités de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 949

²⁹⁶ Toutefois, en vertu de l'article L. 1235-5 du Code du travail, cette indemnité n'est due que si le salarié a au moins 2 ans d'ancienneté et que le licenciement est opéré dans une entreprise dont l'effectif est de plus de 10 salariés. Si ces conditions ne sont pas réunies, le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi.

²⁹⁷ RIVERO J. et SAVATIER J., *op. cit.*, p. 476.

82. Enfin, en l'absence de faute grave ou lourde, le salarié peut se prévaloir d'une indemnité compensatrice de préavis si son l'employeur le dispense de l'exécuter²⁹⁸. Sa finalité est d'atténuer les effets de la rupture du contrat, d'éviter les conséquences d'une rupture trop brutale et de permettre aux parties de « *prendre le temps de la rupture* »²⁹⁹ et, pour le salarié « *qui n'a pas décidé de reprendre sa liberté (...) de trouver un autre emploi* »³⁰⁰. Par une fiction juridique, l'inexécution du préavis par le salarié lui ouvre droit à une indemnité dont le montant est égal aux « *salaires et accessoires* »³⁰¹ qu'il aurait perçu s'il était resté jusqu'à l'expiration du préavis au sein de l'entreprise. En définitive, l'emploi du salarié est comme maintenu le temps qu'il puisse en trouver un autre.

83. Ces trois indemnités, qui sont cumulatives, répondent à la même finalité de protection de l'emploi du salarié même si elles y concourent par des biais différents. L'indemnité de licenciement constitue la contrepartie du droit du l'employeur de rompre ce lien d'emploi, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse sanctionne la rupture irrégulière de ce lien et l'indemnité compensatrice de préavis permet d'atténuer les effets d'une rupture trop brutale. Déterminer un critère de définition de la rémunération à prendre en compte pour la détermination du montant de ces indemnités à partir de leur finalité commune qui est d'assurer la protection de l'emploi du salarié nous pousse à nous intéresser à cette notion. La Cour de cassation n'hésite pas à dire que le salarié est « *titulaire d'un emploi* »³⁰² donnant ainsi raison à Georges RIPERT qui parlait du salarié comme étant « *propriétaire de l'emploi* »³⁰³. Il s'agit, pour un auteur, « *de la relation de travail saisie dans la durée* »³⁰⁴. Cette notion, trop floue pour être envisagée comme un « *concept* »³⁰⁵, le droit a « *les plus grandes peines à le définir* »³⁰⁶. Il nous semble cependant, que c'est en vertu de son emploi, de son « *poste de travail* » que le salarié peut se prévaloir du versement de primes et d'avantages financiers. Dès lors, puisque ces primes visent à protéger l'emploi, il semble

²⁹⁸ Article L. 1234-5 du Code du travail.

²⁹⁹ LOKIEC P., « Droit du travail – Tome I Les relations individuels de travail », Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd. 2011, n° 314, p. 298.

³⁰⁰ VACHET G., « Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture : Préavis - Indemnité de licenciement) », Répertoire Dalloz travail, septembre 2009, n° 2.

³⁰¹ Article L. 1234-5 du Code du travail.

³⁰² Cass. soc. 13 juin 1984, n° 81-42.255.

³⁰³ RIPERT G., « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ 1951, n° 137.

³⁰⁴ GAUDU F., « Les notions d'emploi en droit », Dr. soc. 1996, p. 569.

³⁰⁵ SILHOL B., « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », RDT 2012, p. 24.

³⁰⁶ LOKIEC P., *op. cit.*, p. 426.

logique d'inclure dans la notion de rémunération relative aux indemnités accordées lors de la rupture du contrat tous les éléments versés au salarié « en raison de son emploi » et non en contrepartie de son travail, ce qui revient à retenir un critère d'inclusion beaucoup plus large.

84. Le juge ne prend cependant pas en compte la finalité des règles pour en déduire des critères spécifiques de définition de la rémunération. Il a recours à une définition générique de la rémunération quel que soit la norme envisagée. Pourtant, alors même qu'il consacre une définition unique, il procède à la délimitation d'assiettes distinctes suivant la règle applicable.

B. Des indemnités et majorations déterminées par un critère unique.

85. Alors même que la rémunération est une notion relative dont la définition devrait varier au gré des règles dont elle est l'objet, le juge s'escrime à ne la définir que dans une optique purement causale. Ainsi, quel que soit la norme envisagée, la rémunération à prendre en compte doit être celle qui est versée en contrepartie du travail. Malgré l'existence de cette définition générique, il faut constater que les solutions retenues suivant l'avantage en jeu ne sont pas toujours identiques suivant l'indemnité concernée³⁰⁷. Cette divergence ne peut s'expliquer que par l'absolue nécessité, pour définir la notion de rémunération, de prendre en compte la finalité de la règle, ce que le juge réfute de prime abord en consacrant une définition unique. Si en raison d'une analyse synallagmatique de la rémunération, le juge exige que les sommes versées au salarié soient la contrepartie du travail pour entrer dans la composition de ces contreparties pécuniaires (1), les finalités divergentes de ces droits le conduisent à interpréter différemment cette définition (2).

³⁰⁷ Un parallèle pourrait être avec les « médicaments génériques ». Si, sur l'emballage, il est écrit que la formule est identique, dans les faits, le goût, la couleur et les excipients peuvent différer, conduisant pour certain à une altération de ses effets...

1) *La contrepartie du travail comme critère apparent de l'assiette des indemnités et majorations de salaire.*

86. Peu de décisions viennent véritablement préciser la définition de la rémunération support de la contrepartie pécuniaire. Dans la plupart des cas, le juge se contente de mettre en avant les modalités de calcul de la prime pour en inférer la qualité ou non d'élément de salaire. Pour autant, dans les décisions qui s'intéressent à la nature de la prime, le critère est nettement formulé par la Chambre sociale : est salaire ce qui est la contrepartie du travail. Il y a définition d'une catégorie juridique uniforme.

87. En ce qui concerne le calcul des indemnités liées à la rupture du contrat de travail dont l'assiette a été unifiée depuis peu par la Chambre sociale³⁰⁸, la jurisprudence a, dans un certain nombre de cas, manifesté la volonté de mettre en avant la contrepartie du travail comme critère de qualification. Ainsi, au sujet de l'indemnité compensatrice de préavis, il a été décidé que cette dernière devait « *inclure tous les éléments de rémunération du travail* »³⁰⁹. Plus récemment le juge a pu exclure de l'assiette des indemnités de licenciement les redevances versées à un artiste-interprète qui « *rémunèrent des droits voisins* » et sont « *fonction du seul produit de l'exploitation de l'enregistrement* » sans pour autant qu'il soit mentionné explicitement que ces sommes ne sont pas la contrepartie d'un travail³¹⁰. Cependant, un arrêt, dont les faits sortent quelque peu de l'ordinaire, exclut de la qualification de rémunération la plus-value réalisée lors de la cession de stock-options, au motif qu'elle « *ne constitue pas une rémunération allouée en contrepartie du travail* »³¹¹ quand bien même cette plus-value est assujettie aux cotisations sociales et assimilée à un revenu sur le plan fiscal³¹².

³⁰⁸ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-45.587, Dalloz actu, 29 octobre 2009, obs. INES B., « Gratification bénévole : unification de l'assiette des indemnités de rupture ». Dans cette décision cependant, le juge exclut la qualification de salaire à une gratification bénévole sans s'en justifier de manière satisfaisante.

³⁰⁹ Cass. soc. 5 novembre 1984, Dr. soc. 1985, p. 199.

³¹⁰ Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-45.681, RTD Com. 2009, note POLLAUD-DULIAN F.

³¹¹ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-42.105, SSL 5 septembre 2011, n° 1503, p. 11 ; Rev. des sociétés 2012, p. 29.

³¹² Article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Cette décision illustre bien ce qu'une auteure a nommé les indemnités « chauve-souris », en référence à la fable de la Fontaine. Suivant les circonstances, la plus-value a tantôt une nature rémunératoire, tantôt une nature d'un autre ordre. Cf. ROY-LOUSTAUNAU C., obs. sous. Cass. soc. 14 janvier 1997, Droit social 1997 p. 315.

88. Quand il s'agit de déterminer le critère de détermination de l'assiette de calcul de la majoration des heures supplémentaires, la jurisprudence de la Cour de cassation est bien mieux établie. Bien que pendant un temps, la Cour se soit appuyée sur le critère proposé par l'administration³¹³, en considérant qu'une prime de dépaysement devait être incluse dans le calcul de la majoration due au titre des heures supplémentaires car elle était « *inhérente à la nature du travail* »³¹⁴, elle semble depuis se référer à la définition classique de la rémunération contrepartie du travail³¹⁵. Une prime de bons services a ainsi été incluse car elle était « *la contrepartie directe d'un travail effectué, bonifié par une qualité de service particulière* »³¹⁶, de même qu'une prime de treizième mois également « *contrepartie directe du travail effectué* »³¹⁷. C'est à ce titre qu'ont été exclues de l'assiette de calcul une prime d'ancienneté « *qui ne dépend pas du travail effectivement fourni* »³¹⁸ et une prime d'objectif « *qui n'est pas liée au rendement individuel du salarié* »³¹⁹.

89. Concernant l'indemnité compensatrice de congés payés, la Cour de cassation n'a pas, à notre connaissance, défini de manière explicite la rémunération de référence par une analyse en termes de contrepartie. Elle procède cependant de manière inverse, en excluant de l'assiette toute les sommes qui ne sont pas affectées par la prise de congé du salarié³²⁰. Ainsi elle admet la prise en compte de la rémunération variable dans l'assiette de calcul au motif que cette commission « *était fonction du chiffre d'affaires réalisé par le salarié ce dont il résultait qu'elles avaient vocation à rémunérer les seules périodes de travail* »³²¹. De même, doit être incluse une prime de fin d'année, à la condition qu'elle soit assise uniquement sur le salaire des périodes de travail « *et non sur la rémunération des périodes de travail et de congés payés confondues* »³²². Autrement formulé, seules les sommes dont l'existence est liée à l'accomplissement d'un temps de travail effectif sont considérées comme des rémunérations susceptibles d'entrer dans le calcul de l'indemnité de congés payés.

³¹³ Cf. *supra*.

³¹⁴ Cass. soc. 30 mars 1994, n° 90-43.161, inédit.

³¹⁵ Il est vrai que le critère « d'inhérence » n'est pas un modèle de clarté quand il s'agit d'en tirer des conséquences sur le plan pratique.

³¹⁶ Cass. soc. 11 mars 1997, n° 93-44.619, inédit.

³¹⁷ Cass. soc. 25 avril 2006, RJS 2006, p. 599, n° 848.

³¹⁸ Cass. soc. 29 mai 1986, n° 84-44.709.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ CHARLARON Y., « Congés payés annuels », Rép. Dalloz travail, mai 2005, n° 230.

³²¹ Cass. soc. 20 janvier 2010, n° 08-43.310.

³²² Cass. soc. 5 juin 2008, n° 06-46.365.

90. Le choix du travail comme principal critère de qualification des sommes à inclure dans l'assiette des droits financiers semble donc acquis. Néanmoins, malgré cette définition commune, la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas uniforme suivant la contrepartie en jeu. Si la finalité de la règle comme critère de définition est de prime abord rejetée, elle guide cependant le juge dans son interprétation.

2) La finalité de la règle comme critère véritable d'imputation.

91. Comme a pu le dire un auteur, « *la considération de la contrepartie n'est plus l'instrument que de qualifications très finalisées* »³²³. L'expression « contrepartie du travail » est largement sollicitée par la Cour, mais la référence est peut-être moins juridique que pédagogique. Force est de constater que, sous couvert d'un critère unique, des variations de qualifications peuvent être observées pour une même prime suivant la question de droit soulevée. Une approche finaliste de la notion de rémunération s'avère indispensable pour assurer une pleine effectivité des règles relatives à la rémunération, ce que ne permet pas une définition de la rémunération uniquement fondée sur l'idée de contrepartie du travail.

92. La situation est particulièrement frappante lorsque l'on compare les solutions retenues en matière de Smic et de majorations pour heures supplémentaires. Le critère de qualification maintes fois affirmé est bien la contrepartie du travail³²⁴. La Chambre sociale de la Cour de cassation retient des solutions relativement proches quand il s'agit de définir les primes à inclure dans la notion de rémunération. A titre d'exemple, les primes d'ancienneté sont classiquement exclues lorsqu'il s'agit de vérifier le respect de ces règles³²⁵. Cependant, au sujet d'une prime d'assiduité, elle a décidé de son inclusion dans l'assiette de la majoration des heures supplémentaires³²⁶ et de son exclusion de l'assiette du salaire

³²³ COUTURIER G., « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. soc. 2011, p. 13.

³²⁴ Cf. *supra*.

³²⁵ Cass. soc. 29 octobre 1973, n° 72-40.199 pour les heures supplémentaires ; Cass. soc., 19 juin 1996, n° 93-45.881 pour le Smic.

³²⁶ Cass. soc. 26 octobre 1979, n° 78-41.113.

minimum³²⁷. D'autres contradictions d'interprétation pourraient également survenir. En matière de Smic notamment, les primes de pénibilité³²⁸, d'insalubrité³²⁹ ou d'insécurité³³⁰ sont traditionnellement exclues puisqu'elles compensent des sujétions particulières et sont versées en raison des conditions de travail et non en contrepartie du travail. Or, en matière d'heures supplémentaires, si la jurisprudence n'a pas eu à ce jour à se prononcer sur cette question, une circulaire invite au contraire à les prendre en compte³³¹. Cette dualité de qualification révèle qu'à partir d'un critère unique, des interprétations divergentes et contradictoires demeurent nécessaires dès lors que les règles obéissent à des objectifs distincts. Selon nous, cette divergence de position au sujet de la prime d'assiduité s'explique par la prise en compte implicite de la différence de finalité entre salaire minimum et heures supplémentaires. Le but poursuivi du Smic est de « *garantir un pouvoir d'achat* », ce que l'exclusion de la prime d'assiduité concourt à réaliser. A l'inverse, la majoration des heures supplémentaires a été instituée pour récompenser l'effort supplémentaire fourni par le salarié. Si l'ancienneté n'est pas plus difficile à acquérir quel que soit le temps de travail du salarié, justifiant ainsi son exclusion, il n'en va pas de même pour l'assiduité. L'obligation de demeurer assidu est d'autant plus pesante que le temps de travail s'accroît³³².

93. Le constat de la divergence est sensiblement le même en matière d'indemnités de rupture du contrat. Il nous semble que, contrairement à ce que laisse sous-entendre la Cour, elle ne se préoccupe nullement de vérifier si l'avantage est versé en contrepartie du travail pour l'inclure ou non dans l'assiette de calcul de ces indemnités. L'étude de la jurisprudence laisse en effet apparaître qu'aucune prime, en dehors du cas très particulier de la plus-value de cession des stock-options³³³, n'a véritablement été exclue au seul motif qu'elle n'était pas versée en contrepartie d'un travail. La distinction opérée par la Cour réside plutôt entre les primes dont le versement est aléatoire et celles qui sont obligatoires pour l'employeur, peu

³²⁷ Cass. soc. 14 janvier 1988, n° 85-42.047, Bull. civ. 1988, V, n° 43.

³²⁸ Cass. soc. 29 mars 1995, n° 93-41.906, Dr. soc. 1995, p. 503.

³²⁹ Cass. soc. 19 mars 1985, n° 83-45.027.

³³⁰ Cass. soc. 3 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1004.

³³¹ Circ. DRT n° 94-4, 21 avril 1994, BO travail, n° 94/9.

³³² D'autant plus qu'il a démontré qu'existe un lien entre augmentation du temps de travail et risque de développer des maladies professionnelles ou de subir un accident du travail. En ce sens, SHIBATA Y., « Regards : Temps de travail et droit social au Japon », RDT 2014, p. 205 ; LEROUGE L., « Les risques psychosociaux au travail à la loupe du droit social japonais », RDT 2013, p. 723.

³³³ Cf. *supra*.

important la cause de leur versement. Une gratification bénévole a été exclue de l'assiette de calcul car l'employeur en fixait « *discrétionnairement les montants et les bénéficiaires* » et qu'elle était attribuée « *à l'occasion d'un événement unique* »³³⁴. Pour autant, on apprend à la lecture de cet arrêt que ce bonus a été versé « *en contrepartie de la perturbation (que les salariés) subiront et du surcroît de travail, des efforts et de la mobilisation qui leur seront demandés afin de mener à bien (une) opération particulièrement complexe* ». Il est difficile dans ces circonstances d'affirmer que ce bonus n'était pas la contrepartie d'un travail. A l'inverse, un bonus doit être intégré dans l'assiette s'il est versé au salarié « *chaque année depuis plus de dix ans* » et que seul son « *montant annuel est variable et discrétionnaire* »³³⁵. L'idée qui sous-tend cette position jurisprudentielle repose, encore une fois semble-t-il, sur la prise en considération implicite de la finalité des indemnités de rupture telle que nous l'avons dégagé précédemment, à savoir la protection de l'emploi du salarié. Toute prime ou avantage octroyé au salarié de manière stable peut être rattaché à son emploi, à son poste de travail³³⁶. En rompant le contrat de travail, l'employeur porte atteinte à ce « *droit à la poursuite d'un contrat successif* »³³⁷. L'intégration dans l'assiette des indemnités destinées à atténuer la perte de cet emploi des primes qui participent à l'établissement de cette « *relation de travail saisie dans la durée* »³³⁸ est donc tout à fait fondée juridiquement. A l'inverse, les primes attribuées de manière épisodique ou à l'occasion d'un événement unique ne contribuent pas à la réalisation d'un tel lien, quand bien même trouveraient-elles

³³⁴ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-45.587, Lexbase Hebdo 29 octobre 2009, n° 369, Comm. AUZERO G.

³³⁵ Cass. soc. 28 janvier 2015, n° 13-23.421, JCP S 2015, n° 256.

³³⁶ La stabilité d'un élément de rémunération n'est pas incompatible avec un montant variable et discrétionnaire. La distinction doit être faite entre l'acquisition de ce droit et son montant.

³³⁷ GAUDU F., *op. cit.*, p. 569.

³³⁸ *Ibid.*

leur justification dans le travail du salarié³³⁹. Elles n'ont, dès lors, pas vocation à être intégrées dans l'assiette des indemnités liées à la rupture du contrat³⁴⁰.

94. Le caractère fonctionnel de la rémunération, sa relativité, est une réalité avérée au sein même du droit du travail. Prétendre qualifier de rémunération uniquement les éléments perçus par le salarié en contrepartie de son travail conduit à une impasse en ne reflétant pas l'état du droit positif. Ce constat ne doit cependant pas être interprété comme un aveu d'échec, bien au contraire. Une définition unique de la rémunération aurait des conséquences iniques : dévoyer les finalités propres des règles régissant la rémunération du salarié.

Section II : LE DEPASSEMENT DU TRAVAIL COMME CRITERE DE DEFINITION DE LA REMUNERATION.

95. La définition de la rémunération est un enjeu important puisque d'elle, dépend l'application d'un grand nombre de règles de droit du travail. La réaction intuitive visant à ne conférer la qualification de rémunération qu'aux sommes et avantages versés uniquement en contrepartie du travail doit cependant être combattue car ses conséquences seraient extrêmement préjudiciables. Le législateur, suivi en cela par le juge de cassation, a tôt pris conscience de la nécessité de déconnecter ces deux notions *a priori* indissociables. Cette déconnexion s'est avérée indispensable dans deux séries d'hypothèses distinctes. D'une part, lorsqu'une définition large de la rémunération est nécessaire afin d'assurer la

³³⁹ Des auteurs ont pu qualifier ces primes de « gratifications libéralités » (AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, n° 885), la notion de libéralité n'étant pas exclusive de l'idée de contrepartie. V. par exemple dans un autre domaine, au sujet d'une libéralité rémunératoire en matière de legs, les propos éclairants de VERNIERES C. « *L'existence d'une libéralité rémunératoire s'explique par le fait que le gratifié a rendu des services au disposant sans recevoir de rétribution, du moins sans que celle-ci soit équivalente aux services rendus. Celui qui a rendu les services les avait faits dans une pensée altruiste, dans le désir d'être agréable à leur bénéficiaire en raison des relations de parenté, d'amitié, ou de bon voisinage qui les unissent. Autrement dit, l'auteur des services était animé d'une intention libérale à l'endroit de leur bénéficiaire, en sorte qu'il ne dispose pas de l'action civile de in rem verso. Aussi, nullement contraint de rétribuer l'auteur des services, le disposant d'une libéralité rémunératoire ne fait-il qu'exécuter une obligation naturelle de rémunérer* », obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, AJ fam. 2010, p. 398.

³⁴⁰ Une telle intégration pourrait, en outre, conduire à gonfler artificiellement le montant des indemnités de rupture. Si l'on reprend l'exemple de la plus-value d'acquisition des stock-options où les montants en jeu peuvent être très importants, la décision se comprend donc surtout pour des raisons d'équité.

protection des intérêts des salariés (§1), et d'autre part, afin d'assurer le fonctionnement de certaines institutions du travail (§2).

§ 1 : Le dépassement du travail afin d'assurer la protection des intérêts des salariés.

96. Qualifier de rémunération uniquement les avantages versés en contrepartie d'un travail serait préjudiciable aux intérêts des salariés. Cette vision trop réductrice de la rémunération doit être écartée au profit d'une vision plus large, où la contrepartie du travail n'est qu'un critère parmi d'autres de définition de la rémunération. Deux ensembles de règles sont particulièrement concernés par la nécessité de déconnecter rémunération et contrepartie du travail. Il s'agit, d'une part, du principe « à travail égal, salaire égal » (A), et, d'autre part, du régime de garantie des créances des salariés (B).

A. L'influence déclinante du travail dans le principe « à travail égal, salaire égal ».

97. La règle « à travail égal, salaire égal » a été introduite dans le Code du travail par une loi du 11 février 1950³⁴¹. Cette loi n'avait cependant pas consacré un principe de portée générale, ces dispositions n'ayant vocation qu'à s'appliquer qu'entre salariés de sexes différents³⁴². La Cour de cassation a, cependant, consacré par l'arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996 l'application de la règle « à travail égal, salaire égal », entre salariés du même sexe³⁴³. La loi *Roudy* du 13 juillet 1983 a apporté quelques précisions sur la définition de la notion de « travail égal »³⁴⁴. L'article L. 3221-4 du Code du travail définit depuis ce qu'il faut entendre par un « travail égal » comme étant « *les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités*

³⁴¹ Loi n° 50-205 du 11 février 1950, JORF 12 février 1950, p. 1688. Ce texte a imposé l'insertion dans les conventions collectives d'une clause relative aux modalités de mise en œuvre de ce principe, comme préalable à toute extension réglementaire.

³⁴² RADE C., « Discriminations et inégalités de traitement de l'entreprise », Ed. Liaisons, Coll. Droit vivant, 2011, p. 125.

³⁴³ Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680, Dr. soc. 1996, p. 1013, note LYON-CAEN A. ; GADT, 4^{ème} éd., n° 71 ; D. 1998, n° 259, note LANQUETIN M.-T.

³⁴⁴ Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983, JORF 14 juillet 1983 p. 2176.

et de charge physique ou nerveuse »³⁴⁵. Le travail de valeur égale ne peut donc se réduire à la seule constatation d'une identité de prestations de travail similaires. L'article L. 3221-3 du Code du travail opte également pour une acception très large de la notion de rémunération puisque rentre dans cette catégorie juridique « *tous les avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de son emploi* ». Ces textes témoignent de la nécessité de déconnecter rémunération et travail pour garantir une protection effective des intérêts des salariés. L'avènement en 2008 d'un principe d'égalité de traitement permet d'assurer encore davantage leur protection par l'application de cette exigence d'égalité à des avantages non salariaux³⁴⁶. La décision rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 20 février 2008, qui étend le périmètre de comparaison à des salariés relevant de catégories professionnelles différentes mais placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause, participe également à ce mouvement d'extension de l'égalité professionnelle³⁴⁷. Dès lors, des salariés occupant des postes de travail totalement différents peuvent réclamer la perception d'un avantage perçu par d'autres salariés s'ils se trouvent dans une situation identique et que cette différence de traitement n'est pas justifiée. Le périmètre de la situation dépendra de l'avantage en cause et pourra, de ce fait, se révéler bien plus large que celui définit par l'article L. 3221-4 du Code du travail³⁴⁸.

98. L'identification d'un travail est donc totalement délaissée dans la définition de la rémunération au sens du principe « à travail égal, salaire égal ». Le juge ne se focalise plus uniquement sur les éléments de rémunération qui correspondent à la stricte contrepartie du travail. De même, le périmètre de comparaison des salariés n'est plus restreint au seul cadre du travail égal ou de valeur égale, mais dépend désormais de la nature de l'avantage en cause. On assiste, ainsi, à une extension du domaine de l'égalité (1) et à une extension du périmètre de comparaison (2).

³⁴⁵ Ancien article L. 140-2 alinéa 3 du Code du travail.

³⁴⁶ Cass. soc. 30 janvier 2008, n° 06-46.447, JCP S 2008, n° 1274, note CESARO J.-F. ; Dr. soc. 2008, p. 981, note RADE C.

³⁴⁷ Cass. soc. 20 février 2008, n° 05-45.601, Dr. soc. 2008, p. 530. Dans cet arrêt, il ne s'agissait pas de comparer deux salariés effectuant un travail de valeur égale, mais deux catégories professionnelles différentes placées dans une « situation identique » au regard de l'avantage revendiqué, en l'occurrence des tickets-restaurants.

³⁴⁸ AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, n° 671, p. 727.

1) L'extension du domaine de l'égalité.

99. Les faits relatifs à l'arrêt *Ponsolle* portaient sur une différence de salaire mensuel entre deux femmes, chacune étant engagée en qualité de secrétaire. L'élément de rémunération en jeu étant donc le salaire de base perçu en contrepartie de l'exécution de la prestation de travail par le salarié. Depuis lors, le juge n'a cessé d'étendre l'emprise du principe « à travail égal, salaire égal » à des éléments dont le lien avec l'accomplissement d'une prestation de travail est plus ténu, voire inexistant. Il est vrai que l'article L. 3221-3 du Code du travail offre une grande marge de manœuvre au juge en définissant la rémunération comme « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires (...) payés par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* ». Cette disposition témoigne du rejet de la conception traditionnelle du salaire prix du travail selon le schéma du contrat synallagmatique et de l'adoption de la conception plus récente de rémunération attachée à l'emploi du salarié, ce qui permet de pallier « *l'éclatement du salaire en de multiples formes* »³⁴⁹ et de lutter contre l'instrumentalisation de ces formes afin d'éviter l'application de ce principe³⁵⁰.

100. Toutes les sommes versées en vertu de l'appartenance du salarié à l'entreprise ont donc été progressivement incluses dans le giron du principe dégagé par l'arrêt *Ponsolle*. Son champ d'application a ainsi été étendu à une prime de treizième mois³⁵¹, à l'attribution de tickets restaurants³⁵², à un complément de rémunération venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste³⁵³, les prix décernés à l'occasion d'un challenge commercial³⁵⁴ ou encore à une allocation de naissance et de garde d'enfant³⁵⁵. L'inclusion par le juge de sommes dont « *le paiement rémunère davantage le fait d'appartenir à une entreprise que la qualité de la tâche fournie* » est évidente³⁵⁶, bien que ces éléments soient

³⁴⁹ SAINT JOURS Y., « Du salaire au revenu salarial », Mél. en l'honneur de LYON-CAEN G., Dalloz, 1989, p. 324.

³⁵⁰ En ce sens HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 106. « *Trop restrictive, la prestation élémentaire de travail ne peut pas non plus servir de critère à la détermination des sommes à comparer : la prise en considération des seules primes afférentes à l'activité ouvrirait la voie à des comportements frauduleux et ruinerait toute tentative d'égalisation* ».

³⁵¹ Cass. soc. 13 septembre 2012, n° 11-22.414, inédit.

³⁵² Cass. soc. 20 février 2008, *op. cit.*

³⁵³ Cass. soc. 6 févr. 2013, n° 11-26.604, Dr. soc. 2013, p. 378.

³⁵⁴ Cass. soc. 18 janv. 2000, n° 98-44.745, Dr. soc. 2000, p. 436.

³⁵⁵ Cass. soc. 8 octobre 1996, Dr. ouv. 1997, p. 260.

³⁵⁶ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 108.

traditionnellement associés à la notion de rémunération, notamment par leur inclusion non contestée dans l'assiette des cotisations sociales.

101. La Cour de cassation a été cependant bien plus audacieuse en soumettant au principe « à travail égal, salaire égal » ou plus exactement au principe d'égalité de traitement, des avantages qui n'entrent pas dans la composition de la rémunération, dépassant en cela largement le cadre de l'article L. 3221-3 du Code du travail. Un auteur estime qu'en vertu du principe d'égalité, ce dernier « s'applique à tous les autres avantages salariaux et non salariaux »³⁵⁷. De par son « dynamisme normatif »³⁵⁸ le juge a en effet soumis des éléments très divers à l'exigence d'égalité de traitement. Ainsi du droit de lever des options dans le cadre d'attribution de stock-options³⁵⁹, à l'octroi de jours de congés supplémentaires³⁶⁰, aux mesures prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi³⁶¹ ou encore à une indemnité conventionnelle de licenciement³⁶². L'accumulation de ces décisions a fait dire à un auteur que la reconnaissance par la Chambre sociale du principe d'égalité de traitement permet « d'étendre le champ d'application du principe « à travail égal, salaire égal » à des hypothèses où n'est en cause ni le salaire, ni plus largement la rémunération des salariés de l'entreprise »³⁶³. Le travail comme critère d'identification des sommes soumises au principe d'égalité est donc totalement abandonné au profit d'une assimilation quasi systématique des avantages salariaux et non salariaux. « Au fur et à mesure de sa construction, le juge est sorti du principe légal « à travail égal, salaire égal », entre hommes et femmes, pour l'étendre d'abord aux salariés sans considération de sexe, puis maintenant à tous les avantages, même si le travail n'est pas de valeur égale »³⁶⁴.

102. Si certains auteurs estiment que « la jurisprudence avance pas à pas » et que « la généralisation de l'exigence est en bonne voie »³⁶⁵, le juge a cependant exclu plusieurs

³⁵⁷ COTTIN J.-B., « La logique de l'égalité jurisprudentielle », in *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, p. 44.

³⁵⁸ JEAMMAUD A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 694.

³⁵⁹ Cass. soc. 17 juin 2003, n° 01-41.522, *D.* 2003, p. 2209.

³⁶⁰ Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07.42-675, *D.* 2010, p. 342.

³⁶¹ Cass. soc. 5 décembre 2012, n° 10-24.219.

³⁶² Cass. soc. 8 juin 2011, n° 10-11.933, *Dr. soc.* 2011, p. 986.

³⁶³ RADE C., note sous Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 1002.

³⁶⁴ CESARO J.-F. (sous la dir.), « L'égalité en droit social », LexisNexis, Coll. Cercle de droit social de l'entreprise, 2012, p. 37.

³⁶⁵ PELISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKES E., *GADT*, Dalloz 2008, 4^{ème} éd., p. 345.

avantages du champ d'application du principe pour des motifs qui peuvent apparaître davantage d'opportunité que de droit. Un ancien salarié dont le contrat de travail avait été rompu et qui avait conclu avec son ancien employeur une transaction pour solder le contentieux relatif à cette rupture s'était vu refuser le droit de bénéficier des mêmes contreparties généreuses octroyées à d'anciens salariés démis de leur fonction dans les mêmes circonstances³⁶⁶. La Cour de cassation estime qu'un salarié ne peut invoquer « *le principe d'égalité de traitement pour remettre en cause les droits et avantages d'une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée et dont il ne conteste pas la validité* »³⁶⁷. La motivation du juge laisse un peu dubitatif dans la mesure où la validité de la transaction, et plus généralement de tout acte juridique, n'est pas en soi une cause d'exclusion de l'application du principe d'égalité de traitement. De même, par deux décisions rendues le même jour, ont été exclues du champ d'application du principe d'égalité de traitement la suppression ou la mise en place de périodes d'astreinte et la réalisation ou non d'heures supplémentaires. La justification de ce choix ne laisse pas d'étonner, la Chambre sociale estimant que le salarié n'avait pas « *de droit acquis à l'exécution d'astreintes ou d'heures supplémentaires* »³⁶⁸. Or, il est constant que les avantages que tiendraient un salarié d'un engagement unilatéral ou d'un usage sont soumis au principe d'égalité, quand bien même ils ne constitueraient pas des droits acquis puisque l'employeur conserve la faculté de les dénoncer unilatéralement³⁶⁹. Les commentateurs fustigent pour la plupart ces décisions en ce qu'elles témoigneraient d'un retour de la « *théorie de l'employeur seul juge* »³⁷⁰. Nous ne pouvons que les approuver et regretter que la Cour de cassation n'exige pas des employeurs qu'ils se justifient de leur choix de priver certains salariés de périodes d'astreintes ou d'heures supplémentaires, alors que les montants qui en découlent en termes de rémunération peuvent représenter des sommes non négligeables. Enfin, ces solutions sont d'autant plus incompréhensibles au regard d'une décision antérieure relative au versement

³⁶⁶ Cass. soc. 30 novembre 2011, n° 10-21.119, RTD Civ. 2012, p. 335.

³⁶⁷ *Ibid.* V. également BAILLY P., « L'égalité dans les relations individuelles de travail : la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Egalité et droit social*, Bibliothèque de l'IRJS, 2014, p. 187.

³⁶⁸ Cass. soc. 10 octobre 2012, n° 11-10.454 et n° 11-10.455, Petites affiches, 2 janvier 2013, n° p. 8, note PESCHAUD H. ; Lexbase hebdo, éd. Soc., 25 octobre 2012, n° 503, note TOURNAUX S.

³⁶⁹ V. Cass. soc. 13 octobre 2010, n° 09-13.110, Lexbase hebdo, éd. Soc., 28 octobre 2010, n° 414, obs. TOURNAUX S., « Dénonciation des usages : une procédure à géométrie variable ».

³⁷⁰ TOURNAUX S. et PESCHAUD H., *op. cit.*

de « bonus discrétionnaires »³⁷¹. La Cour a, en effet, décidé de soumettre le versement de ces gratifications-libéralités au principe d'égalité de traitement et jugé « *que l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération* ». Or, ces primes constituent véritablement l'antithèse du droit acquis puisqu'elles sont par nature « *de caractère facultatif, bénévole et variable* »³⁷². A l'instar des heures supplémentaires et des astreintes, le déclenchement de leur attribution demeure à la discrétion de l'employeur et le salarié ne peut en exiger le renouvellement. Cette divergence de solutions pour des éléments de rémunération présentant des traits communs ne nous paraît pas fondée juridiquement si ce n'est par la volonté de ne pas amoindrir le pouvoir de l'employeur dans un domaine qui lui est encore « réservé ».

103. La définition de la rémunération au regard du principe « à travail égal, salaire égal » délaisse totalement l'idée qu'elle doit être la contrepartie d'un travail. De même, le champ d'application du principe d'égalité de traitement dépasse la notion de rémunération pour étendre son emprise à des avantages non salariaux. Cette généralisation progressive à tous les éléments, ou presque, perçus par le salarié est bienvenue car elle permet d'assurer la protection des intérêts des salariés sans pour autant amputer l'employeur de son pouvoir d'individualisation des rémunérations³⁷³. Le dépassement de la notion de travail est donc une condition *sine qua none* à la protection des salariés. On constate également ce dépassement quand il s'agit de déterminer le périmètre d'application du principe « à travail égal salaire égal ».

2) L'extension du périmètre de comparaison.

104. La loi du 22 décembre 1972³⁷⁴ impose aux employeurs d'assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes « *pour un même travail ou un travail de*

³⁷¹ Cass. soc. 30 avril 2009, n° 07-40.527, JCP E, 28 mai 2009, n° 22, 1558. Confirmé par Cass. soc. 10 octobre 2012, n° 11-15.296, D. 2013, p. 1026.

³⁷² AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 940.

³⁷³ Au contraire, ses choix devront être rationalisés, ce qui ne peut aller que dans le sens de l'intérêt de l'entreprise.

³⁷⁴ Loi 22 décembre 1972, n° 72-1143 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

valeur égale »³⁷⁵. Dès l'origine donc, le législateur a entendu donner au périmètre de comparaison entre salariés une conception extensive dans la mesure où une stricte identité entre le travail fourni par chaque salarié comparé n'est pas exigée³⁷⁶. Ce texte a cependant été complété par la loi *Roudy* du 13 juillet 1983 qui a pris soin de préciser ce qu'il fallait entendre par « *valeur égale* »³⁷⁷. Un auteur remarque judicieusement qu'à la lecture de ce texte, aucun des critères mentionnés « *ne fait référence à la quantité de production réalisée ou à l'importance économique du travail fourni* »³⁷⁸. Il ressort donc que, plus que la prestation de travail, le travail de valeur égale renvoie au « *poste de travail* »³⁷⁹ ou encore à la « *fonction* »³⁸⁰ exercée par le salarié. Cette notion de fonction a été définie comme « *une conception plus souple* » du poste de travail, « *prenant en compte la responsabilité attachée à un statut* » et « *inséparable d'une formation initiale et continue, et d'un investissement personnel* »³⁸¹.

105. Ainsi, la Chambre sociale a-t-elle considéré que n'entrait pas dans le même périmètre de comparaison des salariés « *qui exercent des fonctions différentes* »³⁸². Elle a par la suite affiné sa jurisprudence et précisé que les fonctions étaient comparables dès lors que les salariés présentaient « *une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, que leur importance était comparable dans le fonctionnement de l'entreprise* » et que leurs fonctions exigeaient « *en outre des capacités comparables et*

³⁷⁵ Article L. 3221-2 du Code du travail.

³⁷⁶ En ce sens, AUZERO G., « L'importance de la notion de « travail de valeur égale » en matière d'égalité de rémunération entre hommes et femmes », note sous Cass. soc. 22 octobre 2014, n° 13-18.362, Lexbase hebdo, éd. soc., 13 novembre 2011, N° 590.

³⁷⁷ Article L. 3221-4 du Code du travail. « *Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* ».

³⁷⁸ BONNECHERE M., « Egalité professionnelle entre les hommes et les femmes : réflexions sur les limites du droit », Dr. ouv. 1984, p. 213.

³⁷⁹ En ce sens HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 106.

³⁸⁰ AUZERO G., « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », Dr. soc. 2006, p. 824.

³⁸¹ AUBERT-MONPEYSSEN T., « Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations », Dr. soc. 2005, p. 18.

³⁸² Cass. soc. 26 juin 2008, n° 06-46.204, Dr. soc. 2008, p. 1129 ; RDT 2008, p. 747. Cet arrêt a cependant été critiqué en ce qu'il ne faisait pas une juste application de l'article L. 3221-4 du Code du travail. Les faits à l'origine de l'affaire concernaient une directrice des ressources humaines moins bien rémunérée que ces collègues masculins qui exerçaient comme elle une fonction de direction et qui se trouvaient de ce fait au même niveau hiérarchique, avec la même qualité de membre du comité de direction et la même classification. La comparaison ne pourrait donc intervenir qu'entre salariés occupant des fonctions strictement identiques, ce que cherche justement à éviter l'article L. 3221-4.

représentant une charge nerveuse du même ordre »³⁸³ quand bien même ils occuperaient des postes de direction différents³⁸⁴. Le passage d'une conception étroite de travail égal à une conception plus large de travail de valeur égale est révélateur de ce que le travail accompli par le salarié n'est pas l'unique élément de délimitation du périmètre de comparaison du principe d'égalité.

106. La Chambre sociale de la Cour de cassation est cependant allée encore plus loin dans l'extension du champ d'application du principe d'égalité de traitement en abandonnant la référence au travail de valeur égale au profit de la reconnaissance d'une situation juridique identique entre salariés occupant des fonctions totalement différentes. Par une décision du 20 février 2008³⁸⁵, elle a estimé « *que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situations identique au regard dudit avantage* ». Par la présente, elle reconnaissait aux salariés cadres le droit de bénéficier de tickets-restaurant qu'un employeur avait décidé de n'octroyer qu'aux salariés non cadres. La fameuse décision *Pain* du 1^{er} juillet 2009³⁸⁶ est venue confirmer cette position et la rendre applicable aux avantages catégoriels résultant d'une convention collective. Le « *cercle des égaux* »³⁸⁷ en ressort considérablement étendu. L'identité de situation doit désormais s'apprécier au regard de l'avantage revendiqué et pourrait être élargi à tous les salariés d'un même employeur³⁸⁸. Toute la difficulté réside dans la délimitation du périmètre au regard de l'avantage. A titre d'exemple, le conseiller Pierre BAILLY, au sujet de l'arrêt *Pain*, considère que « *du point de vue du droit au repos* », il n'est pas logique « *qu'un cadre comptable bénéficie de plus de congés qu'un conducteur de transport international qui effectue des trajets longs et difficiles* »³⁸⁹. Le raisonnement est imparable, tout salarié pouvant se prévaloir du droit au repos, il est donc normal qu'il puisse exiger le bénéfice d'un avantage ouvrant droit à des congés supplémentaires. Malheureusement, un tel raisonnement risque

³⁸³ Cass. soc. 6 juillet 2010, n° 09-40.021, RDT 2010, p. 723 ; Dr. soc. 2010, p. 1076.

³⁸⁴ Cette solution est d'autant plus pertinente que « c'est parmi les cadres que les écarts de salaires entre les hommes et les femmes sont les plus importants ». En ce sens, ZIENTARA-LOGEAY S. « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative », Dr. soc. 2010, p. 1076.

³⁸⁵ Cass. soc. 20 février 2008, n° 05-45.601, D. 2008, p. 696 ; Dr. soc. 2008, p. 530 ; RJS 5/2008, n° 512.

³⁸⁶ Cass. soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07642.675, D. 2009, p. 2042 ; Dr. soc. 2009, p. 1002.

³⁸⁷ Cité *in*, AUZERO G., « Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective », RDT 2012, p. 269.

³⁸⁸ En ce sens AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, n° 671, p. 727.

³⁸⁹ BAILLY P., SSL 28 septembre 2009, n° 1414.

de conduire à une certaine casuistique jurisprudentielle nécessairement préjudiciable à la sécurité juridique. La Chambre sociale a ainsi décidé que, concernant les régimes de protection sociale complémentaire, le « *cercle des égaux* » était restreint aux salariés d'une même catégorie professionnelle³⁹⁰. La raison invoquée à cette restriction réside dans « *les particularités des régimes de prévoyance (...) qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle* ». L'évaluation des risques exerce donc en l'espèce « *la fonction neutralisante* »³⁹¹ d'une extension du principe d'égalité à l'ensemble des salariés de l'entreprise. De manière générale cependant, le périmètre de comparaison demeure tributaire d'une décision de justice qui viendra le déterminer au regard de l'avantage en cause³⁹².

107. Le travail n'a donc qu'une place restreinte dans l'application du principe d'égalité de traitement. Entendu comme « *travail de valeur égale* », il permet de faire ressortir une inégalité de traitement lorsque des salariés occupant des fonctions similaires ne perçoivent pas un même salaire de base. Cependant, la montée en puissance du principe d'égalité de traitement conduit à comparer les salariés placés dans une « *situation identique* » dès lors que l'avantage en cause n'est pas le salaire de base, peu important le travail qu'ils accomplissent³⁹³. Un tel dépassement de la notion de travail doit être approuvé car ce raisonnement est le seul à même d'assurer une protection pleine et entière des intérêts des salariés.

B. L'influence inexistante du travail dans la garantie de l'AGS.

108. Afin de pallier l'incurie d'un employeur incapable économiquement d'honorer ses dettes à l'égard de ses salariés, le législateur a mis en place un mécanisme spécifique de

³⁹⁰ Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-20.490, D. 2013, p. 778.

³⁹¹ LOKIEC P., D. 2013, p. 1026.

³⁹² A noter cependant que la volte-face de la Cour de cassation au sujet des avantages catégoriels conventionnels réduit grandement le risque d'insécurité juridique puisque désormais les différences de traitement entre catégories professionnelles sont « *présumés justifiées* » dès lors qu'elles sont instituées par des accords collectifs valablement conclus. Cf. Cass. soc. 27 janvier 2014, n° 13-22.179, JCP S 2015, 1054.

³⁹³ CESARO J.-F. (sous la dir.), « *L'égalité en droit social* », *op. cit.*, p. 45. « *Par le recours au principe d'égalité de traitement, la Cour de cassation impose, du seul fait de l'appartenance du salarié à la collectivité de travail, des éléments de rémunération identiques pour lesquels toute comparaison de travail égal ou de valeur égale est exclue* ».

garantie du paiement des salaires dans le cadre de la loi du 27 décembre 1973³⁹⁴. Initialement instituée dans une optique principalement alimentaire, l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés³⁹⁵ (AGS) a vu son champ d'application matériel progressivement étendu sous l'action du législateur (1). De manière parallèle, le critère de rattachement retenu par le juge a été constamment élargi³⁹⁶ (2).

1) L'extension progressive du champ d'application matériel de l'AGS.

109. Aux termes de l'article L. 3253-6 du Code du travail, l'AGS garantit aux salariés les « *sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail* ». Ce texte ne fait nullement référence à la notion de rémunération et aux multiples définitions juridiques qui peuvent en découler³⁹⁷. « *L'allure énigmatique* » de cette disposition n'offre aucun élément précis qui puisse permettre de distinguer les créances bénéficiant de la garantie de l'AGS³⁹⁸. Les travaux préparatoires laissent, semble-t-il, apparaître que le caractère alimentaire du salaire est directement à l'origine de la mise en place de ce système de garantie, ce qui aurait dû conduire à ne garantir que les sommes dues au salarié relevant de la catégorie juridique du salaire³⁹⁹. Or, la souplesse de la rédaction de cet article permet d'étendre la garantie à des sommes qui n'ont pas une nature salariale, ce qui entraîne un dépassement de la vision strictement alimentaire et de la vocation sociale de l'AGS cantonnée aux besoins alimentaires du salarié que certains appellent de leurs vœux⁴⁰⁰.

110. Les multiples interventions légales en matière de droit des entreprises en difficultés confirment cette vision très large des sommes susceptibles d'être garanties par l'AGS. En premier lieu, la loi a étendu la garantie aux sommes dues au titre d'accords d'intéressement

³⁹⁴ Loi n° 73-1194, 27 décembre 1973, JORF du 30 décembre 1973 p. 14145.

³⁹⁵ Egalement appelée en abrégé « assurance garantie des salaires », cette appellation est néanmoins trompeuse car l'AGS n'a jamais eu comme vocation de ne garantir que les salaires.

³⁹⁶ A ce stade de l'étude, nous n'envisageons de ne prendre en compte, pour reprendre une distinction faite par MORVAN P., « Restructuration en droit social », LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, p. 1014, que les créances garanties *ratione materiae* et non les créances garanties *ratione temporis*. Le Code du travail et le Code de commerce prévoient en effet l'inclusion ou l'exclusion de la garantie de l'AGS de créances suivant le moment de leur naissance. C'est donc moins leur *nature* que leur date d'*exigibilité* qui en jeu. Nous nous intéresserons donc uniquement aux éléments inhérents à la créance justifiant son inclusion dans la garantie.

³⁹⁷ Cf. *supra*.

³⁹⁸ PALANTZA D., « La créance de salaire », Thèse, l'Harmattan, 2014, p. 625.

³⁹⁹ Rapport du sénateur THYRAUD J., n° 332, p. 172, cité in HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 377.

⁴⁰⁰ LE CORRE P.-M., « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz Action, 2011, 6^{ème} éd., p. 1787 et s.

et de participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise⁴⁰¹. Ces sommes sont traditionnellement exclues de la notion de rémunération, tant par leur nature intrinsèque que par leur régime juridique spécifique⁴⁰². Une limite a néanmoins été instituée puisque ces sommes doivent revêtir la forme « *d'un droit de créance sur l'entreprise* ». Un auteur a mis en évidence les difficultés qu'engendrait ce texte, particulièrement lorsque ces sommes étaient affectées sur un plan d'épargne entreprise afin de participer à l'acquisition de valeurs mobilières et plus particulièrement d'actions ou d'obligations émises par la société employeur⁴⁰³. Il est vrai que ce texte, à la rédaction quelque peu hasardeuse, laisse place à une grande marge d'interprétation. Dans un premier temps, la Chambre sociale a décidé, au sujet de parts sociales détenues par des salariés au titre de leur participation aux résultats, que ces sommes devaient être garanties par l'AGS en s'appuyant sur un attendu de principe particulièrement général⁴⁰⁴. Si l'on pouvait croire, à la lecture de cet arrêt, que toutes les affectations réalisées à partir des sommes issues de la participation ou de l'intéressement devaient être couvertes, un arrêt postérieur a démontré qu'il n'en était rien. Dans une affaire où des salariés avaient acquis des parts d'un fonds commun de placement d'entreprise⁴⁰⁵ constitué pour partie de valeurs mobilières émises par la société employeur, la Cour a refusé de leur appliquer la couverture de l'AGS car les sommes investies par les salariés avaient été employées « *à l'acquisition de parts d'un fonds commun de placement dont les salariés sont devenus copropriétaires* », ce qui signifiait qu'ils ne disposaient plus d'un droit personnel à l'encontre de l'entreprise mais d'un droit réel sur des valeurs mobilières⁴⁰⁶. Contrairement à ce que le juge avait affirmé en 2004, il convient donc d'identifier l'emploi de ces sommes pendant la période d'indisponibilité et de vérifier si le salarié dispose toujours d'un droit de créance sur l'entreprise. A l'heure actuelle, aucune

⁴⁰¹ Article L. 3253-10 du Code du travail.

⁴⁰² Cf. *infra*.

⁴⁰³ AUZERO G., « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », RDT 2009, p. 358.

⁴⁰⁴ Cass. soc. 30 septembre 2004, n° 02-16.436, Dr. soc. 2004, p. 1149. « *Les droits constitués au profit des salariés au titre de la participation aux résultats de l'entreprise, en exécution du contrat de travail revêtent la forme d'un droit de créance sur l'entreprise quel que soit leur emploi pendant le temps de leur indisponibilité* ».

⁴⁰⁵ Selon l'article L. 214-20, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, le FCP a le statut d'une copropriété de valeurs mobilières : actions, obligations ou instruments monétaires. Il n'a pas de personnalité morale.

⁴⁰⁶ Cass. soc. 28 novembre 2007, n° 05-45.354, com. AUZERO G., « Epargne salariale et assurance garantie des salaires : des rapports délicats », Lexbase Hebdo éd. Soc., 20 décembre 2007, n° 286.

autre décision n'a été rendue en la matière, laissant donc intactes les incertitudes soulevées par l'article L. 3253-10 du Code du travail⁴⁰⁷.

111. De manière plus originale, et à rebours total de la notion de rémunération, le législateur a entendu protéger les « *créances résultant de la rupture du contrat de travail* »⁴⁰⁸. Le recours au terme « rupture », particulièrement large, témoigne de la volonté d'étendre la couverture de l'AGS de deux manières différentes. D'une part, il permet de ne pas limiter la garantie aux seules créances résultant du licenciement du salarié, qu'il soit économique ou personnel, mais à d'autres types de rupture⁴⁰⁹, à l'instar de la résiliation judiciaire ou d'une rupture conventionnelle homologuée⁴¹⁰. D'autre part, il permet d'englober les créances de toute nature, qu'elles présentent un caractère salarial⁴¹¹ ou indemnitaire⁴¹².

112. De manière plus spécifique sont également couverts, aux termes de l'article L. 3253-11 du Code du travail les arrérages de préretraite⁴¹³ dus à un salarié ou un ancien salarié et aux termes de l'article L. 3154-1 du Code du travail, les droits accumulés sur un compte d'épargne temps. Concernant les arrérages de préretraite, encore faut-il que ces rentes soient instituées par un accord professionnel ou interprofessionnel, une convention collective ou un accord collectif⁴¹⁴ conclu au moins six mois avant l'ouverture de la procédure collective et que le départ en préretraite soit prévu à cinquante ans au plus tôt⁴¹⁵.

⁴⁰⁷ En particulier si ces sommes sont utilisées pour acquérir des titres émis par des SICAV ou des actions émises par les sociétés créées par les salariés afin de racheter leur entreprise. En ce sens, AUZERO G., *op. cit.*, p. 364.

⁴⁰⁸ Article L. 3253-8, 2° du code du travail.

⁴⁰⁹ Par un arrêt Cass. soc. 20 mai 2005, n° 02-47.063, JCP S 2005, 1009, note MORVAN P., la Cour a rajouté une condition à ce texte pourtant clair, à savoir que « *la garantie de l'AGS ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que le contrat ait été rompu par l'administrateur, l'employeur ou le liquidateur judiciaire* », ce qui l'a conduit à exclure de la garantie une créance indemnitaire consécutive au départ à la retraite d'un salarié.

⁴¹⁰ Le législateur a néanmoins tenu à préciser, de manière superfétatoire nous semble-t-il, que la garantie s'applique également aux créances résultant de la rupture du contrat de travail auxquels a été proposé un contrat de sécurisation professionnelle.

⁴¹¹ Indemnité de préavis, de congés payés, de non-concurrence etc.

⁴¹² Indemnité légale de licenciement, indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse etc.

⁴¹³ Il s'agit des sommes versées à un salarié ou à un ancien salarié qui quitte l'entreprise de manière anticipée dans le cadre d'une préretraite jusqu'à ce qu'il puisse bénéficier d'une retraite.

⁴¹⁴ Ne sont donc pas couverts les arrérages de retraite qui résultent d'un procès-verbal d'une réunion de comité d'entreprise. Cass. soc. 2 novembre 1993, RJS 12/1993, n° 1203.

⁴¹⁵ Article L. 3253-11 alinéa 2.

113. Enfin, la loi du 27 décembre 1996 prévoit que sont couvertes « *les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale ou d'origine conventionnelle imposée par la loi* »⁴¹⁶. L'AGS doit donc, en cas de défaillance de l'employeur, verser directement à l'URSSAF les cotisations dues par les salariés aux organismes de Sécurité sociale. La logique de cette disposition est pertinente, elle permet aux salariés de ne pas être privés des prestations contributives auxquelles ils ont droit par le manquement de leur employeur⁴¹⁷.

114. Le législateur, dans sa volonté d'étendre le champ de garantie de l'AGS, a pris l'initiative d'inclure de manière explicite certaines sommes qui ne relèvent traditionnellement pas de la catégorie juridique de rémunération. Ce choix, guidé par « *un esprit protectionniste* »⁴¹⁸, peut pourtant paraître superflu, au regard de la rédaction de l'article L. 3253-6 du Code du travail qui ne prend pas la rémunération comme critère de référence, mais également de son interprétation très extensive par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

2) *L'extension constante du critère de rattachement des sommes prises en charge par l'AGS.*

115. Très tôt, la Chambre sociale a précisé la portée de l'article L. 3253-6 du Code du travail. Elle énonce que la garantie est accordée indépendamment de la qualification de salaire de la somme en cause, « *le critère n'étant pas la nature salariale de la créance mais son rattachement au contrat de travail* »⁴¹⁹. Cet arrêt précurseur est intéressant à un double titre. D'une part, il illustre le phénomène de « *détachement de la créance à la garantie de salaire* »⁴²⁰ et d'autre part il étend le bénéfice de l'AGS à des non-salariés⁴²¹. Cet arrêt provoqua de vives critiques de la part des responsables de l'AGS qui résumaient la situation par un cinglant « *l'ASSEDIC paiera...* »⁴²². Le passage du critère légal de « *sommes dues en exécution du contrat de travail* » à celui jurisprudentiel de « *rattachement au contrat de travail* » n'est pas neutre. Ce changement terminologique a permis à la Cour d'étendre la

⁴¹⁶ Article L. 3253-8, dernier alinéa.

⁴¹⁷ En ce sens, MORVAN P., *op. cit.*, p. 1017.

⁴¹⁸ PALLANTZA D., *op. cit.*, p. 627.

⁴¹⁹ Cass. soc. 4 février 1987, Dr. soc. 1987, p. 616, comm. BLAISE H., « L'extension jurisprudentielle de la garantie de l'AGS ».

⁴²⁰ ONDZE S., « La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur, Thèse, Nanterre, 2012, p. 302.

⁴²¹ En l'espèce, la Cour a garanti le versement d'un capital décès aux ayants droit d'un salarié décédé.

⁴²² METEYE T., Dr. soc. 1987, p. 827.

garantie de l'AGS à des créances qui puisent leur source dans l'inexécution du contrat de travail, mais également à des créances qui reposent sur une source extracontractuelle, pouvant être rattachées au contrat de travail⁴²³. L'extension n'est cependant pas sans limite, la jurisprudence a en effet admis l'exclusion de sommes au motif qu'elles ne se rattachaient pas au contrat de travail. Il est également notable que des créances ont pu être exclues afin de lutter contre des phénomènes de fraude visant à faire supporter par l'AGS des sommes que l'employeur n'avait jamais eues l'intention de payer.

116. Si, en vertu de l'article L. 3253-6 du Code du travail, il ne fait pas de doute que sont garantis le salaire et ses accessoires⁴²⁴ qui sont directement versés en exécution du contrat de travail, la question des sommes dues en cas d'inexécution du contrat de travail a été plus controversée. Sans prétendre à l'exhaustivité, une « *kyrielle de dommages et intérêts* » ont été mis à la charge de l'AGS par le juge⁴²⁵. La Cour estime désormais qu'une créance résultant du non-respect par l'employeur d'une obligation contractuelle est une créance due en exécution du contrat de travail⁴²⁶. La motivation apportée par le juge est intéressante car elle témoigne de la volonté d'appliquer fidèlement le texte légal. Ainsi, « *aux termes de l'article 1142 du Code civil (...) les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* »⁴²⁷. Cette motivation très générale permet de couvrir tous les cas où l'employeur manque à ses obligations, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les obligations issues du contrat de travail ou qui résultent d'une obligation légale⁴²⁸. Sont donc soumis à la garantie de l'AGS les dommages-intérêts alloués aux salariés pour harcèlement moral⁴²⁹, ceux attribués au titre de l'indemnité pour travail dissimulé⁴³⁰ ou pour nullité d'une clause de non-concurrence⁴³¹, ou encore pour préjudice moral⁴³². Cependant, la garantie ne s'étend pas aux sommes investies par le salarié pour

⁴²³ Bien que parfois assez difficilement...

⁴²⁴ Pour une prime de 13^{ème} mois, Cass. soc. 23 septembre 1992, GP 1992, n° 264. Pour une prime d'objectifs, Cass. soc. 3 avril 2001, Dr. soc. 2001, p. 672.

⁴²⁵ Pour un descriptif très complet, v. ONDZE S., *op. cit.*, p. 310.

⁴²⁶ Cass. soc. 13 janvier 1999, RJS 1999, n° 207.

⁴²⁷ Cass. soc. 4 décembre 2002, RTD Civ. 2003, n° 4, p. 713.

⁴²⁸ En ce sens, obs. sous Cass. soc. 4 décembre 2002, RJS 02/03, n° 199.

⁴²⁹ Cass. soc. 8 février 2005, n° 02-46.527, *in* ADAM P., « Harcèlement moral », Dalloz, Rép. Trav., n° 443.

⁴³⁰ Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-43.453, inédit.

⁴³¹ Cass. soc. 22 mars 2005, n° 03-40.664, RJS 06/2005, n° 637.

⁴³² Cass. soc. 24 octobre 2000, n° 98-42.742, Dr. soc. 2001, p. 206.

obtenir l'octroi de dommages-intérêts en raison de l'inexécution du contrat de travail, ce qui est en soit contestable car ces débours sont causés par l'inexécution du contrat de travail. Ainsi, les frais d'huissiers⁴³³, les sommes dues au titre de l'article 700 du Code de procédure civile⁴³⁴ ou en cas d'astreinte judiciaire⁴³⁵ afin de forcer l'employeur à exécuter le jugement, ne sont pas couverts par l'AGS.

117. La garantie a, de surcroît, été étendue à des créances qui trouvent leur source dans un acte autre que le contrat de travail. Dès lors, les créances instituées par accords collectifs et par usages ou engagements unilatéraux sont concernées par la garantie, ces sources extracontractuelles ne faisant pas « écran » à l'applicabilité de l'article L. 3253-6 du Code du travail⁴³⁶. Témoignant encore de ce rattachement extensif au contrat de travail, jugé « *bien artificiel* » par certains auteurs⁴³⁷, une décision a accordé la couverture de l'AGS à un salarié artiste pour des avances sur redevance, c'est-à-dire de sommes dues aux artistes, à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de leur prestation⁴³⁸. Cet arrêt a provoqué l'ire d'un auteur, critiquant le « *critère brumeux* » retenu par le juge et la « *perversion de la logique qui a présidé à la création de l'AGS* »⁴³⁹. Si l'on peut juger les propos trop virulents, notamment par rapport à la modicité des montants en jeu, il n'en demeure pas moins que le juge va manifestement trop loin dans sa dynamique d'extension⁴⁴⁰. L'application de la garantie aux créances issues d'un accord collectif ou d'un usage est totalement justifiée par le fait que ce sont des actes juridiques dont l'existence et l'applicabilité découlent exclusivement du contrat de travail. Ils n'ont d'effet juridique que par le « *truchement* » de ce dernier⁴⁴¹. A l'inverse, le statut d'artiste-interprète peut tout à fait exister en dehors de tout contrat de travail⁴⁴². L'autonomie de ce statut juridique fait que ces deux statuts coexistent plus qu'ils ne s'intriquent. Admettre l'inverse pourrait conduire à garantir toutes les créances qu'un salarié puisse tirer d'un cumul de statut

⁴³³ Cass. soc. 12 janvier 1999, n° 96-42.585, RJS 02/1999, n° 207.

⁴³⁴ Cass. soc. 2 mars 1999, n° 97-40.044, Dr. soc. 1999, p. 532.

⁴³⁵ Cass. soc. 7 novembre 1990, RJS 12/90, n° 1013.

⁴³⁶ Cass. soc. 5 avril 1995, RJS 1995, n° 652.

⁴³⁷ RADE C., obs. sous Cass. soc. 8 janvier 2002, Dr. soc. 2002, p. 371.

⁴³⁸ Cass. soc. 3 décembre 2008, n° 07-42.469 ; LUCAS F.-X, « L'AGS et le droit martyrisé par la Chambre sociale », BJS 03/09, p. 221.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ En l'espèce, les avances sur redevance se montaient à 300 euros par salarié.

⁴⁴¹ En ce sens, GADRAT M., *op. cit.*, p. 970.

⁴⁴² Article L. 7121-3 du Code du travail.

juridique, notamment par exemple s'il est également mandataire social⁴⁴³, inventeur, sportif ou mannequin⁴⁴⁴.

118. Afin d'éviter que des comportements d'employeurs peu scrupuleux ne fassent peser sur l'AGS le paiement de créances qu'ils n'ont jamais eu l'intention d'honorer, la jurisprudence a déployé quelques « artifices » afin de contrer ses stratégies frauduleuses⁴⁴⁵. L'adage « *fraus omnia corrumpit* » trouve ainsi à s'appliquer en matière d'AGS, même si son champ d'intervention a été en partie entamé par le législateur. Aux termes de l'article L. 3253-13 du Code du travail⁴⁴⁶, l'AGS ne couvre plus « *les sommes qui concourent à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique* »⁴⁴⁷. La volonté affichée est d'empêcher de faire supporter par l'AGS le paiement d'indemnités de rupture issues d'un accord collectif conclu dans un contexte où les partenaires sociaux ne pouvaient que se douter qu'il serait très difficile pour l'employeur d'honorer ses engagements. Cependant, ce texte ne vise que les accords collectifs intervenant dans le cadre d'un licenciement pour motif économique. Dans les autres cas, le juge peut invoquer la « *fraude commise au détriment de l'AGS* », pour refuser de garantir des sommes issues d'un accord collectif conclu dans un contexte où l'exécution de cet accord était compromise⁴⁴⁸.

119. Le juge peut enfin estimer que la créance de salaire a été novée, que sa nature a été modifiée par la volonté du créancier en créance civile. L'hypothèse la plus fréquemment rencontrée concerne « *la novation d'une créance née d'un contrat de travail en créance de remboursement issue d'un contrat de prêt* »⁴⁴⁹. Le recours à la novation permet de mettre en échec les dirigeants et associés qui, « *sous le masque du salariat* »⁴⁵⁰, ne réclament pas le

⁴⁴³ Traditionnellement, la Cour de cassation refuse la prise en charge des émoluments dus aux mandataires sociaux.

⁴⁴⁴ Cf. *infra*.

⁴⁴⁵ Et de partenaires sociaux complices également.

⁴⁴⁶ Issu de la loi 4 mai 2004, n° 2004-391, modifiée par la loi du 14 juin 2013, n° 2013-504.

⁴⁴⁷ Précision temporelle utile, cela ne s'applique que lorsque « *l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ou l'accord conclu ou la décision notifiée postérieurement à l'ouverture de la procédure* ».

⁴⁴⁸ Cass. soc. 14 septembre 2010, n° 08-44.180, RJS 11/2010, n° 849, « *ses signataires savaient que la société, qui avait cessé toute activité et tout paiement, avaient demandé l'ouverture d'une procédure collective* ».

⁴⁴⁹ MORVAN P., *op. cit.*, p. 1015.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

paiement de salaire afin de favoriser la société qu'ils dirigent et, en cas d'échec, de faire supporter par l'AGS le poids de leur incurie⁴⁵¹.

120. Le rejet de la nature salariale comme critère de rattachement à la garantie de l'AGS doit être approuvée. D'une part, est évité le débat sur la définition du salaire, notion protéiforme et relative dont la définition varie suivant la finalité assignée à la règle⁴⁵². La finalité *a priori* alimentaire qui a pu présider à l'instauration de l'AGS conduirait à un champ d'application *ratione materiae* assez restreint. D'autre part, comme le relève un auteur, « une telle extension, qui se justifie au demeurant parfaitement par la volonté de protéger au maximum le personnel exposé des entreprises en difficulté, tend alors à faire du salaire garanti une rémunération de confort, toutes les sommes, qu'elles soient essentielles ou non à la survie de leur titulaire, étant préservées »⁴⁵³. Considérer que seules les créances issues du travail des salariés devraient être couvertes par l'AGS serait donc extrêmement préjudiciable pour ces derniers et conduirait à la perte pure et simple de toutes les autres créances en cas de défaillances de l'entreprise. Le salarié subirait une double peine, car à la perte des sommes, s'ajouterait, vraisemblablement, la perte de son emploi⁴⁵⁴.

§ 2 : Le dépassement du travail afin d'assurer la protection des institutions propres au droit du travail.

121. La mise en place d'institutions propres au droit du travail a nécessité de leur allouer des ressources afin d'assurer la pérennité de leur mission⁴⁵⁵. Pour se faire, certaines institutions voient leur budget de fonctionnement, au moins pour partie, dépendre des rémunérations versées aux salariés. La définition de la rémunération retenue dans ces

⁴⁵¹ Cass. soc. 22 février 2006, n° 03-47.190, JCP S 6 juin 2006, n° 23, p. 20, 1441, note MORVAN P. « La volonté du salarié de nover sa créance salariale en créance civile est établie lorsqu'il n'a réclamé le paiement de ses salaires que postérieurement à la liquidation judiciaire pour favoriser la société dans laquelle il avait des intérêts importants en sa double qualité d'associé et de caution ».

⁴⁵² En ce sens, ONDZE S., *op. cit.*, p. 302.

⁴⁵³ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 386.

⁴⁵⁴ En ce sens, au sujet de l'épargne salariale, AUZERO G., *op. cit.*, p. 358.

⁴⁵⁵ CORNU G., *op. cit.*, p. 499. Selon la doctrine du Doyen HAURIOU, est une institution la réalité que constitue un organisme existant lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale.

hypothèses n'est pas dépendante du travail fourni par le salarié, afin de lutter contre les stratégies « *d'évitement* » que peuvent être tentées de mettre en œuvre les employeurs⁴⁵⁶. La contrepartie du travail n'est donc pas un critère de définition de la rémunération dans le cadre de la délimitation de l'assiette des cotisations de sécurité sociale (A) et des subventions allouées au comité d'entreprise (B).

A. La détermination de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

122. La Cour de cassation a trouvé dans l'extrême généralité des termes de l'article L. 242-1 du Code de sécurité sociale une assise juridique ferme pour étendre considérablement l'assiette des cotisations sociales à toutes les sommes versées au salarié en vertu de leur appartenance à l'entreprise (1). Si le législateur a tenu à exclure de nombreuses sommes de cette assiette pour privilégier certaines formes de rémunération, la tendance actuelle est plutôt à un retour dans le giron de la notion de rémunération au sens du droit de la sécurité sociale (2).

1) L'appartenance à l'entreprise, critère de détermination de l'assiette des cotisations sociales.

123. La question du périmètre du champ d'application de l'assiette des cotisations sociales fait l'objet de débats suscités « *à la fois par le désir de faire échec à la fraude et des impératifs financiers* »⁴⁵⁷. En ce sens, l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale instaure une « *présomption d'assujettissement* » à cotisations sociales de toutes les sommes versées « *en contrepartie ou à l'occasion du travail* »⁴⁵⁸. La rédaction de ce texte commande de déconnecter la notion de rémunération au sens du droit de la sécurité sociale de toute idée de contrepartie du travail fourni, de rétribution d'un service rendu. La rémunération n'est donc plus « *strictement la contrepartie de la prestation de travail* »⁴⁵⁹ et a pour ambition

⁴⁵⁶ CHAUCHARD J.-P., « L'évitement du salaire », Dr. soc. 2011, p. 32.

⁴⁵⁷ DUPEYROUX J.-J., « Droit de la sécurité sociale », Précis Dalloz, 18^{ème} éd., n° 1128, p. 853.

⁴⁵⁸ CHAUCHARD J.-P., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵⁹ LYON-CAEN G., « Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p. 613.

d'intégrer « tous les avantages trouvant leur source dans la relation de travail ou le lien d'emploi »⁴⁶⁰, ce qui conduit à une assiette particulièrement large⁴⁶¹. La détermination du critère de qualification des sommes soumises à cotisation ne peut dès lors se résoudre par une analyse synallagmatique, fondée sur l'idée de contrepartie du travail fourni par le salarié.

124. Pour tenter de donner sens à la jurisprudence de la Cour de cassation, un auteur a proposé une définition de la rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui semble pertinente. Selon le Professeur Gérard VACHET, doit être intégré dans la notion de rémunération tout avantage versé à un salarié en raison de son appartenance à l'entreprise et qui lui procure un enrichissement⁴⁶². Le critère d'appartenance à l'entreprise permet de spécifier que l'avantage n'est pas forcément versé par l'employeur au salarié, et qu'il n'est pas nécessairement la contrepartie du travail. Quant à l'enrichissement, ce critère permet d'exclure les sommes versées à un salarié qui ne lui sont versées que pour réparer un préjudice subi ou pour rembourser des dépenses antérieures réalisées dans l'intérêt de l'entreprise. Cette définition permet d'expliquer l'inclusion de tous les avantages perçus par le salarié, peu important le débiteur qui n'est donc pas nécessairement l'employeur, à l'exclusion des sommes représentatives de frais professionnels, des dommages et intérêts et des indemnités de rupture du contrat de travail⁴⁶³.

125. Le salaire de base et les primes diverses versées par l'employeur sont évidemment assujetties aux cotisations⁴⁶⁴, dès lors qu'un lien de subordination est caractérisé entre l'employeur et le travailleur⁴⁶⁵. Les sommes allouées qui trouvent leur cause directe dans un événement propre à l'entreprise, comme une prime de bilan⁴⁶⁶ ou une prime versée à l'occasion de la signature d'une convention collective⁴⁶⁷ ou dans un événement lié à la

⁴⁶⁰ ASQUINAZI-BAILLEUX D., « Les avantages sociaux requalifiés en salaire », Dr. soc. 2014, p. 735.

⁴⁶¹ JOBERT A., « L'assiette des cotisations sociales », Dr. soc. 1993, p. 528.

⁴⁶² VACHET G., « La notion de rémunération au regard de la sécurité sociale », Mél. DESPAX, PUSS Toulouse, 2002, p. 359 ; « Les avantages en nature au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale », RJS 10/96, p. 646.

⁴⁶³ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 149 et s.

⁴⁶⁴ Cass. soc., 13 janvier 1988, n° 85-14.505.

⁴⁶⁵ Cass. soc., 5 décembre 2002, n° 00-22.170.

⁴⁶⁶ Civ. 2^{ème}, 2 décembre 1965, D. 1966, p. 285, obs. DUPEYROUX J.-J.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 13 février 1973, Dr. soc. 1973, p. 376, obs. LYON- CAEN G.

situation personnelle du salarié, à l'instar d'une prime d'ancienneté⁴⁶⁸, du mariage du salarié⁴⁶⁹ ou d'une indemnité de décès versée à ses ayants-droits⁴⁷⁰, et qui n'ont donc pas de lien direct avec le travail fourni par le salarié, sont incluses dans la mesure où le salarié se trouve enrichi par la perception de ladite somme.

126. La présomption d'assujettissement à la qualification de rémunération s'illustre particulièrement dans les situations où le juge inclut dans l'assiette des cotisations des sommes perçues par le salarié qui ne trouvent pas leur source dans le contrat de travail mais qui peuvent néanmoins être rattachées à la relation de travail. C'est le cas des sommes versées en contrepartie de l'exploitation de l'image d'un sportif professionnel⁴⁷¹ ou des jetons de présence versés à un salarié ayant la qualité d'administrateur d'une société anonyme⁴⁷².

127. L'identité du débiteur n'a généralement pas d'influence sur la qualification de rémunération, même si elle a pu soulever quelques difficultés. Les pourboires remis par des tiers aux salariés sont expressément soumis aux cotisations par l'article L. 242-1 du Code de sécurité sociale. Les avantages sociaux versés par le comité d'entreprise soulèvent cependant plus de difficultés⁴⁷³. Un auteur précise qu'ils n'ont « *pas pour objet de rémunérer un travail particulier ou récompenser un résultat mais d'améliorer les conditions de bien-être des salariés, ancien salariés et de leur famille* »⁴⁷⁴. Pour autant, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a très tôt intégré ces avantages dans l'assiette des cotisations⁴⁷⁵, position non démentie depuis par la Chambre sociale⁴⁷⁶, sauf si les sommes présentent « *un caractère de secours liés à des situations particulièrement digne d'intérêt* »⁴⁷⁷. Cette solution

⁴⁶⁸ Cass. soc., 13 janvier 1994, n° 91-10.149.

⁴⁶⁹ Ass. plén., 28 janvier 1972, n° 70-13.261.

⁴⁷⁰ Cass. soc. 23 janvier 1997, RJS 1997, n° 457.

⁴⁷¹ Civ 2^{ème}, 14 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 483, obs. PRETOT X. Il s'agit pourtant de sommes issues de l'exploitation d'un bien immatériel.

⁴⁷² Civ 2^{ème}, 6 mars 2008, RJS 2008, n° 610. En l'absence de cumul de statut, les jetons de présence ont le statut de revenu du patrimoine.

⁴⁷³ DESCAMPS, « L'assujettissement aux cotisations de Sécurité sociale des avantages en espèces alloués par le comité d'entreprise », Dr. soc. 1991, p. 80.

⁴⁷⁴ ASQUINAZI-BAILLEUX D., *op. cit.*, p. 736.

⁴⁷⁵ Ass. Plén. 28 janvier 1972, n° 70-13.261, Dr. soc. 1973, p. 64, obs., GROUTEL H.

⁴⁷⁶ Cass. soc. 11 mai 1988, n° 86-17.284, Dr. soc. 1988, p. 503, obs. DUPEYROUX J.-J.

⁴⁷⁷ Cass. soc. 11 janvier 1990, D. 1990, p. 339, note SAINT-JOURS Y.

entre cependant en contradiction avec la position de l'Administration⁴⁷⁸, qui a dressé une liste de tolérances administratives⁴⁷⁹ qui dérogent à ces solutions jurisprudentielles et qui s'imposent aux URSSAF⁴⁸⁰. Ces circulaires qui prévoient des exonérations ne sont cependant pas « *créatrices de droit* »⁴⁸¹ comme le rappelle la Chambre sociale de la Cour de cassation et réintègre intégralement dans l'assiette des cotisations ces avantages dès lors qu'ils ne sont pas assimilables à des secours⁴⁸².

128. La rémunération au sens du droit de la Sécurité sociale entendu comme tout avantage versé au salarié en raison de son appartenance à l'entreprise et qui lui procure un enrichissement permet donc de cerner convenablement la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette vision maximaliste de la rémunération permet de lutter contre les phénomènes de fraude et d'assurer la pérennité du système de sécurité sociale. Le dépassement du travail comme critère de définition de la rémunération était donc nécessaire mais s'est avéré insuffisant face aux multiples exclusions légales et jurisprudentielles.

2) Le rapatriement des sommes exclues dans le giron de l'assiette des cotisations sociales.

129. Le régime social des primes et indemnités traditionnellement exclues de l'assiette des cotisations sociales a été profondément remanié depuis la crise économique et financière de 2008⁴⁸³. Contrebalançant un mouvement d'exonérations massives visant à stimuler

⁴⁷⁸ Aux termes d'une lettre circulaire de l'ACOSS, n° 86-17, 14 février 1986, l'administration et l'ACOSS opéraient une distinction entre les avantages versés en espèce et ceux en nature pour n'exonérer que ces derniers au motif qu'une prime de la même valeur qu'un avantage en nature ne participait pas au développement des activités sociales et culturelles. Cette distinction n'a plus cours.

⁴⁷⁹ Pour les bons d'achats, v. Instruc. Minis. 12 décembre 1988 et lettre ACOSS n° 17-86 du 14 février 1986 ; Pour les chèques livres, les chèques disques et les chèques culture, v. lettre circulaire n° 2004-144 du 27 octobre 2004 ; Pour une synthèse, v. « Guide du comité d'entreprise », publié sur le site de l'URSSAF.

⁴⁸⁰ Article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale. Cette solution ne vaut que pour les circulaires interprétatives du ministère chargé de la Sécurité sociale.

⁴⁸¹ Civ 2^{ème}, 31 mai 2012, n° 12-10.724, non publié.

⁴⁸² *Ibid.*, « les bons d'achat litigieux, d'un montant uniforme et alloués à tous les salariés ayant au moins trois mois d'ancienneté dans l'entreprise, ce qui excluait qu'ils puissent être analysés comme des secours liés à des situations exceptionnelles, avaient le caractère d'avantages en argent entrant dans la base de calcul des cotisations ».

⁴⁸³ V. MONIER F., « La crise et les comptes de la sécurité sociale en 2008-2010 », RFFP 2011, n° 115, p. 17, cité in DUPEYROUX J.-J., « Droit de la sécurité sociale », *op. cit.* p. 290.

l'emploi⁴⁸⁴, le législateur s'applique désormais à rapatrier dans le giron de l'assiette des cotisations sociales des sommes qui naguère en avaient été exclues, soit dans l'objectif de favoriser certaines formes de rémunération, soit au motif qu'elles ne procuraient pas un enrichissement au salarié.

130. En matière d'indemnités de rupture du contrat de travail, la Cour de cassation a opéré une distinction là où le Code de la sécurité sociale n'en prévoyait pas⁴⁸⁵. Ainsi, les indemnités qui ont le caractère d'un substitut du salaire sont soumises à cotisations sociales⁴⁸⁶ tandis que lorsqu'elles présentent le caractère de dommages et intérêts, elles en sont exonérées⁴⁸⁷. Si cette dichotomie a soulevé quelques controverses doctrinales, notamment au sujet de l'indemnité de licenciement⁴⁸⁸, les solutions jurisprudentielles dégagées sont clairement acquises⁴⁸⁹ et confirment l'enrichissement comme critère de définition de la rémunération. La Cour de cassation considère depuis longtemps que l'indemnité de licenciement est de nature indemnitaire et a pour finalité de réparer le préjudice résultant pour le salarié de la perte de son emploi⁴⁹⁰. Cette solution prévaut tant pour les indemnités conventionnelles⁴⁹¹ que contractuelles⁴⁹² de licenciement. La nécessité d'assurer la pérennité du système de sécurité sociale a cependant conduit à un profond bouleversement du régime social de ces indemnités⁴⁹³. Les lois de financement de la sécurité sociale de 2011⁴⁹⁴, 2012⁴⁹⁵ et 2013⁴⁹⁶ ont progressivement réintégré dans l'assiette des cotisations

⁴⁸⁴ V. par ex. Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat ; AUZERO G., « Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : aspects de droits des sociétés et de droit du travail », BJS 2007, p. 1035, § 288.

⁴⁸⁵ L'article L. 242-1 du Code de sécurité sociale dispose que sont soumises à cotisations les indemnités de congés-payés mais également les indemnités versées en contrepartie ou à l'occasion du travail.

⁴⁸⁶ Par exemple, l'article L. 1243-8 du Code du travail prévoit expressément que l'indemnité de précarité versée au salarié à l'échéance de son CDD lui est due « à titre de complément de salaire ». A contrario, l'article L. 1243-3 du Code du travail énonce que l'indemnité de rupture anticipée du CDD « ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts ».

⁴⁸⁷ CHELLE D., « L'assiette des cotisations de Sécurité sociale et les indemnités de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 536.

⁴⁸⁸ SAVATIER J., « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.

⁴⁸⁹ Pour plus de détails, cf. *infra*.

⁴⁹⁰ Cass. soc. 23 juin 1988 ; Cass. soc. 20 octobre 1988, Dr. soc. 1989, p. 130 et s.

⁴⁹¹ Cass. soc. 9 mars 1957, Dr. soc. 1957, p. 278.

⁴⁹² Cass. soc. 28 avril 1986, D. 1986, n° 375.

⁴⁹³ CREVEL L., « Le régime social définitif des indemnités de rupture », JCP S 2013, 1177.

⁴⁹⁴ L. n° 2010-1594, 20 décembre 2010, JCP S 2011, 1089.

⁴⁹⁵ L. n° 2011-1906, 21 décembre 2011, JCP S 2012, 1015.

⁴⁹⁶ L. n° 2012-1404, 12 décembre 2012, JCP S 2013, 1002

sociales les indemnités versées « à l'occasion de la rupture du contrat de travail »⁴⁹⁷. Dans un premier temps, il a été décidé que l'indemnité de rupture n'est exonérée de cotisations sociales que dans la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale (PASS)⁴⁹⁸. Au-delà de ce seuil, le différentiel est soumis intégralement aux cotisations. Dans un second temps, il a été instauré un « *super-plafond* »⁴⁹⁹, dont le *dépassement* « entraîne la *déchéance du droit à toute exonération* »⁵⁰⁰. Les indemnités d'un montant supérieur à 10 fois le PASS sont intégralement assimilées à des rémunérations et soumises à cotisations dès le premier euro. La notion de rémunération s'en retrouve profondément modifiée puisqu'elle intègre désormais des sommes qui, juridiquement, ne procurent pas un enrichissement au salarié⁵⁰¹.

131. Le phénomène de rapatriement dans le giron de l'assiette des cotisations sociales de sommes traditionnellement exclues s'illustre encore par la création de nouvelles impositions destinées à compenser les exonérations octroyées pour favoriser certaines formes de rémunérations. La loi de financement de la sécurité sociale de 2009 a en ce sens institué un forfait social sur les sommes qui bénéficient d'exonération de sécurité sociale⁵⁰². Désormais, l'article L. 137-15 du Code de la sécurité sociale dispose que les « *rémunérations ou gains* » exclus de l'application de l'article L. 242-1 du même code mais soumis à contribution sociale généralisée (CSG)⁵⁰³ et la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) sont soumis à une contribution patronale dont le montant n'a cessé de croître depuis. Fixé initialement à 2% en 2009, il a été porté à 4% en 2010, 6% en 2011, 8% en 2012 et à 20% depuis lors, sauf exceptions⁵⁰⁴. Sont notamment visées les sommes issues de la participation

⁴⁹⁷ Article L. 242-1 alinéa 12 du Code du travail. Ces termes ne visent pas spécifiquement l'indemnité de licenciement. Il convient donc de faire masse de toutes les sommes de nature indemnitaire : indemnité de licenciement, indemnité transactionnelle, indemnité de fin de mandat social...

⁴⁹⁸ *Ibid.* Pour 2015, ce dernier est fixé à 38 040 euros.

⁴⁹⁹ MORVAN P., « Droit de la protection sociale », LexisNexis 2013, 6^{ème} éd., p. 457.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ Il est cependant difficile de défendre qu'une indemnité de rupture de plus de 10 fois le PASS, soit plus de 380000 euros, ne procure pas un enrichissement au salarié bénéficiaire...

⁵⁰² LFSS n° 2008-133 17 décembre 2008.

⁵⁰³ Article L. 136-1 du Code de sécurité sociale.

⁵⁰⁴ DUPEYROUX J.-J., *op. cit.*, p. 290. ; AUZERO G., « Loi Macron : dispositions relatives à l'épargne salariale », Lexbase hebdo, éd. Soc., 3 septembre 2015, n° 623. Le taux du forfait social est fixé, par principe, à 20 %. Des taux dérogatoires de 8 et 16 % existent cependant. A titre d'exemple, en application de l'article 151 de la loi Macron, le taux de ce forfait social est fixé à 16 % pour les versements des sommes issues de l'intéressement et de la participation ainsi que pour les contributions des entreprises mentionnées au premier alinéa de l'article L. 3334-6 du Code du travail et versées sur un Perco dont le règlement respecte certaines conditions.

et de l'intéressement, les abondements de l'employeur aux différents plans d'épargne, ou encore la prise en charge par l'employeur de la cotisation salariale au régime de retraite complémentaire. Ce taux est abaissé à 8% pour les contributions destinées au financement des prestations de prévoyance complémentaire versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit. Si cette nouvelle taxe n'égalise pas le montant des contributions sociales de ces sommes, le rapprochement avec le taux des cotisations sociales est patent.

132. Les critères d'enrichissement et d'appartenance à l'entreprise sont plus pertinents pour définir la rémunération au sens de la sécurité sociale que celui de contrepartie du travail fourni. Néanmoins, cette définition demeure encore trop étroite au regard des différentes stratégies « d'évitement » du salaire mis en place par la pratique, ce qui justifie l'intervention du législateur afin d'encadrer spécifiquement les avantages qui ne rentrent pas dans l'assiette. Ce phénomène de dépassement du critère de contrepartie du travail se retrouve également lorsqu'il s'agit de calculer le montant des subventions du comité d'entreprise.

B. La détermination de l'assiette des subventions allouées au comité d'entreprise.

133. Afin d'assurer ses missions, le comité d'entreprise dispose de deux budgets distincts. L'ordonnance du 2 février 1945 a transféré au comité d'entreprise la gestion des œuvres sociales créées antérieurement dans l'entreprise au profit des salariés et la loi du 2 août 1949 lui a donné les moyens de faire face aux dépenses occasionnées par ces activités sociales et culturelles. Cependant, aucun montant minimal légal n'a été imposé, seulement une obligation de pérenniser les dépenses sociales déjà réalisées par l'employeur dans l'entreprise⁵⁰⁵. Ainsi, le pourcentage légal de la subvention est déterminé par la division du montant des dépenses sociales de l'année par le « *montant global des salaires payés* » de

⁵⁰⁵ Article L. 2323-86 du Code du travail. « *La contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu. Le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie au premier alinéa* ».

l'entreprise au cours de la même année⁵⁰⁶. Ce pourcentage ne pouvant évoluer qu'à la hausse, la subvention est pérennisée d'une année sur l'autre. La loi Auroux du 28 octobre 1982 a, en outre, institué au profit du comité d'entreprise une subvention de fonctionnement, autonome de celle prévue pour financer les affaires culturelles et sociales⁵⁰⁷. Cette subvention, à la charge de l'employeur, est d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de « *la masse salariale brute* »⁵⁰⁸. Bien que le Code du travail mentionne deux notions distinctes pour calculer le montant de ces deux subventions, « *montant global des salaires payés* » pour la première, « *masse salariale brute* » pour la seconde, la Cour de cassation en retient une acception identique⁵⁰⁹. De manière surprenante, aucune définition légale ou réglementaire n'a été donnée à cette masse salariale brute. Cette définition est pourtant nécessaire, puisque d'elle dépend le montant des ressources allouées au fonctionnement et aux missions du comité d'entreprise⁵¹⁰.

134. Une circulaire ministérielle du 16 février 1987 suggère que « *la masse salariale brute qui sert de base pour le calcul de la subvention de fonctionnement doit s'entendre comme la masse salariale comptable (compte 641 : rémunération du personnel) ; elle comprend donc les salaires, appointements et commission de base, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial. Sont exclues de la masse salariale brute toutes les charges sociales patronales (compte 645 : charges de sécurité sociale et prévoyance, et compte 647 : autres charges sociales)*⁵¹¹. En revanche, la part salariale des cotisations de sécurité sociale est incluse dans la masse salariale brute ». Le recours au plan comptable général est étonnant, dans la mesure où le compte 641 retient une définition totalement différente du salaire que celle communément admise en droit du travail. Si ce texte vise expressément des avantages ayant la nature de salaire, il vise également des salaires d'inactivité, comme les indemnités journalières de sécurité sociale et, de manière plus extensive encore, des éléments de nature indemnitaire, antinomiques de la

⁵⁰⁶ COHEN M. et MILLET L., « Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe », LGDJ, 2016, 12^{ème} éd., p. 964.

⁵⁰⁷ L. n° 82-915, 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵⁰⁸ Article L. 2325-43 du Code du travail.

⁵⁰⁹ Cass. Soc. 9 juillet 1996, n° 94-17.688, cité in ICARD J., « Budgets du comité d'entreprise : le comptable et le légal », Les cahiers sociaux, mai 2013, p. 186.

⁵¹⁰ LAHERRE E., « Chiffrer le budget du comité d'entreprise : à quel prix ? », SSL 2 décembre 2013, n° 1608, p. 10.

⁵¹¹ Circ. Min. position de principe, n° 1/87 du 16 février 1987, Dr. ouv. 1987, p. 462.

notion de salaire. En effet, le compte 641 contient une rubrique 6414 dans laquelle doivent être mentionnées les indemnités de toute nature versées au personnel, à l'instar des indemnités de licenciement, des indemnités pour frais de transport, des indemnités kilométriques, ou des indemnités dites de panier⁵¹². Doivent également être intégrés dans ce compte des sommes versées à des non-salariés, comme les stagiaires, ou des sommes qui ne sont pas encore payées et qui correspondent à des provisions pour régler des créances futures⁵¹³.

135. La détermination de la masse salariale brute en fonction de ce document comptable est, contrairement à ce qui a pu être soutenu, relativement récente⁵¹⁴. La Cour de cassation a, certes, pu reprendre les termes exacts de la circulaire dans une décision relativement ancienne⁵¹⁵. Cependant, des décisions plus récentes visaient, de manière générale, les « *salaires payés dans l'année* »⁵¹⁶ ou les sommes mentionnées dans la déclaration annuelle des salaires⁵¹⁷. Il faut attendre, selon nous, deux décisions du 30 mars 2011 pour que soit explicitement affirmé que « *la masse salariale servant au calcul... s'entend de la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 tel que défini au plan comptable général* »⁵¹⁸. Bien que la portée de cet arrêt soit contestée⁵¹⁹, ses conséquences potentielles sur l'augmentation significative des subventions dues au comité d'entreprise ont déclenché un fort mouvement de contestation de la part de la doctrine⁵²⁰. La Cour de cassation « *n'est pas restée sourde aux critiques relatives à l'inclusion de certains éléments faisant artificiellement grossir l'assiette de calcul* »⁵²¹. Par un arrêt du 20 mai 2014⁵²², elle considère

⁵¹² www.plancomptable.com.

⁵¹³ LAHERRE E., *op. cit.*, p. 12. Intégrer les sommes provisionnées reviendrait à les inclure deux fois dans l'assiette. Une première fois au titre de la provision, une seconde fois au titre de leur versement.

⁵¹⁴ En ce sens, MILLET L., « La masse salariale pour le budget du comité d'entreprise : la bénédiction du compte 641 », *Dr. ouv.* 2014, p. 83. *Contra*, LAHERRE E., *op. cit.*

⁵¹⁵ Cass. soc. 23 septembre 1992, n° 89-16.039, *Dr. soc.* 1992, p. 1004 ; « *La masse salariale brute, qui sert de base pour le calcul de la subvention de fonctionnement prévue par l'article L. 434-8 du Code du travail, comprend les salaires, appointements et commissions, les congés payés, les primes et gratifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial, ainsi que la part salariale des cotisations de Sécurité sociale* ».

⁵¹⁶ Cass. soc. 2 décembre 2008, n° 07-16.615, PETIT F., *Rép. Sociétés*, « Comité d'entreprise », n° 206.

⁵¹⁷ Cass. soc. 9 novembre 2005, n° 04-15.464, PETIT F., *Rép. Sociétés*, « Comité d'entreprise », n° 200.

⁵¹⁸ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-71.438 et 10-30.080, *RJS* 6/11, n° 348.

⁵¹⁹ L'arrêt a été rendu en formation restreinte et demeure inédit au Bulletin civil.

⁵²⁰ MORVAN P., « Quelle masse salariale pour le budget du comité d'entreprise ? », *RJS* 2/13, p. 83 ; LAHERRE E., *op. cit.* ; VATINET R., « Les ressources des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2014, p. 711.

⁵²¹ ICARD J., « Les soubresauts du compte 641 », *com. sous Cass. Soc.* 20 mai 2014, n° 12-29.142, *Les cahiers sociaux*, 2014, n° 264, p. 365.

que « la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale s'entend de la masse salariale brute correspondant au compte 641 », de laquelle doivent cependant être retiré diverses sommes, à savoir les rémunérations des dirigeants sociaux, les remboursements de frais et les indemnités dues au titre de la rupture du contrat de travail, hormis les indemnités légales et conventionnelles de licenciement, de retraite et de préavis⁵²³. Malgré cela, cette décision fait néanmoins rentrer dans la notion de masse salariale brute les indemnités légales de licenciement⁵²⁴, qui ont par essence la nature de dommages-intérêts, et a comme conséquence paradoxale d'accroître les budgets des comités d'entreprises alors même que l'effectif de l'entreprise décroît⁵²⁵.

136. La jurisprudence récente conduit donc à faire du compte 641 l'assiette de référence de la masse salariale brute, exception faite de diverses sommes qui doivent en être déduites, au motif qu'elles n'ont pas la nature juridique de salaire. Pour autant, ces décisions de 2014 n'interdisent pas un examen des créances qui n'y figurent pas⁵²⁶. Dans une décision du 9 juillet 2014, la Cour de cassation admet l'intégration des rémunérations perçues par les salariés mis à disposition de l'entreprise dès lors que ces derniers sont intégrés de « *manière étroite et permanente* » dans l'entreprise utilisatrice⁵²⁷. Or, ces rémunérations doivent figurer au compte 621, sous compte 6214 personnel détaché ou prêté à l'entreprise, et non au compte 641. Suite à cette décision, l'on est en droit de se demander si la référence au compte 641 est encore pertinente dans la mesure où toutes les sommes y figurant ne sont pas nécessairement incluses dans l'assiette de la masse salariale brute et que les sommes qui n'y figurent pas, n'en sont pas, au contraire, automatiquement exclues.

137. Une solution préconisée par le Professeur Patrick MORVAN serait que la Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur la pratique généralisée dans les entreprises, qui

⁵²² Cass. soc. 20 mai 2014, n° 13-17.470, SSL 26 mai 2014, n° 1632, p. 5.

⁵²³ L'arrêt laisse cependant incertain le sort de diverses sommes, comme les provisions visées par le compte 641.

⁵²⁴ Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 13-17.470, D. 2014, p. 1552. Cet arrêt précise que « les indemnités transactionnelles, dans leur partie supérieure à celles correspondant aux indemnités légales ou conventionnelles, n'entrent pas dans le calcul de la masse salariale brute ».

⁵²⁵ En ce sens, MORVAN P., *op. cit.*, p. 88.

⁵²⁶ VATINET R., *op. cit.*, p. 712.

⁵²⁷ Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 13-17.470, comm. AUZERO G., Lexbase hebdo éd. Soc., 4 septembre 2014, n° 581.

retiennent les sommes figurant dans la déclaration annuelle des données sociales prévue à l'article R. 243-14 du Code de la sécurité sociale⁵²⁸. Ce document, qui a « *essentiellement pour objet de déclarer les rémunérations versées aux salariés qui entrent dans l'assiette des cotisations sociales* »⁵²⁹ soulève néanmoins une difficulté puisque doit également y figurer des sommes de nature non salariale à l'instar des remboursements de frais professionnels. Un « retraitement » serait donc nécessaire, afin que la masse salariale n'englobe pas des sommes de nature indemnitaire. Cependant, comme le fait remarquer avec justesse le Professeur Raymonde VATINET⁵³⁰, c'est peut-être la base même de calcul qui est inappropriée. En effet, retenir la masse salariale brute tend à privilégier les comités des entreprises qui disposent d'un grand nombre de cadres bien rémunérés, et à défavoriser ceux des entreprises où les salariés sont globalement peu rémunérés.

138. Le choix de la Cour de cassation pour un critère d'imputation flou, qui oscille entre conception comptable et conception juridique de la rémunération, n'est pas satisfaisant puisqu'il n'offre aucune visibilité juridique⁵³¹. Il nous semblerait pertinent que la Cour de cassation retienne le même que celui de l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁵³². Ce critère, dont la mise en application est relativement aisée, permettrait à la fois de garantir une assiette large au calcul de la subvention du comité d'entreprise et de faire varier son montant en harmonie avec l'effectif de l'entreprise. Le contentieux issu de la détermination du critère d'imputation des subventions du comité d'entreprise illustre toutefois la nécessité de dissocier la définition de la rémunération du travail réalisé par le salarié afin de garantir le bon fonctionnement du comité d'entreprise.

⁵²⁸ MORVAN P., *op. cit.*, p. 83. A notre connaissance, seul Laurent MILLET semble se satisfaire de la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon lui, la prise en compte des indemnités légales est en adéquation avec l'objectif des subventions, qui est d'approcher le plus possible pour l'année considérée ce qui a été effectivement versé à chaque salarié. Or, il n'est pas rare que d'anciens salariés ayant quitté l'entreprise continuent à en bénéficier après leur départ. Cf. COHEN M. et MILLET L., *op. cit.*, p. 966.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ VATINET R., *op. cit.*, p. 713.

⁵³¹ Ce choix semble avoir été également retenu par les juges du fond. V. en ce sens, ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N., « L'assiette de calcul des budgets du comité d'entreprise : le compte 641 retenu par les juges du fond », Les Cahiers sociaux, mai 2016, n° 118.

⁵³² Cf. *infra*.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

139. Une définition unique de la rémunération serait une définition inique. L'ambition de ce chapitre consistait à mettre en lumière les limites et les dangers d'une définition de la rémunération envisagée uniquement comme la stricte contrepartie du travail. Certaines règles peuvent s'accommoder d'une définition relativement restreinte de la rémunération. C'est le cas notamment de l'assiette de calcul du salaire minimum ou des différentes indemnités de rupture du contrat de travail. D'autres mécanismes, cependant, sont dépendants d'une définition large de la rémunération pour être pleinement effectifs. Ainsi, la rémunération visée par le principe « à travail égal, salaire égal » ou la rémunération à inclure dans l'assiette des cotisations sociales ou encore dans l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise n'entretient plus que des liens très distendus avec le travail fourni par le salarié. La solution inverse mettrait ces dispositifs à la merci des « *stratégies d'évitement* » qui peuvent être déployées par les employeurs pour contourner l'application de ces textes⁵³³.

140. Une définition de la rémunération comme contrepartie du travail présente également des limites intrinsèques. Comme ce chapitre a essayé de le démontrer, une telle définition n'est pas signifiante et ne présente, dès lors, aucun intérêt pratique. Le critère de la contrepartie du travail comme critère de définition est bien trop abstrait pour permettre de déterminer si un élément versé au salarié doit être qualifié de rémunération. L'analyse de la jurisprudence est révélatrice de l'absence d'opérativité de ce critère. Plusieurs règles relatives à la rémunération partagent cette définition commune. C'est le cas notamment des règles relatives à l'assiette des différentes indemnités de rupture du contrat ou de l'assiette de calcul du Smic. Cependant, des éléments seront inclus ou au contraire exclus de la

⁵³³ CHAUCHARD J.-P., « L'évitement du salaire », Dr. soc. Jan. 2011, p. 32.

qualification de rémunération suivant la règle envisagée, alors même que le critère de qualification retenu est identique. L'abandon pur et simple de ce critère nous apparaît donc souhaitable.

Chapitre second : LE TRAVAIL, SOURCE PRINCIPALE DE LA RÉMUNÉRATION

141. Dans ses écrits, le Professeur Gérard LYON-CAEN faisait remarquer que « *la valeur d'un homme se mesure à son gain, et non comme naguère à sa vertu* »⁵³⁴. Pour la majorité des travailleurs, le seul espoir de gain réside dans la mise à disposition de leur force de travail au profit d'autrui. C'est dans cette optique que le décret d'Allarde du 16 février 1791 dispose « *qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession, art ou métier que bon lui semble* ». La liberté du travail est ainsi mise sur le même plan que la liberté de négoce⁵³⁵. L'apparition du droit du travail et, plus tardivement, l'invention du contrat de travail, ont contribué à renverser cette tendance et à « dépatrimonialiser » le travail salarié.

142. Classiquement, le contrat de travail est présenté comme « *la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, dans un rapport de subordination moyennant une rémunération* »⁵³⁶. Parmi les trois critères dont la réunion permet de caractériser l'existence d'un contrat de travail⁵³⁷, la prestation de travail n'est clairement pas celui sur lequel l'attention de la doctrine est la plus focalisée⁵³⁸. En effet, le lien de subordination juridique est encore considéré comme le principal, voir l'unique critère du contrat de travail. Comme le remarque cependant Benoit GENIAUT, « *la caractérisation d'une prestation de travail, si elle paraît souvent ne pas poser problème, n'en est pas moins nécessaire* »⁵³⁹. Le travail étant la finalité première du contrat de travail, il convient de pouvoir en circonscrire les contours afin de déterminer son champ d'application. Le travail n'apparaît pas en soi comme un critère à part

⁵³⁴ LYON-CAEN G., « L'argent du travail », Archives philosophiques du droit, 1997, p. 32.

⁵³⁵ En ce sens, SUPIOT A., « Critique du droit du travail », *op. cit.*, p. 45.

⁵³⁶ JEAMMAUD A., « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », SSL 2008, n° 1340, p. 18.

⁵³⁷ DOCKES E., « Notion de contrat de travail », Dr. soc. 2011, p. 547. « *Le contrat de travail reste traditionnellement présenté comme un composé de trois éléments : travail, salaire et subordination* ».

⁵³⁸ Voir néanmoins, BOUSEZ F., « La prestation », in Les notions fondamentales du droit du travail, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 149.

⁵³⁹ GENIAUT B., « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013, p. 98.

entière du contrat de travail, c'est à dire comme un « *caractère, un signe qui permet de distinguer* »⁵⁴⁰. L'activité exercée par le travailleur permet néanmoins de l'inclure ou non dans la catégorie de salarié. L'identification de la dimension économique de l'activité déployée s'avère donc nécessaire, comme en attestent les arrêts *Ile de la tentation*⁵⁴¹ pour aboutir à la qualification de contrat de travail. En corolaire, l'absence de dimension économique ou, autrement dit, la finalité désintéressée de la prestation de travail, conduit au rejet de la qualification. L'établissement des contours de l'activité pouvant faire l'objet d'un contrat de travail est un préalable nécessaire à l'étude du travail au sein du contrat de travail. La réalisation d'un travail constitue l'obligation principale du salarié. La détermination de cette obligation permet, en corollaire, de délimiter l'étendue de son droit à rémunération.

143. Le contrat de travail encadre et régit le travail que le salarié met à disposition de l'employeur. Il dispose d'un « *réel rôle normatif* » par la création d'un « *réseau* » de droits et d'obligations⁵⁴². D'une part, il insère l'activité déployée au sein d'une mécanique contractuelle structurante. Le travail fait partie intégrante du « contenu obligationnel » du contrat de travail. D'autre part, il structure les règles relatives à la rémunération, principale contrepartie de l'activité déployée par le salarié. Le travail est enjeu du contrat de travail (Section I) et contrepartie de la rémunération (Section II).

⁵⁴⁰ RADE C., « Des critères du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 202.

⁵⁴¹ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40.981, comm. AUZERO G., « Je ne m'amuse pas, je travaille », RDT 2009, p. 507, Comm. RADE C., « La possibilité d'une île », Dr. soc. 2009, p. 930.

⁵⁴² JEAMMAUD A., « Les polyvalences du contrat de travail », in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 301.

Section I : LE TRAVAIL COMME ENJEU DU CONTRAT DE TRAVAIL.

144. La réalisation d'un travail constitue l'un des trois critères du contrat de travail. Pour comprendre la place du travail au sein de ce contrat, il est nécessaire d'étudier le contrat de travail sous l'angle du droit commun des contrats, et, plus précisément, au regard de la notion d'objet. La notion d'objet en droit des contrats peut recouvrir trois acceptions différentes. Pour Murielle FABRE-MAGAN, il faut distinguer entre l'objet des obligations nées du contrat, l'objet des prestations des parties et l'objet du contrat⁵⁴³. L'objet des obligations nées du contrat est ce à quoi s'oblige le débiteur, la prestation promise par lui. L'objet de la prestation désigne la « chose » que les parties s'obligent à donner, à faire, ou à ne pas faire⁵⁴⁴. Enfin, la notion la plus contestée est celle d'objet du contrat. Il s'agirait de « l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser »⁵⁴⁵. Cette distinction n'est cependant pas unanimement admise par la doctrine⁵⁴⁶. Nous tiendrons pour acquis que la notion d'objet du contrat de travail se confond, dans une large mesure, à la notion d'objet de l'obligation du salarié. La question de l'objet du contrat de travail divise depuis longtemps la doctrine, notamment au regard de la difficile interaction entre subordination de la personne du travailleur et principe d'indisponibilité du corps humain⁵⁴⁷. Cet exercice de détermination de l'objet du contrat de travail s'avère cependant crucial puisqu'il s'agit de

⁵⁴³ FABRE-MAGNAN, M., « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspective*, LGDJ 1998, p. 101.

⁵⁴⁴ Cette acception repose sur la distinction opérée par l'article 1126 du Code du civil selon lequel « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». L'ordonnance du 10 février 2016 a cependant supprimé cette distinction en trois parties.

⁵⁴⁵ MAZEAUD H.-L. et J. et CHABAS F., « *Leçons de droit civil, Obligations* », Montchrestien, 8^{ème} éd., 1991, n° 31, p. 225 ; TERRE F., SIMLER P ; et LEQUETTE Y., « *Droit civil – Les obligations* », Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 281. Selon ces auteurs, l'expression permet de désigner l'opération juridique réalisée par les parties, en la considérant, non plus dans ses éléments, mais dans son tout. Ainsi envisagée, cette opération suscite deux questions : celle de son équilibre et celle de sa licéité.

⁵⁴⁶ FLOUR J., AUBERT J.-L et SAVAUX E., « *Droit civil – Les obligations* », Sirey, Tome 1, 2014, 16^{ème} éd., p. 225. Pour ces auteurs, bien que la formule d'objet du contrat soit relativement usitée par la doctrine, la notion d'objet des obligations revêt une réelle existence juridique.

⁵⁴⁷ SUPIOT A., « *Critique du droit du travail* », PUF, éd. Quadrige, 2^{ème} éd., 1994 ; REVET T., « *La force de travail (Etude juridique)* », LITEC, Montpellier I, 1992.

déterminer ce à quoi s'engage le salarié en concluant un contrat de travail. Ainsi, l'enjeu du travail au regard du contrat de travail est double. Le travail est à la fois critère du contrat de travail (§1) et objet du contrat de travail (§2).

§ 1 : Le travail, critère du contrat de travail.

145. Le Professeur Antoine JEAMMAUD estime, au regard du célèbre arrêt *Labbane*, que « le critère de la qualification réside dans la réunion (la coprésence) de trois éléments : une prestation personnelle de travail, une rémunération et un lien de subordination »⁵⁴⁸. Cette définition traditionnelle du contrat de travail semble néanmoins faire l'impasse sur la finalité que doit revêtir la prestation de travail pour donner lieu à qualification. Comme le relève Delphine GARDES, « le fait que l'activité soit exercée dans une intention principalement rémunératrice constitue la condition essentielle pour qu'elle soit qualifiée de professionnelle »⁵⁴⁹. Le but vers lequel tend la prestation de travail a ainsi un impact déterminant. La finalité économique du travail est donc un critère d'inclusion de l'activité dans la sphère du contrat de travail (A), tandis qu'une finalité désintéressée conduit à son exclusion (B).

A. La finalité économique du travail comme critère d'inclusion.

146. Le lien de subordination juridique demeure encore le principal critère du contrat de travail et il existe des rapports de travail, malgré la réticence des juristes à l'admettre⁵⁵⁰, où ce lien existe sans que l'activité déployée ne le soit nécessairement dans le cadre d'un

⁵⁴⁸ JEAMMAUD A., « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », Dr. soc. 2001, p. 227.

⁵⁴⁹ GARDES D., « « Essai et enjeux d'une définition juridique du travail », LGDJ 2013, Université Toulouse 1 Capitole, p. 243.

⁵⁵⁰ En ce sens, FIESCHI-VIVET P., « Les éléments constitutifs du contrat de travail », RJS 7/91, spéc. p. 420. « *La subordination n'ayant jamais été à elle seule le contrat de travail, il conviendrait d'en tirer nettement les conséquences. Mais il n'a jamais été clairement dit en jurisprudence qu'une subordination pouvait exister en dehors d'un contrat de travail* ». On peut citer, à titre d'exemple, les stagiaires en entreprise, les bénévoles au sein des associations, les travailleurs emprisonnés et également toutes les hypothèses où le juge rejettent la qualification de salarié en raison des caractéristiques de la prestation de travail (Cf. *supra*). V. également RADE C., « Des critères du contrat de travail », Dr. Soc. 2013, p. 202. « *On peut déceler de la subordination juridique dans d'autres formes de travail non salarié et observer du travail salarié sans subordination juridique effective, pour ne pas dire sans véritable subordination juridique* ».

contrat de travail⁵⁵¹. « Il n'en demeure pas moins que la prestation de travail apparaît nettement dans d'autres hypothèses comme un authentique critère dont le défaut exclut à lui seul la qualification du contrat de travail »⁵⁵². La jurisprudence récente insiste sur la finalité économique de cette prestation de travail comme élément de qualification d'une relation de travail subordonné. L'exigence d'un travail réalisé en vue de produire un bien économique semble bel et bien consacrée comme critère de qualification (1), reléguant l'existence d'une rémunération comme conséquence de la qualification (2).

1) Un travail réalisé en vue de produire un bien économique.

147. Les arrêts *Ile de la tentation*, ont été le révélateur d'une profonde carence relative à la définition et à l'identification du travail pouvant donner lieu à contrat de travail⁵⁵³. La soumission d'activités *a priori* ludiques et divertissantes au droit du travail a pu déclencher l'ire d'une partie de la doctrine⁵⁵⁴. Néanmoins, des auteurs précurseurs s'étaient penchés sur la question de la qualification juridique des jeux de télé-réalité et en avaient conclu à leur nécessaire inclusion dans le domaine du droit du travail⁵⁵⁵. La principale difficulté réside dans le silence du Code du travail quant aux éléments constitutifs du contrat de travail, en particulier sur l'activité fournie par le salarié.

148. La doctrine est peu disert sur cette question, ce qui s'explique par le faible contentieux en la matière, notamment par comparaison avec celui relatif au lien de subordination juridique. Le Professeur Guillaume-Henri CAMERLYNCK en donnait une version particulièrement large puisque selon lui, « dans la cité moderne, aucune tâche ne répugne par sa nature objective propre à s'inscrire dans le cadre d'un contrat de travail, en

⁵⁵¹ CESARO J.-F., « La subordination », in Les notions fondamentales du droit du travail, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 129.

⁵⁵² GENIAUT B., « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », SSL 30 mai 2011, n° 1494, Supplément, p. 28.

⁵⁵³ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40.981, *op. cit.* Pour mémoire, GARDES D., *op. cit.*, p. 140. « Ce jeu avait pour objectif principal de tester la viabilité des couples participant, dans un contexte *a priori* idyllique, en les soumettant à la tentation charnelle constante ».

⁵⁵⁴ VERKINDT P.-Y., « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », JCP S, 27 janvier 2009, n° 5, p. 3 ; BARTHELEMY J., « Qualification de l'activité du participant à une émission de télé-réalité », SSL 7 septembre 2009, n° 1411, p. 5 ; RAY J.-E., « Sea, sex... and contrat de travail », SSL 8 juin 2009, n° 1403, p. 11 ; EDELMAN B., « Quand l'Ile de la tentation ne séduit pas le droit », D. 2009, p. 2517.

⁵⁵⁵ COHEN D. et L. GAMET, « Loft story : le jeu-travail », Dr. soc. 2001, p. 791. *Contra*, MORVAN P., « Télé-réalité et contrat de travail », SSL 2006, n° 1278, p. 6.

dehors des interdictions légales concernant des fonctions publiques »⁵⁵⁶. Dans la même lignée, les Professeurs André BRUN et Henri GALLAND soulignaient avec prudence sa généralité, « *la prestation de travail peut être fournie aussi bien par l'esprit que par le corps. La vieille distinction entre les arts serviles et les arts libéraux, n'exerce plus aucune influence sur le contrat de travail, du moins en ce qui concerne le premier élément : le travail* »⁵⁵⁷. A l'inverse, des auteurs rattachent la notion de travail salarié à d'autres notions plus restreintes, davantage axées sur le métier⁵⁵⁸ ou la profession⁵⁵⁹, comme « *l'emploi* » ou « *l'activité professionnelle* »⁵⁶⁰. Ainsi, pour les Professeurs François GAUDU et Raymonde VATINET, le contrat de travail a pour objet « *l'exercice d'une activité essentiellement professionnelle c'est à dire non seulement une activité habituelle, mais aussi une activité économiquement et socialement reconnue comme telle, qui constitue l'objet principal de la relation juridique* »⁵⁶¹. De même, pour Paul FIESCHI-VIVET, « *si elle peut revêtir les formes les plus diverses (...), elle (la prestation de travail) doit correspondre à un emploi et se rapporter à une activité professionnelle, une activité normalement exercée par un travailleur* », ce qui ne fait que reporter le problème sur la définition de ces concepts tout aussi flous⁵⁶².

149. De prime abord, l'arrêt du 3 juin 2009 élude la question de la définition de la prestation de travail pour se concentrer uniquement sur le critère « *décisif* » du lien de subordination⁵⁶³. Néanmoins, le communiqué émis par la Chambre sociale de la Cour de cassation suite à cette décision offre d'utiles informations en définissant pour la première fois la notion de prestation de travail⁵⁶⁴. Aux termes dudit communiqué, l'activité « *dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour*

⁵⁵⁶ CAMERLYNCK G.-H., « Le contrat de travail », Dalloz, 2^{ème} éd., n° 43.

⁵⁵⁷ BRUN A. et GALLAND H., « Droit du travail », Sirey 1978, 2^{ème} éd., Tome 1, n° 290, p. 297.

⁵⁵⁸ CASTEL R., « Les métamorphoses de la question sociale », Fayard, 1995, p. 131. Selon cet auteur, le métier peut se définir comme « *une activité sociale dotée d'une utilité collective* ».

⁵⁵⁹ SAVATIER J., « contribution à une étude juridique de la profession », in Dix ans de conférence d'agrégation Etudes offertes à J. Hamel, Dalloz, Paris 1961, p. 6. Selon cet auteur, « *la profession d'une personne est l'activité qu'elle exerce d'une manière habituelle en vue d'en tirer un revenu lui permettant de vivre* ».

⁵⁶⁰ GAUDU F. et VATINET R., « Les contrats de travail », LGDJ 2001, n° 14.

⁵⁶¹ FIESCHI-VIVET P., *op. cit.*, p. 414.

⁵⁶² GAUDU F., « Les notions d'emploi en droit privé », Dr. soc. 1996, p. 569. Selon cet auteur, « *l'emploi est utilisé comme une notion abstraite, qui désigne une dimension particulière du contrat de travail, la relation de travail saisie dans la durée* ». Quant à l'activité, il s'agit, selon les termes du Professeur Alain SUPLOT, d'une notion « *informe* », « *trop large pour être juridiquement pertinente* ». Cf. SUPLOT A., « Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », rapport pour la Commission des Communautés européennes, Flammarion, 1999, p. 87.

⁵⁶³ Communiqué relatif à l'arrêt n° 1159 du 3 juin 2009 de la Chambre sociale.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail ». Cette décision a depuis lors été plusieurs fois confirmée⁵⁶⁵, la Cour de cassation précisant que pour qu'il y ait travail, l'activité du candidat doit servir « *à fabriquer un programme audiovisuel à valeur économique* »⁵⁶⁶. La matérialité de la prestation importe donc peu, c'est sa finalité économique, le but vers lequel la prestation de travail tend, qui permet la requalification de la relation en contrat de travail⁵⁶⁷. Ce critère finaliste permet d'éviter l'épineuse question de la pénibilité, de l'intensité physique ou intellectuelle du travail comme critère de qualification comme l'appelle de leur vœux certains auteurs. Ainsi, pour le Professeur Patrick MORVAN, « *le travail implique – à défaut de souffrance – un effort créatif ou productif* »⁵⁶⁸ ou pour le Professeur Pierre-Yves VERKINDT, « *il faudrait quand même reconnaître en préalable dans l'activité déployée (...) un « labeur », une « application à la tâche », un « effort soutenu pour faire quelque chose »* »⁵⁶⁹. Outre le fait que ce critère de pénibilité aurait laissé place à une large part de subjectivité, nous sommes en droit de nous demander si cette exigence n'est, de toute façon, pas automatiquement remplie dès lors qu'un lien de subordination est identifié. Les participants n'étaient en effet pas libres de vaquer librement à leurs occupations personnelles sous l'œil de la caméra, les contraintes imposées transformant l'activité en un « *véritable spectacle vivant* »⁵⁷⁰. Partant de ce constat, des activités *a priori* ludiques, telle la pratique d'une activité sportive, pourront recevoir la qualification de contrat de travail dès lors qu'un lien de subordination est identifié, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur le caractère pénible ou contraint de l'activité déployée⁵⁷¹. Comme le résume le Professeur Gilles AUZERO, « *lorsqu'une personne entend profiter de l'activité d'autrui et, afin de maximiser ce profit, lui impose des contraintes qui vont bien au-delà de simples règles d'organisation, il nous semble que l'activité en cause est une*

⁵⁶⁵ Cass. Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, RDT 2013, p. 622 ; Cass. Soc. 4 février 2015, n° 13-25.621, RJS 4/15, n° 228.

⁵⁶⁶ Cass. Soc. 25 juin 2013, *op. cit.*

⁵⁶⁷ Avec, bien entendu, l'identification d'un lien juridique de subordination.

⁵⁶⁸ MORVAN P., *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁹ VERKINDT P.-Y., *op. cit.*, p. 41.

⁵⁷⁰ AUZERO G., *op. cit.*, p. 509.

⁵⁷¹ Pour le rugby, Cass. Soc. 28 avril 2011, n° 10-15.573, RDT 2011, p. 370, comm. AUZERO G. ; Pour le football, Cass. Soc. 12 décembre 2012, n° 11-14.823, Lexbase hebdo éd. Soc., 10 janvier 2013, n° 511, comm. AUZERO G.

prestation de travail qui doit être rémunérée »⁵⁷². Cette définition de la prestation de travail n'est néanmoins pas exempte de tout reproche puisqu'elle n'apporte aucun élément distinctif entre le travail et le jeu⁵⁷³ et fait reporter tout le poids de la qualification sur l'identification d'un lien de subordination dont la définition est encore sujette à débat⁵⁷⁴.

150. L'apport de la jurisprudence récente en matière de qualification du contrat de travail met en lumière le critère « *décisif* » du lien de subordination juridique et la finalité de la prestation de travail, reléguant la rémunération au rang de conséquence de l'existence d'une relation de travail subordonnée.

2) La rémunération comme conséquence du contrat de travail.

151. Il est traditionnel de présenter le contrat de travail comme un contrat à titre onéreux, et de faire de la rémunération « *un élément essentiel sans lequel on ne saurait retenir l'existence d'un contrat de travail* »⁵⁷⁵. Pour appuyer ce constat, il est souvent fait référence à une jurisprudence fort ancienne selon laquelle le versement d'un salaire dérisoire fait obstacle à l'existence d'un contrat de travail⁵⁷⁶. Cette présentation nous paraît trompeuse et ne reflète pas la réalité du contentieux relatif à la formation du contrat de travail. Depuis lors, le juge ne semble en effet plus faire du versement d'une rémunération un critère nécessaire à la qualification. Le fait que le travail soit exercé dans une intention principalement rémunératrice est bien plus déterminant, comme en attestent les propos du Professeur Christophe RADÉ pour qui « *c'est donc bien le caractère onéreux du travail qui constitue le critère du contrat de travail, le versement du salaire étant une obligation découlant de cette qualification* »⁵⁷⁷.

⁵⁷² AUZERO G., « Je ne m'amuse pas, je travaille », RDT 2009, p. 507.

⁵⁷³ CESARO J.-F. et GAUTIER P.-Y., « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », D. 2009, p. 2116.

⁵⁷⁴ RADE C., « Des critères du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 202.

⁵⁷⁵ BRUN A. et GALLAND H., Droit du travail, *op. cit.*, p. 301.

⁵⁷⁶ Cass. Soc., 8 février 1972, Bull. civ. V, n° 109.

⁵⁷⁷ RADE C., « La possibilité d'une ile », Dr. soc. 2009, p. 934.

152. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation est particulièrement révélateur de cette tendance⁵⁷⁸. En l'espèce, un redressement de L'URSSAF avait eu lieu dans un restaurant. La cour d'appel avait conclu à la nullité du redressement car il n'était pas rapporté la preuve que le travailleur « *percevait en contrepartie de son activité au sein de ce commerce une rémunération ou des avantages en nature permettant de caractériser l'existence d'un contrat de travail* ». Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation au motif que la cour d'appel s'était déterminée « *sans rechercher l'existence d'un lien de subordination* ». L'absence de preuve de l'existence d'une rémunération n'est donc pas un obstacle à la qualification du contrat de travail dès lors que l'activité exercée, en l'occurrence dans un restaurant, l'était dans une finalité lucrative. Dans une autre décision, relative aux témoins de Jéhovah, la Cour de cassation retient la qualité de salarié dès lors que les membres permanents de cette association « *travaillaient dans un établissement présentant un caractère industriel, au sein d'un service organisé dont les conditions d'exécution n'étaient pas déterminées par eux* » sans faire aucunement référence à la perception d'une quelconque rémunération⁵⁷⁹. Si, dans ces arrêts, la preuve du versement d'une rémunération n'a pas été apportée, son existence, néanmoins, pouvait être présumée du fait de l'intention lucrative de l'activité. De manière bien plus péremptoire, une décision de la Chambre sociale du 13 décembre 2007, au sujet de l'application du statut de conjoint salarié, retient la qualité de salarié de l'épouse dès lors que cette dernière « *participait effectivement à titre professionnel et habituel à l'activité de son conjoint dans des conditions ne relevant pas de l'assistance entre époux* », et de préciser que le conjoint ne peut « *opposer l'absence de rémunération du travail accompli à son service* » pour justifier l'inapplication de ce statut⁵⁸⁰. L'arrêt énonce également de manière intéressante que le travail de l'épouse avait « *permis au conjoint d'économiser la charge d'un salarié* », ce qui témoigne implicitement de sa participation à la création d'un bien de valeur économique, notion que l'on retrouvera plus tard dans les arrêts *Ile de la tentation*⁵⁸¹. Cette série d'arrêts a fait dire à un auteur que « *le versement d'une rémunération n'est donc pas une condition,*

⁵⁷⁸ Cass. civ. II, 3 février 2011, n° 10-12.194.

⁵⁷⁹ Cass. crim., 14 janvier 2003, n° 01-87.300, RDSS 2003, p. 469, note ALFANDARI E. V. également, Cass. crim., 17 février 2004, n° 03-81.687.

⁵⁸⁰ Cass. soc. 13 décembre 2007, n° 06-45.243, Dr. soc. 2008, p. 242, note SAVATIER J. ; RDT 2008, p. 100, note LARDY-PELISSIER B.

⁵⁸¹ Cf. *Infra*.

*mais une conséquence, du salariat, lorsque celui-ci est démontré »*⁵⁸². Cette jurisprudence ne peut être qu'approuvée dans la mesure où une analyse trop stricte des critères du contrat de travail conduirait à exclure du champ d'application du droit du travail les travailleurs qui en ont le plus besoin.

153. Néanmoins, dans certaines décisions de la Cour de cassation, le juge s'applique à parfaire la caractérisation des trois éléments constitutifs du contrat de travail. Cependant, les avantages retenus comme élément de rémunération sont des fois tellement anecdotiques ou dérisoires que l'on peut se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux de se contenter de relever l'existence d'une prestation de travail et d'un lien de subordination juridique. Ainsi, dans une affaire en date du 23 juillet 1996⁵⁸³, pour qualifier de salarié une accompagnatrice d'un voyage organisé en car, le juge retient qu'elle bénéficiait « *de la gratuité du voyage* ». Des « *entrées gratuites en discothèque* »⁵⁸⁴ ou encore la fourniture de « *pneus usagés* »⁵⁸⁵ ont également été retenus comme élément de rémunération pour qualifier l'existence d'un contrat de travail.

154. L'absence de rémunération, ou son montant dérisoire, ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un contrat de travail dès lors que la prestation de travail est réalisée dans le but de produire un bien économique pour autrui. La finalité intéressée, lucrative de la prestation de travail prime les conditions matérielles de son exécution et entraîne le versement d'une rémunération dès lors qu'un lien de subordination juridique est établi. *A contrario*, la finalité de l'activité est un critère d'exclusion du champ d'application du droit du travail lorsqu'elle est désintéressée, quand bien même serait caractérisée l'existence d'un lien de subordination et le versement d'une rémunération.

B. La finalité désintéressée du travail comme critère d'exclusion.

155. La définition du contrat de travail est, de prime abord, purement objective car elle repose sur trois éléments matériellement constatables : une rémunération, un travail et un

⁵⁸² GUICHAOUA H., « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat », Dr. ouv. 2013, p. 229.

⁵⁸³ Cass. crim., 23 juillet 1996, n° 95-82.686.

⁵⁸⁴ Cass. crim. 22 juin 2010, n° 09-85.621, Dr. soc. 2010, p. 1252, note. DUQUESNE F.

⁵⁸⁵ Cass. crim. 22 mai 1997, n° 96-83.178.

lien de subordination. Ce serait néanmoins nier la prise en compte, tant par la loi que par le juge, de la finalité de la prestation du travail comme facteur d'exclusion de l'application du droit du travail. Ainsi, un certain nombre d'activités se trouvent exclues par le constat d'une finalité désintéressée, dont l'objectif premier n'est pas la perception d'une rémunération. Cette exclusion se retrouve principalement dans le cadre d'une activité déployée au sein d'une communauté (1) ou dans l'objectif d'insertion du travailleur dans le monde du travail (2).

1) Le travail réalisé au sein d'une communauté.

156. Malgré la réunion d'une rémunération, d'une prestation de travail et d'un lien de subordination, la qualification de contrat de travail peut être éludée lorsque l'activité est réalisée au sein d'une communauté religieuse ou d'une communauté *Emmaüs*.

157. La question du statut juridique des ministres du culte dans leur fonction spirituelle a très tôt été tranchée par la Cour de cassation. Dès 1912, le juge a estimé que les prêtres catholiques « *ne sont pas liés à l'évêque diocésain par un contrat de louage de service et qu'en conséquence, les allocations qu'ils reçoivent ne constituent pas un salaire* »⁵⁸⁶. La solution a été étendue aux pasteurs protestants l'année suivante⁵⁸⁷. Cette position jurisprudentielle n'a pas été remise en cause bien qu'aucun fondement n'ait été proposé pour l'étayer. Une décision de la cour d'appel de Douai précise cependant, à propos de l'emploi d'un pasteur de l'Eglise Réformée de France que « *la préparation du Règne de Dieu sur la terre ne constitue pas, du fait de sa finalité spirituelle, une activité relevant du Code du travail* »⁵⁸⁸. C'est donc bien la finalité de la prestation de travail qui guide la qualification du contrat de travail bien plus que ses conditions d'exercice. Selon le Professeur Thierry REVET, cette solution doit être approuvée car « *il ne peut y avoir de travail au sens strict que si l'activité déployée est effectuée – ou susceptible de l'être – en vue d'une rémunération. Ce*

⁵⁸⁶ Cass. civ., 24 décembre 1912, S. 1913, n° 1, p. 378.

⁵⁸⁷ Cass. civ., S., 13 avril 1913, 1913, n° 1, p. 378.

⁵⁸⁸ CA Douai, 5^{ème} ch. Soc., 30 mai 1984, JCP 1986, II, 20628, note REVET T.

*qui est inconcevable à propos de « l'emploi » pastoral »*⁵⁸⁹. La Cour de cassation a entériné l'arrêt d'appel⁵⁹⁰, mais a précisé, dans un second arrêt datant du même jour, que cette « exception spirituelle », devait s'entendre strictement et ne s'applique pas à un professeur de théologie d'une faculté de théologie protestante qui exerce des fonctions ne relevant pas du ministère pastoral⁵⁹¹. Dans le même logique, le juge a admis qu'un imam auxiliaire qui exerçait également des fonctions de « *planton et d'huissier* » pouvait être reconnu comme salarié dès lors que ces fonctions n'avaient pas de caractère religieux⁵⁹². Le fait d'être membre d'une communauté n'est pas en soi suffisant pour exclure la qualification de contrat de travail, la prestation doit avoir une véritable finalité spirituelle. Le caractère religieux de la prestation de travail est donc exclusif de la qualification de contrat de travail. Cette jurisprudence, qui constitue cependant « *une brèche importante dans l'application de la législation sociale d'ordre public* », a pu susciter des craintes quant à son exploitation par des groupements moins « respectables », notamment des mouvements sectaires⁵⁹³. Une décision de 2010 a pris la mesure de ce danger et réserve l'exception religieuse aux « *activités accomplies pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie* »⁵⁹⁴. Dès lors, seuls les ministres du culte des associations cultuelles prévues par la loi du 9 décembre 1905 contrôlées par le Conseil d'Etat⁵⁹⁵ et des congrégations religieuses issues de la loi du 1^{er} juillet 1901⁵⁹⁶ dont l'existence doit être reconnue par décret, bénéficient de cette exception religieuse. La finalité désintéressée de ces communautés est assurée par leur reconnaissance officielle par l'Etat, censé les préserver de tout « vice ».

⁵⁸⁹ Ces propos sont à relativiser eu égard au contentieux d'espèce. Le pasteur a en effet saisi les tribunaux aux fins de demander le versement d'une rémunération au moins égale au Smic, ce qui laisse penser que la « préparation du règne de Dieu sur terre » peut s'accompagner d'une certaine volonté rémunératrice.

⁵⁹⁰ Cass. soc. 20 novembre 1986, Dr. soc. 1987, p. 275, comm. SAVATIER J.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² Cass. soc., 6 mars 1986, n° 83-41.787. Pour l'exclusion d'un imam du salariat, v. Cass. soc. 6 mai 2009, n° 08-40.129, inédit.

⁵⁹³ MOULY J., « L'exception religieuse au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ? », Dr. soc. 2010, p. 1070.

⁵⁹⁴ Cass. soc. 20 janvier 2010, n° 08-42.207, Lexbase hebdo éd. Soc., 4 février 2010, n° 381, comm. AUZERO G. ; RDT 2010, p. 162, comm. COUARD J.

⁵⁹⁵ MOULY J., *op. cit.*, p. 1074.

⁵⁹⁶ Pour une présentation de ces différents statuts, v. spéc. GUILLENSHMIDT M., « Communauté, collectivité et association », Les cahiers sociaux, juillet-août 2002, p. 25.

158. Une autre application concrète de ce « *privilège prétorien* »⁵⁹⁷ concerne les compagnons d'Emmaüs⁵⁹⁸. Les associations Emmaüs ont comme principale activité la récupération d'objets destinés soit à la réhabilitation pour être remis dans le circuit de l'économie solidaire, soit au recyclage. L'accueil dans une communauté implique la soumission à une discipline qui peut conduire à l'exclusion du compagnon en cas de manquement grave. Le compagnon ne peut être regardé comme un bénévole car il est logé, nourri et reçoit une allocation hebdomadaire dénommée « pécule », dont le montant est sensiblement égal au Smic⁵⁹⁹. Les trois critères habituels du contrat de travail sont donc bien présents. La qualification juridique de l'activité de ces compagnons a été tranchée par la Cour de cassation qui a estimé que « *la soumission aux règles de vie communautaires qui définissent un cadre d'accueil comprenant la participation à un travail destiné à l'insertion sociale des compagnons est exclusive de tout lien de subordination* »⁶⁰⁰. Si cet arrêt insiste sur l'absence de lien de subordination, la véritable justification de cette décision réside davantage, selon nous, dans la finalité de la prestation⁶⁰¹. Comme l'énonce le Professeur Jean SAVATIER, la participation des compagnons « *à l'activité commune n'a pas pour objet la recherche d'un revenu personnel mais une contribution, dans un esprit de solidarité, aux ressources et aux besoins communs* »⁶⁰². L'objet de l'association n'est donc pas la « *production d'un bien de valeur économique* » mais de « *répondre à la nécessité sociale de fournir une activité à des personnes qui, à défaut, ne pourraient pas en exercer* »⁶⁰³. Le travail au sein de cette communauté qui entretient et fait vivre des compagnons dont l'activité lui permet de subsister traduit une « *situation atypique de travail* »⁶⁰⁴ justifiant le rejet de l'application du droit du travail⁶⁰⁵.

⁵⁹⁷ GARDES D., *op. cit.*, p. 162.

⁵⁹⁸ Pour une présentation de l'association, v. GIRAUD O., « L'exemple de la Communauté Emmaüs », Les cahiers sociaux, juillet-août 2002, p. 33.

⁵⁹⁹ ALFANDARI E., « Insertion et exclusion : l'insertion dans une communauté de vie exclut-elle le contrat de travail salarié ? », D. 2002, n° 21, p. 1705.

⁶⁰⁰ Cass. soc. 9 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 798, comm. SAVATIER J.

⁶⁰¹ Dans les faits, un lien de subordination est clairement identifiable entre les compagnons et la communauté, puisqu'ils doivent se soumettre à une discipline. Néanmoins, cette jurisprudence semble davantage s'expliquer par la réticence qu'ont les juges à admettre qu'une activité subordonnée puisse ne pas relever du contrat de travail.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ GIRAUD O., *op. cit.*

⁶⁰⁴ GARDES D., *op. cit.*, p. 160.

⁶⁰⁵ Cette solution n'a cependant pas vocation à faire jurisprudence puisque des arrêts ultérieurs ont statué en sens contraire pour des communautés aux activités similaires. Cass. civ. II, 20 septembre 2005, n° 03-30.592

159. La finalité désintéressée de la prestation de travail, qu'elle soit religieuse ou spirituelle, peut faire échec à la qualification de contrat de travail, malgré la réunion de ces éléments constitutifs. C'est également le cas lorsque la finalité de la prestation de travail s'inscrit dans une logique d'insertion ou de réinsertion professionnelle.

2) Le travail réalisé dans une finalité d'insertion.

160. Lorsque la prestation de travail a pour principale finalité l'insertion ou la réinsertion de l'individu dans le monde du travail, la qualification de contrat de travail est bien souvent écartée par le législateur. La volonté d'insérer le travailleur sur le marché du travail se retrouve dans le cadre de la convention de stage, du travail carcéral et des travailleurs handicapés.

161. Le stage en entreprise a comme principale finalité l'insertion professionnelle du stagiaire par une formation pédagogique. Selon le Code de l'éducation, « *le stage correspond à une période temporaire de mise en situation en milieu professionnel au cours de laquelle l'étudiant acquiert des compétences professionnelles qui mettent en œuvre les acquis de sa formation en vue de l'obtention d'un diplôme ou d'une certification* »⁶⁰⁶. La loi n° 2014-788 du 10 juillet 2014 renforce les droits des stagiaires, notamment les droits financiers, puisqu'ils peuvent bénéficier, en plus d'une gratification obligatoire dès deux mois de présence dans l'entreprise, de tickets-restaurant et d'une prise en charge partielle de leur frais de transport⁶⁰⁷. S'il est traditionnellement souligné que le stagiaire n'est pas sous la subordination juridique du chef d'entreprise, de nombreux auteurs s'accordent pour dire que la subordination est « *inhérente au stage* »⁶⁰⁸ et que « *ce dernier implique par essence*

concernant les compagnons bâtisseurs de Bretagne. Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 99-42.697, Dr. soc. 2002, p. 494, pour des accompagnateurs de la Croix-Rouge.

⁶⁰⁶ Article L. 612-8 du Code de l'éducation.

⁶⁰⁷ Décret n° 2014-1420 du 27 novembre 2014 relatif à l'encadrement des périodes de formation en milieu professionnel et des stages.

⁶⁰⁸ GAMET L., « Les contrats de travail conclus au titre des dispositifs publics de mise à l'emploi », LGDJ, 2002, n° 296, p. 152.

*une certaine autorité de l'entreprise d'accueil sur le stagiaire »*⁶⁰⁹. L'existence d'un lien de subordination et la perception d'avantages financiers ne justifient pas à eux seuls la requalification du stage en contrat de travail. Néanmoins, l'affectation exclusive du stagiaire à des activités qui correspondent à un emploi effectif peut conduire à la requalification du stage en contrat de travail⁶¹⁰. La distinction est parfois malaisée entre ce qui relève de la « *mise en situation réelle de travail* »⁶¹¹ souhaitable et bénéfique pour le stagiaire, et l'exécution « *d'une tâche normale correspondant à un poste de travail permanent* »⁶¹² constitutif d'une fraude au droit du travail⁶¹³. Le renforcement des conditions d'accueil des stagiaires en entreprise par la loi du 10 juillet 2014 est censé mieux assurer la finalité pédagogique de ces stages, notamment par la limitation du nombre de stagiaires pouvant être accueillis au sein d'une entreprise et le renforcement des mentions obligatoires contenues dans les conventions de stage⁶¹⁴.

162. Le travail carcéral constitue une autre illustration de l'exclusion du contrat de travail motivée par la finalité de réinsertion de la prestation de travail. Il résulte en effet de l'article 717-3 du Code de procédure pénale que « *les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* ». Pourtant, « *des prestations de travail sont assurées contre rémunération - infime soit-elle - par des travailleurs en état de subordination et cela, de façon profitable à l'administration pénitentiaire ou à des entreprises privées* »⁶¹⁵. Malgré la réunion du triptyque traditionnel des critères du contrat de travail, aucune

⁶⁰⁹ PETIT F., « La convention de stage comme technique d'accompagnement vers l'emploi », Dr. soc. 2007, p. 1127.

⁶¹⁰ Cass. soc. 11 octobre 1990, JCP G 1991, n° 26, II, 12700 ; Cass. soc. 27 octobre 1993, n° 90-42.620, Dr. soc. 1993, p. 960.

⁶¹¹ Cass. soc. 17 octobre 2000, Dr. soc. 2001, p. 192, obs. MOULY J., « *L'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage en entreprise* ». En l'espèce, le stagiaire avait effectué les tâches dévolues habituellement à un commercial et travaillait seul et était intégré dans l'organigramme de la société.

⁶¹² Article L. 612-8 du Code de l'éducation. « *Les stages ne peuvent pas avoir pour objet l'exécution d'une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent de l'entreprise, de l'administration publique, de l'association ou de tout autre organisme d'accueil* ».

⁶¹³ Cass. soc. 18 juin 2003, n° 00-46.438. « *Les tâches effectuées par Mlle X... dépassaient largement les travaux confiés à un stagiaire de surcroît étranger et que sa rémunération était disproportionnée aux gratifications habituellement versées aux stagiaires, et, d'autre part, que la société ne justifiait ni de la nature ni des modalités du surplus de formation pratique* ».

⁶¹⁴ HEAS F., « Le renforcement des conditions d'accueil des stagiaires en entreprise », RDT 2014, p. 413.

⁶¹⁵ AUVERGNON P., « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? », RDT 2013, p. 309.

juridiction n'a voulu remettre en cause ce texte mainte fois critiqué⁶¹⁶. Si le Conseil constitutionnel a récemment rejeté l'application du droit du travail sans véritable justification⁶¹⁷, une décision plus ancienne du Conseil mettait en avant la spécificité de la peine privative de liberté, conçue « *non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de ce dernier et préparer son éventuelle réinsertion* »⁶¹⁸. L'exclusion du droit du travail a également été confirmée par le tribunal des conflits qui mentionne explicitement que « *cette activité de travail, qui ne fait pas l'objet d'un contrat de travail et qui s'inscrit dans l'exécution de la peine privative de liberté, procède de la préparation à la réinsertion du condamné* »⁶¹⁹. C'est également cette fonction qui apparaît en filigrane dans l'article D. 432-3 du Code de procédure pénale qui dispose que « *dans la mesure du possible, le travail de chaque détenu est choisi en fonction non seulement de ses capacités physiques et intellectuelles, mais encore de l'influence que ce travail peut exercer sur les perspectives de sa réinsertion* ». Le travail en prison ne relève donc pas du droit du travail car il serait essentiellement motivé par la volonté de réinsérer le détenu par le travail. Certains auteurs estiment cependant que la réinsertion des détenus devrait passer au contraire par l'attribution d'un réel statut, et non par « *l'amputation ou la négation des droits* »⁶²⁰. Cette amputation des droits est réelle en matière de rémunération où, du fait de l'exclusion du droit du travail, le détenu ne saurait réclamer la perception d'un salaire au moins égal au Smic. L'article D. 432-1 du Code de procédure pénale⁶²¹ prévoit en ce sens que le taux de rémunération horaire des détenues s'échelonne entre 20 et 45 % du Smic suivant le travail occupé⁶²². On est en droit de se demander si un taux aussi dérisoire

⁶¹⁶ BRIMO S., « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail », RDSS 2013, p. 251 ; TUFFERY-ANDRIEU J.-M., « Contribution à l'étude sur le travail en prison », RDT 2013, p. 239.

⁶¹⁷ Cons. Constit., 14 juin 2013, n° 2013-320/321-QPC, comm. WOLMARK C., RDT 2013, p. 565.

⁶¹⁸ Cons. Constit., 19 novembre 2009, n° 2009-593 DC, AJDA 2009, p. 2199.

⁶¹⁹ TC 14 octobre 2013, n° 3918, AJDA 2013, p. 2321. « *Cette activité de travail, qui ne fait pas l'objet d'un contrat de travail et qui s'inscrit dans l'exécution de la peine privative de liberté, procède de la préparation à la réinsertion du condamné ; que, eu égard tant à la nature particulière de la relation de travail, qui se rattache à l'accomplissement de la mission de service public de l'administration pénitentiaire, qu'à ses modalités de mise en œuvre, soumises au régime pénitentiaire du détenu et aux nécessités du bon fonctionnement de l'établissement qui influent sur les conditions d'emploi et de rémunération, le détenu ainsi employé se trouve, à l'égard de la société concessionnaire, même de droit privé, dans une relation de droit public* ».

⁶²⁰ WOLMARK C., *op. cit.*, p. 565.

⁶²¹ Art. 36 du décret n° 2010-1635 du 23 déc. 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale.

⁶²² Article 36 du décret n° 2010-1635 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale.

facilite véritablement la réinsertion du détenu, d'autant plus quand on sait que la constitution d'un « pécule » est reconnu comme un moyen utile de réinsertion⁶²³.

163. Le travail en établissement ou en service d'aide par le travail (ESAT) est également révélateur de ce mouvement d'exclusion du droit du travail afin de favoriser l'insertion sur le marché du travail de travailleurs considérés en difficulté pour y parvenir. Les ESAT ont pour mission d'accueillir les personnes âgées de plus de 16 ans dont le handicap ne leur permet pas d'exercer une activité professionnelle en milieu ordinaire de travail. La Chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà jugé que des travailleurs accueillis dans des centres d'aide par le travail, remplacés depuis par les ESAT, n'étaient pas liés à ces établissements par un contrat de travail⁶²⁴. La loi du 11 février 2005 a fait des travailleurs handicapés des entreprises adaptées des salariés à part entière mais elle maintient ceux accueillis en ESAT dans la situation des usagers de ces services sociaux et médico-sociaux⁶²⁵. Le travailleur handicapé n'est donc pas un salarié, même s'il concourt à une activité de production de biens et services, mais un « usager » utilisateur d'un service social⁶²⁶. Au sein de cet ESAT, le travailleur bénéficie de prestations qui ont « *comme objectifs essentiels la socialisation et l'intégration sociale des personnes accueillies, les activités à caractère professionnel n'étant qu'un des moyens pour réaliser lesdits objectifs* »⁶²⁷. La prestation de travail fournie tend donc principalement à offrir une « *expérience de réalisation personnelle par une activité à forme professionnelle* »⁶²⁸ justifiant encore une fois l'exclusion du droit du travail. Néanmoins les intéressés bénéficient d'un statut social « mixte » et se voient reconnaître des droits sociaux proches de ceux des salariés du droit commun, notamment en matière de rémunération. Le Code de l'action sociale et des familles dispose que le travailleur perçoit une rémunération comprise entre 55 % et 110 % du Smic horaire dans la limite de la durée légale de 35 heures de travail par semaine⁶²⁹. Le travailleur handicapé bénéficie également d'un droit à congé annuel, au bout d'un mois de présence, à raison de deux jours et demi ouvrables par mois qui donne lieu au versement d'une rémunération garantie, à l'instar des

⁶²³ WOLMARK C., *op. cit.*, p. 566.

⁶²⁴ Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-14.424, Dr. soc. 2013, p. 576, chron. TOURNAUX S.

⁶²⁵ MANANGA F., « Le statut du travailleur handicapé mental en Etablissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT) et l'application du droit du travail », RDT 2008, p. 89.

⁶²⁶ POINSOT O. et JOLY L., « Quel travail dans les ESAT ? », RDT 2015, p. 359.

⁶²⁷ MANANGA F., *op. cit.*

⁶²⁸ POINSOT O. et JOLY L., *op. cit.*

⁶²⁹ Article R. 243-5 du Code de l'action sociale et des familles.

salariés de droit commun. Enfin, si la rémunération garantie des travailleurs des ESAT est considérée par le droit de la sécurité sociale comme une rémunération du travail pour le calcul des cotisations des assurances sociales ou des accidents du travail par exemple, ce n'est pas le cas pour les cotisations d'assurance chômage, les ESAT n'étant pas soumis au versement des cotisations d'assurance chômage. Les personnes qui y sont accueillies ne peuvent donc prétendre au chômage, puisqu'ils ne sont pas des salariés⁶³⁰. L'exclusion partielle du droit du travail s'explique par le nécessaire compromis à assurer entre la pérennité économique de ces institutions médicaux-sociales et le souci d'offrir un statut digne à des travailleurs qui concourent à la réalisation d'une activité économique⁶³¹.

164. Le travail susceptible de donner lieu à un contrat de travail est donc délimité par sa finalité bien plus que par sa matérialité. L'activité déployée par un travailleur doit l'être en vue de la production d'un bien économique ou répondre à une finalité économique, intéressée, pour justifier l'application du droit du travail. Par conséquent, seul le travail correspondant à cette définition peut justifier la perception d'une rémunération au sens du droit du travail.

§ 2 : Le travail, objet du contrat de travail.

165. Le travail comme objet du contrat de travail soulève de nombreuses difficultés théoriques. Le Professeur Alain SUPIOT met en lumière la difficulté de situer le travail au sein des concepts de bien et d'obligation. Est-il « *une chose négociable, ou au contraire un élément de la personne qu'on ne peut traiter comme une marchandise ?* »⁶³². A le lire, elle serait la « *question première, celle d'où tout découle et où tout revient toujours* »⁶³³. Il est crucial de rechercher à quoi s'engage le salarié, de s'interroger sur l'objet de son obligation. L'objet des obligations nées du contrat est ce à quoi s'oblige le débiteur, la prestation

⁶³⁰ Article R. 243-9 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶³¹ Cette situation pourrait être remise en cause par un arrêt rendu par la CJUE le 26 mars 2015, affaire C-316/13, *Fenol c. Centre d'aide par le travail La Jouvène*, qui a estimé, dans le cadre d'un contentieux relatif au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés, que les personnes handicapées employées dans des CAT pouvaient être considérées comme des travailleurs au sens du droit de l'Union européenne.

⁶³² SUPIOT A., « Critique du droit du travail, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2011, p. 40.

⁶³³ *Ibid.*

promise par lui⁶³⁴. L'histoire doctrinale du contrat de travail nous apprend que l'objet du contrat de travail était traditionnellement présenté comme un louage de service (A), tandis que la doctrine contemporaine le décrit davantage comme une mise à disposition de la force de travail (B).

A. Le louage d'ouvrage comme objet traditionnel du contrat de travail.

166. Le Code civil, promulgué en 1804, assimile la relation de travail à une forme particulière du contrat de louage, le louage de service⁶³⁵. Le travail est dès lors réifié, considéré comme une marchandise, une chose susceptible de faire l'objet d'un commerce juridique. Le louage d'ouvrage est donc objet du contrat de travail (1), affirmation fortement contestée par la doctrine (2).

1) Le contrat de travail, espèce particulière du contrat de louage d'ouvrage.

167. Lorsqu'est promulgué le Code civil en 1804, seuls deux articles régissent les rapports de travail entre « maître » et « gens de travail »⁶³⁶. Quant à la nature du contrat les unissant, le Code civil dispose, à l'article 1708 du Code civil, qu'« il y a deux sortes de contrats de louage : celui des choses et celui d'ouvrage ». Le laconisme des rédacteurs s'expliquerait cependant moins par le faible intérêt qu'ils avaient pour la classe des travailleurs⁶³⁷, que par l'application à l'activité des travailleurs des règles générales relatives au louage⁶³⁸. Ce contrat particulier, qui deviendra par la suite contrat de travail, est donc présenté comme une variété spécifique du contrat de louage, ce que prévoit expressément l'article 1711 du Code civil, qui subdivise le contrat de louage en plusieurs espèces particulières, notamment

⁶³⁴ FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 102.

⁶³⁵ SUPIOT A., *op. cit.*, p. 45.

⁶³⁶ Articles 1780 et 1781 du Code civil.

⁶³⁷ SALEILLES, « Le code civil et la méthode historique », Livre du centenaire, p. 115, cité in SUPIOT A., *op. cit.*, p. 47. Ce code « ne visait gère que le droit des biens et par suite il n'était fait que pour ceux qui en avaient ».

⁶³⁸ Rapport du tribun MOURICAULT, cité in SUPIOT A., « Critique du droit du travail », *op. cit.*, p. 47. « Le projet s'en tient à ces dispositions sur ce genre de louage et elles suffisent. On peut suppléer les développements par l'application des règles générales énoncées dans le précédent chapitre [relatif au louage] qui sont de nature à régir également ce contrat ».

« *le louage du travail ou du service* »⁶³⁹. La question s'est posée de savoir si la relation de travail entre maître et gens de travail devait relever du louage de chose ou du louage de service⁶⁴⁰. L'article 1780, alinéa 1^{er}, du Code civil précise en cela que ce sont les « *services* » du contractant qui sont engagés et non la personne du travailleur, faisant du travail un potentiel objet de commerce juridique⁶⁴¹. La commercialisation du travail par la voie du louage de services ne permet également pas une pleine compréhension des mécanismes juridiques à l'œuvre au sein du rapport entre le maître et le travailleur. En effet, comme le remarque avec acuité le Professeur Thierry REVET⁶⁴², l'obligation générale qui découle du contrat de louage de service n'impose au contractant que « *de faire quelque chose* », ce que prévoit peu ou prou déjà l'article 1101 du Code civil qui définit de manière générale le contrat⁶⁴³. Or, « *la qualification d'obligation de faire ne rend pas compte de la complexité des engagements pris dans un contrat de travail lequel met clairement en jeu bien plus que la seule activité du salarié* »⁶⁴⁴. Il ne ressort donc pas clairement du Code civil que le contrat de travail est un véritable contrat de location, de mise à disposition d'un bien. Pour des auteurs autorisés cependant, cette ambiguïté ne doit pas masquer la volonté du codificateur de 1804, pour qui la relation de travail se trouve « *soumise aux principes applicables aux contrats en général, et au louage des choses en particulier* »⁶⁴⁵ et que contrat de travail et louage de chose sont « *deux espèces d'un même genre* »⁶⁴⁶. Ainsi, dans la logique juridique du Code civil, le contrat de travail est assimilé à un contrat de louage de chose et non à un contrat de louage de service. Par cette fiction juridique, le travail du salarié est déconnecté de sa personne et susceptible de faire l'objet d'un commerce juridique, « *on loue ses services comme on louerait son immeuble* »⁶⁴⁷.

⁶³⁹ Article 1 de la loi du 18 juillet 1901. Sa consécration est définitive lors de la promulgation du Code du travail et de la prévoyance sociale le 18 décembre 1910.

⁶⁴⁰ MORIN M.-L., « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in *Le travail en perspective*, LGDJ 1998, p. 125. Le louage de service n'est que l'appellation ancienne du futur contrat d'entreprise.

⁶⁴¹ Article 1780 du Code civil « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ».

⁶⁴² REVET T., *op. cit.*, p. 36.

⁶⁴³ Article 1101 du Code civil. « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

⁶⁴⁴ FABRE-MAGNAN M., « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, p. 104.

⁶⁴⁵ SUPIOT A., *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴⁶ BEAUCOURT A., « Le contrat de travail, Nature juridique et principaux effets, Droit civil et législation comparées », Thèse, Paris 1912, p. 38. « *Contrat de travail, louage de chose, deux conventions différentes, mais deux espèces d'un même genre, c'est bien ce que reflètent les commentateurs du Code* ».

⁶⁴⁷ SUPIOT A., *op. cit.*, p. 52.

168. Cette réification du travail a été vivement critiquée en ce qu'elle conduit à nier la dimension personnelle de la relation de travail. L'objet du contrat de travail comme louage du travail du salarié est fortement rejetée par la doctrine, qui demeure le plus souvent muette dès lors qu'il s'agit de proposer un modèle alternatif pour appréhender les mécanismes contractuels de cette relation de travail.

2) Le rejet du louage d'ouvrage comme objet du contrat de travail.

169. L'émergence d'une législation sociale a eu pour principal effet d'autonomiser le droit du travail par rapport au droit civil. Le droit du travail est « *né contre l'impérialisme du contrat* »⁶⁴⁸. L'analyse contractuelle de la relation de travail a donc été remise en cause, ce qui a conduit à obscurcir la détermination de l'objet du contrat de travail. Une partie de la doctrine critique le caractère patrimonial du travail, pour souligner la dimension personnelle du rapport de travail. Une autre partie de la doctrine va même jusqu'à nier toute dimension contractuelle à la relation de travail, au profit d'une analyse purement institutionnelle.

170. Le Professeur Gérard LYON-CAEN estime en ce sens que « *le rapport employeur salarié n'est pas un rapport d'échange donc n'est pas un louage ; le travail n'est pas un bien car il n'y a pas louage d'un corps avec jouissance reconnue au locataire* »⁶⁴⁹. Le travail en tant que tel n'existe pas, il n'est pas un bien car il est « *l'expression d'une personnalité* »⁶⁵⁰. L'impossible patrimonialité du travail du salarié pose alors la question d'une analyse contractuelle alternative à la location pour expliquer le fonctionnement du contrat de travail. Le droit civil présente comme objet possible des obligations créées par un contrat l'obligation de faire, de ne pas faire ou de donner⁶⁵¹. Le Professeur Jean SAVATIER soutient ainsi que, « *le salarié n'abandonne pas son corps à la volonté de l'employeur, il se borne à contracter des obligations de faire ou de ne pas faire* »⁶⁵². Le Professeur Murielle FABRE-MAGNAN explique en quoi ces obligations sont insuffisantes pour décrire la complexité des relations

⁶⁴⁸ LYON-CAEN A. « Défense et illustration du contrat de travail », Archives de philosophie du droit, Sirey 1968, Tome XIII, p. 59.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Article 1101 du Code civil. Distinction cependant appelée à disparaître suite à l'ordonnance du 10 février 2016.

⁶⁵² SAVATIER J., « la liberté dans le travail », Dr. soc. 1990, p. 56.

contractuelles en jeu au sein du contrat de travail⁶⁵³. Considérer que le contrat de travail s'analyse en une simple obligation de faire quelque chose pour l'employeur ne permettrait pas de le distinguer du contrat d'entreprise, où le service promis est également l'accomplissement d'actes matériels. Elle précise aussi avec justesse que, s'il existe bien un élément distinctif entre ces deux contrats, la subordination juridique du salarié, cette dernière « *ne suffit pas à rendre complètement compte de l'emprise exercée par l'employeur sur la personne du salarié* ». En effet, l'obligation du salarié est d'une autre nature que celle de l'entrepreneur car dans le contrat de travail « *c'est le travail qui est payé, et non pas son résultat* »⁶⁵⁴. L'obligation de faire ne permet pas d'expliquer le fait que l'employeur soit « *dès l'origine, propriétaire des résultats du travail du salarié* »⁶⁵⁵. Elle ajoute enfin que l'obligation de faire ne permet pas non plus de comprendre l'interdiction faite à une personne morale d'être salariée ou encore l'interdiction pour un tiers d'accomplir la prestation promise par le salarié⁶⁵⁶.

171. Le rejet de la location de travail comme objet du contrat de travail s'illustre de manière encore plus catégorique auprès de certains auteurs qui nient toute dimension contractuelle à la relation de travail. En ce sens, Pierre LAROQUE estime que « *la qualification de contrat d'adhésion parfois donnée au contrat de travail masque mal l'absence de tout véritable contrat, au sens donné à ce terme en droit privé* »⁶⁵⁷. De même, pour Georges SCELLE, « *la part du statut est aujourd'hui beaucoup plus important que la part du contrat* »⁶⁵⁸. Enfin, selon Georges RIPERT, « *le travail c'est l'homme lui-même, dans son corps et son esprit, et il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé* »⁶⁵⁹. Il faut donc se tourner vers la théorie institutionnelle de l'entreprise pour expliquer les relations de travail entre employeur et salarié. Cette théorie, notamment défendue par Paul DURAND⁶⁶⁰, affirme une communauté d'intérêts entre employeurs et salariés⁶⁶¹ et leur impose le respect de valeurs

⁶⁵³ FABRA-MAGNAN M., *op. cit.*, spéc. p. 104.

⁶⁵⁴ SUPIOT A., « Critique du droit du travail », *op. cit.*, p. 60.

⁶⁵⁵ Pour plus de développements, voir *infra*.

⁶⁵⁶ V. article 1144 du Code civil.

⁶⁵⁷ LAROQUE P., « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.* 1951, p. 274.

⁶⁵⁸ SCELLE G., « Le droit ouvrier. Tableau de la législation française actuelle », *Colin* 1922, p. 110.

⁶⁵⁹ RIPERT G., « Les forces créatrices du droit », *LGDJ*, 1955, p. 275.

⁶⁶⁰ DURAND P., « Rapport sur la notion juridique de l'entreprise », *Travaux de l'Association CAPITANT*, 1947, T. 3, p. 45.

⁶⁶¹ SUPIOT A., « Le juge et le droit du travail », *op. cit.*, p. 55.

communes axées sur l'idée d'intérêt de l'entreprise. Les droits et devoirs de chacun des membres de cette communauté de travail sont ainsi déterminés à l'aune de cet intérêt. Dès lors, « *le salarié doit servir les intérêts de l'entreprise ; l'employeur doit veiller sur lui* »⁶⁶². Cette théorie mettrait à la charge du salarié « *une obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur et vice-versa* »⁶⁶³. La vision idéaliste de l'entreprise à laquelle renvoie cette théorie ne repose cependant, comme l'on démontré plusieurs auteurs, sur aucune base réelle. La notion d'intérêt de l'entreprise induit l'existence d'intérêts propres, divergents de ceux de l'employeur. Les obligations des salariés ne sont pas déterminées par cet intérêt supérieur, mais par l'employeur « *seul organe de l'entreprise* »⁶⁶⁴, et surtout « *seul juge* »⁶⁶⁵ de l'intérêt de l'entreprise.

172. L'analyse contractuelle du contrat de travail s'avère être la seule de déterminer l'objet de l'obligation du salarié. Une lecture civiliste du contrat de travail par le recours à la notion de mise à disposition semble néanmoins à même d'expliquer son contenu.

B. La mise à disposition comme objet renouvelé du contrat de travail.

173. La place renouvelée du contrat dans l'organisation des relations de travail subordonné⁶⁶⁶ a relancé la question du « *contenu obligationnel du contrat de travail* »⁶⁶⁷. Le Professeur Thierry REVET a remis au premier plan la mise à disposition de la force de travail comme objet du contrat de travail (1), ce que complète le Professeur Murielle FABRE-MAGNAN qui plaide pour la reconnaissance d'une obligation de *praestare* à la charge du salarié (2).

1) La mise à disposition de la force de travail du salarié.

⁶⁶² LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 66.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ SUPIOT A., « Le juge et le droit du travail », *op. cit.*, p. 61.

⁶⁶⁶ LYON-CAEN A., « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 540 ; ANTONMATTEI P.-H., « Les éléments du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 330 ; WAQUET P., « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 05/1999, p. 383 ; RADE C., « La figure du contrat dans les rapports de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

⁶⁶⁷ JEAMMAUD A., « Le contrat de travail, une puissance moyenne », *in Etudes offertes à Jean PELISSIER*, Dalloz 2004, p. 305.

174. L'analyse de l'obligation du salarié comme une obligation de mise à disposition de sa force de travail constitue ce que l'on pourrait appeler une « vieille idée neuve ». Déjà Paul PIC estimait que « *ce qui caractérise cette forme de contrat, c'est qu'ici la chose louée est la force de travail que possède le salarié. Celui-ci, en d'autres termes, consent à demeurer, pendant le temps convenu au service de celui qui l'emploie* »⁶⁶⁸. Mais c'est sans conteste au Professeur Thierry REVET que l'on doit la démonstration la plus poussée de cette affirmation⁶⁶⁹.

175. Le constat de l'absence de proposition alternative le conduit à militer en faveur de la persistance du mécanisme contractuel de la location de chose comme schéma explicatif du contrat de travail. Le principal reproche fait à cette analyse tient à l'admission de principe de la commercialité de la force de travail⁶⁷⁰. Le Professeur Thierry REVET ne remet pas en cause l'impossible dissociation physique entre le sujet et sa force de travail. Néanmoins, la dissociation juridique est selon lui rendue possible par la subordination juridique. En se soumettant aux ordres et directives de l'employeur, le salarié est dépossédé juridiquement de sa force de travail sans qu'il y ait dépossession matérielle. « *La subordination juridique est donc l'instrument de l'objectivation de la force de travail* »⁶⁷¹. Par la subordination juridique, le travail devient un bien comme un autre, susceptible de faire l'objet du contrat de location. Dans le contrat de travail, la « chose » mise à la disposition de l'employeur est donc la force de travail du salarié par le truchement de la subordination juridique. La principale force de cette démonstration réside dans sa capacité à justifier un certain nombre de mécanismes propres au contrat de travail.

176. L'adéquation de la mise à disposition de la force de travail comme objet principal de l'obligation du salarié s'illustre à la fois par l'attribution des résultats du travail du salarié à l'employeur et par les particularismes de la rémunération salariale.

⁶⁶⁸ PIC P., « Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières », Arthur Rousseau, 1912, 2^{ème} éd., p. 732.

⁶⁶⁹ REVET T., « La force de travail, une étude juridique », Thèse, Litec, 1992 ; « L'objet du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 859.

⁶⁷⁰ CARBONNIER J., « Droit civil – Les personnes », Thémis, PUF, 14^{ème} éd., 1982, p. 234. Cet auteur analyse le contrat comme une « aliénation de l'énergie musculaire » du salarié et classe le contrat de travail dans la catégorie des contrats sur la personne physique, contrat autorisé par exception au principe d'interdiction des contrats portant sur le corps humain pour des fins légitimes.

⁶⁷¹ REVET T., « L'objet du contrat de travail », *op. cit.*

177. L'un des principaux effets du contrat de travail est de permettre à l'employeur de « *jouir du produit du travail* »⁶⁷². Il se voit attribuer dès l'origine la propriété des fruits du travail de son salarié. Or, si ce dernier n'était astreint qu'à une simple obligation de faire, le salarié devrait être, dans un premier temps, le propriétaire des produits de son travail⁶⁷³. Au contraire, le droit de jouissance que confère le contrat de location et qui octroie au preneur les fruits produits par la chose louée, explique que le louage de la force de travail permette à l'employeur d'acquérir automatiquement le résultat du travail de son subordonné. La mise à disposition de la force de travail permet également de comprendre l'absence d'influence de principe de la qualité du travail sur le droit à rémunération du salarié⁶⁷⁴.

178. La mise à disposition de la force de travail comme objet de l'obligation du salarié a pu susciter des réserves chez certains auteurs, notamment à cause du postulat de principe de la commercialité du travail du salarié. Il a donc été proposé, afin de concilier mécanisme de la location et extra-patrimonialité du travail, que le salarié soit débiteur d'une obligation de *praestare* envers son employeur.

2) L'obligation de *praestare* du salarié.

179. Le Professeur Murielle FABRE-MAGNAN critique la proposition selon laquelle la force de travail peut être considérée comme un bien. Néanmoins, l'inadéquation des obligations de donner⁶⁷⁵ et de faire⁶⁷⁶, l'incite à se tourner vers une troisième catégorie d'obligation délaissée par le Code civil, l'obligation de *praestare*.

180. Elle réfute l'idée selon laquelle le travail puisse être dissocié de la personne du salarié. Pour elle, le corps est « *nécessaire à l'exécution du contrat de travail* », il « *participe*

⁶⁷² RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », Thémis, PUF, 1991, 12^{ème} éd., p. 76.

⁶⁷³ En ce sens, FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 104.

⁶⁷⁴ Pour plus de développements, V. *infra*. Section II, § 2.

⁶⁷⁵ Le contrat de travail ne réalise aucun transfert de propriété. L'employeur est propriétaire *ab initio* des fruits du travail du salarié.

⁶⁷⁶ CHENEDE F., « Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale de l'obligation », Thèse, Economica, 2008. Cet auteur propose de voir l'obligation du salarié comme une « *obligation de facere spécifique* », témoignant en cela de l'insuffisance de l'obligation de faire comme schéma explicatif.

indiscutablement de la définition de l'objet du contrat de travail »⁶⁷⁷. La fiction suivant laquelle la dépossession juridique de la force de travail du salarié peut être réalisée grâce à la subordination juridique ne la convainc pas. Selon elle, le contrat de louage doit porter sur un bien. Un bien se définit comme une chose susceptible d'appropriation. Or, la force de travail du salarié n'est justement pas susceptible d'appropriation car elle ne peut être détachée de sa personne. Le salarié n'a pas l'*abusus* sur sa force de travail, il ne peut en disposer librement, la qualification de propriété ne peut donc être retenue. La prestation de travail n'ayant pas pour objet un bien mais la personne du salarié, l'assimilation du contrat de travail au contrat de louage de chose ne peut donc être admise.

181. Suite au rejet du contrat de location comme grille de lecture du contrat de travail, elle se range à l'analyse du Professeur Alain SUPIOT suivant laquelle « *le contrat de travail porte sur la personne même du salarié* »⁶⁷⁸, dont la force de travail est une des facettes. Elle va cependant plus loin dans la détermination de l'objet du contrat de travail et reprend à son compte une distinction entre les obligations héritée du droit romain mais délaissée par le Code civil. Le droit romain admettait en effet l'existence de trois obligations distinctes fondées sur l'objet de celles-ci et le débiteur pouvait être tenu d'une obligation de *dare*, de *facere* ou de *praestare*. Selon des auteurs autorisés, « *praestare signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de le restituer à son maître* »⁶⁷⁹. L'obligation de *praestare* peut donc se traduire par mettre à disposition⁶⁸⁰. Appliqué au contrat de travail, « *il y a mise à disposition d'autrui, obligation de fournir quelque chose à autrui* »⁶⁸¹. L'obligation de *praestare* du salarié ne conduit pas à mettre à la disposition de l'employeur un bien, mais la force de travail considérée comme une facette de la personne du salarié. Serait ainsi rendu possible la conciliation entre les effets du louage de chose et le principe d'indisponibilité du corps humain, ce que ne permettait pas l'analyse de Thierry REVET de la force de travail comme objet du contrat de travail. Cette grille de lecture est également partagée par le Professeur Antoine LYON-CAEN pour qui le contrat de travail,

⁶⁷⁷ FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 110.

⁶⁷⁸ SUPIOT A., *op. cit.*, p. 62.

⁶⁷⁹ SERIAUX A., « Manuel de droit des obligations », PUF, 2014, 2^{ème} éd., n° 5.

⁶⁸⁰ PIGNARRE G., « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », RTD Civ. 2001, p. 51.

⁶⁸¹ FABRE-MAGNAN M., *op. cit.*, p. 109.

« crée, pour le salarié, une obligation de fournir une prestation de travail, obligation de *praestare* qui consiste d'abord à se tenir à la disposition de l'employeur »⁶⁸².

182. L'analyse que ces deux auteurs donnent de l'objet du contrat de travail ne diverge réellement que sur le statut à accorder au travail au sein de ce mécanisme contractuel. Bien susceptible de dépossession juridique ou facette de la personne du salarié, ils s'accordent néanmoins pour constater que le salarié contracte en premier lieu une obligation de se tenir à la disposition de son employeur. Cette détermination est vitale dès lors que l'on s'interroge sur la contrepartie de l'obligation du salarié, le droit à rémunération.

Section II – LE TRAVAIL COMME CONTREPARTIE DE LA RÉMUNÉRATION.

183. La question *a priori* centrale et première de l'élément déclencheur de l'obligation de rémunérer impartie à l'employeur est, paradoxalement, assez peu évoquée dans les manuels⁶⁸³. La réponse à cette interrogation semble aller de soi pour le juriste. La logique civiliste sur laquelle repose le contrat de travail veut que l'obligation de l'employeur prenne naissance dès lors que le salarié accomplit la sienne. Autrement dit, dès le moment où le salarié fournit sa prestation de travailleur, naît dans son patrimoine une créance de salaire. Comme l'explique avec facétie le Professeur Gérard COUTURIER, cette réponse « *s'impose à l'évidence : si l'on ne veut pas répondre que le salaire est la contrepartie du travail, il faut éviter de poser la question* »⁶⁸⁴. Pourtant, la conception même de la prestation de travail donnant lieu à rémunération a connu des évolutions majeures. Au-delà des hypothèses légales où le salaire est dû en l'absence de prestation de travail, la jurisprudence tend à se départir de la stricte corrélation entre droit à rémunération et prestation de travail *stricto sensu*. De ce fait, il paraît nécessaire de rechercher le fait générateur qui déclenche le droit au salaire. Sans se départir d'une analyse synallagmatique du contrat de travail, la Cour de

⁶⁸² LYON-CAEN A., « Actualité du contrat de travail », Dr. soc. 1988, p. 540.

⁶⁸³ Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, l'ouvrage phare de Gérard LYON-CAEN « Le salaire », est assez représentatif de cette tendance. S'il évoque dans trois parties respectivement le montant, la notion et le régime juridique du salaire, aucun développement d'ensemble n'est consacré à la naissance de la créance salariale.

⁶⁸⁴ COUTURIER G., « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. soc. 2011, p. 10.

cassation a redéfini l'obligation du salarié. Il convient de constater que ce n'est pas tant la prestation de travail qui entraîne le droit au salaire, que la mise à disposition de sa force de travail auprès de l'employeur⁶⁸⁵.

184. La logique guidant le contenu obligationnel du contrat de travail a évolué sans pour autant remettre en cause la nature du lien entre l'employeur et le salarié. Cette évolution ne peut se comprendre que concomitamment à l'évolution de la représentation que le juge et le législateur se sont fait de la valeur travail. Comme le démontre un auteur, l'évaluation du travail qui a présidé au 19^{ème} siècle et jusqu'aux années soixante suivait essentiellement une logique productiviste, où le résultat, le produit du travail, importait plus que le temps passé à l'atteindre⁶⁸⁶. Puis, on assiste à un basculement vers une logique davantage temporelle, où la valeur du travail dépend davantage du temps passé par le salarié à réaliser sa prestation⁶⁸⁷. Cette évolution de la contrepartie du salarié n'est pas sans conséquence sur la naissance de son droit à rémunération. Après avoir retracé le passage de la rémunération d'une prestation de travail à la rémunération de la mise à disposition de la force de travail (§1), nous verrons en quoi ce changement a une influence sur le droit à rémunération du salarié (§2).

§1 : De la rémunération de la prestation de travail à la rémunération de la mise à disposition de la force de travail.

185. Le fait générateur à partir duquel la créance de salaire devient exigible pour le salarié doit être envisagé différemment suivant la conception adoptée de l'obligation qui pèse sur le salarié. Deux acceptions s'affrontent, l'une qui peut être qualifiée de productiviste, qui exige du salarié un travail essentiellement productif au service de son employeur et une autre qui prend davantage en considération le temps passé par le salarié à la disposition de son employeur. Ces deux conceptions de l'obligation impartie au salarié sont étroitement liées à

⁶⁸⁵ Cf. par ex. Cass. soc. 28 septembre 2011, n° 10-10.381, RDT 2011, p. 647.

⁶⁸⁶ JOHANSSON A., « La détermination du temps de travail », Thèse, LGDJ, 2006.

⁶⁸⁷ On en veut pour exemple la définition donnée au temps de travail effectif par le Code du travail à l'article L. 3121-1 en vertu duquel « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ».

la définition qui a été donnée par le juge puis le législateur au temps de travail effectif. Le temps de travail effectif a été pendant longtemps déterminé conformément à une logique productiviste. Même si cette logique est maintenant dépassée, elle reste néanmoins présente sous la forme, entre autres, de certains dispositifs légaux tels le mécanisme des heures d'équivalences⁶⁸⁸ ou encore des périodes d'astreinte⁶⁸⁹.

186. La stricte corrélation entre rémunération et accomplissement d'une prestation de travail est cependant dépassée. La jurisprudence a assez tôt dégagé une conception plus moderne de l'obligation incombant au salarié. A partir des années soixante, le juge octroie le versement d'une rémunération à des salariés qui se sont tenus à la disposition de son employeur⁶⁹⁰. Du modèle retenu dépendra le fait générateur de la créance de salaire : le « modèle du temps » qui fait dépendre la rémunération du temps passé à exécuter la prestation de travail ou le « modèle productif » qui la rend dépendante des résultats du salarié. La manière dont a été appréhendée la contrepartie de l'obligation du salarié est donc le fruit d'une lente évolution. Si dans un premier temps, seul l'accomplissement d'une prestation de travail donnait droit à rémunération (A), c'est désormais la mise à disposition de la force de travail qui est la contrepartie au droit à rémunération du salarié (B).

A. La conception classique de l'obligation du salarié : l'accomplissement d'une prestation de travail.

187. La première réponse jurisprudentielle à la question de la contrepartie du salaire s'est fondée sur une application assez stricte du droit commun des contrats. La créance de salaire est exigible à partir du moment où le salarié a fourni une prestation de travail. En corollaire, l'absence de prestation, quel que soit sa cause, entraîne l'absence de droit au paiement du salaire (1). Très vite, cependant, la jurisprudence a complété cette proposition en précisant que l'accomplissement d'un travail par le salarié n'était pas en soi suffisant pour justifier

⁶⁸⁸ PONTIF V., « Les rythmes de travail », RDT 2012, p. 208. « Si le Code du travail prévoit des durées maximales du travail, il ne se réfère pas à une intensité maximale du travail. Le mécanisme des heures d'équivalence permet toutefois de rémunérer à un montant moindre les périodes dites « d'inaction » propres à certains emplois ».

⁶⁸⁹ LOKIEC P., « L'adaptation du travail à l'homme », Dr. soc. 2009, p. 755. Selon l'auteur, ces périodes, sans être considérées comme du temps de travail effectif par le Code du travail et donc imputable sur les temps de repos quotidien et hebdomadaire du salarié, permettent d'adapter ces temps aux exigences de l'organisation de l'entreprise.

⁶⁹⁰ Cass. soc. 17 juin 1960, Bull. civ. V, n° 647 ; Cass. soc. 28 février 1962, D. 1962, p. 605, note LYON-CAEN G.

l'existence d'une créance de salaire à l'encontre de son employeur, encore fallait-il qu'elle ait été exécutée dans des conditions normales (2).

1) Une créance de salaire liée à l'accomplissement d'une prestation de travail effectif.

188. La conception originelle de l'obligation du salarié repose sur une analyse civiliste très classique du contrat de travail. C'est ce que constatait Paul DURAND lorsqu'il évoquait cette « *conception traditionnelle* » selon laquelle « *la dépendance de la dette de salaire par rapport à l'exécution du travail manifeste le lien de connexité qui unit les obligations des parties dans tout contrat synallagmatique* »⁶⁹¹. Ce schéma permet de préciser le fait générateur de la créance de salaire. Le salaire est dû à partir du moment où le salarié a fourni normalement la prestation prévue au contrat. Une décision relativement ancienne de la Chambre sociale de la Cour de cassation illustre ce lien entre droit à rémunération et exécution d'une prestation de travail. Ainsi, « *en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail et, par voie de conséquence, aucun salaire n'est dû en principe lorsque le travail n'a pas été accompli* »⁶⁹².

189. De cette connexité entre l'accomplissement d'un travail et le droit au salaire, la doctrine, puis la jurisprudence, ont tiré des conséquences sur les caractéristiques du salaire. La première et la plus évidente est que le salaire est de « *l'essence* »⁶⁹³ même du contrat de travail. Un contrat de travail pour lequel aucun salaire ne serait exigible est une aberration juridique⁶⁹⁴. En cas de silence du contrat, le salarié a toujours la possibilité d'exiger le paiement de sa créance de salaire dès lors qu'il a accompli sa prestation de travail⁶⁹⁵. L'absence de stipulation expresse d'un salaire dans le contrat n'emporte pas de

⁶⁹¹ DURAND P. et VITU A., « Traité de droit du travail », Dalloz, 1950, tome II, n° 323.

⁶⁹² Cass. soc. 11 janvier 1962, JCP G 1962, II, n° 2564.

⁶⁹³ DURAND P. et VITU A., op. cit.

⁶⁹⁴ LYON-CAEN G., « Le salaire », Traité, t. 2, n° 5, « *il n'y a pas de salaire hors du contrat de travail et tout contrat de travail implique un salaire, les deux termes étant étroitement corrélatifs* ».

⁶⁹⁵ Le droit à la rémunération du travail a par exemple été reconnu en faveur d'une personne qui avait été toute sa vie obligée de gagner sa subsistance par un travail manuel, qui occupait le rôle d'une domestique, et recevait de l'employeur son entretien.

conséquence quant à son exigibilité, puisque le droit au salaire est acquis dès lors que la prestation a été réalisée. Seule la détermination du montant pose difficulté en présence d'un différend entre les parties. Il revient alors au juge de se prononcer sur son montant⁶⁹⁶.

190. Une autre conséquence du caractère synallagmatique du contrat de travail est que les deux obligations principales contenues dans le contrat de travail sont interdépendantes. L'obligation du salarié de fournir un travail trouve sa cause dans le paiement par l'employeur d'un salaire et l'obligation de l'employeur de verser un salaire répond à l'obligation du salarié de fournir une prestation de travail. De ce fait, l'inexécution de la prestation dispense normalement l'employeur de l'obligation de payer le salaire. Le recours à l'exception d'inexécution⁶⁹⁷, mécanisme emprunté au droit des contrats, impose en effet que « *si l'une des parties réclame l'exécution du contrat sans avoir exécuté sa propre obligation et sans offrir de l'exécuter, l'autre peut repousser cette demande* »⁶⁹⁸.

191. De ce lien très étroit entre droit au salaire et prestation de travail, le juge a pu estimer que le « *paiement exceptionnel de rémunération sans contrepartie du travail ne peuvent être étendues à des cas qu'elles (les parties) ne prévoient pas* »⁶⁹⁹. Les situations où le salarié a droit au maintien de son salaire en dehors de toute prestation de travail résultent donc le plus souvent de la loi ou du règlement. Ces sommes n'ont pas vocation à recevoir la qualification de salaire⁷⁰⁰. Pour autant, et alors même que la jurisprudence faisait sienne l'analyse suivant laquelle le droit au salaire naît de l'accomplissement d'une prestation de travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la qualification juridique à donner à des revenus d'inactivités.

192. Un assouplissement de la stricte corrélation entre salaire et prestation a été opéré lorsque la Cour a eu à se prononcer sur le régime juridique de l'indemnité de congés payés.

⁶⁹⁶ Voir par ex. Cass. soc. 20 octobre 1998, n° 95-44.290, D. 1999, n° 36, p. 525 ; Dr. soc. 1999, p. 125 : « *Dans le cas où la rémunération du salarié résulterait exclusivement de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur, la dénonciation régulière de cet usage ou de l'engagement unilatéral ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le salaire* » ; le salaire « *doit alors résulter d'un accord contractuel, à défaut duquel il incombe au juge de se prononcer* ».

⁶⁹⁷ TEYSSIE B., « Relations individuelles de travail », Litec 1992, 2^{ème} éd., p. 212, « *L'inobservation de ses engagements par l'un des partenaires justifie le recours, de la part de l'autre, à l'exception d'inexécution* ».

⁶⁹⁸ FLOUR J., AUBERT J-L. et SAVAUX E., « Droit civil - Le rapport d'obligation », Sirey 2011, t. 3, 7^{ème} éd., p. 230.

⁶⁹⁹ Cass. soc. 3 décembre 1980, n° 79-41.051, Bull. civ., V, n° 871 p. 645.

⁷⁰⁰ SAVATIER J., « Les salaires d'inactivité », Dr. soc. 1984, p. 710. Des textes spéciaux leur consacrent assez souvent une nature salariale car elles assurent de manière générale la subsistance des individus.

Cette indemnité versée au salarié dont le contrat de travail est suspendu pour cause de congés l'est sans qu'il ne soit évidemment exigé la fourniture d'un travail effectif. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mars 1954⁷⁰¹, va recourir à l'idée de salaire différé pour octroyer à cette indemnité la nature juridique d'un salaire. Elle y affirme que « *les congés payés s'acquièrent mois par mois et constituent un élément de salaire à paiement différé* ». Par la présente décision, la Cour de cassation consacre, selon les propos du Professeur Jean SAVATIER, « *une créance de salaire subordonnée à une inactivité effective* »⁷⁰². Cette solution n'a, cependant, pas été généralisée à toutes les créances qui s'acquièrent par le travail du salarié. En effet, l'indemnité de licenciement, qui a pour trait commun avec l'indemnité de congés payés de s'accroître au fur et à mesure du temps passé par le salarié au service de son employeur, n'a pas reçu la même qualification juridique et demeure une indemnité au sens juridique du terme⁷⁰³. La Cour se réfère à la fonction de réparation de l'indemnité de licenciement et lui attribue la nature de dommage-intérêts.

193. Ce « retour vers le passé » permet de mettre en évidence le fait que, pendant un temps, la jurisprudence s'est efforcée de lier très étroitement la naissance de la créance de salaire à l'exécution d'une prestation de travail. Ce tableau ne serait que partiel si l'on ne tirait comme conclusion de ce mouvement jurisprudentiel que toute prestation de travail mérite salaire. La Cour de cassation a en effet, dans un même temps, exigé que la prestation réalisée le soit dans des conditions normales, qui répondent aux prévisions contractuelles des parties. Cette jurisprudence, qui repose sur une interprétation très stricte de l'obligation impartie au salarié, aboutit à exiger du salarié l'exécution d'un travail « normal ».

2) Une conception limitant l'obligation de l'employeur à la rémunération d'un travail normal.

194. L'exigence de la réalisation d'un travail conforme aux prévisions contractuelles a conduit la jurisprudence à rendre des décisions qui peuvent sembler totalement anachroniques au regard du droit positif. Le salaire, envisagé comme contrepartie d'un

⁷⁰¹ Cass. soc. 19 mars 1954, Dr. soc. 1954, p. 409.

⁷⁰² SAVATIER J., « Les salaire d'inactivité », op. cit., p. 713.

⁷⁰³ Cass. soc. 23 juin 1988, Dr. soc. 1989, p. 131. « *L'indemnité de licenciement n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue pas un salaire* ».

travail effectif, supposait que la prestation du salarié soit « *effective et productive conformément aux normes et usages de la profession* »⁷⁰⁴. Ce choix de la Cour de cassation est particulièrement bien illustré par les décisions qu'elle rend à partir des années cinquante et jusqu'au début des années quatre-vingt-dix. Les situations concernées correspondaient dans la plupart de ces affaires à des phénomènes liés à un mouvement collectif, où ce qui était reproché aux grévistes était le rendement réduit ou nul dû à l'exécution anormale du travail.

195. Deux cas de figures différents se sont présentés devant le juge. En premier lieu, la question s'est posée de savoir si le salarié avait droit à son salaire lorsque son employeur s'opposait à la reprise du travail par les grévistes dès lors qu'ils étaient dans l'impossibilité d'exécuter un travail normal. En second lieu, le droit pour le salarié à une créance de salaire a également été mis en cause lorsque le travail effectué avait été exécuté de manière « anormale ».

196. Dans le premier cas, la jurisprudence a tiré de l'exigence d'un travail « normal » la faculté pour l'employeur de s'opposer à la reprise du travail des salariés après un mouvement collectif. Ces hypothèses ont trouvé à s'appliquer lorsque les salariés grévistes occupaient des emplois postés⁷⁰⁵ et souhaitaient reprendre le travail avant le début du poste suivant, après un débrayage. La Cour de cassation a pu décider que suite à un arrêt de travail de courte durée, les salariés n'avaient pu « *reprendre leur travail en cours de poste dès la fin de ces mouvements* » et ce en raison « *à la fois des nécessités de la marche de l'entreprise et l'impossibilité pour les intéressés de la fourniture d'un travail normal en contrepartie du salaire* »⁷⁰⁶. Ils n'avaient donc pas droit à salaire car l'employeur était dans l'impossibilité technique de leur fournir du travail. Dans une situation analogue, la Cour a également énoncé en 1979 que « *la production et le travail ne pouvant être repris dans des conditions normales avant la fin du poste* », l'employeur n'était pas tenu d'imposer la reprise du travail à ses salariés et donc de les rémunérer alors même que le mouvement de grève

⁷⁰⁴ DRAGUE O., « De quelques éléments concernant les conséquences pécuniaires de la grève à l'égard des grévistes et de leurs organisations syndicales », SSL Suppl. 1986, n° 322, p. 20.

⁷⁰⁵ Le travail posté (appelé aussi travail en équipes ou travail en rotation) est la forme d'organisation du travail où des équipes se relaient au même poste les unes après les autres.

⁷⁰⁶ Cass. soc. 8 mars 1967, Bull. civ. IV, p. 181, n° 222.

avait pris fin⁷⁰⁷. Un dernier arrêt mérite également d'être mentionné car il illustre particulièrement bien le lien entre créance de salaire et exécution d'un travail normal. La Cour de cassation estime que le salarié qui « débraye » pendant une demi-heure et qui n'est pas admis à reprendre le travail l'heure d'après n'a pas à être rémunéré alors que cette perte de salaire résulte du choix de l'employeur. En effet, selon elle, « *le temps de travail, du fait de l'employeur, n'a pas à être indemnisé s'il résulte des circonstances de ces grèves et de l'organisation de l'entreprise que (...) les travailleurs n'auraient pu exécuter les obligations qui leur incombaient en contrepartie de la rémunération qu'ils recevaient* »⁷⁰⁸.

197. Comme le remarque Anja JOHANSSON, « *cette jurisprudence relève ainsi clairement de la logique productiviste* », dans la mesure où « *il était admis que l'employeur pouvait conditionner la reprise du travail à la possibilité d'exécuter un travail normal, la productivité, autrement dit, le résultat du travail était pris en compte* »⁷⁰⁹. L'application stricte du droit commun des contrats permet de justifier la détermination de l'obligation du salarié selon une logique purement productiviste. Dès lors que le salarié n'est pas en mesure de fournir la prestation de travail contractuellement prévue, il ne peut exiger de son employeur qu'il exécute son obligation de le rémunérer.

198. De cette jurisprudence qui prive le salarié de son droit à rémunération en cas d'impossibilité technique de fournir un travail normal, peut être rapprochée la jurisprudence concernant la rémunération du temps de travail nécessaire pour arrêter puis remettre en marche les machines dans le cadre d'un mouvement collectif. Là encore, la Cour met en avant l'idée que le travail qui ouvre droit à rémunération est celui prévu contractuellement. C'est ainsi que le juge a estimé, jusqu'à la fin des années 80, que le travail effectué pendant ces périodes devait être considéré comme une inexécution des obligations du salarié. Dans une décision du 25 juin 1987, il dénie tout droit à rémunération aux salariés pour « *les heures passées à arrêter et à remettre en marche les machines* », au motif que « *l'employeur*

⁷⁰⁷ Cass. soc. 7 février 1979, Bull. civ. V, p. 85, n° 118.

⁷⁰⁸ Cass. soc. 17 janvier 1968, Bull. civ. V, p. 30, n° 35.

⁷⁰⁹ JOHANSSON A., « La détermination du temps de travail effectif », LGDJ 2006, p. 34.

n'est pas tenu au paiement d'un temps de travail accompli dans des conditions autres que celles qui sont prévues par le contrat de travail »⁷¹⁰.

199. Dans le second cas, ce qui était reproché aux grévistes et qui a conduit à une diminution de leur créance de salaire était l'exécution d'un travail défectueux et donc un rendement réduit pour l'entreprise. En pratique, se posait la question de la légitimité des réductions de salaire imposées par l'employeur lorsque les salariés effectuaient des « grèves perlées », et exécutaient par conséquent leur travail dans des conditions autres que celles prévues au contrat⁷¹¹. Face à cette question, le juge a pris position en faveur d'une possible réduction du droit à rémunération des salariés. Il a par exemple été jugé qu'un ouvrier qui « *avait exécuté son travail dans des conditions autres que celles prévues à son contrat ou pratiquées dans la profession (...) avait agi abusivement et qu'il ne pouvait prétendre recevoir la totalité du salaire convenu en contrepartie d'un travail normal* »⁷¹². Solution continuellement maintenue, comme en atteste un arrêt rendu en 1984 à l'attendu explicite : « *les salariés ne sauraient exiger de leur employeur qu'il continue de leur verser le même salaire pour une production réduite, quelle que soit la motivation de cette réduction, dès lors qu'elle est volontaire* »⁷¹³. Le salarié qui, volontairement, accomplissait une prestation de travail autre que celle prévue au contrat pouvait voir son droit de créance amputé par son employeur.

200. Cette jurisprudence permet de mieux circonscrire le fait générateur qui, pendant un temps, justifiait la naissance du droit à rémunération. L'obligation que doit le salarié à son employeur correspondait à l'accomplissement d'une prestation de travail effectif. Le simple fait de rester à sa disposition ne suffisait pas, en soi, à lui assurer la certitude d'un revenu. En effet, si suite à un mouvement de grève, il se trouvait dans l'impossibilité technique de fournir un travail ou s'il l'effectuait volontairement de manière défectueuse, son droit à

⁷¹⁰ Cass. soc. 25 juin 1987, Bull. civ. V, p. 271, n° 428.

⁷¹¹ GALLAND H., « La grève perlée et ses conséquences juridiques », JCP G, 1947, I, 637. L'auteur les définit comme « *une diminution du rendement sans diminution du temps de présence au lieu de travail, qui résulte soit du ralentissement du rythme du travail, soit au contraire d'un zèle excessif aboutissant à l'engorgement, soit aussi à un rendement de qualité moindre* ».

⁷¹² Cass. soc. 16 juillet 1964, Bull. civ. V, p. 509, n° 620.

⁷¹³ Cass. soc. 3 juillet 1984, Bull. civ. V, p. 216, n° 284. L'apport de cet arrêt réside également dans la mention d'une condition supplémentaire : le salarié devait avoir volontairement agi dans l'intention de réduire son rendement.

rémunération s'en trouvait amoindri, voir supprimé. Cette conception « *purement synallagmatique et comptable* »⁷¹⁴ de la contrepartie de la rémunération a cependant évolué sous l'influence, notamment, de la modification de la notion de temps de travail effectif et de l'extension du champ d'application des sanctions pécuniaires. Sans remettre en cause la réciprocité des obligations nées du contrat de travail, l'obligation du salarié a, quant à elle, évolué. Le salarié peut se prévaloir d'une créance de salaire dès lors qu'il s'est tenu à la disposition de son employeur.

B. La conception moderne de l'obligation du salarié : la mise à disposition de la force de travail.

201. Le juge a eu souvent l'occasion d'affirmer « *que tout salaire est la contrepartie de la prestation de travail* »⁷¹⁵. Encore faut-il se mettre d'accord sur la définition de la prestation de travail exigée de la part du salarié. Le langage courant, à l'instar de la jurisprudence ancienne, aurait tendance à y déceler l'exigence d'une prestation effective, d'une mise en mouvement active de la force de travail. Pour autant, la jurisprudence actuelle oblige à se détacher de cette vision et à admettre que « *c'est moins le travail effectif accompli qui justifie le droit au salaire que le fait pour le travailleur de s'être mis à la disposition de l'employeur* »⁷¹⁶. Cette évolution, sans être une révolution, marque un profond changement de conception du contrat de travail et témoigne d'une volonté d'amoindrir le lien entre créance de salaire et réalisation d'un travail essentiellement productif (1). Si la finalité du contrat de travail en sort renouvelée, il faut néanmoins constater que cette transformation repose sur de solides fondements juridiques (2).

1) Une conception renouvelée par le dépassement de la logique productiviste de la valeur travail.

202. La jurisprudence suivant laquelle la créance de salaire est due dès que le salarié a été à la disposition de son employeur remonte, semble-t-il, au célèbre arrêt *Le port des passions*

⁷¹⁴ PELISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., Droit du travail, 23^{ème} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2006, n° 994, p. 1140.

⁷¹⁵ Cass. soc. 11 janvier 1962, JCP 1962, II, 12564.

⁷¹⁶ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », PUF, Thémis Droit 1991, 12^{ème} éd., p. 569.

(ou *Charles Vanel*)⁷¹⁷. Dans cette affaire, un comédien avait été recruté dans le cadre d'un contrat à durée déterminée pour la réalisation d'un long métrage. Faute de moyen financiers, la société productrice n'avait pu procéder au tournage à la date fixée. Le salarié qui s'était tenu à la disposition de son employeur à la date fixée avait saisi les tribunaux et réclamait paiement de l'intégralité de ses salaires alors qu'aucun travail n'avait été fourni. La Cour de cassation, qui devait se prononcer sur l'étendue exacte du préjudice indemnisable, a estimé que « *dès lors que Vanel (l'acteur) s'était tenu à la disposition de son employeur, il devait percevoir les salaires convenus en contrepartie* ». Elle prend également soin de mentionner qu'il s'agit bien de « *l'intégralité des salaires convenus* » et non d'une fraction de ces derniers. Cette solution a maintes fois été confirmée depuis. La Cour a ainsi condamné un employeur qui « *avait demandé (à ses salariés) de rester à sa disposition ce qu'ils avaient fait, et était tenu de les en rémunérer, peu important les occupations qu'ils avaient eu ou non pendant cette durée* »⁷¹⁸. Ou encore considérer que « *le salarié qui se tient à la disposition de son employeur, a droit à son salaire, peu important que ce dernier ne lui fournisse pas de travail* »⁷¹⁹. Plus récemment, elle a pu casser l'arrêt d'une cour d'appel ayant rejeté la demande de rappel de salaire d'un employé « *sans rechercher si la salariée, comme elle le soutenait, s'était tenue pendant cette période à la disposition de son employeur* »⁷²⁰. Par ces arrêts, la Cour remet au centre du débat la question de la contrepartie de la rémunération. Le salaire n'est plus la contrepartie de la prestation de travail, mais la contrepartie de la mise à disposition, par le salarié, de sa force de travail.

203. Avant de s'interroger sur le bien-fondé juridique de cette solution, il convient de se demander si la cause profonde de cette évolution ne réside pas dans un changement de la conception que se fait le juge du contrat de travail et corrélativement de l'obligation qui pèse sur le salarié.

204. Concernant l'obligation du salarié, les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER estiment que « *cette évolution rend moins étroite la corrélation entre la prestation de travail et le droit au salaire. Elle ne signifie pas cependant que les salaires versés par l'employeur ne*

⁷¹⁷ Cass. soc. 28 février 1962, D. 1962, p. 605, note LYON-CAEN G.

⁷¹⁸ Cass. soc. 4 janvier 1978, Bull. civ., V, n° 2, p. 2.

⁷¹⁹ Cass. soc. 3 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1009.

⁷²⁰ Cass. soc. 28 septembre 2011, RDT 2011, p. 647.

trouvent pas leur cause dans le travail fourni par le salarié. Elle doit seulement s'interpréter comme une manifestation du caractère alimentaire du salaire : en échange de l'engagement qu'il prend de fournir son travail, le travailleur obtient la garantie d'un revenu dont la stabilité ne souffrira pas de certains évènements pouvant suspendre l'exécution du travail »⁷²¹. Le Professeur Gérard COUTURIER ne se réfère pas explicitement au caractère alimentaire du salaire. Pour autant, il critique une lecture trop stricte du lien entre salaire et travail effectué qui « ferait du travail une marchandise dont le salaire serait le prix »⁷²². Son analyse du droit positif le conduit à penser que « plutôt que du prix d'un travail, ne devrait-on pas parler de la rémunération attachée à un emploi ? » et se demander si l'employeur ne s'engage pas davantage à « procurer un certain niveau de ressources au salarié qui accepte de se placer vis-à-vis de lui dans une relation de subordination ». Mais c'est peut-être Félix PIPPI qui a, le premier, pris la pleine mesure de ces changements. Dès 1966, il énonce qu'« à l'idée traditionnelle du salaire, prix du travail, se substitue une notion moderne du salaire, celle de rémunération du travailleur. (...) En prenant en considération l'aspect alimentaire du salaire, on introduit dans l'analyse juridique un facteur capital : la personne du travailleur, ignorée totalement par la théorie traditionnelle »⁷²³. Cette prise en compte de la personne du travailleur semble avoir un rôle moteur dans le remodelage de l'obligation du salarié. La cause « impulsive et déterminante » qui amène le salarié à conclure un contrat de travail étant la nécessité d'assurer sa propre survie et celle de sa famille, il convient de lui consacrer un droit de créance dès lors qu'il se met à la disposition de celui qui l'emploie. Pour autant, le Professeur René SAVATIER remarquait avec justesse « c'est par le dedans, plus que par leur aspect formel que les institutions juridiques se transforment »⁷²⁴. La Cour de cassation n'a en effet ni modifié le caractère contractuel du contrat de travail, ni remis en cause son essence civiliste. Elle n'a que « déplacé » l'objet du rapport synallagmatique et, pour reprendre les termes de deux auteurs, le synallagmatisme n'a été que « revisité »⁷²⁵ par le droit du travail. La référence au salaire comme contrepartie du travail n'a d'ailleurs pas totalement disparu de la sémantique de la Cour comme en témoigne une décision récente

⁷²¹ RIVERO J. et SAVATIER J., *op. cit.*, p. 569.

⁷²² COUTURIER G., « Droit du travail. Les relations individuelles », PUF, 1993, 12^{ème} éd., p. 475.

⁷²³ PIPPI F., « De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social », thèse, LGDJ, 1966 p. 78.

⁷²⁴ SAVATIER R., « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », Dalloz 1929, 2^{ème} éd., p. 7.

⁷²⁵ PIGNARRE G. et PIGNARRE L.-F., « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », RDT 2011, p. 647.

suivant laquelle « *le salaire étant la contrepartie du travail fourni par le salarié, l'employeur peut contraindre le salarié à rembourser le salaire indûment perçu alors qu'il n'avait pas travaillé*⁷²⁶ ». Il faut cependant entendre par « travail fourni » le fait que le salarié ne se soit pas tenu à la disposition de son employeur.

205. La redéfinition de l'obligation du salarié comme obligation de se tenir à la disposition de l'employeur pendant un certain temps trouve donc son fondement, à la fois dans la volonté de se départir d'une vision trop marchande du travail du salarié et de la nécessité de prendre en compte sa dimension alimentaire. Cette évolution va de pair avec celle qui a permis de définir le temps de travail effectif. Le droit à rémunération défini comme la contrepartie d'un travail essentiellement productif, créateur d'un résultat prédéfini, a progressivement évolué vers une logique du travail au temps, d'abord reconnu par la Cour de cassation, puis consacré par le législateur. Au-delà de la volonté tout à fait louable de prendre en compte les spécificités dans lesquelles se trouvent le travailleur subordonné, cette position repose sur une solide argumentation juridique.

2) Une conception justifiée par des fondements juridiques pertinents.

206. La mise à disposition de la force de travail comme objet de l'obligation du salarié peut se justifier par deux arguments juridiques. En premier lieu, le juge considère que l'employeur est tenu d'une créance de salaire à l'égard de son salarié qui s'est tenu à sa disposition mais qui n'a pas exécuté une prestation « active » en cas de défaillance de son obligation de lui fournir du travail (a). En second lieu, le juge a pu admettre que le droit de créance du salarié est également acquis même en cas d'exécution défectueuse de la prestation en se fondant sur le principe de la prohibition des sanctions pécuniaires (b).

a) Le droit à créance de salaire justifié par l'obligation de l'employeur de fournir du travail.

⁷²⁶ Cass. soc. 22 juin 1999, n° 97-42.420, Lexbase hebdo, éd. Sociale, 6 septembre 2007, n° 271.

207. Le refus d'une trop stricte corrélation entre prestation de travail et créance de salaire ne s'est pas fait au prix de l'abandon du caractère synallagmatique du contrat de travail. L'employeur est tenu de rémunérer le salarié resté à sa disposition dans la mesure où il n'a pas rempli son obligation de lui fournir du travail. Cette obligation, mise en avant par la doctrine, a peu à peu été consacrée par la jurisprudence. L'obligation de fournir du travail revêt pourtant une importance capitale dans le déroulement de la relation de travail. Obligation « préparatoire à l'exécution »⁷²⁷, ou encore « obligation première de l'employeur »⁷²⁸, elle conditionne pour le salarié la possibilité d'accomplir sa prestation de travail. Cette obligation « accessoire » est en effet indispensable à la réalisation de l'obligation principale du salarié, puisque si l'employeur ne lui donne pas les moyens de fournir sa prestation, comment pourrait-il être à même de travailler ? La Cour de cassation, dans une décision du 25 octobre 1972, consacre explicitement que l'employeur « a l'obligation de fournir du travail à son personnel »⁷²⁹. Sans prétendre à l'exhaustivité, le juge a, à de nombreuses reprises, confirmé l'existence de cette obligation. Ainsi, la Cour de cassation relève que « l'employeur a manqué à son obligation de fournir du travail au salarié et doit lui payer le salaire convenu »⁷³⁰.

208. Si la question de l'existence de l'obligation de fournir du travail ne fait pas débat⁷³¹, son fondement juridique a pu, pendant un temps, interroger. Le Professeur Gérard LYON-CAEN considère pour sa part, dès 1962, que cette obligation repose sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil qui instaure un devoir de bonne foi entre les cocontractants⁷³². Cette intuition sera confirmée par la jurisprudence⁷³³. L'argument textuel est convaincant, la Cour s'étant déjà appuyée sur l'article 1134 du Code civil par le passé afin d'imposer un certain

⁷²⁷ LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 605.

⁷²⁸ PIGNARRE G. et PIGNARRE L.-F., *op. cit.*, p. 647.

⁷²⁹ Cass. soc. 25 octobre 1972, Bull. civ. V, p. 520, n° 573.

⁷³⁰ Cass. soc. 12 juillet 1989, Bull. civ. V, p. 321, n° 531.

⁷³¹ Les ouvrages de référence abondent en ce sens. Par exemple, pour Gérard COUTURIER (« Droit du travail », PUF t. 1, 2^{ème} éd. 1993, n° 195, p. 326), « il faut cependant souligner l'importance d'une autre obligation qui est première tant logiquement que chronologiquement : l'obligation de fournir du travail au salarié » ou encore Jean RIVERO et Jean SAVATIER « L'employeur s'est engagé à fournir le travail correspondant à l'emploi occupé par le salarié » (p. 508).

⁷³² LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 606, « Pourtant, si le travailleur est présent et offre de travailler, l'employeur qui ne lui permettrait pas de s'acquitter de son obligation méconnaîtrait au moins son devoir d'agir de bonne foi ».

⁷³³ Cass. soc. 3 novembre 2010, D. 2011, 1246, qui énonce au visa de l'article 1134 du Code civil et de l'article L. 1231-1 que l'employeur a l'obligation de fournir le travail convenu.

nombre d'obligations à l'employeur⁷³⁴. Cependant, au-delà du texte, c'est dans l'objet même du contrat de travail que réside le fondement de cette obligation. Pour reprendre les termes de Stéphane BRISSY, « *avant même l'accomplissement d'un travail, la première prestation due par le salarié consiste à mettre sa capacité de travail à la disposition de l'employeur* »⁷³⁵. L'état de subordination dans lequel se trouve le salarié impose qu'il se tienne prêt à intervenir et à exécuter les ordres de l'employeur.

209. Dans son analyse du contrat de travail en tant que contrat de location, le Professeur Thierry REVET complète le propos en démontrant avec justesse que le salarié est seulement tenu à une mise à disposition active en ce qu'il est le seul à pouvoir mettre matériellement en œuvre sa force de travail⁷³⁶. Mais c'est l'employeur qui, juridiquement, constitue le déclencheur de cette mise en œuvre puisque c'est sur son ordre que le salarié agit. C'est pourquoi l'employeur est tenu de donner au salarié des instructions, si minimes soient-elles, quant au travail à accomplir. La seule disponibilité du salarié justifie le paiement de l'intégralité de son salaire et la mise en œuvre de sa force de travail par l'employeur est sans conséquence sur la naissance du droit à rémunération. La logique n'est cependant pas la même lorsque l'on s'interroge sur le fondement du droit à rémunération du salarié qui effectue volontairement un travail défectueux.

b) Le droit au salaire renforcé par la prohibition des sanctions pécuniaires.

210. Un temps, le juge a pu autoriser l'employeur à « *limiter le salaire des grévistes au montant de la rémunération afférente au travail effectué normalement* »⁷³⁷. Ce cas de figure diffère de celui envisagé précédemment dans la mesure où le salarié viole délibérément ses obligations contractuelles. Par application du droit commun des contrats, permettre à l'employeur de procéder à la réfaction du contrat serait juridiquement envisageable⁷³⁸. Le recours au droit civil va cependant se heurter aux dispositions encadrant le pouvoir disciplinaire de l'employeur, spécialement l'article L. 1331-2 du Code du travail qui prohibe

⁷³⁴ En ce sens, ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N, « Le juge et le contrat de travail – Essai d'une relecture judiciaire d'un contrat », Thèse, LGDJ, 2014.

⁷³⁵ BRISSY S., « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. soc. 2008, p. 434.

⁷³⁶ REVET T., « La force de travail (étude juridique) », LITEC, 1992, p. 348 et s.

⁷³⁷ Cass. soc. 23 janvier 1980, Bull. civ. V, n° 63.

⁷³⁸ ASUNCION PLANES K., « La réfaction du contrat », Thèse, LGDJ, 2006.

les amendes et sanctions pécuniaires⁷³⁹. Cet « *affrontement entre la logique contractuelle et la logique disciplinaire* »⁷⁴⁰ va tourner au profit du droit disciplinaire puisque la Haute juridiction assimile désormais les retenues opérées sur les salaires suite à des faits considérés comme fautifs à des sanctions pécuniaires interdites⁷⁴¹. Ce revirement jurisprudentiel a été diversement apprécié par la doctrine. Pour Diane HENNEBELLE⁷⁴², le choix du juge s'explique avant tout par des considérations pratiques et ne convainc guère sur le plan juridique⁷⁴³. Au soutien de sa thèse, elle évoque dans un premier temps le fait que cette solution soulève des problèmes sur le plan de l'équité. Cette jurisprudence créerait une distorsion entre d'un côté, les grévistes usant de leur droit dans le cadre dégagé par la Cour de cassation et qui n'ont pas droit à rémunération et de l'autre côté, les salariés accomplissant de manière défectueuse leur travail sans conséquence sur leur rémunération⁷⁴⁴. Ce premier argument n'emporte pas notre conviction, puisque, l'auteur le reconnaît elle-même, les salariés usant de leur droit de grève de manière illicite s'exposent à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement, contrairement aux « vrais » grévistes qui ne peuvent être sanctionnés qu'en cas de faute lourde. Le deuxième argument évoqué repose, cette fois-ci, sur un raisonnement juridique. Toujours selon Diane HENNEBELLE, l'interprétation faite par la Cour des articles L. 122-40 et L. 122-42 du Code du travail⁷⁴⁵ serait contestable en ce que la jurisprudence, pour écarter la possibilité de réduire le salaire en cas d'exécution défectueuse, définirait la sanction pécuniaire par rapport à la sanction disciplinaire⁷⁴⁶. Autrement dit, elle reproche à la Cour de qualifier de sanction pécuniaire toute mesure répondant à la définition de sanction disciplinaire telle que définie

⁷³⁹ L.1332-1 du Code du travail. « Les amendes et autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition contraire est réputée non écrite ». Cf. PELISSIER J., « La définition des sanctions disciplinaires », Dr. soc. 1983, p. 545.

⁷⁴⁰ WAQUET P., « Droit disciplinaire et modification du contrat de travail », Dr. soc. 1998, p. 804.

⁷⁴¹ Cass. soc. 20 février 1991, Dr. soc. 1991, p. 469, note A. MAZEAUD. Confirmation explicite de la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Devanlay*, Cass. soc. 8 octobre 1987, D. 1988, n° 189.

⁷⁴² HENNEBELLE D., « Essai sur la notion de salaire », PU Aix-Marseille, 2000, spécialement p. 53 et s.

⁷⁴³ *Ibid.* Selon cette auteure, « *la répercussion d'un ralentissement de la cadence de travail sur un salaire au temps s'avère fort délicate à effectuer (...) il en résulte un risque de calcul, si ce n'est arbitraire, du moins erroné* ».

⁷⁴⁴ En appui, elle se réfère à J. SAVATIER, (note sous Cass. soc. 12 avril 1995, Dr. soc. 1995, p. 599) pour qui on en arrive à « *une solution qui traite moins bien le gréviste usant de son droit que l'auteur de l'acte de participation à un mouvement collectifs selon des modalités illicites* ».

⁷⁴⁵ Devenu respectivement les articles L. 1331-1 et L. 1331-2 du Code du travail.

⁷⁴⁶ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 56.

par l'article L. 1331-1⁷⁴⁷ et ayant un impact direct sur la rémunération. Cette définition n'est, pour elle, pas suffisante puisqu'il faudra en plus que cette sanction « *constitue une peine, ce qui n'est pas le cas pour le non-paiement d'une somme qui n'était pas due* »⁷⁴⁸. Cette argumentation nous paraît tout aussi réfutable que la première. L'absence de définition légale des sanctions pécuniaires ne doit pas occulter les liens qui unissent les deux articles précités⁷⁴⁹. Lorsque le salarié effectue un travail défectueux, il commet bien une « faute »⁷⁵⁰ puisqu'effectivement, il n'exécute pas correctement ses obligations contractuelles. Si l'employeur veut sanctionner cette faute, il rentre dans le champ d'application de l'article L. 1331-1 du Code du travail puisque toute mesure⁷⁵¹ prise par l'employeur à la suite d'un agissement considéré comme fautif est une sanction disciplinaire. Or, si cette sanction disciplinaire a une conséquence directe sur la rémunération du salarié, elle est constitutive d'une sanction pécuniaire prohibée par l'article L. 1331-2 du Code du travail.

211. Ces deux fondements juridiques, à savoir l'obligation pour l'employeur de fournir du travail et la prohibition des sanctions pécuniaires, justifient l'évolution de l'obligation du salarié en une simple mise à disposition de sa force de travail au service de l'employeur. Ce choix effectué par la jurisprudence a entraîné une redéfinition des obligations et droits de chacune des parties à la relation de travail.

§2 : Les liens entre mise à disposition et droit à rémunération.

212. La mise à disposition de la force de travail est bien le fait générateur de la créance de salaire retenue par la jurisprudence, confirmant ainsi l'analyse théorique du contrat de travail proposée par certains auteurs⁷⁵². Cette solution prévaut également au stade de

⁷⁴⁷ A savoir, « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif ».

⁷⁴⁸ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 57.

⁷⁴⁹ Cf. PELISSIER J., *op. cit.*, p. 548, « le simple fait que la « sanction » disciplinaire fasse désormais l'objet d'une définition légale peut exercer une influence sur la définition de la sanction pécuniaire ».

⁷⁵⁰ Comme le relève les Professeurs RIVERO et SAVATIER, est une faute contractuelle la faute qui consiste « dans l'inexécution ou la mauvaise exécution, même involontaire, des obligations contractuelles ». *op. cit.*, p. 182.

⁷⁵¹ Sauf les observations verbales expressément exclues par ledit article.

⁷⁵² Cf. *Infra*, Chapitre I, Section II, §1, A.

l'exécution du contrat de travail. Dès lors que le salarié se tient à la disposition de son employeur, il a droit à rémunération. A l'inverse, et en corollaire, son droit à rémunération diminue proportionnellement à l'absence de mise à disposition de la force de travail. Cependant, il faut constater que la jurisprudence a fait produire des effets plus remarquables à ce fait générateur, puisqu'elle va s'appuyer dessus pour octroyer une créance de salaire en dehors du périmètre contractuel initialement prévu. Ainsi, la mise à disposition de la force de travail est génératrice de rémunération durant l'exécution du contrat de travail (A), mais également, de manière plus exceptionnelle, en dehors du cadre du contrat de travail (B).

A. La mise à disposition de la force de travail comme fait générateur de rémunération durant l'exécution du contrat de travail.

213. La mise à disposition s'entend traditionnellement en droit civil comme « *la délivrance d'une chose louée... de l'ensemble des actes matériels qui permettent au locataire... d'utiliser le bien dans les limites posées par le contrat* »⁷⁵³. Appliqué au droit du travail, le salarié met à disposition de l'employeur un bien particulier, sa force de travail, à charge pour l'employeur de la mettre en œuvre. Ce qu'il convient de noter, c'est qu'il doit la mettre en œuvre « *dans les limites posées par le contrat* ». Dès l'instant où la force de travail est proposée à l'employeur dans le cadre délimité par le contrat de travail, la rémunération est due, sauf circonstances exceptionnelles (1). En corollaire, l'absence de mise à disposition se traduit en principe par l'absence de droit à rémunération (2).

1) La mise à disposition de la prestation prévue au contrat.

214. La notion de mise à disposition justifie que l'employeur puisse exiger de son salarié l'accomplissement d'une prestation de travail. L'employeur ne peut se dégager de sa dette de salaire s'il ne permet pas à son salarié de fournir sa prestation de travail ou s'il cherche à la mettre en œuvre en dehors du cadre contractuel initialement prévu (a). La jurisprudence a cependant admis que dans certaines situations exceptionnelles, le salarié pouvait être privé

⁷⁵³ DECOOPMAN N., « La notion de mise à disposition », RTD Civ. 1981, p. 300.

de son droit à rémunération quand bien même il serait resté à la disposition de son employeur (b).

a) La rémunération de la mise à disposition prévue au contrat.

215. Le salarié doit mettre à disposition de l'employeur sa force de travail. A charge, pour l'employeur, de la mettre en œuvre par le truchement de la subordination juridique. Dès lors que le salarié s'est mis en position de fournir sa force de travail, l'employeur contracte envers lui une dette de salaire. Il ne peut lui imposer une mise à disposition autre que celle prévue au contrat. Un arrêt illustre particulièrement bien le lien entre la prestation prévue au contrat et le droit à rémunération. Dans cette affaire, l'employeur avait, en concertation avec le comité d'entreprise, organisé une journée de détente. Une salariée membre de ce comité, refusa d'y participer et se vit refuser le paiement de son salaire pour la journée correspondante en raison de son absence ce jour-là. Suite à la saisine des tribunaux, la Cour de cassation a décidé que la salariée « *avait droit à son salaire dès l'instant qu'elle s'était tenue à la disposition de son employeur pour effectuer son travail* »⁷⁵⁴. La mise en mouvement de la force de travail du salarié s'arrête aux portes du contrat de travail⁷⁵⁵. Cela s'explique par le caractère synallagmatique du contrat de travail qui, encore une fois, n'a pas été remise en cause par la Cour et qui impose aux parties de ne respecter que ce à quoi elles se sont obligées. A cette règle légale s'ajoute également le régime prétorien de la modification du contrat de travail érigé par la Chambre sociale de la Cour de cassation, notamment la règle jurisprudentielle issue de l'arrêt « Raquin » qui ferme la porte à la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur⁷⁵⁶. Les fonctions du salarié étant un élément essentiel du contrat de travail, un changement de poste de travail ne peut intervenir qu'avec l'accord de ce dernier⁷⁵⁷. La jurisprudence⁷⁵⁸ est claire sur la question

⁷⁵⁴ Cass. soc. 8 octobre 1996, n° 93-44672, RTD civ. 1997, p. 633, obs. J. HAUSER ; RTD Civ. 1997, p. 655, obs. J. MESTRE.

⁷⁵⁵ Comme le relève le Professeur HAUSER, « *Que le pouvoir disciplinaire de l'employeur lui permette d'inciter l'employé à travailler certes, qu'il lui permette de lui ordonner de se distraire non* ». *Op. cit.* p. 633.

⁷⁵⁶ Cass. soc. 8 octobre 1987, n° 84-41.902, D. 1988, p. 57 ; Dr. soc. 1988, p. 135.

⁷⁵⁷ Cass. soc., 9 décembre 2010, n° 09-40.126, « *le fait de retirer à un salarié les fonctions principales qui étaient les siennes pour ne plus lui confier que les attributions secondaires de son emploi constitue une modification du contrat de travail* ».

⁷⁵⁸ Cass. soc. 22 octobre 2002, RJS 2002, n° 1351, « *ce nouveau poste avait pour effet de transformer les attributions de l'intéressé, en changeant sa qualification professionnelle, ce qui caractérisait une modification*

puisqu'un salarié embauché pour tel type de tâche ne peut être affecté sur une tâche qui suppose une autre qualification sans son accord⁷⁵⁹. Dès lors, l'absence de travail n'exclut pas automatiquement le droit à rémunération du salarié si l'employeur omet de mettre en œuvre sa force de travail ou bien s'il cherche à la mettre en œuvre hors du cadre du contractuel⁷⁶⁰. L'impossibilité technique d'exécuter la prestation de travail n'est pas en soi susceptible de remettre en cause le droit à rémunération du salarié⁷⁶¹.

216. La Cour de cassation ne va cependant pas jusqu'au bout de sa logique puisqu'en cas de lock-out illicite une créance de salaire ne peut être exigée par les salariés injustement privés de leur rémunération.

b) L'absence paradoxale d'une créance de salaire en cas de lock-out illicite.

217. Le lock-out consiste dans la fermeture de l'entreprise, d'un établissement, d'un atelier ou d'un service à l'occasion d'un conflit collectif⁷⁶². Les raisons qui peuvent pousser l'employeur à recourir à ce mécanisme sont multiples, que ce soit la volonté d'éviter une désorganisation de la production, l'impossibilité d'assurer la sécurité des salariés ou encore la volonté de faire pression sur les grévistes. Or, en droit français, le lock-out « *est une arme offensive que l'employeur n'est pas en droit d'utiliser* »⁷⁶³. Cette interdiction de principe⁷⁶⁴ s'explique par la volonté de protéger le droit de grève. Comme le relève à cet effet Gérard LYON-CAEN, « *il serait d'ailleurs impossible d'admettre à la fois la régularité de principe de la grève et du lock-out puisque celui-ci a pour objet de paralyser celle-là* »⁷⁶⁵. Un récent arrêt manifeste le refus du juge d'autoriser l'employeur à suspendre unilatéralement l'exécution

de son contrat de travail ». Dès lors, « *le refus par le salarié d'accepter une modification de son contrat de travail n'est pas fautif* ».

⁷⁵⁹ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Précis Dalloz, 2016, 30^{ème} éd., n° 594, p. 617.

⁷⁶⁰ Cf. les développements sur l'obligation de fournir du travail.

⁷⁶¹ Cass. soc. 11 octobre 2005, n° 03-42.105. La fermeture d'un établissement en raison de difficultés économiques liées à une réduction de l'activité ne dispense pas l'employeur de son obligation de fournir du travail.

⁷⁶² AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, n° 1415, p. 1435.

⁷⁶³ BOULMIER D., « Lock-out : conséquences d'un lock-out illicite », *Dr. soc.* 2014, p. 292.

⁷⁶⁴ Des exceptions peuvent en effet être invoquées, que nous étudierons ultérieurement.

⁷⁶⁵ LYON-CAEN G., « Le lock-out », *Dr. ouv.* 1950, p. 55.

des contrats de travail pour faire pression sur les grévistes⁷⁶⁶. Si l'interdiction du lock-out est légitime pour protéger le droit de grève des salariés, les sanctions qui en découlent pour l'employeur surprennent. D'après une jurisprudence constante⁷⁶⁷, les salariés non-grévistes sont en droit d'obtenir le paiement de dommages et intérêts compensant la perte de rémunération résultant de la fermeture illicite de l'entreprise⁷⁶⁸. Ce choix apparaît contestable tant sur le terrain juridique que sur le plan de l'opportunité. Juridiquement, tout d'abord, le fait de qualifier les sommes dues par l'employeur en dommages-intérêts en cas de lock-out illicite entre en contradiction avec la jurisprudence traditionnelle issue de l'arrêt *Charles Vanel*⁷⁶⁹. Dans cet arrêt, la Cour avait considéré que les sommes dues par un employeur qui ne fournit pas de travail à son salarié alors que ce dernier se tient à sa disposition doivent être assimilées à des salaires.

218. Or, aucune différence fondamentale ne semble exister entre cette situation et celle où les salariés non-grévistes se trouvent privés de salaire par la décision de leur employeur. En effet, dans les deux cas, les salariés accomplissent leur obligation contractuelle, à savoir mettre à disposition leur force de travail, et l'employeur n'exécute pas la sienne, qui consiste à leur fournir du travail. Cette distinction opérée par la Chambre sociale nous paraît condamnable en ce qu'elle engendre une inégalité entre salariés pourtant placés dans des situations comparables. Plus critiquable encore, elle remet en cause le principe qu'elle a elle-même dégagée, suivant lequel le fait générateur de la créance est la mise à disposition de la force de travail, et non l'exécution de la prestation⁷⁷⁰. Sur le plan de l'opportunité enfin ce choix est singulier. L'employeur qui suspend l'exécution des contrats de travail de ses

⁷⁶⁶ Cass. soc. 17 décembre 2013, n° 12-23.006, D. 2014, p. 88. « Le conseil de prud'hommes a pu décider que la fermeture de l'entreprise était illicite et constitutive d'une entrave à l'exercice du droit de grève ».

⁷⁶⁷ Cass. soc. 8 avril 1992, n° 89-40.967, bull. civ. V, n° 253 ; Cass. soc. 9 octobre 1997, n° 95-44.645 ; Cass. soc. 30 septembre 2005, n° 04-40.193.

⁷⁶⁸ Cette solution était d'ailleurs contestée par les URSSAF dans un arrêt du 23 octobre 1997, (n° 95-19.444, RJS 12/1997, p. 875, n° 1427), qui considéraient que les sommes versées devaient s'analyser en une rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. La Chambre sociale a rejeté cette interprétation au motif que les sommes versées l'étaient en réparation du préjudice causé et avaient donc la nature de dommages et intérêts.

⁷⁶⁹ Cass. soc. 28 février 1962, D. 1962, p. 605, note LYON-CAEN G. cf. supra, p. 11.

⁷⁷⁰ La seule solution pour l'employeur d'échapper à sa dette de salaire consiste à prouver que les salariés ne se sont pas tenus à sa disposition. En cela, voir Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-65.254, obs. RADE C., Dr. soc. 2011, p. 95. « C'est bien à l'employeur, débiteur de l'obligation de fournir du travail au salarié, qu'il appartient de proposer à ce dernier une prestation conforme aux stipulations du contrat de travail, et de prouver qu'il s'est acquitté de cette obligation, conformément aux dispositions de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil ».

salariés non-grévistes⁷⁷¹ dans le cadre d'un lock-out injustifié s'expose à devoir les indemniser à hauteur des salaires perdus⁷⁷². Cependant, ces sommes étant assimilées à des dommages-intérêts, il ne sera pas tenu de verser les cotisations patronales assises sur ces salaires. Il y a donc comme une « prime à l'encouragement » pour l'employeur ne respectant pas ses obligations, car il lui sera moins coûteux de procéder à un lock-out irrégulier que de rémunérer des salariés auxquels il ne peut fournir de travail⁷⁷³.

219. Hormis ce hiatus jurisprudentiel, la Cour de cassation fait de la mise à disposition de la force de travail le fait générateur de la créance de salaire. L'absence de travail fourni n'entraîne donc pas une suppression de cette créance si elle est imputable à l'employeur, qui n'a pas fourni au salarié un travail conforme aux termes de l'engagement des parties. Pour autant, l'application du droit civil au contrat de travail justifie de possibles exceptions à ce principe.

2) L'exonération de l'employeur en cas de force majeure et de situation contraignante.

220. La jurisprudence, au visa de l'article 1148 du Code civil⁷⁷⁴, estime qu'en présence d'une situation de force majeure⁷⁷⁵, l'employeur peut être dispensé d'exécuter ses obligations, notamment celle de fournir du travail et conséquemment de rémunérer les salariés restés à sa disposition⁷⁷⁶. Cette faculté offerte à l'employeur a évolué au fil des décisions et on a pu assister à un assouplissement restreint mais réel des conditions nécessaires à sa mise en œuvre. C'est en matière de conflits collectifs que la jurisprudence concernant une possible exonération de l'employeur de son obligation de fournir du travail est la plus abondante⁷⁷⁷. La raison de ce phénomène s'explique par le fait que lorsque l'employeur estime se trouver

⁷⁷¹ Il n'est pas inutile de préciser que les salariés grévistes ne sont pas concernés par les conséquences pécuniaires du lock-out illicite car leur droit à rémunération est de toute façon suspendu du fait de la grève.

⁷⁷² Cass. soc. 8 avril 1992, *op. cit.*

⁷⁷³ A noter que les salariés devront pour obtenir indemnisation saisir les tribunaux et attendre une décision de justice définitive, souvent plusieurs années après l'accomplissement des faits délictueux.

⁷⁷⁴ L'article 1148 du Code civil dispose en matière de responsabilité contractuelle «*qu'il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ». Cette disposition figure désormais à l'article 1231-1 du Code civil.

⁷⁷⁵ Situation de force majeure il y a lors de la « survenance d'un événement extérieur, irrésistible, ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat ». Cass. soc. 19 mars 1987, D. 2003, n° 1656.

⁷⁷⁶ Cass. soc. 18 janvier 1979, n° 77-40.982, Bull. civ. V, n° 52.

⁷⁷⁷ Cf. les nombreuses références citées dans JOHANSSON A., *op. cit.*, p. 319.

en face d'un cas de force majeure, il cherche avant tout à rompre le contrat de travail de ses salariés et non à suspendre ses obligations⁷⁷⁸. Il en va tout autrement en matière de conflits collectifs. Lors d'un mouvement de grève, un employeur ayant recours au lock-out ne cherche pas tant à rompre les contrats de ses salariés⁷⁷⁹ qu'à inciter les salariés non-grévistes à faire pression sur les grévistes pour qu'ils mettent fin à leur action⁷⁸⁰. Cependant, les circonstances peuvent être telles que l'impossibilité de fournir du travail aux salariés résulte moins d'une décision de l'employeur que de la situation dans laquelle se trouve le personnel suite au mouvement de grève. Ainsi, la Cour de cassation a admis que l'inexécution des obligations patronales pouvait se justifier lorsqu'elle résultait d'une contrainte pesant sur ses épaules. Le juge a, dans ce sens, pu reconnaître qu'une société ayant été dans « *l'impossibilité absolue de poursuivre l'activité* », c'est la « *force majeure* » et non la volonté de la société qui a entraîné la fermeture de l'établissement⁷⁸¹. Le recours à la notion civiliste de force majeure a cependant très vite montré ses limites. En effet, pour constituer une cause d'exonération, l'événement invoqué doit en principe répondre aux conditions classiques d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, en matière de conflits collectifs, les critères d'extériorité et d'imprévisibilité font presque systématiquement défaut. Premièrement, une application rigide du critère d'extériorité n'autoriserait l'employeur à recourir à la force majeure que dans la mesure où le mouvement collectif trouverait son origine dans une grève extérieure à l'entreprise⁷⁸². Deuxièmement, « *la grève ne saurait être considérée comme un événement imprévisible puisqu'elle correspond à l'exercice d'un droit* »⁷⁸³ et que l'employeur a nécessairement été informé des revendications des salariés grévistes⁷⁸⁴.

⁷⁷⁸ Par le recours au licenciement pour motif économique.

⁷⁷⁹ Une partie de la doctrine a pendant un temps estimé que le lock-out devait entraîner la rupture du contrat de travail, la fermeture de l'entreprise devant s'analyser comme une décision de l'employeur de procéder au licenciement des salariés (P. DURAND, *Traité de droit du travail*, 1956, t. 3, n° 311, p. 906). La Cour de cassation a très tôt contredit cette proposition et a préféré retenir, dès 1959, la thèse de la suspension du contrat (Soc. 27 oct. 1959, Bull. civ. IV, n° 1082).

⁷⁸⁰ Licenciements qui seraient de toute façon frappés de nullité en application de l'article L. 2511-1 du Code du travail.

⁷⁸¹ Cass. soc. 7 mai 1969, Bull. civ. V, p. 247, n° 297.

⁷⁸² L'on pourrait penser à une grève déclenchée chez un fournisseur ou un client particulièrement important entraînant la paralysie de l'entreprise.

⁷⁸³ CRISTAU A., « Lock-out et mise en chômage technique », *Dalloz, Rép. Dt. Trav.*, janvier 2008, n° 84.

⁷⁸⁴ La présentation des revendications des grévistes étant une condition de licéité du mouvement de grève. « *Si la présentation des revendications professionnelles doit être préalable, la grève n'est pas soumise en principe à la condition d'un rejet desdites revendications par l'employeur* ». Cass. soc. 11 juillet 1989, Bull. civ. V, n° 509. GADT, 4e éd., n° 192.

221. La Cour de cassation a donc été amenée à faire évoluer sa jurisprudence⁷⁸⁵ et a admis le recours à cette mesure de manière moins restrictive, la grève constituant « *une situation contraignante équivalent pour l'employeur à une force majeure* »⁷⁸⁶. Pour certains auteurs, seul subsiste désormais le critère d'irrésistibilité, synonyme de « *situation contraignante* »⁷⁸⁷. Témoigne de ce mouvement l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 4 mai 2000⁷⁸⁸. Dans cette affaire, le mouvement de grève des salariés d'un secteur de l'entreprise a entraîné « *la paralysie* » de celle-ci, justifiant la mise au chômage technique du personnel de l'entreprise. L'arrêt insiste sur le caractère *subi* et non *voulu* de la décision de l'employeur. Si l'irrésistibilité peut donc résulter d'une situation telle que la fermeture de l'entreprise s'impose à l'employeur, elle peut également découler d'une obligation imposée à l'employeur. En ce sens, la jurisprudence a également admis l'existence d'une situation contraignante lorsqu'était en jeu le maintien de l'ordre et de la sécurité au sein de l'entreprise. Dans un arrêt du 2 décembre 1964, la Cour de cassation considère que « *les mesures de fermeture tout à fait limitées et temporaires intervenues dans de telles circonstances ressortissaient des pouvoirs normaux et même des devoirs d'un employeur soucieux d'assurer un minimum de sécurité et d'ordre dans son entreprise* »⁷⁸⁹. Dans ce cas de figure, la fermeture de l'entreprise est justifiée, voir imposée, par la mobilisation des obligations qui incombent à l'employeur en vertu de son pouvoir de direction⁷⁹⁰. L'employeur est en effet tenu d'une obligation de sécurité envers ses salariés⁷⁹¹. Si le maintien de l'activité met en péril la santé des travailleurs, il serait illogique d'obliger l'employeur à devoir continuer à fournir du travail à ses salariés. En cela, la solution de la

⁷⁸⁵ L'autonomisation de la notion de force majeure en fonction de la branche du droit concernée est un phénomène apparemment classique. Cf. le Professeur P.-H. ANTONMATTEI, « *trop souvent conçu comme un instrument de jurisprudence politique, le concept de force majeure a éclaté. Ce que la doctrine s'efforce parfois de justifier par le classique discours autonomiste. Autonomie des branches du droit privé, la parcellisation de ce dernier porterait en soi les germes d'un éclatement du concept de force majeure. Une équation semble alors naître : à droit autonome, force majeure autonome* » (P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, thèse, Université de Montpellier, 1992, spéc. p. 10).

⁷⁸⁶ Cass. soc. 18 janvier 1979, Bull. civ. 1979, V, n° 52.

⁷⁸⁷ CRISTAU A., *op. cit.*, n° 83.

⁷⁸⁸ Cass. soc. 4 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 1091, obs. CRISTAU A. ; Cass. soc. 22 février 2005, Dr. soc. 2005, p. 589, note RADE C.

⁷⁸⁹ La grève était intervenue dans un établissement d'industrie lourde comportant des machines d'utilisation délicate et dangereuse.

⁷⁹⁰ Solution reprise par exemple, Cass. soc. 8 décembre 1977, Bull. civ. V, n° 685, p. 549. Dans cette affaire, la situation contraignante résultait « *d'actes de violence et de déprédations d'une extrême gravité* ».

⁷⁹¹ Obligation reconnue par le Code du travail, notamment à l'article L. 4121-1 « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

Cour de cassation doit être approuvée, même si un strict contrôle des motifs invoqués par l'employeur doit être opéré⁷⁹².

222. L'obligation du salarié entendue comme la mise à disposition de sa force de travail trouve donc à s'appliquer pleinement durant l'exécution du contrat de travail. Obligation principale du contrat côté salarié, elle est le fait générateur de sa créance de salaire, que l'employeur décide de la mettre en œuvre ou non. Elle trouve sa limite lorsque ce dernier est dans l'incapacité d'exécuter son obligation de lui fournir du travail, autrement dit, lorsqu'il se retrouve face à une situation contraignante résultant soit d'une paralysie de l'entreprise, soit de l'obligation d'assurer la sécurité et l'ordre au sein de l'entreprise⁷⁹³. Pour autant, la jurisprudence s'appuie sur cette mise à disposition pour conférer une créance de salaire au salarié alors même qu'il ne se trouve pas dans un rapport contractuel avec son employeur.

B. La mise à disposition comme fait générateur de rémunération en dehors du cadre du contrat de travail.

223. La force de travail étant la principale source de valeurs pour le salarié⁷⁹⁴, sa mise en œuvre est nécessaire pour qu'il puisse assurer sa survie et celle de sa famille. Dès lors, tout acte, tout fait nuisible à son déploiement lui cause nécessairement un préjudice. L'organisation du travail dans l'entreprise et les fluctuations des périodes d'activité doivent se concilier avec cet impératif. C'est dans cette optique que la Cour de cassation condamne les pratiques de travail « *on call* » ou encore appelées travail « *au sifflet* »⁷⁹⁵. Deux situations

⁷⁹² En effet, comme le remarque un auteur, cette jurisprudence qui repose sur le pouvoir de direction de l'employeur, trouve sa justification et son fondement dans l'intérêt de l'entreprise. SPORTOUCH J.-M., « La fermeture de l'entreprise en cas de conflit collectif », Dr. soc. 1988, p. 686. Or, il ne faudrait pas que l'intérêt de l'entreprise apparaisse comme « *un habile subterfuge pour permettre à l'employeur de limiter des droits tout aussi respectables détenus par les salariés* », RAY J.-E., « Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève », Librairies Techniques, 1985, n° 187, p. 212.

⁷⁹³ Cass. soc. 26 mars 2014, n° 12-26.600, 12-26.602, 12-26.607, 12-26.611. Dans ces décisions, la paralysie génératrice d'une situation est causée par le comportement d'insubordination des salariés qui ont empêché leur employeur d'accéder librement aux locaux de l'entreprise qu'ils occupaient, notamment en lui remettant tardivement un nouveau jeu de clés des lieux. Au cours de cette période, ce dernier s'était donc trouvé dans l'incapacité de maîtriser les outils comptables de la société et d'exercer son pouvoir de direction.

⁷⁹⁴ En ce sens REVET T., *op. cit.*, spéc. p. 378 et s. En témoigne les infractions pénales de coups, blessures et violences dont la gravité est calculée sur l'incapacité totale ou partielle de travail.

⁷⁹⁵ Cass. soc. 12 juillet 1999, Dr. soc. 1999, p. 953, obs. FAVENNEC-HERY F.

en particulier ont été appréhendées par le juge. Tout d'abord, en cas de requalification d'une succession de contrats à durée déterminée ou temporaires, la Cour a considéré que les périodes interstitielles devaient être rémunérées si le salarié s'était tenu à disposition de l'employeur (1). Elle a également considéré que lors d'une requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein, le salarié était en droit d'exiger rémunération si de fait il était dans l'impossibilité de mettre sa force de travail à disposition d'un autre employeur (2).

1) La rémunération de la mise à disposition durant les périodes interstitielles entre plusieurs contrats de travail atypiques.

224. Le contrat de travail est structuré par la mise à disposition de la force de travail du salarié dans le cadre défini par ledit contrat, à charge pour l'employeur de la mettre juridiquement en œuvre afin d'en percevoir les fruits. Cette analyse du contrat de travail en tant que contrat de louage de service a « *sans doute pour effet de ravalier le travail au rang de simple marchandise* »⁷⁹⁶. Pour autant, l'objet du droit du travail a été d'extraire la relation de travail subordonnée d'une approche purement civiliste, singulièrement lorsque l'employeur ne souhaite pas mobiliser entièrement la force de travail de son salarié. C'est en cela que le Code du travail érige le contrat de travail à durée indéterminée comme « *la forme normale et générale de la relation de travail* »⁷⁹⁷. Par contraste, les autres formes de contrats font figure d'exception à cette règle et « *le non-respect de ces règles par l'employeur est, de façon très générale, sanctionné par la requalification du contrat illégal en contrat à durée indéterminée* »⁷⁹⁸. Dans ces formes atypiques de travail, le salarié n'a, en général, pas la possibilité de déployer pleinement sa force de travail puisqu'il ne travaillera pas de manière continue tout au long de l'année⁷⁹⁹. La Cour de cassation est vigilante et sanctionne l'utilisation excessive ou abusive de ces contrats par la requalification. Récemment, elle a rendu une série d'arrêts relatifs aux conséquences de cette requalification qui érige la mise à disposition en fait générateur de la créance de salaire en dehors même du cadre contractuel initialement voulu par les parties. Selon cette

⁷⁹⁶ LAGARDE X., « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD Civ. 2002, p. 435, spéc. n° 7 et s.

⁷⁹⁷ Article L. 1221-2 al. 1^{er} du Code du travail.

⁷⁹⁸ Cass. soc. 6 novembre 2013, n° 12-15.953, Lexbase hebdo éd. soc., 21 nov. 2013, n° 548, obs. AUZERO G.

⁷⁹⁹ Sont visés en particulier les contrats à durée déterminée et le travail intérimaire.

jurisprudence, lorsqu'un salarié qui avait contracté plusieurs contrats successifs mais non continus obtient la requalification en contrat à durée indéterminée, les périodes interstitielles entre les différents contrats peuvent donner lieu à rémunération. Par un arrêt du 10 novembre 2010, la Haute juridiction a en effet décidé que le salarié « *peut prétendre à un rappel de salaire au titre des périodes non travaillées entre plusieurs missions (...) s'il s'est tenu à la disposition de l'entreprise pendant ces périodes pour effectuer un travail* »⁸⁰⁰. Ainsi, les rappels de salaire pour les périodes intermédiaires sont dus dès lors qu'il est établi que le salarié est demeuré à la disposition de l'entreprise utilisatrice. A ce propos, un auteur a pu dire que « *le critère du lien de subordination est privilégié au détriment de la réalisation d'une prestation de travail* »⁸⁰¹. Ce qui importe, c'est l'état de subordination dans lequel s'est trouvé le salarié tenu de rester à disposition et non la réalisation d'une prestation effective de travail. Cette solution jurisprudentielle n'est pas restée cantonnée aux conséquences de la requalification de plusieurs contrats temporaires successifs et a été très vite étendue aux contrats à durée déterminée⁸⁰² puis aux contrats de travail des saisonniers⁸⁰³. D'autres situations pourraient probablement être concernées par ce mouvement, notamment en cas de successions de stages⁸⁰⁴. La question a également pu se poser dans le cadre de conventions de portage salarial⁸⁰⁵. Cependant, une ordonnance du 2 avril 2015 a clarifié la situation par la suppression de l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié porté⁸⁰⁶.

225. Le choix opéré par la Cour de cassation, si surprenant soit-il, puisqu'il consacre l'existence d'une créance de salaire en dehors de tout travail et au-delà des prévisions contractuelles des parties, mérite d'être approuvé. L'impossibilité pour le salarié de

⁸⁰⁰ Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 08-40.088, JCP S 2010, 1042, p. 34, obs. BOUSEZ F.

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² Cass. soc. 22 septembre 2010, n° 09-42.343 et 09-42.344. « *Le salarié engagé par plusieurs contrats à durée déterminée non successifs et dont le contrat de travail est requalifié en un contrat à durée indéterminée, ne peut prétendre à un rappel de salaire au titre des périodes non travaillées séparant chaque contrat que s'il s'est tenu à la disposition de l'employeur pendant ces périodes pour effectuer un travail* ».

⁸⁰³ Cass. soc. 7 Juillet 2010, n° 08-41.893. « *Le travailleur saisonnier, dont le contrat de travail est requalifié en contrat à durée indéterminée, peut prétendre à être indemnisé au titre des périodes non travaillées entre deux saisons s'il s'est tenu à la disposition de l'entreprise pendant ces périodes pour effectuer un travail* ».

⁸⁰⁴ Cass. soc. 27 octobre 1993, n° 90-42.620. L'affectation exclusive du stagiaire à des activités correspondant à un emploi dans l'entreprise peut conduire à la requalification en contrat de travail.

⁸⁰⁵ LENOIR C. et SCHECHTER F., « Le portage salarial doit sortir de ces ambiguïtés », Dr. soc. 2012, p. 771.

⁸⁰⁶ Article L. 1254-2 du Code du travail ; CALVAYRAC D. et KANTOROWICZ B., « Le portage salarial : un mode d'organisation du travail enfin sécurisé », SSL 20 avril 2015, n° 1673.

mobiliser sa force de travail en raison du comportement fautif de l'employeur doit être sanctionnée. Le juge, en considérant que le salarié a droit à un rappel de salaire et non à des dommages-intérêts opte pour la solution la plus opportune sur le plan juridique. D'une part, comme nous l'avons indiqué précédemment, dès lors qu'il y a mise à disposition, il doit y avoir rémunération. D'autre part, se contenter de simples dommages-intérêts ne viendrait pas compenser l'entier préjudice subi par le salarié⁸⁰⁷. Cependant, cette solution n'est pas automatique. Le salarié n'a pas un droit inconditionnel à rémunération pour les périodes interstitielles. Encore faut-il que soit démontré qu'il ait été à la disposition de son employeur durant ces périodes et il lui revient en principe de justifier de cette situation⁸⁰⁸. Le choix de faire supporter la charge de la preuve au salarié doit être approuvé. Durant les périodes interstitielles, il n'y a pas de contrat liant les parties, l'employeur n'est donc pas débiteur de l'obligation de lui fournir du travail. C'est donc bien au salarié et à lui seul de prouver, conformément à l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, qu'il s'est acquitté d'une obligation et qu'il entend en réclamer le paiement de la part de son débiteur⁸⁰⁹. Deux arrêts ont pu laisser penser que c'était à l'employeur de prouver que le salarié ne s'est pas tenu à sa disposition pendant les périodes intermédiaires⁸¹⁰. La particularité des espèces explique cette ambiguïté. Dans le premier arrêt⁸¹¹, l'employeur avait clairement demandé au salarié de se tenir à disposition. Il lui incombait donc l'obligation de prouver que tel n'en avait pas été le cas⁸¹². Dans le deuxième⁸¹³, la Cour a estimé que « *par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de sa première embauche au sein de l'entreprise. Il est en conséquence en droit d'obtenir la reconstitution de sa carrière ainsi que la régularisation de sa rémunération* ». La polysémie du terme « régularisation » peut conduire à deux analyses différentes. Soit il faut admettre que désormais le juge fait peser sur l'employeur la charge

⁸⁰⁷ L'employeur n'est en effet dans cette situation pas redevable des cotisations auprès des organismes sociaux, ce qui constitue un manque à gagner pour le salarié quant à la constitution de ses différents droits à prestation.

⁸⁰⁸ Cass. soc. 10 décembre 2014, n° 13-22.422, D., 27 janvier 2015, obs. FRAISSE W.

⁸⁰⁹ En ce sens, RADE C., obs. sous Cass. soc. 3 novembre 2010, n° 09-65.254, Dr. soc. 2011, p. 95. Dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail, « *c'est bien à l'employeur, débiteur de l'obligation de fournir du travail au salarié, qu'il appartient de proposer à ce dernier une prestation conforme aux stipulations du contrat de travail, et de prouver qu'il s'est acquitté de cette obligation, conformément aux dispositions de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil* ».

⁸¹⁰ En ce sens également, Cass. Soc. 16 mars 2016, n° 15-11.396, JCP S 17 mai 2016, n° 19, p. 3, note PAGANI C.

⁸¹¹ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-41.381, RJS 12/11, p. 836, n° 945.

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ Cass. soc. 6 novembre 2013, n° 12-15.953, Lexbase hebdo, éd. soc., 21 novembre 2013, n° 548, com. AUZERO G.

de la preuve de l'absence de mise à disposition et à défaut il sera condamné à un rappel de salaires, soit il faut entendre par régularisation l'obligation pour l'employeur de reconstituer la carrière et donc l'évolution de la rémunération du salarié en considérant qu'il a occupé un emploi à durée indéterminée dès la conclusion du premier contrat à durée déterminée. C'est à notre avis cette deuxième interprétation qui doit être privilégiée puisque l'arrêt de 2013 concernait une entreprise à statut particulier, La Poste, au sein de laquelle le montant de la rémunération varie en fonction de la carrière et de l'ancienneté du salarié⁸¹⁴.

226. La Cour tire pleinement les conséquences du choix de la mise à disposition de la force de travail comme fait générateur de la créance salariale puisqu'elle consacre son application au-delà du strict rapport contractuel initialement prévu. Elle applique également cette solution lorsque le juge prononce la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein.

2) La rémunération de la mise à disposition en cas de requalification du contrat de travail à temps partiel.

227. Le travail à temps partiel, même exécuté dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, demeure, juridiquement au moins, une forme d'organisation du travail atypique. Il est doté d'un statut protecteur comme en témoigne l'article L. 3123-14 du Code du travail qui exige un « contrat écrit » devant comporter de nombreuses mentions obligatoires. Doivent notamment être mentionnées « *la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et (...) la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois* ». Le salarié, qui ne peut réaliser une prestation de travail égale à la durée légale du travail auprès d'un seul employeur, se voit donc souvent dans la nécessité de rechercher une autre source de revenu auprès d'un second, voire d'un troisième employeur. Sa faculté de disposer de sa force de travail est, de ce fait, davantage protégée que celle des salariés de droit commun. En atteste l'encadrement jurisprudentiel des clauses d'exclusivité qui viennent interdire toute autre activité professionnelle et dont la

⁸¹⁴ Il y aurait donc une régularisation automatique du montant de la rémunération du salarié, ce dernier serait cependant toujours tenu de démontrer qu'il était bien tenu de rester à la disposition de son employeur pendant les périodes intermédiaires.

validité n'est assurée que si elles « *sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnées au but recherché* »⁸¹⁵.

228. La question s'est posée de la sanction à appliquer en cas de non-respect du régime du temps partiel. Les textes sont peu diserts en la matière puisque l'article L. 3123-14 du Code du travail ne prévoit pas de sanction et les articles R. 3124-1 et suivant, n'instaurent que des sanctions pénales. Face à ce silence, une décision de la Cour de cassation retient particulièrement notre attention. Dans un premier temps, elle ne fait pas de l'absence d'écrit une cause de requalification automatique du contrat à temps partiel en contrat à temps plein⁸¹⁶. Elle fait seulement apparaître une présomption simple de contrat de travail à temps complet, à charge pour l'employeur d'établir que le contrat a été conclu pour un temps partiel. Concernant ce deuxième aspect du problème, l'employeur a la possibilité de renverser cette présomption en démontrant la durée exacte de travail convenue, ainsi que sa répartition au sein de la semaine et du mois⁸¹⁷. En l'espèce, l'employeur a été dans l'incapacité de rapporter la preuve du respect du temps de travail réalisé, les faits témoignant d'un irrespect flagrant des dispositions de l'article L. 3123-14 du Code du travail. Pendant près de deux ans, le salarié avait travaillé un nombre très variable de jours par mois (de quatre à vingt), mais s'était tenu à la disposition de la société en téléphonant chaque soir pour savoir s'il devait travailler le lendemain, jusqu'à ce qu'on lui annonce qu'il n'y avait plus d'ouvrage pour lui. Tant sur le fond que sur la forme le comportement de l'employeur était répréhensible, ce qui a conduit à requalifier le contrat en contrat de travail à temps plein.

229. Dans une autre affaire, les faits concernaient une salariée engagée par un contrat à temps partiel qui comportait la mention de la durée du travail hebdomadaire, mais non sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. De fait, la durée du travail variait considérablement d'un mois à l'autre sans avenant au contrat de travail. Toutes les conditions de l'article L. 3123-14 du Code du travail n'étaient donc pas remplies. L'arrêt

⁸¹⁵ Cass. soc. 25 février 2004, Bull. civ. V, n° 64 ; RJS 2004, p. 353, n° 504.

⁸¹⁶ Cass. soc. 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 75, obs. A JEAMMAUD. « *En l'absence d'écrit satisfaisant aux exigences de l'art. L. 212-4-3 du Code du travail (L. 3123-14), il appartient à l'employeur qui se prévaut d'un contrat de travail à temps partiel de rapporter la preuve, non seulement de la durée exacte du travail convenu, mais encore de sa répartition entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois* ».

⁸¹⁷ Le Juge cherche à contrôler si, malgré la violation des règles de forme, l'employeur a respecté les conditions de fond du recours au temps partiel.

conclut à une requalification du contrat en contrat de travail à temps plein. Ce qui est essentiel est la motivation retenue. Les juges précisent en effet que cette variation de l'horaire avait « *conduit la salariée à se tenir en permanence à la disposition de l'employeur* »⁸¹⁸.

230. Ce qui est remarquable à la lecture de ces deux arrêts c'est, qu'en plus de la requalification du contrat à temps plein pour l'avenir, les magistrats vont octroyer aux salariés des rappels de salaires pour les périodes antérieures à la requalification. A l'instar des solutions retenues en matière de contrats à durée déterminée ou temporaires, une créance de salaire devient exigible pour une période où le salarié n'était tenu n'y d'accomplir une prestation de travail, ni véritablement engagé par un lien contractuel d'en fournir une. Surgit alors la question des critères retenus par le juge pour octroyer ce droit à rémunération. Pour Mme Françoise BOUSEZ⁸¹⁹, cette solution n'est qu'une simple application de la règle inscrite à l'article L. 3121-1 du Code du travail qui dispose que le temps pendant lequel le salarié se tient à la disposition de l'employeur est celui pendant lequel il ne peut vaquer à ses obligations personnelles⁸²⁰. Cela n'explique cependant pas comment établir que le salarié s'est tenu à la disposition de l'employeur. L'arrêt du 10 novembre 2010 énonce que les indices relevés par les magistrats, à savoir que le salarié n'avait pas travaillé chez un autre employeur et qu'il ne connaissait pas ses dates de début de missions avant leur début d'exécution. Ces indices sont jugés peu pertinents par Mme BOUSEZ⁸²¹. Le reproche est peut-être trop catégorique. Si le simple constat que salarié « *n'a pas travaillé chez un autre employeur* » ne suffit certainement pas à qualifier une mise à disposition, la situation inverse laisse présumer de manière quasi-irréfragable une certaine liberté, incompatible avec l'établissement d'un droit de créance. De même, le fait « *de ne pas connaître ses dates de début de missions* » semble désigner une situation que la Cour souhaite sanctionner par la requalification⁸²². La ligne jurisprudentielle qui se dessine au

⁸¹⁸ Cass. soc. 12 juillet 1999, n° 97-41.329, Dr. soc. 1999, p. 953, obs. F. FAVENNEC-HERY.

⁸¹⁹ Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 08-40.088, JCP S février 2010, n° 5, 1042, p. 34, obs. BOUSEZ F.

⁸²⁰ Article L. 3121-1 du Code du travail. « *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ».

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² Pour Antoine JEAMMAUD *op. cit.* p. 76., « *il s'agit bien d'une requalification-sanction – d'une sanction au sens, étroit, de mal ou désagrément infligé en réaction à la méconnaissance d'une autre règle – plutôt que*

travers de cette série d'arrêt paraît accréditer l'idée que c'est la situation d'imprévisibilité dans laquelle se trouve le salarié qui l'empêche de mettre à disposition sa force de travail auprès d'un autre employeur. Le fait de devoir sans cesse se tenir prêt à répondre aux sollicitations de son employeur ou de voir son horaire de travail varier selon une amplitude indéterminée ne lui permet pas de « vaquer librement à ses occupations ». Ce critère est nécessairement flou mais c'est également ce qui en fait son adaptabilité pour contrer les pratiques du travail « on call » ou encore du travail « au sifflet ».

231. Par ce débordement du cadre contractuel, la Cour de cassation cherche à protéger la force de travail du salarié de toute stratégie d'accaparement, de réservation par un employeur désireux de contourner le régime du contrat de travail à durée indéterminée. Cette politique jurisprudentielle a pour conséquence de démontrer avec force que la mise à disposition de la force de travail est un choix pertinent comme fait générateur de la créance de salaire.

d'une requalification ayant sens de rétablissement d'une situation conforme aux règles pertinentes (« requalification-remède » peut-être, de préférence à requalification-interprétation » ?).

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

232. Le contrat de travail permet d'organiser l'activité du salarié en vue de lui procurer une rémunération. Cependant, tout travail n'a pas vocation à s'insérer dans ce mécanisme contractuel. La prestation de travail est un élément du contrat de travail dont la définition retenue par le juge permet d'exclure du champ d'application du droit du travail certaines activités. Si la nature du travail est indifférente à la qualification de contrat de travail, seul le travail dont la vocation première est la production d'un bien économique, peut faire l'objet d'un contrat de travail. La prise en compte de la finalité du travail conduit à rejeter hors du champ du droit du travail des activités désintéressées, ou réalisées dans un but autre qu'économique.

233. Seule la prestation de travail dont la finalité première est la production d'un bien économique peut donner lieu à l'établissement d'un contrat de travail. L'identification de cette caractéristique requise du travail pour pouvoir être inséré dans ce mécanisme contractuel conduit, dans un second temps, à nous interroger sur les contours de l'obligation du salarié. Le travail salarié comme objet de droit a été le fruit de nombreux débats doctrinaux. Les derniers développements issus des travaux des Professeurs Thierry REVET et Murielle FABRE-MAGNAN conçoivent l'obligation du salarié comme une mise à disposition de sa force de travail.

234. L'évolution de la jurisprudence atteste, en ce sens, du passage d'une obligation de réaliser une prestation de travail à une obligation de mise à disposition de la force de travail du salarié. Cette modification du « contenu obligationnel » du contrat de travail a des répercussions non négligeables sur le droit à rémunération du salarié. Pour que la rémunération du salarié lui soit due, il faut mais il suffit qu'il se soit tenu à disposition de son employeur. Cette évolution, particulièrement protectrice du salarié, autorise la perception d'une rémunération en cas de défaillance ou de refus de l'employeur de lui fournir du travail. Elle justifie également le droit à rémunération pour les périodes interstitielles en cas de requalification de contrats à durée déterminée successifs ou du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

235. L'étude de la notion de rémunération et de ses liens avec le travail nous a menés à deux problématiques distinctes. Tout d'abord, celle de sa définition. La recherche d'un critère qui puisse permettre de qualifier un élément de rémunération conduit à s'interroger sur le rôle du travail comme critère de qualification. Puis, la seconde problématique s'est focalisée sur le travail comme source de rémunération. S'il est indéniable que le travail du salarié est source de valeur, son appréhension juridique s'avère vitale afin de déterminer comment cette activité donne naissance à une créance de rémunération.

236. La recherche d'une définition de la rémunération se heurte à deux séries de difficultés. D'une part, la multiplication des formes de rétribution et d'autre part, l'extrême abondance des règles se référant à la notion de rémunération. Le caractère fonctionnel de la rémunération conduit à retenir non pas une, mais plusieurs définitions de rémunération. Ce constat n'est pas un aveu d'échec, bien au contraire. C'est la finalité de la règle applicable qui doit servir de guide dans l'élaboration d'une définition de la rémunération. La relativité de la notion de rémunération s'oppose donc à l'élaboration d'une définition unique de la rémunération centrée sur le travail comme critère de qualification.

237. Si le travail ne constitue pas le critère unique de définition de la rémunération, il n'en constitue pas moins la source principale. La créance de rémunération de nature salariale ne pouvant être acquise que dans le cadre d'un contrat de travail, une réflexion liminaire a dû être menée afin de déterminer quelle forme d'activité exercée par un travailleur est susceptible de faire l'objet d'un contrat de travail. Il s'avère que seul le travail intéressé, déployé dans le but de produire un bien de nature économique répond à cet impératif. Une fois ce constat dressé, la détermination des contours juridiques de l'obligation imposée au salarié dans le cadre de son contrat de travail a été l'objet de nos préoccupations. L'étude de la jurisprudence révèle un changement de conception de cette obligation par le juge. Dans un premier temps, le juge se référait à une logique productiviste pour déterminer le contenu de l'obligation du salarié. Ce dernier était astreint à réaliser une prestation de travail effectif et il ne pouvait se prévaloir d'une créance de rémunération que pour des périodes de travail

productives. Puis, dans un second temps, le juge a davantage accordé de place à la logique du travail au temps. Le salarié est tenu de se mettre à la disposition de son employeur qui doit lui fournir du travail. Le fait générateur de la créance de rémunération n'est donc plus une prestation de travail effectif, mais une mise à disposition temporelle de la force de travail du salarié. Cette mise à disposition constitue le critère distinctif, unique, de la créance de rémunération de nature salariale, qui permet de la distinguer des autres sources de créances salariales.

Titre second : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE CLASSIFICATION DES CRÉANCES SALARIALES

238. La mise à disposition de la force de travail n'est pas la seule source de créance pour le salarié, même si elle est, du moins en théorie, la seule à pouvoir donner naissance à une créance de nature salariale. La créance de rémunération de nature salariale ne représente qu'une facette, qu'une partie des sommes susceptibles d'entrer dans le patrimoine du salarié lorsqu'il exerce son travail auprès de son employeur. Dès lors, un certain nombre de créances salariales, qui peut être défini comme l'ensemble des créances exigibles par un salarié, pourront lui être dues en sus de sa créance de salaire, puisant leurs sources dans d'autres faits générateurs⁸²³. L'intérêt principal de cette distinction est que ces créances ne sont pas soumises au même régime juridique, puisque répondant à des finalités différentes. Cela pose des difficultés de périmètres, de frontières et d'effectivité des critères pour les différencier.

239. Au sein des créances salariales, un travail de classification et de clarification doit être entrepris. D'une part, le salarié peut être titulaire de créance de rémunération. Est principalement concernée la créance de rémunération du travail, ou encore créance de salaire, dont le fait générateur est la mise à disposition de la force de travail. Le salarié peut également être titulaire d'une créance de rémunération dont le fait générateur est une autre activité que l'activité déployée dans le cadre du contrat de travail. Un statut juridique autre que celui de salarié peut également lui procurer des créances de rémunération. Il peut également prétendre à une créance venant rémunérer les produits de son travail. D'autre part, le salarié peut être titulaire de créances ayant pour objet non pas de le rémunérer mais de l'indemniser. Le rapport contractuel dans lequel se trouvent l'employeur et le salarié peut en effet engendrer un préjudice à l'égard de ce dernier lorsque l'employeur commet une faute dans l'exécution du contrat. Dans cette catégorie doivent également être incluses les sommes venant non pas indemniser un préjudice, mais compenser des frais ou des sujétions imposés au salarié. A première vue, le critère distinctif entre créance de salaire et créance

⁸²³ PALLANTZA D., « La créance de salaire », Thèse, L'Harmattan, 2014, p. 25.

indemnitaires paraît clair : la créance de salaire est due en contrepartie d'une mise à disposition de la force de travail alors que la créance indemnitaire vient réparer un préjudice ou une sujétion subie par le salarié. Dans le premier cas, il y a enrichissement du salarié, dans le second, seulement indemnisation ou compensation. Il convient néanmoins de relativiser cette apparente simplicité puisque dans un certain nombre de cas la nature de la créance retenue par le juge peut surprendre, voir étonner.

240. Les sources de ces créances sont multiples et peuvent donner lieu à difficulté dès lors que le salarié se trouve titulaire de ces deux types de créances. En effet, devant le silence du législateur sur la question, la jurisprudence opère de prime abord une distinction stricte et rigoureuse entre les différentes catégories de créances potentiellement dues à un salarié. Il faut cependant remarquer que le régime de la créance de salaire est bien plus protecteur des intérêts du salarié que le régime de la créance de droit commun. De ce fait, il exerce un véritable « pouvoir d'attraction » sur les autres créances, qui conduit bien souvent le juge à retenir cette qualification au détriment de la logique juridique⁸²⁴.

241. Le travail identifié comme mise à disposition de la force de travail permet de catégoriser les différentes créances de rémunération (Chapitre I) et les différentes créances indemnitaires (Chapitre II).

⁸²⁴ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », Thémis droit, 12^{ème} éd., p. 572. Les auteurs soulignent que ces créances « trouvent leur origine dans les relations de travail, et cela suffit pour que leur régime juridique soit soumis à l'attraction de celui des salaires ».

Chapitre premier : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES DE REMUNERATION

242. La polysémie du terme travail est facteur de troubles dans la catégorisation des différentes créances susceptibles d'être perçues par un salarié. La créance de rémunération a pour contrepartie l'obligation principale du salarié, entendu comme obligation de mise à disposition de sa force de travail. Ainsi, le salaire n'a pas vocation à rémunérer le travail fourni dans un autre cadre que le contrat de travail. Elle ne vient pas non plus rémunérer les résultats du travail salarié, dont la propriété est par principe dévolue à l'employeur.

243. Le salarié peut, dans certaines circonstances, faire partie de la direction de l'entreprise en étant titulaire d'un mandat social. Dans cette hypothèse, il pourra recevoir une rémunération au titre de ce statut juridique dont le régime diffère de celui de la créance de salaire. Le salarié peut également se trouver titulaire de droits sur les produits de son travail. Il s'agit notamment des salariés dont les fruits du travail ouvrent droit à une protection particulière en vertu du droit des propriétés intellectuelles, mais également lorsqu'il est associé aux résultats de l'entreprise par le biais de dispositifs spécifiques. A la créance de salaire dont la source réside dans la mise en œuvre de la force de travail du salarié s'oppose la créance de rémunération issue de la fonction de mandataire social (Section I) et les créances de rémunération issues des produits du travail (Section II).

Section I – LA RÉMUNÉRATION DE LA FONCTION DE MANDATAIRE SOCIAL.

244. S'interroger sur la rémunération des mandataires sociaux nécessite de déterminer précisément ces deux notions aux contours juridiques incertains. En effet, Il n'existe dans notre droit positif aucune définition précise de ce que recouvrent précisément les notions de mandataire social et de rémunération de leur activité.

245. La définition du dirigeant social ne fait pas expressément l'objet d'une définition légale. Selon le *Vocabulaire juridique*, il s'agit de la personne qui assure effectivement la direction d'une entreprise⁸²⁵. Des auteurs ont mis en lumière l'existence de deux acceptations de la notion de dirigeant. Une conception extensive selon laquelle est dirigeant « *tout représentant de la personne morale investi d'un quelconque pouvoir d'administration, de gestion ou de direction dans une entreprise* »⁸²⁶ et une conception restrictive qui intègre plus spécifiquement dans la notion de dirigeant toute « *personne investie de pouvoirs internes et externes à la société* »⁸²⁷. Cette dernière définition permet de distinguer la notion de dirigeant de celle de mandataire. « *Si l'ensemble des dirigeants sociaux disposent de la qualité de mandataire social, la réciproque n'est pas vraie. Ainsi, si la fonction de contrôle des membres du conseil de surveillance leur confère la qualité de mandataires sociaux, elle est insuffisante à leur donner la qualité de dirigeants* »⁸²⁸. Du critère restrictif tiré de la direction de la société, il est permis de dresser une liste de personnes répondant à la notion de dirigeant. Il s'agit du président du conseil d'administration et des directeurs généraux dans les sociétés anonymes, du président et des membres du directoire dans les sociétés anonymes dualistes, du gérant dans les sociétés à responsabilité limitée et en commandite et du président et des personnes désignées à l'article L. 227-6 alinéa 2 du Code du commerce dans les sociétés par actions simplifiées. Deux fonctions distinctes mais pouvant être assumées par les mêmes personnes sont donc nécessaires au fonctionnement de la société. D'une part, une fonction exécutive, de direction, assurée par ceux que nous nommerons de manière générique les dirigeants sociaux et qui recouvre les postes

⁸²⁵ CORNU G (sous la dir.), « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd., p. 351.

⁸²⁶ GIBIRILA D., « Le dirigeant de société – Statut juridique, social et fiscal », Litec, 1995, p. 9.

⁸²⁷ ASECIO S., « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial d'intérêt commun » », Rev. Sociétés 2000, p. 683.

⁸²⁸ CALBIAC J., « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », PU Aix-Marseille, 2012, p. 28.

précédemment cités. D'autre part, une fonction non exécutive, limitée à une mission de contrôle interne de la société, assurée par les administrateurs de la société⁸²⁹.

246. Ces fonctions peuvent, et donnent généralement lieu, à rétribution. Force est cependant de constater qu'aucune définition légale de la notion de rémunération de ces fonctions sociales n'est donnée. Quelques occurrences législatives disposent qu'une rémunération peut être allouée aux administrateurs en contrepartie « *de leur activité* »⁸³⁰, que des « *rémunérations exceptionnelles* » peuvent également leur être attribuées « *pour les missions ou mandats confiés* »⁸³¹. Plus généralement, les textes se contentent de déterminer l'organe compétent pour fixer la rémunération des dirigeants sociaux sans chercher à préciser la contrepartie attendue de cette rémunération⁸³².

247. Si l'on s'accorde à dire que la rémunération est un « *terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité (ouvrage, services, etc.)* »⁸³³, la transposition de cette définition à la rémunération du dirigeant de société nous permet de déduire qu'elle est allouée en contrepartie de l'exercice des fonctions de direction. Mais il serait restrictif de prétendre que seule l'exercice d'une fonction est source de rémunération. Cela ne représente pas la totalité des sommes versées aux dirigeants et d'autres avantages peuvent leur être attribués qui n'ont pas nécessairement comme contrepartie l'exécution d'une prestation définie⁸³⁴. Ainsi, le président du conseil d'administration peut percevoir une rémunération pour sa fonction de direction, mais encore recevoir d'autres rémunérations en sa qualité d'administrateur. Outre ces rémunérations « immédiates », le dirigeant peut également prétendre à des rémunérations « différées » dont la justification par la réalisation d'une prestation est plus que discutable, tel l'octroi d'une pension de retraite, d'une indemnité de non-concurrence

⁸²⁹ Membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes monistes, membres du conseil de surveillance des sociétés anonymes dualistes.

⁸³⁰ Article L. 225-45 du Code du commerce.

⁸³¹ Article L. 225-46 du Code du commerce.

⁸³² Article L. 225-47 du Code du commerce. « *Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération* ».

⁸³³ CORNU G., « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd., p. 748.

⁸³⁴ UETTILLER J.-J. et LEGOUT A.-L., « *Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants* », Journal des sociétés, septembre 2012, p. 11.

ou d'une indemnité de départ⁸³⁵. Cette diversification des avantages susceptibles d'être versés au dirigeant conduit à parasiter toute tentative de définition unitaire de la notion de rémunération. Cet écueil est regrettable dans la mesure où la notion de rémunération commande l'application d'un régime juridique strict. Il convient de voir que la rémunération de mandataire social résulte par principe de l'exercice d'une fonction sociale (§1). Cependant, des avantages peuvent être versés « *en raison* »⁸³⁶ de l'existence d'une fonction sociale, que ce soit lors de l'accession aux fonctions ou, à l'opposé, lorsqu'elles prennent fin (§2).

§1 – La rémunération, contrepartie de l'exercice d'une fonction sociale.

248. Sans mandataires sociaux, la « *personne morale n'existe (pas) dans le monde juridique* »⁸³⁷. La mission de représentation qui leur est confiée n'est pas propre aux sociétés et est traditionnellement rendue possible par la conclusion d'un contrat de mandat, prévu aux articles 1984 et suivant du Code civil. L'activité déployée pour réaliser cette mission ne donne pas automatiquement lieu à rémunération puisqu'en vertu de l'article 1986 dudit Code, le mandat est par principe gratuit et ce n'est qu'en cas de convention contraire qu'il peut être rémunéré⁸³⁸. Néanmoins, le caractère contractuel de la relation entre mandant et mandataire tend à s'estomper et a été rejeté par le juge pour qualifier les liens entre la société et ses dirigeants. L'adoption de la « *théorie de l'organe* », vu comme un des aspects de la théorie institutionnelle, a pour conséquence de nier toute dimension contractuelle entre ces deux acteurs⁸³⁹. Dès lors, le fait générateur de la créance de rémunération du

⁸³⁵ AMIEL-COSTE L., « Rémunération des dirigeants sociaux », Rép. Dalloz, Juin 2002, n° 1.

⁸³⁶ Nous reprenons sciemment la distinction opérée par l'article L. 3221-4 du Code du travail, inapplicable au demeurant aux dirigeants sociaux, mais qui a le mérite de faire la différence entre les sommes versées en contrepartie d'un travail et celles en raison d'un emploi.

⁸³⁷ COULOMBEL P., « *Le particularisme de la condition juridique* », Thèse, 1950, p. 15.

⁸³⁸ Il faut néanmoins constater que la jurisprudence semble renverser le principe dès lors que le mandat est exercé à titre professionnel. En ce sens, une décision de la 1^{ère} chambre civile en date du 10 février 1981 (Civ. 1 10 février 1981, n° 87-11.428 ; RTD Com. 1990, p. 461 obs. BOULOC B.) a estimé que « *le mandat est présumé salarié en faveur des personnes dont la profession habituelle consiste à s'occuper des affaires d'autrui* ». Il s'agissait en l'espèce de commerçants qui avaient chargé un conseiller juridique d'accomplir certaines formalités auprès d'administrations sans que le mandat, donné oralement ne prévoit expressément une contrepartie.

⁸³⁹ COULOMBEL P., *op. cit.*, p. 312.

dirigeant ne peut résider dans l'exécution d'une obligation contractuelle, à la différence de la créance de salaire. De ce fait, l'élément déclencheur de la créance se concrétise dans la décision unilatérale prise par l'organe délibératif de la société d'attribuer une rémunération⁸⁴⁰. Il convient alors d'étudier l'adoption de la nature institutionnelle de la rémunération due en contrepartie de l'exercice de fonctions sociales (A), ce qui permet de délimiter les contours de cette créance avec d'autres susceptibles d'être perçues pendant l'exercice d'un mandat social, mais versées en raison d'un autre statut juridique (B).

A. L'adoption de la nature institutionnelle de la rémunération due en contrepartie de l'exercice de fonctions sociales.

249. Si, un temps, le juge a pu admettre le caractère contractuel du lien unissant dirigeant et société, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a véritablement entraîné un changement de paradigme en attribuant une compétence exclusive aux organes délibératifs des sociétés anonymes pour fixer la rémunération de leurs dirigeants (1). Ce changement n'est pas resté cantonné à ce type de structure puisque le juge a étendu l'analyse institutionnelle aux autres formes de sociétés (2).

1) L'abandon de l'analyse contractuelle du mandat social dans la société anonyme.

250. La controverse à propos du lien entre la société et son ou ses dirigeants agite la doctrine depuis plus d'un demi-siècle⁸⁴¹ et n'est toujours pas tranchée tant *les « positions paraissent irréductibles »*⁸⁴². Or, la question de la nature des fonctions du dirigeant de société anonyme est tributaire de l'analyse que l'on retient de la société. Dans la vision

⁸⁴⁰ Par organe délibératif, nous entendons l'organe compétent pour déterminer la rémunération des dirigeants. Il s'agit du conseil d'administration dans la société anonyme moniste, du conseil de surveillance dans la société anonyme dualiste et de l'organe désigné par les statuts dans les sociétés à risque limité et dans les sociétés par actions simplifiées (le plus généralement, l'assemblée des actionnaires ou associés).

⁸⁴¹ Les prémices du débat prennent leurs racines avec la transposition, dans le droit privé, de concepts de droit public. Le Doyen HAURIUO a été le premier à recourir à la théorie de l'institution pour expliquer le fondement et le fonctionnement de la société. Voir en cela HAURIUO, « *La théorie de l'institution et de la fondation* », Cahiers de la nouvelle journée, n° 4, Libre. Bloud et Gay, 1925. L'analyse contractuelle de la société est plus ancienne, et correspondait mieux la théorie générale de l'autonomie de la volonté qui avait le vent en poupe au XIX^{ème} siècle. Cf. RIPERT G. et ROBLOT R., « *Traité de droit commercial – Tome 1 Les sociétés commerciales* », 18^{ème} éd., LGDJ 2002, p. 12.

⁸⁴² ASENCIO S., op. cit.

classique du droit des sociétés⁸⁴³, les dirigeants de sociétés anonymes étaient perçus très clairement comme les mandataires des actionnaires⁸⁴⁴. Cette analyse a pu prospérer tout au long du XIX^{ème} siècle et « *permet la promotion d'une liberté contractuelle nécessaire au développement du libéralisme économique* »⁸⁴⁵. La Cour de cassation a, dans un premier temps, fait sienne cette analyse en application de la loi du 24 juillet 1867, et a soumis la rémunération des dirigeants à la procédure des conventions réglementées⁸⁴⁶.

251. Cette vision était pourtant loin de faire l'unanimité. A titre d'exemple, Jean HAMEL s'opposa vertement à un jugement du Tribunal civil de Béthune du 14 décembre 1955 qui avait décidé de soumettre la rémunération du PDG d'une société anonyme à la procédure des conventions réglementées. Il s'étonnait de cette « *singulière convention que celle dont les termes seraient imposés aux parties par les règles mêmes de l'institution* » et comparait par analogie le président d'une société anonyme « *au maire élu par le Conseil municipal et chargé d'administrer la commune* » dont il est difficilement soutenable qu'il passe une convention avec elle⁸⁴⁷.

252. L'encadrement législatif croissant de la société anonyme au cours du XX^{ème} siècle va progressivement remettre en cause l'analyse contractuelle classique. La qualification contractuelle est apparue peu compatible avec le développement d'une réglementation contraignante. A titre d'exemple, certains aspects du fonctionnement sociétaire comme le principe majoritaire⁸⁴⁸, la reconnaissance de la personnalité morale et ou encore la nécessaire sauvegarde de la personnalité morale⁸⁴⁹ ont pu sembler difficilement conciliables avec la notion de contrat. Mais c'est véritablement la loi du 24 juillet 1966 qui a « *crystallisé* »

⁸⁴³ Le Professeur Françoise DEBOISSY retrace avec précision le débat relatif au contrat de société dans « Le contrat de société », Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henry Capitant sur le thème du contrat, mai 2005. Selon elle, l'analyse contractuelle de la société retenue par le Code civil de 1804 est justifiée tant juridiquement qu'historiquement puisqu'elle s'inscrit « dans la tradition du droit romain ».

⁸⁴⁴ Article 22 de loi du 24 juillet 1867 : « *Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, salariés ou gratuits, pris parmi les associés* ».

⁸⁴⁵ DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 120.

⁸⁴⁶ Cass. com. 17 octobre 1967, JCP G 1968, n° 15312. Cette décision est certes rendue après l'adoption de la loi du 24 juillet 1966, mais les faits relevaient de la loi du 24 juillet 1867.

⁸⁴⁷ HAMEL J., « L'article 40 de la loi de 1867 et la rémunération des Présidents de Sociétés anonymes », *Gaz. Pal.*, 1957, II, doctrine, p. 60.

⁸⁴⁸ Le CANNU P. et DONDERO B., « Droit des sociétés », LGDJ, Domat 6^{ème} éd., 2015, n° 267.

⁸⁴⁹ COZIAN M., VIANDIER A. ET DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis, 27^{ème} éd., 2015, p. 4.

le débat et a contribué à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁵⁰. En effet, pour certains auteurs⁸⁵¹, l'emploi des verbes « *détermine* » et « *fixe* » par la loi consacre la nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants⁸⁵². La fixation de la rémunération ne procède donc plus d'une convention mais d'un acte unilatéral de l'organe délibératif de la société. La jurisprudence postérieure à la loi du 24 juillet 1966 se rangera derrière cette analyse⁸⁵³.

253. Avec ce changement de paradigme, la société devient, comme a pu le dire Jean LEBLON, « *une institution de droit privé, c'est à dire un groupement de personne réunies dans un intérêt commun, en vue de réaliser une idée-mère – l'objet social – par le moyen d'une organisation permanente, dans laquelle, en vertu d'une réglementation légale, chacun des organes sociaux a une fonction déterminée, dont on ne peut le priver et à laquelle il ne peut renoncer* »⁸⁵⁴. Et pour reprendre les propos du Doyen HAURIOU, la société est une institution, entendu comme « *un groupement humain, organisé de façon durable pour le développement d'une idée* »⁸⁵⁵. Ce changement a des répercussions directes sur le statut du dirigeant. Celui-ci n'est plus un mandataire de la société, il en devient un organe⁸⁵⁶. Ainsi que l'explique Pierre COULOMBEL, « *on a proposé de dénommer organes ces moyens d'expression nécessaires de la personne morale sur le plan juridique, le terme évoquant la solidarité constitutive de la personne morale et de ses moyens d'expression* »⁸⁵⁷. De façon plus suggestive encore, il cite Georg JELLINEK pour qui « *le représentant et le représenté sont et restent deux (alors) que le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne* »⁸⁵⁸.

⁸⁵⁰ DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 121.

⁸⁵¹ De CALBIAC J., *op. cit.*, p. 46.

⁸⁵² Article L. 225-47 du Code de commerce : « *Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération* » ; Article L. 225-63 du Code de commerce : « *L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire* ».

⁸⁵³ Cass. com. 4 juillet 1995, Rev. Sociétés 1995, p. 504 ; Cass. com. 01 juillet 1996, BJS 1996, p. 567.

⁸⁵⁴ LEBLOND J., « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du Président-Directeur général, et du Directeur-général dans la doctrine institutionnelle », Gaz. Pal., 1957, II, p. 29.

⁸⁵⁵ HAURIOU, *op. cit.*, n° 4.

⁸⁵⁶ En ce sens DAIGRE J.-J., « Réflexions sur le statut sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », Rev. Sociétés 1981, p. 487. Au sujet des dirigeants de SA, « *ils sont aujourd'hui plutôt qualifié d'organes, mais cela veut uniquement signifier que d'un régime contractuel on est passé à une situation légale* ».

⁸⁵⁷ COULOMBEL P., *op. cit.*, p. 310.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

254. La consécration du dirigeant de la société anonyme comme organe de la société laisse penser que la rémunération qui lui est octroyée ne l'est pas en échange d'un travail ou d'une prestation de service réalisée dans le cadre d'un contrat, mais en contrepartie de sa fonction, du rôle qu'il joue en tant que rouage de la société. Ce choix, que l'on aurait pu croire réservé aux seules sociétés anonymes, a été récemment étendu aux autres formes de sociétés.

2) L'extension de l'analyse institutionnelle aux autres formes de sociétés.

255. Le débat sur la nature de la rémunération du gérant de société à responsabilité limitée (SARL) a surgi lorsqu'il s'est agi de savoir si ce dernier pouvait prendre part au vote sur sa propre rémunération. Admettre que l'octroi d'une rémunération au gérant relève du champ des conventions réglementées aurait en effet pour conséquence d'exclure celui-ci du droit de vote sur l'approbation de ladite convention⁸⁵⁹. La nature institutionnelle de la rémunération du gérant de SARL n'est pas aussi évidente que celle des dirigeants de la société anonyme. A la différence de la société anonyme, pour laquelle le Code de commerce prévoit expressément que la rémunération est « déterminée »⁸⁶⁰ par le conseil d'administration, le législateur n'a pas donné compétence à un organe social précis en matière de détermination de la rémunération du gérant. La jurisprudence estime qu'elle peut être soit prévue par les statuts de la société⁸⁶¹, soit fixée par une décision collective des associés réunis en assemblée générale⁸⁶². Historiquement, le ministère de la Justice penchait plutôt pour l'analyse contractuelle, raisonnant dans un premier temps par analogie avec la loi du 24 juillet 1867, puis estimant que la loi du 24 juillet 1966 ne remettait pas en cause cette solution pour les SARL⁸⁶³. Les décisions rendues par les juges du fond étaient trop divergentes pour permettre de fixer l'état du droit positif⁸⁶⁴. La Chambre commerciale de la

⁸⁵⁹ Article L. 223-19 du Code de commerce.

⁸⁶⁰ Article L. 225-47 du Code de commerce.

⁸⁶¹ Ce qui est peu recommandé au regard du régime très strict de modification des statuts.

⁸⁶² Cass. com. 14 novembre 2006, D. 2006, AJ, p. 2914.

⁸⁶³ CORNETTE de SAINT-CYR X., « La fixation de la rémunération du gérant de SARL », LPA 10 septembre 1986, n° 109, p. 9 et Rép. Lebas AN 3 avril 1969, p. 869, n° 4274 et Rép. Longuet AN 10 novembre 1980, p. 4766, n° 36325.

⁸⁶⁴ CA Paris 3ème Ch. B, 6 décembre 2007, Rev. Sociétés 2008, p. 194 : « La décision de l'assemblée générale fixant la rémunération du gérant émane directement de l'assemblée et ne constitue pas une convention » ; CA Versailles, 12 septembre 2002, BJS 2003, n° 00/07416, p. 57 : « Le versement d'une rémunération au gérant de

Cour de cassation a clos le débat par un arrêt du 4 mai 2010⁸⁶⁵. Dans cette décision, elle décide, d'une part, que la détermination de la rémunération est exclue du champ des conventions réglementées, mais, d'autre part, qu'elle est également exclue du champ des conventions de droit commun⁸⁶⁶. En affirmant que la rémunération du gérant ne procède pas d'une convention, « *c'est à la théorie institutionnelle de la société que se rattache (cette) affirmation* »⁸⁶⁷. Cette approche étaye l'idée suivant laquelle le fait générateur de la rémunération est un acte unilatéral et contribue à « *éloigner le mandat social du mandat du Code civil* »⁸⁶⁸.

256. Suite à cette prise de position, son extension ou non à la société par action simplifiée était attendue. Cette nouvelle forme de société instituée par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 souvent présentée comme synonyme de liberté contractuelle⁸⁶⁹, semblait propice à favoriser la consécration de l'analyse contractuelle⁸⁷⁰. Les propos du Professeur Florence DEBOISSY selon lesquels « *tout développement de l'ordre public est analysé en une institutionnalisation de la société, là où la libéralisation des règles est perçue comme le signe d'une contractualisation de la société. La société se « contractualise » ou se « décontractualise » au gré du flux et du reflux de l'ordre public* »⁸⁷¹ vont dans ce sens. Tel n'a pourtant pas été la solution retenue par la Chambre commerciale qui, dans un arrêt du 4 novembre 2014, exclue également l'application de la procédure des conventions réglementées à la rémunération octroyée à un dirigeant de SAS par décision collégiale des associés⁸⁷².

fait qui entend cumuler ses fonctions avec celles de directeur technique constitue une convention soumise à la procédure de contrôle, et non une opération courante conclue à des conditions normales ».

⁸⁶⁵ Cass. Com. 4 mai 2010, n° 09-13.205, BJS 2010, p. 547, note DONDERO B. ; D. 2010, p. 1206, obs. LIENHARD A. ; JCP E 2010, 1993, obs. DEBOISSY F. La solution a été confirmée également lorsque le gérant est majoritaire par Cass. com. 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Rev. Sociétés 2012, p. 38.

⁸⁶⁶ Certaines cours d'appel avaient en effet décidé que la rémunération du gérant pouvait entrer dans les prévisions de l'article L. 223-20 du Code de commerce qui exclues du champ des conventions réglementées les conventions portant sur des opérations courantes.

⁸⁶⁷ DEBOISSY F., JCP E 2010, 1993.

⁸⁶⁸ DONDERO B., note sous Cass. com. 4 mai 2010, BJS 2010, p. 648.

⁸⁶⁹ Le CANNU P., « La SAS : un cadre légal minimal », Rev. Sociétés 2014, p. 543. L'auteur nuance cet *a priori* en faisant remarquer que les règles du contrat sont tout de même malmenées par le statut légal de la SAS.

⁸⁷⁰ En ce sens, COURET A., note sous Cass. com. 4 mai 2010, Rev. Sociétés juin 2010, p. 225, « *il ne fait guère de doute que dans la SAS la nature de la rémunération du président et des autres dirigeants est contractuelle* ».

⁸⁷¹ DEBOISSY F., « Le contrat de société », Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henry Capitant sur le thème du contrat, mai 2005, p. 121.

⁸⁷² Cass. com. 4 novembre 2014, n° 13-24.889, Rev. Sociétés 2015, p. 108, note GODON L.

257. La nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants de sociétés est maintenant clairement établie, quelle que soit la forme de la société. Le fait générateur de la créance est donc un acte unilatéral pris par la société, matérialisé dans une décision collégiale des associés ou des actionnaires⁸⁷³. Ce choix d'écarter le régime contractuel ne va pas sans poser problème au moment de délimiter les contours de la rémunération due en raison de l'exercice d'un mandat social.

B. La délimitation de la rémunération due en raison de l'exercice d'un mandat social.

258. La rémunération de l'exercice d'un mandat social est, par essence, institutionnelle. Les règles du droit commun des contrats sont par conséquent inapplicables pour encadrer cette créance de rémunération, à la différence de la créance de salaire engendrée par le contrat de travail. Dès lors, l'identification du fait générateur de la créance est rendue malaisée puisque l'on ne peut l'expliquer par le jeu traditionnel de la réciprocité des obligations propre aux contrats synallagmatiques. La détermination de la rémunération relève de la responsabilité d'un organe légalement désigné⁸⁷⁴. Il en résulte que la créance du dirigeant est tributaire du pouvoir discrétionnaire de cet organe délibératif (1). La nature institutionnelle de la rémunération n'est cependant pas totale puisque celle-ci s'efface lorsque peut être rattaché le droit à créance à un statut autre que celui de mandataire social (2).

1) La souveraineté de l'organe délibératif dans la détermination de la rémunération.

259. L'inapplicabilité des règles relatives au contrat et, en particulier, celles propres au mandat résulte donc de l'essence institutionnelle de la relation liant le dirigeant à la société. De ce particularisme découle plusieurs enseignements. Tout d'abord, la compétence de l'organe délibératif est exclusive et ne peut faire l'objet d'une délégation. Egalement, la

⁸⁷³ Contra, DEBOISSY F. et WICKER G., note sous Com. 4 mai 2010, JCP E 2010, n° 3, 1993, « la rémunération, celle du salarié comme celle du gérant, procède d'un rapport d'obligation dont la formation suppose tant le consentement du créancier que celui du débiteur, autrement dit d'un contrat ».

⁸⁷⁴ Conseil d'administration dans le cadre de la société anonyme moniste, conseil de surveillance pour la société anonyme dualiste, assemblée des associés pour la société par action simplifiée et la société à responsabilité limitée.

procédure des conventions réglementées destinée à protéger les intérêts des associés est écartée. Enfin, le droit commun des contrats est inapplicable, ce qui confère à cette créance une extrême précarité.

260. L'adoption de la théorie institutionnelle a une réelle influence sur l'organe compétent pour fixer la rémunération. Le juge fait une application stricte du principe de hiérarchie des organes de la société anonyme posé par l'arrêt *Motte* du 4 juin 1946, en vertu duquel la compétence attribuée à un organe par la loi ne peut faire l'objet d'aucun aménagement⁸⁷⁵. De ce fait, seul l'organe délibératif de la société est compétent pour déterminer tant l'opportunité, que le montant et les modalités de la rémunération des dirigeants. Cette compétence est exclusive et préalable à tout versement⁸⁷⁶. Le juge condamne en ce sens toute délégation de cette prérogative à une autre instance, telle l'assemblée générale des actionnaires ou encore à un comité des rémunérations⁸⁷⁷. Le juge s'oppose également à toute tentative « d'auto-rémunération » du dirigeant, en condamnant la pratique par laquelle le dirigeant s'alloue une rémunération qui est approuvée *a posteriori* par l'organe délibératif⁸⁷⁸. L'essence institutionnelle de la rémunération s'exprime ici pleinement. Retenir une analyse contractuelle aurait très bien pu conduire à admettre la possibilité pour l'organe délibératif de transférer ce pouvoir de fixation par le biais d'une délégation de pouvoir, comme il l'a été admis dans d'autres domaines⁸⁷⁹.

261. L'adoption de la théorie institutionnelle a également des conséquences directes sur le droit à rémunération du dirigeant. Comme nous l'avons vu précédemment, le système de contrôle des conventions réglementées est écarté⁸⁸⁰. Plus précisément, tout aspect contractuel est nié dans le cadre de sa fixation. De ce fait, une très grande liberté est

⁸⁷⁵ Civ. 4 juin 1946, SIREY 1947, 1, p. 153, note BARBRY ; JCP 1947, II, n° 3518, note Bastian ; « *La société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* ».

⁸⁷⁶ Dans une SA, le conseil d'administration ne peut déléguer sa compétence à un comité de rémunération ou à l'assemblée générale.

⁸⁷⁷ Cass. com. 4 juillet 1995, Rev. Sociétés, 1995, p. 504, note Le CANNU P.

⁸⁷⁸ Cass. com. 30 novembre 2004, Rev. Sociétés, 2005, p. 631, note BARBIERI J.-F.

⁸⁷⁹ Cass. com. 22 janvier 2008, n° 06-20.379, Rev. sociétés 2008, p. 179, note BARBIERI J.-F.. « *Le directoire d'une société anonyme a le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances* ».

⁸⁸⁰ LE CANNU P., « Rémunération des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions », BJS 1^{er} juillet 1996, p. 567.

permise dans la détermination des composants de cette rémunération⁸⁸¹. Rémunération fixe, rémunération variable, primes, avantages en nature, périodicité mensuelle ou autre... dès lors qu'elle résulte d'une délibération sur son montant et ses modalités⁸⁸², l'imagination des organes sociaux semble être la seule limite⁸⁸³. Cependant, le dirigeant ne peut arguer d'aucun droit acquis à rémunération, à la différence d'un salarié, qui, dès lors qu'il a été amené à mettre sa force de travail à disposition de son employeur, peut se prévaloir d'une créance à son encontre⁸⁸⁴. En cas de refus des organes sociaux d'attribuer une rémunération, le juge ne peut se substituer à eux pour fixer ladite rémunération⁸⁸⁵. La sévérité de la Cour de cassation est notable dans l'arrêt du 17 décembre 2013 puisque même si les statuts prévoient le principe d'une rémunération, aucun droit de créance n'est exigible par le dirigeant tant que le conseil ne s'est pas prononcé positivement en ce sens⁸⁸⁶. De même, un administrateur ne peut exercer une action *de in rem verso* pour obtenir une indemnisation de l'activité déployée dans le cadre de son mandat⁸⁸⁷. Le conseil d'administration peut tout autant revenir, pendant l'exercice du mandat, sur le montant de la rémunération préalablement fixée⁸⁸⁸. La modification de la rémunération est donc autorisée sans aucune justification, ce qui serait difficilement compatible avec une « obligation de nature contractuelle »⁸⁸⁹. La seule limite érigée face à ce pouvoir discrétionnaire consiste en l'impossibilité pour l'organe délibératif de revenir rétroactivement sur une rémunération, même si elle n'a pas encore été effectivement versée⁸⁹⁰.

262. Du fait de la nature institutionnelle de la rémunération, la détermination de la créance due en contrepartie de l'exercice des fonctions sociales est laissée à l'entière discrétion de

⁸⁸¹ UETTWILLER J.-J. et LEGOIT A.-L., « Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, septembre 2012, p. 11.

⁸⁸² Cass. com. 13 février 1996, Bull. civ. IV, n° 51.

⁸⁸³ MERVILLE A.-D., « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, 1997, p. 479.

⁸⁸⁴ V. nos propos Section I, Chapitre I, Titre I.

⁸⁸⁵ Cass. com. 17 décembre 2013, n° 12-27.213, BJS 2014, p. 147.

⁸⁸⁶ GODON L., « La sévérité de la SAS », *Rev. sociétés* 2014, p. 507.

⁸⁸⁷ Cass. com. 16 mai 1995, BJS 1995, p. 757, note LE CANNU P.

⁸⁸⁸ Cass. com. 16 juill. 1985, BJS 1985, p. 865 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 842, note J. GUYENOT.

⁸⁸⁹ LE CANNU P. et DONDERO B., « Droit des sociétés », LGDJ, 2015, 6^{ème} éd., p. 527.

⁸⁹⁰ Cass. com. 10 février 2009, n° 08-12.564, *Rev. Sociétés* 2009, p. 359, note MATTOUT J.-P.

l'organe délibératif compétent. Cette règle de principe ne doit pas laisser penser que la compétence légale reconnue à l'organe délibératif est absolue.

2) La limitation de la rémunération octroyée par l'organe délibératif.

263. La prérogative de l'organe chargé de déterminer la rémunération du dirigeant est limitée par l'exigence de ne rémunérer que l'exercice de la fonction de mandataire social. Par conséquent, l'absence de fonction sociale interdit l'octroi d'une quelconque contrepartie financière. Cette limitation n'empêche pas de rémunérer des activités réalisées au profit de la société par des dirigeants ou des mandataires en dehors de l'exercice d'une fonction sociale. Seulement, dans ces hypothèses, la nature institutionnelle de la rémunération octroyée est niée au profit d'une approche conventionnelle.

264. La rémunération des administrateurs non dirigeant des sociétés anonymes témoigne de l'impossibilité de rémunérer un mandataire en l'absence de fonction sociale. L'article L. 225-45 du Code du commerce prohibe tout élément de rémunération autre que le versement de jetons de présence. Cet avantage, destiné originellement à récompenser l'assiduité des membres du conseil d'administration, ne relève pas de sa compétence institutionnelle mais de la compétence de l'assemblée générale de la société. Le recours au terme de rémunération pour qualifier les jetons de présence semble quelque peu galvaudé et en dissonance avec le droit positif puisque le droit fiscal les assimile à des revenus de capitaux mobiliers⁸⁹¹ et que le droit social les exclut de l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁸⁹². L'absence de fonction de direction sociale conduit donc à ôter au conseil d'administration sa compétence institutionnelle⁸⁹³. L'article L. 225-46 du Code du commerce prévoit également la faculté de rémunérer des missions exceptionnelles réalisées par des administrateurs. Dans ce cas cependant, l'attribution sera soumise à la procédure des conventions réglementées⁸⁹⁴. L'administrateur doit être, vis-à-vis de la société, considéré

⁸⁹¹ Article 117 bis du Code général des impôts

⁸⁹² Cass. soc. 3 décembre 1981, Rev. Sociétés 1982, p. 295.

⁸⁹³ Le conseil d'administration reste néanmoins libre dans la répartition desdits jetons entre ses membres.

⁸⁹⁴ Cass. com. 2 mai 1983, Bull. civ. IV, n° 128, Rev. sociétés 1984, p. 775, note DIDIER P.

comme un prestataire de services qui agit de manière ponctuelle⁸⁹⁵ et dont l'intervention est forcément limitée dans le temps⁸⁹⁶.

265. La rémunération que peut retirer un mandataire d'un contrat de travail éclaire également cette limitation de la compétence du conseil d'administration ou de surveillance. Ce cumul est rendu possible mais soumis aux exigences particulières des articles L. 225-21-1 et L. 225-22 du Code de commerce parmi lesquelles figure l'exigence d'occuper un « *emploi effectif* ». La jurisprudence a complété cet article en précisant qu'il ne fallait pas que la fonction sociale absorbe la fonction salariée⁸⁹⁷, c'est-à-dire que doit être établi l'existence de deux fonctions dissociables, l'une de direction au titre du mandat social, et l'autre, qualifiée habituellement de technique par opposition à la précédente, au titre du contrat de travail⁸⁹⁸. Selon un auteur, pour s'assurer que les fonctions attribuées sont véritablement distinctes, les juges du fond prennent en compte divers indices, notamment l'objet du contrat de travail, la dimension de la société ou encore l'étendue des pouvoirs conférés aux mandataires⁸⁹⁹. Si le contrat de travail correspond bien à un emploi effectif et qu'une fonction technique est clairement identifiée, une rémunération en contrepartie de ce contrat peut, et même doit, être versée au dirigeant ou à l'administrateur⁹⁰⁰. A l'instar des rémunérations exceptionnelles, ce type de rémunération est soumis à la procédure des conventions réglementées puisqu'elle n'est pas versée en contrepartie de l'exercice d'un mandat social. Ainsi, toute modification du contrat de travail en cours de mandat social, que ce soit par augmentation du salaire ou octroi d'un complément de retraite doit être soumise aux formalités des articles L. 225-40 et suivant du Code de commerce⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ Les textes ne précisent pas le type de missions pouvant être confiées à un administrateur. Il semble concevable de rémunérer la réalisation de travaux d'étude, l'établissement de rapports, la négociation d'un marché important ou autre.

⁸⁹⁶ Cass. soc. 31 octobre 2000, n° 99-11.808, « *la mission d'audit confiée par le conseil d'administration à Mme X... en raison de ses compétences particulières consistait en quelques missions spéciales ne revêtant pas un caractère permanent ; qu'il a pu en déduire qu'il s'agissait d'une activité ponctuelle exclusive de tout lien de subordination* ».

⁸⁹⁷ Cass. soc. 16 octobre 1980, n° 79-12.751, Rev. Sociétés 1981, p. 88.

⁸⁹⁸ AUZERO G. et FERRIER N., « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », Rép Dalloz, Janvier 2010, n° 18.

⁸⁹⁹ MANSUY F., « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », Rev. Sociétés 1987, p. 1.

⁹⁰⁰ AUZERO G. et FERRIER N., *op. cit.* n° 37, « *Par définition, le contrat de travail implique que l'activité exercée sous l'autorité d'un employeur soit rémunérée. Le cumul suppose donc que l'intéressé perçoive une rémunération spécifique pour son activité salariale* ».

⁹⁰¹ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis, 27^{ème} éd., n° 594, p. 326.

266. La mise en lumière du fait générateur de la créance de rémunération des mandataires sociaux est donc rendue possible malgré l'imprécision des textes. L'exercice d'une fonction sociale ouvre la possibilité à l'organe délibératif de la société de fixer de manière unilatérale la rémunération de ce travail. La nature institutionnelle s'efface dès lors qu'une rémunération est octroyée en vertu d'un autre fait générateur. Cependant, cette règle de principe se trouve perturbée lorsqu'un avantage est versé à un mandataire sans être pour autant la contrepartie directe de l'exercice dudit mandat.

§2 – Les avantages versés en raison de l'existence d'un mandat social.

267. Dans la pratique du monde des affaires, les managers ont tendance à regrouper les différents avantages susceptibles d'être dus aux dirigeants de sociétés dans un seul et même « *package de rémunération* »⁹⁰². L'approche juridique conduit, quant à elle, à vouloir rendre à chacun sa juste qualification. Cette approche qui consiste à faire entrer chaque avantage dans une catégorie juridique préexistante se justifie par la pluralité de régimes juridiques applicables à ces différents avantages⁹⁰³. La compétence exclusive du conseil d'administration, la soumission à la procédure des conventions réglementées, l'interdiction des rémunérations autres que celles perçues en contrepartie de l'exercice du mandat d'administrateur sont autant d'exemples qui manifestent l'éclatement des régimes de la rémunération des mandataires sociaux. La difficulté de ce travail réside dans l'absence de définition précise de la notion de rémunération et de critères permettant la qualification juridique. Certes, le législateur, dans un souci de protection des intérêts de la société, est intervenu à plusieurs reprises pour soumettre certains éléments de rémunération à des régimes spécifiques, mais sans que cela ne nous renseigne sur leur nature juridique⁹⁰⁴.

⁹⁰² LE CANNU P. et DONDERO B., « Package du mandataire social et conventions réglementées », RTD com. 2009, p. 762. « Le terme « *package* », employé communément dans la pratique des grandes sociétés à propos du statut de leurs mandataires sociaux, sert à désigner l'ensemble des avantages qui sont attribués au dirigeant, au premier rang desquels figure la rémunération, fixe ou variable, servie par la société ».

⁹⁰³ GARECHE B., « La qualification de quelques avantages financiers accordés aux dirigeants de sociétés en droit français », Thèse, 2013, Paris 13.

⁹⁰⁴ Essentiellement la loi Breton n° 2005-842 du 26 juillet 2005 et la loi TEPA n° 2007-1223 du 21 août 2007. Pour un historique précis, V. SAINTOURENS B., CATHIARD C. et LEMERCIER A., « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue bimestrielle LexisNexis, Mars-avril 2009, p. 4.

L'action législative a plutôt même conduit à complexifier la question en établissant des distinctions suivant les formes de sociétés⁹⁰⁵. L'étude de la qualification de ces différents avantages nous invite à distinguer suivant le moment de la perception dudit avantage. Les principaux éléments qui ont fait l'objet d'une intervention législative sont ceux versés lorsque le mandat social prend fin. A contrario, ceux pouvant être perçus au moment de l'entrée en fonction du mandataire n'ont fait l'objet d'aucune attention de la part du législateur, ce qui peut paraître paradoxal face à leur « succès » auprès des dirigeants de société⁹⁰⁶. Ainsi verra-t-on dans un premier temps les avantages perçus lors de la cessation des fonctions (A), ce qui permettra de nous prononcer sur les avantages perçus lors de l'entrée en fonction (B).

A. Les avantages versés lors de la cessation des fonctions.

268. Le versement d'avantages aux montants exorbitants⁹⁰⁷ à certains mandataires sociaux démis de leur fonction alors que la société qu'ils dirigeaient rencontrait des difficultés économiques a conduit le législateur à réglementer l'octroi de rémunérations dites « différées »⁹⁰⁸, c'est-à-dire versées postérieurement à la fin de l'exercice de leur mandat social. Le statut hétéroclite de ces différents éléments atteste un manque cruel de cohérence dans l'identification des causes de versement de ces avantages. Ces derniers comprennent l'octroi d'une pension de retraite (1) et le versement d'indemnité de départ dans le cadre d'un parachute doré (2).

⁹⁰⁵ Notamment entre les sociétés cotées en bourse et celles qui ne le sont pas.

⁹⁰⁶ Il s'agit ici de ce que l'on dénomme les primes de bienvenue (ou *golden hello* en anglais) dont les montants parfois astronomiques suscitent la curiosité des médias. V. par exemple Lemonde.fr, « Le bonus du nouveau patron de Sanofi agace le gouvernement », 23 février 2015, qui relate le versement d'une prime de bienvenue d'un montant de 4 millions d'euros au nouveau directeur général de Sanofi.

⁹⁰⁷ En avril 2005, le PDG de Carrefour, Daniel Bernard, avait ainsi bénéficié d'un « package » de départ de plus de 40 millions d'euros alors que le groupe était en pleine crise économique. Cette rémunération sera cependant annulée par la justice. Cf. Cass. com. 10 novembre 2009, BJS 2010, p. 144 ; JCP E 2010, 1087 ; Rev. Sociétés 2010 p. 38.

⁹⁰⁸ L'article L. 225-42-1 du Code de commerce les définit comme « des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci ».

1) *La nature rémunératoire de la pension de retraite.*

269. L'octroi d'une pension de retraite complémentaire aux régimes obligatoires est un avantage classique attribué aux dirigeants de sociétés⁹⁰⁹. Ce complément de retraite peut prendre plusieurs formes⁹¹⁰.

270. Il peut tout d'abord s'inscrire dans un dispositif collectif de prévoyance. Il peut s'agir d'un dispositif de retraite à cotisations définies dans lequel l'employeur et, éventuellement, le dirigeant bénéficiaire versent des redevances à un organisme agréé⁹¹¹. L'engagement de la société porte alors sur le montant des cotisations. Il fonctionne selon la technique de la capitalisation. L'engagement est limité au financement du régime et ne porte pas sur le niveau de retraite à obtenir. Le complément de retraite peut aussi s'inscrire dans un régime dit « à prestation définie ». Dans ce cadre, la société garantit à son dirigeant un montant de retraite prédéterminé⁹¹². En dehors de ces dispositifs de prévoyance collective, les dirigeants peuvent bénéficier d'une retraite complémentaire par un engagement individualisé de la société à leurs égards. Dans ce cas, la société peut conclure au profit de ses dirigeants un contrat avec un organisme extérieur⁹¹³ ou prendre directement en charge l'engagement⁹¹⁴.

271. Ces avantages sont, par nature, versés postérieurement au départ du dirigeant de la direction de la société. La question s'est posée de savoir s'ils entraînent dans les prévisions des articles L. 225-45 et L. 225-63 du Code de commerce. Par un arrêt de principe *UBP c/ Lebon* du 3 mars 1987, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que, comme pour la fixation de la rémunération du président, le conseil d'administration est seul compétent et la procédure des articles 101 et suivants du Code de commerce⁹¹⁵ n'a pas à

⁹⁰⁹ CHARVERIAT A., « Attribution d'une retraite à un dirigeant », RJDA 1992, p. 439.

⁹¹⁰ Sur ces différents dispositifs, voir tout particulièrement SAINTOURENS B., CATHIARD C. et LEMERCIER A., « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue bimestrielle LexisNexis, mars-avril 2009, p. 11.

⁹¹¹ Ces dispositifs sont couramment appelés « régimes de l'article 83 » en référence à l'article 83 du Code général des impôts qui encadre leur fiscalité.

⁹¹² Dans la même logique, on les dénomme « régime de l'article 39 » du CGI, ou encore retraite « chapeau ».

⁹¹³ Une société d'assurance, une institution de prévoyance ou une mutuelle.

⁹¹⁴ MORVAN P., « Droit de la protection sociale », LexisNexis 2016, 7^{ème} éd., n° 1012.

⁹¹⁵ Ancienne numérotation des articles L. 225-37-1 et s. du Code de commerce, modifiés par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

être suivie dès lors que trois critères sont établis⁹¹⁶. L'octroi d'un complément de retraite doit avoir pour contrepartie des services particuliers, être proportionné à ces services et ne pas constituer une charge excessive pour la société. L'apport de cet arrêt réside dans la qualification de rémunération d'un avantage versé non pas en contrepartie de l'exercice d'un mandat social mais en contrepartie de services passés rendus à la société. Elle consacre en cela la notion de « *rémunération différée* »⁹¹⁷. La Cour de cassation s'attache à adjoindre une véritable contrepartie qui réside dans un travail passé, à l'octroi d'une pension de retraite. Elle fait d'ailleurs preuve de rigueur et les « services rendus » ne doivent pas se confondre avec le simple exercice du mandat social. Seul le dirigeant méritant, qui s'est « surpassé » pendant son mandat et dont les diligences n'ont pas été prises en compte par sa rémunération immédiate⁹¹⁸, peut prétendre à un tel avantage⁹¹⁹. Un auteur note néanmoins que « *la distinction n'est pas limpide* » et qu'accoler l'adjectif « *particulier* » aux « services » suscite la discussion⁹²⁰. Les principaux critères semblent être la longueur particulièrement élevée du mandat social⁹²¹ et un comportement exemplaire identifiable⁹²².

272. L'absence de l'un des trois critères imposés par la jurisprudence *UBP*, tout particulièrement celui exigeant des services particuliers, laissent planer un doute sur la nature toujours rémunératoire du complément de retraite. La doctrine semble estimer que,

⁹¹⁶ Cass. com. 3 mars 1987, *UBP c. Lebon*, Gaz. Pal. 1987, I, n° 264, note HATOUX B., Rev. sociétés 1987, p. 266, note GUYON Y. « *L'octroi d'un complément de retraite ayant pour contrepartie des services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le président dès lors que l'avantage accordé est proportionné à ces services et ne constitue pas une charge excessive pour la société* »

⁹¹⁷ GUYON Y., note sous Cass. com. 3 mars 1987, Rev. Sociétés 1987, p. 266. Selon cet auteur, cette analyse rejoint celle du droit social qui tend de plus en plus à rapprocher le régime des pensions de celui des salaires. Les pensions seraient alors des salaires d'inactivité.

⁹¹⁸ SAINTOUREINS B., « Retraite complémentaire des dirigeants : la Cour de cassation se joint au courant de sévérité », note sous Cass. com. 10 novembre 2009, BJS 1^{er} février 2010, n° 2, p. 143.

⁹¹⁹ Cass. com. 10 novembre 2009, n° 08-70.302, RTD Com. 2010, p. 150. Dans cet arrêt, la cour d'appel avait justifié l'octroi d'une retraite chapeau par le fait que le « *bilan de M. X de 1992 à 2005 était positif* » et qu'il était intervenu « *après plusieurs années au service de la société* ». La Cour de cassation se montre plus exigeante et casse la décision du juge d'appel faute d'avoir « *caractérisé (en quoi) les services rendus par le dirigeant social seraient de nature à justifier l'octroi d'un complément de retraite* ». Ainsi, le simple constat d'une absence de grief pendant l'exercice d'un mandat social ne justifie pas en soi un tel complément de rémunération.

⁹²⁰ LE CANNU P., « Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions », BJS Juillet 1996, p. 567.

⁹²¹ Cass. com. 22 janvier 1991, Rev. Sociétés 1991, p. 61, note LEGROS J.-P. Dans cette décision, la nature institutionnelle de l'avantage est retenue, le dirigeant ayant été au service de la société pendant 22 ans.

⁹²² *Ibid.* La Chambre commerciale approuve la cour d'appel qui a caractérisé l'exigence de services particuliers « *eu égard aux sacrifices patrimoniaux qu'il avait consentis pour la transmission de cette entreprise et la sauvegarde de sa situation de trésorerie* ».

dans cette configuration, l'octroi de l'avantage est soumis à la procédure des conventions réglementées⁹²³. Depuis la loi Breton du 26 juillet 2005⁹²⁴, la question ne se pose plus que pour les sociétés anonymes non cotées, le législateur ayant soumis d'autorité tous les éléments de rémunérations différées à la procédure des conventions réglementées⁹²⁵. Cependant, soumettre un avantage à cette procédure ne nous renseigne pas sur sa nature juridique puisqu'une indemnité, une libéralité ou une rémunération peuvent toutes trois être l'objet d'une convention⁹²⁶. Ainsi, un complément de retraite qui ne serait pas la contrepartie de services particuliers peut-il encore être considéré comme ayant une nature rémunératoire⁹²⁷ ? Une réponse affirmative paraît peu probable, la définition de la rémunération, certes générale, énonce qu'elle doit être la contrepartie d'une activité ou d'un travail⁹²⁸. Les qualifications juridiques susceptibles d'accueillir ce type d'avantage ne sont pas légions. L'argument qui vise à qualifier le complément de retraite d'indemnité, sans lien avec des services rendus, doit être écarté assez rapidement, aucun préjudice ne pouvant être identifié⁹²⁹. Une autre qualification⁹³⁰ pouvant être envisagée est celle de libéralité⁹³¹ avec le lot de difficultés que cela emporte⁹³². Mais certains auteurs pensent que cette

⁹²³ Certains auteurs présentent cette solution comme une évidence, (COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis 2016, 27^{ème} éd., p. 333, n° 607) d'autres sont plus nuancés (Le CANNU P. et DONDERO B., « Droit des sociétés », LGDJ 2015, 6^{ème} éd., n° 790, p. 532). Il est vrai qu'à l'heure actuelle, aucune décision de la Cour de cassation ne semble édicter cette règle.

⁹²⁴ VIANDIER A., « La soumission des indemnités de départ à la procédure des conventions réglementées », JCP E 2005, p. 1874.

⁹²⁵ Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce

⁹²⁶ Un auteur (De CALBIAC J., *op. cit.*, p. 76) écrit au sujet de la soumission d'un avantage à la procédure des conventions réglementées de « dénaturation de la rémunération ». Cette assertion nous paraît erronée. Ladite soumission n'ôte pas à l'avantage son caractère rémunératoire, elle conduit à dénaturer sa nature institutionnelle pour lui conférer une nature conventionnelle. La soumission aux procédures conventionnelles induit un changement dans le mode de fixation de l'avantage et non dans sa nature intrinsèque.

⁹²⁷ LEGROS J.-P., *op. cit.*, « A partir du moment où il existe des critères précis, le dirigeant a droit à une pension « normale ». Si la pension est « anormale », le dirigeant n'y a pas droit et l'assemblée générale ne peut pas non plus la lui octroyer. Ou alors la qualification doit être revue. Il s'agira d'une libéralité, d'une rémunération exceptionnelle... »

⁹²⁸ CORNU G. (sous la dir), « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd.

⁹²⁹ *Infra*. La qualification d'indemnité suppose l'identification d'un préjudice.

⁹³⁰ BOY L., « La nature juridique de la retraite allouée par la société anonyme à son ancien président », Dr. soc. 1980, p. 413. La doctrine a proposé un certain nombre de qualifications pour répondre à cette épineuse question. L'auteure en l'espèce proposait que d'un point de vue commercialiste, elle puisse être qualifiée de « libéralité à caractère rémunératoire », contraction de deux termes *a priori* antinomiques, qui atteste de la difficulté à saisir la nature juridique de cet avantage.

⁹³¹ GARECHE B., *op. cit.*, « La libéralité est un acte juridique fait entre vifs (personnes vivantes) ou dans une disposition testamentaire par laquelle une personne transfère au profit d'une autre un droit ou des biens dépendant de son patrimoine. Il s'agit donc d'un acte par lequel une personne procure ou s'engage à procurer à autrui un bien ou un avantage sans contrepartie ».

⁹³² L'article 39-1-1° du CGI n'autorise la déduction du résultat fiscal les sommes que « dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu ».

« retraite » qui n'est plus « une rémunération au sens stricte », peut constituer un « abus de biens sociaux »⁹³³. En conclusion, l'attribution d'une pension de retraite alors que des services particuliers rendus pendant l'exercice du mandat ne peuvent être identifiés nous paraît illicite et totalement contraire à l'intérêt de la société⁹³⁴.

273. Le juge a donc étendu la qualification de rémunération à un avantage qui n'est pas la contrepartie directe d'une activité. Il s'attache néanmoins à lier l'octroi d'une pension de retraite à la réalisation d'une prestation particulière, l'exécution de services particuliers rendus dans l'intérêt de la société. Seule cette qualification nous paraît envisageable et la soumission des pensions de retraite à la procédure des conventions réglementées dans les sociétés cotées ne nous paraît pas dénaturer le caractère rémunérateur de cet avantage⁹³⁵. En plus d'une pension de retraite, le dirigeant de société peut se voir attribuer une indemnité de départ, encore appelé parachute doré.

2) La nature indemnitaires de la prime de départ.

274. A l'occasion de son départ, un dirigeant de société peut se voir octroyer de la part de la société une prime de départ⁹³⁶. Plus connu dans les médias sous la désignation de « parachutes dorés » ou « *golden parachute* »⁹³⁷, cet instrument juridique novateur a été emprunté à la pratique anglo-saxonne où il suscite également ambiguïté et débat⁹³⁸. Il faut reconnaître que l'identification de sa nature n'est pas chose aisée et la démonstration de sa justification encore moins⁹³⁹. L'analyse juridique qu'en fait la Cour de cassation diffère de celle retenue en matière de pension de retraite, bien que les situations puissent être

⁹³³ LE CANNU P. et DONDERO B., *op. cit.*, n° 790, p. 532.

⁹³⁴ Le respect de la procédure des conventions réglementées ne nous semble pas suffisant pour justifier en soi le versement d'un avantage dénué de toute contrepartie, de toute cause au sens civiliste.

⁹³⁵ Ainsi, en vertu de l'article L. 225-44 du Code de commerce, il nous semble formellement interdit d'octroyer à un administrateur non dirigeant une pension de retraite puisque seule la rémunération de son activité par le versement de jetons de présence est autorisé par ce texte.

⁹³⁶ L'attribution d'une indemnité de départ à un administrateur présente de sérieux problèmes de légalité.

⁹³⁷ El AHBAD J., « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », *Rev. Sociétés* 2004, p. 18.

⁹³⁸ *Ibid.* L'auteur rapporte que le montant exorbitant perçu aux Etats-Unis en 2005 par l'ancien dirigeant de Walt Disney qui s'est vu attribuer 140 millions de dollars après seulement un an de bons et loyaux services. Il est à noter que la Justice a donné raison aux membres du conseil d'administration contre les actionnaires qui les accusaient de dilapider l'argent de la compagnie.

⁹³⁹ A tel point que les Suisses se sont prononcés en faveur de leur interdiction pure et simple. Cf. lemonde.fr, 3 mars 2013, « Les Suisses approuvent l'interdiction des parachutes dorés ».

considérées, de prime abord, comme voisines. Dans un arrêt du 18 octobre 1994, elle soumet la prime de départ allouée au président du conseil d'administration d'une société anonyme à la procédure des conventions réglementées et qualifie cet avantage « *d'indemnité exceptionnelle* » puisque versée uniquement « *en raison de la cession de ses actions et la cessation consécutive de ses fonctions* »⁹⁴⁰. Le rejet de la compétence institutionnelle du conseil d'administration mérite approbation et est justifié par la qualification de la prime de départ d'indemnité⁹⁴¹. Mais la qualification d'indemnité est en elle-même contestable. Assimiler la prime de départ à une indemnité suppose en effet que la prime présente les caractéristiques propres à la notion d'indemnité. Celle-ci se définit comme une « *somme d'argent destinée à dédommager une victime, à réparer le préjudice qu'elle a subi par attribution d'une valeur équivalente qui apparaît tout à la fois comme la réparation d'un dommage et la sanction d'une responsabilité* »⁹⁴². La logique indemnitaire présuppose donc au regard de cette définition la réunion de deux conditions, la réparation d'un préjudice et la sanction d'un comportement fautif⁹⁴³.

275. Le préjudice subi par le dirigeant lors de la cessation de ses fonctions est difficile à établir. L'hypothèse du dirigeant démissionnaire est particulièrement évocatrice. Comment pourrait-il se prévaloir d'un préjudice alors qu'il est le responsable de la cessation de son mandat ? La Cour de cassation ne semble pas préoccupée par cette incongruité puisque dans l'arrêt du 18 octobre 1994, il s'agissait bien d'un dirigeant démissionnaire, ce qui ne l'a pas empêché de consacrer la nature indemnitaire de la prime de départ⁹⁴⁴. Mais, même dans l'hypothèse d'une révocation du dirigeant, la justification du parachute doré n'apparaît pas évidente.

⁹⁴⁰ Cass. Com. 18 octobre 1994, n° 92-22.052, RTD Com. 1995, p. 434, note PETIT B. et REINHARD Y. ; BJS 01 décembre 1994, n° 12, p. 1311, note LE CANNU P.

⁹⁴¹ Une interprétation littérale de l'article L. 225-47 du Code de commerce fait ressortir que le conseil d'administration ne détient une compétence exclusive pour fixer unilatéralement que la rémunération, ce qui exclut *de facto* tout élément revêtant une autre qualification juridique.

⁹⁴² CAPITANT, Vocabulaire juridique, op. cit.

⁹⁴³ Une auteure analyse l'indemnité, au sein des rapports commutatifs, comme s'articulant autour de deux concepts. Selon elle, l'indemnité suppose une perte injustifiée et une perte compensée, ce qui s'assimile peu ou prou à la réparation d'un préjudice et la sanction d'un comportement illicite. Cf. LE GALLOU C., « La notion d'indemnité en droit privé », Thèse, LGDJ 2007, p. 28 et s.

⁹⁴⁴ Il faut remarquer que le « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » publié par l'AFEP-MEDEF et révisé en juin 2013 est plus rigoureux que la jurisprudence puisqu'il déconseille le versement d'indemnités de départ à un dirigeant mandataire social s'il quitte à son initiative la société pour exercer de nouvelles fonctions. Ce Code n'a cependant aucune valeur juridique à proprement parler. Cf. « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », p. 27.

276. Dans les sociétés anonymes, le président du conseil d'administration, le directeur général et les membres du conseil de surveillance sont révocables *ad nutum*, c'est à dire que l'organe délibératif compétent dispose d'un pouvoir discrétionnaire de révocation. De ce pouvoir, la jurisprudence a tiré trois principes. Le dirigeant peut être démis de ses fonctions sans juste motif, sans préavis et n'a droit à aucune indemnité⁹⁴⁵. Démonstration est donc faite que le dirigeant d'une SA ne peut se prévaloir d'aucun préjudice en cas d'éviction. La seule exception repose sur l'article 1382 du Code civil et la théorie de l'abus de droit. Si l'éviction intervient dans des circonstances brutales, injurieuses ou vexatoires, le dirigeant peut demander réparation du préjudice subi⁹⁴⁶. Est également envisageable une indemnisation si le conseil d'administration, lors de la révocation du dirigeant, n'a pas respecté le principe du contradictoire⁹⁴⁷. Dans les SARL, le préjudice que peut subir le dirigeant lors de sa révocation est plus aisément identifiable. Il n'est en effet pas révocable *ad nutum*, mais pour justes motifs⁹⁴⁸. Ceux-ci peuvent résider dans le comportement du gérant⁹⁴⁹ ou se découvrir dans l'intérêt de la société⁹⁵⁰.

277. Dans la majorité des cas, la justification juridique du versement d'une indemnité de départ comme contrepartie d'un préjudice subi lors de la cessation des fonctions apparaît donc comme largement superficielle⁹⁵¹. Et lorsque préjudice il y a, le montant des parachutes dorés est bien souvent sans commune mesure avec ce qui est traditionnellement accordé par les juges du fond⁹⁵². Dès lors, on est en droit de se demander si ces parachutes

⁹⁴⁵ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis 2016, 27^{ème} éd., n° 574, p. 316.

⁹⁴⁶ CA Versailles 12e ch. 1re sect., 27 juin 1996, n° 641/94, BJS 01 décembre 1996 n° 12, p. 1021. « *La révocation d'un membre du directoire, décidée par le directoire réuni uniquement à l'occasion de l'absence de celui-ci, aussitôt suivie de la révocation du même dirigeant par les conseils d'administration des filiales dans lesquelles il exerçait les fonctions de président ou de directeur général, est abusive et illégale, dans la mesure où cette décision a eu pour effet de « court-circuiter » les organes légaux de la procédure de révocation.* ».

⁹⁴⁷ Le CANNU P., « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », BJS 1996, p. 11.

⁹⁴⁸ Article L. 223-25 alinéa 1^{er} du Code de commerce. Cette disposition n'est cependant pas aussi contraignante que l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement exigée par le Code du travail.

⁹⁴⁹ Fautes commises dans l'exécution du mandat, inaptitude physique ou professionnelle du gérant...

⁹⁵⁰ Mécontentement entre les associés et le gérant.

⁹⁵¹ AUZERO G., « Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : aspects de droits des sociétés et de droit du travail », BJS 2007, p. 1035, § 288. « *En d'autres termes, le parachute doré vise à fournir à son bénéficiaire un dédommagement financier en contrepartie de la perte de ses fonctions. En « contrepartie » et non « en réparation ». Un dirigeant étant toujours librement révocable, la perte des fonctions ne saurait, en tant que telle, donner lieu au versement de dommages-intérêts. Il n'y a lieu à réparation que lorsque la loi soumet la révocation à l'existence d'un juste motif et que celui-ci est absent.* ».

⁹⁵² Cf. les références citées dans COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *op. cit.*, n° 577, p. 317. Les montants des dommages et intérêts attribués par les cours d'appel oscillent entre 10 000 et 150 000 euros, à mettre en comparaison avec les millions d'euros régulièrement versés aux ténors du CAC 40.

ne sont pas davantage « rémunérateurs » que « compensatoires ». C'est en cela que le rattachement des parachutes dorés à la qualification de « rémunération différée », à l'instar des pensions de retraite, est envisageable. Or, « *l'indemnité sanctionne et corrige matériellement ce qui ne devait pas être fait, alors que la rémunération, certes financièrement aussi, rétribue et participe de ce qui a été fait* »⁹⁵³. Dans cette optique, la prime de départ devrait trouver son fondement dans des « *services particuliers* » détachables de l'exercice du mandat social. Dans le cas contraire, la prime ferait « double emploi » avec la rémunération perçue au cours du mandat. En effet, le recours à la notion de rémunération différée suppose que « *la rémunération reçue par le bénéficiaire a été insuffisante eu égard aux services qu'il a rendus à la société* »⁹⁵⁴. La jurisprudence ne s'est évidemment jamais prononcée en ce sens puisqu'elle assimile cette prime à une indemnité. Mais le législateur, par la loi TEPA du 21 août 2007, semble avoir pris conscience de cette ambiguïté et reconnaît implicitement la dimension principalement rémunératoire des parachutes dorés⁹⁵⁵. Après avoir confirmé la soumission de cet avantage à la procédure des conventions réglementées, l'article L. 225-42-1 du Code de commerce subordonne, à peine de nullité, son versement « *au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire* »⁹⁵⁶. Par cette réforme, « l'indemnité » de départ rétribue davantage « *la qualité du travail accompli* »⁹⁵⁷ que la fin du mandat *stricto sensu*. On s'éloigne ainsi d'une nature strictement indemnitaire. Il n'en demeure pas moins que cette disposition n'est applicable que dans les sociétés cotées⁹⁵⁸. Pour les autres sociétés, le parachute doré demeure une indemnité dont le préjudice « réparé » n'est ni démontré ni identifié.

278. La nature juridique octroyée par le juge aux parachutes dorés n'est pas, à notre sens, satisfaisante. Indemnité sans préjudice ou rémunération sans travail, l'analyse qu'en fait la Cour de cassation manque de rigueur, spécialement au regard de la jurisprudence beaucoup plus stricte relative aux pensions de retraite. Le défaut de contrepartie au versement d'une

⁹⁵³ El AHBAD J., *op. cit.*, p. 18.

⁹⁵⁴ BERNARD N., note sous Cass. com. 8 avril 1976, JCP G 1977, II, 18739.

⁹⁵⁵ Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.

⁹⁵⁶ AUZERO G., *op. cit.*, L'auteur précise néanmoins que « *faute de précision supplémentaire, les critères susceptibles d'être retenus sont extrêmement variés, ce qui permet en pratique d'aboutir peu ou prou aux résultats que l'on veut...* »

⁹⁵⁷ PACLOT Y., « Les avancées de l'article 17 de la loi du 21 août 2007 », Journal des sociétés décembre 2007, n° 49, p. 33.

⁹⁵⁸ Articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce.

telle indemnité devrait conduire la Cour de cassation à être bien plus attentive à la légalité de ce type d'engagement. Hors l'hypothèse des sociétés cotées où une condition de performance est dorénavant exigée, il nous semblerait souhaitable que le juge exige la preuve d'une véritable contrepartie au versement d'une indemnité de départ⁹⁵⁹. Une solution résiderait peut-être dans l'obligation de coupler le versement du parachute doré à un engagement de non-concurrence post mandat social. On sait que ces clauses sont licites en droit des sociétés⁹⁶⁰ mais qu'elles ne sont, à la différence de celles conclues avec des salariés, pas soumises à l'exigence d'une contrepartie financière⁹⁶¹. Dès lors, la réunion de ces deux éléments permettrait à la fois d'offrir une contrepartie à l'obligation de non-concurrence du dirigeant social et de justifier le versement d'une prime de départ⁹⁶².

279. Les avantages octroyés à la fin du mandat social revêtent des qualifications juridiques différentes là où l'uniformité semblait plutôt de mise. Le refus de soumettre les pensions de retraite aux procédures des conventions réglementées au motif qu'elles sont un élément de rémunération n'est pas convaincant. De même, le caractère indemnitaire des parachutes dorés n'emporte pas notre adhésion. La loi TEPA du 21 août 2007 a certes clarifié les choses, mais la situation demeure inchangée dans les sociétés non cotées. Si les avantages de fin de mandat bénéficient néanmoins d'une nature juridique déterminée malgré leur incohérence, force est de constater que rien n'a été prévu pour ceux versés lors de l'entrée en fonction du dirigeant.

B. Les avantages versés lors de l'entrée en fonction.

280. Les dirigeants de société peuvent percevoir des primes lors de leur entrée en fonction. Plus connues sous leur appellation médiatique de « *golden hello* », leur appréhension juridique est délicate dans la mesure où il est difficile de leur appliquer une qualification

⁹⁵⁹ Démonstration de résultats économiques particulièrement brillants, situation de précarité dans laquelle se trouve le dirigeant suite à son éviction...

⁹⁶⁰ Cass. com., 12 novembre 1996, n° 94-16.216, RTD Civ. 1997, p. 422, com. MESTRE J.

⁹⁶¹ Cass. com. 8 octobre 2013, n° 12-25.984, BJS 2014, p. 17, note SAINTOUREINS B. ; Rev. Sociétés 2014, p. 102, note BARBIERI J.-F.

⁹⁶² Cependant, du fait des articles L.225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce, les engagements de non-concurrence ne sont pas dans les sociétés cotées conditionnés par une exigence de performance. Ces engagements sont en effet déjà « causés » par l'obligation pour le dirigeant de ne pas travailler pour la concurrence.

juridique préétablie. La doctrine, réduite à quelques auteurs, s'accorde sur l'incertitude entourant la nature juridique des primes de bienvenue (1). En pratique, elles sont souvent qualifiées de rémunération, ce qui est en soi contestable (2).

1) *La nature juridique incertaine de la prime de bienvenue.*

281. La prime de bienvenue semble plus facile à dénommer qu'à définir. « *Egalement appelé « pont d'or » en France, ou encore « poignée de main en or » (« golden handshake») aux Etats-Unis, il s'agit d'une prime de bienvenue, destinée à encourager un dirigeant à rejoindre une entreprise* »⁹⁶³. Ces multiples appellations masquent un manque cruel de reconnaissance juridique⁹⁶⁴. Peu d'auteurs se sont penchés sur la question⁹⁶⁵ et son existence légale fait débat puisqu'elle n'est mentionnée expressément par aucun texte⁹⁶⁶. Si elle peut se définir comme « *un avantage versé à un mandataire social pour une société en contrepartie de sa prise de fonctions* »⁹⁶⁷, son rattachement à une catégorie juridique préexistante n'est pas chose aisée.

282. Un auteur esquisse plusieurs approches intéressantes pour qualifier les *goldens hello*⁹⁶⁸. Elle envisage tout d'abord de recourir à des catégories juridiques à première vue pertinentes mais qui ne sont pas, après examen, appropriées. Tout d'abord, elle s'interroge sur la pertinence de rapprocher les *goldens hello* de la notion de salaire et plus précisément de l'acompte sur salaire. L'idée semble séduisante, l'acompte constituant « *un paiement partiel de la dette qui pèse sur le débiteur, avant une quelconque exécution de la part de son cocontractant* »⁹⁶⁹. Elle rejette cependant cette assimilation au motif que le salaire, même dans son acception la plus large, se rattache toujours, même indirectement, à l'idée de

⁹⁶³ Libération.fr, 23 février 2015.

⁹⁶⁴ Un auteur liste avec facétie ses différentes nominations : *signing bonus, welcome parachute*, prime de bienvenue, prime de rideau... V. DONDERO B., « Les *goldens hellos* : le salut impossible ? », BJS 1^{er} juin 2008, n° 6, p. 514.

⁹⁶⁵ DONDERO B., *op cit.* ; ROMAN B., « Les *goldens hellos* : nouvel Eldorado des dirigeants », JCP E 17 juin 2004, n° 25, p. 996 ; SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires », Rép. Sociétés Dalloz, 2009, n° 138.

⁹⁶⁶ L'article L. 225-102-1 du Code de commerce semble reconnaître son existence de manière indirecte. Selon ce texte, le rapport d'information présenté chaque année devant l'assemblée générale comprend « *les engagements de toutes natures... susceptibles d'être dus à raison de la prise (...) de ses fonctions* ».

⁹⁶⁷ DONDERO B., *op. cit.*

⁹⁶⁸ ROMAN B., *op. cit.*

⁹⁶⁹ *Ibid.*

travail. Or, cette prime d'arrivée ne peut se rattacher à un quelconque travail, puisque son versement ne trouve pas sa justification dans l'exécution d'une prestation mais dans la conclusion d'un contrat. Puis, elle se demande si l'on ne pourrait pas appréhender les *goldens hello* par la technique des arrhes. Défini à l'article 1590 du Code civil, il s'agit « *d'une somme d'argent qui est destinée soit à s'imputer sur le prix comme acompte en cas d'exécution, soit à être perdue par celui qui l'a versée, s'il se départi de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vient de son fait* »⁹⁷⁰. Cette qualification doit également être rejetée puisque, à la différence du *golden hello*, cette somme doit être versée quel que soit l'issue du contrat⁹⁷¹. Enfin, elle réfléchit sur la technique du droit d'entrée qui « *consiste à faire payer par l'une des parties une certaine somme à son futur cocontractant, placé dans une position de force contractuelle, afin d'inciter celui-ci à contracter* »⁹⁷². Par ce mécanisme, encore appelé pas de porte, le propriétaire d'un immeuble fait payer un droit d'entrée au locataire, contrepartie des avantages reçus par le locataire. Là encore la qualification ne peut être retenue car dans la logique du *golden hello*, c'est « l'accueilli » et non pas « l'accueillant » qui perçoit le droit d'entrée. Il y a donc une inversion des rôles qui rend impossible toute assimilation entre prime d'arrivée et droit d'entrée.

283. Ce tâtonnement doctrinal montre bien à quel point il est difficile d'identifier la nature juridique du *golden hello*. L'auteur finit par proposer une analyse indemnitaire. Selon elle, le *golden hello* « *constitue une indemnité d'indisponibilité* » qui vient réparer le préjudice que subit le futur mandataire social par le retrait de « *sa force de travail du commerce juridique* »⁹⁷³. En se fondant sur la thèse de Thierry REVET⁹⁷⁴, elle estime que la disponibilité du mandataire pourrait être assimilée à un bien susceptible d'être réservée par la société afin de l'empêcher de contracter avec un tiers moyennant indemnisation. Cette analyse peut

⁹⁷⁰ CORNU G. (dir.), « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd.

⁹⁷¹ Le *golden hello* lui n'est versé qu'en cas d'entrée en fonction du mandataire social.

⁹⁷² ROMAN B., *op. cit.*

⁹⁷³ Cette indemnité d'indisponibilité est à mettre en parallèle avec la notion d'indemnité d'immobilisation qui existe dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente. Le propriétaire d'un bien promet de le vendre à un tiers si celui-ci manifeste la volonté de l'acheter. En cas de refus, le propriétaire a immobilisé son bien sans pouvoir le proposer à autrui, ce qui lui cause un préjudice. Une clause peut prévoir qu'en ce cas, l'acheteur paie au vendeur une indemnité dite d'immobilisation.

⁹⁷⁴ REVET T., « La force de travail (Etude juridique) », Thèse, Litec, 1992.

susciter l'adhésion⁹⁷⁵ en ce qu'elle tend à rapprocher le *golden hello* de l'obligation de non-concurrence post mandat social qui, elle, dispose d'une assise textuelle⁹⁷⁶. Ainsi, à l'instar de l'obligation de non-concurrence, le *golden hello* serait une « mise à disposition passive de la force de travail » pouvant donner lieu à rétribution⁹⁷⁷.

284. Cette analyse est battue en brèche par le Professeur Bruno DONDERO⁹⁷⁸. D'une part, cet engagement d'exclusivité ne reflète pas la réalité, un mandataire pouvant très bien négocier de manière simultanée avec plusieurs sociétés et conclure plusieurs mandats sociaux. D'autre part, dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, l'indemnité n'est versée que lorsque la promesse ne débouche pas sur une vente. Cependant, l'auteur admet l'impossibilité de se prononcer de manière certaine sur la nature juridique du *golden hello*, sa licéité n'étant « pas absolument garantie, en l'état actuel du droit positif »⁹⁷⁹. Sa position oscille entre la qualification de rémunération et celle d'indemnité de prise de fonctions, mais il ne se prononce pas de manière définitive.

285. Les propositions de la doctrine ne permettent pas de cerner avec pertinence la nature juridique des *goldens hello* tant la contrepartie de cet avantage est difficile à identifier. A défaut de régime juridique spécifique, les principaux acteurs du droit des sociétés assimilent ces indemnités de bienvenue à un élément de rémunération, ce qui est, en soi, éminemment contestable.

2) *La qualification contestable de la prime de bienvenue retenue par les conseils d'administration.*

286. En l'absence de consécration légale, il convient de s'intéresser à l'appréhension des *goldens hello* par les principaux intéressés, à savoir les sociétés et leurs représentants. Le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées adopté par l'AFEP-MEDEF, dans sa

⁹⁷⁵ Une faille dans le raisonnement doit néanmoins être relevée. Dans l'hypothèse générale où le bénéficiaire de la promesse lève l'option, l'indemnité se transforme en acomptes et est déduite du prix de vente. Or dans le cadre du *golden hello*, celui-ci vient bien souvent en sus de la rémunération due au mandataire et non en déduction.

⁹⁷⁶ Article L. 225-42-1 du Code de commerce.

⁹⁷⁷ REVET T., *op. cit.*, p. 337.

⁹⁷⁸ DONDERO B., *op. cit.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*

version révisée de juin 2013, en fait la mention explicite mais demeure très lacunaire à son sujet⁹⁸⁰. Sans se prononcer sur sa soumission à un éventuel dispositif de contrôle⁹⁸¹, ce document assimile la prime d'arrivée à une indemnité de prise de fonctions, au même titre que les indemnités de départ et de non-concurrence. Le caractère indemnitaire du *golden hello* est encore renforcé par l'exigence qu'il ne puisse être versé qu'à un dirigeant mandataire social venant d'une société extérieure au groupe. Est ainsi consacré l'idée que l'indemnité de bienvenue est la contrepartie de la perte, du préjudice subi, par le dirigeant lors de son départ d'une société tierce. La perte d'un statut, des avantages en nature qui l'accompagnent, des éventuels droits de souscriptions à des options d'achat, sont autant de manque à gagner censés être compensés par le versement d'une indemnité. Cette analyse est sensiblement plus restrictive que celle « *d'indemnité d'indisponibilité* »⁹⁸² puisqu'elle suppose que le nouveau dirigeant ait été au service d'une autre société préalablement à sa nomination. La qualification d'indemnité laisse néanmoins dubitatif puisque, à l'instar des *goldens parachute*, le préjudice juridiquement indemnisable est délicat à mettre en lumière. Certes, le dirigeant subit une perte du fait de son départ de son ancienne société mais, d'une part, cette perte résulte de sa propre initiative⁹⁸³ et, d'autre part, ce départ ne peut qu'être motivé par le désir d'obtenir un statut plus attractif au sein de la nouvelle société.

287. Quoique contestable, l'assimilation de ces avantages à une indemnité devrait conduire à soumettre ces avantages à la procédure des conventions réglementées. En effet, la compétence institutionnelle de l'organe délibératif de la société est strictement limitée à la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux⁹⁸⁴. Or, un récent exemple tiré du monde des affaires démontre que les sociétés cotées ne suivent pas cette procédure. Ainsi, lors de la nomination de Monsieur Olivier Brandicourt au poste de directeur général de la société Sanofi, cette dernière a publié une note relative aux éléments de rémunération concédés suite à sa prise de fonction⁹⁸⁵. Dans ce document, il est mentionné que le conseil d'administration de Sanofi a approuvé, après proposition du comité des rémunérations, le

⁹⁸⁰ AFEP-MEDEF, « Code de gouvernement des sociétés cotées », juin 2013.

⁹⁸¹ Il est seulement mentionné que « *son montant doit être rendu public au moment de sa fixation* ». V., n° 23.2.5, p. 27.

⁹⁸² ROMAN B., *op. cit.*

⁹⁸³ A titre de comparaison, le salarié démissionnaire n'a pas le droit à une indemnité de licenciement.

⁹⁸⁴ *Infra*, §1.

⁹⁸⁵ SANOFI, « Informations relatives aux éléments de rémunération de Monsieur Olivier Brandicourt », 19 février 2015.

versement d'une indemnité forfaitaire brute de 2 millions d'euros à son nouveau directeur général, payable à la prise de fonction, « *en contrepartie des avantages auxquels il a renoncé en quittant son précédent employeur* »⁹⁸⁶. Le fait qu'il ne soit mentionné à aucun moment que l'octroi de cet avantage doit être approuvé par l'assemblée générale indique que c'est la compétence institutionnelle du conseil d'administration qui a été retenue. Par extension, le conseil d'administration assimile la prime d'arrivée à un élément de rémunération, ce qui apparaît contradictoire par rapport à la justification de son versement. Il est bien précisé qu'elle est concédée en contrepartie des avantages auxquels le dirigeant a renoncé, ce qui accrédite plutôt la thèse indemnitaire⁹⁸⁷. Il y a comme un paradoxe à énoncer dans un premier temps que la prime d'arrivée est versée pour compenser un préjudice et dans un second temps lui appliquer la procédure réservée aux éléments de rémunération⁹⁸⁸.

288. Si la seule justification de la perception d'une prime d'arrivée est la perte d'un statut protecteur, cette dernière ne devrait pas pouvoir être qualifiée d'élément de rémunération mais d'indemnité et son versement soumis au respect de la procédure des conventions réglementées. Cependant, même dans cette optique, lui attribuer une nature indemnitaire paraît largement artificiel tant le préjudice subi par le dirigeant sortant nous semble dérisoire. En l'absence d'une véritable contrepartie clairement identifiée, l'obligation de verser une somme au dirigeant du seul fait de sa prise de fonction donne l'impression d'être dépourvue de cause⁹⁸⁹. Une solution simple consisterait à assimiler la *golden hello* à une rémunération mais d'obliger l'organe délibératif à prévoir une véritable contrepartie. Par exemple, son paiement pourrait être échelonné dans le temps, sur plusieurs années, afin de rémunérer la permanence du mandataire à son poste de direction. Ou encore, à l'image de ce qui a été prévu pour les parachutes dorés, l'assortir d'une condition de performance. Ainsi, le principe du versement pourrait être voté lors de l'entrée en fonction, mais son

⁹⁸⁶ Il est également prévu que cette indemnité sera renouvelée l'année suivante si le directeur général est toujours présent à cette date, ce qui porte à 4 millions d'euros le montant du *golden hello* versé.

⁹⁸⁷ En ce sens, DONDERO B., *op. cit.*, « *La société peut compenser, par le golden hello, une perte subie par le dirigeant du fait de son entrée en fonctions auprès d'elle* ».

⁹⁸⁸ Ce n'est pas là le seul paradoxe à noter. Le conseil d'administration de Sanofi prétend en effet se conformer aux recommandations du code de gouvernement AFEP-MEDEF, or ce code retient au contraire une analyse indemnitaire du *golden hello*.

⁹⁸⁹ Le risque n'est pas que théorique car le premier passage d'un *golden hello* devant les tribunaux a conduit un dirigeant à être condamné pour abus de biens sociaux faute de justification apportée à la perception d'une prime d'arrivée. Cf. Cass. crim. 30 juin 2010, n° 09-82.062, RTD Com. 2010, p. 748.

versement effectif reporté lors d'une prochaine réunion du conseil d'administration après constat de la réalisation desdits objectifs.

289. L'accomplissement d'un travail est donc bien le fait générateur de la créance de rémunération. Il convient néanmoins de préciser que, juridiquement, la définition du travail exigé varie suivant le travailleur envisagé. Ainsi, c'est la mise à disposition de la force de travail qui est la contrepartie à la créance de salaire du salarié tandis que c'est l'exercice d'une fonction sociale qui justifie la rémunération du dirigeant social. Ce travail d'identification du fait générateur de la rémunération est également pertinent dans la mesure où il permet de distinguer la créance de rémunération au sein des autres créances susceptibles d'être dues à un travailleur dans l'entreprise privée. Il importe ainsi d'examiner si, et dans quelle mesure, la notion de travail constitue un outil pertinent pour ordonner et distinguer ces créances aux statuts juridiques multiples.

Section II : LA REMUNERATION DU PRODUIT DU TRAVAIL.

290. La créance de rémunération salariale n'a vocation qu'à couvrir la mise à disposition de la force de travail du salarié. Dès lors, les sommes versées en contrepartie des fruits ou des résultats du travail n'ont, par principe, pas vocation à épouser la nature juridique du salaire. La question de la nature des créances versées en contrepartie des fruits du travail, qui sont normalement accaparés, réservés par l'employeur, se pose dans l'hypothèse où le salarié est associé au capital ou aux résultats de l'entreprise en raison de son appartenance à celle-ci. Ces différents mécanismes témoignent de la volonté de rattacher le salarié autrement que par le versement d'un salaire à la logique financière de l'entreprise⁹⁹⁰.

291. Le salarié peut également être titulaire de créances de rémunération non salariales lorsque les fruits de son travail font l'objet d'une protection juridique particulière. Il s'agit des hypothèses où il est également artiste, auteur ou interprète ou bien encore lorsqu'il

⁹⁹⁰ LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », Th. Aix-Marseille, 2012, PUAM ; « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », Dr. soc. 2014, p. 500.

dispose de la faculté de tirer profit de son droit à l'image. Dans ces cas, « *il est fatal que le droit de la propriété intellectuelle rencontre le droit du travail* »⁹⁹¹ et « *la question qui se pose alors est de savoir si l'un va l'emporter sur l'autre, s'ils vont coexister ou se compléter ou s'il y aura interpénétration* »⁹⁹². De cette confrontation, le droit positif semble apporter une solution accommodante : à la créance de salaire la charge de rémunérer l'activité du salarié, le « *labor* »⁹⁹³ fourni par le travail, tandis qu'une créance de rémunération, échappant à la qualification de salaire, lui sera due en contrepartie de l'acquisition par l'employeur des fruits de son travail, de son « *opus* ». L'analyse de la rémunération du salarié comme contrepartie de la mise à disposition de sa force de travail est pertinente pour distinguer la créance de salaire de ces autres créances salariées, qu'elles lui soient dues en raison de son intégration à la logique financière de l'entreprise (§1), ou en raison des droits issus d'un statut protecteur particulier (§2).

§1 - Les créances salariées dues en raison de l'inscription du salarié dans une logique de participation financière.

292. A la conception civiliste et synallagmatique classique « *qui établit un lien direct de causalité réciproque et une stricte correspondance entre l'exécution de la prestation de travail et la naissance de la créance de salaire* »⁹⁹⁴, le législateur est intervenu plus spécifiquement, par le biais de l'épargne salariale⁹⁹⁵ et de l'actionnariat salarié, pour associer le salarié tant aux résultats de l'entreprise (1), qu'au capital de la société (2).

⁹⁹¹ POLLAUD-DULIAN F., « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD Com. 2000, p. 273.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ LYON-CAEN G., « Le salaire », Traité de droit du travail, t. 2, 1981, 2^{ème} éd., p. 229.

⁹⁹⁵ Pour Jean-Philippe LIEUTIER, qui regrette l'absence de véritable définition dans les textes de droit positif, on entend par épargne salariale essentiellement l'intéressement, la participation aux résultats de l'entreprise et les plans d'épargne salariale et par actionnariat salarié, différents dispositifs dont les principaux sont les options de souscription ou d'achat d'actions, les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise, les augmentations de capital réservées aux salariés adhérents d'un plan d'épargne entreprise, l'attribution gratuite d'actions et l'octroi aux salariés de titres d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Cités dans « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », Dr. soc. 2014, p. 500.

A. L'association du salarié aux résultats de l'entreprise.

293. L'intéressement et la participation n'ont pas vocation à rémunérer le travail individuel du salarié. De ce fait, il est difficile, au sujet de cette créance, de parler de rémunération du travail et donc de lui appliquer le régime de la créance salariale. Cependant, ce régime dérogatoire est strictement encadré afin de contrer les stratégies « *d'évitement du salaire* »⁹⁹⁶. Ainsi, ces sommes doivent venir rémunérer un résultat aléatoire (1) et un effort collectif (2).

1) La rémunération d'un résultat aléatoire.

294. L'exclusion légale des primes d'intéressement et de participation de la catégorie des salaires ne va pas de soi. Critiquée par certains auteurs⁹⁹⁷, elle ne se trouve approuvée que de manière relativement isolée par le Professeur Thierry REVET suivant lequel ces sommes « *constituent l'antithèse de la rémunération salariale* »⁹⁹⁸ en ce qu'elles participent « *du processus de correction de la distorsion entre le prix de la mise à disposition de la force de travail et le profit procuré par sa mise en œuvre* »⁹⁹⁹. Cette exclusion s'explique certainement plus par des motifs d'opportunité que par leur nature propre, « *le non assujettissement étant une exception légale visant simplement à favoriser le développement de l'intéressement et de la participation* »¹⁰⁰⁰. Ceci est d'autant plus vrai que les primes individuelles indexées sur le chiffre d'affaire de l'entreprise ou ses résultats sont, depuis longtemps, assimilées à des compléments de salaire par le juge¹⁰⁰¹. Le législateur a cependant tenu à distinguer la créance d'intéressement et de participation de la créance de rémunération salariale par son caractère éminemment aléatoire.

⁹⁹⁶ CHAUCHARD J.-P., « L'évitement du salaire », Dr. soc. Jan. 2011, p. 32.

⁹⁹⁷ SAVATIER J., « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », Dr. soc. 1988, spéc. p. 97, « *Le travailleur ne fournit pas deux prestations distinctes, l'une pour exécuter son contrat de travail, l'autre pour participer à un effort collectif dans le cadre d'un accord d'intéressement ou de participation* ». G. LYON-CAEN considère également cette exclusion comme « inattendue » et allant « *directement à l'encontre du principe général d'assujettissement de toutes les sommes remises « en contrepartie du travail* », contenu dans l'article 120 du Code de la sécurité sociale (devenu l'article L. 242-1 du même Code) ». « *Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel* », in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, LGDJ, 1961, p. 133.

⁹⁹⁸ REVET T., « La force de travail – étude juridique », *op. cit.*, p. 310.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ HENNEBELLE D., « Essai sur la notion de salaire », Thèse, PUAM, 2010, spéc. p. 153.

¹⁰⁰¹ Cass. soc., 9 novembre 1978, Bull. civ. V, n° 572.

295. Concernant la participation, le caractère aléatoire résulte directement de la formule de calcul imposée par l'article L. 3324-1 du Code du travail¹⁰⁰². Pour l'intéressement, cette exigence est édictée par l'article L. 3312-1 du Code du travail qui, s'il laisse l'employeur ou les partenaires sociaux libres de retenir la formule de leur choix, « *les modalités de calcul doivent refléter les variations de l'activité et, par voie de conséquence, devraient pouvoir aboutir éventuellement à un résultat nul* »¹⁰⁰³. Il s'en déduit que la régularité de ces accords est dépendante de la déconnexion des sommes attribuées avec la prestation individuelle de travail fournie¹⁰⁰⁴ par les salariés¹⁰⁰⁵. Pour autant, comme le constate justement un auteur, l'appréciation de l'aléa¹⁰⁰⁶ par les juges se fait de manière souple¹⁰⁰⁷. Pour exemple, la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé le jugement d'un tribunal aux affaires sociales qui avait prononcé la réintégration des primes d'intéressement dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale au motif que l'accord d'intéressement « *induisait un aléa faible* »¹⁰⁰⁸. Dans cette affaire, l'accord qui était mis en cause était un accord conclu au niveau de l'échelon central de l'entreprise et dont la formule de calcul consistait à prendre en compte la moyenne des sommes versées dans tous les autres établissements en vertu d'accord d'intéressement propre à chaque échelon. Un tel montage réduit en effet fortement l'aléa puisqu'il paraît très hypothétique que tous les intéressements des établissements soient nuls sur une même période. L'arrêt doit être approuvé sur le fond, puisqu'un aléa faible n'équivaut pas à une absence totale d'aléa. Il n'est cependant pas

¹⁰⁰² Pour rappel, les modalités de calcul sont résumées dans la formule suivante : $RSP = \frac{1}{2} (B-5C/100) \times (S/Va)$ dans laquelle B = bénéfice net de l'entreprise, C = les capitaux propres de l'entreprise, S = les salaires bruts versés à l'ensemble du personnel et Va = La valeur ajoutée. Le montant de la réserve spéciale de participation est dépendant du bénéfice net de l'entreprise, ce qui assure le caractère aléatoire de la formule puisque ce dernier peut très bien être nul ou négatif.

¹⁰⁰³ MABILEAU R., « L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », thèse, Nantes, 2004, p. 340.

¹⁰⁰⁴ Cass. soc. 26 octobre 2000, JCP G 2000, IV, 2856 ; Dr. soc. 2001, p. 88, obs. RADE C., « *le caractère collectif du système d'épargne s'oppose à ce que le montant des versements de l'employeur soit fondé sur des critères de performance individuelle des salariés* ».

¹⁰⁰⁵ A l'inverse de la représentation traditionnellement faite du salaire : « *Le lien entre le travail et le salaire engendre encore un effet qui s'exprime dans le caractère forfaitaire attribué à la rémunération du personnel : à savoir que le taux de celle-ci est absolument indépendant de la situation économique de l'entreprise. Que cette dernière réalise des bénéfices ou des pertes, cela est sans répercussions sur le montant de la paye* ». LYON-CAEN G., « Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel », in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, LGDJ, 1961, p. 135.

¹⁰⁰⁶ Cette question concerne principalement la méthode de calcul de l'intéressement, puisqu'elle est laissée au libre choix des parties. Elle peut cependant concerner de manière résiduelle la méthode de calcul de la participation puisque, malgré l'existence d'une formule légale, l'article L. 3324-2 du Code du travail prévoit la possibilité de recourir à une formule de calcul dérogatoire dès lors que la formule retenue comporte pour les salariés des avantages au moins équivalents à ceux qui résulteraient de l'application de la formule légale.

¹⁰⁰⁷ MABILEAU R., *op. cit.* p. 340 et s.

¹⁰⁰⁸ Cass. soc. 2 juillet 2003, n° 00-22.101, JCP E 2003, n° 1512, note BOULMIER D.

exempte de reproches, dans la mesure où ces formules ne reflètent que trop peu la contribution des salariés aux performances de l'entreprise. Il est à déplorer que, bien souvent, *« l'intéressement se traduit (...) en une simple distribution de la masse salariale exonérée, ce qui n'a plus grand-chose à voir avec une logique distributive et participative »*¹⁰⁰⁹. La Cour de cassation semble se focaliser sur le caractère variable des éléments de calcul¹⁰¹⁰ et le fait que l'employeur n'ait pas d'influence sur ces derniers plus que sur les critères en eux-mêmes¹⁰¹¹. Elle a ainsi pu valider, ce qui nous semble contestable, un accord qui subordonnait l'octroi d'une prime d'intéressement à l'évolution du taux de fréquence des accidents du travail dans l'établissement, comparé au taux de fréquence national du groupe¹⁰¹². Ces accords, qui reposent sur les performances de l'entreprise en matière d'obligation de sécurité de résultat et non sur ses performances économiques, risquent de générer des effets pervers. En effet, comme le souligne Daniel BOULMIER, *« le meilleur moyen pour que l'intéressement ne soit pas amputé est que les salariés renoncent à tout arrêt de travail suite à un accident de travail »* et il conclut en estimant que *« le critère de sécurité dans un accord d'intéressement est tout bonnement un critère d'irresponsabilité »*¹⁰¹³. Il est regrettable que le juge ne se focalise que sur l'aspect aléatoire de la formule d'intéressement. Autoriser la conclusion d'accords fondés sur les performances de l'entreprise en matière de sécurité est révélateur d'une volonté d'instrumentaliser les mécanismes d'intéressement et de participation afin d'en attendre des résultats autres qu'un investissement collectif des salariés dans le développement économique de leur entreprise. Il serait souhaitable que la Cour resserre son contrôle sur les critères de calcul des primes d'intéressement et de participation afin qu'ils puissent mieux prendre en considération l'implication des salariés¹⁰¹⁴.

296. Il ne suffit cependant pas qu'un élément de rémunération ait un caractère aléatoire pour lui faire perdre la nature de salaire. Pour que les avantages liés à l'intéressement ou la

¹⁰⁰⁹ BOULMIER D., « Intéressement des salariés. Analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 », SSL Suppl. 30 janvier 1995, n° 729.

¹⁰¹⁰ VACHET G., « Intéressement », Juris-classeur 2009, Fasc. 27-15, p. 7.

¹⁰¹¹ Cass. soc. 20 mars 1997, Bull. civ., V, n° 122, RJS 1997, p. 377, n° 577.

¹⁰¹² Cass. soc. 21 mars 2002, n° 00-18.289, D. 2002, p. 2563, com. BOULMIER D.

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ Il est à noter que la création d'un supplément d'intéressement ou de participation par la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 remet en cause le principe du caractère aléatoire de l'intéressement et accentue la déconnexion entre performance collective des salariés et montant de la prime versée.

participation échappent à la qualification de salaire, encore faut-il qu'ils soient la contrepartie d'un effort collectif.

2) La rémunération d'un effort collectif.

297. La notion de rémunération collective est ambiguë¹⁰¹⁵. Il ressort des propos du Professeur Jean SAVATIER que « *ce caractère collectif des avantages d'intéressement (...) signifie, pour le législateur, qu'ils sont la contrepartie, non du travail accompli par chaque travailleur, mais de leur effort collectif* »¹⁰¹⁶. L'intéressement ou la participation n'étant pas la rémunération d'un travail, la Cour de cassation veille à ce que des salariés ne puissent être écartés de ces dispositifs pour un motif autre que l'ancienneté¹⁰¹⁷, sous peine de réintégrer les primes versées dans l'assiette des cotisations sociales¹⁰¹⁸. Concernant la question spécifique de la créance d'intéressement, dans un arrêt du 23 novembre 1999, la Chambre sociale de la Cour de cassation a reproché à un accord d'intéressement d'avoir cherché à exclure du dispositif certaines catégories professionnelles, en l'espèce les VRP. Cette décision est de bon sens et préserve la nature collective des primes d'intéressement. L'accord ne peut donc se concentrer sur les catégories de salariés les plus productifs et qui ont l'influence la plus palpable sur les résultats ou la performance de l'entreprise. De même, ces accords ne peuvent être instrumentalisés pour améliorer la discipline au sein de l'entreprise. En effet, sont réputés non conformes les accords qui excluent les salariés sanctionnés ou licenciés pour fautes graves ou pour insuffisance professionnelle¹⁰¹⁹.

298. La Cour apprécie donc strictement le caractère collectif de ces accords en ce qui concerne ses bénéficiaires et ce notamment au nom du principe d'égalité¹⁰²⁰. Le Code du

¹⁰¹⁵ V. LYON-CAEN P., RJS 11/00, p. 716 et ces propos éclairant sous Cass. soc. 27 juin 2000.

¹⁰¹⁶ SAVATIER J., « Les accords de participation et d'intéressement », Dr. soc. 1988, p. 96.

¹⁰¹⁷ L'ancienneté exigée ne peut excéder trois mois. Cette disposition résulte de l'article L. 3342-1 du Code du travail qui est commun aux accords de participation et d'intéressement et a été introduite par la loi du 19 février 2001.

¹⁰¹⁸ Cass. soc. 23 novembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 216, obs. RADE C. Solution confirmée et étendue aux apprentis par Cass. soc. 27 juin 2000, Bull. civ. V, n° 252.

¹⁰¹⁹ Cass. soc. 3 juillet 1997, RJS 8-9/1997, n° 1003. Cette jurisprudence tend d'ailleurs à rapprocher le régime de la créance d'intéressement ou de participation avec celui de la créance de salaire, qui prohibe les sanctions pécuniaires.

¹⁰²⁰ Cass. soc. 23 novembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 216, obs. RADE C.

travail est néanmoins plus souple dès lors qu'il s'agit de son calcul et de sa répartition, ce qui tend à rapprocher la créance d'intéressement des performances individuelles des salariés.

299. Concernant le calcul de l'intéressement tout d'abord, une modulation par établissement ou unité de travail est rendue possible par l'article L. 3314-1 du Code du travail. Cette modulation permet, selon la Circulaire interministérielle du 6 avril 2005 relative à l'épargne salariale¹⁰²¹, qu'un accord d'intéressement soit conclu au niveau de l'entreprise, mais que son champ d'application soit limité à certains établissements de l'entreprise¹⁰²². Une marge de manœuvre est ainsi laissée aux partenaires sociaux qui peuvent décider de ne couvrir que les établissements productifs, où la motivation par l'intéressement aura le plus de chance d'augmenter les résultats de l'entreprise. De la même manière, l'article L. 3313-2, 4° du Code du travail énonce que l'accord d'intéressement peut différencier les critères retenus selon les établissements et les unités de travail¹⁰²³.

300. Enfin, concernant la répartition des sommes entre les différents salariés¹⁰²⁴, là encore le Code du travail fait preuve de souplesse en autorisant le recours par le biais de l'article L. 3314-5 du Code du travail à des critères qui permettent une certaine adéquation entre performances individuelles et montant de la prime d'intéressement. Ainsi, à côté de la possibilité de verser de manière uniforme la même somme à chaque salarié, l'accord d'intéressement peut faire varier le montant de la prime suivant deux critères qui peuvent être appliqués de manière conjointe. Le premier critère est celui du temps de présence. Ce critère permet de prendre en compte le travail effectif et les absences assimilées à du travail effectif, ainsi que diverses périodes pour lesquelles la loi a expressément prévu leur prise en

¹⁰²¹ Circ. Minist. 6 avril 2005, n° 2005-13, BOMT 2005/5, p. 68. « Il est toujours possible de limiter le champ d'application d'un accord d'entreprise à certains établissements de l'entreprise ».

¹⁰²² Toujours selon la même circulaire, « la définition de l'établissement correspond à celle retenue par la législation et la jurisprudence pour la mise en place des comités d'établissement et renvoie donc à la notion d'établissement distinct. L'établissement sera considéré comme tel dès lors qu'il a une implantation géographique distincte, un caractère de stabilité et qu'il présente une autonomie administrative et économique suffisante se traduisant par l'existence d'une structure de direction dotée de pouvoirs en matière de gestion du personnel et d'organisation du service ».

¹⁰²³ Cette souplesse permet par exemple de conditionner l'acquisition d'une prime d'intéressement suivant la durée de présence des salariés pour un service administratif, tandis que les services plus productifs seront soumis à des critères plus incitatifs, tels l'augmentation du résultat de l'entreprise.

¹⁰²⁴ A titre de rappel, la Cour de cassation condamne les accords faisant varier l'intéressement selon des critères personnels, en fonction des performances individuelles. V. par ex. Cass. soc. 9 mai 1996, n° 93-21.889, D. 1996, p. 148.

compte : les périodes de congé de maternité ou d'adoption, les absences consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle. Le deuxième critère est celui du salaire. Le montant de la prime sera proportionnel au montant du salaire perçu par l'intéressé. Cette disposition accrédite l'idée suivant laquelle mieux est rémunéré un salarié, plus importante est son implication dans l'entreprise et que, par conséquent, il a davantage droit à percevoir le fruit de ses efforts.

301. L'opposition classique entre la créance de salaire, de nature forfaitaire, indépendante de la situation économique de l'entreprise et calculée selon la performance individuelle, et la créance d'intéressement, nécessairement aléatoire et récompensant l'effort collectif d'une communauté de travailleurs, est donc à relativiser. La volonté du législateur de promouvoir l'association des salariés aux résultats de l'entreprise et la jurisprudence assez conciliante de la Chambre sociale tendent à rapprocher ces deux types de créances salariées. Face à ce constat, il est difficile de donner tort à Daniel BOULMIER lorsqu'il estime que l'intéressement ne constitue plus « *qu'une simple distribution de la masse salariale exonérée* »¹⁰²⁵.

B. L'association du salarié au capital de l'entreprise.

302. Au sujet de l'association du salarié au capital de l'entreprise, le Professeur Gérard LYON-CAEN écrivait : « *L'actionnariat salarié se développe entièrement en marge du régime juridique du salaire lequel est d'abord un revenu [...] Le salarié n'est plus traité comme un prestataire de travail mais comme un épargnant. La qualification de salaire n'est plus à sa place* »¹⁰²⁶. La pertinence de cette remarque n'a fait que se confirmer depuis lors¹⁰²⁷ en

¹⁰²⁵ BOULMIER D., « Intéressement des salariés. Analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 », SSL Suppl. 30 janvier 1995, n° 729. Le redressement progressif du forfait social accrédite ses propos. Initialement établi à un taux de 2 % sous le gouvernement Fillon en vue de réduire le déficit de la Sécurité sociale, il n'a cessé d'augmenter par la suite, avec un taux de 4 % pour l'année 2010, 6 % pour l'année 2011, 8 % du 1er janvier au 30 juillet 2012, et 20 % à compter du 1^{er} août 2012.

¹⁰²⁶ LYON-CAEN G., « Le salaire », Traité de droit du travail, t. 2, 1981, 2^{ème} éd., p. 258.

¹⁰²⁷ MONAVON M., « L'actionnariat salarié en France, fiche n° 42 » in FAS, Guide de l'actionnariat salarié, de l'épargne salariale et de l'épargne retraite, 9^{ème} éd., Aumage édition, 2011, tableau p. 251, cité in LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », Thèse, PUAM, 2012, p. 29. Les différentes éditions de cet ouvrage évaluent à 700000 le nombre de salariés et anciens salariés actionnaires en 1997 et à 2,8 millions en 2007.

même temps que se sont développés les différents dispositifs susceptibles¹⁰²⁸ d'associer le capital et le travail¹⁰²⁹. Une approche globale empêche cependant de les exclure de ce que l'on appelle désormais le « *package de rémunération* »¹⁰³⁰. Ces sommes issues de ces différents dispositifs n'ont pas la nature d'une créance salariale puisqu'elles « *ne constituent pas une rémunération allouée en contrepartie du travail* »¹⁰³¹. Elles s'en distinguent également par leur caractère collectif (1). A l'opposé de la créance de salaire, leur existence est liée à la nécessaire variabilité du cours de l'action de l'entreprise (2).

1) Une rémunération dotée d'un caractère collectif.

303. A l'instar des dispositifs d'intéressement et de participation, le législateur est intervenu pour permettre à l'ensemble des salariés d'accéder au capital de l'entreprise. La possibilité de bénéficier de cette manne financière est en cela déconnectée des performances individuelles des salariés. Les dispositions assurant un caractère collectif à l'actionnariat salarié sont cependant moins développées et coercitives que celles prévues pour l'intéressement et la participation.

304. Concernant les options de souscriptions ou d'achats d'actions, appelées plus communément stock-options, la détermination des bénéficiaires dans les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé est organisé par le Code de commerce. Il ressort de l'article L. 225-177 dudit Code selon lequel elles peuvent être consenties au profit « *des membres du personnel salarié de la société ou à certains d'entre eux* », le caractère nécessairement collectif de ce dispositif¹⁰³². Un auteur relève la grande latitude laissée aux organes sociaux par la rédaction de ce texte dans la détermination des

¹⁰²⁸ Options de souscription ou d'achat d'action, bons de souscription de parts de créateur d'entreprise, augmentations de capital réservées aux salariés adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, attributions gratuites d'actions, octroi aux salariés de titres d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières...

¹⁰²⁹ Le phénomène n'est pourtant pas nouveau. Voir déjà, DURAND P., « L'association capital-travail », Dr. soc. 1951, p. 604.

¹⁰³⁰ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », Dr. soc. 2008, p. 651.

¹⁰³¹ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-42.105, RJS 6/11, au sujet des plus-values réalisés par un salarié lors de la levée des actions.

¹⁰³² La procédure d'attribution des stock-options est très réglementée. Si c'est l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour autoriser l'octroi de stock-options, c'est le conseil d'administration de la société qui propose aux bénéficiaires d'acquérir des actions. Voir Code du commerce, articles L. 225-177 et s. Les propos suivant concernent également les bons de souscription de part de créateurs d'entreprise (BSPCE) dont le mode d'attribution est identique à celui des stock-options (article 163 bis du CGI).

bénéficiaires¹⁰³³. Ainsi, « *le champ des bénéficiaires est susceptible de fluctuer entre quelques personnes nommément désignées et l'ensemble du personnel de l'entreprise* »¹⁰³⁴. Selon Jean de CALBIAC, « *le caractère collectif est laissé à la discrétion de la société* », ce qui incite les dirigeants à octroyer des stock-options aux membres de l'entreprise les plus « économiquement rentables »¹⁰³⁵. L'extension de ces dispositifs à des salariés dont la performance individuelle n'aurait pas d'influence sur la valorisation de l'entreprise serait donc contraire à cette logique.

305. L'obligation d'intégrer les salariés à la collectivité des bénéficiaires est renforcée en ce qui concerne les attributions gratuites d'actions. Aux termes de l'article L. 225-197-1 du Code de commerce, une attribution gratuite d'actions peut être réalisée « *au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux* ». Ainsi, « *l'utilisation de la locution « catégories » en lieu et places de « certains d'entre eux » fait obstacle à une individualisation des bénéficiaires* »¹⁰³⁶. Le Professeur Raymonde VATINET remarque que par ces termes, le caractère collectif des attributions gratuites d'actions est plus marqué qu'en matière d'attribution de stock-options et que par « catégorie de salariés », il faut entendre « *un groupe répondant à des caractéristiques déterminées, qui peuvent sans doute se rapporter à leur qualification, leurs fonctions, leur lieu de travail, leur ancienneté* »¹⁰³⁷.

306. Pour autant, on est en droit de se demander si cette différence sémantique n'est pas, de toute façon, rendue obsolète par l'application du principe d'égalité de traitement. Comme le constate le Professeur Raymonde VATINET « *de toute évidence, la jurisprudence sociale risque d'exercer ici un contrôle identique à celui qu'elle exerce sur l'individualisation des rémunérations, au nom d'une conception stricte du principe d'égalité* »¹⁰³⁸. Cette crainte

¹⁰³³ CALBIAC J., « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », thèse Panthéon-Assas, nov. 2010, p. 212.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ VALUET J.-P., « Options de souscription ou d'achat d'actions. Le rapport du groupe de travail présidé par M. Levy-Lang », BJS, 1995, p. 263. « *L'offre d'options à l'ensemble des personnes que l'on souhaite fidéliser et à celles sur lesquelles reposent plus directement l'avenir de l'entreprise, l'accroissement de ses résultats et de sa valeur. Il faut rappeler que cette notion de bénéficiaires concernés peut, selon la « culture » propre de la société, être entendue de façon plus ou moins large* ».

¹⁰³⁶ CALBIAC J., *op. cit.*, p. 214.

¹⁰³⁷ VATINET R., « Développement de l'actionnariat salarié (L. n° 2006-1779, 30 déc. 2006, Titre II) », JCP S 2007, n° 4, p. 13.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

est également partagée par Philippe MONTANIER et Juliana KOVAK pour qui « *les options sur actions obéissent, de ce point de vue, aux mêmes règles que tous les avantages susceptibles d'être accordés aux salariés* »¹⁰³⁹. Cette hypothèse paraît crédible au regard de la jurisprudence sociale qui soumet les conventions collectives au principe d'égalité de traitement et rejette la catégorie professionnelle comme motif justificateur d'une inégalité¹⁰⁴⁰. D'autant plus qu'un arrêt, certes isolé, a admis l'attribution d'un droit d'option sur des actions nouvellement créées à une catégorie de salariés était soumis au principe d'égalité de traitement¹⁰⁴¹. Dès lors, la possibilité pour un conseil d'administration de désigner discrétionnairement certains membres ou catégories de personnels, même expressément prévue par le Code de commerce, nous semble sujette à caution¹⁰⁴².

307. Conscient que ces dispositifs étaient en pratique réservés à une catégorie restreinte du personnel, regroupant essentiellement les cadres supérieurs et les dirigeants sociaux, le législateur est intervenu par la loi du 30 décembre 2006¹⁰⁴³ afin « *d'inciter à l'altruisme* » les entreprises et renforcer le caractère collectif des plans d'options ou attribution d'actions¹⁰⁴⁴. Aux termes des articles L. 225-186-1 et L. 225-197-6 du Code du commerce, l'attribution d'actions ou d'options¹⁰⁴⁵ est subordonnée à l'octroi d'actions gratuites ou d'options d'actions à l'ensemble des salariés de la société et d'au moins 90 % de l'ensemble des salariés de ses filiales françaises ou bien à la conclusion d'un accord d'intéressement, d'un accord de participation dérogatoire ou d'un accord de participation volontaire¹⁰⁴⁶. Des incertitudes demeurent sur la portée de ces dispositions. Concernant l'extension du

¹⁰³⁹ MONTANIER P. et KOVAK J., « Options sur actions », Rép. Dt. Travail, Dalloz, mars 2013, n° 25.

¹⁰⁴⁰ Sur la question, AUZERO G. et CHONNIER J.-M., « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », Dr. soc. Janvier 2011, p. 52.

¹⁰⁴¹ Cass. soc. 17 juin 2003, n° 01-41.522, RJS 8-9/03, n° 974 ; comm. JEAMMAUD A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. soc. 2004, p. 694. En l'espèce, la chambre sociale avait rejeté la demande des salariés, ce qui laisse sans réponse la question de la sanction du principe d'égalité de traitement en matière d'attribution de stock-options.

¹⁰⁴² Une décision de la Chambre sociale aurait le mérite de trancher la question de la place dans la hiérarchie des normes du principe d'égalité de traitement, et de lui octroyer, ou non, une valeur supra-législative. Voir JEAMMAUD A., « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. soc. 2004, p. 694. « *Il nous semble en effet que ce principe, qu'aucun texte n'énonce, ne trouve pas de clair fondement dans les dispositions constitutionnelles et législatives. Seule la volonté, l'audace même, de l'interprète permettrait de le découvrir « en suspension » dans les dispositions du Code du travail, pour induire sa positivité du rapprochement de quelques-unes d'entre elles* ».

¹⁰⁴³ L. 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié.

¹⁰⁴⁴ CALBIAC J., *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁴⁵ Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

¹⁰⁴⁶ VATINET R., « La loi en faveur des revenus du travail », JCP S 2008, 1644.

dispositif à l'ensemble des salariés, le Professeur Bernard SAINTOURENS met en avant « *qu'aucune précision n'est apportée quant aux conditions d'attributions des actions gratuites ou des options à l'ensemble des salariés* »¹⁰⁴⁷ et le Professeur Raymonde VATINET de rajouter que « *le nombre d'options à consentir n'est pas prévu (...) et pourrait donc être dérisoire et la répartition très inégalitaire* »¹⁰⁴⁸. Si la direction préfère ne pas attribuer d'actions, l'obligation de mettre en place un dispositif associant les salariés aux résultats de l'entreprise n'est pas non plus très contraignante. Le législateur n'impose aucun montant minimal ou mode de calcul pour les accords d'intéressement ou de participation¹⁰⁴⁹.

308. Cette obligation est encore atténuée par une disposition transitoire qui autorise les sociétés où il existe déjà ce genre d'accords à la date de publication de la loi du 3 décembre 2008 à modifier les modalités de calcul de chacun des accords ou à verser un supplément d'intéressement ou de réserve spéciale de participation¹⁰⁵⁰. Or, l'Administration estime que cette amélioration des dispositifs existants ne vaut que pour la première attribution autorisée par la première assemblée générale à compter de la publication de la loi¹⁰⁵¹. Le gain pour les salariés n'est donc qu'anecdotique et ne constitue en aucun cas un droit acquis.

309. Le caractère collectif des sommes perçues par le biais d'une association du salarié au capital de l'entreprise est donc assez relatif, malgré la volonté du législateur d'étendre ces dispositifs à l'ensemble des salariés. La véritable différence entre ces créances de rémunération non salariale et la créance de salaire réside avant tout dans le processus d'acquisition de ces créances, nécessairement conditionné à la variation du capital de l'entreprise.

¹⁰⁴⁷ SAINTOURENS B., « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions », Actes pratiques & ingénierie sociétaire, mars-avril 2009, p. 3.

¹⁰⁴⁸ VATINET R., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁴⁹ Jean De CALBIAC remarque cependant justement que « *cette restriction trouve sa contrepartie dans la nécessaire implication du personnel : un accord de participation dérogatoire ou d'intéressement ne peut être mis en place par la seule décision d'un organe social ou du chef d'entreprise, à l'exception des entreprises occupant moins de cinquante salariés* », *op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁵⁰ Contenue dans les articles L. 225-177-1 et L. 225-196-1 du Code du commerce.

¹⁰⁵¹ Circ. DGT 2009/13, 19 mai 2009 relative à la loi en faveur des revenus du travail, question n° 36.

2) Une rémunération conditionnée par une variation du cours de l'action de l'entreprise.

310. La singularité des créances issues de l'actionnariat salarié réside dans les risques particuliers liés à ce mode de rémunération¹⁰⁵². La rémunération du capital est en effet profondément marquée par un caractère aléatoire, ce qui la distingue, au moins conceptuellement, avec la rémunération du travail¹⁰⁵³. Elle se démarque en cela de la « *théorie contractualiste du salaire* »¹⁰⁵⁴ qui voit dans l'objet de l'obligation de verser le salaire de l'employeur, la cause de l'obligation du salarié de fournir une prestation de travail. Par les mécanismes des stock-options ou de l'attribution d'actions gratuites, le salarié perçoit des revenus sans exécuter pour autant une prestation de travail. La disparition du lien entre mise à disposition de la force de travail et versement du salaire est donc nette.

311. En ce qui concerne les stock-options, le gain potentiel que peut réaliser le salarié est double et n'est pas assimilable à un salaire¹⁰⁵⁵. Dans un premier temps, le salarié peut réaliser une plus-value d'acquisition. Cette dernière correspond à la différence entre le prix de l'action, fixé au jour où l'option est consentie, et la valeur du titre au jour où l'option est levée. Dans un second temps, il peut également réaliser une plus-value de cession, constituée par la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition. Dans ces deux hypothèses, le gain est incertain car subordonné à une hausse de la valeur des titres par rapport au prix d'exercice. Le Professeur Jean-Pierre MATTOU estime que « *les stock-options ont la particularité de pouvoir ne rien valoir en bout de course si le prix d'exercice de l'option d'achat ou de souscription se situe au-dessus du cours ou de la valeur de l'action*

¹⁰⁵² En ce sens, LIEUTIER J.-P., *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁵³ A ce propos, Cass. soc. 16 septembre 2009, JCP S 2010, 1186, note R. VATINET. Dans cet arrêt, la Chambre sociale juge illicite un contrat de travail prévoyant que la rémunération due à un salarié devait lui être versée sous la forme d'une mise en participation présentant un risque de perte totale au motif que « *le versement d'un salaire constitue la contrepartie nécessaire de la relation de travail (...) ce dont il se déduisait que le versement du salaire ne pouvait être aléatoire et, donc, ne pouvait être mis en participation* ». Le professeur Raymonde VATINET en commentant cette décision, estime que « *la participation aux risques est, en effet, l'un des critères distinctifs du contrat de société et du contrat de travail* ».

¹⁰⁵⁴ HENNEBELLE D., *op. cit.*, n° 15.

¹⁰⁵⁵ Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-42.105, Revue des sociétés 2012, p. 29, note FOY R. « *La plus-value réalisée lors de la cession des titres résultant de l'exercice des options de souscription ou d'achat d'actions n'est pas assimilée à une rémunération servant au calcul de l'indemnité de licenciement, y compris lorsque cette plus-value est assujettie aux cotisations de sécurité sociale des salaires* ».

pendant la période d'exercice »¹⁰⁵⁶ et pronostiquer que certains salariés risquent de se retrouver face à de véritables « *toc-options* »¹⁰⁵⁷. Une certaine souplesse a cependant été apportée à ce dispositif pour pallier à son caractère éminemment aléatoire. L'article L. 225-177 du Code de commerce autorise le conseil d'administration à opéré un rabais de 20 % sur le prix de l'action au jour où l'option est consentie. Ensuite cependant, le prix fixé pour la souscription ou l'achat des actions ne peut plus être modifié pendant la durée de l'option.

312. La loi de finances pour 2005 du 30 décembre 2004 a introduit les attributions gratuites d'actions comme nouvel instrument de rémunération des salariés dont le régime juridique s'inspire de celui des stock-options¹⁰⁵⁸. Une différence particulièrement notable existe cependant entre ces deux dispositifs. En matière de stock-options, nous venons de voir que l'existence d'un gain est aléatoire car dépendant du cours de l'action. Or, en matière d'actions gratuites, seul le montant du gain l'est. En effet, « *les bénéficiaires sont assurés de réaliser un gain sans bourse déliée* »¹⁰⁵⁹ puisque leur acquisition ne nécessite aucune mise de fonds de départ de la part des salariés. Le risque disparaît pratiquement avec les attributions gratuites d'actions puisque seules les hypothèses de faillite de la société ou le recours à la technique du coup d'accordéon peuvent amener à la disparition totale du capital¹⁰⁶⁰. Le salarié devient donc actionnaire sans contrepartie.

313. La sophistication et la diversification des instruments de rémunération ne doit pas masquer l'existence de différences intrinsèques entre rémunération du travail et rémunération du capital. Si la rémunération du capital a bien pour vocation d'accroître les revenus du travailleur, elle repose sur des fondements qui la distinguent de la rémunération du travail¹⁰⁶¹. Sa singularité repose sur son aspect collectif, qui conduit avant tout à associer

¹⁰⁵⁶ MATTOUT J.-P., « Les attributions gratuites d'actions aux salariés et dirigeants », Dr. et pat., 05/2005, n° 137, p. 26.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ L. fin. 2005, n° 2005-1484, 30 décembre 2004, JO 31 décembre 2004, p. 22459 ; DOM J.-Ph., « L'attribution gratuite d'actions », BJS 2005, p. 187 ; LIEHNARD A., « Attributions d'actions gratuites », D. 2005, 138.

¹⁰⁵⁹ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, coll. Précis, 2016, 30^{ème} éd., p. 1007.

¹⁰⁶⁰ MORTIER R., « La réalisation du coup d'accordéon », JCP E, 2011, 1365. Le coup d'accordéon consiste en une réduction du capital de la société suivie d'une augmentation du capital qui a pour effet d'éliminer les anciens actionnaires.

¹⁰⁶¹ BÉLIER G. et CORMIER A., « Stock-options et droit du travail », Dr. soc. 2000, p. 838. « *Cette déconnexion entre l'entité qui décide de l'octroi des stock-options et l'organisation classique de l'entreprise accentue l'idée selon laquelle l'objet des stock-options n'est pas de récompenser un travail mais d'associer une partie des*

une catégorie plus ou moins grande de salariés aux résultats de l'entreprise et non à récompenser les efforts individuels de chacun. Dans ce prolongement, la possibilité d'un gain ne dépend pas la réalisation d'une prestation de travail, mais d'une variation du capital de la société émettrice.

314. La rémunération du travail s'oppose également à l'obtention par le salarié de sommes venant rémunérer non plus la fourniture de sa force de travail mais le résultat de ce travail dès lors qu'il cumule avec sa qualité de salarié un autre statut juridique.

§2 – Les créances salariées dues en raison d'un cumul de statut protecteur.

315. L'objet du contrat de travail induit que la rémunération versée au salarié a comme contrepartie la fourniture de sa force de travail à l'employeur¹⁰⁶². Cette conception a pour conséquence le caractère forfaitaire de la rémunération du salarié et l'accaparement par l'employeur des fruits du travail produits par le déploiement de cette force de travail¹⁰⁶³. Pour autant, le versement d'un salaire ne permet pas à l'employeur de s'approprier automatiquement tous les fruits engendrés par le travail de ses salariés. Le travail étant une source de valeur, certaines valeurs spécifiques bénéficient d'un régime protecteur. Le recours à l'analyse de la rémunération du travail comme contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié est salutaire car elle permet de délimiter ce qui relève de la rémunération du travail de ce qui doit donner naissance à une créance de rémunération d'un autre ordre. Ainsi, l'on peut voir que s'oppose à la rémunération du travail la rémunération de l'utilisation de l'image du salarié (A), la rémunération de l'accaparement des créations du salarié (B) ou encore de ses inventions (C).

salariés de l'entreprise, essentiellement ses dirigeants, autant au risque généré par la société qu'à l'espérance de gains (plus-value) qui en découle ».

¹⁰⁶² REVET T., « La force de travail, (étude juridique) », Thèse, Litec, 1992, p. 261 et s.

¹⁰⁶³ Le salarié n'étant pas un associé, il ne peut prétendre à une rétribution assise sur le profit dégagé par la mise en œuvre de sa force de travail.

A. La rémunération de l'utilisation de l'image du salarié.

316. Par la signature d'un contrat de travail, le salarié s'engage à mettre physiquement sa personne au service de l'employeur. La force de travail, objet du contrat du travail, implique donc une dimension personnelle, comme le souligne les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER pour qui « *le contrat de travail touche au droit des personnes car il ne porte pas simplement sur une marchandise, une chose, mais comporte un engagement sur la personne du travailleur* »¹⁰⁶⁴. Le Professeur Alain SUPIOT fait le même constat en estimant que « *le statut juridique du corps dans la relation de travail ne dépend pas en effet de la nature « manuelle » ou intellectuelle » de ce dernier. Il y a dans tous les cas et d'une manière indissoluble, « aliénation de l'énergie musculaire » et de l'énergie mentale* »¹⁰⁶⁵. Par le versement d'une rémunération en contrepartie de la libre disposition de la force de travail, l'employeur ne s'approprie cependant pas totalement la personnalité du salarié. Ainsi, s'il souhaite exploiter l'image de son salarié, il devra en obtenir l'autorisation et en payer le prix. Les hypothèses où le salarié est amené à monnayer son image sont cependant rares, ainsi que les décisions rendues en la matière¹⁰⁶⁶. La seule profession¹⁰⁶⁷ faisant commerce à titre régulier de son image à bénéficier d'un statut juridique particulier est celle des mannequins¹⁰⁶⁸. L'article L. 7123-6 du Code du travail est intéressant en ce qu'il prévoit une possible ventilation entre ce qui relève de la rémunération de la prestation de travail du mannequin et ce qui lui est dû suite à une utilisation ultérieure du produit de cette

¹⁰⁶⁴ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », Thémis, PUF 1991, 12^{ème} éd., p. 78.

¹⁰⁶⁵ SUPIOT A., « Critique du droit du travail », PUF 2001, 3^{ème} éd., p. 54.

¹⁰⁶⁶ Ce qui est d'autant plus dommageable que le Code civil ne comporte aucune disposition concernant le droit à l'image. Ce droit, dont l'existence n'est pourtant plus contestable, est assez artificiellement rattaché à l'article 9 du Code civil.

¹⁰⁶⁷ Un temps, depuis la loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004, les sportifs professionnels bénéficiaient d'un dispositif particulier censé rémunérer l'exploitation commerciale de l'image collective de l'équipe à laquelle appartenait le sportif. Ce dispositif, mis en place à l'article L.222-2 du Code du sport, permettait d'exonérer de cotisations sociales une partie de la rémunération versée puisqu'elle n'était pas la contrepartie d'un travail. La loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010 a abrogé ce texte. V. PELTIER M., « Coup de sifflet final pour la rémunération de l'image collective des sportifs », D. 2010, p. 905.

¹⁰⁶⁸ Aux termes de l'article L. 7123-2 du Code du travail, est « *considérée comme exerçant une activité de mannequin, même si cette activité n'est exercée qu'à titre occasionnel, toute personne qui est chargée : 1° Soit de présenter au public, directement ou indirectement par reproduction de son image sur tout support visuel ou audiovisuel, un produit, un service ou un message publicitaire ; 2° Soit de poser comme modèle, avec ou sans utilisation ultérieure de son image* ». Les mannequins font partis de ces travailleurs que le Code du travail fait bénéficier d'une présomption de salariat renforcée : même s'ils conservent une entière liberté d'action, la présomption de salariat n'est pas renversée, au titre de l'article L. 7123-4 du Code du travail.

prestation¹⁰⁶⁹. Selon ce texte, est considérée comme salaire uniquement la rémunération allouée en contrepartie « *de la présence physique du mannequin* ». Le recours à la mise à disposition de la force de travail comme fait générateur de la créance de salaire est donc pertinent pour distinguer entre rémunération du travail et rémunération de l'utilisation de l'image du mannequin¹⁰⁷⁰. Les périodes de pose ou de défilé doivent être rémunérées par du salaire, tandis que la vente des clichés ou leur publication font l'objet d'une créance de droit commun.

317. Malgré un contentieux très restreint, deux décisions ont été rendues qui permettent de préciser les contours de cette créance de cession de droit à l'image. Dans une première affaire, un mannequin avait conclu un contrat d'image par lequel, en contrepartie d'une somme relativement modeste, elle consentait à réaliser une série de photographies et autorisait son cocontractant à les exploiter commercialement¹⁰⁷¹. La particularité des faits réside dans la forme que prend la rémunération versée au mannequin. Une somme globale lui avait été versée, sans qu'il soit tenu compte de la nécessité de distinguer entre rémunération des séances de pose et exploitation de l'image. La Cour de cassation ne remet pas en cause la validité du contrat et valide au contraire la possibilité de rémunérer de manière forfaitaire et globale la prestation de travail et l'exploitation de l'image¹⁰⁷². Dans ce cas précis, la créance de rémunération due au mannequin aura une nature purement salariale, peu importe qu'une part de celle-ci rémunère la cession d'un droit à l'image. Les parties s'étant volontairement placées en dehors des dispositions de l'article L. 7123-6 du Code du travail, c'est donc le droit du travail qui doit s'appliquer.

318. Un arrêt postérieur est venu plus particulièrement préciser le critère permettant de distinguer entre ces deux types de créances. Un contrat avait été conclu entre une célèbre

¹⁰⁶⁹ Article L. 7123-6 du Code du travail : « *La rémunération due au mannequin à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de sa présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur n'est pas considérée comme salaire dès que la présence physique du mannequin n'est plus requise pour exploiter cet enregistrement et que cette rémunération n'est pas fonction du salaire reçu pour la production de sa présentation, mais est fonction du produit de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement* ».

¹⁰⁷⁰ Rémunération qui ne sera donc soumise à cotisations sociales, ni à la prescription triennale des créances de salaire, et imposée en tant que bénéfices non commerciaux (CE 29 décembre 2000, JCP E 2001, p. 810, note BICHON A.).

¹⁰⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, n° 07-19.494, D. 2009, AJ. 100.

¹⁰⁷² CARON C., « Le contrat d'image n'est pas un contrat d'auteur », CCE février 2009, p. 27 ; BRUGUIERE J.-M. et BREGOU A., « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », D. 2008, p. 2985.

actrice française et une maison de luxe qui prévoyait un certain nombre de jours travaillés, donnant lieu à salaire, et la cession par le mannequin du droit d'exploiter son image, en contrepartie du versement d'une rémunération fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'employeur du fait des ventes des produits présentés¹⁰⁷³. La Cour de cassation valide la requalification des sommes versées au titre de l'exploitation de l'image en salaire car elle considère que pour que soit qualifiées de redevances les sommes versées au titre de l'exploitation de l'image, celles-ci doivent être « *fonction du seul produit aléatoire de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de la prestation de l'intéressé* » ce qui « *s'oppose à tout mécanisme de fixation forfaitaire de celles-ci* ». La Cour fait ici « *de l'exigence d'un aléa économique une condition d'exclusion de l'assiette des cotisations* »¹⁰⁷⁴.

319. La clé de répartition de l'article L. 7123-6 du Code du travail réside donc au moins autant dans la nature de cette créance, plus concrètement la cession du droit à l'image, que dans son mode de détermination, qui doit être aléatoire. Cette lecture du Code du travail nous paraît trop stricte et nie la réalité de l'opération juridique réalisée puisque la position du juge conduit à qualifier de salaire des sommes versées en contrepartie d'un transfert de bien, d'une cession de droits à l'image. Cela entre en contradiction avec l'objet du contrat de travail qui doit rester la location de la force de travail du salarié au profit de l'employeur. C'est pour cela que nous approuvons les propos du Professeur Grégoire LOISEAU lorsqu'il récuse cette « *qualification artificielle* » et écrit que, dès lors qu'une somme « *constitue la contrepartie du transfert d'un droit réel dont la manière d'en jouir ne requiert pas la présence physique du mannequin, elle est irréductible à la notion de salaire* »¹⁰⁷⁵. Une interprétation plus ouverte de l'article L. 7123-6 du Code du travail aurait été souhaitable afin d'éviter un brouillage inutile des frontières entre des créances reposant sur des faits générateurs distincts et aisément identifiables.

320. Le régime du droit à l'image du salarié est, nous semble-t-il, perfectible. Autant nous approuvons la Cour de cassation lorsqu'elle qualifie de créance de salaire une rémunération qui ne distingue pas entre mise à disposition et cession de droit, autant il est regrettable de

¹⁰⁷³ Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2009, n° 08-10.524.

¹⁰⁷⁴ LOISEAU G., « Le salaire de l'image », SSL Suppl. 2010, n° 1439.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

qualifier de salaire une somme clairement identifiée comme étant la contrepartie de l'exploitation du droit à l'image d'un mannequin au motif que son montant n'est pas aléatoire. Bien qu'imparfaite, l'étude de la source de la rémunération du travail permet d'exploiter la différence de régime entre rémunération du travail et rémunération du droit à l'image du salarié. La séparation est cependant bien plus nette lorsqu'il s'agit de distinguer entre créance de salaire et cession de droits d'auteur.

B. La rémunération des créations du salarié.

321. Si « *l'homme de la rue n'assimile pas l'artiste ou l'inventeur à un travailleur* »¹⁰⁷⁶, la majorité des créateurs d'œuvres de l'esprit ont pourtant le statut juridique de salarié¹⁰⁷⁷. La rencontre de deux droits aux logiques opposées n'est pas sans répercussion sur la nature juridique des créances dont peut être titulaire un salarié¹⁰⁷⁸. La question qui se pose est de savoir si une entreprise qui mobilise la force de travail d'un travailleur par le biais d'un contrat de travail s'approprie également les fruits de sa créativité. Deux cas de figure sont concernés : la cession des créations régies par le droit d'auteur et l'exploitation de l'interprétation d'un droit voisin.

322. La rémunération des artistes-interprètes¹⁰⁷⁹ est régie par l'article L. 7121-8 du Code du travail¹⁰⁸⁰. Ce texte opère la même distinction que celle réalisée pour les mannequins : tout ce qui requiert la présence physique de l'artiste-interprète relève du salaire. Dès lors que cette présence n'est plus impérative, il est possible de rémunérer l'artiste salarié en

¹⁰⁷⁶ POLLAUD-DULIAN F., « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD Com. 2000, p. 273.

¹⁰⁷⁷ En témoigne la thèse de DRAI L., « Le droit du travail intellectuel », LGDJ 2005 ou encore celle de MEL J., « La création salariée en droit d'auteur », thèse, Paris XII, 2005.

¹⁰⁷⁸ Le droit du travail tend à reconnaître l'appropriation des fruits du travail du salarié à l'employeur alors que le droit de la propriété littéraire et artistique confère la titularité initiale des droits patrimoniaux de la création à l'auteur.

¹⁰⁷⁹ Est artiste-interprète selon l'article L. 212-1 du Code de propriété intellectuelle toute « *personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique* ».

¹⁰⁸⁰ « *La rémunération due à l'artiste à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de son interprétation, exécution ou présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur n'est pas considérée comme salaire dès que la présence physique de l'artiste n'est plus requise pour exploiter cet enregistrement et que cette rémunération n'est pas fonction du salaire reçu pour la production de son interprétation, exécution ou présentation, mais est fonction du produit de la vente ou de l'exploitation de cet enregistrement* ».

redevances sur l'exploitation de sa prestation¹⁰⁸¹. Si la rédaction des deux textes est similaire, il faut néanmoins garder à l'esprit que la nature juridique de l'opération réalisée n'est pas la même et que la créance due à un artiste-interprète n'a pas le même régime juridique que celle due à un mannequin¹⁰⁸². Un arrêt du 11 décembre 2008 a en effet clairement repoussé l'idée d'un droit patrimonial du mannequin calqué sur les droits voisins des artistes-interprètes¹⁰⁸³. Il en résulte une pluralité de créances assises sur des faits générateurs distincts¹⁰⁸⁴. A côté de la rémunération de la « *présence physique de l'artiste* », l'employeur est tenu de verser des sommes, appelées redevances ou encore royalties, qui rétribuent des opérations non couvertes par le salaire. La différence conceptuelle qui vient justifier cette distinction repose sur la finalité de cette créance de rémunération non-salariale. Le Professeur Thierry REVET précise en ce sens que « *les redevances sont en relation directe avec le profit procuré par la mise en œuvre de la force de travail, avec le produit du travail* », et que ces « *versements ont pour raison d'être de corriger l'absence de relation entre le salaire et l'utilité effective de la force de travail* »¹⁰⁸⁵. L'objet des redevances est donc de rémunérer l'autorisation donnée par le salarié artiste-interprète d'exploiter l'enregistrement de sa prestation de travail¹⁰⁸⁶.

323. L'opération juridique n'est pas la même lorsque le salarié est auteur et non plus artiste-interprète. Dans cette configuration, le Code de la propriété intellectuelle prévoit de manière très catégorique que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du*

¹⁰⁸¹ KLOTZ T., « Pratique contractuelle ; La rémunération de l'artiste-interprète de cinéma », CCE octobre 2010, p. 41.

¹⁰⁸² Si le Code du travail instaure dans sa première Partie un Titre II relatif aux professions du spectacle, de la publicité et de la mode, les mannequins n'ont néanmoins aucun rapport avec la propriété intellectuelle. Rappr. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁸³ Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, D. 2009, Act. 100.

¹⁰⁸⁴ Il est donc possible d'envisager un cumul entre créances. Un artiste-interprète pourrait de ce fait prétendre bénéficier à la fois d'un droit voisin sur son interprétation, mais également d'une créance relative au droit à l'image. Pour le Professeur C. CARON, la positivité de ce cumul est pourtant loin d'être reconnu, comme en témoigne une jurisprudence hésitante. La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la question, seuls les juges du fond ont pu admettre ou non l'existence d'un tel cumul. Cf. CARON C., « Droit d'auteurs et droits voisins », LexisNexis, 2015, 4^{ème} éd., p. 547.

¹⁰⁸⁵ REVET T., *op. cit.*, p. 272 et s.

¹⁰⁸⁶ Dans le cadre de l'audiovisuel, le fait générateur n'est pas l'autorisation, mais l'exploitation puisqu'en vertu de l'article L. 212-3 du CPI, l'autorisation d'exploiter la prestation est dévolue à l'employeur dès signature du contrat entre l'artiste et le producteur. Dans cette situation, l'employeur est donc titulaire *ab initio* du droit d'exploitation, ce qui ne le dispense pas de devoir rémunérer distinctement cette exploitation en plus du salaire versé.

droit »¹⁰⁸⁷. Ce texte, « *pilier de la conception française du droit d'auteur* »¹⁰⁸⁸ fait du salarié-auteur le propriétaire *ab initio* de l'œuvre qu'il a réalisé, mettant ainsi en échec la règle de dévolution des fruits du travail à l'employeur. La Cour de cassation a validé cette titularité initiale et veille à rappeler que ces dispositions sont d'ordre public¹⁰⁸⁹.

324. L'œuvre de l'esprit créée par le salarié ne peut donc être attribuée originairement et automatiquement à l'employeur, elle doit lui être cédée par le salarié, par le biais d'un acte écrit et en contrepartie d'une rétribution spéciale. La rémunération du travail salarié par un salaire ne vient donc rémunérer que la mise à disposition de sa force de travail. Dès lors, elle n'a pas vocation à couvrir des opérations sans rapport avec cette mise à disposition, notamment le transfert de droits dont le salarié est titulaire. La séparation entre rémunération du travail et rétribution de la créativité du salarié est donc nette. Une approche légèrement différente préside néanmoins le régime des sommes dues au salarié au titre des inventions qu'il a pu réaliser.

C. La rémunération du salarié inventeur.

325. Le législateur¹⁰⁹⁰ a bien plus été influencé par le droit du travail lorsqu'il s'est agi d'encadrer les inventions de salariés¹⁰⁹¹. Le régime actuel repose sur une distinction binaire entre les inventions de mission et les inventions hors mission, chacune donnant lieu à attribution d'une rétribution particulière pour l'inventeur. La nature de la créance dont sera titulaire le salarié dépend de la qualité de propriétaire initial de l'invention. La clé de voûte du système de répartition repose sur l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁹². Selon ce texte, si l'invention est qualifiée « *de mission* », alors elle appartient *ab initio* à l'employeur et le salarié pourra prétendre à une « *rémunération*

¹⁰⁸⁷ Article L. 111-2 du CPI.

¹⁰⁸⁸ POLLAUD-DULIAN, op. cit., p. 275.

¹⁰⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, n° 91-11.480, RIDA 1993, p. 193.

¹⁰⁹⁰ En matière de propriété industrielle, les textes applicables sont issus de la loi du 2 janvier 1968, rénové par la loi du 13 juillet 1978 et complété par la loi du 26 novembre 1990.

¹⁰⁹¹ Sur la question, DRAI L., « Le droit du travail intellectuel », Thèse, LGDJ 2005, spéc. p. 243 et s.

¹⁰⁹² Les raisonnements qui suivent ne s'appliquent qu'aux salariés inventeurs. Les dirigeants sociaux par exemple, ne sont pas soumis aux règles de dévolutions édictées par cet article. Com. 27 juin 1988, JCP E 1988, I, 17735. De même pour l'étudiant stagiaire qui reste titulaire des droits sur le brevet déposé. Com 25 avril 2006, n° 04-19.482, D. 2006, AJ 1287.

supplémentaire ». A l'opposé, si l'invention est dite « *hors mission attribuable* », le salarié est le propriétaire initial de l'invention, mais l'employeur dispose du droit de s'en faire attribuer la propriété en contrepartie du versement d'un « *juste prix* ». La créance du salarié inventeur à titre de rémunération supplémentaire pour son invention est de nature salariale¹⁰⁹³. A l'inverse, le juste prix, contrepartie de la cession de l'invention hors mission attribuable à l'employeur, ne relève pas du régime du salaire¹⁰⁹⁴. Cette dualité de régime est notable dans la mesure où ces deux créances partagent la même finalité rémunératoire, celle de rétribuer le résultat du travail et non le travail en lui-même. Pour reprendre les propos du Professeur Thierry REVET, « *ces versements constituent donc l'antithèse du salaire* » et devraient donc obéir à un même régime juridique¹⁰⁹⁵. De même, il paraît assez spécieux de qualifier de salaire une rétribution ponctuelle liée à l'existence aléatoire de la réalisation d'une invention¹⁰⁹⁶.

326. La différence de régime ne peut s'expliquer par la nature de l'opération juridique réalisée. Il pourrait être avancé que cette distinction tient au fait que, dans le cadre de l'invention de mission, il n'y a pas transfert de droit, puisque l'employeur est propriétaire *ab initio* de l'invention, ce qui n'est pas le cas en cas d'invention hors mission attribuable. Or, nous avons constaté qu'en matière de droits voisins, plus précisément lorsqu'il s'agit d'exploiter la prestation d'un artiste-interprète, il n'y a pas non plus transfert de droits. Pourtant, les redevances versées en contrepartie de cette exploitation n'ont pas une nature salariale¹⁰⁹⁷. L'explication repose, semble-t-il, plus sur la manière dont a été mise en œuvre la force de travail du salarié. Ce qui différencie l'invention de mission de l'invention hors mission attribuable, est la mission inventive confiée au salarié. La lecture de l'article L. 611-7, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle¹⁰⁹⁸ révèle que, pour qu'une invention soit qualifiée de mission, il faut que soit fournie la preuve qu'une mission inventive ait été

¹⁰⁹³ CA Versailles, 11^{ème} ch., 12 novembre 2003, n° 02-2819 ; GALLOUX J.-C., « Les inventions de salariés », RTD Com., 2007, p. 523.

¹⁰⁹⁴ AHNER F. et J.-J. TOUATI, « Inventions et créations des salariés », Lamy 2013, 2^{ème} éd., p. 148.

¹⁰⁹⁵ REVET T., « La force de travail », *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁹⁶ En ce sens, DORIGNON C., obs. sous CA Paris 8 décembre 2010, Dr. ouv. Avril 2010, p. 281.

¹⁰⁹⁷ Cf. Section 2, §2, B.

¹⁰⁹⁸ Article L. 611-7 CPI. « *Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur* ».

confiée au salarié. Cette mission peut être occasionnelle ou permanente¹⁰⁹⁹, mentionnée dans le contrat de travail du salarié ou dans des directives formulées ultérieurement par l'employeur, elle doit cependant toujours être explicite. L'emploi du salarié doit donc avoir pour objet une activité de recherche ou bien une mission occasionnelle de recherche doit lui avoir été confiée. Sa force de travail a donc été orientée dans un but, celui de réaliser une invention. Or, en cas de réalisation d'une invention hors mission attribuable, la force de travail du salarié n'a pas été sollicitée ni guidée par l'employeur. Ce qui lui permet de revendiquer sa propriété est qu'elle présente un lien avec le travail du salarié¹¹⁰⁰ : l'invention entre dans le domaine des activités de l'entreprise, car elle a été obtenue grâce aux moyens fournis par l'entreprise. Les conditions de réalisation de l'invention révèlent une participation passive de l'entreprise mais néanmoins réelle.

327. Dès lors, le recours à la notion de mise en œuvre de la force de travail permet d'expliquer la différence de régime. Si la force de travail a été dirigée dans l'intention de produire une invention, alors cette dernière sera de mission et la contrepartie versée sera de nature salariale. A l'inverse, si l'invention a été réalisée dans le cadre du travail du salarié sans que sa force de travail n'ait été orientée dans le sens d'une mission inventive, alors son acquisition par l'employeur ne relève pas du droit du travail et la créance de juste prix sera donc une créance de droit commun.

¹⁰⁹⁹ AZEMA J. et J.-C. GALLOUX, « Droit de la propriété industrielle », Dalloz, 2012, 7^{ème} éd., p. 244.

¹¹⁰⁰ TGI Marseille, 12 mai 1998, PIBD 1999, III, 65, « *En raison des fonctions purement administratives de l'inventeur et du fait que son invention a pu être mise au point grâce aux moyens de son employeur, il s'agit d'une invention hors mission attribuable* » ; CA Paris, 23 oct. 1996, PIBD 1996, III, p. 85 ; Gaz. Pal. 29-30 juill. 1998, p. 32. « *Dès lors que le salarié n'a été investi par écrit d'aucune mission inventive, il convient uniquement, pour définir la nature de l'invention relevant du domaine d'activité de l'entreprise, de déterminer si le salarié était investi d'une mission inventive générale ou ponctuelle avant le dépôt de la demande de brevet par la société* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

328. Les sources de rémunération du salarié peuvent être multiples. Seule la mise à disposition de la force de travail donne cependant droit à une créance de rémunération de nature salariale. La multiplicité de ces sources nécessite de distinguer la rémunération contrepartie de l'obligation de mise à disposition des autres sources de rémunération afin de rendre à chaque forme de rémunération son régime juridique spécifique.

329. Dans un premier temps, l'hypothèse du salarié associé à la direction de l'entreprise invite à distinguer le salaire de la rémunération qu'il peut recevoir au titre de l'exercice d'un mandat social. L'identification du fait générateur de cette créance n'est pas aisée dans la mesure où les rapports entre dirigeants et société échappent en grande partie au droit des contrats. L'organe délibératif de la société détermine de manière discrétionnaire la rémunération contrepartie de l'exercice d'une fonction sociale. Le fait générateur de cette créance réside donc uniquement dans une décision unilatérale rendue par l'organe compétent de la société. Néanmoins, cette compétence discrétionnaire est strictement limitée à la rémunération de l'exercice d'une fonction sociale. Dès lors que l'organe délibératif souhaite octroyer un avantage social à un dirigeant qui n'est pas la contrepartie de l'exercice d'une fonction sociale, cet avantage doit faire l'objet d'un contrat. L'enjeu de ce chapitre a également été de montrer la difficulté de classer un avantage social dans l'une de ces deux catégories juridiques.

330. Dans un second temps, le constat a été dressé que le salarié pouvait disposer de droits sur le produit ou le résultat de son travail. L'analyse de la rémunération du salarié comme contrepartie de la mise à disposition de sa force de travail est pertinente pour distinguer la créance de salaire de ces autres créances de rémunération, qu'elles lui soient dues en raison de son intégration à la logique financière de l'entreprise ou en raison des droits issus d'un statut protecteur particulier. Néanmoins, le statut protecteur conféré au salaire exerce un véritable pouvoir d'attraction sur ces créances, qui se retrouvent rapatriées dans son giron dès lors qu'elles ne répondent pas aux exigences prescrites par le législateur.

Chapitre second : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES INDEMNITAIRES

331. Le terme générique d'indemnité a largement été dévoyé dans le Code du travail et utilisé à plus ou moins bon escient¹¹⁰¹. De ce fait, la distinction entre le « *rémunératoire* » et le « *compensatoire* » est malaisée. Certaines sommes textuellement qualifiées d'indemnité se révèlent en pratique être des éléments ou substituts de salaire alors qu'à l'opposé des primes ou des sommes venant se substituer au salaire seront écartées du régime du salaire¹¹⁰². Au sein même des indemnités, l'uniformité n'est pas la règle puisque, si certaines sommes viennent réparer le préjudice subi par le salarié, d'autres n'ont aucune fonction réparatrice¹¹⁰³. C'est notamment le cas des indemnités visant à compenser les dépenses et les frais occasionnés par le travail ou encore les contraintes imposées par l'organisation du travail. Si le critère de la créance de salaire comme contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié permet, de manière générale, de trancher un problème de qualification, il paraît cependant insuffisant pour expliquer tous les choix opérés par le juge. Dès lors, nous étudierons successivement l'articulation entre, d'une part, la créance de salaire et les créances indemnifiant un comportement fautif de l'employeur (section I) et, d'autre part, la créance de salaire avec celle indemnifiant une sujétion particulière (Section II).

¹¹⁰¹ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., p. 946.

¹¹⁰² L'indemnité de congés payés épouse ainsi le régime juridique du salaire.

¹¹⁰³ Voir en cela LYON-CAEN G., « Le salaire », Dalloz, 1981, 2^{ème} éd., p. 260 et son chapitre éclairant sur les liens entre salaire et indemnité.

Section I – L'INDEMNISATION DU COMPORTEMENT FAUTIF DE L'EMPLOYEUR.

332. Le comportement défaillant de l'employeur peut causer un préjudice au salarié qui devra être réparé par le versement de dommages-intérêts. Cette défaillance peut intervenir soit pendant l'exécution du contrat, soit lors de sa rupture. Durant l'exécution du contrat, le fait générateur de la créance indemnitaire résultera de l'inexécution, ou de l'exécution défectueuse, d'une obligation accessoire ou de l'obligation principale de l'employeur. Si le caractère indemnitaire de la créance est de manière générale acquis, la solution est néanmoins moins évidente lorsque l'inexécution porte sur l'obligation de rémunérer ou de fournir du travail au salarié. L'employeur peut également être tenu de verser des indemnités à son salarié lors de la rupture à son initiative du contrat de travail. Ici encore, le terme indemnité recouvre une pluralité de réalités puisque certaines sommes correspondent bien à des dommages-intérêts tandis que d'autres sont assimilées à des compléments de salaire. Nous traiterons donc successivement de l'indemnisation en cas d'inexécution du contrat de travail (§1) puis de l'indemnisation de la rupture du contrat de travail (§2).

§1 - L'indemnisation de l'inexécution du contrat.

333. A l'instar du Professeur Gérard LYON-CAEN, nous ne pouvons que déplorer que « *la ligne frontière entre indemnités rémunératoires et indemnités réparatrices soit très mouvante et son tracé sujet à d'incessantes retouches* »¹¹⁰⁴. Il est parfois hasardeux de se prononcer sur ce qui relève de l'inexécution du contrat de travail, fait générateur de la créance indemnitaire (A). Pourtant, cette question s'avère cruciale lorsqu'est envisagé le cumul de cette créance avec la créance de salaire (B).

A. L'inexécution du contrat de travail, fait générateur de la créance indemnitaire.

334. Une distinction aurait pu être opérée entre l'inexécution des obligations que l'on peut qualifier « d'accessoires » au contrat de travail et l'inexécution de l'obligation principale de

¹¹⁰⁴ LYON-CAEN G., *op. cit.*, p. 270.

l'employeur¹¹⁰⁵. Seule retiendra notre attention la question de l'inexécution par l'employeur de son obligation de fournir du travail à son salarié¹¹⁰⁶. L'enjeu de la question réside dans la sanction qui doit être prononcée envers l'employeur : lorsque ce dernier ne fournit pas du travail à son salarié, doit-il l'indemniser pour le préjudice subi ou bien au contraire être condamné à lui verser son salaire¹¹⁰⁷ ? A cette interrogation, le Professeur Gérard COUTURIER commençait par rappeler que « *lorsque l'employeur manque à cette obligation (fournir du travail) en interrompant l'activité d'un établissement et donc celle des salariés qui y travaillent, il engage, en principe, sa responsabilité contractuelle* »¹¹⁰⁸. Il tire de ce constat que le salarié a droit « *à des dommages-intérêts d'un montant équivalent compensant le préjudice subi du fait de l'inexécution par l'employeur de ses obligations* »¹¹⁰⁹. Le choix d'une réparation indemnitaire est également approuvé par les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER pour qui « *l'obligation de fournir du travail est une obligation de faire dont l'inexécution se résout en dommages-intérêts* »¹¹¹⁰. On peut exciper de cette démonstration que le fait générateur de la créance indemnitaire est bien l'inexécution du contrat de travail.

335. La jurisprudence tend à faire sienne cette analyse dans l'hypothèse où l'employeur est condamné suite à un lock-out illicite¹¹¹¹. Nos précédents développements nous avaient, en effet, conduit à constater que les salariés non-grévistes mis au chômage technique de manière illicite par leur employeur pouvaient se prévaloir non pas d'une créance de salaire

¹¹⁰⁵ L'employeur est en effet astreint à une multitude d'obligations, de règles dont le recensement exhaustif serait illusoire. Citons comme exemple l'obligation de faire subir une visite médicale au salarié nouvellement recruté dont le défaut cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc. 18 déc. 2013, n° 12-15.454, Dalloz Actu., 23 janv. 2013, obs. M. PEYRONNET) ou encore la violation de la procédure de licenciement qui est sanctionnée par une indemnité dont le montant ne peut être supérieur à un mois de salaire (article L. 1235-2 du Code du travail). Le régime juridique de ces sommes ne prête pas à confusion et sont clairement assimilées à des dommages et intérêts.

¹¹⁰⁶ Qui va de pair avec l'obligation de le rémunérer.

¹¹⁰⁷ GREVY M., « La sanction civile en droit du travail », Thèse, LGDJ 2002, p.22. L'auteur restitue bien la nature duale de la sanction civile en droit du travail qui suscite les interrogations de la présente partie. Elle écrit à ce propos que « *d'un côté, interviennent des mesures qui relèvent du rétablissement de la légalité par la suppression de l'acte juridique ou de la situation illicite comme par l'exécution forcée de l'obligation méconnue. De l'autre, sont ordonnées des mesures qui relèvent d'une problématique de réparation du seul préjudice causé par l'illicéité, en nature ou par équivalent* ».

¹¹⁰⁸ COUTURIER G., « Droit du travail – Les relations individuelles », PUF, 1993, 2^{ème} éd., n° 326, p. 327. A la différence de la violation des obligations qu'il qualifie « d'extérieurs à la sphère contractuelle » où c'est la responsabilité délictuelle de l'employeur qui est engagé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ SAVATIER J. et RIVERO J., « Droit du travail », PUF, Thémis Droit 1991, 12^{ème} éd., p. 508.

¹¹¹¹ Voir les développements antérieurs, chapitre I, section I, Paragraphe 1, B, 2.

mais d'une créance indemnitaire d'un montant égal aux salaires perdus¹¹¹². De même, les magistrats de la Chambre sociale de la Cour de cassation considèrent que le salarié dont le licenciement est annulé en raison d'un harcèlement et qui est réintégré, a droit à une indemnisation équivalente au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir entre la rupture de son contrat et sa réintégration¹¹¹³. A l'appui de cette jurisprudence, nous pouvons également citer l'article L. 1243-4 du Code du travail qui dispose que la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée en l'absence d'une faute grave ou d'un événement de force majeure « ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat ». La mécanique juridique semble bien « huilée » puisqu'à chaque inexécution contractuelle correspond une créance indemnitaire.

336. Il est dès lors difficile de s'expliquer certaines décisions rendues par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans des situations voisines, sinon analogues, qui prennent le contre-pied de cette position jurisprudentielle. D'abord, la Cour de cassation considère de manière constante que le salarié qui se tient à la disposition de son employeur qui ne lui fournit pas de travail a droit à un rappel de salaire et non à une créance indemnitaire¹¹¹⁴. Puis, la Cour estime que la résiliation unilatérale d'un contrat d'apprentissage est nulle et que l'employeur doit être condamné à payer les salaires jusqu'à la fin initialement prévue du contrat d'apprentissage¹¹¹⁵. Enfin, s'agissant des salariés protégés licenciés illégalement et qui ne demandent pas leur réintégration, les juges leur accordent la rémunération qu'ils auraient dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection¹¹¹⁶. Dans toutes ces hypothèses, le salarié a droit aux salaires dont il a été privé et non pas à la réparation du préjudice subi. Ce hiatus entre des situations *a priori* semblables et des sanctions disparates ne semble pas reposer sur un fondement juridique pertinent. Dans ces différents cas, c'est

¹¹¹² Cass. soc. 8 avril 1992, n° 89-40.967, bull. civ. V, n° 253 ; Cass. soc. 9 octobre 1997, n° 95-44.645 ; Cass. soc. 30 septembre 2005, n° 04-40.193.

¹¹¹³ Cass. soc. 20 juin 2012, n° 11-19.351, LEXBASE HEBDO édition sociale, n° 492, 5 juillet 2012, comm. RADE C.

¹¹¹⁴ Cass. soc. 3 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1009, obs. RADE C. Un salarié recruté en tant que chauffeur-livreur avait saisi les tribunaux car son entreprise avait cessé de le faire travailler sans qu'aucune procédure de licenciement n'ait été engagée ni qu'il n'ait manifesté son refus de travailler ou de démissionner. La cour lui donna raison et lui octroya un rappel de salaire pour les périodes concernées.

¹¹¹⁵ Cass. soc. 4 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 1096.

¹¹¹⁶ Cass. soc. 25 novembre 1997, n° 94-43.651 ; Cass. soc. 7 juin 2000, n° 98-43.559 ; Cass. soc. 12 avril 2012, n° 10-28.807.

toujours un préjudice salarial qui est réparé, préjudice résultant qui plus est d'un comportement fautif de l'employeur¹¹¹⁷. L'argument évoqué plus haut par les Professeurs Jean RIVERO et Jean SAVATIER suivant lequel l'obligation de fournir du travail est une obligation de faire et se résout en dommages et intérêts n'emporte pas notre conviction. En effet, ce qui est reproché à l'employeur n'est pas tant de ne pas avoir fourni du travail à ses salariés que le refus de les rémunérer. Or, l'obligation de verser le salaire est une obligation portant sur une somme d'argent dont l'exécution forcée en nature ne soulève pas plus de difficultés que l'obligation de verser des dommages-intérêts¹¹¹⁸. Dès lors, un effort de rationalisation pourrait être entrepris par la Chambre sociale pour clarifier le régime juridique des sommes dues au salarié en cas d'inexécution du contrat de travail par l'employeur. Soit le salarié, durant l'inexécution du contrat, s'est tenu à la disposition de l'employeur et il devient donc titulaire d'une créance de salaire, soit il ne l'était pas et il peut, dans cette situation, se voir attribuer une créance indemnitaire pour inexécution du contrat de la part de l'employeur¹¹¹⁹. Un tel choix ne paraît pas source de difficultés insurmontables, puisque les juges exigent dans certains contentieux que le salarié apporte la preuve qu'il s'est tenu à la disposition de son employeur pour justifier l'existence de créance de salaire¹¹²⁰.

337. Cette clarification fondée sur une lecture plus pragmatique, davantage centrée sur les faits permettrait en outre de mieux répondre à la question de l'articulation des différentes créances en cas de cumul sur une même période.

B. Le cumul de la créance indemnitaire avec la créance de salaire.

338. La détermination du fait générateur d'une créance à l'égard du salarié n'est pas qu'une question purement théorique. Au-delà du régime juridique applicable, qui représente en soi

¹¹¹⁷ A l'inverse du sort des indemnités de rupture du contrat de travail, dont la différence de qualification peut s'expliquer par l'auteur de la rupture du contrat, comme l'a remarqué F. TAQUET (JCP E, 1994, II, 608).

¹¹¹⁸ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., « Les obligations. Tome 3 – Le rapport d'obligation », Sirey, 2011, 7^{ème} éd., n° 158, p. 130.

¹¹¹⁹ On pourrait donc envisager un « panachage » entre le « paiement sanction » et le « paiement réparation » fondé sur des faits générateurs bien distincts. En ce sens, PIGNARRE G. et L.-F., « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », RDT 2011, p. 647, qui évoquent cette solution en filigrane.

¹¹²⁰ Cf. *supra* la jurisprudence sur les périodes intermédiaires entre plusieurs CDD successifs.

un véritable enjeu pratique, une distinction précise entre les différentes catégories de créances dont peut jouir un salarié s'avère indispensable pour régir les problèmes d'articulation que peut susciter un éventuel cumul de ces différentes créances. La question se pose tout particulièrement lorsque le salarié obtient le paiement d'indemnités compensant la privation de son salaire.

339. La problématique d'un tel cumul se manifeste par exemple dans les hypothèses où un salarié est licencié puis réintégré¹¹²¹. Les conséquences de l'annulation du licenciement sont dictées par la nature indemnitaire ou non de la somme versée au salarié réintégré. La Cour de cassation a pu décider que le salarié dont le licenciement économique est annulé et qui « *demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé* »¹¹²². La nature indemnitaire de la somme due au salarié est confirmée. En conséquence, la détermination de son montant devra prendre en compte les rémunérations potentiellement perçues par le salarié entre son licenciement effectif et sa réintégration¹¹²³. Le principe de réparation intégrale du préjudice subi a comme corollaire que « *la victime doit obtenir la réparation de tout son préjudice, rien que son préjudice* »¹¹²⁴ et impose donc la déductibilité des revenus de remplacement perçus par le salarié¹¹²⁵. Cette solution qui admet la déductibilité des revenus de remplacement a été confirmée en d'autres hypothèses, notamment en cas de discrimination¹¹²⁶, de licenciement en violation des règles protectrices de la femme enceinte¹¹²⁷ et récemment au sujet d'un salarié victime de harcèlements illégalement licencié¹¹²⁸. La nature indemnitaire de la créance acquise suite à la réintégration du salarié a un impact direct sur son montant, puisqu'il conviendra d'en déduire, lors de son évaluation, toute rémunération ou revenus de remplacement perçus durant la période considérée.

¹¹²¹ La question se pose pour les salariés dont le licenciement est déclaré nul, soit parce qu'il a été prononcé en violation d'un droit à valeur constitutionnelle, soit parce qu'un texte le prévoit. Plus précisément, seront concernés les salariés qui demandent leur réintégration à laquelle l'employeur ne peut s'opposer (Cass. soc. 15 juin 2005, n° 03-48-094).

¹¹²² Cass. soc. 12 février 2008, n° 07-40.413, D. 2008, p. 618, obs. MAILLARD S.

¹¹²³ En ce sens, DESJARDINS B., « La réintégration », Dr. soc. 1992, p. 766.

¹¹²⁴ MAILLARD S., *op. cit.*

¹¹²⁵ Soit au titre d'une autre activité, soit des allocations de chômage.

¹¹²⁶ Cass. soc. 16 décembre 2010, n° 09-43.074.

¹¹²⁷ Cass. soc. 17 février 2010, n° 08-45.640, JCP S 15 juin 2010, n° 24, p. 1244, obs. MARTINON A.

¹¹²⁸ Cass. soc. 20 juin 2012, n° 11-19.351, Lexbase Hebdo éd sociale, 5 juillet 2012, n° 492, comm. RADE C.

340. Pour autant, malgré cette apparente uniformité, de nombreux auteurs ont pointé la volonté, consciente ou non, du juge d’instaurer une dualité de régime en fonction de la cause du licenciement¹¹²⁹. Un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 2 février 2006 prend le parti inverse de la tendance dégagée précédemment¹¹³⁰. Dans cette décision, les magistrats ont estimé que le salarié gréviste qui est réintégré et qui, de ce fait, obtient le paiement d’indemnités compensant la privation de son salaire peut en cumuler le bénéfice avec les revenus de remplacement qu’il a pu percevoir. Les juges ferment donc la porte à la déductibilité des revenus dans le calcul du montant de l’indemnité qui sera versée par l’employeur. Cette solution a également été retenue le 12 octobre 2006 concernant un salarié protégé licencié sans autorisation préalable¹¹³¹. Le Professeur Christophe RADE juge que ces décisions « *semblent totalement contraires aux règles qui gouvernent la responsabilité civile* » et se pose la question de l’éventuelle instrumentalisation de ces règles dans le but d’infliger « *une peine civile à l’employeur* »¹¹³². De surcroît, d’autres auteurs tentent de trouver un raisonnement juridique plus pertinent de la part de la Cour de cassation. Ainsi, elle déduirait sa solution du caractère de « *principe de valeur constitutionnelle* » qu’elle reconnaît au droit de grève énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹¹³³. Il faudrait alors distinguer, parmi les licenciements nuls, ceux qui le sont en vertu d’une disposition législative ou qui heurtent une liberté fondamentale et ceux qui portent atteinte à un droit de valeur constitutionnelle. Outre le caractère éminemment subjectif d’une telle distinction, son assise juridique semble bien chancelante car l’on voit mal en quoi l’atteinte à un droit fondamental viendrait contrarier la nature indemnitaires de la créance du salarié réintégré¹¹³⁴. Dès lors, il apparaîtrait plus rationnel pour le juge d’unifier totalement sa jurisprudence, faisant de la déductibilité des revenus de remplacement la règle générale.

¹¹²⁹ MAILLARD S., « Licenciement économique : préjudice du salarié licencié puis réintégré », D. 2008, p. 618 ; LECLERC O., « La réintégration du salarié gréviste à la suite d’un licenciement nul : quelle indemnisation ? » RDT 2006, p. 42.

¹¹³⁰ Cass. soc., 2 févr. 2006, pourvoi n° 03-47.481, RDT 2006, p. 42, obs. LECLERC O. ; SSL 2006, n° 185, p. 18, obs. HALLER M.-C.

¹¹³¹ Cass. soc. 10 octobre 2006, n° 04-47.623, comm. RADE C., « L’indemnisation du gréviste réintégré : vive le cumul ! », Lexbase Hebdo éd. Sociale, 16 février 2006, n° 202.

¹¹³² *Ibid.* Solution confirmée par Cass. soc. 25 novembre 2015, n° 14-20.527, D. 2015, p. 2508.

¹¹³³ LECLERC O., *op. cit.* ; TOURNAUX S., « Indemnisation du salarié réintégré à la suite de l’annulation de son licenciement : l’influence des libertés fondamentales », comm. Sous Cass. soc. 9 juillet 2014, n° 13-16.434, Lexbase Hebdo, éd. Soc. du 11 septembre 2014, n° 582.

¹¹³⁴ Il est de plus assez difficile et fastidieux de chercher à déterminer ce qu’est un droit de valeur constitutionnelle.

341. L'indemnisation de l'inexécution du contrat de travail met en évidence les paradoxes et les défaillances de la jurisprudence concernant le régime des créances dues au salarié. Une meilleure prise en compte du fait générateur de la créance, inexécution du contrat pour la créance indemnitaire, mise à disposition de la force de travail pour la créance de salaire, permettrait de clarifier des situations parfois décevantes tant sur le plan juridique que de l'opportunité. Ces errements se retrouvent également lors de la qualification des créances issues de la rupture du contrat de travail.

§2 - La rupture du contrat de travail, fait générateur de créances multiples pour le salarié.

342. La rupture du contrat de travail est, selon les mots du Professeur Gérard LYON-CAEN, « *le terrain d'élection de l'indemnité* »¹¹³⁵. Terreau fertile à la créativité législative, on ne compte plus les différentes indemnités qui peuvent être perçues par le salarié. Or, le partage opéré entre la qualification de rémunération et celle de dommages-intérêts demeure aléatoire, l'opportunité l'emportant souvent sur la raison juridique¹¹³⁶. La Cour de cassation pour sa part tient à distinguer entre les indemnités qui visent à réparer un préjudice subi par le salarié du fait de la rupture (A) de celles qui sont en réalité des éléments de rémunération (B).

A. Les indemnités réparant les conséquences de la rupture du contrat de travail.

343. Le salarié dont le contrat de travail est rompu peut généralement se prévaloir d'un certain nombre d'indemnités. Parmi elles, l'indemnité légale de licenciement issue de l'article L. 1234-9 du Code du travail a suscité pendant longtemps des débats doctrinaux et judiciaires¹¹³⁷, et suscite encore de nos jours, quelques interrogations¹¹³⁸. Deux analyses possibles et antagonistes ont été envisagées avant que le juge ne tranche définitivement. Le

¹¹³⁵ LYON-CAEN G. *op. cit.*, p. 272.

¹¹³⁶ En ce sens HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 154.

¹¹³⁷ Instaurée par la loi du 30 mars 1935 au profit des seuls journalistes en raison « de leur importance politique dans la cité » comme l'explique Guillaume-Henry CAMERLINCK, elle sera étendue à tous les salariés par l'ordonnance du 13 juillet 1967 et son régime régulièrement amélioré.

¹¹³⁸ ICARD J., « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S, 4 novembre 2014, n° 45, Act. 393.

Professeur Paul DURAND¹¹³⁹ voyait dans cette indemnité davantage un complément de salaire et soutenait l'idée qu'elle constitue un salaire différé car elle avait pour cause l'accomplissement d'un travail¹¹⁴⁰. A l'opposé, le Professeur Guillaume-Henri CAMERLINCK a plaidé en faveur du caractère indemnitaire de l'indemnité de licenciement, ayant pour fait générateur la rupture du contrat et étant destinée à réparer le préjudice résultant de la perte de l'emploi¹¹⁴¹. Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation s'est rangée à cette thèse et a renoncé à voir dans les indemnités de licenciement un salaire différé¹¹⁴². Pour autant, le débat n'est pas clos et certains auteurs s'interrogent régulièrement sur ce choix opéré par les juges. Le Professeur Jean SAVATIER se demandait si « *à la base de cette analyse, une confusion entre la fonction indemnitaire de l'avantage garanti au salarié et sa cause juridique* » n'existerait pas dans l'esprit des partisans de la nature indemnitaire de l'indemnité de licenciement¹¹⁴³. Plus récemment, Madame Diane HENNEBELLE constate que sur le plan juridique, l'interprétation jurisprudentielle est à la fois « *surprenante dans son principe* » et « *critiquable dans sa mise en œuvre* »¹¹⁴⁴. Le même constat sera dressé par le Professeur Gérard VACHET¹¹⁴⁵ et combattu par le Professeur Jean MOULY¹¹⁴⁶. L'absence d'unanimité de la doctrine qui perdure de nos jours démontre que la nature de l'indemnité de licenciement est difficilement identifiable au regard des critères classiques de qualification des créances. Il est difficile de nier que cette indemnité présente certaines particularités qui font obstacle à une solution tranchée. Elle répond assez mal à la définition classique de la créance indemnitaire puisque d'une part, elle est due alors même que l'employeur ne commet pas de faute en résiliant le contrat de travail¹¹⁴⁷ et elle peut être dénuée de toute fonction réparatrice si le salarié retrouve immédiatement un emploi après son licenciement. Pour autant, qualifier l'indemnité de licenciement de rémunératoire ne va

¹¹³⁹ DURAND P. et VITU P., « Traité de droit du travail », Dalloz, Tome II, 1950, p. 912, n° 485.

¹¹⁴⁰ Cette conception a été un temps retenue par la Cour de cassation pour qui « *l'indemnité de licenciement, allouée cumulativement avec le salaire, constitue un complément de salaire en rémunération d'un travail accompli dans le passé* ». Cass. soc. 19 juillet 1945, Gaz. Pal. 1945, 2, 126.

¹¹⁴¹ CAMERLINCK G.-H., « Le contrat de travail », Traité, 2^{ème} éd., n° 579, p. 606 ; « L'indemnité de licenciement », JCP 1957, I, 1391.

¹¹⁴² Cass. soc. 23 juin 1988 ; Cass. soc. 20 octobre 1988, Dr. soc. 1989, p. 130 et s.

¹¹⁴³ SAVATIER J., « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.

¹¹⁴⁴ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 154 et s.

¹¹⁴⁵ VACHET G., « La notions de rémunération au regard de la sécurité sociale », Mél. Despax, PU Toulouse 2001, spéc. p. 366 et s.

¹¹⁴⁶ MOULY J., « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008, p. 582.

¹¹⁴⁷ La résiliation d'un contrat à durée indéterminée est un droit, à différencier de la rupture abusive qui est une faute.

pas non plus de soi puisqu'elle n'est pas due au salarié qui quitte volontairement l'entreprise ou lorsque le contrat est rompu pour faute grave ou force majeure. En tout état de cause, le choix effectué par la Cour de cassation l'analyse comme la « *contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* »¹¹⁴⁸, ce qui accrédite la thèse indemnitaire. Cette indemnité est en quelque sorte le « *prix à payer par l'employeur pour pouvoir procéder au licenciement du salarié* »¹¹⁴⁹.

344. La cause de son versement est importante, puisque l'indemnité de licenciement ne sera pas cumulable avec d'autres indemnités ayant le même fondement, comme l'indemnité prévue par l'article L. 1226-14 du Code du travail versée suite à la rupture du contrat de travail d'un salarié déclaré inapte¹¹⁵⁰ ou encore l'indemnité de mise à la retraite de l'article L. 1237-7 du même code. Plus surprenant, elle ne peut se cumuler avec l'indemnité de clientèle des voyageurs représentants placiers instaurée par l'article L. 7313-13 du Code du travail qui ne partage pourtant pas la même finalité¹¹⁵¹. En effet, cette indemnité spécifique a pour fonction à la fois de garantir le maintien d'un certain revenu mais aussi de compenser la perte financière induite par le licenciement et l'impossibilité d'exploiter la clientèle pour l'avenir¹¹⁵². Comme le constate Diane HENNEBELLE, cette indemnité compense bien un préjudice mais un préjudice d'ordre salarial et devrait de ce fait être clairement incluse dans les créances salariales¹¹⁵³.

345. A côté de ces indemnités légales dont la nature est indemnitaire malgré l'absence de faute de la part de l'employeur ou de préjudice réel, le salarié peut prétendre à des indemnités dès lors que l'employeur a commis une faute en rompant le contrat de travail. On peut citer l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse dont la nature

¹¹⁴⁸ Civ. II, 11 octobre 2007, D. 2008, n° 9, p. 582.

¹¹⁴⁹ MOULY J., *op. cit.*, p. 583.

¹¹⁵⁰ Article L 1226-14 du Code du travail. Le Code du travail mentionne d'ailleurs expressément « indemnité spéciale de licenciement ».

¹¹⁵¹ En ce sens Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-42.979, RJS 1/2000, n° 77 ; Cass. soc. 1^{er} juin 2004, n° 02-41.176. « *L'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison en lui faisant perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui* »

¹¹⁵² FOUILLAND J.-M., « Regards sur l'indemnité de clientèle des voyageurs représentants placiers », JCP S 2008, n° 8, 1079.

¹¹⁵³ A l'instar des indemnités compensatrices de congés payés et de préavis.

indemnitaires ne soulève pas de difficulté¹¹⁵⁴. Lors de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée en dehors des cas prévus à l'article L. 1243-2 du Code du travail, le salarié a également droit à une indemnité d'un montant égal aux salaires qu'il aurait perçu jusqu'à la fin du contrat¹¹⁵⁵.

346. Un certain nombre de créances répondent donc à une logique indemnitaires, sans que l'on puisse véritablement dégager la ligne directrice suivie par la Cour. Cette impression de flou s'accroît lorsque l'on répertorie les créances rémunérant la rupture du contrat de travail.

B. Les indemnités rémunérant le salarié lors de la rupture du contrat de travail.

347. Le terme « indemnité » est quelque peu malmené en droit du travail et son application à certaines sommes souvent trompeuse lorsqu'il s'agit de déterminer leur nature juridique. Ainsi parle-t-on d'indemnité compensatrice de préavis due au salarié lorsque son employeur le dispense d'exécuter son préavis suite à la rupture de son contrat de travail¹¹⁵⁶. Or, les juges ont depuis longtemps assimilé cette indemnité à un salaire¹¹⁵⁷. La même solution est retenue concernant l'indemnité compensatrice de congés payés due au salarié qui n'a pu bénéficier de la totalité de ses congés avant la rupture du contrat de travail¹¹⁵⁸ ou encore de l'indemnité de départ à la retraite lorsque le salarié rompt de sa propre initiative son contrat de travail afin de faire valoir ses droits à retraite¹¹⁵⁹. Il faut également rajouter que par détermination de la loi, l'indemnité de précarité versée, sauf exception, au terme du CDD, est qualifiée de salaire alors qu'elle présente une parenté très proche avec l'indemnité de licenciement¹¹⁶⁰.

348. Cet éclatement de la qualification des sommes dues au salarié au moment de la rupture du contrat de travail entre créances indemnitaires et créances salariales interroge

¹¹⁵⁴ Et qui se cumule avec l'indemnité de licenciement car chacune repose sur un fait générateur distinct.

¹¹⁵⁵ Article L. 1243-4 du Code du travail. Même si ces sommes compensent un préjudice d'ordre purement salarial, elles n'en demeurent pas moins des dommages-intérêts.

¹¹⁵⁶ Article L. 1234-5 du Code du travail.

¹¹⁵⁷ Cass., Ass. Plén., 18 juin 1963, n° 58-50.474, Bull. Ass. Plén., n° 1.

¹¹⁵⁸ Article L. 3141-26 du Code du travail ; Cass. soc. 7 mars 1990, Bull. civ. V, n° 98.

¹¹⁵⁹ Article L. 1237-9 du Code du travail ; Cass. soc. 7 juill. 1988, Bull. civ. V, n° 430.

¹¹⁶⁰ Article L. 1243-8 du Code du travail.

sur le critère départiteur qui permettrait de trancher avec clarté un problème de qualification. Les différentes propositions faites par la doctrine ne nous semblent cependant pas, en l'état actuel, être capable de dégager la ligne directrice suivie par la Cour de cassation.

349. Certains auteurs estiment que la Cour de cassation se réfère aux « *règles usuelles en matière d'imputabilité de la rupture* » pour ôter tout caractère indemnitaire aux sommes versées au salarié lorsqu'il est l'initiateur de la rupture du contrat¹¹⁶¹. Ce critère de l'imputabilité de la rupture permet en effet d'expliquer que l'indemnité de mise à la retraite est une créance indemnitaire, puisqu'elle est acquise lorsque l'employeur met unilatéralement son salarié à la retraite, alors que l'indemnité de départ à la retraite est une créance de salaire. Cependant, ce critère n'explique pas le statut juridique de l'indemnité compensatrice de préavis ou de congés payés qui sont dues quelle que soit la partie à l'initiative de la rupture.

350. Pour Diane HENNEBELLE¹¹⁶², la jurisprudence semble avoir dégagé le principe suivant : si l'indemnité a le caractère de dommage-intérêts, alors c'est une créance indemnitaire. Si, au contraire, elle correspond à un substitut de salaire, il s'agit en ce cas d'une créance de salaire. En partant du principe que toute somme visant à compenser un préjudice salarial doit avoir la nature d'un complément de salaire, elle justifie la jurisprudence selon laquelle l'indemnité compensatrice de préavis est bien une créance de salaire, dans la mesure où elle « *indemnise le salarié de la perte des salaires qu'il acquiert normalement au cours du préavis, elle répare un préjudice strictement salarial* ». Ce principe explique également le statut juridique des indemnités de congés payés ou de mise à la retraite. Cependant, l'auteur remarque très vite les limites de sa proposition. Une application générale de cette règle n'explique pas pourquoi l'indemnité de clientèle versée aux VRP est indemnitaire alors qu'elle compense un préjudice d'ordre salarial à savoir la perte des commissions¹¹⁶³. Les indemnités de rupture anticipée d'un CDD constituent aussi la réparation d'un préjudice

¹¹⁶¹ DUPRILOT J.-P., « Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement : conditions) », Répertoire de droit du travail, janvier 1994, n° 440.

¹¹⁶² HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 155 et S.

¹¹⁶³ Diane HENNEBELLE note non sans humour que le caractère indemnitaire revient à soutenir « *que le salarié s'est attaché à ses clients et que leur perte lui cause un préjudice d'ordre affectif !* ».

purement salarial et pourtant le caractère rémunérateur leur est dénié. A l'opposé, affirmer que l'indemnité de fin de contrat à durée déterminée est d'ordre salarial nuit encore à l'unité du principe dégagé puisqu'elles ont pour objectifs de compenser le préjudice né « *de la non transformation du contrat précaire en contrat à durée indéterminée, exactement comme les indemnités de licenciement qui réparent la perte de l'emploi* »¹¹⁶⁴. Le critère suivant lequel une créance de fin de contrat est une créance de salaire dès lors qu'elle a pour vocation de compenser un préjudice d'ordre salarial n'est donc guère plus opératoire que celui de l'imputabilité de la rupture.

351. La recours à la théorie du « *salaire différé* » suivant laquelle est une créance de salaire la somme qui est versée en contrepartie non pas du travail présent mais du travail passé à laquelle se réfère Paul DURAND¹¹⁶⁵ ou encore Jean SAVATIER¹¹⁶⁶, n'est pas moins hasardeux¹¹⁶⁷. Nous avons déjà constaté que son application à l'indemnité de licenciement soulevait quelques difficultés, puisqu'elle emprunte certains traits caractéristiques à chacune des deux catégories de créances¹¹⁶⁸. Dès lors, tenter de l'appliquer à chaque indemnité due pour en déterminer sa nature juridique pourrait être un exercice hautement périlleux et éminemment subjectif. En effet, il faudrait pour chaque indemnité se pencher sur sa finalité pour en déduire son régime¹¹⁶⁹ et il serait assez facile de voir dans chacune des sommes versées au salarié, la récompense d'un travail accompli¹¹⁷⁰. Devant le silence des textes, cette dernière risque d'être largement fonction de la volonté des interprètes et autres commentateurs des dispositions légales.

352. Le constat peut laisser amer car aucune construction doctrinale ne paraît pouvoir expliquer la jurisprudence de la Cour. Il faut donc, pour expliquer de telles distorsions, se

¹¹⁶⁴ HENNEBELLE D., *ibid.*

¹¹⁶⁵ DURAND P. et VITU P., « Traité de droit du travail », Dalloz, 1950, Tome II, n° 482.

¹¹⁶⁶ SAVATIER J., « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.

¹¹⁶⁷ La Cour de cassation lui accord cependant quelques crédits quand elle justifie sa position de soustraire l'indemnité de licenciement au régime du salaire. Par ex. Cass. soc. 23 juin 1988, Dr. soc. 1989, p. 131, « *L'indemnité de licenciement n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue pas un salaire* ».

¹¹⁶⁸ V. *Supra*, Titre II, Chapitre II, Section I, §2, A.

¹¹⁶⁹ L'indemnité de mise à la retraite est-elle instituée pour compenser la perte de revenu du salarié dont le contrat est rompu ou bien pour le récompenser de sa fidélité ?

¹¹⁷⁰ Dans une certaine mesure, les sommes versées au salarié le sont toujours en contrepartie d'un travail, sinon à l'occasion du travail. L'entreprise privée étant rarement une institution philanthropique, se cache toujours derrière chaque somme versée par l'employeur l'idée de rémunérer un travail accompli à son service.

ranger à l'avis de Diane HENNEBELLE qui estime que le mal initial réside dans le statut de l'indemnité de licenciement. Pour elle, l'indemnité légale répond davantage à l'idée de créance salariale et seules les indemnités contractuelles supérieures au montant de l'indemnité légale viendraient compenser le préjudice subi par le salarié. Si nous ne partageons pas la suite de ses développements selon lesquels il faudrait « sortir » l'indemnité contractuelle de licenciement de l'assiette des cotisations sociales, ils ont le mérite de mettre en exergue l'importance du rôle du préjudice dans la qualification des indemnités. Peut-être, pour plus de clarté, faudrait-il que le juge n'accorde la qualité de créance indemnitaire qu'aux sommes venant réparer un véritable préjudice conformément aux dispositions civilistes. Un tel choix viendrait certainement réduire comme peau de chagrin cette catégorie, qui ne comprendrait plus que les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et les indemnités pour violation de la procédure de licenciement¹¹⁷¹. La rigueur de cette solution est, cependant, peut-être plus difficile à admettre d'un point de vue humain. Comme le remarque Diane HENNEBELLE, les indemnités de licenciement étant « versées lorsque le salarié perd son emploi, donc à un moment difficile financièrement, il semble injuste de leur appliquer des prélèvements »¹¹⁷². Il ne semble en effet, pas particulièrement intéressant pour le salarié, d'être débiteur de cotisations sociales qui ne se traduiront pas, de manière générale, par un meilleur niveau de prestations sociales.

353. La coexistence entre créance de salaire et créance indemnitaire en matière de fin de contrat soulève encore des difficultés sur le plan théorique, notamment à cause de l'absence d'un critère départiteur fiable. A décharge, le critère traditionnel suivant lequel une somme est une créance de salaire dès lors qu'elle est versée en contrepartie d'un travail devient relativement délicat à manier lorsque justement le contrat a pris fin et qu'aucun travail ne peut être réalisé. Les frontières sont également brouillées lorsque des sommes sont dues, non en raison d'un travail réalisé, mais afin de compenser une sujétion particulière.

¹¹⁷¹ Dans ces deux cas, la faute de l'employeur est caractérisée soit par la violation d'une règle de forme (convocation à un entretien préalable, respect des règles sur l'assistance...) soit d'une règle de fond (nécessité d'apporter une cause réelle et sérieuse de licenciement, respect de l'obligation de reclassement en matière de licenciement économique...)

¹¹⁷² HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 154.

Section II - L'INDEMNISATION D'UNE SUJETION PARTICULIERE.

354. Dans le cadre de sa prestation de travail, le salarié peut être amené à effectuer des dépenses afin de pouvoir l'exécuter correctement. Il est de jurisprudence constante que ces dépenses liées à l'activité professionnelle, qualifiées de frais professionnels, sont à la charge de l'employeur. De plus, l'employeur, au nom de l'intérêt de l'entreprise, peut être tenté de limiter certaines libertés du salarié afin d'assurer son bon fonctionnement. La jurisprudence, à titre principal, mais aussi le législateur dans une moindre mesure, sont intervenus pour faire supporter par l'employeur le poids de ces charges supplémentaires, donnant naissance à des créances salariales dont le fait générateur ne repose pas sur la mise à disposition de la force de travail. De ce constat, il faut conclure à l'existence de créances contractées en vertu d'une contrainte imposée par l'intérêt de l'entreprise (§1), mais également en cas d'atteinte à une liberté fondamentale (§2).

§ 1 - L'indemnisation d'une contrainte imposée par l'intérêt de l'entreprise.

355. L'exercice d'une activité au profit de l'entreprise peut générer pour le salarié des dépenses qu'il n'aurait pas effectuées en dehors de cette relation de travail. A côté de sa créance de salaire, l'employeur peut donc être amené à lui rembourser ces dettes contractées dans l'intérêt de l'entreprise. L'identification du fait générateur à l'origine de la créance due par l'employeur est ici encore primordiale. Si la créance a pour fait générateur le remboursement de frais professionnels, elle aura alors une nature indemnitaire (A). A l'opposé, les sommes versées afin de compenser une sujétion particulière se verront qualifier de créance de salaire (B).

A. Le remboursement des frais professionnels, fait générateur d'une créance indemnitaire.

356. La distinction entre frais professionnels et salaire est délicate dans la mesure où la frontière entre une « *somme qui compense une dépense supplémentaire occasionnée par*

l'exercice de la fonction et donc évite un appauvrissement, et la somme qui, au contraire, lui procure un véritable enrichissement » est assez floue¹¹⁷³. Or, les dépenses engagées par le salarié pour le compte de l'entreprise doivent lui être remboursés depuis que le juge en a découvert le principe dans un arrêt du 25 février 1998¹¹⁷⁴. Ces frais, qui s'entendent *comme « des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions »*¹¹⁷⁵, ne sont pas assimilables à des salaires¹¹⁷⁶ et donnent lieu à un abondant contentieux puisque ce domaine est favorable à la fraude : employeurs et salariés peuvent être tentés de qualifier certaines sommes versées de frais professionnels afin de les voir échapper aux cotisations sociales¹¹⁷⁷. Toutefois, il ne s'agit pas là de condamner le système dans son ensemble, l'exclusion de ces sommes de la catégorie des salaires est tout à fait opportune puisque *« les remboursements de frais ne procurent aucun gain, aucun avantage, mais servent uniquement à rembourser le salarié des débours que lui a occasionnés l'exercice de son travail »*¹¹⁷⁸. Il découle de cette catégorie particulière de créance deux interrogations qui doivent être envisagées successivement. D'abord, à partir de quand des dépenses effectuées par un salarié donnent-elles lieu à remboursement obligatoire de la part de l'employeur. Autrement dit, existe-t-il un fait générateur nettement identifiable à l'obligation de rembourser des frais professionnels. Puis, dans le cas où l'employeur, volontairement ou de manière contrainte, doit rembourser des dépenses effectuées par ses salariés, quels sont les critères permettant de qualifier ces sommes de frais professionnels¹¹⁷⁹.

¹¹⁷³ VACHET G., « La notion de rémunération au regard de la Sécurité sociale », MéL. DESPAX, PU Toulouse 2001, p. 359.

¹¹⁷⁴ Cass. soc. 25 février 1998, n° 95-44.096, Bull. civ., V, n° 106. « *Il est de principe que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés* ». Cette jurisprudence initiale, qui reposait sur un principe dégagé *ex nihilo*, a depuis trouvé un fondement juridique dans les articles 1135 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail. Voir par ex. Cass. soc. 21 mai 2008, n° 06-44.044, RDT 2008, p. 536.

¹¹⁷⁵ Arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, JO 27 décembre 2012, p. 21758.

¹¹⁷⁶ Bien qu'ils puissent en emprunter certains traits. Ils sont notamment garantis jusqu'à un certain plafond par les AGS.

¹¹⁷⁷ Pratiques qui contribuent à ce qu'un auteur a qualifié « d'évitement du salaire ». CHAUCHARD J.-P., « L'évitement du salaire », Dr. soc. 2009, p. 32.

¹¹⁷⁸ HENNEBELLE D., *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁷⁹ L'employeur peut cependant, de sa propre initiative, prendre en charge les débours avancés par ses salariés. La problématique n'est plus la même puisqu'il ne s'agit pas de se prononcer sur l'acquisition d'une créance du salarié envers son employeur mais sur sa nature juridique. Selon le Professeur G. VACHET, lorsque le juge doit trancher un problème de qualification, il se réfère à l'arrêté de 2002 et s'emploie à rechercher deux critères : l'existence de dépenses supplémentaires et le caractère forfaitaire de l'allocation versées. VACHET G., « La notion de frais professionnels au regard du droit social », JCP S 2011, n° 12, p. 7, 1129.

357. La première de ces interrogations trouve sa limite dans l'existence de nombreux textes qui mettent par avance l'employeur dans l'obligation de rembourser certaines dépenses spécifiques réalisées par leurs salariés¹¹⁸⁰. En l'absence de texte, cependant l'employeur, n'est pas libéré de son obligation. En ce sens, un arrêt du 18 octobre 2006¹¹⁸¹ a condamné un employeur à rembourser les frais de justice engagés par un de ses salariés poursuivi pénalement pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. La justification est intéressante puisque les magistrats ont estimé, au visa des articles 1135 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail que « *l'employeur est tenu de garantir ceux-ci à raison des actes et faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail* ». On peut y voir une référence à la « théorie du risque » défendue par PLANIOL au début du siècle suivant laquelle lorsque le commettant profite de l'activité de son préposé, il est normal qu'il en assume les risques¹¹⁸². Dans un autre domaine, la Cour fait également supporter à l'employeur non plus les risques de l'activité, mais les impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise et plus exactement la prise en charge de l'entretien des tenues de travail imposées par l'employeur¹¹⁸³. En dehors de ces situations d'espèce, il est néanmoins hasardeux de se prononcer sur l'obligation qu'à l'employeur de rembourser des sommes avancées par ses salariés pour l'exercice de leur fonction en l'absence de texte l'y contraignant.

358. La distinction est pourtant cruciale car, lorsque l'employeur s'engage à compenser, non pas une dépense inhérente à la fonction du salarié, mais une sujétion particulière, alors cette créance a une nature salariale.

¹¹⁸⁰ On pense notamment à l'arrêt du 20 décembre 2002, aux conventions collectives ou à certaines circulaires dans les entreprises à statut particulier. C'est le cas de la circulaire PERS 793 instituant une indemnité de repas pour les salariés des entreprises EDF et GDF qui donna lieu à la retentissante décision du 17 décembre 2004 où les entreprises précitées furent condamnées à verser plus de 10 millions d'euros de reliquats de prime de repas (Cass. soc. 17 décembre 2004, n° 04-44.103, Dr. soc. 2005, p. 325).

¹¹⁸¹ Cass. soc. 18 octobre 2006, Dr. soc. 2007, p. 103, obs. SAVATIER J. ; D. 2007, p. 695, note MOULY J.

¹¹⁸² PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », Rev. crit. législ. et jur. 1909, p. 298 cité par BENAC-SCHMIDT F. et LOURROUMET C. « Responsabilité des commettants » Répertoire de droit du travail, juillet 1999, n° 5.

¹¹⁸³ A côté de l'article L. 4122-2 du Code du travail qui interdit de faire peser sur les salariés des charges financières en raison de mesures prises en matière de santé et de sécurité, il s'est posé la question de la charge de l'entretien des vêtements de travail dont le port était imposé pour des raisons de contact avec la clientèle ou de stratégie commerciale. Dans un arrêt, la Cour généralise cette obligation à toutes les tenues imposées par l'employeur, faisant de l'article L. 4122-2 qu'une application particulière d'un principe plus général. Cass. soc. 21 mai 2008, n° 06-44.044, RDT 2008, p. 536, comm. FROUIN J.-Y.

B. L'indemnisation de situations contraignantes, fait générateur de créances salariales.

359. La créance de salaire est de manière générale la contrepartie de l'exécution d'un travail sous la direction d'un employeur. Dans un souci d'équité, cependant, les partenaires sociaux le plus souvent, mais aussi le législateur dans une moindre mesure, sont intervenus pour compenser certaines conditions de travail particulièrement rigoureuses. Les conventions collectives, mais aussi les contrats de travail ou les usages professionnels ont ainsi institué un certain nombre de primes en contrepartie de sujétions particulières imposées au salarié dans l'exécution de son travail¹¹⁸⁴. A titre d'exemples, et sans prétendre à l'exhaustivité, il existe des primes de poste, de nuit, de chaleur, de bruit, d'insalubrité¹¹⁸⁵...

360. A ce foisonnement conventionnel, il faut ajouter les situations traitées par le législateur. Ainsi, les salariés en période d'astreinte¹¹⁸⁶, les salariés contraints de porter une tenue de travail et de la revêtir sur leur lieu de travail¹¹⁸⁷ ou encore les salariés réalisant des temps de trajet anormalement long entre leur lieu habituel de travail et leur domicile¹¹⁸⁸ doivent recevoir une contrepartie financière¹¹⁸⁹ pour ces désagréments.

361. Ces différentes primes suivent cependant le régime juridique du salaire et sont soumises aux cotisations de sécurité sociale¹¹⁹⁰. La distinction devient difficile lorsque l'on sait que ces conditions de travail peuvent également donner lieu à l'attribution d'indemnités représentatives de frais professionnels. C'est notamment le cas pour les primes dites « de panier » qui sont assimilés à des compléments de salaire¹¹⁹¹. Le Professeur Christophe RADE

¹¹⁸⁴ Concernant l'encadrement contractuel de ces clauses, voir l'article de TOURNAUX S., « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », Dr. Ouv. 2010, p. 293.

¹¹⁸⁵ Pour des exemples plus historiques, voir ROBERT-DUVILLIERS, « Les accessoires du salaire », JCP 1948, I, 676.

¹¹⁸⁶ L. 3121-7 du Code du travail.

¹¹⁸⁷ L. 3121-3 du Code du travail.

¹¹⁸⁸ L. 3121-4 du Code du travail.

¹¹⁸⁹ Dans certains cas, cette contrepartie financière peut néanmoins être remplacée par une contrepartie en repos.

¹¹⁹⁰ De nombreuses décisions ont retenu la notion de complément de salaire pour ces primes. Prime d'insalubrité : Cass. crim. 4 mai 1979, Bull. crim., n° 162 ; Prime de salissure : Cass. soc. 26 mai 1999, Dr. soc. 1999, p. 77 ; prime de douche : Cass. soc. 2 juin 1992, Bull. civ. V, n° 365 ; prime d'habillement : Cass. soc. 13 octobre 2004, Dr. soc. 2004, p. 1141.

¹¹⁹¹ Cass. soc. 21 novembre 2012, n° 10-21.397 et n° 10-21.420, JCP S 2013, n° 5, p. 26, 1056, obs. VACHET G.

explique à ce propos que « *dès lors que le versement de certaines primes est, en tout ou partie, déconnecté de la réalité de la situation justifiant leur versement, alors il s'agira non pas de la compensation d'une sujétion réelle liée au travail mais de la compensation liée à l'emploi, ce qui lui confère un caractère salarial* »¹¹⁹². Or, la Cour de cassation estime que la prime de panier compense une sujétion particulière de l'emploi dès lors qu'elle est fixée de manière forfaitaire. Le Professeur Gérard VACHET fustige cette décision car selon lui « *le caractère forfaitaire de l'allocation ne découle pas de l'absence de dépenses supplémentaires, mais de l'existence des limites d'exonération et de la situation des salariés* »¹¹⁹³. On ne peut que le rejoindre dans sa critique et reprocher aux juges l'analyse trop rigoureuse qu'ils font de la nécessité d'établir l'existence de dépenses réelles et de ne se focaliser que sur leur caractère forfaitaire¹¹⁹⁴. En effet, malgré leur caractère forfaitaire, le montant des primes de panier n'est pas incompatible avec l'existence de dépenses supplémentaires de nourriture.

362. Les sujétions particulières de travail n'entraînent pas pour le salarié un appauvrissement de son patrimoine. La contrepartie de ces créances salariales versées ne résulte donc pas de l'exécution d'un travail, mais des conditions particulières dans lesquelles est exécuté ce travail. A l'inverse, la somme versée pour compenser une dépense supplémentaire liée à sa situation professionnelle et non pour dédommager le salarié d'une contrainte particulière sera de nature indemnitaire. L'identification d'un autre fait générateur de créance salariée risque cependant de brouiller encore un peu plus cette frontière, il s'agit de la montée en puissance de l'indemnisation d'une atteinte à une liberté fondamentale.

¹¹⁹² Obs. RADE C., sous Cass. soc. 3 mars 2010, n° 08-44.859, Dr. soc. 2010, p. 605.

¹¹⁹³ VACHET G., *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁹⁴ Alors même que l'arrêté du 20 décembre 2002 prévoit dans son article 3 pose une présomption d'utilisation conforme des sommes versées aux salariés contrainte de prendre une restauration sur son lieu de travail effectif en raison des conditions particulières d'organisation ou d'horaires de travail dès lors qu'elles n'excèdent pas un certain montant fixé par ledit arrêté.

§2 - L'atteinte à une liberté fondamentale, fait générateur de créances salariales.

363. La renonciation d'un salarié à une partie des droits issus d'une liberté fondamentale peut faire l'objet d'une compensation financière. Le premier avatar de cette affirmation est illustré par l'obligation qu'a l'employeur de lui verser une contrepartie financière en cas d'atteinte à sa liberté du travail en application d'une clause de non-concurrence. En présence d'une telle clause, le juge décide que l'atteinte à cette liberté donne naissance à une créance salariale (A). Se pose la question de l'extension de cette jurisprudence aux autres libertés fondamentales du salarié (B).

A. L'obligation de non-concurrence, source d'une créance salariale.

364. L'obligation pour l'employeur de verser une compensation financière en contrepartie de l'engagement de non-concurrence de son salarié à la fin de son contrat de travail a été dégagée par trois arrêts du 10 juillet 2002¹¹⁹⁵. Pour autant, les conventions collectives ou les contrats de travail ont pu, bien avant ces décisions, mettre à la charge de l'employeur une telle obligation¹¹⁹⁶. Les juges ont donc eu à se prononcer sur sa nature juridique avant même que son caractère obligatoire ne soit reconnu. Le choix opéré par les magistrats, de l'ordre judiciaire¹¹⁹⁷ comme de l'ordre administratif¹¹⁹⁸, laisse perplexe. En effet, alors même que le travailleur n'est plus sous la subordination de son ancien employeur et qu'il ne fournit aucune prestation de travail¹¹⁹⁹, les sommes versées sont assimilées juridiquement à un salaire¹²⁰⁰. Elles doivent donc être soumises aux cotisations de sécurité sociale¹²⁰¹, être

¹¹⁹⁵ Cass. soc. 10 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 949, chron. VATINET R. ; D. 2002, n° 2491, note SERRA Y. ; RDC 2003, p. 17, note ROCHFELD J. ; SSL 2003, n° 1118 note MAZEAUD A. ; JCP E 2003, p. 508, note MORVAN P. ; RTD Civ. 2003, p. 58, obs. HAUSER J.

¹¹⁹⁶ La question ici traitée concerne moins la justification de l'exigence d'une contrepartie financière que le régime juridique de cette contrepartie. Pour un état des lieux des réflexions doctrinales sur la question de la justification, voir, entre autre, AUZERO G., « Quelle contrepartie à l'obligation de non-concurrence ? », RDT 2011, p. 306 ; BAUGARD D., « L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non-concurrence », IRJS, Mélanges GAUDU F., 2014, p. 331 ; PELISSIER J., « Clause de non-concurrence et contrepartie financière », RDT 2007, p. 95.

¹¹⁹⁷ Cass. soc. 7 mai 1998, JCP E 1998, p. 1700.

¹¹⁹⁸ CE 29 octobre 1980, RJF 1/1981, n° 33.

¹¹⁹⁹ Puisque l'obligation imposée par la clause consiste à ne pas fournir de travail.

¹²⁰⁰ Plus exactement, en matière fiscale, à un revenu du travail afin de les faire entrer dans l'assiette de l'impôt sur le revenu telle que définie par l'article 79 du Code général des impôts.

calculées en tenant compte du salaire brut perçu par le salarié¹²⁰² et ouvrent droit à l'indemnité de congés payés¹²⁰³. Pour tenter de comprendre ce choix, il convient de s'interroger sur le fondement, sur la raison d'être de cette contrepartie financière. Si l'on reprend la motivation déployée par la Chambre sociale avant les arrêts de 2002, la nature salariale de la contrepartie financière semble s'expliquer par le recours à la théorie du salaire différé, à l'instar par exemple de l'indemnité de congés payés. Ainsi, « *bien que versée après la cessation du contrat, [cette] indemnité compensatrice l'a été en raison et à l'occasion d'un travail antérieur et en contrepartie des obligations continuant à incomber au salarié* »¹²⁰⁴. Comme l'explique fort bien le Professeur Jean MOULY, la Cour de cassation, « *consciente du paradoxe qu'il peut y avoir à qualifier de salaire une somme versée pour une prestation de non-travail, s'efforce de rattacher de manière indivisible l'obligation de non-concurrence au contrat de travail antérieur* »¹²⁰⁵. La clause de non-concurrence ne serait donc pas un contrat à part entière mais un contrat accessoire, une continuation du contrat de travail qui viendrait prolonger le lien de subordination au-delà de sa rupture. Cette analyse est partagée par le Professeur Gérard LYON-CAEN qui estime que « *dans l'intention des parties, l'indemnité compensatrice est de même nature que le salaire lui-même, (...) elle serait à rapprocher d'une indemnité de délai-congé (prolongée en quelque manière)* »¹²⁰⁶. Le Professeur Paul FIESCHI-VIVET semble quant à lui plus circonspect face au raisonnement tenu par la Cour puisque « *même si on hésite à assimiler cette contrepartie à des dommages-intérêts, on ne saurait nier son originalité qui l'éloigne du caractère de rémunération accordée « à l'occasion du travail » au sens du Code de la sécurité sociale* »¹²⁰⁷. Pourtant, avec les arrêts de 2002, un phénomène d'autonomisation de la clause de non-concurrence se fait jour. Il y a désormais deux contrats, certes liés, mais bien distincts et dont les conditions de validité doivent être identifiées séparément. En imposant de manière systématique une compensation financière, qui de plus ne peut être versée par avance, pendant l'exécution du contrat de travail¹²⁰⁸, le juge consacre, implicitement, que la raison

¹²⁰¹ Cass. soc. 19 mars 1975, JCP 1975, II, 18067, note SAINT-JOURS Y.

¹²⁰² Cass. soc. 12 octobre 1993, D. 1994, somm. 221, obs. SERRA Y.

¹²⁰³ Cass. soc. 21 juin 2010, n° 08-70.233, Dr. soc. 2010, p. 1254.

¹²⁰⁴ Cass. soc. 19 mars 1975, *op. cit.*

¹²⁰⁵ Cass. soc. 10 octobre 2007, Dr. soc. 2008, p. 250, obs. MOULY J.

¹²⁰⁶ LYON-CAEN G., « Les clauses restrictives de la liberté du travail », Dr. soc. 1963, p. 88.

¹²⁰⁷ FIESCHI-VIVET P., « Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice », D. 1976, n° 15, p. 150.

¹²⁰⁸ Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511, RDT 2007, p. 308 note AUZERO G. ; D. 2007, AJ 1708, obs. FABRE A. ; Cass. soc. 17 novembre 2010, n° 09-42.289, RDT 2011, p. 110, note BENTO DE CARVALHO L.

d'être de cette contrepartie ne peut résider dans l'exécution d'un travail passé. Dès lors, tout recours à la théorie du salaire différé devient impossible pour en exciper la nature salariale. En ce sens, le Professeur Jean MOULY constate que « *dès lors, il est bien difficile de qualifier de salaire une somme qui est la contrepartie, non d'un véritable travail, mais d'une activité, même imposée. En tout cas, cette somme ne peut plus être assimilée à un salaire d'inactivité pour le travail fourni auparavant* »¹²⁰⁹. La Cour de cassation a pris conscience de la nécessité de faire évoluer le fondement théorique sur lequel repose la contrepartie financière et elle invoque désormais l'atteinte portée par la clause à la liberté professionnelle du salarié¹²¹⁰. Au-delà du débat sur la possibilité pour un salarié de monnayer une liberté fondamentale¹²¹¹, le fait de concevoir la compensation financière comme la contrepartie à une atteinte à une liberté fondamentale ne nous semble pas pertinent pour expliquer sa nature salariale. En effet, si cette somme doit être versée en cas d'atteinte à une liberté fondamentale, c'est qu'elle est destinée à réparer le préjudice subi par le salarié du fait de l'impossibilité partielle de mettre sa force de travail à la disposition d'un autre employeur¹²¹². La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs elle-même la finalité indemnitaire de la contrepartie financière lorsqu'elle la qualifie « *d'indemnité compensatrice de salaire* »¹²¹³. Il est à ce propos important de rappeler qu'une indemnité de réparation, comme le rappelle le juge dans d'autres hypothèses, conserve sa nature initiale et n'emprunte pas celle de la somme à laquelle elle se substitue¹²¹⁴.

365. Le seul argument juridique¹²¹⁵ au secours de la jurisprudence de la Chambre sociale nous paraît résider dans les développements du Professeur Thierry REVET¹²¹⁶. Selon lui,

¹²⁰⁹ MOULY J., Dr. soc. 2010, p. 1254, obs. sous Cass. soc. 23 juin 2010.

¹²¹⁰ Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45-511, RDT 2007, p. 308, note AUZERO G. « *Attendu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après la rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi* ».

¹²¹¹ Au demeurant, fonder l'exigence d'un versement supplémentaire d'une somme d'argent en cas d'atteinte à une liberté fondamentale ne paraît pas justifier dès lors que cette atteinte trouve également son fondement dans un motif légitime et proportionné au but poursuivi.

¹²¹² MOULY J., *op. cit.*, « *Elle est devenue, nolens volens, une indemnité de réparation du préjudice souffert par le salarié du fait de l'atteinte portée à son droit de gagner sa vie par un travail librement choisi* ».

¹²¹³ Cass. soc. 10 octobre 2007, Dr. soc. 2008, p. 250 ; Cass. soc. 23 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1254.

¹²¹⁴ Voir l'exemple cité plus haut des salariés protégés irrégulièrement licenciés. Cass. soc. 10 décembre 1997, n° 94-45.337, D. 1998, n° 36.

¹²¹⁵ En opportunité, la position de la Cour est bien plus compréhensible. Le régime de la créance salariale étant bien plus protecteur que celui d'une créance ordinaire, le salarié dont le contrat de travail vient d'être rompu se trouve davantage protégé, d'autant plus qu'il se retrouve dans une situation difficile du fait de l'existence d'une clause qui entrave son retour sur le marché du travail.

même s'il n'y a pas mise à disposition active de la force de travail, il y a malgré tout mise à disposition effective, à l'instar des périodes d'astreinte. Autrement dit, s'engager à ne pas travailler pour quelqu'un d'autre, c'est encore d'une certaine manière travailler pour son ancien employeur. Si l'on adopte ce point de vue, et que l'on garde en mémoire que, pour la Cour de cassation, le fait générateur de la créance de salaire est la mise à disposition de la force de travail, on peut se convaincre de la nature salariale de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence. Le fait générateur de la contrepartie financière serait donc voisin de celui de la créance salariale, à savoir la mise à disposition de la force de travail mais amoindrie, amputée de son aspect actif¹²¹⁷. Ainsi, l'on pourrait admettre la nature salariale de la contrepartie, à condition toutefois que les magistrats fassent une application sélective des règles concernant la protection de la rémunération¹²¹⁸. En effet, malgré ce raisonnement, le fait que cette contrepartie ouvre droit à l'indemnité de congés payés nous paraît toujours aussi incompréhensible. Institués pour des motifs impérieux de santé physique, les congés payés ont pour principale finalité d'assurer la reconstitution et la pérennité de la force de travail du salarié suite à sa mise en œuvre. Or justement, la clause de non-concurrence empêche par nature la mise en œuvre de cette force de travail ! Si l'on pousse le raisonnement de la Cour de cassation jusqu'à l'absurde, on serait en droit d'attendre qu'elle soumette la contrepartie financière au respect du SMIC hebdomadaire, le salarié étant contraint de ne pas mettre sa force de travail à disposition d'un employeur trente-cinq heures par semaine...

366. L'atteinte à une liberté fondamentale, en l'occurrence la liberté de travail et d'entreprendre, donne donc naissance à une créance au profit du salarié, créance salariale qui plus est dans le cadre d'une clause de non-concurrence. Cette solution, apparue avec les arrêts du 10 juillet 2002 et cantonnée à l'obligation de non-concurrence, a, nous semble-t-il, connu un mouvement d'expansion qui pose la question de sa généralisation aux autres libertés fondamentales.

¹²¹⁶ REVET T., « La force de travail, étude juridique », op. cit. spé. p. 334 et s. et p. 356 et s.

¹²¹⁷ Aspect actif qui consiste à mettre en mouvement la force de travail, à fournir la prestation de travail promise.

¹²¹⁸ Intégration de la contrepartie dans l'assiette des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu, régime protecteur de la créance salariale, garantie de l'AGS...

B. L'extension du droit à indemnisation en cas d'atteinte à une liberté fondamentale.

367. La jurisprudence initiée par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui consiste à reconnaître au salarié une créance de salaire dès lors qu'il y a atteinte à sa liberté de travail dans le cadre d'une clause de non-concurrence semble avoir débordé de son cadre initial pour s'étendre à d'autres situations où une liberté fondamentale a pu faire l'objet d'un aménagement contractuel.

368. En premier lieu, il faut évoquer l'assimilation des clauses de non-sollicitation de clientèle aux clauses de non-concurrence. Au visa du « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* »¹²¹⁹ le juge assimile ces clauses, qui « *interdisent au salarié, après la rupture de son contrat, de solliciter un emploi auprès des clients de l'employeur* » à des clauses de non-concurrence¹²²⁰. Il n'y a là rien de surprenant, ces clauses n'étant en pratique qu'une variante parmi d'autres de clauses de non-concurrence à effets limités. Plus intéressant cependant est la solution retenue par la Cour de cassation au sujet des clauses de non-sollicitation de personnel. Ce type de clause est « *généralement conclue entre un prestataire de services et son client, et interdit simplement et expressément à ce dernier d'embaucher le personnel détaché par le prestataire auprès de lui* »¹²²¹. Comme la clause de non-concurrence, la clause de non sollicitation empêche donc l'embauche future des salariés¹²²². Cependant, dans cette configuration, le salarié demeure un tiers à la clause, puisqu'elle est conclue entre deux entreprises qui s'engagent à ne pas recruter le personnel de l'une d'entre elles. Si la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider que la clause de non-sollicitation de clientèle n'était pas « *une clause de non-concurrence, dont elle*

¹²¹⁹ Cass. soc. 13 juin 2007, n° 06.41-753, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 248, obs. MALAURIE-VIGNAL. M. ; Cass. soc. 27 octobre 2009, JCP E 2010, 24, note CORRIGNAN-CARSIN D. ; Lexbase hebdo 12 novembre 2009, éd. Soc. n° 371, note AUZERO G.

¹²²⁰ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40.597, Dr. soc. 2011, p. 860, obs. MOULY J. V. également CASTRONOVO M., « Clause de clientèle et clause de non-concurrence », RDT 2010, p. 507 : « *Le salarié soumis au respect d'une clause de clientèle ne peut se rendre au domicile des clients de son ancien employeur, sur leur lieu de travail ou dans tout autre lieu non destiné à la commercialisation de produits ou services dans le but d'engager des relations commerciales avec ces derniers en dehors d'une quelconque sollicitation de leur part* ».

¹²²¹ DEPINCE M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.

¹²²² BENILSI S., « La clause de non-sollicitation », JCP S 2007, n° 51-52, 1976, p. 15.

ne constitue ni une variante ni une précision »¹²²³ et ne donnait pas lieu à contrepartie financière pour le salarié, la Chambre sociale quant à elle considère « *qu'en exécution d'une clause de non-sollicitation* »¹²²⁴, l'employeur devait indemniser son salarié qui n'avait pu, du fait de l'existence de la clause, être engagé pendant plus d'une année. La Chambre sociale ne consacre pas l'exigence d'une contrepartie financière à l'instar de ce qu'elle a fait pour les clauses de non-concurrence, et se contente d'accorder au salarié des dommages-intérêts. Le fondement de ce droit à indemnité interroge. En vertu de l'effet relatif des contrats consacré par l'article 1165 du Code civil, « *le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'il ne peut en produire à l'égard des tiers* »¹²²⁵ et la jurisprudence a admis que, par exception, un tiers peut se prévaloir de la mauvaise exécution d'un contrat pour demander réparation de son préjudice causé par ladite mauvaise exécution¹²²⁶. Or, en cas d'application d'une clause de non-sollicitation, ce n'est pas l'exécution fautive qui est à l'origine du préjudice, mais bien son exécution pure et simple. A l'instar du Professeur Jean MOULY, il faut admettre que la Cour de cassation ne mobilise pas tant l'article 1382 du Code civil et « *ne raisonne plus en termes de responsabilité civile, mais d'atteinte aux droits fondamentaux, en l'occurrence la liberté de travailler du salarié* »¹²²⁷.

369. Un constat s'impose, le fait générateur du droit à indemnité pour le salarié est le même que l'on soit en présence d'une clause de non-concurrence ou d'une clause de non-sollicitation de personnel, à savoir l'atteinte à la liberté professionnelle. Or, la Chambre sociale fait application de deux régimes juridiques différents pour un même fait générateur, ce qui nous semble contestable. Dès lors, il nous paraît opportun que la jurisprudence soumette la validité des clauses de non-sollicitation de personnel aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence et impose aux entreprises contractantes de

¹²²³ Cass. com. 11 juillet 2006, Dr. soc. 2006, p. 1188 ; JCP G 2006, I, 176, obs. GROSSER P. ; JCP S 2006, 1642, note VATINET R.

¹²²⁴ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40.597, Dr. soc. 2011, p. 860.

¹²²⁵ FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É., « Droit civil – Les obligations, 1. L'acte juridique », SIREY 2012, 15^{ème} éd., p. 421.

¹²²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, RTD Civ. 2001, p. 146, obs. JOURDAIN P. « *Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve* ».

¹²²⁷ Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40.597, Dr. soc. 2011, p. 861, obs. MOULY J.

s'accorder, par le biais d'une stipulation pour autrui par exemple¹²²⁸, sur le montant d'une contrepartie financière à verser aux salariés concernés par l'application d'une telle clause, quitte à admettre un montant moindre du fait de la plus faible intensité de l'atteinte à la liberté de travail du salarié¹²²⁹. Les mêmes causes devant produire les mêmes effets, cette contrepartie devra être soumise au régime juridique du salaire.

370. Si la généralisation des contreparties accordées en compensation d'une atteinte à une liberté fondamentale n'est pas à l'ordre du jour, des décisions récentes témoignent que le juge a néanmoins pris conscience du caractère très envahissant du pouvoir de l'employeur sur les droits fondamentaux de ses salariés¹²³⁰. Ainsi, en matière d'utilisation du domicile du salarié à des fins professionnelles, que l'on peut rattacher au respect de la vie personnelle du salarié¹²³¹, un auteur a pu se demander si la jurisprudence ne tendait vers la consécration d'un principe général d'indemnisation¹²³². Un arrêt en date du 7 avril 2010 a, en ce sens, admis que *« l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci (...), ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière »*¹²³³. Cette décision a été précisée par une autre du 12 décembre 2012 qui énonce sous la forme d'un principe à portée générale que *« le salarié peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition »*¹²³⁴. L'abandon par cet arrêt de deux conditions posées en 2010, à savoir l'initiative de l'employeur et l'exigence du consentement du salarié, milite pour le caractère obligatoire, presque d'ordre public de la compensation pécuniaire due au salarié, à l'instar

¹²²⁸ FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É., *op. cit.* p. 464 : *« La stipulation pour autrui est une opération juridique intéressant trois personnes. Deux d'entre elles – le stipulant et le promettant – concluent un contrat qui fait naître un droit au profit de la troisième : le tiers bénéficiaire »*.

¹²²⁹ En ce sens, CASTRONOVO M., *op. cit.*, p. 508.

¹²³⁰ TOURNAUX S., « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », *Dr. Ouv.* 2010, p. 293 qui s'étonne que *« certaines sujétions impliquent une indemnisation et que d'autres en soient exemptes »* alors que par exemple, *« imposer une mobilité à un salarié à l'autre bout de la France constitue certainement une sujétion plus contraignante que le travail de nuit pour certains salariés noctambules qui ne supporteraient plus de travailler le jour »*.

¹²³¹ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : *« toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »*.

¹²³² TOURNAUX S., « Utilisation du domicile à des fins professionnelles : vers une généralisation de l'indemnisation », *Lexbase hebdo* 10 janvier 2013, éd. Soc., n° 511 ; *« Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles »*, *Dr. soc.* 2013 p. 353.

¹²³³ Cass. soc. 7 avril 2010, n° 08-44.865, RDT 2010, p. 517, note BOSSU B.

¹²³⁴ Cass. soc. 12 décembre 2012, n° 11-20.502.

de celle exigée en cas de clause de non-concurrence. L'importance est de taille car cela signifierait que la seule constatation d'une atteinte à une liberté fondamentale serait suffisante pour consacrer l'existence d'une créance salariée¹²³⁵. Les conséquences d'une généralisation de ce principe seraient considérables sur l'état du droit positif puisque l'on ne voit pas ce qui retiendrait le juge de conditionner les clauses de mobilité à l'exigence d'une contrepartie financière ou encore d'indemniser toute limitation de la liberté d'expression¹²³⁶.

371. L'atteinte à une liberté fondamentale pourrait bien marquer un certain renouveau dans les faits générateurs de créances salariales. Si l'atteinte à la liberté de travail nous paraît devoir engendrer une créance salariale, y compris dans le cadre d'une clause de non-sollicitation de clientèle, l'atteinte à une autre liberté fondamentale semble bien mieux s'accommoder d'une réparation indemnitaire. En effet, la force de travail du salarié n'est nullement entamée et il conserve la possibilité de la mettre à disposition d'un autre employeur.

¹²³⁵ Cette jurisprudence a cependant pour conséquence de rajouter une condition nullement prévue par l'article L. 1121-1 du Code du travail qui ouvre la possibilité d'apporter des restrictions aux droits et libertés des salariés dès lors que l'employeur apporte la preuve d'une atteinte justifiée par la nature de la tâche à accomplir proportionnée au but recherché.

¹²³⁶ Cass. soc. 14 janvier 2014, n° 12-27.284, RJS 3/14, p. 160. La Cour a admis que la liberté d'expression d'un célèbre présentateur de télévision pouvait être limitée par la conclusion d'une transaction contre le versement d'une (substantielle) indemnité.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

372. La distinction entre créance de rémunération du travail et créance indemnitaire paraît, de prime abord, aller de soi. Pour autant, les périmètres entre ces deux catégories de créances sont extrêmement poreux. La volonté de ce chapitre a été de mettre en lumière les ambiguïtés suscitées par le juge et de proposer une meilleure répartition entre les créances qui doivent relever d'une logique de rémunération ou de réparation.

373. Dans un premier temps, nous avons relevé les incohérences du juge en cas d'inexécution fautive du contrat de travail par l'employeur. Selon les cas, l'absence fautive de fourniture de travail au salarié se traduira, soit par le paiement d'une créance de rémunération, soit par le versement d'une indemnité dont le montant est égal à la rémunération qu'aurait dû percevoir le salarié. Nous proposons que cette distinction artificielle soit supprimée au profit de la nécessité de démontrer que le salarié s'est tenu à la disposition de l'employeur durant la période où ce dernier n'a pas exécuté son obligation de fournir du travail. En cas de constat positif, le salarié pourra exiger le versement d'une rémunération, peu important l'origine du manquement de l'employeur. A défaut, seule une créance de nature indemnitaire pourra lui être versée. Nous préconisons également que le juge tire toutes les conséquences de la nature compensatoire de cette créance en y soustrayant, lors de la détermination de son montant, tous les revenus de remplacement qu'aurait pu percevoir le salarié.

374. Dans un second temps, nous avons étudié en quoi une sujétion particulière pouvait être source de créance pour le salarié. Là encore, l'hétérogénéité des solutions retenues constitue la norme. Si le remboursement des frais professionnels est générateur d'une créance indemnitaire, l'indemnisation d'une situation contraignante est au contraire source d'une créance de rémunération. De même, l'atteinte à une liberté fondamentale donne tantôt lieu à une créance de rémunération, tantôt droit à une créance indemnitaire. Il nous semblerait pleinement satisfaisant que le juge tire comme conclusion que l'atteinte à un droit fondamental ne puisse être une source de rémunération, mais uniquement la contrepartie d'une indemnisation.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

375. La créance de rémunération de nature salariale est spécifique en ce qu'elle est la contrepartie d'une mise à disposition temporelle de la force de travail du salarié. La consécration de la créance de rémunération comme contrepartie du temps de travail et non plus de la prestation de travail constitue un indéniable progrès dans la protection du salarié. La disponibilité temporelle n'est cependant pas la seule source de créance pour le salarié. Le développement de nouvelles formes de rétribution a facilité l'association du salarié aux résultats de son travail. A côté de ces sources diverses de rémunération, l'activité du salarié peut lui causer des préjudices qui doivent être indemnisés, donnant naissance à des créances indemnitaires. L'indécision des textes et de la jurisprudence rendent malaisés la distinction entre la rémunération du travail et ces autres créances.

376. Dès lors que seule la disponibilité du salarié est rémunérée, ce dernier ne peut se prévaloir d'aucun droit, d'aucune créance, sur les produits de son travail. Ces derniers sont accaparés originairement et automatiquement par l'employeur par l'effet du contrat de travail¹²³⁷. L'association des salariés à la direction et aux résultats de l'entreprise s'est accompagnée d'une multiplication des sources de rémunération. De même, le produit du travail du salarié peut faire l'objet d'une protection particulière. Dans ces hypothèses, le transfert des produits du travail du salarié doit donner lieu au versement d'une rétribution, source de rémunération supplémentaire pour le salarié. L'identification de la disponibilité temporelle du salarié comme fait générateur de la créance de rémunération du travail permet de distinguer entre ces différentes créances de rémunération. Il est cependant notable que le statut de la créance de salaire exerce un véritable pouvoir d'attraction sur les autres créances de rémunération en raison de son régime éminemment protecteur du salarié.

377. Le juge sollicite paradoxalement beaucoup moins le critère de la disponibilité temporelle lorsqu'il s'agit de distinguer entre rémunération travail et indemnisation du

¹²³⁷ REVET T., « La force de travail », LITEC, 1992, p. 257, « *Le contrat de travail a pour effet et intérêt essentiels d'attribuer la propriété originaire et automatique du travail à l'employeur* ».

salarié. Le manquement de l'employeur à son obligation de fournir du travail ne donne pas automatiquement lieu à une créance de rémunération, quand bien même le salarié aurait exécuté son obligation en se tenant à sa disposition. *A contrario*, des indemnités versées suite à la rupture du contrat de travail peuvent être qualifiées de rémunération en l'absence de toute disponibilité temporelle du salarié. Une relecture des solutions retenues par le juge qui prendrait davantage en compte cette disponibilité comme fait générateur d'une créance de rémunération nous paraît nécessaire afin d'éviter ces hiatus en matière de qualification.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

378. La notion de rémunération s'est progressivement émancipée du travail comme critère de définition. L'élargissement de la qualification de rémunération à l'ensemble des sommes versées au salarié en raison de son emploi est, à l'exception des règles relatives au salaire minimum, protectrice des intérêts du salarié et des institutions mises en place pour les protéger. La rançon de ce surcroît de protection est qu'une définition unique et générale de la rémunération est impossible à formuler. Ces périmètres se doivent d'être suffisamment flexibles afin de pouvoir prendre en compte la multitude des formes de rétribution du salarié.

379. La source principale de la rémunération du travail réside dans la mise à disposition de la force du travail du salarié. Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, les obligations de chacune des parties sont interdépendantes. Le droit à rémunération trouve ainsi sa cause dans l'obligation du salarié. L'évolution jurisprudentielle de ses contours révèle que la rémunération n'est plus la contrepartie d'une prestation de travail, mais de la mise à disposition de sa force de travail par le salarié. La rémunération dépend donc bien plus de la quantité de travail fourni que de la qualité du travail rendu. Cette évolution doit être saluée dans la mesure où elle assure une bien meilleure protection de la créance de rémunération du salarié. Elle bannit tout risque de subjectivisme en ôtant à l'employeur la faculté d'invoquer la mauvaise qualité du travail fourni pour amoindrir ou supprimer la rémunération de ses salariés. Elle justifie le maintien du droit à rémunération en cas de manquement de l'employeur à son obligation de fournir du travail. Elle ouvre droit à rémunération en cas de recours illégal par l'employeur aux contrats à durée indéterminée et aux contrats à temps partiel. Elle répond, enfin, au caractère alimentaire de la créance de salaire en lui conférant stabilité et prévisibilité.

380. Contrepartie de la mise à disposition de la force de travail du salarié, la détermination du montant de la rémunération devrait également être liée à ce facteur temporel. Il s'avère que l'évolution des modes de rémunération et de l'organisation du temps de travail contredit ce postulat de départ. La remise en cause des liens entre montant de la

rémunération et temps de travail est avérée au profit d'autres impératifs. D'une part, les règles relatives au temps de travail sont instrumentalisées afin de favoriser l'amélioration de la productivité horaire des salariés, d'autre part, le développement des modes de rémunération fondés sur les résultats du travail permettent également une amélioration de la productivité générale des salariés. Ces nouveaux liens ne sont pas sans risque et peuvent, à terme, remettre en cause « l'économie générale du contrat de travail ».

Seconde partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LE MONTANT DE LA RÉMUNÉRATION.

381. La polysémie du terme travail reflète la dualité des critères de détermination du montant de la rémunération. Le travail désigne à la fois « *l'effort lié à l'activité* » et « *le résultat de cet effort* »¹²³⁸. En somme, le travail est tout autant « *action* » que « *résultat de cette action* »¹²³⁹. Comme nous l'avons retracé précédemment, les contours de l'obligation du salarié sont tributaires de cette double acception. A la rémunération contrepartie d'une prestation de travail, s'est substituée progressivement la rémunération contrepartie de la mise à disposition de la force de travail. Sous l'action de la jurisprudence, le droit à rémunération a donc évolué d'une logique productiviste à une logique davantage temporelle¹²⁴⁰. En toute cohérence, la mesure du montant de la rémunération devrait être dictée par le temps, l'employeur étant tenu de « *rémunérer cette disponibilité temporelle* »¹²⁴¹. A en croire le Professeur Pascal LOKIEC, le droit du travail se serait ainsi construit depuis un siècle autour de la référence au temps, à la fois comme « *facteur essentiel de protection du salarié* », mais également comme « *principal critère de la rémunération* »¹²⁴². Néanmoins, force est de constater que la liaison entre temps et rémunération est aujourd'hui mise en cause. Accusé de bien des maux, elle serait en premier lieu nuisible à la productivité des salariés¹²⁴³. Plusieurs modèles alternatifs ont été proposés¹²⁴⁴. Les différentes réformes législatives tendent à mesurer la rémunération non

¹²³⁸ CAM P., « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique », LGDJ, 1988, p. 425.

¹²³⁹ PLANIOL M., « Classification synthétique des contrats », Rev. Critique de législation et de jurisprudence, 1904, p. 470. L'auteur avait proposé de s'appuyer sur cette distinction pour différencier le contrat de travail du contrat d'entreprise. Ainsi, est salarié le travailleur rémunéré au temps tandis qu'est entrepreneur celui rémunéré au résultat.

¹²⁴⁰ JOHANSSON A., « La détermination du temps de travail effectif », LGDJ, Thèse, 2006.

¹²⁴¹ LYON-CAEN A., « Les clauses de transfert des risques », in Les frontières du salariat, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 153.

¹²⁴² LOKIEC P., « La déconnection du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 207.

¹²⁴³ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique », SSL Supplément, 18 mars 2013, n° 1576, p. 42.

¹²⁴⁴ LOKIEC P., *op. cit.* Le Professeur Pascal LOKIEC identifie, en sus du modèle de rémunération au temps, deux autres modèles principaux. Un modèle de la performance, qui rend la rémunération tributaire des résultats ou du rendement du salarié et un modèle de la participation, qui associe rémunération et résultat de l'entreprise.

plus « à l'aune du temps passé, mais du résultat produit, et ainsi de déconnecter temps et rémunération »¹²⁴⁵.

382. Un auteur a, en ce sens, identifié un mouvement de « *recomposition de l'économie du contrat de travail* »¹²⁴⁶. La liaison entre temps de travail et rémunération soustrait la rémunération du salarié aux aléas économiques de l'activité de l'entreprise. Aujourd'hui, cette soustraction est remise en cause par le transfert d'une partie des risques économiques de l'activité sur la rémunération du salarié. Ce transfert a été rendu possible par la multiplication et la diversification des modes de rémunération dont le montant est déterminé par les résultats de l'entreprise ou par les performances du salarié. La qualité de salarié n'emporte plus nécessairement protection contre les conséquences économiques de l'activité de l'entreprise. Le montant de la rémunération du salarié demeure principalement déterminé par son temps de travail (Titre I). Ce modèle est cependant concurrencé par la montée en puissance de la rémunération aux résultats (Titre II).

¹²⁴⁵ LOKIEC P., « Les transformations du droit du temps de travail », Dr. ouv. 2009, p. 423.

¹²⁴⁶ PASQUIER T., « L'économie du contrat de travail – Conception et destin d'un type contractuel », Thèse, LGDJ, 2010.

Titre premier : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE TEMPS DE TRAVAIL

« La machine-clé de l'âge industriel moderne, ce n'est pas la machine à vapeur, c'est l'horloge. Dans chaque phase de son développement, l'horloge est le fait saillant et le symbole de la machine. Aujourd'hui, aucune autre machine n'est aussi omniprésente »¹²⁴⁷.

383. Les liens entre temps de travail et rémunération seraient de ceux qui ne se discutent pas, tant ils seraient évidents¹²⁴⁸. « *La règle de proportionnalité du salaire au temps de travail effectif* » apparaît donc comme le principal mode de détermination du montant de la rémunération¹²⁴⁹. « *L'essor moderne de la durée du travail* », est révélateur de cette règle, qui tend à faire de l'augmentation du temps de travail une politique d'augmentation de la rémunération des salariés¹²⁵⁰. Cette tendance prend à contre-pied le mouvement historique de réduction du temps de travail qui a guidé l'action publique jusque dans les années 2000¹²⁵¹.

384. Il faut cependant remarquer que l'histoire de la réduction du temps de travail a, très tôt¹²⁵², été accompagné d'une plus grande flexibilité dans la mesure du temps de travail¹²⁵³. A titre d'exemple, l'ordonnance du 16 janvier 1982, qui a consacré la cinquième semaine de congés payés et les 39 heures, a, dans le même temps, légalisé la dérogation à la loi en matière de modulation des horaires de travail¹²⁵⁴. Des entorses à ce principe de connexité conduisent à relativiser les liens entre rémunération et temps de travail. L'inapplicabilité partielle ou totale des règles du temps de travail à une partie croissante des salariés, la

¹²⁴⁷ MUMFORD L., « Technique et civilisation », Seuil, 1950, p. 23.

¹²⁴⁸ BARTHELEMY J., « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. soc. 1997, p. 586.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., n° 788, p. 820.

¹²⁵¹ Loi du 22 mars 1841 qui limite le temps de travail des enfants et des femmes ; Loi du 2 novembre 1892 qui interdit le travail des enfants de moins de 13 ans ; Loi du 13 juillet 1906 qui généralise le repos hebdomadaire ; Loi du 21 avril 1919 qui limite le temps de travail à 8 heures par semaine ; Loi du 21 juin 1936 réduit la semaine à cinq jours et fixe la durée hebdomadaire à 40 heures ; Ordonnance du 16 janvier 1982 et passage aux 39 heures ; Loi Aubry I et Aubry II sur les 35 heures.

¹²⁵² La loi du 21 avril 1919 sur les « 8 heures » a, par exemple, autorisé à déroger à la mesure du temps sur la seule journée.

¹²⁵³ GUEDJ F. et VINDT G., « Le temps de travail, une histoire conflictuelle », Syros, 1997, p. 76.

¹²⁵⁴ JOBERT A., « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », Dr. soc. 2010, p. 367.

flexibilisation du temps de travail par le développement de la modulation des horaires de travail, en sont des exemples révélateurs. Les différentes lois relatives aux temps de travail ont finalement favorisé l'optimisation du fonctionnement des entreprises « *à partir d'horaires adaptés à l'activité* » et de mécanismes de contournement des rigidités qu'elles avaient, bien souvent, elles-mêmes instauré¹²⁵⁵.

385. L'augmentation de la rémunération semble, en premier lieu, connectée à une hausse du temps de travail (Chapitre I). Les multiples assouplissements du droit du temps de travail poussent néanmoins à relativiser ce constat (Chapitre II).

¹²⁵⁵ BARTHELEMY J., « Evolution du droit social », Lamy Axe droit, 2009, p. 206.

Chapitre premier : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AU TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF

386. « *Durant la première moitié du XIX^{ème} siècle, la limitation du temps de travail a été, dans tous les pays européens, l'acte fondateur du droit du travail* »¹²⁵⁶. La limitation du temps de travail n'est, désormais, plus le leitmotiv principal des différentes interventions législatives qui se sont succédé depuis les années 2000. Le « *travailler moins, pour travailler tous* », a été remplacé par le « *travail plus, pour gagner plus* »¹²⁵⁷. La priorité est donnée à l'augmentation du temps de travail afin de favoriser l'augmentation des rémunérations et, en corollaire, le pouvoir d'achat des salariés. Pour inciter à l'accroissement du temps de travail, deux voies ont été empruntées. La remise en cause, dès 2003¹²⁵⁸, de la loi sur les 35 heures, marque tout d'abord la volonté de « *tourner le dos à vingt années de politique de réduction de la durée du travail* »¹²⁵⁹. Dès lors, les législateurs successifs n'auront de cesse d'augmenter la durée, la quantité de travail pouvant être accomplie par un salarié. La libéralisation de cette facette du temps de travail n'est pas le seul avatar de cette politique législative. De manière plus modeste, mais sous-tendue par la même logique, la loi est venue accroître les possibilités de travailler durant des périodes normalement soustraites au temps de travail. L'extension du travail dominical par la loi Macron du 6 août 2015 en est l'exemple le plus topique¹²⁶⁰.

387. L'amélioration de la rémunération par le temps de travail se traduit par une augmentation de la quantité de travail disponible par salarié (Section I) et par une augmentation des périodes de travail disponible (Section II).

¹²⁵⁶ SUPIOT A., « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. soc. 1995, p. 947.

¹²⁵⁷ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., n° 788, p. 820.

¹²⁵⁸ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

¹²⁵⁹ FAVENNEC-HERY F., « Mutations dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003, p. 34.

¹²⁶⁰ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Section I : L'AUGMENTATION DE LA QUANTITÉ DE TRAVAIL DISPONIBLE.

388. Le XIXème et le XXème siècle ont été le théâtre d'une baisse constante du temps de travail¹²⁶¹, avec comme point d'orgue les lois Aubry I et II¹²⁶². Le « *tsunami législatif* » qui a déferlé sur le droit du temps de travail postérieurement à ces deux lois a mis un coup d'arrêt à ce mouvement¹²⁶³. A la volonté de répondre aux préoccupations d'emploi par le partage du travail s'est substitué le souhait de redistribuer du pouvoir d'achat par l'augmentation du temps de travail. La volonté d'accroître la quantité de travail disponible s'est traduite juridiquement par une libéralisation des conditions de recours aux heures supplémentaires (§1) et par l'essor de la monétisation des temps de repos (§2).

§ 1 : L'augmentation des heures supplémentaires disponibles.

389. Une mise en perspective de l'aménagement du temps de travail en France révèle l'évolution des finalités du droit du temps de travail. Cette évolution reflète et explique le mouvement de libéralisation du recours aux heures supplémentaires (A) ainsi que celle, concomitante, des contreparties aux heures supplémentaires (B).

A. La libéralisation du recours aux heures supplémentaires.

390. L'objectif du législateur à partir de 2003 a été de revaloriser le travail par l'augmentation du temps de travail réalisé par salarié. Cet objectif se concrétise tant par l'augmentation du nombre d'heures supplémentaires réalisables (1) que par l'assouplissement des conditions de recours aux heures supplémentaires (2).

¹²⁶¹ FRIDENSON P. et REYNAUD B., « La France et le temps de travail (1814-2004) », Odile Jacob, 2004.

¹²⁶² Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail et Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

¹²⁶³ MORAND M., « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 12/08, p. 955.

1) *L'augmentation du nombre d'heures supplémentaires disponibles.*

391. « *Le droit du salarié en matière de rémunération s'apprécie en fonction du volume d'heures effectuées* »¹²⁶⁴. Or, les enjeux en termes de régulation du temps de travail influencent directement la possibilité, pour un salarié, de réaliser des heures supplémentaires. Au XIX^{ème} siècle, l'enjeu majeur qui préoccupait les acteurs sociaux était « *le souci hygiéniste et sanitaire* »¹²⁶⁵. La problématique de la réduction du temps de travail comme instrument de protection de la santé et de la sécurité des salariés va progressivement laisser place à une politique de réduction du temps de travail dans l'optique de lutter contre le chômage¹²⁶⁶. Enfin, dans un troisième temps, la volonté de relancer la consommation par l'augmentation du pouvoir d'achat concrétise un changement de la conception du rôle de la durée du travail. Dans cette nouvelle conception, « *il ne s'agit plus de travailler moins pour répartir le temps de travail, mais au contraire de travailler plus pour dégager un pouvoir d'achat supplémentaire permettant une relance de l'économie par l'accroissement de la consommation, ce qui devrait accroître l'emploi* »¹²⁶⁷. Le contingent d'heures supplémentaires à la disposition de l'employeur est bien évidemment tributaire de la conception de la durée de travail retenue par le législateur.

392. L'institution par la loi du 21 juin 1936 d'une durée légale de travail de 40 heures par semaine était explicitement motivée par la volonté de réduire le chômage¹²⁶⁸. Cette loi a limité fortement le recours aux heures supplémentaires¹²⁶⁹. La préparation à la guerre, puis, à la fin de celle-ci, la nécessité de reconstruire le pays ont conduit, au contraire, à augmenter grandement le contingent d'heures supplémentaires disponibles. Le décret du 31 août 1938, pris suite au discours de Daladier qui souhaitait « *remettre la France au travail* »¹²⁷⁰, avait déjà largement contribué à atténuer le principe de la semaine de 40 heures en modifiant le

¹²⁶⁴ BARTHELEMY J., « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. soc. 1997, p. 581.

¹²⁶⁵ LALLEMENT M., « Les régulations du temps de travail en France », Informations sociales, 2009, n° 153, p. 56.

¹²⁶⁶ LOKIEC P., « Droit du travail – les relations individuelles », PUF, Thémis, 1^{ère} éd., 2011, p. 393.

¹²⁶⁷ MORAND M., « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 12/08, p. 955.

¹²⁶⁸ CAPITANT H. et CUCHE P., « Précis de législation industrielle », Dalloz, 5^{ème} éd., 1939, p. 281. « *La loi du 21 juin 1936 est une loi de circonstance tendant à résorber par une nouvelle réduction de la durée du travail les progrès devenus inquiétants du chômage* ».

¹²⁶⁹ GUEDJ F. et VINDT G., « Le temps de travail, une histoire conflictuelle », Syros, 1997, p. 84.

¹²⁷⁰ Discours radiodiffusé le 21 août 1938.

taux de majoration des heures supplémentaires. Plus encore, la loi du 25 février 1946¹²⁷¹ autorisa des dérogations et le recours aux heures supplémentaires pour accroître la production dans la limite de 20 heures par semaine¹²⁷². Ce nombre maximum d'heures supplémentaires a ensuite été progressivement abaissé¹²⁷³ : 14 heures en 1966, 10 heures en 1972, 8 heures en 1975, 6 heures à compter du 21 janvier 1980 dans certaines branches et du 19 juillet 1980 dans un certain nombre d'autres¹²⁷⁴. Le décret du 27 janvier 1982¹²⁷⁵ fixait enfin le contingent d'heures supplémentaires par an et par salarié à 130 heures. Ce texte constitue le point d'orgue de la limitation du recours aux heures supplémentaires en France.

393. Les lois Aubry I et II ne l'ont pas modifié, mais un décret du 15 octobre 2001 a relevé le contingent à 180 heures pour les entreprises de moins de 20 salariés¹²⁷⁶. Ce texte était censé instaurer de manière provisoire un contingent annuel d'heures supplémentaires plus élevé que le contingent réglementaire de droit commun¹²⁷⁷. Cependant, un décret du 15 octobre 2002¹²⁷⁸ a augmenté le volume d'heures supplémentaires à 180 heures et ce, quel que soit l'effectif de l'entreprise. Ce relèvement a permis aux entreprises de faire effectuer à leurs salariés en moyenne 4 heures supplémentaires par semaine, sans surcoût véritablement significatif, faisant de la durée légale des 35 heures une durée bien théorique¹²⁷⁹. Témoignant encore de la volonté de « libérer » le temps de travail, un décret du 21

¹²⁷¹ Abroge les dispositions prises sous le gouvernement de Vichy qui avaient supprimé la semaine de 40 heures.

¹²⁷² Loi n°46-283 du 25 février 1946 rémunération des heures supplémentaires ; JORF du 26 février 1946 p. 1663.

¹²⁷³ EYMARD-DUVERNAY F., « Les 40 heures : 1936 ou ... 1980 », *Economie et statistique*, juin 1977 n° 90, cité in, KOEPP P., « L'évolution récente de la durée du travail », *Travail et emploi*, 1980, p. 25.

¹²⁷⁴ Décret n° 80-33 du 17 janvier 1980 relatif à la réduction de la durée moyenne hebdomadaire du travail dans diverses branches d'activité.

¹²⁷⁵ Décret n° 82-101 du 27 janvier 1982 relatif à la fixation du contingent d'heures supplémentaires prévu à l'article L. 212-6 du Code du travail.

¹²⁷⁶ Décret n° 2001-941 du 15 octobre 2001 relatif à la fixation du contingent d'heures supplémentaires.

¹²⁷⁷ 180 heures par an et par salarié en 2002, 170 heures par an et par salarié en 2003, un retour au droit commun, de 130 heures par an et par salarié étant prévu en 2004.

¹²⁷⁸ Décret n° 2002-1257 du 15 octobre 2002 relatif à la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires prévu aux articles L. 212-6 du Code du travail et L. 713-11 du Code rural et modifiant les décrets n° 2001-941 du 15 octobre 2001 et n° 2001-1167 du 4 décembre 2001.

¹²⁷⁹ ARTUS P., CAHUC P. et ZYLBERBERG A., « Temps de travail, revenu et emploi », *La documentation française*, 2007, p. 48.

décembre 2004¹²⁸⁰ fixe à 220 heures le contingent d'heures supplémentaires. La loi TEPA¹²⁸¹, dont le but avoué était de « *réhabiliter la valeur travail et favoriser l'amélioration individuelle du pouvoir d'achat* »¹²⁸², et plus vraisemblablement de « *détricoter les 35 heures* »¹²⁸³, a encouragé le recours aux heures supplémentaires par de massives exonérations fiscales et sociales. Ces dispositions ont cependant été abrogées par la loi du 16 août 2012¹²⁸⁴, exception faite du maintien d'une « *déduction forfaitaire des cotisations patronales* » pour les entreprises de moins de 20 salariés¹²⁸⁵.

394. Ces modifications incessantes du contingent d'heures supplémentaires sont révélatrices de l'influence de la conjoncture politique sur le régime du temps de travail. La volonté de relancer le pouvoir d'achat par l'accroissement du temps de travail se traduit également par un assouplissement accru des conditions de recours à ces heures supplémentaires.

2) *L'assouplissement des conditions de recours aux heures supplémentaires.*

395. A l'instar de la durée légale de travail, le contingent réglementaire d'heures supplémentaires ne constitue pas une limite absolue en matière de temps de travail. Il fixe cependant un seuil au-delà duquel les conditions de recours aux heures supplémentaires sont renforcées. Depuis 2003, le législateur s'est attelé à atténuer ces conditions de recours afin de favoriser le développement des heures supplémentaires dans les entreprises.

396. La loi Aubry II, dans une finalité de réduction du temps de travail, avait strictement encadré le recours aux heures supplémentaires. Au sein du contingent annuel d'heures

¹²⁸⁰ Article D. 3121-14-1 du Code du travail issu du décret n° 2004-1381 du 21 décembre 2004 relatif à la fixation du contingent annuel d'heures supplémentaires prévu aux articles L. 212-6 du Code du travail et L. 713-11 du Code rural.

¹²⁸¹ L. n° 2007-1223, 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, JO 22 août 2007, n° 193, p. 13945.

¹²⁸² AUZERO G., « Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : aspects de droit des sociétés et de droit du travail », BJS 2007, p. 1035, § 288.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 ; WILLMANN C., « Politiques de l'emploi : la loi du 16 août 2012, l'occasion manquée », Dr. Soc. 2012, p. 960.

¹²⁸⁵ Le décret n° 2012-1074 du 21 septembre 2012 précise que le montant de la déduction forfaitaire par heure supplémentaire est égal à 1,50 €.

supplémentaires, dont le quantum était fixé par décret à 130 heures, l'employeur pouvait faire effectuer des heures supplémentaires à ses salariés après information de l'inspection du travail¹²⁸⁶ et, s'ils existaient, des membres du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel¹²⁸⁷. Au-delà de ce contingent, la réalisation d'heures supplémentaires demeurait toutefois possible mais nécessitait l'accord de l'inspection du travail, qui pouvait en prohiber le recours en vue de favoriser l'embauchage de personnes privées d'emploi¹²⁸⁸. Enfin, ce contingent pouvait être fixé, par une convention ou un accord collectif étendu, à un niveau inférieur ou supérieur¹²⁸⁹. La loi Fillon du 17 janvier 2003 n'a pas modifié les modalités de fixation du contingent en ce domaine¹²⁹⁰. La loi du 4 mai 2004¹²⁹¹ a, par contre, profondément bouleversé l'ordonnancement des normes en matière de temps de travail, ce qui a eu des répercussions directes sur la fixation du contingent¹²⁹². Des accords ou conventions collectives d'entreprise peuvent être conclus pour déroger *in melius* ou, c'est en cela que réside la nouveauté, *in pejus* au contingent réglementaire ou conventionnel¹²⁹³. L'employeur a la possibilité de fixer, par accord collectif d'entreprise, un contingent d'heures supérieur à celui applicable dans l'entreprise, ce qui permettait de « repousser » la demande d'autorisation d'effectuer des heures supplémentaires à l'inspection du travail. Cependant, un accord collectif de branche avait toujours la possibilité de « verrouiller » certaines de ses stipulations et d'interdire à un accord de rang inférieur d'y déroger. De ce fait, « *la complexité ressentie comme excessive du nouveau cadre légal, l'inadéquation du dispositif au regard des pratiques et des enjeux de la négociation collective dans les entreprises, l'existence d'une incertitude juridique forte autour de la notion de dérogation, et le verrouillage du dispositif par les acteurs des branches conventionnelles, sont autant de*

¹²⁸⁶ A noter que la loi du 25 février 1946 qui a rétabli la semaine de 40 heures, avait conditionné la réalisation de toute heure supplémentaire à l'obtention d'une autorisation administrative.

¹²⁸⁷ Anc. Article L. 212-6 du Code du travail issu de la loi Aubry II.

¹²⁸⁸ Anc. Article L. 212-7 du Code du travail issu de la loi Aubry II.

¹²⁸⁹ Anc. Article L. 212-6 du Code du travail issu de la loi Aubry II.

¹²⁹⁰ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

¹²⁹¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

¹²⁹² AUZERO G., « L'articulation des normes conventionnelles », Dr. ouv. 2010, p. 324.

¹²⁹³ Article L. 2253-3 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 4 mai 2004.

raisons identifiées expliquant le non-usage de la faculté de déroger »¹²⁹⁴. La loi de 2004 n'a donc pas produit les effets escomptés.

397. Le législateur, dans le but de concilier augmentation du temps de travail et choix du salarié, avait, par la loi du 31 mars 2005¹²⁹⁵, instauré un dispositif spécifique « d'heures choisies » qui permettait d'effectuer des heures supplémentaires au-delà du contingent applicable dans l'entreprise sous réserve d'un accord entre l'employeur et le salarié¹²⁹⁶. Ce dispositif n'a pas non plus « *connu un franc succès* »¹²⁹⁷.

398. La réforme du 20 août 2008 a marqué le « *chant du cygne* » des 35 heures¹²⁹⁸. Dans la lignée de la loi TEPA, tout est mis en œuvre pour favoriser l'accomplissement d'heures supplémentaires sans pour autant remettre en cause la désormais symbolique durée légale du travail. Au sein du contingent, l'accomplissement des heures supplémentaires donne lieu, comme auparavant, à une information des représentants du personnel¹²⁹⁹. Cependant, l'obligation d'information de l'inspection du travail disparaît¹³⁰⁰. Au-delà du contingent, les heures supplémentaires sont accomplies après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel¹³⁰¹. Le législateur a donc supprimé la demande d'autorisation auprès de l'inspection du travail, sans même qu'une obligation d'information ne lui soit substituée¹³⁰². Le Parlement avait en effet jugé ce système trop contraignant et favorisant la mise en place d'heures supplémentaires non déclarées¹³⁰³. De surcroît, c'est dans l'ordonnancement des normes susceptibles de fixer le contingent que la loi de 2008 est la plus innovante. Désormais, la loi fait de l'accord d'entreprise la norme de principe quant à la détermination du contingent d'heures supplémentaires. Ce n'est qu'à défaut d'accord

¹²⁹⁴ MERIAUX O., KERBOURC'H J.-Y. et SEILER C., « Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises », DARES, Août 2008, n° 140.

¹²⁹⁵ Loi n° 2005-296, 31 mars 2005, portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, JO 1^{er} avril 2005, n° 76, p. 3858.

¹²⁹⁶ Abrogé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

¹²⁹⁷ FAVENNEC-HERY F., « Réforme du temps de travail - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, n° 37, 1461, p. 11.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ Article L. 3121-33, I, 3°, alinéa 2 du Code du travail.

¹³⁰⁰ VERICEL M., « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », RDT 2008, p. 574.

¹³⁰¹ Article L. 3121-33, I, 3°, alinéa 3 du Code du travail.

¹³⁰² En ce sens, FAVENNEC-HERY F., *op. cit.*, p. 11.

¹³⁰³ BERTRAND X., débats Ass. Nat., 1^{er} juillet 2008, cité *in*, VERICEL M., « la loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », RDT 2008, p. 574.

d'entreprise que le contingent fixé, soit par accord de branche, soit par décret, s'appliquera¹³⁰⁴. La différence majeure avec le dispositif de 2004 est que l'accord de branche ne peut interdire à l'accord d'entreprise d'y déroger¹³⁰⁵. Autrement dit, « *l'accord d'entreprise prime, l'accord de branche est second, le principe de faveur est écarté* »¹³⁰⁶.

399. Le rôle du contingent d'heures supplémentaires comme instrument de limitation du temps de travail a été considérablement réduit par ces réformes successives. Dès lors que l'employeur n'a plus à solliciter l'autorisation de l'inspection du travail pour faire effectuer à ses salariés des heures de travail au-delà de ce contingent, le choix de son dépassement semble totalement discrétionnaire. Une question subsiste au demeurant. Le salarié est-il en droit de refuser d'effectuer des heures au-delà du contingent¹³⁰⁷ ? Un auteur estime que le salarié pourrait opposer son refus, sans pour autant justifier cette assertion¹³⁰⁸. La suppression de la demande d'autorisation de l'inspection du travail qui imposait à l'employeur de démontrer la nécessité du recours « *en établissant notamment la survenue d'une charge de travail trop imprévue et momentanée* » plaide plutôt pour la solution inverse¹³⁰⁹. En effet, la suppression de cette autorisation témoigne de l'évolution du rôle du contingent. Désormais, il est davantage conçu comme un seuil de déclenchement de contreparties supplémentaires aux heures supplémentaires que comme instrument de limitation du temps de travail.

B. L'évolution des contreparties aux heures supplémentaires.

400. Depuis leur instauration, les heures supplémentaires donnent lieu, par principe, à la perception d'une contrepartie financière (1). Dans une moindre mesure, elles ouvrent droit à une contrepartie en repos (2).

¹³⁰⁴ Article L. 3121-39 du Code du travail.

¹³⁰⁵ Article L. 3121-33 du Code du travail.

¹³⁰⁶ FAVENNEC-HERY F., « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », Dr. soc. 2009, p. 251.

¹³⁰⁷ Cass. soc. 26 novembre 2003, n° 96-43. 718, RJS 2/04, n° 213. Par principe, le refus du salarié d'effectuer des heures supplémentaires est constitutif d'une faute.

¹³⁰⁸ GAUDU F., « Droit du travail », Dalloz, Coll. Cours, 5^{ème} éd., 2013, n° 185.

¹³⁰⁹ VERICEL M., *op. cit.*

1) *L'octroi d'une contrepartie financière.*

401. Les lois Aubry ont fixé le taux de rémunération supplémentaire à 25 % pour les 8 premières heures et à 50 % pour les suivantes¹³¹⁰. La loi du 17 janvier 2003 a « adouci » le taux de majoration des heures supplémentaires en autorisant la conclusion d'accords dérogatoires¹³¹¹. La loi du 4 mai 2004 avait ouvert la possibilité à un accord d'entreprise de fixer un taux de majoration des heures supplémentaires supérieur ou inférieur au taux légal mais sans être inférieur à 10 %¹³¹². A la différence de la fixation du contingent qui ressort de l'ordre public supplétif, la détermination du taux de majoration relevait donc de l'ordre public dérogatoire¹³¹³. La fixation du taux de rémunération des heures supplémentaires pouvait donc être réalisée soit par accord collectif de branche étendu, soit par accord collectif d'entreprise ou d'établissement¹³¹⁴. La loi du 20 août 2008 n'a pas modifié cette disposition. La détermination du taux de majoration par des normes conventionnelles de rangs différents soulevait des difficultés en cas de concours entre accords collectifs dérogatoires. La loi Travail du 8 août 2016 a, cependant, apporté une réponse aux problématiques d'articulation entre accord collectifs de niveau différent¹³¹⁵.

402. En présence d'un concours entre un accord collectif de branche et un accord d'entreprise ou d'établissement conclu postérieurement, la question de l'articulation ne soulevait pas de sérieuses difficultés. Aux termes de l'article L. 2253-3 du Code du travail, il convenait d'appliquer l'accord d'entreprise ou d'établissement, sauf « clause de verrouillage » insérée dans l'accord collectif de branche.

403. La question devenait plus épineuse dans l'hypothèse où un taux de majoration différent de celui prévu par un accord d'entreprise était stipulé dans un accord de branche

¹³¹⁰ Anc. Article L. 212-5 du Code du travail. Aux termes de l'article L. 3121-36 du Code du travail, ces taux, désormais supplétifs, s'appliquent à défaut d'accord collectif.

¹³¹¹ MORAND M., « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 12/08, p. 955. Un accord collectif étendu pouvait en déterminer le montant sans qu'il soit inférieur à 10 %.

¹³¹² Article L. 3121-22 du Code du travail, en vigueur du 1^{er} mai 2008 au 10 août 2016. Ce taux minimal de majoration de 10 % est toujours en vigueur, en vertu de l'article L. 3121-33 du Code du travail.

¹³¹³ MORVAN P., « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. soc. 2009, p. 679.

¹³¹⁴ Article L. 3121-22 du Code du travail. Ce n'est qu'à défaut d'accord collectif que doit s'appliquer le taux légal.

¹³¹⁵ Loi n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF, 9 août 2016, n° 184.

étendu postérieurement à l'entrée en vigueur dudit accord d'entreprise. En effet, une « *obscure obligation d'adaptation à la branche* » limitait la libre détermination du taux de majoration par l'accord collectif d'entreprise¹³¹⁶. En ce sens, il résulte de l'article L. 2253-2 du Code du travail que, lorsqu'un accord de branche vient à s'appliquer postérieurement à la conclusion d'un accord d'entreprise, les stipulations de ce dernier doivent être adaptées. La doctrine reste divisée sur la portée de ce texte. Les propos du Professeur Patrick MORVAN reflète l'état de perplexité suscité par ce texte puisque selon lui, « *nul ne sait très bien ce que signifie adapter* »¹³¹⁷. Selon le Professeur Gérard VACHET, l'obligation d'adaptation conduit, en cas de concours, à appliquer l'accord de branche conclu postérieurement à l'accord d'entreprise. Adopter la solution inverse reviendrait à nier « *la fonction économique de la convention collective de branche* »¹³¹⁸. Un employeur serait dépourvu de la capacité de profiter des possibilités offertes par un accord de branche, à l'inverse de ses concurrents, au motif qu'il est déjà soumis à un accord d'entreprise. Il conclut en estimant que « *si l'accord d'entreprise n'est pas adapté, c'est la convention de branche qui s'appliquera* »¹³¹⁹. A l'inverse, le Professeur Gilles AUZERO considère que cette solution pourrait ne pas être retenue par les juges¹³²⁰. Pour cet auteur, les parties au sein de l'entreprise ont la possibilité d'adapter l'accord d'entreprise à un accord de branche plus dérogatoire. En cas de carence des partenaires sociaux à négocier un accord d'adaptation, seul l'accord d'entreprise aurait vocation à s'appliquer, en vertu « *du respect par l'employeur de ses engagements* »¹³²¹. La « *nature conventionnelle* »¹³²² de l'accord d'entreprise conduit en effet à faire primer la force obligatoire des conventions sur la « *nature réglementaire* » de l'accord collectif de branche. L'issue de l'hypothèse inverse où l'accord de branche postérieur est plus favorable que l'accord d'entreprise, apparaît plus incertaine. L'application de l'accord collectif de branche redonnerait paradoxalement de la vigueur au principe de faveur, principe que la loi

¹³¹⁶ MORVAN P., *op. cit.*, p. 679.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ VACHET G., « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896.

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ AUZERO G., « L'articulation des normes conventionnelles », *Dr. ouv.* 2010, p. 324.

¹³²¹ *Ibid.*

¹³²² *Ibid. Contra*, CANUT F., « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », *Dr. soc.* 2010, p. 379. « *La seule réponse logique est d'admettre que l'accord d'entreprise ne peut déroger qu'à un accord de branche antérieur* ».

du 4 mai 2004 visait justement à restreindre¹³²³. L'absence de décision de la part de la Cour de cassation ne permettait pas de répondre avec certitude à cette interrogation.

404. La clarification des règles en matière d'articulation des normes conventionnelles a permis de mettre un terme à ces interrogations, sans toutefois supprimer le flou entourant l'obligation d'adaptation¹³²⁴. Aux termes de l'article L. 3121-33 du Code du travail issu de la loi Travail du 8 août 2016, ce n'est, désormais, qu'à défaut d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement que doit s'appliquer l'accord collectif de branche. Ainsi, l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement prime sur l'accord collectif de branche. Le régime de détermination du montant de la majoration salariale pour heures supplémentaires se trouve, de ce fait, unifié avec celui de la fixation du contingent d'heures supplémentaires.

2) L'octroi d'une contrepartie en repos.

405. C'est par une loi du 16 juillet 1976 qu'a été introduit le repos compensateur comme contrepartie aux heures supplémentaires¹³²⁵. Les réformes ultérieures, jusqu'à la loi Aubry II, ont tenté de favoriser cette contrepartie¹³²⁶. Dans le cadre de la loi Aubry II du 19 janvier 2000, les heures supplémentaires accomplies au-delà de la 41^{ème} heure ouvraient droit à un repos compensateur obligatoire de 50% dans les entreprises de plus de 20 salariés¹³²⁷. Cependant, dans sa volonté de promouvoir le « travailler plus, pour gagner plus », le législateur a, par la loi du 20 août 2008, supprimé le principe même de repos compensateur pour les heures accomplies au sein du contingent d'heures supplémentaires¹³²⁸. Seul subsiste désormais la faculté, et non plus l'obligation, de prévoir conventionnellement une contrepartie en repos à l'accomplissement d'heures supplémentaires¹³²⁹.

¹³²³ POIRIER M., « La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail », Dr. ouv. 2013, p. 78.

¹³²⁴ L'article L. 2253-2 du Code du travail n'a pas été supprimé par la loi Travail.

¹³²⁵ Loi n° 76-657 du 16 juillet 1976 portant institution d'un repos compensateur en matière d'heures supplémentaires de travail.

¹³²⁶ En ce sens, AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., n° 778, p. 838.

¹³²⁷ Article L. 3121-26 du Code du travail, abrogé par Loi n°2008-789 du 20 août 2008 - art. 18 (V).

¹³²⁸ Article 18, II, de la loi n° 2008-789.

¹³²⁹ Article L. 3121-33, II, 1°, alinéa 2 du Code du travail.

406. Pour les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, le législateur a substitué au repos compensateur obligatoire une contrepartie obligatoire en repos¹³³⁰. Il s'agit d'un repos « *de complément, et non plus de remplacement* », qui se rajoute à la rémunération majorée des heures supplémentaires¹³³¹. Le texte adopté prévoyait que « *les conditions d'accomplissement, la durée, les caractéristiques et les conditions* » de cette contrepartie obligatoire devaient être déterminées par accord collectif et, à défaut, par décret¹³³². Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel au motif que, « *s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail* », il « *n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* »¹³³³. Le législateur ne peut donc organiser totalement « *son propre recul* » au profit d'une délégation de ses compétences aux partenaires sociaux¹³³⁴. Dès lors, les dispositions transitoires prévues par la loi du 20 août 2008 ont été pérennisées : une contrepartie en repos obligatoire fixée à 50 % pour les entreprises de 20 salariés au plus et à 100 % pour les autres¹³³⁵. A notre étonnement, suite à l'adoption de la loi du 20 août 2008, la plupart des auteurs s'accordaient pour dire que ces contreparties constituaient un plancher minimum et ne pouvaient être réduites par la conclusion d'un accord collectif dérogatoire¹³³⁶. Seule une circulaire accréditait cette affirmation, sans pour autant proposer d'argumentation juridique¹³³⁷. L'impossibilité de déroger *in pejus* aux durées légales ne nous paraissait pourtant pas aller de soi, dans la mesure où l'article L. 3121-11 du Code du travail disposait qu'un accord collectif d'entreprise ou, à défaut, un accord de branche, fixe « *les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos* ». Le terme « caractéristique » devait pouvoir recouvrir, selon nous, la détermination du taux de la contrepartie obligatoire. La solution inverse nous paraissait, de plus, contraire à la

¹³³⁰ Cette disposition introduite par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 figure désormais à l'article L. 3121-30 du Code du travail.

¹³³¹ AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, n° 834, p. 879.

¹³³² FAVENNEC-HERY F., « Réforme du temps de travail, Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, 1461, p. 11.

¹³³³ Cons. Constit. 7 août 2008, n° 2008-568 DC, JO du 21 août p. 13079.

¹³³⁴ GREVY M., « Où en est le temps de travail ? », Dr. ouv. 2009, p. 195.

¹³³⁵ Lors de l'adoption de la loi du 20 août 2008, ce taux était prévu par l'article 18-IV, non codifié. Il figure désormais à l'article L. 3121-33, I, 3° du Code du travail.

¹³³⁶ En ce sens, VACHET G., « Durée du travail (I- Réglementation du temps de travail) », Juin 2014, n° 173.

¹³³⁷ Circ. DGT n° 20, 13 novembre 2008, Texte non paru au Journal officiel, p. 17.

philosophie des lois de 2004 et 2008 qui tendent à faire de l'accord collectif d'entreprise le pivot central de l'organisation du temps de travail¹³³⁸. Toutefois, la loi Travail du 8 août 2016 semble bien plus catégorique et devrait mettre un terme à ces interrogations. L'article L. 3121-33 du Code du travail dispose désormais que « *cette contrepartie obligatoire ne peut être inférieure à 50 % (...) pour les entreprises de vingt salariés au plus, et à 100 % (...) pour les entreprises de plus de vingt salariés* ». La formulation de cet article ne semble plus laisser de doute sur le caractère impératif de ce taux minimal. Cela étant, les partenaires sociaux gardent la possibilité d'augmenter le contingent d'heures supplémentaires afin d'en repousser d'autant le déclenchement de la contrepartie obligatoire en repos¹³³⁹. L'octroi de la compensation obligatoire en repos paraît, dès lors, devoir relever de l'ordre de l'exceptionnel¹³⁴⁰.

407. La majoration financière et l'octroi de repos compensateur sont les deux contreparties traditionnelles à la réalisation d'heures supplémentaires. Initialement envisagées comme des « freins » à leur prolifération dans les entreprises afin d'encourager les employeurs à recruter d'autres salariés, ces contreparties ont été, depuis 2003, amoindries dans le but d'améliorer le pouvoir d'achat des salariés déjà présents au sein de l'entreprise. C'est dans la même logique que l'on assiste à la montée en puissance de la monétisation des temps de repos.

§ 2 : La monétisation des temps de repos.

408. Le Professeur Pascal LOKIEC définit la monétisation du temps de travail comme « *le phénomène, illustré par la volonté parfois affichée de remplacer la prise de congés annuels par l'octroi d'une indemnité ou par l'élargissement du compte épargne temps, réduit le*

¹³³⁸ La loi du 6 août 2016 a mis un terme à cette difficulté. L'article L. 3121-33, 3° du Code du travail dispose désormais qu'un accord collectif d'entreprise ou de branche ne peut fixer le taux de la compensation obligatoire en repos en deçà des exigences légales précédemment évoquées.

¹³³⁹ Cf. *Infra*.

¹³⁴⁰ Le contingent réglementaire d'heures supplémentaires est également placé à un niveau suffisamment élevé pour que, en pratique, l'octroi d'une contrepartie en repos demeure du domaine de l'anecdotique. En effet, fixé à 220 heures annuelles, il faut que le salarié réalise 5 heures supplémentaires par semaine pendant 44 semaines pour que ledit contingent soit épuisé.

temps à un bien fongible, susceptible d'être remplacé par l'attribution d'une somme d'argent, comme si le temps n'avait plus à faire avec la personne du salarié »¹³⁴¹. Des initiatives, souvent ponctuelles, offrent parfois aux salariés la possibilité de vendre une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une rémunération majorée et d'un régime social et fiscal attractif¹³⁴². C'est cependant par la création d'un compte épargne-temps (CET) que se concrétise véritablement la faculté de monétiser les temps de repos des salariés. « *Time is money. Telle est la nouvelle devise adoptée par le régime (...) du compte épargne temps* »¹³⁴³ tant les nouvelles orientations de ce dispositif institué en 1994 facilitent la conversion du temps libre en rémunération. Ce dispositif de monétisation est particulièrement souple dans sa mise en place (A) et permet de répondre à un grand nombre de finalités différentes (B).

A. Le compte épargne-temps, un dispositif de monétisation souple.

409. La mise en place d'un compte épargne-temps a été considérablement simplifiée. Institué obligatoirement par accord collectif, il s'applique par principe à l'ensemble des salariés de l'entreprise, bien que des difficultés subsistent sur ce point (1). La liste des éléments transférables sur le compte a également été largement étendue (2).

1) Les contours malléables du champ d'application personnel.

410. Créé initialement pour permettre aux salariés de différer des périodes de repos et de les capitaliser sur un compte pour pourvoir, ultérieurement, financer des congés non rémunérés, le compte épargne temps est destiné à s'appliquer à l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise¹³⁴⁴. Néanmoins, l'évolution des finalités du compte épargne

¹³⁴¹ LOKIEC P., « La transformation du droit du temps de travail – Partie 2 », Dr. ouv. 2009, p. 487.

¹³⁴² Voir en dernier lieu, l'article 1^{er} de la loi n° 2008-111 du 8 février 2008 qui a autorisé le rachat individuel des JRTT acquis avant le 1^{er} janvier 2010. Cf. DUPAYS A., « Rachat de jours de repos : mode d'emploi », SSL 2008, n° 1342, p. 7.

¹³⁴³ FAVENNEC-HERY F., « Mutations dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003, p. 37.

¹³⁴⁴ La circulaire DRT n° 2006-09 du 14 avril 2006 précise que tous les salariés y compris les salariés sous CDD, les télétravailleurs, les employés de maison, les concierges, les gardiens d'immeuble, les travailleurs à domicile et les assistants maternels sont susceptibles d'en bénéficier.

temps laisse à penser que les employeurs peuvent être intéressés à resserrer le dispositif sur certaines catégories particulières de salariés¹³⁴⁵.

411. La première des difficultés consiste dans la possible exclusion des travailleurs engagés pour une durée déterminée au sein de l'entreprise. L'essor grandissant de la « monétisation »¹³⁴⁶ du compte épargne temps qui permet de transférer des temps de repos, mais également des accessoires de salaire, peut conduire les employeurs, afin de garder la mainmise sur les horaires de travail, à vouloir soustraire les salariés en CDD du champ d'application du CET¹³⁴⁷. Une exclusion explicite de ces salariés dans l'accord collectif instituant le CET paraît entrer en contradiction avec le principe d'égalité de traitement. Il est en effet peu contestable de considérer que l'accès à ce compte constitue un avantage pour les salariés soumis à cette exigence d'égalité¹³⁴⁸. Or, le principe de « parité » contenu dans l'article L. 1242-14 du Code du travail¹³⁴⁹ s'oppose à ce que les salariés en CDD ne soient pas traités de la même manière que des salariés en CDI¹³⁵⁰. La Cour de cassation a, à ce titre, estimé qu'un accord collectif ne peut réserver le versement d'une prime aux seuls salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée¹³⁵¹. La voie d'une exclusion explicite semble donc fermée. Toutefois, il peut être envisagé d'exiger une condition d'ancienneté minimale pour pouvoir bénéficier du dispositif d'épargne temps. Une telle clause permettrait, *de facto*, d'exclure les salariés en CDD des bénéficiaires de ce dispositif.

412. Il s'est également posé la question de la possibilité de n'accorder l'accès au compte épargne temps qu'à une ou plusieurs catégories professionnelles déterminées¹³⁵². Un accord collectif pourrait ainsi réserver l'accès à ce compte aux cadres, plus enclins à réaliser des

¹³⁴⁵ Cf. *Infra*.

¹³⁴⁶ En ce sens, FAVENNEC-HERY F., « Réforme du temps de travail – Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, n° 37, 1461, p. 11.

¹³⁴⁷ MICHAUD C. et LOISEAU G., « Le compte épargne-temps », Les Cahiers sociaux, 1^{er} février 2015, n° 271, p. 111.

¹³⁴⁸ D'autant plus qu'il permet désormais d'accéder à une rémunération différée ou immédiate.

¹³⁴⁹ Selon lequel « les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages, applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée, s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail ».

¹³⁵⁰ CORRIGNAN-CARSIN D. « Contrat de travail à durée déterminée » Répertoire de droit du travail, septembre 2012, n° 258.

¹³⁵¹ Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 07-44.333, RJS 2009, n° 856.

¹³⁵² MICHAUD C. et LOISEAU G., *op. cit.*

heures supplémentaires ou à bénéficier de jours de réduction du temps de travail¹³⁵³. Or, si une différence de traitement peut être justifiée par des raisons objectives, la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier en soi une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique¹³⁵⁴. Toutefois, la décision rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 27 janvier 2015 nous amène à retenir la solution inverse en ce qu'elle a conféré une « présomption de légitimité » aux avantages catégoriels stipulés par accord collectif¹³⁵⁵.

413. Conçu comme un dispositif susceptible d'améliorer la rémunération de l'ensemble des salariés par la monétisation des temps de repos, l'employeur conserverait cependant la faculté de n'en réserver le bénéfice qu'à une fraction restreinte de son personnel. La souplesse de ce dispositif s'exprime également dans les éléments transférables dans le compte épargne-temps.

2) La libéralisation des éléments transférables.

414. La loi du 31 mars 2005 avait procédé à une réécriture importante des possibilités d'alimentation du compte épargne temps¹³⁵⁶. La loi du 20 août 2008 a parachevé ce travail et a supprimé la liste limitative des éléments pouvant être capitalisés sur un CET. Désormais, les partenaires sociaux sont libres de déterminer les éléments qui peuvent y être transférés. Les transferts susceptibles d'être réalisés sur un compte épargne-temps peuvent l'être soit à l'initiative du salarié, soit à l'initiative de l'employeur, mais leurs versements ne répondent pas aux mêmes logiques. Seuls ceux effectués par le salarié répondent à l'idée d'une monétisation des temps de repos.

415. Le CET présente un caractère volontaire et ce, à double titre. Sa mise en place relève d'un accord collectif négocié et, une fois mis en place, le salarié est entièrement libre d'en

¹³⁵³ En ce sens, DEDESSUS-LE-MOUSTIER N., « Les fonctions du compte épargne-temps », Dr. soc. 1998, p. 547. « Les cadres et, de façon plus large, le personnel d'encadrement se voient accorder une attention particulière par les partenaires sociaux dans le cadre du compte épargne-temps ».

¹³⁵⁴ Cass. soc. 20 février 2008, n° 05-45.601, Dr. soc. 2008, p. 536, obs. RADE C.

¹³⁵⁵ Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-22.179, SSL 2015, 1666.

¹³⁵⁶ Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise, JORF n° 76 du 1 avril 2005, p. 5858.

faire usage. Dès lors, l'initiative des versements dépend principalement de la volonté du salarié. Les dispositions issues de la loi du 25 juillet 1994 étaient relativement modestes et ne prévoyaient qu'une liste restreinte d'éléments transférables¹³⁵⁷. Cette liste ayant été supprimée par la loi du 20 août 2008, il appartient aux partenaires sociaux de négocier les conditions et limites dans lesquelles le salarié peut alimenter son compte en temps ou en argent¹³⁵⁸. En ce qui concerne le « stockage » des temps de repos, seuls les vingt-quatre premiers jours ouvrables de congé annuel sont explicitement exclus par l'article L. 3151-2 du Code du travail d'une affectation au compte épargne-temps¹³⁵⁹. Néanmoins, le principe de monétisation des temps de repos qui « *part de l'idée que le salarié doit pouvoir librement choisir entre prendre ses temps de repos ou bien y renoncer au profit d'une rémunération supplémentaire* » peut entrer en contradiction avec l'objectif de protection de la santé et de la sécurité du salarié¹³⁶⁰. Ainsi, bien que la loi ne le précise pas, les temps de repos prévus par la loi pour des raisons de santé et sécurité du salarié ne devraient pas pouvoir être stockés sur un compte épargne-temps¹³⁶¹. Les temps de pause, les repos quotidiens et hebdomadaires obligatoires et les repos acquis en contrepartie au travail de nuit, sont donc *a priori* exclus d'une potentielle monétisation. Au demeurant, et à l'instar de sa jurisprudence relative aux conventions de forfait jours¹³⁶², il est envisageable que la Chambre sociale de la Cour de cassation soit amenée à condamner des accords collectifs instituant un compte épargne-temps susceptibles de ne pas garantir le droit à la santé et au repos des salariés¹³⁶³. Il paraît, dès lors, opportun que les accords collectifs ne prévoient pas la faculté de monétiser totalement les temps de repos disponibles des salariés et que soit, au minimum, explicitement exclus les temps destinés à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés.

¹³⁵⁷ L'article L. 227-1 du Code du travail prévoyait la possibilité de verser sur un CET le report de congés payés dans la limite de 10 jours par an, les primes conventionnelles et d'intéressement et une fraction des augmentations individuelles de salaire.

¹³⁵⁸ Articles L. 3152-1 et s. du Code du travail.

¹³⁵⁹ Selon la Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008, fiche n° 13, peuvent donc être affectés dans le respect de l'accord collectif, les heures de repos acquises au titre du repos compensateur ou de la contrepartie obligatoire en repos, les jours de congés supplémentaires pour fractionnement, les jours de congés conventionnels, les jours de repos accordés au titre d'un aménagement du temps de travail sur une durée supérieure à la semaine, les jours de repos accordés aux salariés soumis à un forfait annuel en jours.

¹³⁶⁰ VERICEL M., « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », RDT 2008, p. 574.

¹³⁶¹ En ce sens, Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2013.

¹³⁶² Cf. *infra*.

¹³⁶³ En ce sens, LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

416. Un autre aspect du compte épargne temps réside dans la possibilité, pour l'employeur, d'abonder de sa propre initiative, les comptes de ses salariés¹³⁶⁴. Si l'accord collectif l'y autorise, il peut affecter au compte de ces derniers les heures de travail accomplies au-delà de la durée collective de travail¹³⁶⁵. C'est la seule hypothèse légale où l'employeur peut imposer à ses salariés le transfert d'éléments sur un CET. Cette faculté permet une pluri-annualisation du décompte du temps de travail afin de faire face aux fluctuations d'activité¹³⁶⁶. Pour autant, des auteurs s'interrogent sur la faculté, pour un accord collectif, de permettre à l'employeur d'imposer à ses travailleurs le transfert d'heures de repos dans le compte épargne-temps¹³⁶⁷. Selon eux, si l'accord le prévoit expressément, et dans la perspective de constituer un stock de temps disponible pour répondre à des situations particulières¹³⁶⁸, cela ne serait pas inconcevable. Bien que raisonnable et animée d'un but louable, cette proposition nous paraît heurter la philosophie d'un dispositif fondé avant tout sur la volonté du salarié. En ce sens, une récente décision de la Cour de cassation a condamné un employeur pour avoir imposé à ses subordonnés la prise de repos compensateur de remplacement placés sur un CET afin de palier à une baisse d'activité¹³⁶⁹.

417. Les règles d'alimentation du compte épargne-temps témoignent d'un système souple, garantissant la volonté du salarié d'y transférer ou non des éléments susceptibles d'être monétisés. Les finalités du compte épargne-temps ont évolué, mais demeurent, dans leur ensemble, tourné vers l'augmentation immédiate ou différée de la rémunération des salariés.

¹³⁶⁴ Lorsque l'accord collectif le prévoit, l'employeur peut abonder en argent le compte de ses salariés. Il doit s'agir de droits supplémentaires et non des sommes déjà dues aux salariés. Il ne s'agit cependant pas d'une hypothèse de monétisation des temps de repos, mais davantage d'un dispositif de financement de congés non rémunérés ou d'aide à la constitution d'une épargne salariale.

¹³⁶⁵ Bien que la notion de durée collective de travail ne soit pas définie, nous pouvons estimer qu'il s'agit soit de la durée légale de travail, soit de la durée conventionnelle de travail, nécessairement moins élevée que la durée légale.

¹³⁶⁶ MOREL F., « Quel espace pour la pluri-annualisation du temps de travail ? », JCP S, 28 avril 2015, n° 17-18, 1157.

¹³⁶⁷ LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁶⁸ Le plus généralement, une baisse de l'activité.

¹³⁶⁹ Cass. soc. 18 mars 2015, n° 13-19.206, Lamy social quotidien, 26 mars 2015, n° 16802.

B. Le compte épargne-temps, un dispositif de monétisation aux finalités multiples.

418. Le compte épargne-temps est parfois présenté comme « *la solution à tous les problèmes soulevés par le droit de la durée du travail* »¹³⁷⁰. Si cette affirmation doit être relativisée, il n'en demeure pas moins que ce dispositif permet de faire face à un grand nombre de situations¹³⁷¹. Originellement conçu comme une source de financement de congés non rémunérés (1), sa vocation actuelle est désormais davantage tournée vers l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés (2).

1) La finalité originelle, le financement de congés non rémunérés.

419. La création du compte épargne-temps par la loi du 25 juillet 1994 a été réalisée dans la perspective d'octroyer aux salariés une nouvelle « *modalité de financement d'un congé initialement non rémunéré* »¹³⁷². Les droits affectés au CET peuvent donc être utilisés pour indemniser toute forme de congés sans solde dès lors que l'accord collectif l'autorise¹³⁷³. Ils peuvent également financer des temps qui, sans être des congés au sens strict du terme, engendrent une perte de rémunération¹³⁷⁴. Par ailleurs, la loi du 9 mai 2014 accorde la possibilité à un salarié de faire don de jours affectés à son CET à un autre salarié de l'entreprise ayant un enfant malade ou atteint d'un handicap¹³⁷⁵. Dans toutes ces hypothèses, l'utilisation des éléments épargnés demeure soumise à la volonté du travailleur.

420. A l'inverse, lorsque l'accord collectif prévoit la possibilité d'une affectation collective des heures de travail à l'initiative de l'employeur, ce dispositif peut être utilisé pour adapter les horaires de travail aux fluctuations de l'activité de l'entreprise. Géré par l'employeur, il peut permettre de capitaliser en période de forte activité les heures supplémentaires réalisées et de les réutiliser sous forme monétaire en période de faible activité afin de ne pas

¹³⁷⁰ FAVENNEC-HERY F., « Vers l'autoréglementation du temps de travail de l'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 794.

¹³⁷¹ L'une d'entre elles, cependant, a disparu. Le CET avait pendant un temps comme finalité de favoriser l'emploi par un meilleur partage du temps de travail.

¹³⁷² DEDESSUS-LE-MOUSTIER N., « Les fonctions du compte épargne-temps », Dr. soc. 1998, p. 547.

¹³⁷³ Congé parental ; Congé pour création d'entreprise ; Congé sabbatique ; Congé de solidarité international...

¹³⁷⁴ Des heures non travaillées suite au passage à temps partiel ; La cessation progressive ou totale d'activité.

¹³⁷⁵ Article L. 1225-65-1 du Code du travail.

recourir au chômage partiel¹³⁷⁶. Face à cette utilisation du compte, les juges ont été confrontés à une situation inédite. Des accords collectifs ont pu prévoir que le compte pouvait continuer « *à fonctionner en position débitrice* »¹³⁷⁷, c'est-à-dire qu'en cas de baisse d'activité, les heures de travail rémunérées mais non accomplies faisaient l'objet d'une avance en rémunération, à charge pour le salarié de les exécuter ultérieurement ou de les compenser avec des temps de repos postérieurement acquis. Une juridiction du fond a pu donner son aval à cette utilisation particulière du CET dès lors que l'accord prévoyait un nombre de jours maximum dont les salariés pouvaient être débiteurs¹³⁷⁸. *A contrario*, une cour d'appel a jugé que ce dispositif était contraire aux principes du CET, fondé sur la volonté du salarié, car « *il impose au salarié une utilisation de jours à l'initiative de l'employeur alors même qu'ils n'ont pas été capitalisés à son initiative* »¹³⁷⁹. La Cour de cassation a confirmé cette analyse et jugé les dispositions conventionnelles autorisant l'utilisation de jours de congés par anticipation illégales¹³⁸⁰. Si certains déplorent le manque de recul de la Cour de cassation sur « *l'utilité sociale d'un outil de gestion collective du temps de travail* »¹³⁸¹, on ne peut qu'approuver le refus d'instrumentaliser un dispositif instauré avant tout dans l'intérêt des salariés¹³⁸².

421. Par principe destiné à financer des congés non rémunérés à l'initiative du salarié, le compte épargne-temps peut, par exception, être utilisé pour financer une baisse d'activité de l'entreprise à l'initiative de l'employeur. Cependant, les récentes évolutions de la législation conduisent de plus en plus à en faire un outil d'amélioration du pouvoir d'achat des salariés.

¹³⁷⁶ Débats JO AN, 2 décembre 1999, 2^{ème} séance. « *Dans les secteurs où l'activité fluctue, selon en général un rythme pluriannuel, les jours de repos pourraient être capitalisés en période forte activité pour être utilisés lorsque l'activité décroîtra : on évitera ainsi à l'Etat d'avoir à indemniser un chômage partiel* ».

¹³⁷⁷ LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁷⁸ TGI Nanterre, réf., 6 juillet 2012, n° 11/03042, cité in LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁷⁹ CA Douai, 11 février 2011, n° 10/03056.

¹³⁸⁰ Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-11.108, inédit.

¹³⁸¹ LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁸² D'autant plus que des dispositifs se développent pour permettre une modulation du temps de travail en fonction des résultats de l'entreprise. On pense en premier lieu aux accords de maintien de l'emploi.

2) *La finalité moderne, l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés.*

422. La loi du 17 janvier 2003 a enclenché une évolution en permettant aux salariés de se constituer une épargne *via* le compte épargne-temps. Elle a également introduit la faculté de monétiser les temps de repos. Ces nouvelles finalités ont été confortées et renforcées par les lois postérieures. Le compte épargne-temps permet donc au salarié d'échanger des temps de repos accumulés contre une rémunération immédiate ou différée¹³⁸³.

423. En ce qui concerne la perception d'une rémunération différée, les droits affectés au CET peuvent être utilisés pour alimenter un plan d'épargne d'entreprise, un plan d'épargne interentreprises ou un plan d'épargne pour la retraite collectif. Pour favoriser cette forme d'épargne, le législateur a prévu que les droits affectés sur un CET et transférés vers un PERCO sont, dans la limite de 10 jours par an, exonérés de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu¹³⁸⁴. Dans la même perspective, les droits issus d'un abondement de l'employeur et transférés sur un PERCO sont également exonérés de charges sociales dans la limite de 16 % du plafond annuel de sécurité sociale¹³⁸⁵. Le salarié peut aussi utiliser le CET pour financer des prestations de retraite à caractère collectif et obligatoire dans le cadre d'un dispositif de retraite supplémentaire d'entreprise¹³⁸⁶. Les droits inscrits au CET pour contribuer au financement de prestation de retraite bénéficient des mêmes avantages sociaux et fiscaux que ceux utilisés pour abonder un PERCO¹³⁸⁷.

424. Les droits stockés sur un CET permettent également de percevoir une rémunération immédiate¹³⁸⁸. Pour favoriser ce dispositif de monétisation, le Code du travail prévoyait que la faculté pour un salarié de convertir ses temps de repos en argent était autorisée quelles que soient les stipulations conventionnelles applicables¹³⁸⁹. Néanmoins, il semble que la loi

¹³⁸³ Article L. 3151-3 du Code du travail : « *Tout salarié peut, sur sa demande et en accord avec son employeur, utiliser les droits affectés sur le compte épargne-temps pour compléter ou pour cesser de manière progressive son activité* ».

¹³⁸⁴ Article L. 3152-4 du Code du travail.

¹³⁸⁵ Article R. 3334-2 du Code du travail.

¹³⁸⁶ Article L. 3334-8 du Code du travail.

¹³⁸⁷ Article L. 3152-4 du Code du travail.

¹³⁸⁸ La loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes permet aussi, à titre expérimental, la possibilité d'autoriser par voie d'accord collectif les salariés à utiliser leurs droits pour financer des prestations de service à la personne via un CESU.

¹³⁸⁹ Article L. 3153-1 du Code du travail.

Travail du 6 août 2016 ait supprimée cette disposition¹³⁹⁰. Toutefois, le salarié doit au préalable recueillir l'accord de l'employeur, qui conserve donc la maîtrise de ce dispositif. Les droits susceptibles d'être liquidés sous forme monétaire ne sont plus bridés par la loi, à l'exception de la cinquième semaine de congés payés qui ne peut qu'être utilisée aux fins de rémunérer un congé sans solde¹³⁹¹. « *La liberté d'utiliser les droits à des fins monétaires est donc bel et bien la règle même si la priorité ainsi donnée à la monétisation suppose l'accord de l'employeur* »¹³⁹². D'apparence simple, la monétisation des droits peut cependant soulever de véritables difficultés pratiques quant à la valorisation de ces droits sous forme de rémunération¹³⁹³. En effet, la loi ne donne aucune « *clé de conversion* » afin de déterminer leur montant¹³⁹⁴. En l'absence de prévisions de la part de l'accord collectif, une circulaire énonce que les jours stockés sont rémunérés selon la valeur de base de la journée de repos au moment de la liquidation¹³⁹⁵. Les droits pouvant être stockés depuis plusieurs années, le différentiel de valeur entre la date de leur apport sur le CET et la date de leur liquidation peut être très important en cas de hausse importante de la rémunération sur la période concernée. Dans cette situation, l'employeur pourrait être tenté d'utiliser son « droit de véto » afin de refuser au salarié la monétisation de ses droits, ce qui serait contraire à l'esprit du dispositif censé favoriser l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés¹³⁹⁶. Face à cette situation, un accord collectif pourrait-il prévoir que les jours stockés doivent être évalués au moment de leur transfert sur le compte épargne-temps et non de leur liquidation ? Le seul texte en la matière, qui ne dispose au demeurant d'aucune valeur juridique, estime que « *l'accord collectif peut prévoir des modalités particulières de valorisation* » sans pour autant renoncer au calcul de la valeur de la journée de repos au moment de la « *liquidation* »¹³⁹⁷.

¹³⁹⁰ Les articles L. 3151-2 et L. 3151-3 du Code du travail ne mentionnent en effet plus cette règle.

¹³⁹¹ Article L. 3151-3 du Code du travail. La monétisation de cette 5^{ème} semaine de congé pourrait être autorisée par le législateur, le droit de l'Union européenne n'imposant comme durée minimale de repos que 4 semaines de congés par an. Cf. Cass. soc. 25 septembre 2013, n° 12-10.037.

¹³⁹² LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁹³ Par valorisation, nous entendons le processus de détermination de la valeur des droits du salariés qu'il détient sur son CET pour en établir le prix.

¹³⁹⁴ LOISEAU G. et MICHAUD C., *op. cit.*

¹³⁹⁵ Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008, fiche n° 13. « *En l'absence d'accord collectif prévoyant les modalités de valorisation de la journée, la valeur de cette dernière est appréciée à la date du paiement* ».

¹³⁹⁶ Ce choix ne serait néanmoins qu'un pis-aller dans la mesure où, à terme, le compte épargne-temps devra être liquidé.

¹³⁹⁷ Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008, fiche n° 13.

425. Le compte épargne-temps constitue « *la forme conventionnelle la plus aboutie* » de gestion des temps de travail du salarié sur une période supérieure à l'année¹³⁹⁸. Ce dispositif souple et largement débridé par le législateur offre aux partenaires sociaux une grande latitude pour organiser la conversion des temps de repos en rémunération immédiate ou différée. Néanmoins, la possibilité offerte aux salariés de monétiser leur temps de repos se heurte à de nombreux obstacles qui empêchent la pleine réalisation des objectifs assignés à ce dispositif. La faculté de l'employeur de s'opposer discrétionnairement à la demande d'un salarié de monétiser ses temps de repos en constitue l'exemple le plus révélateur.

426. La volonté affichée du législateur d'améliorer la rémunération des salariés par une augmentation du temps de travail s'est traduite concrètement par l'assouplissement considérable de la faculté de recourir aux heures supplémentaires et par l'essor grandissant de la monétisation des temps de repos. Au-delà de l'allongement de la durée et de la quantité de travail, le législateur s'est également attelé à augmenter les périodes de travail disponibles.

Section II : L'AUGMENTATION DES TEMPS DE TRAVAIL DISPONIBLES.

427. A l'instar du régime des heures supplémentaires, le législateur a assoupli les conditions de recours au travail dominical et au travail de nuit. L'origine du repos dominical remonte à des temps immémoriaux¹³⁹⁹. C'est cependant la loi du 13 juillet 1906 qui a érigé en principe, toujours en vigueur aujourd'hui, que le repos hebdomadaire est par principe donné le dimanche¹⁴⁰⁰. Quant au travail de nuit, la France, suite à sa condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁴⁰¹, a finalement adopté par la loi du 9 mai 2001 une réglementation protectrice applicable à tous les travailleurs, cantonnant le recours au travail

¹³⁹⁸ MOREL F., « Quel espace pour la pluri-annualisation du temps de travail ? », *op. cit.*

¹³⁹⁹ Pour un historique complet, V. FRIEDEL G., « Les vicissitudes du principe du repos hebdomadaire », *Dr. soc.* 1967, p. 616.

¹⁴⁰⁰ Cette loi de 1906 admettait déjà des dérogations au principe du repos dominical pour répondre aux besoins impérieux de la population et aux nécessités inhérentes à certaines industries. En ce sens, v. VERICEL M., « Les dispositions de la loi Macron sur le travail le dimanche et le travail de nuit, ou comment faire la part du feu », *RDT* 2015, p. 504.

¹⁴⁰¹ CJCE 13 mars 1997, aff. 197/96, RJS 04/97, n° 495.

nocturne à des situations exceptionnelles¹⁴⁰². Néanmoins, l'évolution de la société et la promotion de la consommation comme moteur de notre économie ont conduit enseignants, consommateurs et, dans une moindre mesure, salariés, à revendiquer un assouplissement des règles en la matière¹⁴⁰³.

428. La loi du 10 août 2009, tout en réaffirmant le principe du repos dominical, avait élargi de manière non négligeable les facultés de dérogations à ce principe¹⁴⁰⁴. Cependant, cette loi, loin de répondre aux objectifs fixés par ses promoteurs, a davantage complexifié son régime juridique¹⁴⁰⁵. Un certain nombre d'entreprises ont cherché à contourner l'interdit, tant sur le plan du travail dominical¹⁴⁰⁶ que du travail de nuit¹⁴⁰⁷. La question des exceptions à l'interdiction du travail dominical a été examinée dans le cadre d'un rapport remis au gouvernement par Jean-Paul BAILLY¹⁴⁰⁸. Si la finalité première de cette remise à plat du dispositif consiste en une meilleure prise en compte des aspirations des français et des touristes étrangers en matière de consommation, le but est également affiché d'améliorer le pouvoir d'achat des salariés. Ainsi, le rapport dénonce, « *les incohérences (...) en termes de compensation et de volontariat sont légitimement mal vécues par les salariés, et sources d'incompréhension de la part de l'opinion publique* » et préconise « *que la réglementation évolue en la matière vers plus de cohérence et d'équité* »¹⁴⁰⁹. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, a globalement repris les préconisations du rapport, tout en allant plus loin via une refonte du travail de nuit.

¹⁴⁰² Loi n° 2001-397, 9 mai 2001, JO 2001, p. 7320. Plus spéc. article L. 3122-1 du Code du travail qui dispose que « *le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* ».

¹⁴⁰³ V. déjà, la contribution essentielle de BAUDRILLARD J., « La société de consommation », 1970, éd Denoël. Jean Baudrillard montre à quel point la consommation structure les relations sociales dans les sociétés occidentales, devenue un moyen de différenciation, et non de satisfaction.

¹⁴⁰⁴ Article L. 3132-3 du Code du travail. « *Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche* ». V. D'ALLENDE M., « Réforme du repos dominical. Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 », JCP S 2009, 1385, p. 8.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, VERICEL M., « Réformer pour clarifier le dispositif des dérogations et renforcer réellement les garanties des salariés », RDT 2013, p. 675.

¹⁴⁰⁶ T. com. Bobigny, 26 septembre 2013, n° 2013R00400 ; CA paris, Pôle 1, 3^{ème} ch., 29 octobre 2013, n° 13/18841, Lexbase hebdo, éd. Soc., 7 novembre 2013, n° 546.

¹⁴⁰⁷ Cass. soc. 24 septembre 2014, n° 13-24.851, JSL 2014, n° 275.

¹⁴⁰⁸ BAILLY J.-P., « Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans les commerces », La documentation française, décembre 2013.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 38.

429. A l'assouplissement des possibilités de recourir au travail dominical et de nuit (§1), le législateur a amélioré les contreparties offertes aux salariés sans pour autant parvenir à une stricte uniformisation (§2).

§ 1 : L'assouplissement des dérogations au travail dominical et de nuit.

430. Afin de favoriser le pouvoir d'achat des salariés par une extension des plages de travail disponibles, le régime juridique du travail dominical a été assoupli (A) et le régime du travail de nuit modifié par la création d'une nouvelle période de travail, le travail de soirée (B).

A. L'assouplissement des dérogations au travail dominical.

431. La réécriture des dispositions de la loi Maillé du 6 août 2009 a entraîné un élargissement des dérogations au repos dominical sur un fondement géographique (1) et un accroissement des dérogations accordées par une autorité administrative (2).

1) L'élargissement des dérogations géographiques.

432. La loi Maillé avait institué deux dérogations au repos dominical au profit des commerces de détail¹⁴¹⁰ situés dans une commune ou zone touristique ou dans un périmètre urbain de consommation exceptionnelle (PUCE). « *L'idée force* » de la loi Macron était de simplifier et d'assouplir la réglementation de ces dérogations reposant sur un fondement géographique¹⁴¹¹. Pour parvenir à ses fins, le législateur a reconfiguré les zones existantes et en a créé deux nouvelles. Il ressort de l'étude de ces nouvelles dispositions qu'un réel effort d'assouplissement a été réalisé, au détriment d'une véritable simplification des règles applicables.

¹⁴¹⁰ Il s'agit de tous les commerces mettant à disposition des « biens et services » à l'exception des commerces de détail alimentaire, régis par un autre dispositif.

¹⁴¹¹ VERICEL M., « Les dispositions de la loi Macron sur le travail le dimanche et le travail de nuit », RDT 2015, p. 504.

433. Les périmètres d'usage de consommation exceptionnel (PUCE) ont été remplacés par une nouvelle dérogation reposant sur la notion de zone commerciale. Ces PUCE étaient caractérisés par « *des habitudes de consommation dominicale, l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci de ce périmètre* »¹⁴¹². Ils devaient être délimités au sein d'une « *unité urbaine* »¹⁴¹³ de plus d'un million d'habitants, ce qui comprenait uniquement les agglomérations de Paris, Lyon, Aix-Marseille et Lille. Si des commentateurs autorisés ont constaté que ces PUCE ont connu un succès certain, il n'en demeure pas moins qu'il est resté très localisé, puisque la majorité de ces périmètres ont été créés en Île-de-France¹⁴¹⁴. La loi Macron a supprimé les PUCE pour les remplacer par un dispositif fondé sur l'établissement de zones commerciales dont le champ territorial est censé être « *nettement plus large* »¹⁴¹⁵. L'article L. 3132-25-1 du Code du travail les instituant apporte peu d'informations quant à leurs contours puisqu'il définit ces zones comme étant celles caractérisées « *par une offre commerciale importante et une demande potentielle particulièrement importante* ». Nettement plus précis cependant, l'article R. 3132-20-1 du Code du travail issu d'un décret du 23 septembre 2015 a facilité la mise en place de ces zones par une atténuation des conditions nécessaires à leur reconnaissance¹⁴¹⁶. Désormais, pour être qualifiée de zone commerciale, la zone doit, dans un premier temps, constituer un ensemble commercial d'une surface de vente supérieure à 20 000 mètres carrés. Elle doit, ensuite, soit accueillir un nombre annuel de clients supérieur à 2 millions, soit être située dans une unité urbaine recensant une population supérieure à 100 000 habitants¹⁴¹⁷. La réduction drastique du nombre d'habitants exigés dans l'unité urbaine devrait grandement favoriser la mise en place de zones commerciales sur l'ensemble du territoire¹⁴¹⁸.

¹⁴¹² D'ALLENDE M., *op. cit.*

¹⁴¹³ Cette notion est issue du Code général des collectivités territoriales.

¹⁴¹⁴ EOCHÉ-DUVAL C., « Le recours au travail dominical et en soirée », JCP S 23 décembre 2014, n° 52, Actu. 465. L'auteur précise que 38 sur 41 des PUCE ont été créés dans cette région.

¹⁴¹⁵ VERICEL M., « Les dispositions de la loi Macron sur le travail le dimanche et le travail de nuit », RDT 2015, p. 504.

¹⁴¹⁶ Décret n° 2015-1173 du 23 septembre 2015 portant application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

¹⁴¹⁷ Article R. 3132-20-1 du Code du travail. Il est aussi précisé que ladite zone doit être dotée d'infrastructures adaptées et accessible par les moyens de transport individuels et collectifs. Ce critère semble, à première vue, trop flou pour être dotée d'une réelle effectivité.

¹⁴¹⁸ Il est à noter que l'article 257 de loi Macron dispose que les anciennes PUCE constituent de droit des zones commerciales. La loi nouvelle ne peut donc avoir comme effet que d'étendre le champ des dérogations au repos dominical.

434. Les zones touristiques se substituent par ailleurs aux zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation permanente, et aux communes touristiques ou thermales. Au-delà du toilettage de l'appellation, la nouvelle rédaction du Code du travail ne modifie pas fondamentalement le périmètre de ce secteur dérogatoire. Le nouvel article L. 3132-25 du Code du travail prévoit que les zones touristiques sont des zones caractérisées « *par une affluence particulièrement importante de touristes* »¹⁴¹⁹, ce qui semble aller de soi. Un auteur estime cependant que ce critère semblait moins restrictif que celui issu de l'ancienne rédaction de l'article L. 3132-25 du Code du travail qui visait des zones « *d'affluence exceptionnelle* »¹⁴²⁰. Le décret d'application du 23 septembre 2015 qui précise les critères à prendre en compte pour délimiter ces zones paraît démentir cette assertion¹⁴²¹. En effet, les critères posés par le nouvel article R. 3132-20 du Code du travail sont peu ou prou les mêmes que ceux institués par l'ancien article du même Code¹⁴²². La nouvelle dénomination n'entraîne donc pas, au moins au niveau de son champ d'application, de notables modifications.

435. La loi Macron a donc accru la portée de la dérogation issue des PUCE et maintenue celle issue des zones ou communes touristiques ou thermales. Elle a également créé de

¹⁴¹⁹ Ce qui semble être la moindre des choses pour une zone touristique...

¹⁴²⁰ TOURNAUX S., « Loi Macron : dispositions relatives au repos dominical et au travail en soirée », Lexbase hebdo, éd. Soc., 3 septembre 2015, n° 623.

¹⁴²¹ Décret n° 2015-1173 du 23 septembre 2015 portant application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Lexbase L2168KI7.

¹⁴²² Article R. 3132-20 du Code du travail : « *Les critères notamment pris en compte pour le classement en zones touristiques sont :*

1° Le rapport entre la population permanente et la population saisonnière ;

2° Le nombre d'hôtels ;

3° Le nombre de villages de vacances ;

4° Le nombre de chambres d'hôtes ;

5° Le nombre de terrains de camping ;

6° Le nombre de logements meublés destinés aux touristes ;

7° Le nombre de résidences secondaires ou de tourisme ;

8° Le nombre de lits répartis au sein des structures d'hébergement mentionnées aux six alinéas précédents ;

9° La capacité d'accueil des véhicules par la mise à disposition d'un nombre suffisant de places de stationnement ».

Ancien article R. 3132-20 du Code du travail : « *Les critères notamment pris en compte pour le classement en commune d'intérêt touristique ou thermale sont :*

1° Le rapport entre la population permanente et la population saisonnière ;

2° Le nombre d'hôtels ;

3° Le nombre de gîtes ;

4° Le nombre de campings ;

5° Le nombre de lits ;

6° Le nombre des places offertes dans les parcs de stationnement d'automobiles ».

nouvelles zones, écornant encore un peu plus le principe du repos dominical. Les zones touristiques internationales (ZTI) « se distinguent des zones touristiques tout court par leur finalité et leur mode d'édition »¹⁴²³. La création de ces zones fait suite au constat que, si la France est la première destination touristique mondiale, elle n'est que la neuvième en matière de panier moyen par touriste¹⁴²⁴. Instaurées par l'article L. 3132-24 du Code du travail, leur délimitation relève des attributions des ministres chargés du travail, du tourisme et du commerce et non d'une décision prise au niveau local, comme c'est le cas pour les zones commerciales et touristiques¹⁴²⁵. Cette prérogative ministérielle témoigne ainsi de la volonté, pour le gouvernement, de garder la mainmise sur un levier potentiel de l'économie nationale. Ces zones doivent être délimitées compte tenu « du rayonnement international, de l'affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France et de l'importance de leurs achats »¹⁴²⁶. Le décret d'application n'a pas véritablement précisé les critères de délimitation de ces zones touristiques internationales¹⁴²⁷. Des arrêtés ont cependant été pris pour créer des ZTI qui étaient, à l'origine, localisées dans Paris intramuros¹⁴²⁸. Des arrêtés du 5 février 2016 et du 25 juillet 2016 ont étendu ces dispositions à neuf villes de province, portant le nombre de ZTI à 21¹⁴²⁹.

¹⁴²³ EOCHÉ-DUVAL C., « Le recours au travail dominical et en soirée », JCP S 23 décembre 2014, n° 52, Act. 465.

¹⁴²⁴ D'ALLENDE M., « Réforme des dérogations au repos dominical », JCP S 15 septembre 2015, 1318, p. 15.

¹⁴²⁵ Il s'agit d'une décision préfectorale prise après consultation de nombreux acteurs locaux. Néanmoins, cette décision ne peut être prise que postérieurement à la saisine du préfet par le maire ou le président de l'EPCI si le territoire concerné dépasse celui de la commune.

¹⁴²⁶ Article L. 3132-24 du Code du travail.

¹⁴²⁷ Article R. 3132-21-1 du Code du travail : « Les zones touristiques internationales prévues à l'article L. 3132-24 sont délimitées par un arrêté des ministres chargés du travail, du tourisme et du commerce. II. - Pour l'application des dispositions de l'article L. 3132-24, sont pris en compte les critères suivants :

1° Avoir un rayonnement international en raison d'une offre de renommée internationale en matière commerciale ou culturelle ou patrimoniale ou de loisirs ;

2° Etre desservie par des infrastructures de transports d'importance nationale ou internationale ;

3° Connaître une affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France ;

4° Bénéficier d'un flux important d'achats effectués par des touristes résidant hors de France, évalué par le montant des achats ou leur part dans le chiffre d'affaires total de la zone ».

¹⁴²⁸ Arrêté du 25 septembre 2015 délimitant une zone touristique internationale à Paris, JORF n°0223 du 26 septembre 2015 page 17247, texte n° 35 et s. Des auteurs avisés remarquent que ces nouvelles zones incluent toutes les enseignes FNAC parisiennes, ce qui est étonnant au regard du rejet de l'amendement au projet de loi qui visait à inclure les commerces de détail de biens culturels à la liste des établissements dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire le dimanche en vertu de l'article L. 3132-12 du Code du travail. En ce sens, FAVENNEC-HERY F., « Travail dominical, travail en soirée », Dr. soc. 2015, p. 787.

¹⁴²⁹ Cannes, Deauville, Nice, Saint-Laurent-du-Var, Cagnes-sur-Mer et Val d'Europe pour les arrêtés du 5 février 2016 et Antibes, La Baule et Dijon pour ceux du 25 juillet 2016.

436. En sus de ces nouvelles zones touristiques internationales, la loi Macron a également apporté une dernière nouveauté aux dérogations géographiques pour les établissements de vente au détail « situés dans l'emprise d'une gare compte tenu de l'affluence exceptionnelle de passagers dans cette gare »¹⁴³⁰. La liste de ces gares doit être fixée par un arrêté conjoint des ministres des transports, du travail et du commerce. A l'heure actuelle, un arrêté du 9 février 2016 a autorisé la dérogation au repos dominical dans six gares parisiennes et dans six gares de « province »¹⁴³¹.

437. La création de ces deux dernières zones permet, en dernier lieu, une plus grande dérogation au repos dominical pour les commerces de détail alimentaire. L'article L. 3132-13 du Code du travail prévoit, depuis la loi Maillé de 2009, la possibilité pour ces commerces de donner le repos hebdomadaire à partir de treize heures¹⁴³². Désormais, ce régime s'articule avec ces nouvelles dérogations. Aux termes de l'article L. 3132-25-5 du Code du travail, les commerces de détail alimentaire situés dans une ZTI ou dans une gare à l'affluence exceptionnelle peuvent faire travailler leurs salariés au-delà de treize heures, à charge pour les employeurs de leur donner le repos hebdomadaire un autre jour de la semaine.

438. Les nouvelles dérogations reposant sur un fondement géographique constituent une indéniable extension des dérogations au repos dominical. Les nouveaux critères de délimitation des zones remplaçant les PUCE et les communes et zones touristiques et thermales sont moins contraignants. De plus, la création des ZTI et des gares à l'affluence exceptionnelle renforcent les possibilités de dérogations tant par leur champ d'application nouveau que par leur applicabilité aux commerces de détail alimentaire. Cet accroissement s'applique également aux dérogations administratives.

¹⁴³⁰ Article L. 3132-25-6 du Code du travail.

¹⁴³¹ Arrêté du 9 février 2016 pris pour l'application de l'article L. 3132-25-6 du code du travail et autorisant l'ouverture dominicale des commerces de détail situés dans des gares.

¹⁴³² Avant la loi Maillé, cette dérogation de droit existait déjà mais le repos hebdomadaire devait être donné à partir de midi.

2) *L'accroissement des dérogations administratives.*

439. La loi Macron a amendé à la marge le dispositif permettant au préfet, après avoir recueilli l'avis d'un certain nombre d'acteurs locaux¹⁴³³, d'accorder toute l'année ou à certaines époques de l'année des dérogations au principe du repos dominical lorsqu'il est établi que le repos donné simultanément à tous les salariés le dimanche serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement¹⁴³⁴. Si l'article L. 3132-21 du Code du travail précise que, dorénavant, cette autorisation ne pourra être accordée que pour une durée maximale de trois ans, ce qui a pour conséquence d'encadrer, sinon de restreindre la portée de cette autorisation, l'alinéa 2 prévoit que dans certaines situations, le préfet n'aura plus à requérir les avis des acteurs locaux. Ainsi, en cas d'urgence dûment justifiée ou lorsque le nombre de dimanches travaillés n'excède pas trois par an, la procédure de consultation n'est pas requise.

440. Plus significative est l'élargissement des possibilités de dérogation accordées aux maires. Cette dérogation « *historique* » héritée de la loi du 13 juillet 1906 autorisait jusqu'à la loi Macron le maire d'une commune ou, à Paris, le préfet¹⁴³⁵, de supprimer le repos dominical pour les commerces de détail dans la limite de cinq dimanches par an¹⁴³⁶. Suivant les préconisations du rapport Bailly¹⁴³⁷, la loi du 6 août 2015 élargit les possibilités de déroger en permettant au maire d'autoriser les commerces à faire travailler leur salarié jusqu'à douze dimanches par an. Cette décision est prise après avis du conseil municipal ainsi que des organisations d'employeurs et de salariés intéressés¹⁴³⁸. Lorsque le nombre de

¹⁴³³ Avis du conseil municipal et le cas échéant, de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunal dont la commune est membre, de la chambre de commerce et d'industrie, de la chambre des métiers et de l'artisanat, ainsi que des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés intéressés de la commune.

¹⁴³⁴ Article L. 3132-20 du Code du travail.

¹⁴³⁵ Cons. Constit., 24 juin 2016 n° 2016-547 - Ville de Paris. Par cette décision, Le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution le 4^{ème} alinéa de l'article L. 3132-26 du code du travail et les mots « ou, à Paris, le préfet ». Dès lors, l'exception propre à la Capitale n'existe plus, au motif qu'elle n'était fondée sur aucun motif d'intérêt général.

¹⁴³⁶ MORAND M., « Les dimanches du maire : 1 = 2 ou 3 ? », note sous Cass. crim. 22 septembre 2015, n° 13-82.284, JCP S, 10 novembre 2015, n° 46, p. 29.

¹⁴³⁷ La loi Macron ne reprend cependant pas entièrement les propositions du rapport qui estimait nécessaire de faire bénéficier aux commerces « d'un droit de tirage » discrétionnaire de 5 dimanches par an, à charge ensuite pour les maires d'autoriser ou non la possibilité d'attribuer jusqu'à 7 dimanches supplémentaires. Cf. Rapport Bailly, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴³⁸ Article R. 3132-21 du Code du travail.

dimanches travaillés excède cinq, l'avis conforme et non consultatif de l'organe délibérant de l'EPCI dont la commune est membre devra être recueilli¹⁴³⁹. Il est également notable que, pour éviter une trop grande concurrence entre grandes surfaces et commerces de proximité, le législateur a prévu que, pour les commerces de détail alimentaire dont la surface est supérieure à 400 m², lorsque les jours fériés sont travaillés, ils devront être déduits des dimanches autorisés par le maire, dans la limite de trois par an¹⁴⁴⁰.

441. Les nouvelles dérogations mises en place par la loi Macron du 6 août 2015 constituent une indéniable extension des dérogations au repos dominical. Si quelques mesures éparses ont été prises afin d'éviter de potentielles dérives¹⁴⁴¹, le principe du repos dominical est grandement remis en cause aux fins de favoriser l'activité économique des commerces de détail. La création d'une nouvelle période de travail, le « travail de soirée », qui vise à contourner les règles protectrices du travail de nuit, participe de la même logique.

B. La création du travail de soirée.

442. L'article L. 3122-4 du Code du travail, réécrit par la loi Travail du 8 août 2016¹⁴⁴², a pour objet de permettre aux établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et services situés dans une zone touristique internationale¹⁴⁴³ de faire travailler leurs salariés jusqu'à minuit sans pour autant devoir appliquer les dispositions relatives au travail de nuit¹⁴⁴⁴. Ce texte de circonstance fait directement suite à plusieurs décisions de justice qui ont condamné des sociétés ayant eu recours au travail nocturne.

443. Le travail de nuit, aux termes de l'article L. 3122-1 du Code du travail, revêt un caractère exceptionnel et doit être justifié par « *la nécessité d'assurer la continuité de*

¹⁴³⁹ Il s'agit, vraisemblablement, d'éviter la concurrence entre des communes censées coopérer entre-elles.

¹⁴⁴⁰ Article L. 3132-26 du Code du travail. On peut douter de l'efficacité d'une telle mesure dont le respect risque d'être de l'ordre de l'anecdotique.

¹⁴⁴¹ Encadrement de la durée des autorisations préfectorales, acteurs locaux davantage consultés, limitation des dérogations des grandes surfaces au profit des petits commerces de détail alimentaire...

¹⁴⁴² La paternité du travail de soirée revient à la loi Macron du 6 août 2015.

¹⁴⁴³ Cf. *Supra*.

¹⁴⁴⁴ CAILLOUX-MEURICE L., « Le travail de nuit et le travail en soirée : à chaque nuit suffit sa peine », JCP S 15 septembre 2015, n° 38, 1319, p. 22.

l'activité économique ou des services d'utilité sociale »¹⁴⁴⁵. Ce texte n'est pas une simple pétition de principe, mais constitue une véritable condition de validité et l'accord collectif mettant en place le travail de nuit doit comporter les justifications conduisant à la mise en place de cette forme de travail atypique¹⁴⁴⁶. Une circulaire d'application précise en outre que « *le caractère exceptionnel peut être regardé par rapport à un secteur particulier (par exemple, les discothèques, les casinos, les hôpitaux...) pour lequel le travail de nuit est inhérent à l'activité. Pour les autres secteurs, le recours au travail de nuit doit être lié à l'examen préalable des autres possibilités d'aménagement du temps de travail. De plus, les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs devront être pris en compte. Ainsi, les critères de rentabilité des investissements ne sauraient être les seuls qui seront retenus* »¹⁴⁴⁷.

444. Néanmoins, la Cour de cassation ne s'est prononcée que très récemment sur la portée de l'article L. 3122-1 du Code du travail. La Chambre sociale a eu à connaître du très médiatique litige concernant la société Sephora¹⁴⁴⁸. Dans cette affaire, le magasin de l'enseigne situé sur les Champs-Élysées faisait travailler depuis 1996 ses salariés jusqu'à minuit ou une heure suivant les périodes de l'année. Suite à une saisine du conseil de prud'hommes en référé par les syndicats, l'affaire a été portée devant la Cour de cassation. La société Sephora, pour justifier le caractère exceptionnel du recours au travail de nuit, invoquait à la fois la nécessité « *d'assurer la continuité de l'activité économique* » du secteur où elle était implantée, et de contraintes internes à son activité et à son fonctionnement, tel que « *l'impossibilité de faire stationner ses véhicules en journée* » ou « *l'impossibilité de procéder au remplissage des rayons pendant la journée* »¹⁴⁴⁹. Ces arguments n'ont pas emporté la conviction du juge. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision. D'une part, la Cour de cassation « *admet que la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique puisse être appréciée au vu de la situation particulière de l'entreprise et pas uniquement en considération de son secteur d'activité* »¹⁴⁵⁰. D'autre part « *ni la situation*

¹⁴⁴⁵ Article jugé conforme à la Constitution par Cons. Constit., 4 avril 2014, RJS 2014, n° 480.

¹⁴⁴⁶ Article L. 3122-33 du Code du travail.

¹⁴⁴⁷ Circulaire DRT 2002-09 du 05 mai 2002, texte non paru au Journal officiel.

¹⁴⁴⁸ Cass. soc. 24 septembre 2014, n° 14-24.851, RJS 12/14, n° 867.

¹⁴⁴⁹ LAVALLART J.-M., « Réflexions iconoclastes (?) sur le travail de nuit – à propos de l'arrêt Séphora », SSL 2015, 1667.

¹⁴⁵⁰ MARIETTE S., « Quelques réflexions sur le travail de nuit », RJS 11/15, p. 655.

géographique d'un établissement implanté au sein d'une zone touristique ni la rentabilité économique de l'ouverture nocturne dans une telle zone ne constituent des circonstances exceptionnelles »¹⁴⁵¹. La Cour de cassation fait prévaloir une interprétation stricte du caractère exceptionnel du travail de nuit, qui ne doit être mis en place qu'à défaut de toute autre possibilité d'aménagement du temps de travail. Une décision du 2 septembre 2014 de la Chambre criminelle corrobore également cette interprétation restrictive¹⁴⁵². Dans ce litige, un supermarché faisait effectuer à ses salariés une partie de leurs activités au-delà de 21 heures, sans pour autant qu'ils puissent bénéficier du statut de travailleur de nuit¹⁴⁵³. Le juge, après avoir retenu que l'activité de commerce alimentaire ne nécessitait pas le recours au travail de nuit, juge illégal le recours à cette forme atypique de travail, dès lors que des salariés accomplissent une partie de leur travail durant la période litigieuse, et ce, même s'ils ne jouissaient pas du statut protecteur de travailleur nocturne. La Cour de cassation fait donc primer la protection de la santé des salariés sur les intérêts mercantiles des entreprises par une interprétation assez stricte de la condition d'exceptionnalité¹⁴⁵⁴.

445. L'article L. 3122-4 du Code du travail institué par la loi Macron du 6 août 2015 a comme principale raison d'être de contrecarrer les effets de ces jurisprudences. La loi « *retrace* » les contours de la « *nuit* »¹⁴⁵⁵. Au sein des zones touristiques internationales et des gares à affluence exceptionnelle, l'activité des salariés entre 21 heures et minuit sera régie par le régime propre du travail en soirée et non plus du travail de nuit. Au-delà de minuit, le régime du travail de nuit trouvera à s'appliquer¹⁴⁵⁶. Désormais, les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services et qui font travailler leurs salariés de 21 heures à minuit pourront le faire sans avoir à le justifier par un motif légitime. La possibilité de déroger à l'interdiction du travail de nuit n'est dès lors plus fondée

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² Cass. crim., 2 septembre 2014, n° 13-83.304, RJS 11/14, n° 782.

¹⁴⁵³ Le Code du travail (Article L. 3122-31 et R. 3122-8 du Code du travail) instaure en effet une distinction entre, d'une part, le travail de nuit, qui est tout travail réalisé entre 21 heures et 6 heures, et, d'autre part, le statut de travailleur de nuit, qui s'applique aux salariés qui accomplissent au moins deux fois par semaine au moins 3 heures de leur temps de travail quotidien durant la période considérée comme du travail de nuit, ou qui accomplissent 270 heures de travail de nuit sur une période de 12 mois consécutifs.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, MARIETTE S., *op. cit.*

¹⁴⁵⁵ CAILLOUX-MEURICE L., « Le travail de nuit et le travail en soirée : à chaque nuit suffit sa peine », JCP S 15 septembre 2015, n° 38, 1319, p. 22.

¹⁴⁵⁶ Aux termes de l'article L. 3122-29-1 du Code du travail, la fin de la période de travail en soirée peut être abaissée.

sur la nature particulière de l'activité de l'entreprise mais sur sa situation géographique. La faculté de déroger se trouve grandement facilitée car elle n'est plus conditionnée que par la conclusion d'un accord collectif¹⁴⁵⁷.

446. Au-delà de l'assouplissement des possibilités d'autoriser le travail des salariés le dimanche ou en soirée, la loi Macron avait pour objectif d'harmoniser par le haut les contreparties octroyées aux salariés employés sur ces périodes spécifiques. Si un effort a été réalisé en ce sens, il existe toutefois encore un certain nombre de disparités suivant les dispositifs dérogatoires.

§ 2 : Le renforcement des contreparties.

447. A l'assouplissement des conditions de dérogations répond l'intention de généraliser l'octroi de contreparties pour les salariés occupés le dimanche. Cet objectif se traduit par l'extension du principe du volontariat de manière quasi générale à toutes les situations de dérogations (A) ainsi que par la nécessité de prévoir des contreparties pécuniaires par accord collectif (B).

A. La protection du consentement du salarié.

448. L'un des objectifs que s'était fixé la loi Macron était d'étendre le principe du volontariat aux différentes situations de dérogation au repos dominical¹⁴⁵⁸. L'amélioration de la rémunération des salariés par une extension des plages de travail disponibles ne doit pas se faire sans leur accord. Si quelques progrès peuvent être enregistrés, il n'en demeure pas moins que de fortes disparités perdurent toujours suivant les dispositifs de dérogation et que la portée dudit principe demeure très imprécise.

¹⁴⁵⁷ Aux termes de l'article L. 3122-19 du Code travail, il s'agit soit « d'un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise, d'établissement ou territorial ».

¹⁴⁵⁸ FAVENNEC-HERY F., « Travail dominical, travail en soirée », Dr. soc. 2015, p. 787.

449. La loi Maillé du 10 août 2009 avait déjà, dans une certaine mesure, instauré le principe du volontariat pour les dérogations au titre d'un PUCE et pour les dérogations préfectorales¹⁴⁵⁹. La loi Macron du 6 août 2015 étend le champ d'application du principe du volontariat à l'ensemble des dérogations reposant sur un fondement géographique¹⁴⁶⁰. L'article L. 3132-27-1 du Code du travail étend également le volontariat aux dérogations accordées après autorisation du maire. Enfin, concernant le recours au travail en soirée, il est aussi assujéti à la nécessité de recueillir l'accord du salarié¹⁴⁶¹. L'intention législative d'étendre la portée du volontariat est manifeste. Néanmoins, ce mouvement d'extension n'est pas généralisé à toutes les dérogations au repos dominical. Ainsi, pour les dérogations permanentes de droit¹⁴⁶² et pour les dérogations conventionnelles¹⁴⁶³ visant les industries ou entreprises industrielles¹⁴⁶⁴, le principe du volontariat n'est pas retenu et le refus du salarié de travailler un dimanche demeure fautif.

450. L'exigence du volontariat suscite de nombreuses interrogations. Dans chacune des dérogations concernées par le principe, la loi exige que l'employeur recueille l'accord individuel écrit de chaque salarié. De plus, le refus de travailler le dimanche ne peut justifier ni un refus d'embauche, ni une mesure discriminatoire, ni un licenciement¹⁴⁶⁵. L'articulation des deux textes nous paraît malaisée. En effet, si le salarié s'engage par écrit auprès de son employeur à travailler le dimanche, cette nouvelle organisation du temps de travail va se trouver contractualisée et travailler le dimanche devenir une obligation contractuelle du salarié. Dès lors, le refus pour le salarié de venir travailler le dimanche alors même qu'il s'est engagé à le faire devrait pouvoir être analysé comme une violation de ses obligations contractuelles, comportement fautif susceptible d'être sanctionné disciplinairement.

¹⁴⁵⁹ Ancien article L. 3132-25-4 du Code du travail. Les communes d'intérêt touristique ou thermales et les zones touristiques d'affluence exceptionnelle n'étaient donc pas concernées.

¹⁴⁶⁰ Article L. 3132-25-4 du Code du travail.

¹⁴⁶¹ Article L. 3122-4, alinéa 2 du Code du travail.

¹⁴⁶² Article L. 3132-12 du Code du travail. Cette dérogation concerne les établissements dont le fonctionnement est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public. Les catégories d'établissements concernées sont énumérées aux articles R. 3132-5 du Code du travail et suivant.

¹⁴⁶³ Article L. 3132-13 du Code du travail. Cette dérogation concerne les commerces de détail alimentaire qui peuvent donner le repos hebdomadaire le dimanche à partir de 13 heures.

¹⁴⁶⁴ Article L. 3132-14 et L. 3132-15 du Code du travail qui organisent la mise en place du travail en continu ou d'équipes de suppléance.

¹⁴⁶⁵ Article L. 3132-25-4 du Code du travail.

451. Cette analyse nous semble pouvoir être appuyée par deux dispositions de l'article L. 3132-25-4 du Code du travail. Ce texte renvoie tout d'abord à l'accord collectif le soin de déterminer les modalités de prise en compte d'un changement d'avis du salarié privé du repos dominical. C'est avouer à demi-mots que le changement d'avis du salarié n'est pas purement discrétionnaire et doit respecter une procédure conventionnellement préétablie. De surcroit, l'article L. 3132-25-4 du Code du travail a prévu un régime extrêmement détaillé dans le cadre de la dérogation administrative accordée par le préfet à défaut d'accord collectif applicable dans l'établissement¹⁴⁶⁶. L'employeur doit, dans cette situation, demander chaque année au salarié s'il souhaite bénéficier d'une priorité pour occuper ou reprendre un emploi relevant de sa catégorie professionnelle ne comportant pas de travail le dimanche. Il doit également, à cette occasion, l'informer de la faculté de ne plus travailler le dimanche. Dans ce cas, le refus du salarié prend effet trois mois après sa notification écrite à l'employeur. Dans cette hypothèse également le changement d'avis du salarié est encadré et ne peut prendre effet qu'après l'attente d'un délai relativement long¹⁴⁶⁷. En outre, il semble évident que, si le salarié décide d'arrêter de travailler le dimanche avant la fin du délai de trois mois, il puisse être sanctionné disciplinairement.

452. Ainsi, la teneur du principe du volontariat doit être relativisée. Il s'agit avant tout du droit, pour le salarié, de ne pas accepter de travailler le dimanche. Dès lors qu'il s'engage par écrit à travailler le dimanche, le refus d'exécuter sa prestation de travail ce jour-là constituera probablement un comportement fautif susceptible d'être sanctionné, peu important la rédaction de l'article L. 3132-25-4 du Code du travail. Le caractère obscur de cette disposition avait déjà été relevé par un auteur pour qui « *ce texte est ambigu. Il ne donne pas clairement un droit au retour au repos dominical pour le salarié* »¹⁴⁶⁸. Ce constat est partagé. Les effets du changement d'avis du salarié sont largement tributaires du contenu de l'accord collectif mettant en place le travail dominical ou de soirée. Il est regrettable que le législateur n'ait pas généralisé le dispositif mis en place pour les dérogations accordées par le préfet qui, elles, confèrent au salarié un véritable droit au retour au repos dominical. Les désillusions risquent également d'être grandes en ce qui

¹⁴⁶⁶ En cas de préjudice lié au public ou d'une atteinte au fonctionnement normal de l'entreprise.

¹⁴⁶⁷ Ce qui pourrait décourager certains salariés d'user de leur faculté à renoncer de travailler le dimanche.

¹⁴⁶⁸ TOURNAUX S., « Loi Macron : dispositions relatives au repos dominical et au travail en soirée », *Lexbase hebdo*, éd. Soc., 3 septembre 2015, n° 623.

concerne les contreparties pécuniaires octroyées en contrepartie de l'extension des plages de travail disponibles.

B. L'absence d'unité des contreparties pécuniaires.

453. L'octroi de compensations sociales supplémentaires en échange d'un élargissement des facultés de recours à des formes atypiques de travail figure parmi les exigences que s'était assignée la loi Macron. Cette exigence est quasiment généralisée à l'ensemble des dérogations au travail dominical et au travail de nuit. Elle est notamment portée par le principe du « *un accord, sinon rien* »¹⁴⁶⁹. Autrement dit, c'est aux accords collectifs mettant en place ces formes de travail atypiques de prévoir les compensations sociales versées aux salariés. Au-delà de cette simplicité apparente, des disparités perdurent entre les différentes catégories de dérogations, disparités nuisibles à la clarté de l'ensemble du dispositif.

454. Les contreparties salariales relatives aux dérogations reposant sur un fondement géographique doivent être prévues par l'accord collectif instituant la dérogation ou, dans les entreprises de moins de onze salariés, par décision de l'employeur approuvée par la majorité des salariés¹⁴⁷⁰. L'accord collectif ou la décision de l'employeur doit prévoir une compensation déterminée afin de tenir compte du caractère dérogatoire du travail accompli mais également des contreparties pour compenser les charges induites par la garde des enfants.

455. Dans le cadre des dérogations accordées par le préfet, un accord collectif fixe les contreparties accordées aux salariés. Néanmoins, il n'est pas exigé de celui-ci qu'il prévoit des contreparties aux charges induites par la garde d'enfants. De surcroît, une différence notable doit être relevée entre ces deux premières catégories de dérogations. Pour les dérogations préfectorales, le travail dominical peut être institué nonobstant l'absence d'accord collectif applicable par une décision de l'employeur approuvée par référendum¹⁴⁷¹. Dans cette hypothèse, un plancher minimum légal est institué et chaque salarié doit

¹⁴⁶⁹ EOCHÉ-DUVAL C., « Le recours au travail dominical et en soirée », JCP S, 23 décembre 2014, n° 52, Act. 465.

¹⁴⁷⁰ Article L. 3132-25-3, II du Code du travail.

¹⁴⁷¹ Cette faculté n'est ouverte aux dérogations géographiques que pour les entreprises de moins de 11 salariés.

bénéficiaire d'un repos compensateur et d'une rémunération égale au double de la rémunération normalement due¹⁴⁷².

456. Concernant les dérogations accordées par le maire, là encore les compensations prévues ne sont pas les mêmes. Dans cette situation, la dérogation au repos dominical n'a pas à être mise en place par accord collectif. Cependant, les salariés bénéficient tous d'une rémunération au moins égale au double de leur rémunération habituelle et d'un repos équivalent en temps¹⁴⁷³.

457. Au demeurant, si le législateur s'est préoccupé de réécrire les dispositions relatives à ces dérogations temporaires, il n'a pas véritablement cherché à harmoniser par le haut le statut des salariés employés à travailler le dimanche au titre des dérogations permanentes de droit. Les salariés travaillant au sein d'établissements dont le fonctionnement est rendu nécessaire par les contraintes de la production ou les besoins du public ne sont pas concernés par l'exigence d'être couvert par un accord collectif et, en corolaire, ne peuvent prétendre à des contreparties salariales supplémentaires¹⁴⁷⁴. Le sort des salariés employés dans des commerces alimentaires est plus enviable, bien qu'encore une fois, il règne une très grande hétérogénéité dans les compensations. Dans un premier temps, il existe une distinction entre les salariés suivant leur âge. Les salariés âgés de moins de vingt et un ans logés chez leurs employeurs bénéficient d'un repos compensateur d'un autre après-midi par semaine. Pour les autres, ils bénéficient d'un repos compensateur par quinzaine d'une journée entière¹⁴⁷⁵. Dans un second temps, la loi du 6 août 2015 a ajouté une distinction à opérer suivant la superficie du commerce¹⁴⁷⁶. La loi dispose désormais qu'en sus de ce repos compensateur, les salariés employés dans des commerces dans la superficie est supérieure à 400 m² bénéficient d'une majoration de rémunération d'au moins 30%¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷² Article L. 3132-25-3, I, alinéa 3 du Code du travail. Une telle disposition devrait motiver les organisations syndicales à ne pas négocier d'accord collectif au regard de l'importance de ces contreparties salariales dans le cadre d'une décision de l'employeur.

¹⁴⁷³ Article L. 3132-27 du Code du travail.

¹⁴⁷⁴ Article L. 3132-12 du Code du travail.

¹⁴⁷⁵ Article L. 3132-13 du Code du travail.

¹⁴⁷⁶ Dans le dessein de ne pas trop alourdir les charges pesant sur les petites enseignes. En ce sens, D'ALLENDE M., « Réforme des dérogations au repos dominical », JCP S, 15 septembre 2015, n° 38, 1318, p. 20.

¹⁴⁷⁷ Article L. 3132-13 du Code du travail.

458. Enfin, le régime le plus protecteur des intérêts des salariés concerne le dispositif dont le champ d'application personnel est le plus restreint¹⁴⁷⁸. En ce sens, l'accord collectif régissant le travail en soirée doit prévoir des compensations salariales au moins égales au double de la rémunération habituelle et donnant lieu à un repos compensateur équivalent en temps¹⁴⁷⁹. L'accord doit, en outre, prévoir un moyen de transport pris en charge par l'employeur pour que le salarié puisse rejoindre son domicile¹⁴⁸⁰. Enfin il doit prévoir une compensation aux charges liées à la garde des enfants¹⁴⁸¹. Sur ce point, « *l'organisation du travail en soirée s'avère plus contraignante et plus coûteuse que le travail de nuit* »¹⁴⁸². En effet, les salariés employés pendant une période de travail en soirée percevront des avantages bien supérieurs aux travailleurs de nuit, qui ne bénéficient de manière obligatoire que de contreparties sous forme de repos compensateur¹⁴⁸³. La suppression de la nécessité de démontrer le caractère exceptionnel et nécessaire de recourir au travail après 21 heures se fait donc, pour les employeurs, par un alourdissement non négligeable du coût du travail. Il est néanmoins regrettable que le législateur ne se soit pas saisi de cette opportunité pour harmoniser les contreparties de ces deux catégories de dérogations.

459. Certains auteurs louent « *l'effort d'harmonisation – à défaut d'uniformisation* »¹⁴⁸⁴ entrepris par la loi du 6 août 2015 concernant les contreparties accordées aux salariés. L'étude approfondie des dispositions nouvelles laisse plutôt apparaître une réelle disparité et un manque de cohérence flagrant entre les diverses dérogations. Nous sommes plus enclins à penser, à l'instar du Professeur Marc VÉRICEL, que « *ces contreparties resteront*

¹⁴⁷⁸ Le travail en soirée n'a vocation à s'appliquer que dans les zones touristiques internationales et les gares à affluence exceptionnelle.

¹⁴⁷⁹ Article L. 3122-4, alinéa 3 du Code du travail.

¹⁴⁸⁰ Article L. 3122-19 du Code du travail.

¹⁴⁸¹ V. « Le magasin Sephora des Champs-Élysées met en place le travail en soirée », *Liaisons Sociales Quotidien* 2015, n° 16932. Postérieurement à sa condamnation, la société Sephora a conclu un accord collectif afin de pouvoir recourir au travail en soirée. Cet accord stipule au profit des salariés une majoration de salaire de 100% ainsi qu'un repos compensateur équivalent, ce qui n'est qu'application de la loi. Il est en outre prévu une prise en charge des frais d'enfant gardé, à hauteur de 12 euros maximum par heure travaillée. Enfin, il est prévu que l'entreprise s'engage à prendre en charge les frais de taxis exposés par les salariés, mais uniquement pour ceux terminant le travail après 23 heures. Cette dernière disposition nous semble contraire à la loi en ce qu'elle distingue là où la loi n'invite pas à distinguer.

¹⁴⁸² MARIETTE S., « Quelques réflexions sur le travail de nuit », *RJS* 11/15, p. 655.

¹⁴⁸³ Article L. 3122-8 du Code du travail. Des contreparties salariales peuvent être prévues de manière facultative seulement, par l'accord collectif mettant en place le travail de nuit.

¹⁴⁸⁴ D'ALLENDE M., *op. cit.*, p. 19.

certainement très faibles »¹⁴⁸⁵, notamment de par l'absence quasi-généralisée de plancher légal minimal¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁵ VERICEL M., « « Les dispositions de la loi Macron sur le travail le dimanche et le travail de nuit », RDT 2015, p. 512.

¹⁴⁸⁶ Il nous semble qu'il aurait été plus simple et plus juste d'octroyer à tout salarié travaillant le dimanche un doublement de sa rémunération et un repos compensateur équivalent.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

460. Le changement de la finalité assignée aux règles du temps de travail a eu une influence considérable sur la détermination du montant de la rémunération du travail. A l'origine conçue comme un instrument de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, elles sont désormais davantage mobilisées comme facteur d'augmentation du pouvoir d'achat des salariés. L'assouplissement des conditions de recours aux heures supplémentaires, le développement de la monétisation des temps de repos, le recul du principe du repos dominical et de l'interdiction du travail de nuit conduisent tous à une augmentation du temps de travail censée engendrer une amélioration de la rémunération perçue par les salariés.

461. L'essor de la valorisation en argent du temps du salarié au service de l'augmentation de la rémunération du travail ne se traduit cependant pas nécessairement par un surcroît de protection pour le salarié. L'assouplissement des conditions de recours aux heures supplémentaires s'est accompagné de la faculté de minorer leur coût supplémentaire. La possibilité de monétiser les temps de repos demeure largement tributaire du bon vouloir de l'employeur. Le développement du travail dominical ne donne pas nécessairement lieu à la perception de contreparties supplémentaires. Le coût engendré par la volonté politique d'augmenter la rémunération des salariés par une augmentation du temps de travail se heurte en effet à l'exigence d'assurer la compétitivité des entreprises. La législation oscille dès lors entre ces deux logiques, sans parvenir à un consensus acceptable. Cette dissonance entre ces deux finalités assignées au droit du temps de travail s'illustre encore par la volonté législative de ne rémunérer que les temps de travail les plus productifs. En même temps que le législateur promeut l'amélioration du pouvoir d'achat par l'augmentation du temps de travail, il tend à exclure de la notion de temps de travail tous les temps qui ne sont pas pleinement productifs, réduisant d'autant la rémunération du travail salarié.

Chapitre second : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AUX TEMPS DE TRAVAIL PRODUCTIFS.

462. Les buts poursuivis par les différentes réformes en matière de temps de travail sont parfois divergents, sinon antagonistes. « *Fondé à l'origine sur la protection de la santé du salarié, le titre 1 du livre II du Code du travail a progressivement répondu à des impératifs de l'entreprise et de défense de l'emploi* »¹⁴⁸⁷. Ainsi, à la volonté de réduire le temps de travail par l'instauration de la semaine de 39 heures et d'une cinquième semaine de congés payés par l'ordonnance du 16 janvier 1982, s'est conjugué le développement de dérogations à la répartition de l'horaire collectif sur un module hebdomadaire¹⁴⁸⁸. Les souplesses octroyées dans l'organisation du temps de travail aux entreprises par les lois Aubry I et II en contrepartie d'une réduction du temps de travail étaient également importantes¹⁴⁸⁹. Les lois de réduction du temps de travail ont donc, presque systématiquement, cherché à instituer un compromis entre baisse de la durée du travail et assouplissement dans son organisation.

463. La loi Fillon du 17 janvier 2003 marque une rupture dans l'édification de ce compromis¹⁴⁹⁰. En effet, ce texte « *tourne le dos à vingt années de politique de réduction de la durée du travail pour ne conserver du passé que les assouplissements apportés à sa répartition* »¹⁴⁹¹. De fait, les réformes ultérieures témoignent « *d'un glissement d'une problématique de réduction de la durée du travail vers une logique d'aménagement du temps de travail, davantage portée par les nécessités de l'organisation* »¹⁴⁹². Dès lors, les différents dispositifs qui relèvent de l'organisation du temps de travail vont être mobilisés « *en un outil qui doit permettre avant tout aux entreprises d'affronter les fluctuations du marché et de gagner, ce faisant, en compétitivité* »¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁷ FAVENNEC-HÉRY F., « Mutation dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003, p. 33.

¹⁴⁸⁸ Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative la durée du travail et aux congés payés. V. CANUT F., « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. soc. 2010, p. 379.

¹⁴⁸⁹ En ce sens, ERHREL C., GAVINI C. et LIZE L., « La RTT », PUF, 2003, p. 24.

¹⁴⁹⁰ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

¹⁴⁹¹ FAVENNEC-HÉRY F., *op. cit.*

¹⁴⁹² LOKIEC P., « Droit du travail – Les relations individuelles de travail », PUF, 2011, p. 358

¹⁴⁹³ LALLEMENT M., « Les régulations du temps de travail en France », Informations sociales, 2009, n° 153, p. 56.

464. Dans sa réflexion sur le droit social comme technique d'organisation de l'entreprise, Jacques BARTHÉLÉMY explique en ce sens que le recours « *à la technique d'aménagement des temps de travail qui, en gros, se définit par des entrées et sorties décalées par rapport à l'horaire collectif, permet une utilisation plus longue des équipements par un nombre total identique des heures* » et d'en conclure que ce dispositif est « *facteur de productivité* »¹⁴⁹⁴. Si l'aménagement des temps de travail n'est pas le seul instrument à la disposition des entreprises afin d'optimiser leur organisation, ces propos mettent cependant en lumière l'essor des dispositifs permettant de mieux corrélérer temps de travail et périodes productives de travail.

465. L'indexation de l'organisation du temps de travail sur les périodes productives de travail n'est pas sans incidence sur la rémunération des salariés. L'essor de ce mouvement recouvre deux réalités différentes. D'une part, la flexibilisation du temps de travail permet une meilleure adaptation de l'horaire et de la durée du travail aux périodes de travail les plus productives (Section I). D'autre part, l'instrumentalisation de la notion même de temps de travail effectif permet de ne rémunérer que les temps de travail les plus productifs (Section II).

¹⁴⁹⁴ BARTHÉLÉMY J., « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Liaisons sociales, 2015, 2^{ème} éd., p. 169.

Section I : LA FLEXIBILISATION DU TEMPS DE TRAVAIL COMME MOYEN DE RATIONALISATION DE LA REMUNERATION.

466. Dès 1995, le rapport remis par Jacques FREYSSINET pointait que « *la flexibilisation multiforme des temps de travail a pour conséquence logique de permettre à l'entreprise d'ajuster plus exactement à ses besoins le temps de travail qu'elle rémunère ; elle a donc pour effet de réduire le nombre total d'heures de travail pour un niveau d'activité* »¹⁴⁹⁵. L'entreprise, par ces techniques de flexibilisation, peut donc augmenter sa productivité horaire sans pour autant devoir augmenter la rémunération de ses salariés. Plusieurs dispositifs ont été mis en place et concourent à cet objectif. Ces différents dispositifs peuvent être regroupés au sein de la notion « *d'aménagement du temps de travail* »¹⁴⁹⁶. Un auteur distingue entre, d'une part, l'aménagement des horaires collectifs, qui permet la répartition inégale de l'horaire de travail sur une période supérieure à la semaine et, d'autre part, l'aménagement des horaires individuels de travail, mécanismes de dérogation au principe de l'entrée et de la sortie simultanées du personnel¹⁴⁹⁷. A ces mesures permettant d'ajuster l'horaire de travail aux variations de l'activité de l'entreprise, il convient également d'inclure les instruments juridiques à la disposition de l'employeur afin d'ajuster la durée du travail en fonction des « *fluctuations de l'activité de l'entreprise* »¹⁴⁹⁸. Le recours au temps partiel a, en ce sens, été profondément remanié dans le but d'une meilleure adaptabilité de la durée de travail aux nécessités de l'entreprise.

467. La flexibilisation du temps de travail permet donc d'améliorer le taux de productivité horaire sans augmentation de la rémunération des salariés. Ce phénomène se concrétise à la fois dans le cadre de l'aménagement des horaires de travail (§1) et dans l'aménagement de la durée du travail (§2).

¹⁴⁹⁵ FREYSSINET J., « Emploi et chômage, peu de résultats, beaucoup de rapports », IRES, 1995, Document de travail, n° 95.

¹⁴⁹⁶ BARTHELEMY J., « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », Dr. soc. 1994, p. 156. Egalement, VERICEL M., « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », RDT 2008, p. 574. « *Sous le titre « aménagement des horaires » (chapitre II du titre II du livre Ier de la troisième partie), le Code du travail envisage essentiellement les hypothèses de répartition des horaires sur une année ou sur plusieurs semaines* »

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 157.

¹⁴⁹⁸ MAILLARD-PINON S., « Contrat de travail : modification », Répertoire droit du travail, Dalloz, juin 2015, n° 86 et s.

§ 1 : L'aménagement de l'horaire de travail.

468. La répartition et l'organisation de l'horaire de travail des salariés se fait par principe dans le cadre du module hebdomadaire. Cette règle de principe peut entrer en contradiction avec la variation de l'activité de l'entreprise sur des cycles temporels supérieurs à la semaine. Dès lors, l'employeur peut se trouver dans l'obligation de faire travailler ses salariés sur des périodes où leur présence n'est pas nécessaire. La mise en place d'un dispositif unique d'aménagement du temps de travail permet de palier à ces difficultés. La possibilité d'aligner l'horaire de travail sur les périodes de travail productives, sans que cela n'entraîne une augmentation de la rémunération des salariés, est donc rendu possible (A). Toutefois, ce dispositif trouve ces limites en cas de modification trop radicale des horaires de travail du salarié (B).

A. L'alignement de l'horaire de travail sur les périodes de travail productives.

469. Sous couvert d'assurer une meilleure adéquation entre horaire de travail et période de productivité, le législateur autorise les employeurs à aménager l'horaire de travail de leurs salariés sans avoir à solliciter leur accord (1). Ce dispositif conduit à une rupture du lien entre temps de travail et rémunération (2).

1) Un aménagement de l'horaire de travail imposé au salarié.

470. Le Professeur Alain SUPLOT estimait en 1995 que l'essor de « l'autoréglementation du temps », concrétisé par le développement des horaires variables et la modulation annuelle du temps de travail, sonnait « le glas des emplois du temps uniformes » afin de satisfaire la « rentabilisation du capital » et la « demande du public »¹⁴⁹⁹. Le cadre hebdomadaire de principe de la répartition de la durée légale du travail a, en ce sens, été progressivement remis en cause depuis 1982¹⁵⁰⁰. Si la détermination de l'horaire de travail au sein de la journée ou de la semaine a toujours constitué une prérogative patronale, et que le changement d'horaire au sein de ce cadre constitue un simple changement des conditions

¹⁴⁹⁹ SUPLOT A., « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. soc. 1995, p. 950.

¹⁵⁰⁰ JOBERT A., « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », Dr. soc. 2010, p. 367.

de travail¹⁵⁰¹, il n'en va pas de même en cas de modification de la répartition de la durée de travail sur un cadre pluri hebdomadaire.

471. Dans un objectif de simplification du droit, la loi du 20 août 2008 a fait table rase des différents mécanismes de décompte et de répartition du temps de travail au profit d'un dispositif unique d'aménagement du temps de travail¹⁵⁰². En vertu de l'article L. 3121-41 du Code du travail, la durée de travail peut être répartie sur « *une période supérieure à la semaine* ». Cette période de référence ne peut « *ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur* »¹⁵⁰³. Ce dispositif permet de modifier la période de référence hebdomadaire de calcul des heures supplémentaires afin de « *retarder le déclenchement* » de leur paiement¹⁵⁰⁴. Par ce biais, l'employeur peut compenser des semaines de travail où la durée de travail a dépassé la durée légale par des semaines où l'activité a été inférieure à cette durée. Ce dispositif qui « *donne une grande souplesse à l'entreprise, à coût égal* »¹⁵⁰⁵, peut être mis en place par trois voies différentes.

472. Dans deux hypothèses, l'employeur peut mettre en place unilatéralement un aménagement du temps de travail de ses salariés. D'une part, en l'absence d'accord collectif, l'employeur garde la faculté d'aménager le temps de travail sur une période de neuf semaines au plus¹⁵⁰⁶. Cette faculté est unilatérale et discrétionnaire, l'employeur étant seulement tenu de soumettre pour avis son projet au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel¹⁵⁰⁷. D'autre part, et uniquement pour les entreprises fonctionnant en

¹⁵⁰¹ Cass. soc. 22 février 2000, n° 97-44.339, D. 2000, p. 377, note AUBERT-MONPEYSSEN T. A la stricte condition que la durée de travail et la rémunération demeurent inchangées.

¹⁵⁰² L. 20 août 2008, n° 2008-789, portant réforme du temps de travail.

¹⁵⁰³ La loi Travail du 6 août 2016 a amplifié les possibilités d'aménagement du temps de travail. Auparavant, l'aménagement ne pouvait être réalisé, de manière unilatérale, que sur une période de 4 semaines et, de manière négociée, sur une période au plus égale à une année. Les développements suivants prennent en compte l'apport de la loi Travail.

¹⁵⁰⁴ En ce sens, MAILLARD-PINON S., « Contrat de travail : modification », Répertoire de droit du travail, Juin 2015.

¹⁵⁰⁵ FAVENNEC-HERY R. et VERKINDT P.-Y., « Droit du travail », 2016, LGDJ, 5^{ème} éd., n° 804, p. 551.

¹⁵⁰⁶ Article L. 3121-41 du Code du travail. L'article D. 3122-7-1 du Code du travail issu du décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 mentionne cependant toujours une durée de quatre semaines. Les décrets d'application de la loi du 6 août 2016 n'étant pas encore parus, cette disposition réglementaire est, dès lors, obsolète.

¹⁵⁰⁷ Article D. 3122-7-1, alinéa 2 du Code du travail.

continu, l'organisation du temps de travail sur une période supérieure à la semaine constitue une prérogative unilatérale de l'employeur¹⁵⁰⁸.

473. La loi du 20 août 2008 a cependant profondément remanié et simplifié la possibilité d'aménager le temps de travail de manière négociée, faisant de cette configuration « *la plus libérale qu'il soit possible d'imaginer* »¹⁵⁰⁹. Aux quatre dispositifs existants antérieurement et qui disposaient chacun de leur régime propre¹⁵¹⁰, se substitue un régime unique offrant une grande latitude aux organisations syndicales et à l'employeur pour organiser le temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à trois ans. Ces derniers peuvent, par la signature d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement, fixer le nombre de semaines compris dans la période pluri hebdomadaire et organiser la répartition de la durée du travail entre les différentes semaines de cette période¹⁵¹¹. Par comparaison avec les anciens dispositifs, les exigences relatives à la mise en place de l'accord sont réduites à la portion congrue. Tout d'abord, l'employeur n'est plus tenu de justifier par des données économiques et sociales la nécessité de recourir à l'aménagement du temps de travail¹⁵¹². Puis, les mentions obligatoires dans l'accord collectif sont également fortement diminuées¹⁵¹³. Enfin, les contreparties obligatoires en cas de modification du délai de prévenance ont été supprimées¹⁵¹⁴.

474. L'assouplissement des conditions de mise en œuvre d'un aménagement du temps de travail s'est très vite heurté à la nécessité de recueillir l'accord du salarié pour que la nouvelle organisation du temps de travail puisse déployer ses effets. En effet, la Cour de

¹⁵⁰⁸ Article L. 3121-46 du Code du travail. Ce texte ne fait référence à aucune durée maximale d'aménagement.

¹⁵⁰⁹ BACH O., « Retour sur les dispositifs d'aménagement du temps de travail », *Lexbase hebdo.*, éd. Soc., 23 juillet 2015, n° 522.

¹⁵¹⁰ Il s'agissait de l'aménagement du temps de travail par cycle, par modulation, par attribution de jours de repos dans le cadre de l'année et par recours au temps partiel modulé.

¹⁵¹¹ La modification de l'horaire de travail s'accompagne donc d'une modification de la durée de travail hebdomadaire bien qu'en principe la durée de travail ne dépasse pas la durée légale en moyenne sur la période de référence.

¹⁵¹² BLANC D., « Foire aux questions sur l'aménagement collectif du temps de travail », *Les cahiers du DRH*, 30 novembre 2015, n° 217/218.

¹⁵¹³ Article L. 3121-44 du Code du travail. La définition d'un programme indicatif, des conditions de recours au chômage partiel et des modalités de recours au travail temporaire ne sont plus exigés. Ne subsiste plus que l'exigence de prévoir les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail, les limites pour le décompte des heures supplémentaires et les conditions de prise en compte des absences des salariés ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

¹⁵¹⁴ Ancien article L. 3122-14 du Code du travail.

cassation a estimé que « *l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié* »¹⁵¹⁵. La justification apportée par la Cour de cassation mérite que l'on s'y arrête. Elle relève que c'est en raison de l'influence de ce dispositif sur « *le mode de détermination des heures supplémentaires* », et donc indirectement, sur la rémunération du salarié, que son instauration doit recueillir l'aval du salarié. La mise en péril de l'ensemble du dispositif, redouté par certains¹⁵¹⁶, a conduit le législateur à intervenir pour contrecarrer les effets de cette jurisprudence jugée par beaucoup comme étant *contra legem*¹⁵¹⁷. Le nouvel article L. 3121-43 du Code du travail issu de la loi Warsmann du 22 mars 2012 dispose en ce sens que « *la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail* ». La rédaction quelque peu ambiguë de ce texte laisse donc penser qu'*a contrario*, la mise en place d'horaires variables sur une période pluri hebdomadaire constitue un simple changement des conditions de travail que le salarié n'est pas en droit de refuser¹⁵¹⁸. La disposition a été validée par le Conseil constitutionnel au motif que ces dispositions sont « *fondées sur un motif d'intérêt général* », à savoir « *l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise* »¹⁵¹⁹.

475. Désormais, dans le cadre d'un aménagement du temps de travail par accord collectif, la volonté du salarié est impuissante à s'opposer à la mise en place d'une organisation du temps de travail calquée sur l'activité économique de l'entreprise. Ceci est d'autant plus regrettable qu'un tel aménagement conduit à une perte du lien entre temps de travail et rémunération¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁵ Cass. soc. 28 septembre 2010, n° 08-43.161, D. 2011, p. 219, obs. FROSSARD S. ; Dr. soc. 2011, p. 151, obs. BARTHELEMY J.

¹⁵¹⁶ FAVENNEC-HERY F., « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », SSL 2010, n° 1464, p. 10.

¹⁵¹⁷ BLANC E., « La genèse de l'article 45 de la loi Warsmann », SSL 16 avril 2012, n° 1534, p. 3.

¹⁵¹⁸ Le législateur prend donc appui sur la jurisprudence *Le Berre* issue des arrêts du 10 juillet 1996 qui pose comme principe la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail alors même que cette distinction n'apparaît nullement dans le Code du travail.

¹⁵¹⁹ Cons. Constit., 15 mars 2012, n° 2012-649 ; AKANDJI-KOMBE J.-F., « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », SSL 2012, n° 1534, p. 10.

¹⁵²⁰ Ultime bravade du juge, la chambre sociale, par un arrêt du 25 septembre 2013, (n° 12-17.776, Dr. soc. 2014, p. 71) a estimé que le nouveau texte « *modifiant l'état du droit existant, (...) n'est applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi* ».

2) Une déconnexion du lien entre temps de travail et rémunération.

476. « L'effet majeur et sans doute voulu des techniques d'annualisation du temps de travail »¹⁵²¹ réside dans la neutralisation du paiement des heures supplémentaires sur une période au plus égale à trois ans¹⁵²². « La réorganisation du temps de travail (...) peut aussi conduire à une gestion resserrée de la masse salariale, l'hétérogénéité et l'individualisation des temps optimisant la masse salariale par rapport l'activité »¹⁵²³. Le dépassement de la durée légale de travail sur un cadre hebdomadaire n'entraîne en effet plus automatiquement droit à majoration salariale pour les heures effectuées au-delà de la trente-cinquième heure¹⁵²⁴.

477. L'article D. 3122-7-1 du Code du travail autorise l'employeur à moduler l'horaire de travail de ses salariés par décision unilatérale. Toutefois, les possibilités de répartir le temps de travail sur une période supérieure à la semaine sont encadrées tant dans la fixation de la période de référence que dans le seuil de déclenchement du paiement des heures supplémentaires. Cette modulation ne peut être instaurée que sur une période de neuf semaines au maximum¹⁵²⁵. Seules les heures effectuées au-delà de trente-cinq heures en moyenne sur la période de référence seront considérées comme heure supplémentaire ainsi que toute heure travaillée au-delà de la trente-neuvième heure¹⁵²⁶. Si les effets de cette modulation unilatérale restent limités, il n'en demeure pas moins qu'elle induit une perte de rémunération pour les salariés qui ne pourront réclamer de majorations salariales en contrepartie du dépassement de la durée légale de travail hebdomadaire.

¹⁵²¹ FAVENNEC-HERY F., « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », SSL 2012, n° 1534, p. 10.

¹⁵²² Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2016, seul le stockage des heures de travail sur un compte épargne-temps permettait un décompte pluriannuel du temps de travail.

¹⁵²³ JACQUOT L. et SETTI N., « Réduction du temps de travail et pratiques de gestion des ressources humaines », Travail et emploi, Octobre 2002, n° 92, p. 115.

¹⁵²⁴ Cf. *Infra*.

¹⁵²⁵ En application de l'article L. 3121-41 alinéa 2 tel qu'il résulte de la loi du 6 août 2016, la période de référence en cas de décision unilatérale de l'employeur peut s'élever à neuf semaines, au lieu de quatre auparavant.

¹⁵²⁶ Article D. 3122-7-3 du Code du travail. Concrètement, un employeur peut donc imposer à ses salariés de travailler 39 heures pendant 4 semaines puis 31 heures pendant encore 4 semaines sans déclencher le paiement d'heures supplémentaires.

478. De fait, les facultés de dérogation par convention collective sont bien plus importantes. La loi du 20 août 2008 a fait de l'accord collectif le « *support privilégié de fixation d'une autre séquence d'organisation de la durée légale de travail* »¹⁵²⁷. Une « *liberté absolue d'organisation des horaires de travail* »¹⁵²⁸ est dès lors conférée à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement pour organiser l'horaire de travail sur une période au plus égale à trois ans¹⁵²⁹. *A contrario* de ce qui est prévu dans le cadre de l'aménagement par décision unilatérale, aucune limite maximale pour le décompte des heures supplémentaires n'est fixée d'autorité par la loi¹⁵³⁰. La loi Travail du 6 août 2016 a, de plus, quelque modifié les règles en la matière. Ainsi, l'article L. 3122-2 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 disposait que la fixation des limites pour le décompte des heures supplémentaires faisait partie du « *clausier minima* » obligatoire¹⁵³¹. Désormais, aux termes de l'article L. 3121-44 du Code du travail, cette limite n'est obligatoire que pour les accords instituant une période de référence supérieure à l'année¹⁵³². Pour autant, rien n'empêche les parties à l'accord de fixer ce seuil au niveau des durées maximales de travail hebdomadaire afin d'échapper au paiement des heures supplémentaires¹⁵³³. Dès lors, constitue une heure supplémentaire toute heure effectuée au-delà de la mille-six-cent-septième heure si l'horaire de travail est réparti sur l'année, ou toute heure effectuée au-delà de la trente-cinquième heure en moyenne calculée sur la période de référence fixée par l'accord. Les facultés sont *de facto* assez considérables, puisque l'accord peut organiser des semaines de travail de quarante-huit heures auxquelles se succèdent des semaines chômées sans entraîner le paiement d'heures supplémentaires dans la mesure où la durée légale moyenne

¹⁵²⁷ MORAND M., « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 12/08, p. 955.

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ En application de l'article L. 3121-41 alinéa 2 tel qu'il résulte de la loi du 6 août 2016, cette période de référence peut désormais être égale à trois ans, contre un an auparavant.

¹⁵³⁰ Cet assouplissement constitue une nouveauté par rapport aux anciens dispositifs, notamment avec le dispositif des JRTT pour lequel était prévu d'autorité une limite maximale de 39 heures. Cf. Anc. Article L. 3122-19 du Code du travail.

¹⁵³¹ TEISSIER A., « Réforme du droit de la durée du travail : un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail », JCP 25 novembre 2008, n° 48, 1610, p. 21.

¹⁵³² « *Si la période de référence est supérieure à un an, l'accord prévoit une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au-delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent en tout état de cause des heures supplémentaires dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré. Si la période de référence est inférieure ou égale à un an, l'accord peut prévoir cette même limite hebdomadaire* ».

¹⁵³³ En ce sens, AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Précis Dalloz, 2016, 30^{ème} éd., n° 850, p. 891.

n'est pas dépassée¹⁵³⁴. Ces entorses au principe du décompte hebdomadaire de la durée de travail mettent à mal « *la règle de proportionnalité du salaire au temps de travail effectif* »¹⁵³⁵. Le montant de la rémunération du salarié en ressort amoindri. Le dépassement de la durée légale n'est plus un facteur d'amélioration du pouvoir d'achat, en totale contradiction avec l'ambition du législateur¹⁵³⁶.

479. L'évolution des finalités assignées aux règles relatives au temps de travail est patente. Fondée à l'origine sur la protection de la santé du salarié, la flexibilisation des horaires permet désormais aux entreprises de rationaliser leurs coûts salariaux¹⁵³⁷. « *Le temps de travail détermine la paie qui détermine elle-même la masse salariale au final. Agir sur l'aménagement du temps de travail, c'est agir sur ce qui coûte le plus cher en termes de production* »¹⁵³⁸.

480. L'aménagement de l'horaire de travail, que ce soit dans sa répartition ou dans sa dimension quantitative, est tout autant conçu comme un moyen d'aligner le temps de travail des salariés sur les périodes les plus productives pour l'entreprise que comme un instrument de maîtrise des coûts salariaux. Le détournement de la finalité protectrice des règles du temps du travail au profit d'une logique davantage économique n'est pas neutre sur la situation des salariés. La modification des horaires de travail peut entraîner « *des conditions de travail dégradées* », être « *facteur de stress* » et nuire à la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle¹⁵³⁹. La volonté de rationaliser la rémunération et l'activité des salariés ne doit pas être sans limite.

¹⁵³⁴ Il convient également de préciser que l'accord collectif peut faire varier la répartition des jours de travail, avec des semaines à 4 ou 6 jours de travail effectif, sans que cela ne constitue une modification du contrat de travail.

¹⁵³⁵ BARTHELEMY J., « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. soc. 1997, p. 581.

¹⁵³⁶ Cf. *Infra*

¹⁵³⁷ V. en ce sens, FAVENNEC-HERY F., « Mutations dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003, p. 33.

¹⁵³⁸ BACH O., « Retour sur les dispositifs d'aménagement du temps de travail », Lexbase hebdo., éd. Soc., n° 522, 23 juillet 2015.

¹⁵³⁹ FAVENNEC-HERY F., *op. cit.*

B. Les limites de l'alignement de l'horaire de travail sur les périodes de travail productives.

481. La variation unilatérale de l'horaire de travail imposée au salarié a de grandes répercussions tant sur sa vie personnelle que sur sa rémunération. Placé dans une « *sorte d'astreinte molle* », son temps de repos se trouve préempté au profit de la productivité de l'entreprise et ce, sans qu'il puisse en retirer un bénéfice quelconque¹⁵⁴⁰. La nécessité de proposer des outils juridiques de « *résistance* » face aux éventuels abus causés par un aménagement déraisonné du temps de travail s'avère nécessaire¹⁵⁴¹. Le salarié peut exprimer son refus de se voir imposer un nouvel horaire de travail dans deux séries d'hypothèses. En effet, bien que fortement amoindri par la loi Warsmann, le contrat de travail offre encore une certaine résistance en fonction de l'intensité du changement imposé par l'employeur (1). La montée en puissance de la prise en compte des droits fondamentaux du salarié offre également des perspectives d'opposition au changement d'horaire de travail (2).

1) Le refus du salarié légitimé en cas de modification du contrat de travail.

482. L'article L. 3121-43 du Code du travail dispose que « *la répartition de l'horaire de travail sur une période supérieure à la semaine mise en place par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps complet* ». *A contrario*, il faut en déduire que cette répartition constitue un simple changement des conditions de travail que le salarié n'est pas en droit de refuser. Néanmoins, la portée de ce texte n'est pas absolue et ne devrait pas remettre en cause la jurisprudence suivant laquelle le changement d'horaire de travail emporte modification du contrat de travail dès lors qu'il a pour effet de « *bouleverser l'économie du contrat* »¹⁵⁴². De même, l'hypothèse d'un refus légitime du salarié en cas de perte importante de sa rémunération suite à l'application d'un accord d'aménagement du temps de travail n'est pas à écarter.

¹⁵⁴⁰ DOCKES E., « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », Dr. soc. 2012, p. 147.

¹⁵⁴¹ LOKIEC P., « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 207.

¹⁵⁴² FABRE A., « Certains changements d'horaires, même temporaires, peuvent constituer une modification du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 1053.

483. Si le concept de « *bouleversement de l'économie du contrat* » n'a pas été formellement consacrée par le juge¹⁵⁴³, elle explicite assez clairement un certain nombre de décisions rendues par la Cour de cassation qui considèrent qu'il y a modification du contrat de travail à partir du moment où « *il y a un total bouleversement de la répartition du temps de travail* »¹⁵⁴⁴. Autrement formulé, « *il s'agit de savoir si le changement des horaires de travail est d'une importance telle qu'il est de nature à bouleverser (...) l'équilibre contractuel* » indépendamment du contenu textuel du contrat de travail¹⁵⁴⁵. En ce sens, il a été jugé que le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit¹⁵⁴⁶ ou, inversement, le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour¹⁵⁴⁷ constitue une modification du contrat de travail. De même, en cas de passage d'un horaire de travail continu à un horaire discontinu¹⁵⁴⁸ ou d'un horaire discontinu à un horaire continu¹⁵⁴⁹. Le salarié est également légitime à refuser une nouvelle répartition de son horaire de travail ayant pour effet de le priver de son repos dominical¹⁵⁵⁰. Il a été aussi jugé que le salarié, travaillant habituellement du lundi au vendredi, peut refuser la nouvelle organisation du travail qui le prive une semaine sur deux du repos hebdomadaire de deux jours consécutifs¹⁵⁵¹. La Cour de cassation vise, par ces décisions, une catégorie particulière de changements, ceux qui sont objectivement considérés comme important, peu important leurs effets réels sur la situation personnelle du salarié¹⁵⁵². Ces modifications d'horaires « *sont présumées, de façon irréfragable, bouleverser le rythme de vie des salariés et modifier leur contrat de travail* »¹⁵⁵³. L'article L. 3121-43 du Code du travail, de par sa rédaction qui ne vise que la « *répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine* », ne nous semble pas remettre en cause cette jurisprudence fortement établie. Selon nous, cette disposition permet donc de s'affranchir de l'accord du salarié quant à la répartition de la durée de travail entre les différentes

¹⁵⁴³ *Ibid.* Pour précisément, la Cour a pu faire référence à cette notion aux temps de la distinction entre modification substantielle et non substantielle. V. par ex. Cass. soc. 16 févr. 1987, n° 84-43.047.

¹⁵⁴⁴ VACHET G., « Durée du travail (II - Fixation et aménagement du temps de travail) », Répertoire de droit du travail, Dalloz, septembre 2014, n° 225.

¹⁵⁴⁵ MAILLARD-PINON S., « Contrat de travail : modification », Répertoire droit du travail, Dalloz, juin 2015, n° 107.

¹⁵⁴⁶ Cass. soc. 22 mai 2001, n° 99-41.146, Bull. civ. V, n° 178 ; Cass. soc. 7 avril 2004, n° 02-41.486, Bull. civ. V, n° 107.

¹⁵⁴⁷ Cass. soc. 18 septembre 2013, n° 12-18.065, Dr. soc. 2013, p. 1053.

¹⁵⁴⁸ Cass. soc. 3 novembre 2011, n° 10-30.033, Dr. soc. 2012, p. 147.

¹⁵⁴⁹ Cass. soc. 8 juillet 2008, n° 06-45.769.

¹⁵⁵⁰ Cass. soc. 5 juin 2013, n° 12-12.953.

¹⁵⁵¹ Cass. soc. 22 octobre 2003, n° 01-42.651.

¹⁵⁵² En ce sens, MAILLARD-PINON S., *op. cit.*

¹⁵⁵³ *Ibid.*

semaines de la période de référence mais également de la fixation de l'horaire de travail pour chaque journée travaillée. Cependant, l'employeur demeure tenu de recueillir l'accord de son salarié dès lors que la répartition, quand bien même serait-elle établie par accord collectif, correspond à l'une des catégories bouleversant l'économie du contrat expressément visées par le juge.

484. Cette probable résistance du contrat de travail paraît cependant impuissante à légitimer un refus du salarié dans le cas d'une perte de rémunération suite à la disparition du droit au paiement d'heures supplémentaires. L'article L. 3121-43 du Code du travail a justement été rédigé avec l'intention de contrebalancer les effets d'une décision de justice qui considérerait explicitement comme étant une modification du contrat de travail la mise en œuvre d'une modulation dont « *il était résulté une modification du mode de détermination des heures supplémentaires* »¹⁵⁵⁴. Il est cependant certain que « *l'accord de modulation retentit sur la rémunération du salarié* »¹⁵⁵⁵. Plusieurs décisions de la Cour de cassation témoignent de ce que la rémunération constitue l'un des piliers du socle contractuel du contrat de travail. Une atteinte minimale à la rémunération¹⁵⁵⁶, la modification de la structure de la rémunération¹⁵⁵⁷ ou bien l'établissement d'un nouveau mode de rémunération¹⁵⁵⁸, nécessitent ainsi l'accord du salarié. Aussi, des auteurs estiment que « *la baisse de rémunération est donc une modification du contrat susceptible d'être refusée par le salarié. Un accord de modulation pourrait donc être refusé par les salariés si son application conduit à la perte d'une partie de rémunération (par disparition des heures supplémentaires)* »¹⁵⁵⁹. Une telle solution ne pourrait donc que s'appliquer à des salariés qui bénéficiaient du paiement d'heures supplémentaires avant la mise en place d'un aménagement du temps de travail¹⁵⁶⁰. Cette hypothèse n'a cependant, selon nous, que peu de chance de prospérer. Un autre auteur remarque que si la modulation a indéniablement un impact sur « *le niveau de rémunération du salarié* », elle estime au contraire que « *sauf contractualisation des heures supplémentaires, si l'annualisation du temps de travail n'emporte pas modification du*

¹⁵⁵⁴ Cass. soc. 28 septembre 2010, n° 08-43.161, D. 2011, p. 219.

¹⁵⁵⁵ FLORES P., comm. Sous Cass. soc. 28 septembre 2010, n° 08-43.161, SSL 20 décembre 2010, n° 1472, p. 10.

¹⁵⁵⁶ Cass. soc. 19 mai 1998, n° 96-41.573.

¹⁵⁵⁷ Cass. soc. 9 juillet 1998, n° 07-41.231.

¹⁵⁵⁸ Cass. soc. 28 janvier 1998, n° 95-40.275.

¹⁵⁵⁹ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Précis Dalloz, 2016, 30^{ème} éd., n° 854, p. 893.

¹⁵⁶⁰ Les salariés qui n'effectuaient pas d'heures supplémentaires avant la mise en place d'un aménagement du temps de travail se trouvent *de facto* exclus, du fait de leur absence de perte concrète de rémunération.

contrat de travail, ses conséquences non plus »¹⁵⁶¹. Ainsi, la perte des heures supplémentaires n'est qu'une conséquence de la mise en œuvre d'un accord d'aménagement. Or, la mise en œuvre d'un accord d'aménagement ne nécessite plus l'accord du salarié. Par ailleurs, le droit pour les salariés d'effectuer des heures supplémentaires a toujours relevé du pouvoir de direction de l'employeur. Il dispose de la faculté de réduire ou de supprimer leur nombre, sans que le salarié ne puisse se prévaloir d'une modification de son contrat de travail¹⁵⁶². Il n'a donc jamais existé de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires, sauf contractualisation expresse en ce sens.

485. Ce n'est donc qu'indirectement qu'un salarié peut s'opposer à une perte de rémunération suite à la mise en œuvre d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail. Si cet accord entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, alors il semble qu'il soit légitime à refuser son application, malgré la lettre de l'article L. 3121-43 du Code du travail. Néanmoins, la perte de rémunération résultant de la disparition des heures supplémentaires ne semble pas, en l'état de la jurisprudence, pouvoir constituer en elle-même un tel bouleversement.

2) Le refus du salarié légitimé en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.

486. A côté de la faculté du salarié de refuser une modification de ses horaires en cas d'atteinte objectivement importante à l'équilibre du contrat de travail, la Cour de cassation a consacré le droit pour un salarié de refuser un changement d'horaire qui porterait atteinte à ses droits fondamentaux. Par deux arrêts du 3 et 8 novembre 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme que *« sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur »*¹⁵⁶³. Dans ce cas de figure, ce n'est pas tant l'importance du changement d'horaire que son impact sur la

¹⁵⁶¹ FAVENNEC-HERY F., « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », SSL 2012, n° 1534, p. 10.

¹⁵⁶² Cass. soc. 9 janvier 2013, n° 11-14.803.

¹⁵⁶³ Cass. soc. 3 novembre 2011, n° 10-14.702, D. 2012, p. 67, note LOKIEC P., RDT 2012, p. 31, obs. TOURNAUX S. ; Dr. soc. 2012, p. 147, note DOCKES E. ; Cass. soc. 8 novembre 2011, n° 10-19.339, JCP S 10 avril 2012, n° 15, p. 13, com. KOBINA GABA H. Solution confirmée par Cass. soc. 3 novembre 2011, n° 10-14.702, Lexbase hebdo 17 novembre 2011, n° 462, com. AUZERO G.

situation du salarié qui est pris en compte. La Cour de cassation a en ce sens opéré « *une subjectivisation de l'appréciation de l'importance du changement* »¹⁵⁶⁴. L'atteinte excessive, à la différence du bouleversement de l'économie du contrat, s'appréciera *in concreto*, en fonction de l'atteinte portée à la situation personnelle du salarié¹⁵⁶⁵. La portée de cette jurisprudence est donc toute autre, et entrouvre la voie à une possible condamnation des atteintes excessives portées à la rémunération des salariés.

487. Deux droits fondamentaux distincts ont été mobilisés explicitement par la Cour de cassation : le droit à une vie personnelle et familiale et le droit au repos. En ce qui concerne le droit à une vie personnelle et familiale, la Chambre sociale a considéré comme légitime le refus d'une salariée mère de quatre enfants et seule au domicile familial de se voir imposer un changement d'horaire de travail¹⁵⁶⁶. *A contrario*, est considéré comme injustifié le refus émanant d'une mère célibataire élevant seul son enfant de sept ans¹⁵⁶⁷. Quant au droit au repos, s'il est expressément visé par le juge, il n'a, pour l'heure, jamais été sollicité dans le cadre d'un contentieux. L'utilité même du recours à ce droit nous paraît devoir être questionné. En effet, en cas de mise en place d'un nouvel aménagement du temps de travail, si ce dernier respecte les règles légales en matière de repos quotidien, hebdomadaire et de congés payés, il paraît difficile de sanctionner ce dispositif conforme au droit positif. A l'inverse, en cas de non-respect des dispositions légales, le recours aux droits fondamentaux est superfétatoire du fait du caractère d'ordre public de ces dispositions.

488. La sollicitation de ces droits fondamentaux ne permet pas en soi au salarié de s'opposer à une baisse de sa rémunération consécutive à la suppression du paiement des heures supplémentaires. Cependant, l'intensification du recours au concept de droits fondamentaux par le juge pourrait laisser penser que soit consacré le droit à une rémunération équitable. Le Professeur Pascal LOKIEC estime ainsi que « *sur le terrain des droits fondamentaux, un autre chantier, plus prometteur mais ô combien plus délicat, est à explorer : la juste rémunération* »¹⁵⁶⁸. Le droit à une rémunération équitable est

¹⁵⁶⁴ MAILLARD-PINON S., *op. cit.*

¹⁵⁶⁵ En ce sens, TOURNAUX S., *op. cit.*

¹⁵⁶⁶ Cass. soc. 3 novembre 2011, *op. cit.*

¹⁵⁶⁷ Cass. soc. 10 décembre 2014, n° 13-13.644.

¹⁵⁶⁸ LOKIEC P., « La déconnection du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. Mars 2012, p. 207.

expressément consacré par plusieurs conventions internationales¹⁵⁶⁹ mais ne dispose que d'une « *faible assise juridique en droit français* »¹⁵⁷⁰. Pourtant, son application en matière de modulation de l'horaire de travail nous semble pleinement justifiée. La suppression du paiement des heures supplémentaires suite à la mise en œuvre d'un accord de modulation du temps de travail peut conduire à une baisse substantielle du montant de la rémunération pour un temps de travail équivalent et pour une charge de travail qui sera probablement plus intense¹⁵⁷¹. Dans ces conditions, on est en droit de s'interroger sur le caractère véritablement équitable de la rémunération nouvellement perçue par le salarié. Le refus du salarié pourrait alors être légitimé et reposer sur un véritable fondement juridique¹⁵⁷².

489. La réécriture du contenu du contrat de travail à l'aune des droits fondamentaux offre des perspectives intéressantes afin de contrer les effets parfois délétères que peut produire la répartition du temps de travail sur une période pluri hebdomadaire. La portée de cette jurisprudence doit être relativisée dans la mesure où elle ne vise à bannir que les « atteintes excessives ». Autrement dit, seul l'abus par l'employeur de son pouvoir de direction peut être sanctionné. La consécration d'un véritable droit à une rémunération équitable semble cependant opportune afin de limiter la perte de rémunération qui peut découler de la suppression du paiement des heures supplémentaires suite à la mise en place d'un accord de modulation du temps de travail.

¹⁵⁶⁹ Article 7, a, i, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; article 4 de la Charte sociale européenne du 3 mai 1996 ; article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁵⁷⁰ LOKIEC P., *op. cit.*

¹⁵⁷¹ En effet, l'aménagement du temps de travail a pour conséquence de mobiliser la force de travail des salariés sur les périodes les plus productives, autrement dit les plus intenses pour les salariés.

¹⁵⁷² Afin de remédier à la situation de blocage qui pourrait intervenir du fait de la capacité des salariés à s'opposer à un tel dispositif, il pourrait être intéressant d'exiger que les accords collectifs prévoient des compensations financières ou en termes de repos pour les salariés qui subissent une perte de rémunération. A titre de rappel, c'est ce que prévoyait l'article L. 3122-14 du Code du travail dans le cadre de l'ancien dispositif de modulation du temps de travail, en cas de changement de l'horaire de travail dans un délai inférieur à 7 jours.

§ 2 : *L'aménagement de la durée de travail.*

490. « *La règle de proportionnalité du salaire au temps de travail effectif est de celles qui concrétisent la vocation protectrice du droit du travail* »¹⁵⁷³. Cette assertion ne vaut qu'en cas d'augmentation de la durée du travail. A l'inverse, l'activité réduite de l'entreprise peut motiver l'employeur à ne pas vouloir recruter des salariés à temps plein. Dans ce cas, la rémunération perçue par le salarié ne sera pas forcément suffisante pour lui assurer un niveau de vie décent. La loi du 14 juin 2013¹⁵⁷⁴, qui a profondément réformé le travail à temps partiel, s'était fixée comme objectif de lutter contre la précarisation des salariés à temps partiel par l'instauration d'une durée minimale de travail. Toutefois, à l'instar des règles propres aux travailleurs à temps plein, ce surcroît de protection s'accompagne d'une flexibilisation accrue de l'organisation du temps de travail des travailleurs à temps partiel. La multiplication de ces dérogations a comme principale conséquence de réduire à néant les règles protectrices que la loi a elle-même édicté. La durée du travail à temps partiel est désormais encadrée (A) au profit d'une flexibilisation accrue de son organisation (B).

A. *Le recours au travail à temps partiel encadré.*

491. Le recours au travail à temps partiel peut être une « *source d'alimentation du phénomène des travailleurs pauvres* »¹⁵⁷⁵. En cela, l'instauration d'une durée minimale de travail constitue un indéniable progrès (1). Cependant, son champ d'application est grandement amoindri de par l'existence de nombreuses dérogations de droit (2).

1) L'instauration d'une durée minimale de travail.

492. De nombreuses finalités ont été assignées au travail à temps partiel afin de répondre aux maux du marché du travail. Il a ainsi été successivement envisagé comme moyen de résoudre « *chômage et partage du travail, formation et insertion des jeunes et moins jeunes, retraite progressive, multi activité, flexibilité du temps de travail pour l'employeur et plus*

¹⁵⁷³ BARTHÉLÉMY J., « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. soc. 1997, p. 586.

¹⁵⁷⁴ Loi n° 2013-504, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 9958 ; BAUGARD D., « Le temps partiel dans la loi de sécurisation de l'emploi », Les Cahiers sociaux, 2013, n° 254.

¹⁵⁷⁵ VERKINDT P.-Y., « La présomption de travail à temps plein », SSL 17 novembre 2014, n° 1652, p. 3.

grande liberté dans l'organisation du temps de travail pour le salarié »¹⁵⁷⁶. La réalité du temps partiel ne corrobore cependant pas le succès attendu de cette forme atypique de travail. Selon un rapport de la DARES paru en 2013, plus d'un tiers des salariés à temps partiel « *subi* » cette situation faute d'avoir trouvé un emploi à temps plein¹⁵⁷⁷. Une étude du Conseil économique, social et environnemental précise que les salariés au Smic sont « *surreprésentés* » parmi ces travailleurs¹⁵⁷⁸. L'essor du travail à temps partiel a donc eu comme principale conséquence de favoriser le développement d'emplois précaires et peu rémunérés. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 mai 2013 cherche à endiguer cette précarisation du travail par une ambitieuse réforme des règles relatives au temps partiel. L'exposé des motifs de ce texte laisse apparaître la volonté de garantir aux « *salariés une durée de travail plus importante à même de leur assurer un accès aux droits sociaux et une augmentation de leur rémunération* »¹⁵⁷⁹. La mesure emblématique de cette loi réside dans l'instauration d'une durée minimale du travail fixée par l'article L. 3123-27 du Code du travail à vingt-quatre heures par semaine.

493. L'étude d'impact de la loi du 15 juin 2013 permet de comprendre ce choix d'une durée de vingt-quatre heures. Selon ce document, « *dans leur emploi principal, les salariés à temps partiel travaillent en moyenne 23,2 heures par semaine en 2011, soit les deux tiers de la durée légale des salariés à temps complet. Un quart connaît une durée égale ou inférieure à 18 heures et un autre travaille 30 heures et plus, la durée médiane s'établissant à 24 heures* »¹⁵⁸⁰. En moyenne, les salariés à temps partiel travaillent donc déjà aux alentours de 24 heures par semaine. Cependant, la prise en compte de la médiane révèle que la moitié de ces salariés travaillent moins que vingt-quatre heures. « *D'un point de vue purement arithmétique, la réforme revient bien à améliorer la situation des 50 % de salariés qui se trouvent aujourd'hui en dessous des vingt-quatre heures, pour les porter à cette hauteur* »¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁶ FAVENNEC-HERY F., « Le travail à temps partiel », Dr. soc. 1994, p. 165.

¹⁵⁷⁷ DARES, « Le temps partiel en 2011 », janvier 2013.

¹⁵⁷⁸ CESE, « Le travail à temps partiel », décembre 2013. Si 11% des salariés du secteur marchand non agricole sont payés au smic, ce taux atteint 25,8% pour les salariés à temps partiel, alors qu'il est seulement de 7,8% pour les salariés à temps complet.

¹⁵⁷⁹ L. n° 2013-504, 14 juin 2013, exposé des motifs.

¹⁵⁸⁰ « Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi – Etude d'impact », 5 mars 2013, p. 49.

¹⁵⁸¹ SERVERIN E., « Après la réforme : les employeurs plus que jamais maîtres du temps partiel », RDT Juillet/Août 2013, p. 454.

494. L'impact de la loi du 15 juin 2013 devrait donc être extrêmement important compte tenu du nombre de salariés potentiellement concernés. Cette durée minimale était censée s'imposer, au 2 janvier 2016, à tous les contrats de travail à temps partiel, qu'ils aient été conclus avant ou après la date d'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013¹⁵⁸². Cependant, une ordonnance du 29 janvier 2015 semble avoir remis en cause l'application automatique de la durée minimale à tous les contrats en cours au 2 janvier 2016¹⁵⁸³. En effet, suite à la réécriture de l'article L. 3123-3 du Code du travail¹⁵⁸⁴, ce texte dispose désormais que « *les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi d'une durée au moins égale à celle mentionnée au premier alinéa de l'article L. 3123-7 ou un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps partiel dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent* ». Les salariés à temps partiel dont la durée de travail est inférieure à la durée minimale ne disposeraient donc que d'une priorité pour accéder à un emploi dont la durée de travail serait égale à la durée minimale, et non d'un droit sur ce type d'emploi. Il est également notable que l'employeur n'a pas à se justifier pour refuser de leur appliquer la durée minimale de travail. Cette interprétation de l'article L. 3123-3 du Code du travail est confirmée par le rapport remis au Président de la République relatif à l'ordonnance du 29 janvier 2015. Selon ce document, « *la présente ordonnance instaure un droit d'accès prioritaire à un contrat fixant au moins une durée de travail de vingt-quatre heures, ou, le cas échéant, à la durée définie conventionnellement, pour le salarié dont la durée de travail est inférieure. En pratique, cette mesure revient à rendre possible le refus de l'employeur en cas d'absence d'emploi disponible, selon les mêmes modalités que celles prévues en cas de passage du temps partiel au temps complet, définies à l'article L. 3123-3 du code du travail et désormais complétées par la présente ordonnance* »¹⁵⁸⁵. L'octroi d'une rémunération

¹⁵⁸² DERUE A., « La durée minimale de travail », SSL 17 novembre 2014, n° 1652, p. 6. Les contrats de travail à temps partiel en cours au 1^{er} janvier 2014 ne sont soumis à la durée minimale légale que depuis le 2 janvier 2016. Avant cette date, un salarié pouvait demander à bénéficier de cette nouvelle durée, mais l'employeur disposait de la faculté de refuser à la condition de justifier son refus par l'impossibilité d'y faire droit compte tenu de l'activité économique de l'entreprise. Cette faculté a disparu depuis le 2 janvier 2016.

¹⁵⁸³ Ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015, JORF n° 0025 du 30 janvier 2015, p. 1420, relative à la simplification et à la sécurisation des modalités d'application des règles en matière de temps partiel issues de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁵⁸⁴ Article L. 3123-8 du Code du travail dans sa codification avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2016.

¹⁵⁸⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-82 du 29 janvier 2015, JORF n° 0025 du 30 janvier 2015 p. 1419.

décente par l'application d'une durée minimale de travail à tous les salariés à temps partiel s'en retrouve clairement amoindri. Un droit d'accès prioritaire est en effet bien moins contraignant qu'un droit à une durée minimale obligatoire.

495. Son champ d'application est également loin d'être aussi universel qu'annoncé. L'existence de nombreuses dérogations conduit à relativiser l'effet de cette loi sur l'endigement de la précarisation des salariés à temps partiel.

2) Un champ d'application limité par de nombreuses exceptions.

496. La loi du 14 juin 2013 instituant une durée minimale de travail s'était fixée comme objectif de lutter contre la précarité des salariés à temps partiel. Il s'avère que ce dispositif est loin de concerner l'ensemble de ces travailleurs. D'une part, certaines catégories de travailleurs sont expressément exclues du dispositif. D'autre part, tout travailleur peut demander à être exclu de son champ d'application dans le cadre de l'une des deux dérogations individuelles instituées par la loi.

497. Trois catégories de travailleurs ne sont donc pas concernées par l'objectif du législateur de lutter contre « *l'indignité des petits boulots* »¹⁵⁸⁶. Aux termes de l'article L. 3123-7 du Code du travail, il s'agit en premier lieu des salariés « *âgés de moins de vingt-six ans poursuivant ses études* ». Pour ces salariés, cet article prévoit qu'une durée inférieure « *est fixée de droit* ». La rédaction de ce texte est quelque peu hasardeuse et a suscité l'interrogation. La formulation « *de droit* », doit-elle être entendue comme équivalente à « *sans condition* »¹⁵⁸⁷ ? Ou, au contraire, un accord collectif doit-il prévoir une durée minimale inférieure ? Selon un auteur, il faut considérer que « *de droit* » signifie que le salarié peut demander ou l'employeur proposer un contrat de travail pour une durée inférieure à vingt-quatre heures¹⁵⁸⁸. Ces propos semblent corroborés par le rapport du Sénat qui indique que les salariés étudiants de moins de vingt-ans constituent « *la seule exception* »

¹⁵⁸⁶ CESARO J.-F., « Le contrat de travail à temps partiel et le contrat de travail intermittent », JCP S, 25 juin 2013, n° 26, 1270, p. 22.

¹⁵⁸⁷ En ce sens, GARDIN A., « Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité », Dr. ouv., février 2014, p. 64.

¹⁵⁸⁸ CESARO J.-F., *op. cit.*

générale » et que « *les vingt-quatre heures ne leur sont pas applicables* »¹⁵⁸⁹. Cette catégorie de travailleurs paraît donc pleinement exclue du champ d'application de la durée minimale de travail. Sont également exclus les salariés employés de maison qui travaillent au domicile privé de leur employeur. Prévue par l'ANI du 11 janvier 2013, cette disposition n'a pas été reprise par la loi du 14 juin 2013. Cependant, comme le précise un auteur, cette exclusion n'avait pas besoin d'être retranscrite du fait de la non-application de principe des dispositions du Code du travail relative à la durée du travail à cette catégorie de travailleurs¹⁵⁹⁰. Ne sont, enfin, pas soumis à la durée minimale de travail les salariés travaillant pour le compte d'une entreprise de travail temporaire d'insertion ou d'une association intermédiaire « *lorsque le parcours d'insertion (du salarié) le justifie* »¹⁵⁹¹. Une double condition est donc posée afin de justifier l'exclusion de l'application de la durée minimale de travail, limitant grandement le périmètre de cette dernière exception.

498. La loi du 14 juin 2013 a également prévu des dérogations qui peuvent potentiellement s'appliquer à l'ensemble des salariés à temps partiel¹⁵⁹². L'article L. 3123-7 du Code du travail dispose à cet effet « *qu'une durée de travail inférieure à celle prévue au premier alinéa du présent article peut être fixée à la demande du salarié soit pour lui permettre de faire face à des contraintes personnelles, soit pour lui permettre de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée au même article* ».

499. La première des dérogations à titre individuel autorise un salarié à demander à ne pas être soumis à la durée minimale de travail afin « *de faire face à des contraintes personnelles* »¹⁵⁹³. Cette condition n'a cependant pas été définie par le législateur et peut donc laisser place à une large marge d'interprétation. Le droit à une durée inférieure ne paraît pas automatique pour le salarié. La plupart des auteurs s'accordent sur le fait que la notion de « *contrainte personnelle* » n'est pas synonyme de « *convenance personnelle* » et

¹⁵⁸⁹ JEANNEROT C., Rapport Sénat, n° 501, p. 107.

¹⁵⁹⁰ GARDIN A., *op. cit.* ; Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 02-43.026, Dr. soc. 2004, p. 1027, obs. RADE C.

¹⁵⁹¹ Articles L. 5132-6 et L. 5132-7 du Code du travail.

¹⁵⁹² L'ordonnance du 29 janvier 2015 a, de façon plus anecdotique, également élargi le champ d'application de la durée minimale de travail. Ne sont dorénavant plus soumis à la durée minimale les contrats de travail à durée déterminée dont la durée est égale à sept jours ou moins et les CDD conclus pour remplacer un salarié absent.

¹⁵⁹³ Article L. 3123-7 du Code du travail.

que tout motif personnel ne peut pas donner lieu à dérogation¹⁵⁹⁴. Il ne semble cependant pas faire de doute que des obligations liées à des raisons familiales ou à l'état de santé du salarié ou de ses proches puissent caractériser de telles contraintes personnelles. Il a également été évoqué que le fait de vouloir suivre des études en parallèle à une activité professionnelle pourrait être un motif de dérogation¹⁵⁹⁵. En revanche, la question se pose du souhait du salarié d'exercer une activité sportive, associative, culturelle ou culturelle à côté de son activité professionnelle comme justification de dérogation¹⁵⁹⁶. Mais, au-delà des contours de la notion de contrainte personnelle, c'est aussi la faculté de l'employeur de contrôler la réalité de ces contraintes qui interroge. La seule exigence l'article L. 3123-7 du Code du travail est que la demande du salarié doit être « écrite et motivée ». L'employeur peut-il exiger de son salarié qu'il lui fournisse des justificatifs quant à son état de santé ou de sa situation familiale sans que cela ne rentre en contradiction avec le droit du salarié au respect de sa vie personnelle ? Un certain « droit de regard » devrait, selon nous, être accordé et même exigé de l'employeur. En effet, la solution inverse faciliterait la fraude à la durée minimale du travail. Il suffirait que l'employeur exige de ses salariés, au moment de leur embauche, la rédaction d'un écrit évoquant des contraintes personnelles non vérifiables pour mettre en échec cette disposition¹⁵⁹⁷. La manière dont le juge interprétera cette dérogation et l'étendue du pouvoir conféré à l'employeur pour contrôler la réalité des contraintes personnelles invoquées par le salarié auront une influence capitale sur la possibilité de déroger à la durée minimale du travail.

500. La seconde dérogation permet à un salarié de se soustraire à la durée minimale et de cumuler plusieurs emplois à temps partiel « afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale » à vingt-quatre heures. Dans cette hypothèse également, la rédaction du texte soulève quelques difficultés. Le Code du travail ne précise pas que cette activité doit nécessairement être salariée, il est dès lors envisageable que le salarié puisse se prévaloir d'une activité indépendante pour être

¹⁵⁹⁴ LEFRANC-HAMONIAUX C., « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? », RDT 2013, p. 451 ; FAVENNEC-HERY F., « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », Dr. soc. 2013, p. 785.

¹⁵⁹⁵ CESARO J.-F., *op. cit.*, p. 24. Cette hypothèse permettrait ainsi aux salariés de plus de 26 ans de pouvoir bénéficier d'une dérogation à la durée minimale alors même que la loi n'autorise cette dérogation que pour les étudiants de moins de 26 ans.

¹⁵⁹⁶ DERUE A., « La durée minimale de travail », SSL 17 novembre 2014, n° 1652, p. 6.

¹⁵⁹⁷ Il se pose dès lors la question de la protection de la volonté du salarié qui, en matière de temps partiel, est bien moins organisée qu'en matière de repos dominical.

soustrait à la durée minimale¹⁵⁹⁸. La véritable difficulté réside cependant dans le contrôle de la réalité de l'activité professionnelle. Lorsque le salarié effectue sa demande de dérogation auprès de son employeur, doit-il déjà disposer d'une activité professionnelle ou suffit-il qu'il puisse être en mesure de revendiquer une activité future ? Retenir une interprétation stricte de ce texte ferme la porte à la conclusion d'un contrat de travail à temps partiel réduit en l'absence d'une autre activité professionnelle. L'interprétation inverse permet au contraire de ne pas réserver l'accès au temps partiel réduit aux seuls salariés déjà titulaire d'une autre activité. Cependant, comme le relève le Professeur Jean-François CESARO, cette seconde interprétation pourrait favoriser la fraude, « *un demandeur d'emploi risquant fort d'accepter de se porter volontaire au motif qu'il pourrait rechercher un autre emploi* »¹⁵⁹⁹. Là encore, l'intervention du juge sera déterminante dans la caractérisation de l'étendue de la dérogation à la durée minimale du travail¹⁶⁰⁰.

501. L'encadrement de la durée du travail des salariés à temps partiel ne semble pas, eu égard aux multiples dérogations existantes, pouvoir parvenir à endiguer la précarité de cette catégorie de travailleurs. La rémunération de ces salariés est également fortement tributaire des flexibilités offertes aux employeurs dans la gestion de l'organisation de leur temps de travail.

B. Le recours au temps partiel flexibilisé.

502. La loi du 14 juin 2013 s'était fixée pour objectif de renforcer la protection des salariés à temps partiel et d'augmenter leur rémunération par l'instauration d'une durée minimale du travail. Cet objectif est contrarié par deux mesures. D'une part, les partenaires sociaux se sont vu attribuer la possibilité de déroger conventionnellement à la durée minimale du

¹⁵⁹⁸ L'évaluation de la durée du travail dans le cadre d'une activité à titre indépendant risque cependant d'être complexe dans la mesure où cette évaluation ne pourra reposer que sur les épaules du salarié.

¹⁵⁹⁹ CESARO J.-F., *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁰⁰ Il s'était également posé la question du sort du contrat de travail à temps partiel réduit en cas de cessation du motif de la dérogation. Le salarié dont la dérogation disparaît en cours d'exécution du contrat peut-il exiger de son employeur un emploi d'une durée égale à vingt-quatre heures ? L'ordonnance du 29 janvier 2015 qui a réécrit l'article L. 3123-8 du Code du travail semble avoir solutionné le problème. En cas de cessation du motif de dérogation, le salarié n'est plus titulaire que d'un droit d'accès prioritaire à un emploi d'une durée de 24 heures. Il ne peut donc se prévaloir d'un droit automatique à retrouver un emploi respectant la durée minimale de travail.

travail (1). D'autre part, le paiement majoré des heures complémentaires est mis en échec par la légalisation de la pratique des avenants d'heures complémentaires temporaires (2).

1) La possibilité de déroger conventionnellement à la durée minimale.

503. Aux termes de l'article L. 3123-7 du Code du travail, la fixation d'une durée de travail inférieure à la durée minimale de vingt-quatre heures est rendue possible par la voie conventionnelle. A rebours des dernières interventions législatives qui ont favorisé l'accord collectif d'entreprise comme principal outil de détermination du régime du temps de travail dans l'entreprise, le législateur « *renoue ici avec son approche originelle de la dérogation conventionnelle en matière de temps de travail* »¹⁶⁰¹. Ainsi, seul un accord collectif de branche étendu peut prévoir une durée minimale de travail inférieure à vingt-quatre heures¹⁶⁰². Par ce choix, il s'agit moins d'adapter la durée de travail aux contraintes d'une entreprise spécifique que de prendre en compte les particularités d'un secteur d'activité qui ne peut, de par son fonctionnement, employer des salariés pour une durée de vingt-quatre heures¹⁶⁰³. Certaines garanties ont été imposées en contrepartie de cette faculté de dérogation. D'une part, l'abaissement de la durée minimale de travail par la voie conventionnelle est conditionné par l'extension de l'accord par l'administration du travail. D'autre part, des garanties de fond doivent être prévues « *quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée* » minimale de travail légale¹⁶⁰⁴. Il est, en outre, exigé que les horaires de travail du salarié soient, dans ce cas, « *regroupés sur des journées ou des demi-journées régulières ou complètes* »¹⁶⁰⁵. Le contrôle obligatoire du contenu des accords par l'administration devrait permettre de s'assurer de l'existence de telles contreparties.

¹⁶⁰¹ GARDIN A., *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁰² Article L. 3123-19 du Code du travail.

¹⁶⁰³ En ce sens, GARDIN A., *op. cit.*

¹⁶⁰⁴ Article L. 3123-19, alinéa 1^{er} du Code du travail.

¹⁶⁰⁵ Article L. 3123-19, alinéa 2 du Code du travail.

504. Un bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a été réalisé au 3 avril 2015¹⁶⁰⁶. Sa lecture révèle que les partenaires sociaux se sont fortement emparés de la possibilité de déroger à la durée minimale de travail. Au 19 mars 2015, 48 accords ont été conclus dont 34 ont été étendus et 14 devraient l'être prochainement¹⁶⁰⁷. Près de 44 % des salariés à temps partiel en France sont aujourd'hui couverts par un accord de branche¹⁶⁰⁸. Or, comme le précise le document, « *la quasi-totalité des branches parvenues à la conclusion d'un accord sur le temps partiel s'est emparée de la possibilité de fixer une durée minimale inférieure à 24 heures hebdomadaires* ». A l'exception de cinq branches, tous les accords ont fixé une durée de travail inférieure à vingt-quatre heures¹⁶⁰⁹. Les disparités peuvent être très grandes entre les branches. Si certaines branches ont adopté une durée minimale proche de la durée minimale légale¹⁶¹⁰, d'autres ont, par contre, opté pour des durées minimales vraiment faibles¹⁶¹¹.

505. L'étude des chiffres issus du bilan de la loi du 14 juin 2013 le prouve, la faculté de déroger par accord collectif de branche étendu a véritablement écorné le principe d'une durée minimale du travail commune à tous les salariés à temps partiel. Le droit à une rémunération décente par l'exécution d'un temps de travail minimum est remis en cause par la nécessité de prendre en compte les spécificités de l'activité économique des secteurs concernés par le travail à temps partiel.

2) La possibilité de déroger au paiement des majorations pour heure complémentaire.

506. A l'instar des salariés à temps plein, l'employeur garde la possibilité de faire réaliser aux salariés à temps partiel des heures de travail au-delà de la durée prévue au contrat. Depuis le 1^{er} janvier 2014, toutes les heures effectuées au-delà de la durée du travail

¹⁶⁰⁶ Conférence thématique, « Bilan de la loi de sécurisation de l'emploi », 3 avril 2015.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 29.

¹⁶⁰⁸ Soit plus d'1,4 millions de salariés.

¹⁶⁰⁹ La branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaires est la seule à avoir fixé une durée de travail supérieure à 24 heures (26 heures).

¹⁶¹⁰ A titre d'exemple, la branche du commerce succursaliste de la chaussure a fixé la durée minimale à 21 heures.

¹⁶¹¹ La branche des acteurs du lien social et familiale a opté pour une durée minimale de 2 heures, la branche Pôle emploi pour une durée de 3 heures 45.

mentionnée dans le contrat de travail font l'objet d'une majoration d'au moins 10 %¹⁶¹², alors que l'ancien dispositif ne prévoyait aucune majoration obligatoire pour ces heures¹⁶¹³. Il est possible, par accord collectif de branche étendu ou d'entreprise et d'établissement, d'autoriser l'accomplissement d'heures complémentaires majorées de 10 % jusqu'au tiers de la durée prévue au contrat de travail¹⁶¹⁴.

507. La réalisation d'heures complémentaires pour le salarié à temps partiel s'accompagne donc d'un surcroît de rémunération. Le législateur a, en outre, érigé un régime protecteur afin d'encadrer le pouvoir de l'employeur en la matière. D'une part, en application de l'article L. 3123-13 du Code du travail, l'accomplissement régulier d'heures complémentaires peut entraîner une réévaluation de la durée de travail. Selon ce texte, lorsque, « *pendant une période de douze semaines consécutives ou pendant douze semaines au cours d'une période de quinze semaines ou pendant la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3121-44 si elle est supérieure, l'horaire moyen réellement accompli par un salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine, ou de l'équivalent mensuel de cette durée, l'horaire prévu dans son contrat, celui-ci est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé.* ». La Cour de cassation fait de ce texte une interprétation rigoureuse en estimant que la modification automatique de l'horaire contractuel a lieu dès lors que « *l'horaire moyen réellement accompli par un salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine* »¹⁶¹⁵. D'autre part, aux termes de l'article L. 3123-9 du Code du travail, l'accomplissement d'heures complémentaires ne peut avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par le salarié au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement. Là encore, le juge se montre particulièrement strict, puisque le dépassement, même temporaire, de la durée légale entraîne la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps plein¹⁶¹⁶.

¹⁶¹² Article L.3123-21 du Code du travail. « *Une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir le taux de majoration de chacune des heures complémentaires accomplies dans la limite fixée à l'article L. 3123-20. Ce taux ne peut être inférieur à 10 %* ».

¹⁶¹³ Article L. 3123-17 du Code du travail issu de la loi du 14 juin 2013.

¹⁶¹⁴ Aux termes de l'article L. 3123-20 du Code du travail.

¹⁶¹⁵ Cass. Soc. 4 novembre 2015, n° 14-16.338, Lexbase Hebdo, éd. Soc., 3 décembre 2015, n° 635, comm. TOURNAUX S. Le salarié n'a donc à avoir travaillé deux heures par semaine sur cette période.

¹⁶¹⁶ Cass. Soc. 12 mars 2014, n° 12-15.014, Dalloz actu. 15 septembre 2014, obs. INES B. En l'espèce, le dépassement avait eu lieu sur une période d'un mois.

508. Afin d'éviter les rigidités du régime du travail à temps partiel, et également éviter de payer des heures complémentaires davantage rémunérées, certains employeurs concluaient avec leurs salariés des avenants temporaires à leur contrat de travail en vue d'augmenter, sur une période déterminée, leur temps de travail. Cette pratique a été fermement condamnée par la Chambre sociale de la Cour de cassation au motif que les dispositions relatives au travail à temps partiel sont d'ordre public et qu'il est de ce fait impossible d'y déroger par accord¹⁶¹⁷.

509. La loi du 14 juin 2013 a cependant légalisé cette pratique jugée illicite par la Cour de cassation. Le nouveau article L. 3123-22 du Code du travail énonce qu'une « *convention ou un accord de branche étendu peut prévoir la possibilité, par un avenant au contrat de travail, d'augmenter temporairement la durée du travail prévue par le contrat de travail* ». Ce nouveau dispositif a « *pour effet de déplacer le seuil de déclenchement des heures donnant lieu à majoration* »¹⁶¹⁸. En effet, comme l'indique l'article L. 3123-22 du Code du travail, l'accord de branche étendu « peut » et non « doit » prévoir une majoration salariale des heures effectuées.

510. Le recours aux « avenants compléments d'heures » nécessite au préalable la conclusion d'un accord de branche étendu¹⁶¹⁹. Le contenu de cet accord suscite des interrogations dans la mesure où le législateur est resté silencieux sur un certain nombre de points pourtant cruciaux. L'article L. 3123-22 du Code du travail exige des parties à la négociation qu'elles s'accordent sur le nombre maximal d'avenants pouvant être conclus par un salarié sur un an, dans la limite de huit par an. Au-delà de cette obligation fort peu contraignante, le texte occulte totalement la question de la durée des avenants consentis et du volume horaire de l'augmentation temporaire. Il se pose dès lors la question de l'articulation de ce dispositif avec les articles L. 3123-9 et L. 3123-13 du Code du travail. Un avenant complément d'heures peut-il porter la durée de travail d'un salarié au niveau d'un

¹⁶¹⁷ Cass. Soc. 7 décembre 2010, n° 09-42.315, RDT 2011, p. 252, comm. VERICEL M.

¹⁶¹⁸ LEFRANC-HARMONIAUX C., « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? », RDT 2013, p. 451.

¹⁶¹⁹ JOURDAN D., « Les heures complémentaires et l'avenant complément d'heures », SSL 17 novembre 2014, n° 1652, p. 9.

temps plein ? Peut-il augmenter la durée du travail sur une période supérieure à douze semaines sans entraîner la contractualisation des heures complémentaires réalisées ?

511. Sur ces deux questions, la doctrine est divisée. Pour le Professeur Jean-François CESARO, les heures accomplies dans le cadre d'un avenant n'ayant pas la qualité d'heures complémentaires, il devrait être possible de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale¹⁶²⁰. Il est, sur ce point, notable que, lors des débats parlementaires, les deux chambres du Parlement n'avaient pas non plus la même interprétation. Le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale s'est prononcé en faveur d'une telle interprétation, tandis que le rapporteur devant le Sénat a estimé qu'il fallait veiller à ne porter la durée du travail au niveau de la durée légale¹⁶²¹. La même incertitude règne quant à la question de l'application de l'article L. 3123-13 du Code du travail au complément d'heures. Le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY estime que ce texte doit être écarté au motif « *que le complément d'heures repose sur la signature d'un avenant qui modifie temporairement la durée contractuelle de référence* »¹⁶²². L'intervention du juge sera nécessaire avant de pouvoir se prononcer définitivement. S'il écarte l'application de ces deux textes, les partenaires sociaux disposeront d'une marge de manœuvre extrêmement importante afin de repousser le déclenchement du paiement majoré des heures complémentaires.

512. « *La combinaison d'une durée minimale non contraignante et d'une maîtrise du déclenchement des heures complémentaires fait du temps partiel la figure la plus achevée de la flexibilité* »¹⁶²³. Les propos de cet auteur reflètent l'impact véritable de la loi du 14 juin 2013. Sous couvert d'assurer une rémunération décente aux salariés à temps partiel par l'instauration d'une durée minimale du travail, ce texte a en réalité donné plus de facultés aux employeurs d'ajuster le temps de travail de leurs salariés aux besoins de leur activité.

¹⁶²⁰ CESARO J.-F., *op. cit.* ; Egalement BACH P.-O. et BRIVOIS D., « Avenant complément d'heures au contrat de travail à temps partiel », JCP S 2 juin 2015, n° 22, 1190 ; *Contra* GARDIN A., *op. cit.*

¹⁶²¹ Rapp. AN n° 847, 27 mars 2013 ; Rapp. Sénat n° 501, 11 avril 2013.

¹⁶²² FAVENNEC-HERY F., « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », *Dr. soc.* 2013, p. 785.

¹⁶²³ SERVERIN E., « Après la réforme : les employeurs plus que jamais maîtres du temps partiel », *RDT* 2013, p. 454.

**Section II : L'INSTRUMENTALISATION DU TEMPS DE TRAVAIL COMME MOYEN
DE RATIONALISATION DES TEMPS DE TRAVAIL PEU PRODUCTIFS.**

513. La définition du temps de travail effectif est relativement récente dans l'histoire du droit du travail¹⁶²⁴. Dans un premier temps d'origine purement prétorienne¹⁶²⁵, elle a été consacrée par le législateur par la loi Aubry I du 13 juin 1998 qui n'a fait que transcrire cette jurisprudence¹⁶²⁶. Aux termes de l'article L. 3121-1 du Code du travail, « *la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ». Le législateur a opté pour une conception « *en harmonie avec la logique du travail au temps* », privilégiée à une conception productiviste¹⁶²⁷. Le critère déterminant de cette définition est en effet celui de la disposition du salarié à l'égard de son employeur¹⁶²⁸. Par ce texte, le législateur consacre la disponibilité temporelle du salarié comme « *mesure de la durée du travail et, par voie de conséquence, de la rémunération* »¹⁶²⁹. Ainsi, tout type de temps, productif ou non, est susceptible d'être qualifié de temps de travail effectif et, en corolaire, être rémunéré, dans la mesure où une obligation de disposition a été imposée à un salarié. La logique productiviste du temps de travail n'a cependant jamais totalement disparu de notre droit positif. Un certain nombre de « relations temporelles », pendant lesquelles la subordination qui pèse sur le salarié n'est pas aussi forte que pendant le temps de travail « normal », vont être visées et exclues de la qualification de temps de travail effectif. La définition du temps de travail effectif devient un enjeu de la flexibilisation de l'organisation du temps de travail. Cette situation engendre une distorsion entre temps rémunéré et temps de disponibilité du salarié. Allant plus loin dans sa démarche, le législateur a également pu

¹⁶²⁴ BOISARD P., « La durée du travail effectif : analyse d'une convention », La découverte, Coll. Recherches, 2006, p. 289.

¹⁶²⁵ Cass. soc. 15 février 1995, Bull. civ. V, n° 57 ; Cass. soc. 28 octobre 1997, Dr. soc. 1998, p. 15 ; Cass. soc. 7 avril 1998, n° 95-44.343, RJS 5/98, n° 593.

¹⁶²⁶ BARTHELEMY J., « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », JCP S 18 octobre 2005, n° 17, 1276.

¹⁶²⁷ En ce sens, AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 2016, 30^{ème} éd., p. 865.

¹⁶²⁸ Les éléments de définition relatifs à l'obligation de se conformer aux directives de l'employeur et de ne pas pouvoir vaquer à des occupations personnelles ne sont pas des éléments distincts, mais viennent préciser le critère relatif à la disposition. V. JOHANSSON A., « La détermination du temps de travail effectif », LGDJ, Thèse, 2006, p. 355.

¹⁶²⁹ BOUVIER O.-L., « La notion de temps de travail effectif : évolutions en droit interne et en droit communautaire », RJS 11/05, p. 751.

dissocier totalement le lien entre rémunération et temps de travail effectif. La suppression du temps de travail effectif comme unité de mesure de la rémunération est en effet rendue possible pour certaines catégories de salariés. Ce n'est plus, pour ceux-ci, le temps qui est facteur de rémunération, mais la charge de travail imposée par l'employeur.

514. La volonté de coupler rémunération et temps de travail productif s'illustre tant par l'instrumentalisation de la notion de temps de travail effectif (§1) que par la suppression de la référence au temps de travail effectif comme critère de rémunération (§2).

§ 1 : L'instrumentalisation de la notion de temps de travail effectif.

515. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises afin d'exclure de la qualification de temps de travail effectif certains temps de travail atypiques. En raison de leur caractère improductif pour l'employeur, les heures d'équivalence, les temps d'astreinte, de trajet, d'habillage et de déshabillage ou de douche sont par principe exclus de cette qualification (A). Il en résulte pour le salarié une diminution, voire une absence, de compensation pécuniaire en contrepartie de ces temps pourtant mis à disposition de l'employeur (B).

A. L'exclusion des temps de travail atypiques de la qualification de temps de travail effectif.

516. Parmi les différents temps de travail peu productifs visés par le législateur, une distinction doit être opérée. Le Code du travail a encadré des temps où le salarié demeure à la disposition de l'employeur, mais cette obligation est atténuée par rapport à l'obligation de mise à disposition qui s'applique normalement pendant l'exécution du contrat de travail (1). A côté de ces temps de mise à disposition atténuée, ont été également exclus de la notion de temps de travail effectif des temps où le salarié, sans être à la disposition de l'employeur, est néanmoins contraint et au service de l'entreprise.

1) *L'exclusion des temps de travail soumis à une obligation de disposition atténuée.*

517. « *L'interprétation productiviste de la notion de temps de travail effectif permet, dans une assez large mesure, de prendre en compte également le résultat du travail* »¹⁶³⁰. Dans cette optique, deux temps spécifiques, où la productivité du salarié est moindre qu'en temps normal, ont été exclus par le législateur de la qualification de temps de travail effectif. Il s'agit des heures d'équivalence et des périodes d'astreinte.

518. Les heures d'équivalence ont été initialement instituées par les décrets d'application de la loi du 21 juin 1936 relative aux 40 heures¹⁶³¹. Alors que l'évolution des techniques et des modes d'organisation du temps de travail était censée faire disparaître les périodes d'inaction des salariés et par conséquent rendre désuet ce dispositif¹⁶³², la loi Aubry II du 19 janvier 2000 lui a redonné « *ses lettres de noblesse* » en imposant leur mise en place par décret¹⁶³³. L'article L. 3121-14 du Code du travail dispose désormais qu'« *une durée du travail équivalente à la durée légale peut être instituée dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction soit par décret, pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, soit par décret en Conseil d'Etat* ». Ces heures d'équivalence sont donc censées permettre de répondre aux spécificités des activités professionnelles où peuvent alterner temps d'inaction et temps de travail¹⁶³⁴. Par la fixation d'une durée de travail supérieure dans les faits, mais équivalente juridiquement aux trente-cinq heures, ces temps de présence non active sont supprimés artificiellement de la comptabilisation des heures de travail effectuées par le salarié¹⁶³⁵. Ce dispositif conduit à dissocier temps de présence du salarié sur son lieu de travail et mise à disposition de sa force de travail, ce qui constitue un « *exemple notable dans le système français du*

¹⁶³⁰ JOHANSSON A., *op. cit.*, p. 87.

¹⁶³¹ BARADEL S., « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », Dr. ouv. 2012, p. 190.

¹⁶³² MORAND M., « La face cachée du régime d'équivalence », JCP S 11 mars 2008, n° 11-12, 1162.

¹⁶³³ BOUVIER O.-L., « La notion de temps de travail effectif : évolutions en droit interne et en droit communautaire », RJS 11/05, p. 751.

¹⁶³⁴ *Ibid.* L'article L. 3121-13 du Code du travail définit ce régime particulier comme « *un mode spécifique de détermination du temps de travail effectif et de sa rémunération pour des professions et des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction* ».

¹⁶³⁵ A titre d'exemple, le décret n° 2003-1194 du 13 décembre 2003 prévoit que, dans les commerces de détail alimentaire, la durée du travail équivalente à 35 heures est fixée à 38 heures pour le personnel de vente des établissements relevant du champ d'application de la convention collective nationale des commerces de détail de fruits et légumes, épicerie et produits laitiers.

contournement de la notion de temps de travail effectif »¹⁶³⁶. La portée de ce dispositif a été cependant amoindrie par le juge communautaire. Suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, la Cour de Justice des Communautés européennes a estimé que la directive 93/104 du 23 novembre 1993 relative au temps de travail exige que toutes les heures de présence du salarié soit comptabilisées en tant que temps de travail effectif¹⁶³⁷. La Chambre sociale de la Cour de cassation a également confirmé l'application du droit de l'Union européenne aux heures d'équivalence et juge que ce dispositif ne peut conduire à dépasser l'amplitude journalière de travail maximale¹⁶³⁸. Le droit de l'Union européenne s'oppose à la mise en place d'un mécanisme de pondération tenant à la moindre intensité du travail fourni durant les périodes d'inaction et oblige au respect des prescriptions minimales en matière de temps de repos. Cependant, cette jurisprudence est strictement cantonnée au contrôle de la durée du travail et ne s'applique pas aux règles relatives à la rémunération¹⁶³⁹. Ce dispositif n'a, dès lors, comme seule finalité que de réduire la rémunération des salariés dont le temps de travail contient des périodes creuses, peu ou non productives.

519. Les périodes d'astreinte constituent également un temps où le salarié est soumis à une obligation de disposition atténuée. Ces périodes se caractérisent « *par l'obligation pour le salarié de se tenir à disposition de l'employeur afin de faire face dans les plus brefs délais à toute éventualité rendant son intervention nécessaire. Ces heures d'astreinte ne constituent pas un temps de travail effectif puisque le salarié ne contribue pas à l'activité productive de l'entreprise durant cette période* »¹⁶⁴⁰. La loi du 19 janvier 2000 a donné à l'astreinte une définition légale, sans pour autant se prononcer sur sa nature juridique¹⁶⁴¹. Partiellement modifié par la loi Travail du 6 août 2016, une période d'astreinte s'entend, aux termes de l'article L. 3121-9 du Code du travail, « *comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de*

¹⁶³⁶ BOUVIER O.-L., *op. cit.*

¹⁶³⁷ CJCE 1er déc. 2005, *Dellas*, C-14-04, RDT 2006, p. 33, note VERICEL M.

¹⁶³⁸ Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 07-44.226, RDT 2010, p. 114, note VERICEL M.

¹⁶³⁹ Cass. soc. 7 décembre 2010, n° 09-41.712, RJS 2011, n° 239.

¹⁶⁴⁰ ACAR B. et BELIER G., « Astreintes et temps de travail », *Dr. soc.* 1990, p. 502.

¹⁶⁴¹ Ancien article L. 3121-5 du Code du travail. « *Une période d'astreinte 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 accomplir un travail au service de l'entreprise* ».

l'entreprise ». Ce texte précise dans un second alinéa que la durée de l'intervention du salarié pendant la période d'astreinte constitue un temps de travail effectif. Ce texte est cependant muet sur la nature de la période d'astreinte, et précise seulement qu'elle « *fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos* »¹⁶⁴². La jurisprudence avait considéré que ce temps ne constituait ni un temps de travail effectif, ni un temps de repos, consacrant ainsi l'existence d'un temps de « *troisième type* »¹⁶⁴³. L'état de sujétion particulier dans lequel se trouve soumis le salarié était incompatible avec le droit au repos quotidien et hebdomadaire¹⁶⁴⁴. La loi Fillon du 17 janvier 2003 a mis un terme à cette jurisprudence et, désormais, la période d'astreinte, exception faite de la durée d'intervention, est incluse dans le calcul des différents temps de repos¹⁶⁴⁵. Ce temps de « *contrainte professionnelle* », à défaut de subordination, est donc clairement exclu de la notion de temps de travail effectif en application d'une logique productiviste du temps de travail.

520. La « *gradation du lien de subordination* » est donc prise en compte par le législateur dans le cadre des heures d'équivalence ou des périodes d'astreinte¹⁶⁴⁶. Le relâchement du pouvoir de direction de l'employeur conduit à une exclusion de la qualification du temps de travail effectif et à une inapplication des règles relatives à la rémunération.

2) *L'exclusion des temps de travail contraints.*

521. La qualification de temps de travail effectif a, sous l'influence de la Cour de cassation, pu trouver à s'appliquer à des temps où le salarié, sans être sous la subordination de son employeur, n'en demeure pas moins contraint par les exigences de son activité professionnelle. Les conséquences d'une telle qualification ont conduit le législateur à intervenir afin de les exclure du temps de travail effectif. Dès lors, ne seront rémunérés à

¹⁶⁴² Article L. 3121-9, alinéa 3 du Code du travail.

¹⁶⁴³ RAY J.-E., « Les astreintes, un temps de troisième type », *Dr. soc.* 1999, p. 250. Ces temps ne sont pas reconnus par le droit communautaire qui a opté pour une conception binaire du temps du salarié : temps de travail effectif ou temps de repos. Il n'existe pas de catégorie intermédiaire entre les deux.

¹⁶⁴⁴ Cass. soc. 10 juillet 2002, RJS 11/02, n° 1236.

¹⁶⁴⁵ Article L. 3121-10 du Code du travail.

¹⁶⁴⁶ MORAND M., « Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire », *SSL* 2004, 1156.

taux plein que les temps les plus productifs du salarié, en opposition frontale avec la logique du travail au temps mise en avant par l'article L. 3121-1 du Code du travail.

522. Le temps de trajet est un temps atypique contraint pendant lequel le salarié ne se trouve pas sous la subordination de son employeur, mais n'est pas non plus totalement libre pour autant. La jurisprudence en avait déduit que, sous certaines conditions, ce temps pouvait être assimilé à du temps de travail effectif. Par principe, le temps habituel de trajet entre le domicile du salarié et son lieu de travail ne constitue pas un temps de travail effectif¹⁶⁴⁷. Mais, dans un arrêt de principe du 5 novembre 2003, la Chambre sociale de la Cour de cassation a consacré l'existence d'un nouveau temps, le temps de trajet « inhabituel »¹⁶⁴⁸. Par cette décision, le temps de trajet qui dépasse la durée de trajet habituel entre le domicile et le lieu de travail du salarié doit être qualifié de temps de travail effectif. La justification de cette décision est difficile à établir. D'une part, la Cour de cassation ne motive en aucune manière la création de ce nouveau temps de travail. D'autre part, son interprétation n'apparaît pas conforme à la conception actuelle du travail effectif qui exige la mise à disposition du salarié à l'égard de son employeur. Il n'apparaît pas pertinent de considérer que l'emprise de l'employeur sur son salarié s'accroît lorsque le temps de trajet du salarié est inhabituellement long. Le législateur a condamné cette jurisprudence par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005¹⁶⁴⁹. Désormais, il est clairement énoncé que « *le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif* »¹⁶⁵⁰. Le temps de déplacement professionnel qui dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail ouvre droit à une contrepartie mais n'est désormais plus considéré comme du temps de travail effectif¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁷ Cass. soc. 5 novembre 2003, n° 97-43.026, RJS 1/04, n° 52. Sauf si ce trajet est réalisé pendant une période d'astreinte. Cass. soc. 10 mars 2004, RJS 6/04, n° 698.

¹⁶⁴⁸ Cass. soc. 5 novembre 2003, n° 01-43. 109, D. 2004, p. 391.

¹⁶⁴⁹ MORAND M., « Les déplacements professionnels après la loi de cohésion sociale », RJS 4/05, p. 247.

¹⁶⁵⁰ Article L. 3121-4 du Code du travail.

¹⁶⁵¹ V. cependant CJUE 10 septembre 2015, C-266/14, JCP S 2015, 1418. Cet arrêt de la CJUE pourrait cependant remettre en cause, du moins partiellement, ce texte. Le juge communautaire a en effet estimé que, lorsque les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, constitue du temps de travail le temps que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier client désigné par leur employeur.

523. Le temps consacré par le salarié à l'habillage et au déshabillage¹⁶⁵² a connu les mêmes attermolements et le même chassé-croisé entre juge et législateur. Pour des faits antérieurs à l'établissement d'une définition légale du temps de travail, la Cour de cassation avait intégré dans le giron du travail effectif le temps nécessaire à l'habillage d'un salarié au motif que « toute période pendant laquelle un salarié se tient à la disposition de son employeur pour participer à l'activité de l'entreprise, constitue une période de travail effectif »¹⁶⁵³. Cet arrêt est conforme à la conception du temps de travail effectif. Le revêtement d'une tenue de travail est, certes, une période d'inaction pour l'entreprise, mais il est probablement contraint et imposé au salarié « soit pour des raisons liées à l'intérêt de l'entreprise, soit en raison d'une réglementation »¹⁶⁵⁴. Dès lors, le salarié n'est pas libre de vaquer à ses occupations et se tient à la disposition de l'employeur en participant à l'activité de l'entreprise sur son lieu de travail, ce qui semble suffisant pour caractériser l'existence d'un temps de travail effectif. La loi Aubry II a cependant choisi d'écarter cette qualification au profit d'un régime spécifique. L'article L. 3121-3 alinéa 2 du Code du travail prévoyait que ce temps ouvrait droit à contreparties, « sans préjudice des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage ou de déshabillage à du temps de travail effectif ». Une lecture *a contrario* de ce texte laisse apparaître que, en l'absence de telles clauses, ce temps n'était pas assimilé à du temps de travail effectif. La loi Travail du 6 août 2016 a procédé à une réécriture de cette disposition qui lève toute ambiguïté. Désormais, aux termes de l'article L. 3121-7 du Code du travail, « une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche prévoit soit d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage mentionnés à l'article L. 3121-3, soit d'assimiler ces temps à du temps de travail effectif ». Ainsi, le temps consacré à l'habillage et au déshabillage ne peut être assimilé à un temps de travail effectif qu'en vertu d'un accord collectif le prévoyant expressément.

¹⁶⁵² Article L. 3121-3 du Code du travail. « Le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage, lorsque le port d'une tenue de travail est imposé par des dispositions légales, des stipulations conventionnelles, le règlement intérieur ou le contrat de travail et que l'habillage et le déshabillage doivent être réalisés dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, fait l'objet de contreparties. Ces contreparties sont accordées soit sous forme de repos, soit sous forme financière ».

¹⁶⁵³ Cass. soc. 9 mars 1999, RJS 1999, p. 325, n° 525 ; JSL 4 mai 1999, n° 35, p. 22.

¹⁶⁵⁴ JOHANSSON A., *op. cit.*, p. 526.

524. Dans les établissements où sont réalisés des travaux insalubres et salissants, l'employeur a l'obligation de mettre à disposition des douches pour ses salariés¹⁶⁵⁵. Un décret du 1^{er} octobre 1987 a exclu les temps de douche prises par les salariés sur leur lieu de travail du temps de travail effectif¹⁶⁵⁶. Il paraît légitime de s'interroger sur la compatibilité de cette exclusion au regard de la définition du temps de travail effectif comme temps de mise à disposition. En effet, ces temps de douche semblent *a priori* correspondre aux critères posés par l'article L. 3121-1 du Code du travail. Cependant, il faut remarquer que l'employeur a seul l'obligation de mettre à disposition des douches à ses salariés. Ceux-ci sont libres ou non de les utiliser. Tant que leur employeur ne leur a pas donné de directive, ils conservent la possibilité de prendre leur douche à leur domicile¹⁶⁵⁷. Dès lors, l'exclusion semble justifiée, bien que l'on puisse se demander si les salariés ont véritablement le choix de ne pas prendre leur douche sur leur lieu de travail en cas de travaux insalubres et salissants. La situation de fait dans laquelle ils se trouvent pourrait très bien rendre ces temps de douche véritablement contraignants.

525. Le caractère peu productif de ces temps a justifié l'intervention du législateur afin de les exclure du temps de travail effectif. L'inapplicabilité de l'article L. 3121-1 du Code du travail entraîne l'absence d'obligation, pour l'employeur, de rémunérer ces temps spécifiques. Les compensations prévues sont, en majeure partie, bien plus faibles que la rémunération habituelle des salariés.

B. La faiblesse des compensations accordées en contrepartie des temps de travail atypiques.

526. Ces temps de travail atypiques exclus de la qualification de temps de travail effectif n'ont pas toujours donné lieu à contrepartie. Malgré ce phénomène d'exclusion, dont l'un des principaux intérêts est de ne pas contraindre les employeurs à rémunérer ces temps atypiques, le législateur a presque totalement généralisé le droit à contrepartie pour les

¹⁶⁵⁵ Article R. 4228-8 du Code du travail.

¹⁶⁵⁶ Décret n° 87-809, 1^{er} octobre 1987, JO 3 octobre 1987, p. 11548. Article R. 3121-2 du Code du travail. « *En cas de travaux insalubres et salissants, le temps passé à la douche en application de l'article R. 4228-9 est rémunéré au tarif normal des heures de travail sans être pris en compte dans le calcul de la durée du travail effectif* ».

¹⁶⁵⁷ En ce sens, JOHANSSON A., *op. cit.*, p. 530.

salariés tenus de s'y soumettre. Cependant, les conditions d'ouverture du droit à contrepartie divergent suivant le temps en cause, faisant du droit à contrepartie un droit à géométrie variable.

527. Le dispositif des heures d'équivalence constitue la seule exception au droit à une contrepartie obligatoire en cas de réalisation d'un temps de travail atypique. Le salarié soumis à un horaire d'équivalence est rémunéré sur la base de la durée légale de travail. Les heures d'équivalence, c'est-à-dire celles effectuées au-delà de la durée légale jusqu'à la durée d'équivalence fixée par décret, ne sont pas rémunérées, sauf usage ou accord collectif allant dans ce sens¹⁶⁵⁸. A défaut d'accord, le juge ne semble pas pouvoir être sollicité afin de fixer des contreparties à la réalisation d'heures d'équivalence. Cette situation apparaît condamnable d'un strict point de vue juridique. Le salarié qui réalise des heures d'équivalence est certes improductif, il n'en demeure pas moins à la disposition de son employeur. Ce temps qu'il consacre « gratuitement » à son employeur, il ne peut l'employer à augmenter sa rémunération auprès d'un autre. Cette atteinte à la liberté de travail du salarié nous semble devoir faire impérativement l'objet d'une compensation, à l'instar de ce que la jurisprudence exige en matière de clause de non-concurrence¹⁶⁵⁹. A défaut, le régime d'équivalence permet d'augmenter la durée du travail du salarié sans aucun coût supplémentaire pour l'employeur.

528. Les astreintes, autre temps de disponibilité atténuée, font l'objet d'une compensation obligatoire, soit sous forme financière, soit sous forme de repos¹⁶⁶⁰. Aucun minimum n'est requis par la loi. Le montant de ces contreparties peut donc être très faible, et ce d'autant plus au regard de leur mode de fixation. En effet, selon l'article L. 3121-11 du Code du travail, les astreintes et leurs compensations doivent être prévues par accord collectif de branche étendu ou par accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Cependant, l'absence d'accord collectif n'empêche pas l'employeur de recourir aux astreintes. Ce dernier peut, unilatéralement, mettre en place des astreintes dont il fixera

¹⁶⁵⁸ V. AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 874.

¹⁶⁵⁹ Cass. soc. 10 juillet 2002, RJS 04/03, n° 455. Voir également *infra*, Partie 1, Titre II, Chapitre II, Section II.

¹⁶⁶⁰ Article L. 3121-9 du Code du travail. Antérieurement à la loi Aubry II du 19 janvier 2000, seule la jurisprudence exigeait une compensation obligatoire. V. Cass. soc. 9 décembre 1998, RJS 1999, p. 40 ; Dr. soc. 1999, p. 254.

discrétionnairement le montant et les modalités¹⁶⁶¹. Ni la loi, ni la Cour de cassation ne donnant d'indication sur le niveau minimal de la compensation, l'employeur garde la possibilité de le fixer à un montant très faible¹⁶⁶². Pour certains auteurs, seule une compensation dérisoire, assimilable à une absence de compensation, pourrait entraîner une sanction du juge¹⁶⁶³. A défaut de prévision des contreparties, ce qui ne peut être en pratique que très rare du fait de la possibilité de les prévoir de manière unilatérale, les magistrats sont compétents pour fixer les contreparties de manière discrétionnaire¹⁶⁶⁴.

529. Le temps de déplacement professionnel qui dépasse le temps normal de trajet donne également lieu à contrepartie, soit financière, soit sous forme de repos¹⁶⁶⁵. Son mode de fixation est identique à celui relatif aux astreintes. Le versement des contreparties est cependant conditionné à la réalisation d'un temps de déplacement anormalement long, c'est-à-dire qui dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail. Le critère de « dépassement du temps normal de trajet » soulève de nombreuses incertitudes. Doit-il être apprécié *in abstracto* par l'acte juridique l'instituant, dès lors qu'il serait commun à tous les salariés de l'entreprise, peu importe leurs situations personnelles, ou bien *in concreto*, et donc dépendant du domicile du salarié et de ses moyens de locomotion ? Aucun texte de loi n'apporte de précisions sur l'évaluation de ce critère qui détermine pourtant le point de départ du droit à contrepartie du salarié. L'étude de différentes conventions collectives de branche laisse apparaître une grande diversité dans l'appréhension du caractère inhabituel du temps de déplacement professionnel. Pour la convention collective nationale des experts-comptables, constitue un temps de trajet anormalement long le trajet pour se rendre chez un client dont la durée est supérieure à

¹⁶⁶¹ Article L. 3121-12 du Code du travail. La seule entrave à son pouvoir discrétionnaire résulte dans l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel.

¹⁶⁶² Cependant, lorsque l'employeur met en place unilatéralement une astreinte sans qu'une telle mesure n'ait été prévue au contrat de travail, cette dernière constitue une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser (Cass. soc. 31 mai 2000, n° 98-41.102, RJS 2000, n° 956). Des contreparties très faibles pourraient être, dans cette hypothèse, de nature à dissuader les salariés de vouloir exécuter ces astreintes.

¹⁶⁶³ JOHANSSON A., *op. cit.*, p. 457 ; AUZERO G. et DOCKES E., p. 870. Aucune décision n'a cependant été rendue en ce sens.

¹⁶⁶⁴ Cass. soc. 10 mars 2004, n° 01-46.369, RJS 2004, n° 549. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient fixé le montant de la contrepartie financière au niveau du salaire habituel des salariés.

¹⁶⁶⁵ Article L. 3121-4, alinéa 2 du Code du travail.

deux heures¹⁶⁶⁶. Une approche *in abstracto*, sans référence aucune aux spécificités propres à chaque salarié, est ici privilégiée. A l'inverse, pour la convention collective nationale des services de l'automobile, constitue un temps de trajet inhabituel le déplacement professionnel du salarié qui l'oblige à partir de son domicile plus tôt qu'habituellement¹⁶⁶⁷. Le choix du domicile du salarié a, dans cette hypothèse, un rôle déterminant dans l'ouverture du droit à contrepartie¹⁶⁶⁸. En l'absence de précision jurisprudentielle, le point de départ du droit à contrepartie semble donc être extrêmement variable, et dépendant de l'acte juridique qui le prévoit. Son montant et ses modalités sont, enfin, conditionnées par la conclusion d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur. Si aucune contrepartie n'est prévue conventionnellement ou unilatéralement, les juges sont compétents pour fixer directement la contrepartie. En la matière, un arrêt mérite notre attention. Dans une décision du 14 novembre 2012, la Cour de cassation a sanctionné une cour d'appel qui avait fixé le montant de la contrepartie due sur la base du temps de travail effectif réalisé par le salarié¹⁶⁶⁹. Dès lors, les juges doivent nécessairement fixer la contrepartie due au salarié à un montant inférieur à la rémunération allouée en contrepartie d'un temps de travail effectif¹⁶⁷⁰. Malgré cette précision, aucune indication n'est donnée par la Cour de cassation quant aux critères susceptibles de guider les juges dans la détermination des contreparties.

530. Le mode de fixation des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage diffère légèrement de celui des astreintes et du temps de trajet inhabituel. Aux termes des articles L. 3121-7 et L. 3121-8 du Code du travail, les contreparties doivent nécessairement résulter d'un accord, qu'il s'agisse d'un accord collectif de travail ou, à défaut, du contrat de travail. L'employeur n'a pas, dans cette hypothèse, la liberté de les fixer unilatéralement. Cependant, le versement des contreparties est soumis à deux conditions

¹⁶⁶⁶ Convention collective des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes, article 8.1.3., « Temps de trajet et de déplacement ».

¹⁶⁶⁷ Convention collective des services de l'automobile, 1.09 *ter*, « temps de trajet inhabituel ».

¹⁶⁶⁸ Pour une analyse critique de l'influence du domicile sur la détermination du temps de déplacement professionnel inhabituel, v. MORAND M., « Les déplacements professionnels après la loi de cohésion sociale », RJS 4/05, p. 247.

¹⁶⁶⁹ Cass. soc. 14 novembre 2012, n° 11-18.571, RDT 2013, p. 343.

¹⁶⁷⁰ Cette décision semble, ainsi, entrer en contradiction avec celle rendue en matière de fixation de la contrepartie d'une période d'astreinte où la Cour de cassation avait admis la fixation de la contrepartie au niveau du temps de travail effectif. (Cass. soc. 10 mars 2004, n° 01-46.369, RJS 2004, n° 549).

cumulatives, qui restreignent fortement son champ d'application. Cette double exigence semble ressortir de la lettre de l'article L. 3121-3 du Code du travail. Suivant ce texte, ces contreparties paraissent devoir être accordées lorsque le port d'une tenue de travail est imposé et que son revêtement doit être réalisé dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. La Cour de cassation n'a pas toujours retenu une lecture aussi stricte de cette disposition. Par un arrêt du 26 janvier 2005, la Chambre sociale avait ainsi posé comme principe que le port obligatoire d'une tenue de travail induisait que l'habillage et le déshabillage devaient être effectués sur le lieu de travail¹⁶⁷¹. Dès lors, seule la condition relative à l'obligation de porter une tenue était exigée, la seconde relative à l'obligation de la revêtir sur son lieu de travail découlant nécessairement de la caractérisation de la première. Néanmoins, par un arrêt du 26 mars 2008, la Cour de cassation est revenue sur sa position et adopte une lecture plus fidèle du Code du travail¹⁶⁷². Elle subordonne désormais le droit d'exiger des contreparties à la double condition du port obligatoire d'une tenue de travail et de l'obligation faite par l'employeur de procéder au changement de tenue dans l'entreprise ou sur le lieu de travail. C'était peut-être donner trop d'importance à l'autorité de l'employeur, le risque étant qu'il suffise que celui-ci n'ordonne pas explicitement à ses salariés de revêtir leur tenue dans l'entreprise pour s'exonérer du paiement des contreparties. La Cour de cassation, probablement consciente des failles de cette solution de principe, a, semble-t-il, affiné sa position¹⁶⁷³. Dans un arrêt en date du 21 novembre 2012, elle considère que « *les conditions d'insalubrité dans lesquelles le salarié exerçait son activité lui imposaient pour des raisons d'hygiène de le revêtir et de l'enlever sur le lieu de travail* »¹⁶⁷⁴. Par cette décision, la contrainte pesant sur le salarié peut résulter tant de l'autorité de l'employeur que de la nécessité du travail à accomplir. Les circonstances de fait peuvent donc caractériser, tout autant que les directives de l'employeur, l'obligation de revêtir sa tenue au sein de l'entreprise. Cette solution doit être approuvée dans la mesure où, d'une part, de nombreux salariés sont, dans les faits, contraints de revêtir leur tenue sur leur lieu de travail et, d'autre part, que cette interprétation est compatible avec la lettre de l'article L. 3121-3 qui ne vise

¹⁶⁷¹ Cass. soc. 26 janvier 2005, n° 03-15.033, Dr. soc. 2005, p. 469 ; confirmation par Cass. soc. 5 décembre 2007, n° 06-43.888.

¹⁶⁷² Cass. soc. 26 mars 2008, n° 05-41.476, SSL 7 avril 2008, n° 1348, p. 10 ; confirmée par Ass. Plén. 18 novembre 2011, n° 10-16.491, Dr. soc. 2012, p. 307.

¹⁶⁷³ V. en ce sens, l'extrait de l'avis de ALDIGE B., avocat général à la Cour de cassation, sous Cass. soc. 21 novembre 2012, n° 11-15.696, SSL 11 février 2013, n° 1571, p. 93.

¹⁶⁷⁴ Cass. soc. 21 novembre 2012, n° 11-15.696, Dr. soc. 2013, p. 86, note RADE C. ; RDT 2013, p. 114, note PONTIF V.

pas explicitement l'autorité de l'employeur comme seule source de contrainte. L'employeur ne peut plus éluder le paiement des contreparties par la simple absence de directives données aux salariés. Néanmoins, il aurait été intéressant que la Cour de cassation précise les raisons de fait qui peuvent justifier une telle contrainte. En l'espèce, ce sont des raisons d'hygiène qui ont été visées, mais d'autres raisons, comme de sécurité, pourraient, semble-t-il, caractériser l'obligation de revêtir sa tenue de travail au sein de l'entreprise. L'évolution de la jurisprudence montre bien à quel point l'exclusion des temps d'habillage du temps de travail effectif n'est pas naturelle. Ce temps contraint, où le salarié ne peut vaquer librement à ses occupations, aurait dû recevoir une telle qualification. L'assouplissement des conditions ouvrant droit aux contreparties ne peut, dès lors, qu'être loué.

531. Les temps de douche bénéficient du régime le plus favorable pour le salarié. Selon l'article R. 3121-2 du Code du travail, le temps passé à la douche est rémunéré au tarif normal des heures de travail, bien qu'il ne soit pas pris en compte dans le calcul de la durée de travail effectif. La seule condition est que les travaux réalisés doivent être insalubres et salissants. La liste de ces travaux ne relève pas de la compétence du juge, mais est établie par arrêté des ministres chargés du travail, de l'agriculture ou de la santé, ce qui ne laisse pas place à interprétation¹⁶⁷⁵. La jurisprudence est assez permissive s'agissant du contrôle de la réalité de la prise de douche. Par un arrêt du 11 février 2004, elle estime que les salariés effectuant des travaux insalubres ou salissants doivent bénéficier d'une douche quotidienne et que l'employeur doit payer le temps quotidien de douche au tarif normal des heures de travail sans que ceux-ci ne doivent rapporter la preuve d'une prise de douche effective¹⁶⁷⁶. La seule constatation de la réalisation de travaux salissants ouvre droit au paiement du temps de douche, peu important la réalisation effective de ce temps contraint.

532. Exception faite des temps de douche, les temps de travail atypiques exclus de la qualification de temps de travail effectif n'ouvrent droit que dans des conditions assez strictes à des contreparties bien plus faibles que la rémunération habituelle du travail du salarié. Ces tiers temps, dotés de régimes propres, pourraient très bien être considérés comme du temps de travail effectif. Cependant, « *la réintégration de ces temps non*

¹⁶⁷⁵ Article R. 4228-8 du Code du travail.

¹⁶⁷⁶ Cass. soc. 11 février 2004, n° 01-46.405, RJS 2004, n° 544.

productifs dans la sphère du temps de travail effectif heurte bien évidemment la logique productiviste qui fait du salarié un rouage de la production »¹⁶⁷⁷. L'instrumentalisation de la définition du temps de travail effectif permet alors d'augmenter la rentabilité des salariés sans augmentation du temps de travail ni véritable surcroît de rémunération. Cette déconnexion entre temps de disponibilité du salarié et temps rémunéré s'illustre encore par la suppression, pour certaines catégories de travailleurs, de toute référence au temps de travail effectif comme critère de détermination du montant de la rémunération.

§ 2 : La suppression de la référence au temps de travail effectif.

533. La « *crise du modèle du temps* » est particulièrement marquée pour deux catégories de salariés¹⁶⁷⁸. Pour les cadres dirigeants, d'une part, toutes les règles relatives au temps de travail leurs sont inapplicables. Pour les salariés soumis à une convention de forfait jours, d'autre part, le temps n'est également plus le critère de détermination de la rémunération, bien que l'exclusion des règles du temps de travail s'avère moins ample. L'abandon du lien entre temps de travail effectif et rémunération est patent pour ces deux catégories de salariés (A). Néanmoins, pour les salariés en forfait-jours, la Cour de cassation a resserré son contrôle sur le contenu des conventions de forfait jours. Elle exige désormais que les salariés soient soumis à une charge de travail raisonnable, témoignant de l'essor du lien entre charge de travail et rémunération (B).

A. L'abandon du lien entre temps de travail effectif et rémunération.

534. L'exclusion des certaines catégories de travailleurs du champ d'application du temps de travail effectif trouve son origine dans la reconnaissance, par le législateur, de l'impossibilité, réelle ou supposée, de comptabiliser le temps de travail de certains salariés en raison de leur autonomie¹⁶⁷⁹. La volonté actuelle paraît plutôt être d'offrir davantage de flexibilité aux employeurs et de contourner la durée légale du travail. Initialement, la loi

¹⁶⁷⁷ LOKIEC P., « Les transformations du droit du temps de travail », Dr. ouv. 2009, p. 422.

¹⁶⁷⁸ LOKIEC P., « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 207.

¹⁶⁷⁹ VERKINDT P.-Y., « Les conventions de forfait », Dr. soc. 2010, p. 387.

Aubry II du 19 janvier 2000 distinguait trois catégories de cadres différentes. Les cadres intégrés à l'horaire collectif, pour qui le droit du temps de travail s'applique pleinement, les cadres dirigeants, exclus quasi entièrement de celui-ci et les cadres dit autonomes à qui peut s'appliquer un régime de forfait-jours afin d'éviter la majeure partie des règles du temps de travail. Pour ces deux dernières catégories de salariés, le temps de travail effectif n'est plus le critère de détermination de la rémunération. La catégorie des cadres dirigeants est, du fait de ces critères assez stricts, assez réduite et ce d'autant plus que la jurisprudence de la Cour de cassation en retient une interprétation restrictive (1). Au contraire, la catégorie des salariés éligibles à une convention de forfait-jours est, sous l'influence du législateur, de plus en plus grande, et s'étend désormais à des non cadres (2).

1) L'exclusion quasi totale du droit du temps de travail des cadres dirigeants.

535. La qualification de cadre dirigeant suppose, aux termes de l'article L. 3111-2 du Code du travail, que trois conditions soient réunies. Selon ce texte, entrent dans la catégorie de cadres dirigeants les salariés auxquels « *sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement* ». Cette définition, bien que particulièrement longue, ne permettrait pas, selon certains auteurs, « *de borner sans discussion le périmètre des cadres concernés* »¹⁶⁸⁰. La jurisprudence a, effectivement, été amenée à préciser les contours de la catégorie de cadre dirigeant. En premier lieu, la présence d'un écrit n'est pas dirimante pour la Cour de cassation¹⁶⁸¹. Elle n'exige en effet pas la conclusion d'un contrat ou d'une clause spécifique et se focalise sur les conditions réelles d'emploi du salarié au regard des trois critères de l'article L. 3111-2 du Code du travail. En application de ce principe de réalité, elle a pu décider qu'avait la qualité de cadre dirigeant le salarié qui « *avait été engagé en qualité de directeur du département financier (...) qui avait à sa disposition un véhicule de fonction, qui exerçait le commandement sur d'autres cadres, assistait aux réunions du conseil d'administration et disposait d'une*

¹⁶⁸⁰ ANTONMATTEI P.-H., « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois », Dr. soc. 1999, p. 996.

¹⁶⁸¹ Cass. soc. 30 novembre 2011, n° 09-67.798, RJS 3/09, n° 250.

délégation de signature, que le montant de son salaire, la nature des fonctions qu'il exerçait et son niveau de responsabilité impliquaient une large indépendance dans l'organisation de son travail et une grande souplesse quant aux horaires »¹⁶⁸². A l'opposé, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir refusé cette qualité à un salarié qui « ne disposait pas d'une délégation générale de l'employeur et n'exerçait pas les prérogatives de ce dernier sans avoir à solliciter d'autorisations préalables », et dont « il ne résultait pas des éléments du dossier que la rémunération se situait dans les niveaux les plus élevés du système de rémunération pratiqué dans l'entreprise »¹⁶⁸³. Les trois critères doivent être donc caractérisés cumulativement et concrètement par les juges du fond afin que puisse être retenue la qualité de cadre dirigeant.

536. Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble avoir durci son appréciation des critères par deux arrêts remarquables du 31 janvier 2012¹⁶⁸⁴. Dans la première décision, alors que la cour d'appel avait constaté que la salariée « disposait d'une très grande autonomie dans l'organisation de son temps de travail, nécessitée par le haut niveau de responsabilité qu'elle détenait en matière d'élaboration de la collection homme, et qu'elle était classée au coefficient le plus haut de la convention collective en terme de rémunération », la Cour de cassation a refusé d'accorder la qualité de cadre dirigeant à la salariée au motif qu'elle ne participait pas à la direction de l'entreprise. La qualité de cadre dirigeant a donc été déniée à une salariée qui ne faisait que diriger un service alors même que les trois conditions présentes à l'article L. 3111-2 du Code du travail semblaient *a priori* remplies¹⁶⁸⁵. Dans la seconde affaire, elle se prononce dans le même sens en censurant une décision de cour d'appel pour ne pas avoir « examiné la fonction réellement occupée par le salarié au regard de chacun des trois critères précités afin de vérifier si le salarié participait à la direction de l'entreprise ». Une condition supplémentaire paraît donc être désormais exigée, la participation du salarié à la direction de l'entreprise. Des auteurs se sont interrogés sur le caractère réellement novateur de cet ajout jurisprudentiel. Pour Michel MORAND, il semble qu'effectivement, on puisse trouver des « cadres répondant aux trois

¹⁶⁸² Cass. soc. 10 mai 2006, n° 04-47.772, inédit.

¹⁶⁸³ Cass. soc. 3 novembre 2004, n° 02-44.778, RJS 11/09, n° 860.

¹⁶⁸⁴ Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-24.412 et n° 10-23.828, RJS 4/12, n° 349 ; Dr. soc. 2012, p. 422, obs. TOURNAUX S.

¹⁶⁸⁵ En ce sens, LOKIEC P., « La notion de cadre dirigeant », D. 2012, p. 1167.

critères légaux, mais ne participant pas à la direction de l'entreprise (cadres fonctionnels par exemple) »¹⁶⁸⁶. Cependant, il estime que ces décisions n'ajoutent pas véritablement une condition supplémentaire, et ne font que tirer les conséquences de la terminologie employée par le Code du travail qui vise expressément les cadres « dirigeants ». Selon lui, seule l'adoption, par la Cour de cassation, d'une vision restrictive de la catégorie des salariés exclus du droit du temps de travail, est susceptible d'être compatible avec le droit européen. Le Professeur Pascal LOKIEC considère, pour sa part, qu'il est encore trop tôt pour se prononcer sur la portée de ces arrêts¹⁶⁸⁷. S'il ne s'agit que d'exiger que le cadre bénéficie d'une délégation de pouvoir de la part de l'employeur, alors cette condition ne diffère pas véritablement du critère légal de l'habilitation du salarié à prendre des décisions de manière autonome. En revanche, une lecture « serrée » de la participation à la direction de l'entreprise, qui limiterait l'accès à ce statut dérogatoire aux salariés également membres des comités exécutifs de l'entreprise, conduirait au contraire à faire de ce critère, la condition cardinale de la qualité de cadre dirigeant¹⁶⁸⁸. Selon lui en effet, « si le cadre ne participe pas à la direction, les autres conditions deviennent inopérantes ; si, inversement, il y participe, il devrait être exceptionnel qu'elles ne soient pas remplies »¹⁶⁸⁹. Les arrêts rendus ultérieurement par la Cour de cassation laissent apparaître la volonté des juges de donner toute son importance à la condition de participation à la direction de l'entreprise sans toutefois aller jusqu'à exiger que le salarié soit formellement membre d'un comité exécutif de l'entreprise. Les juges ont estimé que n'était pas caractérisée la participation à la direction de l'entreprise alors même que le salarié tenait seul une agence immobilière, qu'il était autonome dans l'organisation de son emploi du temps et percevait la rémunération la plus élevée de tous les salariés¹⁶⁹⁰. En revanche, est considéré comme participant à la direction de l'entreprise le cadre d'une association qui dispose du pouvoir de recruter, exception faite des médecins, qui assure la préparation des travaux du conseil

¹⁶⁸⁶ MORAND M., « Les cadres dirigeants et le temps de travail », RJS 5/12, p. 347.

¹⁶⁸⁷ LOKIEC P., « La notion de cadre dirigeant », D. 2012, p. 1167.

¹⁶⁸⁸ On pense naturellement aux membres des conseils d'administration, de surveillance, aux directeurs généraux etc...

¹⁶⁸⁹ LOKIEC P., *op. cit.*

¹⁶⁹⁰ Cass. soc. 2 juillet 2014, n° 12-19.759, RJS 07/14, n° 692. « *Viola l'article L. 3111-2 du code du travail l'arrêt qui retient la qualification de cadre dirigeant au sens de ce texte d'un salarié, responsable d'une agence immobilière, aux motifs qu'il tient seul l'agence, est autonome dans l'organisation de son emploi du temps et perçoit la rémunération la plus élevée de tous les salariés, sans caractériser la participation de l'intéressé à la direction de l'entreprise* ».

d'administration et du projet d'établissement et qui est chargé de l'exécution des décisions et de la mise en œuvre de la politique décidée par le conseil¹⁶⁹¹.

537. Cette lecture restrictive de la catégorie de cadre dirigeant apparaît souhaitable. L'exclusion des règles du temps du travail est telle que cette catégorie doit demeurer marginale. En effet, ni le titre II relatif à la durée du travail, ni le titre III relatif au repos et jours fériés ne sont applicables à ses salariés¹⁶⁹². Pour cette catégorie de travailleurs, la liaison entre rémunération et temps de travail est entièrement supprimée par l'absence totale d'applicabilité de la notion de temps de travail effectif.

2) L'exclusion partielle du temps de travail des salariés en forfait jours.

538. La conclusion d'une convention de forfait jours permet de convenir du versement d'une rémunération globale et forfaitaire pour l'ensemble du temps de travail effectué par un salarié, sans avoir à comptabiliser heures normales et heures supplémentaires. La loi Aubry II a entériné cette possibilité de déconnecter rémunération et temps de travail effectif pour les salariés ayant conclu une telle convention¹⁶⁹³. Une des grandes innovations de ce texte a été de consacrer légalement la faculté de comptabiliser leur temps de travail non plus selon un étalon horaire, mais journalier¹⁶⁹⁴. A l'origine, ce dispositif ne devait concerner qu'une catégorie restreinte de cadres. Son champ d'application a cependant été substantiellement élargi par de multiples interventions législatives, au point que l'on puisse parler aujourd'hui d'une « *banalisation* » du forfait jours¹⁶⁹⁵. Une récente étude de la DARES atteste de l'importance de ce type de convention comme instrument d'organisation du temps de travail des salariés. En 2014, 13,3 % des salariés des entreprises de 10 salariés ou

¹⁶⁹¹ Cass. soc. 18 novembre 2015, n° 14-17.590, cité *in*, MORAND M. et VACHET G., « Bilan 2015 de la jurisprudence relative au temps de travail », JCP S, 16 janvier 2016, n° 3, 1021, p. 5.

¹⁶⁹² Seules les dispositions du Titre IV relatives aux congés payés leurs sont applicables, ce qui est bien peu et certainement en contradiction avec le droit européen.

¹⁶⁹³ La paternité de ces forfaits revient cependant à la pratique et aux partenaires sociaux, qui avaient développé ce type de convention sous la terminologie de « forfait tous horaires », afin d'éviter le paiement des heures supplémentaires pour les cadres.

¹⁶⁹⁴ Nous n'évoquerons pas la possibilité de conclure des conventions de forfait heures sur le mois ou l'année dans la mesure où ces conventions permettent uniquement de rationaliser la paie des salariés et n'entraînent ni flexibilisation du temps de travail, ni instrumentalisation de la rémunération.

¹⁶⁹⁵ BARADEL S., « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », Dr. ouv. 2012, p. 190. Selon cet auteur, on est passé d'une modalité dérogatoire, justifiée par des conditions professionnelles spécifiques, à une forme normale d'organisation du travail particulièrement souple.

plus du secteur privé non agricole ont leur temps de travail décompté sous forme d'un forfait annuel en jours et ce régime concerne 47 % des cadres et un peu plus de 3 % des non cadres¹⁶⁹⁶. L'étendue des salariés concernés par le forfait jours témoigne que la pratique a su s'emparer des possibilités offertes par le législateur de déroger à la comptabilisation horaire du temps de travail.

539. C'est aux accords collectifs d'entreprise ou, à défaut, de branche, de déterminer les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention de forfait jours¹⁶⁹⁷. Néanmoins, ces catégories sont délimitées par la loi. La loi Aubry II avait entendu cantonner la possibilité de recourir au forfait jours à une catégorie restreinte de cadres. Seuls les salariés, ni cadre dirigeant, ni cadre intégré, mais ayant la qualité de cadre au sens des conventions collectives de branche ou du 1^{er} alinéa de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 pouvaient en conclure. Toutefois, trois conditions cumulatives devaient être remplies : une durée du temps de travail non prédéterminée, un certain niveau de responsabilités et un degré d'autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps suffisant¹⁶⁹⁸. Ces critères ont sans cesse été amoindris par les réformes législatives postérieures. La loi Fillon du 17 janvier 2003 a été la première à amorcer ce mouvement par la suppression du critère de l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail¹⁶⁹⁹. La loi du 2 août 2005 a étendu à son tour le dispositif du forfait-jours à des salariés non cadres dès lors qu'ils disposaient d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur travail et qu'il était impossible de prédéterminer la durée du travail¹⁷⁰⁰. Enfin, la loi du 20 août 2008 supprime la référence à la qualité de cadre telle que prévue par convention collective ou par la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres, ce qui permet d'inclure les « assimilés » cadres dans le dispositif¹⁷⁰¹. Elle réécrit

¹⁶⁹⁶ DARES, « Les salariés en forfait annuel en jours – une durée du travail et une rémunération plus importante », juillet 2015, n° 048. Cette étude démontre qu'être au forfait-jours se traduit par une augmentation de la durée hebdomadaire et annuelle du travail, compensée par un gain de rémunération significatif.

¹⁶⁹⁷ Article L. 3121-64 du Code du travail.

¹⁶⁹⁸ Ancien article L. 212-15-3 du Code du travail.

¹⁶⁹⁹ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; FAVENNEC-HERY F., « Mutations dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 33.

¹⁷⁰⁰ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ; MEYER F., « Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non cadres autonomes », *Dr. ouv.* 2005, p. 528.

¹⁷⁰¹ En ce sens, VERKINDT P.-Y., « Les conventions de forfait », *Dr. soc.* 2010, p. 387.

également les conditions d'ouverture aux cadres et non cadres au forfait jours. Désormais, aux termes de l'article L. 3121-58 du Code du travail, sont éligibles « *les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* » et « *les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées* ».

540. Comme le relève un auteur, il ne subsiste désormais pour les cadres que « *le flou (bien commode) du critère de l'autonomie* »¹⁷⁰². La loi ne donne à aucun moment les critères de définition de cette autonomie. Les partenaires sociaux disposent donc *a priori* d'une très grande marge de manœuvre pour déterminer les catégories de cadres concernés. Pour les non cadres, ceux-ci peuvent se voir proposer une convention de forfait jours si leur durée de travail ne peut être prédéterminée et qu'ils disposent d'une réelle autonomie. L'ajout de l'adjectif « réelle » suscite l'interrogation quant à sa pertinence. Le Professeur Pierre-Yves VERKINDT estime que s'il signifie « *vraie autonomie, il n'apporte rien au mot autonomie car une autonomie qui n'est pas vraie n'est pas une autonomie* »¹⁷⁰³. Ce terme semble avant tout exiger du juge une plus grande vigilance sur l'appréciation de la situation réelle des non cadres soumis à un forfait jours¹⁷⁰⁴. « *Le flou de cette notion d'autonomie peut laisser craindre une généralisation abusive du forfait-jours, d'autant que se répandent des modes de management fondés sur la direction par objectifs* »¹⁷⁰⁵.

541. Les interventions successives du législateur ont fortement accru les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention de forfait-jours. Dans le même temps, le législateur a sensiblement diminué les exigences sur le contenu même des accords autorisant le recours au forfait-jours. La loi du 20 août 2008 avait ainsi supprimé l'obligation pour l'accord collectif de prévoir les modalités de décompte des jours travaillés et des jours de repos, le suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude et de la charge de travail et

¹⁷⁰² BARADEL S., « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », Dr. ouv. 2012, p. 190.

¹⁷⁰³ VERKINDT P.-Y., *op. cit.*, p. 393.

¹⁷⁰⁴ Cass. soc. 31 octobre 2007, n° 06-43.876, RDT 2008, p. 110, note VERICEL M. L'arrêt *Blue green* exprime cependant que le juge veille à ce que l'autonomie des cadres soit réelle et non simplement formelle.

¹⁷⁰⁵ BARTHELEMY J. et ROSE H., « L'arrêt *Blue green* en débat », SSL Suppl. 2008, 1343, p. 62.

également des conditions de contrôle de son application. L'article L. 3121-39 du Code du travail se contentait du minimum, et exigeait seulement que l'accord collectif préalable détermine les catégories de salariés concernés et qu'il en fixe les caractéristiques principales. La loi Travail du 6 août 2016 procède, cependant, à un renforcement salutaire du contenu obligatoire des accords collectifs prévoyant et autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours, certainement motivé par la jurisprudence récente de la Cour de cassation¹⁷⁰⁶. Dans le même temps, la loi permet la conclusion de convention individuelle en jours à défaut d'accord collectif autorisant la conclusion de telles conventions dans l'entreprise, ce qui constitue à la fois une nouveauté et un indéniable recul de la protection offerte aux salariés¹⁷⁰⁷.

542. L'assouplissement des conditions de recours aux conventions de forfait jours a entraîné une banalisation de cette forme atypique d'organisation du temps de travail. Pour les salariés concernés, l'étalon horaire n'est plus le critère de détermination de la rémunération. La mise à l'écart de pans entiers du droit du temps de travail a cependant conduit la Cour de cassation à encadrer davantage ce dispositif afin d'assurer sa conformité avec le droit européen. L'intervention du juge, si elle ne permet pas de réinstaurer un lien entre rémunération et temps de travail, a cependant comme conséquence de favoriser l'émergence d'un lien entre rémunération et charge de travail.

B. L'essor du lien entre charge de travail et rémunération.

543. L'unité de mesure de la rémunération n'est plus, pour les salariés en forfait jours, l'heure, mais le jour. La détermination du montant de la rémunération entretient donc encore une certaine liaison avec le temps de travail du salarié. Une certaine proportionnalité demeure entre le nombre de jours de travail réalisés et la rémunération du salarié (1). Néanmoins, l'intervention de la Cour de cassation pour encadrer le contenu des accords

¹⁷⁰⁶ En dernier lieu, Cass. Soc. 8 septembre 2016, n° 14-26.256, Lexbase Hebdo 22 septembre 2016, n° 669, comm. TOURNAUX S. Aux termes de l'article L. 3121-64 du Code du travail, l'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours doit déterminer les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié, les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise, et les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion.

¹⁷⁰⁷ Article L. 3121-65 du Code du travail.

collectifs instituant les forfaits jours conduisent à davantage lier la rémunération à la charge de travail imposé au salarié (2).

1) La survivance d'un lien partiel entre rémunération et temps de travail.

544. Le salarié soumis au forfait jours n'est pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire et aux durées quotidiennes et hebdomadaires maximales¹⁷⁰⁸. Néanmoins, la durée de travail est contractuellement fixée en jours et ne peut, par principe, excéder 218 jours par an¹⁷⁰⁹. Au sein de ces 218 jours, la durée de travail effectuée du salarié importe peu, qu'il travaille deux ou dix heures par jour, il percevra la même rémunération. Deux dispositifs témoignent cependant de la survivance du lien entre temps de travail et rémunération.

545. D'une part, en cas d'absence non rémunérée du salarié, la Cour de cassation a réintroduit artificiellement la notion de salaire horaire afin de pouvoir calculer le montant de la retenue à opérer sur la rémunération du salarié. L'arrêt rendu le 13 novembre 2008 est en cela particulièrement évocateur¹⁷¹⁰. La question qui devait être tranchée par la Cour de cassation était celle du calcul de la retenue sur salaire de cadres sous forfait jours suite à des faits de grève. Afin de « tenir compte de la particularité du décompte de la durée du travail applicable à ces salariés », l'employeur avait décidé que les absences seraient cumulées et déduites de la paie lorsqu'elles atteignaient l'équivalent d'une demi-journée. Les juges de cassation ont sanctionné cette méthode de calcul et ont estimé qu'il était nécessaire de déterminer un salaire horaire « fictif »¹⁷¹¹. Pour se faire, il doit être déterminé « en tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée de travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale ». Il faut donc diviser la rémunération totale du salarié par un nombre d'heures travaillées estimées artificiellement. Ce nombre est égal soit à la durée légale du travail, soit à une durée supérieure si l'horaire collectif des cadres

¹⁷⁰⁸ Article L. 3121-62 du Code du travail.

¹⁷⁰⁹ Article L. 3121-464, I, 3° du Code du travail.

¹⁷¹⁰ Cass. soc. 13 novembre 2008, n° 06-44.608, RDT 2009, p. 117, comm. GREVY M.

¹⁷¹¹ Expression empruntée à GREVY M., *op. cit.*, p. 117.

applicables aux cadres est supérieur, ce qui permet, selon les propos de Manuela GREVY, de ne pas gonfler artificiellement le salaire horaire de ces cadres et en corollaire de les pénaliser, quand leur temps de travail est bien supérieur à la durée légale. La suppression de l'étalon horaire comme mode de détermination de la rémunération ne peut donc être totale, et la résolution des difficultés liées à la suspension de l'exécution du contrat de travail nécessite sa réintroduction par le biais d'une fiction juridique.

546. D'autre part, l'augmentation du temps de travail du salarié peut encore avoir une influence sur le montant de sa rémunération. La loi du 31 mars 2005 a introduit la faculté, pour les salariés qui le souhaitent, et avec l'accord de leur employeur, de renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une rémunération majorée¹⁷¹². Le nombre de jours pouvant être travaillé ne doit pas excéder un chiffre fixé par accord collectif, chiffre qui peut porter jusqu'à 282 jours par an le nombre de jours travaillé¹⁷¹³. A défaut d'accord, le nombre maximal de jours travaillés dans l'année est fixé d'autorité par la loi à 235 jours¹⁷¹⁴. Le salarié peut prétendre, suite à la renonciation à une partie de ses jours de repos, à une rémunération majorée minimale de 10 %. Dans la même optique que la promotion des heures supplémentaires, le législateur a décidé de faciliter l'augmentation de la rémunération par une augmentation du temps de travail¹⁷¹⁵.

2) La rémunération d'une charge de travail raisonnable.

547. La mise à l'écart de l'étalon horaire et la suppression d'une partie des règles relatives au temps de travail peuvent amener les salariés à travailler un nombre d'heures bien plus important que la durée légale de travail et ce, sans percevoir une rémunération en adéquation. Selon les calculs opérés, un salarié pourrait travailler jusqu'à soixante-dix-huit

¹⁷¹² Article L. 3121-59, alinéa 2 du Code du travail.

¹⁷¹³ Ce chiffre est obtenu en soustrayant aux 365 jours annuels les 52 jours de repos hebdomadaires, les 30 jours de congés payés et le 1^{er} mai. Certains auteurs estiment qu'il est encore possible d'augmenter le nombre de jours travaillés en plaçant les jours de la 5^{ème} semaine de congé sur un compte épargne temps. En ce sens, VERKINDT P.-Y., « Les conventions de forfait », Dr. soc. 2010, p. 387.

¹⁷¹⁴ Article L. 3121-66 du Code du travail. Soit 17 jours supplémentaires par rapport à la durée « légale » des conventions de forfait jours.

¹⁷¹⁵ La possibilité de renoncer à des jours de repos a été concomitante avec la faculté d'effectuer des heures supplémentaires « choisie ». Seul ce premier dispositif demeure en vigueur aujourd'hui.

heures par semaine, soit treize heures par jours six jours sur sept¹⁷¹⁶. Cette faculté de dérogation a plusieurs fois été condamnée par des instances supranationales¹⁷¹⁷. En dernier lieu, le Comité européen des droits sociaux a déclaré que les flexibilités offertes par le dispositif des forfaits jours étaient contraires à la Charte sociale européenne¹⁷¹⁸. Le principe même du forfait jours n'est donc pas jugé contraire à la Charte, mais il ne peut y être conforme qu'à la condition d'empêcher que la durée du travail journalier et hebdomadaire ne soit déraisonnable¹⁷¹⁹. Dans une décision du 29 juin 2011, la Cour de cassation prend en compte ces critiques et vient encadrer le régime des conventions de forfait jours afin d'assurer sa conformité avec les principes constitutionnels, européens et internationaux¹⁷²⁰. Depuis cette date, un certain nombre de conventions collectives de branche ont été passé au crible du contrôle du juge de cassation. A la lecture de ces différentes décisions, une évolution semble se dessiner. Si, dans un premier temps, la Cour de cassation a semblé exiger que les conventions collectives assurent le respect des durées maximales de travail, elle paraît désormais davantage conditionner leur conformité à l'obligation de ne pas faire peser sur les salariés une charge de travail déraisonnable. Cette évolution n'est pas neutre et change la nature du critère de détermination du montant de la rémunération. On assiste au passage d'un critère objectif, le temps de travail, à un critère plus subjectif, la charge de travail, ce qui ne va pas sans susciter quelques interrogations.

548. La Cour de cassation, dans son arrêt du 29 juin 2011, a jugé que la convention collective de la métallurgie assurait « *la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* ». L'évocation du respect des durées maximales laisse perplexe. D'une part, l'attendu ne précise pas s'il s'agit des durées

¹⁷¹⁶ Si les conventions de forfait jours permettent de s'affranchir des durées maximales de travail, l'exigence d'un repos hebdomadaire de 24 heures et quotidien de 11 heures continuent à s'appliquer. Ainsi, un salarié en forfait jours ne peut travailler au maximum que 13 heures par jours et doit bénéficier d'un jour de repos hebdomadaire. Ce chiffre pourrait néanmoins être encore augmenté car la durée du repos quotidien peut être réduite par accord collectif en vertu de l'article L. 3131-2 du Code du travail.

¹⁷¹⁷ Pour une présentation des différentes décisions, V. MINE M., « Le droit du travail à l'épreuve de la Charte sociale », *SSL Suppl.* 2006, 1254.

¹⁷¹⁸ CEDS, 23 juin 2010, Requête n° 55/2009, AKANDJI-KOMBE J.-F., « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, p. 233.

¹⁷¹⁹ BARADEL S., « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », *Dr. ouv.* 2012, p. 190.

¹⁷²⁰ Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, *RJS* 2011, p. 587, *chron.* FAVENNEC-HERY F. ; *JCP S* 2011, 1333, *obs.* M. MORAND ; *RDT* 2011, p. 474, VAN CRAEYNEST B. et MASSON P. ; *RDT* 2011, p. 481, MAZARS M.-F. , LAULOM S. et DEJOURS C. ; *SSL* 2011, n° 1499, p. 11, *note* MAZARS M.-F. ET FLORES H.

maximales du droit interne ou du droit européen, qui ne sont pourtant pas les mêmes. D'autre part, une telle exigence aurait pour conséquence de réintroduire un décompte horaire du temps de travail, calcul que cherche justement à éviter le mécanisme des forfaits jours¹⁷²¹. La nécessité de garantir le respect des durées maximales de travail est réaffirmée suite au contrôle de la convention collective nationale des industries chimiques¹⁷²². En revanche, dès un arrêt du 26 septembre 2012, la Cour de cassation juge insuffisantes les garanties offertes par la convention collective nationale du commerce de gros, non pas en raison de leur absence de respect des durées maximales, mais parce qu'elles ne « *sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne réception, dans le temps, du travail de l'intéressé* »¹⁷²³. Cette motivation sera toujours reprise dans les décisions postérieures¹⁷²⁴. Un arrêt est particulièrement révélateur de ce changement de paradigme. Les faits mettaient en cause la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes¹⁷²⁵. Ce texte limitait formellement à dix heures la durée de travail journalière et à 48 heures la durée de travail hebdomadaire, ce qui paraissait être de nature à assurer le respect des durées maximales de travail, tant nationales qu'européennes. Le texte est néanmoins sanctionné en raison du défaut de mécanismes de contrôle de l'amplitude et de la charge de travail. Les propos tenus par Philippe FLORES, conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de cassation, au sujet de cette décision, accèdent à l'importance prise par l'exigence d'une charge de travail raisonnable sur le respect des durées maximales de travail. Selon lui, « *ce qui fait défaut, ce sont les dispositifs qui permettent à l'employeur de s'assurer que la charge de travail est raisonnable, car c'est le caractère raisonnable de cette charge de travail qui, d'abord, permet de garantir que la durée du travail ne tombera pas dans l'excès* »¹⁷²⁶. C'est donc avant tout « *l'absence de dispositif de contrôle, de surveillance ou d'alerte permettant à l'employeur de vérifier la charge et l'amplitude de travail du salarié* » qui est condamné par le juge¹⁷²⁷. L'évolution de la jurisprudence relative à l'encadrement des conventions

¹⁷²¹ En ce sens, FAVENNEC-HERY F., « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587.

¹⁷²² Cass. soc. 31 janvier 2012, n° 10-19.807, Dr. soc. 2012, p. 536, ANTONMATTEI P.-H.

¹⁷²³ Cass. soc. 26 septembre 2012, n° 11-14.540, RDT 2013, P. 273, note AMALRIC S.

¹⁷²⁴ Pour la convention collective Syntec, Cass. soc. 24 avril 2013, n° 11-28.398, RDT 2013, p. 493 ; Pour la convention collective des travaux publics, Cass. soc. 11 juin 2014, n° 11-20.985.

¹⁷²⁵ Cass. soc. 14 mai 2014, n° 12-35.033, Dr. soc. 2014, p. 687.

¹⁷²⁶ FLORES P., « Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes », SSL 16 juin 2014, n° 1635, p. 5.

¹⁷²⁷ *Ibid.*

collectives instituant les conventions de forfait jours institue, à notre sens, un nouveau lien entre rémunération et charge de travail.

549. Ce lien pouvait déjà se percevoir au regard de certaines dispositions légales. D'une part, dès la loi Aubry II, l'accord collectif devait déterminer les conditions de suivi de l'organisation et de la charge de travail¹⁷²⁸. Cette disposition, abrogée par la loi du 2 août 2005, a cependant été réintroduite dans le Code du travail par la loi Travail du 6 août 2016 à l'article L. 3121-60 du Code du travail¹⁷²⁹. D'autre part, il ressort assez clairement de l'article L. 3121-61 du Code du travail que la rémunération perçue par le salarié doit être corrélée à sa charge de travail. Ainsi, aux termes de ce texte, lorsque sa rémunération, est « *manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, il peut, nonobstant toute clause conventionnelle ou contractuelle contraire, saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, eu égard notamment au niveau du salaire pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification* ». Un auteur, interprétant cette disposition, estime, en ce sens, que « *c'est donc la réalité de la charge de travail qui doit être examinée afin d'identifier des situations d'abus pour les salariés employés en forfait-jours : cette surcharge de travail est la cause première de ces abus* »¹⁷³⁰. La finalité de ce texte réside donc bien dans la volonté de sanctionner les écarts trop importants entre rémunération et charge de travail.

550. Ce texte n'a, semble-t-il, jamais été sollicité devant la Cour de cassation afin de remédier à une disproportion entre rémunération et charge de travail¹⁷³¹. La jurisprudence issue de l'arrêt du 29 juin 2011, devrait encore plus marginaliser ce dispositif correctif¹⁷³².

¹⁷²⁸ Ancien article L. 212-15-3 du Code du travail.

¹⁷²⁹ La référence subsistait cependant toujours à l'article L. 3121-46 du Code du travail qui disposait que « *l'entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié* ».

¹⁷³⁰ ROSE H., « L'arrêt Blue green en débat – entretien avec Jacques Barthélémy », SSL suppl. 3 mars 2008, n° 1348, p. 62.

¹⁷³¹ Ce texte a seulement été mobilisé dans le cas d'un dépassement abusif de la durée annuelle prévue par la convention de forfait jours (Cass. soc. 7 décembre 2010, JCP S 2011, 1060, obs. MORAND M.). De toute évidence, depuis la loi de 2005 qui autorise le dépassement de la durée légale en contrepartie d'un paiement majoré, ce texte ne devrait plus avoir à s'appliquer dans cette situation.

¹⁷³² Il nous semble qu'il est plus intéressant pour un salarié, en cas de surcharge de travail, d'obtenir devant les tribunaux l'annulation ou la privation d'effet de sa convention de forfait-jours, qui se traduira par un rappel

Pour autant, la logique du juge s'inscrit dans la même lignée que celle du législateur. La détermination du montant de la rémunération des salariés en forfait jours résulte moins d'une approche quantitative, correspondant à un temps de travail mesurable, que d'une approche qualitative, liée aux conditions de travail¹⁷³³. La référence à la charge de travail soulève néanmoins quelques difficultés, tenant notamment à son appréciation. Si le concept de charge de travail est « *initialement saisi comme quantité d'actes à accomplir par unité de temps travaillée* »¹⁷³⁴, son appréciation est « *forcément subjective, et même variable en fonction des individus* »¹⁷³⁵. Pour le juge, il semble que l'équilibre qu'il convient d'établir entre rémunération et charge de travail passe avant tout par la mise en place de dispositifs de contrôle par les accords collectifs et leur suivi par l'employeur¹⁷³⁶. La dimension subjective de la charge de travail est alors en partie supplantée par la négociation collective¹⁷³⁷.

551. La suppression de toute référence au temps de travail effectif entraîne la rupture du lien entre rémunération et temps de travail effectif¹⁷³⁸. La rémunération des cadres dirigeants et des salariés en forfait jours est dès lors bien plus dépendante des objectifs et des missions fixés par l'employeur que du temps passé à les réaliser. La Cour de cassation, par l'introduction de l'obligation de garantir une charge de travail raisonnable aux salariés en forfait jours, tempère toutefois ce constat. Il n'en demeure pas moins révélateur de la volonté de lier la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise et à leur performance personnelle.

d'heures supplémentaires et donc de salaire, que de revendiquer le versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 3121-61 du Code du travail.

¹⁷³³ V. MOREAU M.-A., « Temps de travail et charge de travail », Dr. soc. 2000, p. 263.

¹⁷³⁴ FANTONI S. et VERKINDT P.-Y., « Charge de travail et qualité de vie au travail », Dr. soc. 2015, p. 106.

¹⁷³⁵ BARADEL S., *op. cit.*, p. 203.

¹⁷³⁶ FLORES P., *op. cit.*, p. 6.

¹⁷³⁷ Pour une liste des exigences imposées par la Cour de cassation, V. MASSON P., « Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? », Dr. ouv. 2014, p. 580 ; MORAND M. « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », JCP S 27 janvier 2015, n° 4, 1024, p. 31 ; COTTIN J.-B. « Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs », JCP S 3 mars 2015, n° 9, 1065, p. 23.

¹⁷³⁸ Il est à noter que le projet de loi Travail qui prévoyait que « *lorsque l'employeur a fixé des échéances et une charge de travail compatibles avec le respect des repos quotidien et hebdomadaire et des congés du salarié, sa responsabilité ne peut être engagée au seul motif que le salarié n'a, de sa propre initiative, pas bénéficié de ces repos ou congés* » (Article L. 3121-58 du Code du travail) n'a pas été retenu dans le projet de loi final.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

552. La flexibilisation du temps de travail se répercute directement sur la rémunération du salarié. Les instruments juridiques à la disposition des employeurs afin de faire coïncider le temps de travail de leurs salariés avec les périodes de travail les plus productives vont à l'encontre de la politique législative visant à améliorer la rémunération des salariés par l'augmentation du temps de travail.

553. L'aménagement du temps de travail, notamment par accord collectif, permet ainsi de moduler le temps de travail des salariés suivant l'intensité de l'activité de l'entreprise tout en éludant le paiement des heures supplémentaires. De même, l'instauration d'une durée minimale de travail, censée permettre la perception d'une rémunération décente pour les salariés à temps partiel, s'est accompagnée d'un assouplissement des conditions de recours au temps partiel. Les multiples exceptions à cette durée minimale, ont conduit, enfin, à vider de toute portée ce mécanisme.

554. La notion même de temps de travail effectif a été instrumentalisée par le législateur afin d'accroître la productivité des salariés. D'une part, l'exclusion des temps atypiques de travail de cette qualification permet de ne rémunérer à taux plein que les périodes de travail les plus productives. Les temps consacrés au trajet, à la douche, à l'habillage ou au déshabillage et les périodes d'équivalence et d'astreinte sont assimilés à des tiers temps qui n'ouvrent droit qu'à compensation. D'autre part, la référence au temps de travail effectif est purement supprimée pour les cadres dirigeants et en grande partie écartée pour les salariés en forfait-jours. La suppression, en tout ou partie, du lien entre rémunération et temps de travail a conduit le juge et, dans une moindre mesure, le législateur, à instaurer un lien nouveau entre rémunération et charge de travail.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

555. Bien qu'originellement, le développement de la législation relative au temps de travail ait eu pour finalité première la protection de la santé et de la sécurité des salariés, cet impératif ne semble plus guider les récentes évolutions législatives. Le droit du temps de travail est désormais envisagé comme un instrument au service de l'emploi. Pour se faire, deux fonctions divergentes lui ont été assignées. Dans un premier temps, priorité est désormais donnée à l'augmentation de la durée de travail afin de favoriser l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés. Dans un second temps, la nécessité pour les entreprises de maîtriser leur coût de production se traduit par un alignement du temps de travail sur les périodes de travail les plus productives. Le montant de la rémunération est étroitement lié à ces différentes évolutions des fonctions du temps de travail.

556. La volonté politique d'améliorer le pouvoir d'achat des salariés conduit à renforcer les liens entre rémunération et temps de travail. L'idée sous-jacente est que l'augmentation du temps de travail doit se traduire par une augmentation du montant de la rémunération des salariés. Deux voies ont été privilégiées pour parvenir à un tel résultat. L'augmentation de la quantité de travail disponible, d'une part, qui se matérialise par la libéralisation des conditions de recours aux heures supplémentaires et par la multiplication des possibilités de monétiser les temps de repos. L'augmentation des temps de travail disponibles, d'autre part, se concrétise par l'assouplissement des dérogations au travail dominical et de nuit.

557. A rebours de cet objectif, l'intention du législateur se manifeste également par la volonté de ne rémunérer que les périodes de travail les plus productives. Un relâchement du lien entre rémunération et temps de travail est perceptible dans la mesure où de nombreux instruments juridiques permettent d'exclure de la rémunération les périodes de travail de faible activité. Ainsi, les nouvelles règles en matière d'aménagement du temps de travail permettent d'aligner l'horaire de travail des salariés sur ces périodes tout en éludant le paiement des heures supplémentaires. De même, la notion même de temps de travail effectif est dévoyée pour ne rémunérer que les temps où le salarié est productif et non ceux où il se tient à la disposition de l'employeur.

Titre second : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE RÉSULTAT DU TRAVAIL

558. Le lien entre montant de la rémunération et temps de travail du salarié a été progressivement remis en cause par l'essor de nouvelles formes de rémunérations assises sur le résultat du travail. Si le phénomène n'est pas entièrement nouveau¹⁷³⁹, il prend cependant une ampleur particulière et puise son inspiration dans les discours managériaux qui conçoivent la rémunération comme « *un instrument de motivation des individus* »¹⁷⁴⁰. La rémunération au temps, forfaitaire et indépendante de la qualité du travail fourni, serait contraire à l'initiative individuelle et par conséquent à la productivité des salariés. La mise en place d'une rémunération « *incitative* », capable de « *stimuler l'activité des salariés* », passe par l'établissement d'un lien nouveau entre rémunération et résultat du travail¹⁷⁴¹. La prise en compte du résultat du travail dans le montant de la rémunération suppose l'identification de deux « modèles » de rétribution distincts et concurrençant le modèle du temps¹⁷⁴². D'une part, le modèle de la performance lie la rémunération au rendement et à l'implication personnelle du salarié dans l'accomplissement de sa prestation de travail. D'autre part, le modèle de la participation associe la rémunération aux résultats de l'activité économique de l'entreprise.

559. Ces modèles, qui concourent tous deux à associer étroitement rémunération et résultat du travail, peuvent être mis en œuvre au sein des entreprises par un certain nombre de dispositifs répondant à deux logiques différentes. Certaines formes de rémunérations relèvent du processus d'individualisation de la rémunération. L'individualisation correspond « *à la volonté d'octroyer une rémunération déterminée en fonction de critères propres à chaque salarié* »¹⁷⁴³. Elle se manifeste principalement par un rôle accru du contrat de travail et de ses clauses mais s'opère également par l'octroi d'avantages financiers réservés

¹⁷³⁹ Le paiement du salarié aux « pièces » constituant même la première forme de rétribution.

¹⁷⁴⁰ MAZEAUD A. « Droit du travail », Montchrestien, 2008, 6^{ème} éd., n° 739. V. également JAVILLIER J.-C., « Fidélité et rémunération », Dr. soc. 1991, p. 386.

¹⁷⁴¹ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique », SSL Suppl. 18 mars 2013, n° 1576, p. 42.

¹⁷⁴² Sur cette distinction, LOKIEC P., « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 207.

¹⁷⁴³ LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », Thèse, PUAM, 2012, p. 89.

principalement aux cadres supérieurs et dirigeants. A côté de ces mécanismes d'individualisation, d'autres formes de rétribution relèvent du mouvement d'institutionnalisation de la rémunération. Celui-ci « *se concrétise par l'attribution d'une rémunération variable et collective calculée en fonction des résultats globaux de l'entreprise : participation, intéressement, prime, actionnariat en sont les instruments* »¹⁷⁴⁴. L'institutionnalisation de la rémunération vise à « *replacer le salarié dans une catégorie beaucoup plus vaste – généralement celle de la collectivité des travailleurs – et lui propose une rémunération liée à sa seule performance à l'entreprise via cette collectivité* »¹⁷⁴⁵.

560. L'établissement de ce nouveau lien passe donc tant par l'association individuelle des salariés au résultat du travail (Chapitre I) que par leur association collective (Chapitre II).

¹⁷⁴⁴ FAVENNEC-HERY F. et VERKINDT P.-Y., « Droit du travail », LGDJ, 2016, 5^{ème} éd., p. 591.

¹⁷⁴⁵ LIEUTIER J.-P., *op. cit.*, p. 106.

Chapitre premier : L'ASSOCIATION INDIVIDUELLE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU TRAVAIL

« Individualiser, c'est techniquement à la fois développer des relations directes et interpersonnelles entre le salarié et les responsables de l'entreprise, et lier, au moins pour partie, rémunération et performances déterminées au terme d'une procédure souvent fort élaborée et continue »¹⁷⁴⁶.

561. Le salarié a droit à rémunération dès lors qu'il s'est tenu à la disposition de son employeur. La qualité de la prestation de travail fournie ou la réussite des objectifs fixés par l'employeur est, par principe, sans influence sur le montant de sa rémunération. Le lien entre durée du travail et rémunération conduit à ce que le « *risque de l'exploitation* » soit totalement assuré par l'entreprise¹⁷⁴⁷. Les pratiques contemporaines en matière de rémunération visent au contraire à desserrer ce lien et à intéresser le salarié aux résultats de son travail. L'argument avancé en faveur d'un lien plus étroit entre rémunération et résultat du travail est que celui-ci « *agirait comme facteur de motivation, fournissant une récompense extrinsèque, sous la forme d'une rémunération, et une récompense intrinsèque par le biais de la reconnaissance de l'effort et de la réalisation* »¹⁷⁴⁸. La décision de l'employeur de « *récompenser* » les actes de ses salariés qu'il considère comme « *méritant* » peut prendre diverses formes¹⁷⁴⁹. La mise en place d'une rémunération variable, dont le montant dépend de la réalisation d'objectifs ou des résultats économiques de l'entreprise gagne « *peu à peu toutes les franges du salariat* »¹⁷⁵⁰. Les primes reposant sur des critères quantitatifs ou qualitatifs permettent de lier rémunération et performances du salarié. Elles constituent la majeure partie du processus d'individualisation de la rémunération. En parallèle, il est également intéressant de relever que la rémunération des dirigeants de société est soumise au même processus d'individualisation. Face aux différents scandales et aux dérives qui ont entaché les grandes sociétés françaises, le législateur est intervenu à de multiples reprises pour encadrer les différentes formes de rémunération des dirigeants de

¹⁷⁴⁶ JAVILLIER J.-C., « Fidélité et rémunération », Dr. soc. 1991, p. 386.

¹⁷⁴⁷ RIANDEY P., « La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 213.

¹⁷⁴⁸ PILICHOWSKI E., « La rémunération à la performance est-elle efficace ? », publication de l'IGPDE, mars 2009, n° 30.

¹⁷⁴⁹ BERTHIER P.-E., « La récompense en droit du travail », Thèse, LGDJ, Tome 63, 2014, p. 33.

¹⁷⁵⁰ FABRE A., « La rémunération variable sous l'angle contentieux », Cahiers sociaux, novembre 2015, p. 595.

société. Afin d'assurer une certaine moralisation dans leur acquisition, le versement de ces avantages est de plus en plus conditionné aux résultats du travail du bénéficiaire. La liaison de la rémunération aux résultats du travail devient, dans cette hypothèse, un instrument de contrôle de la rationalité de la rémunération perçue. La faculté, pour un salarié de cumuler son contrat de travail avec l'exercice d'un mandat social invite à s'intéresser à l'encadrement de ces formes de rémunération. L'association de la rémunération aux résultats de la rémunération permet de mettre en œuvre deux politiques distinctes. D'une part, associer plus profondément la rémunération des salariés à la réussite, mais également aux risques de l'entreprise, et d'autre part, contrôler davantage la pertinence des sommes attribuées aux dirigeants.

562. Nous étudierons successivement comment la prise en compte des résultats du travail autorise la variation de la rémunération (Section I) et assure également son contrôle (Section II).

Section 1 : LES RÉSULTATS COMME INSTRUMENT DE VARIATION DE LA RÉMUNÉRATION.

563. La mise en place de clauses de rémunération variable est admise depuis longtemps en droit du travail. Dans un arrêt remarqué du 2 juillet 2002, la Cour de cassation a, semble-t-il, posé les conditions de validité desdites clauses. Aux termes de cet arrêt, « *une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter les risques d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels.* »¹⁷⁵¹. La précision des critères dégagés par le juge masque cependant les carences de cette décision dans la description des mécanismes de rémunération variable. A cet égard, le contrat de travail n'est pas la seule source habilitée à mettre en place une clause de rémunération variable. D'autres sources, négociées ou unilatérales, peuvent être sollicitées. De plus, si par principe ces clauses doivent effectivement reposer sur des critères objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, le juge estime depuis qu'elles peuvent prendre appui sur des objectifs dont les contours sont déterminés unilatéralement par l'employeur. A ces deux conditions insuffisamment précises, succèdent deux autres conditions sans réelle portée normative. D'une part, l'affirmation suivant laquelle une clause de rémunération variable ne doit pas faire porter les risques d'entreprise sur le salarié recelait un fort potentiel. Pourtant, le juge n'en a jamais tiré de conséquence concrète. D'autre part, l'interdiction faite à ces clauses de ne pas réduire la rémunération des minima légaux et conventionnels n'est qu'un simple rappel de règles d'ordre public social¹⁷⁵².

564. La mobilisation de clauses afin de faire varier la rémunération suivant l'activité de l'entreprise ou des performances du salarié est possible au-delà de la sphère contractuelle. Il convient d'étudier l'établissement de ce lien entre rémunération variable et résultat du travail (§1) puis son nécessaire encadrement (§2).

¹⁷⁵¹ Cass. soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111, Dr. soc. 2002, p. 998, obs. RADE C. ; D. 2003, p. 391, note WAUQUIER V.

¹⁷⁵² RADE C., *op. cit.*, p. 999.

§ 1 : L'établissement du lien entre rémunération variable et résultat du travail.

565. L'édition de clauses de rémunération variable ne relève pas nécessairement de la technique contractuelle. D'autres sources négociées ou unilatérales peuvent concourir à leurs mises en place. La multiplicité des régimes applicables à ces sources permet aux employeurs de choisir le régime le plus adapté à leur « *stratégie de rémunération* »¹⁷⁵³(A). A la multiplicité des supports juridiques permettant la mise en place de la rémunération variable répond la multiplicité des critères de variation de son montant. Le choix de ces critères permet également à l'employeur d'ajuster au plus près de l'activité de l'entreprise la rémunération de ses salariés (B).

A. Le caractère protéiforme des sources de la rémunération variable.

566. Certains auteurs ont pu se prononcer en faveur de la « *consécration de la nature contractuelle du salaire* » et ce, quelle que soit la source du mode de rémunération du salarié¹⁷⁵⁴. Pour autant, cette affirmation a vite été démentie par la Cour de cassation qui estime, pour sa part, que « *la rémunération (...) 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* »¹⁷⁵⁵. Si la rémunération variable a longtemps été considérée comme relevant exclusivement du domaine du contrat de travail, force est de constater que sa fixation peut être opérée par une pluralité d'autres actes juridiques¹⁷⁵⁶. Le régime juridique propre à chacune de ces sources, qui peuvent être individuelles ou collectives, négociées ou imposées, a une influence décisive sur la mise en place de la rémunération variable et, en corollaire, sur sa modification ou sa suppression.

567. Lorsque la rémunération variable du salarié est contractuelle, sa mise en place suppose nécessairement l'accord du salarié¹⁷⁵⁷. Dès lors que la rémunération variable fait partie de la

¹⁷⁵³ ROMAN B., « Bâtir une stratégie de rémunération », DUNOD, 3^{ème} éd. 2016.

¹⁷⁵⁴ DOCKES E., « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 3/98, p. 168.

¹⁷⁵⁵ Cass. soc. 20 octobre 1998, JCP G 1999, II, 10206.

¹⁷⁵⁶ COLIN E., « Bataille de sources sur les rémunérations », Cahiers sociaux, novembre 2015, n° 279, p. 602.

¹⁷⁵⁷ Cass. soc. 29 janvier 2003, n° 00-45.134.

sphère contractuelle, toutes ses facettes en épousent le régime juridique. Ainsi, le mode de rémunération ne peut être modifié unilatéralement, même de manière minimale, « *peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération serait plus avantageux* »¹⁷⁵⁸. Or, « *pour tendre vers l'efficacité, un système de rémunération variable doit être évolutif* »¹⁷⁵⁹. Il peut être alors tentant, pour les employeurs, de « décontractualiser » en tout ou partie la rémunération du salarié afin de passer outre la volonté du salarié dans la mise en place d'un système de rémunération variable.

1) La décontractualisation conventionnelle de la rémunération variable.

568. Le passage de la rémunération variable du domaine contractuel à la sphère conventionnelle permet à l'employeur de s'affranchir de l'accord individuel du salarié. Si la rémunération variable est prévue par un accord collectif, la mise en place de celui-ci s'impose au salarié qui ne peut invoquer une modification de son contrat de travail¹⁷⁶⁰. Dès lors, la modification ou la suppression de la rémunération variable est rendue possible par la révision de l'accord collectif, ou par sa dénonciation suivie de la conclusion d'un accord de substitution. En ce sens, un arrêt du 27 juin 2000 a estimé que « *lorsque la structure de la rémunération résulte, non pas du contrat de travail, mais de la convention collective et d'accords d'entreprise, le changement de structure salariale s'impose aux salariés sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'une modification de leurs contrats de travail* »¹⁷⁶¹. Bien qu'issue d'une norme négociée, la mise en place et la modification de la rémunération variable d'un salarié peut donc se faire sans son accord. Cette solution permet « *d'introduire plus de souplesse dans des relations professionnelles menacées de blocage par la systématisation de l'analyse contractuelle* »¹⁷⁶². Une limite légale a néanmoins été posée à cette flexibilité offerte par le statut collectif, qui tend à relativiser ce « *principe d'autonomie des sources* » du droit du travail¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁸ Cass. soc. 19 mai 1998, n° 96-41.573, Dr. soc. 1998, p. 878, comm. COUTURIER G.

¹⁷⁵⁹ OLCZAK-GODEFERT G. et BONNET C., « Rémunération variable – Le difficile équilibre entre exigence de flexibilité et protection du salaire », RJS 8-9/12, p. 571.

¹⁷⁶⁰ Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 06-44.437, Dr. soc. 2008, p. 1276.

¹⁷⁶¹ Cass. soc. 27 juin 2000, Dr. soc. 2000, p. 1007 ; SSL 11 septembre 2000, n° 994, p12.

¹⁷⁶² RADE C., « Les limites du tout contractuel », Dr. soc. 2000, p. 828

¹⁷⁶³ COLIN E., *op. cit.* ; Pour plus de précisions, SAVATIER J., « L'autonomie du contrat de travail et du statut collectif », Dr. soc. 1995, p. 234 ; JEANSEN E., « L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail », Thèse, Economica, 2008.

569. Aux termes de l'article L. 2261-13 du Code du travail, en cas de dénonciation d'un accord collectif et de son non remplacement « *par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis* »¹⁷⁶⁴. Ce texte témoigne de l'effet d'attraction du régime du contrat de travail sur le statut collectif. L'autonomie entre ces deux sources n'est pas totale. Cet article soulève néanmoins quelques difficultés lorsque l'accord collectif porte sur la rémunération variable du salarié. Dans l'hypothèse où une prime variable est prévue par un accord collectif, la dénonciation de cet accord collectif entraîne, en l'absence d'accord de substitution, l'incorporation de ladite prime au sein du contrat de travail. En effet, selon une jurisprudence constante, constitue un avantage individuel acquis, « *celui qui, au jour de la dénonciation de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit ouvert et non simplement éventuel* »¹⁷⁶⁵. La question se pose cependant de savoir si l'avantage individuel correspond au niveau de rémunération que percevait le salarié avant la dénonciation de la prime conventionnelle ou bien à la clause telle que définie par l'accord¹⁷⁶⁶. Une décision assez ancienne semble, de prime abord, accrédi-ter la première hypothèse. En l'espèce, il s'agissait de serveurs qui étaient rémunérés en pourcentage des sommes versées par les clients et dont la rémunération était établie par accord collectif. L'accord d'entreprise avait été dénoncé sans que ne lui soit substitué un autre accord, et les salariés étaient dorénavant rémunérés selon un salaire fixe. Le juge de cassation a estimé que le procédé était licite mais a néanmoins jugé que les salariés avaient droit, « *au titre des avantages individuels acquis, au maintien du niveau de leur rémunération au jour où l'accord collectif a cessé de s'appliquer* »¹⁷⁶⁷. Ce n'est donc pas tant la clause de variation que le montant de la rémunération au moment de la dénonciation qui est incorporé au contrat de travail¹⁷⁶⁸. Il faut cependant remarquer que cette position jurisprudentielle ne semble valoir

¹⁷⁶⁴ Les avantages sont acquis après un délai de 15 mois de « survie » de l'ancienne convention collective (préavis de 3 mois, survie de l'ancien accord de 12 mois).

¹⁷⁶⁵ Cass. soc. 8 novembre 2006, n° 04-41.296.

¹⁷⁶⁶ En ce sens, MORVAN P., « La révision de la rémunération variable », JCP S, 1^{er} avril 2008, n° 14, p. 9.

¹⁷⁶⁷ Cass. soc. 26 novembre 1996, n° 93-44.811, Dr. soc. 1997, p. 103, obs. COUTURIER G.

¹⁷⁶⁸ Cette situation peut soulever des difficultés quant au principe d'égalité de traitement. Est-il juridiquement pertinent qu'une fois l'accord dénoncé, la rémunération des salariés soit « figée dans le marbre » à des niveaux différents alors qu'ils peuvent très bien effectuer le même travail postérieurement à la dénonciation ? De plus, elle ne règle pas la question de la période de référence pour calculer le niveau de rémunération du salarié suite à la dénonciation de l'accord.

que pour les clauses de rémunération variable. Ainsi, le salarié peut prétendre au maintien de la structure de sa rémunération dès lors qu'elle est composée de primes qui ne sont soumises à aucun aléa¹⁷⁶⁹. La position de la Cour de cassation relative à la rémunération variable semble partiellement remise en cause par la loi Travail du 6 août 2016¹⁷⁷⁰. Cette réforme supprime la notion d'avantage individuel acquis du Code du travail¹⁷⁷¹. Néanmoins, le nouvel article L. 2261-14 du Code du travail dispose que, lorsque l'accord collectif n'a pas été remplacé suite à sa dénonciation, les salariés conservent une rémunération dont le montant annuel ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois¹⁷⁷². Ainsi, la structure de la rémunération n'est pas incorporée au contrat de travail, seul le montant global de la rémunération perçu sur les douze derniers mois par le salarié est contractualisé.

2) La décontractualisation unilatérale de la rémunération variable.

570. La rémunération variable peut encore être mise en place par des sources unilatérales, que ce soit par usage ou par engagement unilatéral. Dans cette hypothèse, le régime de la rémunération variable obéira aux seules règles de ces normes unilatérales. Pour l'employeur, cette possibilité présente le double avantage de ne pas avoir à solliciter l'accord du salarié et de ne pas s'exposer à une contractualisation de la rémunération par la règle du maintien des avantages individuels acquis.

571. L'employeur peut, de sa seule initiative, verser une prime à ses salariés dont le montant est indexé aux résultats de l'entreprise ou aux performances des salariés. La

¹⁷⁶⁹ En ce sens, CESARO J.-F., « Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs de travail », 22 janvier 2016, p. 35. Il en va ainsi pour une prime d'ancienneté et de 13^{ème} mois (Cass. soc. 6 novembre 1991, n° 87-44.507) ou d'une prime de pause (Cass. soc. 5 novembre 2014, n° 13-14.077).

¹⁷⁷⁰ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

¹⁷⁷¹ FOUVET F., « L'avantage individuel acquis, le contrat et le projet de loi », obs. sous Cass. Soc. 2 mars 2016, n° 14-16.414 à 14-16.420, RDT 2016, p. 429.

¹⁷⁷² Article L. 2261-14 du Code du travail « Lorsque la convention ou l'accord qui a été mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans le délai fixé au premier alinéa du présent article, les salariés des entreprises concernées conservent, en application de la convention ou de l'accord mis en cause, une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois. Cette rémunération s'entend au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, à l'exception de la première phrase du deuxième alinéa du même article L. 242-1 ».

réitération du versement de cette prime peut conduire à lui conférer la qualité d'usage d'entreprise dès lors qu'elle résulte d'une pratique générale, constante et fixe¹⁷⁷³. La mise en place d'une telle norme ne dépend dès lors aucunement de la volonté des salariés. Cette répétition crée chez le salarié une espérance légitime, « *un avantage sur lequel les salariés sont en droit de compter* »¹⁷⁷⁴ qui va conférer une certaine force obligatoire à cet avantage. Pour autant, cette norme est extrêmement précaire. A l'unilatéralisme dans la mise en place de cette source répond en effet l'unilatéralisme lors de sa suppression. La dénonciation d'un usage suppose seulement que l'employeur respecte trois conditions cumulatives. Il doit notifier sa décision aux représentants du personnel, informer individuellement chaque salarié concerné et respecter un préavis suffisant pour entamer des négociations¹⁷⁷⁵. Dès lors qu'il a respecté ces formalités, « *la modification par l'employeur d'un usage instauré dans l'entreprise est opposable au salarié* »¹⁷⁷⁶. La conclusion d'une convention collective peut, en outre, mettre fin à un engagement unilatéral, quand bien même ce dernier lui serait plus favorable¹⁷⁷⁷. L'engagement unilatéral, considéré comme une « *source supplétive* » du statut collectif, offre une large marge de manœuvre aux employeurs dans l'instauration unilatérale d'un système rémunération variable¹⁷⁷⁸.

572. Le recours au contrat n'est pas la seule voie susceptible de permettre la mise en place d'une rémunération variable. L'individualisation de la rémunération peut être réalisée en se passant de l'accord du salarié. Les sources de la rémunération variable sont multiples et ne se limitent pas au contrat de travail. Elles doivent cependant, pour être licites, faire reposer la rémunération variable sur des critères objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur.

¹⁷⁷³ DOCKES E., « L'engagement unilatéral de l'employeur », Dr. soc. 1994, p. 227.

¹⁷⁷⁴ Cass. soc. 16 décembre 1976, Bull. civ., V, n° 680.

¹⁷⁷⁵ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », *op. cit.*, n° 769, p. 816.

¹⁷⁷⁶ Cass. soc. 8 avril 1998, Bull. civ. 1998, V, n° 206.

¹⁷⁷⁷ Cass. soc. 20 mai 2014, n° 12-26.322, RDT 2014, p. 636.

¹⁷⁷⁸ AUZERO G. et DOCKES E., *op. cit.*, p. 815.

B. L'appréciation des critères de la rémunération variable.

573. Pour être valable, la rémunération variable doit reposer sur des « *éléments objectifs indépendant de la volonté de l'employeur* »¹⁷⁷⁹. Cette double exigence peut trouver son fondement juridique dans l'article 1174 du Code civil qui prohibe les conditions potestatives de la part du débiteur d'une obligation¹⁷⁸⁰. L'examen des décisions rendues par la Cour de cassation laisse apparaître qu'elle opère un contrôle strict du critère d'objectivité (1). En revanche, il est notable que depuis deux arrêts de 2011, l'indépendance du critère à l'égard de la volonté de l'employeur est profondément remise en cause au profit d'une fixation unilatérale par l'employeur des éléments de détermination de la rémunération variable (2).

1) L'exigence d'objectivité des critères de la rémunération variable.

574. Le montant de la part variable peut très bien être indéterminé au moment de sa formation, dans la mesure où les éléments qui permettent sa détermination sont fixés dès ce stade selon des critères objectifs. Afin d'être licites et de ne pas tomber sous le joug de la prohibition des conditions potestatives, les primes de rémunération variable doivent reposer sur des conditions suffisamment claires et précises pour que le calcul de leur montant puisse être réalisé selon des éléments qui ne dépendent plus de la volonté de l'une ou de l'autre partie. La condition d'objectivité permet d'exiger un certain niveau de précision des éléments qui fondent la rémunération variable. Cette précision n'est pas en soi suffisante, encore faut-il que le salarié puisse avoir connaissance des éléments qui déterminent le montant de sa rémunération.

575. L'objectivité induit que les éléments de détermination de la rémunération variable soient suffisamment précis au stade de la formation de la clause. Leur imprécision ôte en effet toute possibilité de calcul au salarié et laisse l'employeur libre de fixer arbitrairement le montant de la rémunération en fonction de l'appréciation qu'il portera sur les résultats de l'entreprise ou du travail du salarié. C'est ce qu'énonce une décision en date du 27 juin 2000

¹⁷⁷⁹ Cass. soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111, Dr. soc. 2002, p. 998, obs. RADE C. ; D. 2003, p. 391, note WAUQUIER V.

¹⁷⁸⁰ GRATTON L.-K, « Les clauses de variation du contrat de travail », Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 201.

qui condamne une prime de fin d'année dont le versement était conditionné à « *des résultats économiques suffisants* » appréciés uniquement par l'employeur¹⁷⁸¹. L'appréciation arbitraire des résultats dégagés par l'entreprise est illicite en ce qu'elle est exclusive de « *toute vérification du bien-fondé de la décision du débiteur par son cocontractant ainsi que par le juge* »¹⁷⁸². Dans une autre décision, la perception d'une commission par un salarié était fonction d'un « *objectif atteint selon sa capacité à occuper pleinement son poste* »¹⁷⁸³. Là encore, l'élément est dénué de toute objectivité et est matériellement invérifiable¹⁷⁸⁴. En revanche, « *le montant du chiffre d'affaires, de ventes réalisées ou de pièces fabriquées constituent incontestablement un élément objectif* » dont le juge, ou le salarié, peut constater la matérialité¹⁷⁸⁵. Pour autant, encore faut-il que le salarié en ait une pleine connaissance. Les termes de la clause ne doivent pas être obscurs, dans la mesure où sa prestation de travail tend vers leur réalisation.

576. L'objectivité induit en effet que les éléments soient suffisamment transparents afin que le salarié soit en mesure de connaître les variables qui déterminent le montant de sa rémunération. Ainsi, lorsque la rémunération variable dépend d'objectifs fixés par l'employeur, ceux-ci doivent être portés à sa connaissance dès le début d'exercice de la période sur laquelle sera calculée la rémunération¹⁷⁸⁶. Les objectifs étant en rapport direct avec la prestation de travail attendue de l'employeur, il semble nécessaire que le salarié en prenne connaissance avant de pouvoir exécuter son contrat de travail. En corolaire, une fois la période de référence passée, l'employeur ne peut se retrancher derrière des règles de confidentialité pour refuser de communiquer au salarié les documents qui ont permis de calculer le montant de sa prime¹⁷⁸⁷. En ce sens également, le salarié doit être en mesure de prendre connaissance des objectifs qui lui sont attribués. Il a pu être jugé que les documents qui fixent les objectifs nécessaires à la détermination de la rémunération variable doivent

¹⁷⁸¹ Cass. soc. 27 juin 2000, n° 99.41-926, D. 2001, p. 821.

¹⁷⁸² GRATTON L.-K., *op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁸³ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 07-43.778, inédit.

¹⁷⁸⁴ Une décision plus ancienne laissait apparaître cette solution. Le juge s'était néanmoins fondé sur le terrain de la modification du contrat et non sur les conditions de validité de la clause pour juger illicite une commission qui prenait en considération la « valeur professionnelle » du salarié ainsi que la qualité du travail fourni. Cf. Cass. soc. 3 juillet 2001, n° 99-42.761, Dr. soc. 2001, p. 1007.

¹⁷⁸⁵ GRATTON L.-K., *op. cit.*

¹⁷⁸⁶ Cass. soc. 2 mars 2011, 08-44.977, JCP S., 19 avril 2011, 1196, note MORVAN P.

¹⁷⁸⁷ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-44.965, Cahiers sociaux, octobre 2009, n° 216, p. 15, obs. FRATEZ M.

être rédigés en français, à défaut de quoi ils sont inopposables au salarié¹⁷⁸⁸. Bien que cette décision trouve son fondement juridique dans la loi n° 94-665 du 4 août 1994, dite loi *Toubon*, qui a introduit l'article L. 1321-6 dans le Code du travail, elle est totalement justifiée en dehors même de cette assise textuelle. Le salarié doit être à même de comprendre les objectifs qui lui sont imposés afin de pouvoir les réaliser¹⁷⁸⁹.

577. Pour certains auteurs, la distinction opérée entre l'objectivité et l'indépendance serait artificielle. Une condition serait « *objective précisément si sa réalisation est indépendante de la volonté de l'employeur* »¹⁷⁹⁰. Il y aurait alors redondance à exiger ces deux conditions. L'exigence d'objectivité permet de rendre l'objet de l'obligation qui incombe à l'employeur déterminée ou, a minima, déterminable¹⁷⁹¹. Si cette exigence conduit indubitablement à restreindre le pouvoir arbitraire de l'employeur dans la fixation de la rémunération variable, la jurisprudence récente amène cependant à dissocier l'objectivité de la condition de son indépendance à l'égard de la volonté de l'employeur.

2) Le caractère relatif du critère de l'indépendance à l'égard de la volonté de l'employeur.

578. La condition d'indépendance impose que l'employeur n'ait pas de prise directe sur la variation de l'élément considéré. La jurisprudence traditionnelle considère que « *la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier en tout ou partie le contrat de travail est nulle, comme contraire aux dispositions de l'article 1134 du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi* »¹⁷⁹². Comme nous l'avons cependant constaté précédemment, la rémunération peut cependant varier selon des « *éléments futurs à condition que l'employeur ne puisse pas peser sur leur réalisation* »¹⁷⁹³. Dans l'arrêt du 2 juillet 2002, qui a explicitement consacré la licéité des clauses de rémunération variable, c'est le critère du chiffre d'affaires de la société qui a été jugé

¹⁷⁸⁸ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-67.492, JCP S, 2 novembre 2011, 1493, p. 1.

¹⁷⁸⁹ Ce texte ne doit cependant pas être instrumentalisé par des salariés maîtrisant parfaitement la langue dans laquelle est rédigé le document. Ainsi, un salarié de nationalité américaine ne peut reprocher à son employeur de lui avoir adressé ses objectifs en anglais (Cass. soc. 5 novembre 2014, n° 13-17.770).

¹⁷⁹⁰ BERTHIER P.-E., « La récompense en droit du travail », LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2014, p. 401.

¹⁷⁹¹ MORVAN P., « La détermination de la rémunération variable », JCP S, 25 mars 2008, p. 9.

¹⁷⁹² Cass. soc. 27 février 2001, Dr. soc. 2001, p. 516.

¹⁷⁹³ FABRE A., « La rémunération variable sous l'angle contentieux », Cahiers sociaux, novembre 2015, n° 279, p. 595.

valable¹⁷⁹⁴. Dans un autre arrêt du 4 mars 2003, la Cour de cassation a admis la validité d'un système de rémunération variant en fonction d'un indice résultant du système de facturation pratiqué par le fournisseur, intitulé « valeur du point »¹⁷⁹⁵. La Cour de cassation admet également la validité des clauses dite « de vente menée à bonne fin »¹⁷⁹⁶. Les commerciaux bénéficient souvent d'un droit à commission sur les ventes qu'ils réalisent auprès de leurs clients¹⁷⁹⁷. Par ce type de clause, l'employeur subordonne le versement de la commission au paiement, par le client, de la marchandise à livrer ou du service rendu. L'échec de la vente se répercute alors sur la rémunération du salarié, « *permettant à l'employeur de minimiser les conséquences d'un impayé en faisant supporter au salarié le risque de l'inexécution de l'opération* »¹⁷⁹⁸. La Cour de cassation a reconnu leur validité¹⁷⁹⁹ dès lors qu'elles ne privent pas le salarié de son droit à rémunération lorsque la vente est effectivement réalisée¹⁸⁰⁰ ou que le non achèvement de la vente ne résulte pas d'une faute de l'employeur¹⁸⁰¹. Le point commun de ces décisions réside dans la validation des rémunérations variables assises sur des critères extérieurs à la volonté de l'employeur, sur lesquels il ne peut avoir d'emprise une fois le système de rémunération mis en place. Dans ces solutions, les critères d'objectivité et d'indépendance sont étroitement connectés, puisque l'objectivité est réalisée par l'indépendance du critère à l'égard de la volonté de l'employeur.

579. Pour autant, un mouvement jurisprudentiel initié par un arrêt du 2 mars 2011 vient remettre en cause l'indépendance comme critère à part entière de la rémunération variable. Dans cette décision, un salarié disposait d'une prime variable dont le montant fixe, en cas de réalisation d'objectifs déterminés unilatéralement chaque année par l'employeur. La Cour de cassation valide cette forme de rémunération et en précise le régime en estimant que « *lorsque les objectifs sont définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son*

¹⁷⁹⁴ Cass. soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111.

¹⁷⁹⁵ Cass. soc. 4 mars 2003, n° 01-41.864.

¹⁷⁹⁶ Pour une étude générale, ORNANO P.-H., « La clause de vente menée à bonne fin », Cahiers sociaux, novembre 2015, p. 605.

¹⁷⁹⁷ AUBREE Y., « Contrat de travail (clause particulière) », Dalloz, Répertoire de droit du travail, septembre 2006, n° 68.

¹⁷⁹⁸ ORNANO P.-H., *op. cit.*

¹⁷⁹⁹ Cass. soc. 15 mars 2006, n° 03-43.858, inédit.

¹⁸⁰⁰ Cass. soc. 25 mars 2009, n° 07-43.587, JCP S 2009, 1320, note CESARO J.-F.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*

pouvoir de direction, celui-ci peut les modifier dès lors qu'ils sont réalisables et qu'ils ont été portés à la connaissance du salarié en début d'exercice »¹⁸⁰². Cette solution est confirmée dans un arrêt du 29 juin 2011 qui estime que l'employeur manque à ses obligations professionnelles lorsqu'il ne détermine pas ces objectifs du salarié¹⁸⁰³. Contrairement à ce qu'ont pu écrire certains auteurs, c'est bien par ces arrêts de 2011 que la Cour de cassation reconnaît, pour la première fois, le droit aux employeurs de fixer de manière unilatérale les objectifs de leurs salariés en matière de rémunération variable¹⁸⁰⁴. Antérieurement à cette date, le juge opérait une distinction entre l'objectif à finalité purement évaluative, qui est « un référent à l'aune duquel les qualités professionnelles du salarié sont évaluées », et l'objectif à finalité rémunératoire, utilisé comme instrument de détermination de la rémunération du salarié¹⁸⁰⁵. L'objectif à finalité évaluative, qui relève « *ontologiquement du pouvoir de direction* », pouvait être, depuis un arrêt du 14 novembre 2000, fixé unilatéralement par l'employeur¹⁸⁰⁶. Cette possibilité n'avait cependant que peu d'intérêts puisque, dans le même temps, la Cour de cassation refusait que ces clauses d'objectifs puissent constituer des causes préconstituées de licenciement. Les juges du fond conservaient donc intact leur pouvoir d'appréciation des faits qui leur étaient soumis. Il convenait toujours de rechercher « *si les objectifs sont réalistes et si le salarié, compte tenu de sa qualification et des moyens qui lui ont été donnés, avait le moyen de les atteindre* »¹⁸⁰⁷. Par les arrêts de 2011, la Cour de cassation va beaucoup plus loin puisqu'elle octroie la possibilité aux employeurs de fixer unilatéralement les objectifs qui conditionnent la rémunération du salarié. Elle unifie en cela le régime des deux types d'objectifs et exige que, bien qu'ils puissent être fixés unilatéralement par l'employeur, ils soient réalistes et compatibles avec l'état du marché. La rémunération semble alors « *glisser vers une forme de récompense dont l'employeur dispose à sa guise dans le cadre de son pouvoir de direction pour orienter l'activité par des techniques d'incitation* »¹⁸⁰⁸. Pour le Professeur Patrick MORVAN, cette solution n'est pas contraire à l'article 1174 du Code civil¹⁸⁰⁹. Selon lui, ces

¹⁸⁰² Cass. soc. 2 mars 2011, n° 08-44.977, Dr. ouv. 2011, p. 587, note BROUSSE A. et KATZ T.

¹⁸⁰³ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, Dr. ouv. 2011, p. 728.

¹⁸⁰⁴ V. notamment RADE C., « Le juge, arbitre des différends salariaux », Dr. soc. 2004, p. 934 et MORVAN P., « La révision de la rémunération variable », *op. cit.*

¹⁸⁰⁵ BERTHIER P.-E., « La récompense en droit du travail », *op. cit.*, p. 398.

¹⁸⁰⁶ Cass. soc. 14 novembre 2001, Bull. civ. V, n° 37, Dr. soc. 2001, p. 99, note WAQUET P.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ RIANDEY P., « La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 213.

¹⁸⁰⁹ Article 1304-2 du Code civil nouveau.

clauses « reposent sur une condition simplement potestative et non purement potestative : la réalisation de l'objectif, même fixé unilatéralement par l'employeur, dépend en majeure partie de la volonté du salarié (dont cette clause vise précisément à accroître la motivation) et de celle des clients de l'entreprise ; elle ne dépend pas de la volonté arbitraire de l'employeur »¹⁸¹⁰. Ce n'est que lorsque l'employeur fixe les objectifs à un niveau irréaliste, à un seuil inatteignable, que cela entraîne la modification du contrat de travail. Pour autant, le Professeur Patrick MORVAN reconnaît lui-même que « la figure est étrange mais est empreinte de justice »¹⁸¹¹. Dès lors, c'est reconnaître que cette solution repose davantage sur des motifs de pure opportunité que sur une argumentation juridique. Il nous semble en ce sens que ce droit conféré à l'employeur est difficilement compatible avec le droit de la modification du contrat. Alors que la révision du contrat pour imprévision est par principe prohibée, l'employeur, dans le cadre de ces clauses de rémunération variable, a la possibilité de faire évoluer unilatéralement les objectifs suivant les impératifs du marché¹⁸¹².

580. L'établissement du lien entre rémunération variable et résultat du travail est rendu possible dès lors que la part variable de la rémunération repose sur un élément objectif bien que potentiellement dépendant de la volonté de l'employeur. Malgré cette protection, les spécificités de cette forme de rémunération ne doivent pas remettre en cause la nature particulière du contrat de travail.

§ 2 : L'encadrement du lien entre rémunération variable et résultat du travail.

581. L'économie générale du contrat de travail repose sur un compromis. Pour le salarié, il s'agit de « l'échange d'une liberté contre une sécurité : le travailleur renonce à sa liberté dans l'organisation de son activité professionnelle (...) mais il acquiert ainsi un droit à un salaire

¹⁸¹⁰ MORVAN P., « La révision de la rémunération variable », *op. cit.*

¹⁸¹¹ MORVAN P., comm. sous Cass. soc. 2 mars 2011, n° 08-44.977, JCP S, 19 avril 2011, 1196.

¹⁸¹² L'ordonnance du 10 février 2016 a cependant consacré, par l'article 1195 du Code civil, une obligation de renégociation du contrat à la charge des parties en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. En cas de refus ou d'échec de la négociation, seul le juge peut procéder à la révision du contrat.

indépendant des aléas économiques de l'entreprise »¹⁸¹³. Le développement de formes de rémunération assises sur les résultats du travail conduit à altérer cet équilibre. Malgré la formulation incantatoire de la Cour de cassation qui affirme que la rémunération variable ne doit pas « *faire porter les risques de l'entreprise sur le salarié* », on peine à voir les conséquences concrètes de cette affirmation dans l'encadrement de cette forme de rémunération (A). La fermeté des sanctions en cas de clause illicite est cependant bien plus dissuasive et permet un encadrement opportun de la rémunération variable (B).

A. L'absence de contrôle du transfert des risques sur la rémunération du salarié.

582. L'une des limites imposées par la jurisprudence aux clauses de rémunération variable réside dans l'interdiction de faire peser sur le salarié les risques de l'entreprise. Or, comme le remarque un auteur, « *les clauses de variation entraînent de facto transfert d'une partie du risque de l'entreprise sur le salarié. En effet, qu'est-ce qu'une clause du contrat qui lie une partie de la rémunération à l'évolution du chiffre d'affaires de l'entreprise ou à la réalisation d'objectifs, sinon une clause qui comporte un transfert de risque* »¹⁸¹⁴. Il est alors assez paradoxal pour le juge d'affirmer que les clauses de variation ne doivent pas transférer le risque sur le salarié alors que c'est précisément leur raison d'être. Dans les faits, il semble d'ailleurs que le juge n'ait tiré aucune application concrète de cette limite. Seule l'obligation de respecter le salaire minimum légal ou conventionnel paraît encadrer concrètement la variation de salaire.

583. Le Professeur Patrick MORVAN estime, pour sa part, que le principal effet de cette interdiction réside dans la non-imputation des pertes de l'entreprise sur la rémunération du salarié¹⁸¹⁵. Une clause de variabilité « *ne peut aboutir, dans le pire des cas, qu'à une variation nulle du salaire, sans possible diminution* »¹⁸¹⁶. Autrement dit, si la rémunération globale du salarié se décompose en un salaire fixe et une prime de rémunération variable, la détermination du montant de la prime ne peut aboutir à un résultat négatif qui pourrait être

¹⁸¹³ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », PUF, 2^{ème} éd., 1993, p. 79.

¹⁸¹⁴ WAUQUIER V., obs. sous Cass. soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111, D. 2003, p. 391.

¹⁸¹⁵ MORVAN P., « La détermination de la rémunération variable », *op. cit.*

¹⁸¹⁶ *ibid.*

déduit du salaire fixe¹⁸¹⁷. Pour autant, cette interdiction est facilement contournable, puisqu'il suffit à l'employeur de fixer le montant du salaire de base au niveau du minimum légal ou conventionnel pour dénier cette interdiction de tout effet utile¹⁸¹⁸. Au-delà de cette hypothèse, nous ne pouvons que partager le constat dressé par Laurène-Kristie GRATTON lorsqu'elle affirme que « *la prohibition du transfert de risque est restée lettre morte depuis qu'elle a été érigée en condition de validité des clauses de rémunération variable* »¹⁸¹⁹. Un contrôle de la validité de ces clauses à l'aune de cette exigence pourrait cependant être pertinent et même souhaitable.

584. D'une part, ce contrôle pourrait être mobilisé afin de sanctionner les clauses qui réalisent un transfert excessif du risque de l'activité de l'entreprise sur la rémunération du salarié. Sans remettre en cause l'existence même des clauses de variation, la Cour de cassation aurait tout intérêt à sanctionner les clauses qui « *mettent en cause l'économie générale du contrat de travail* »¹⁸²⁰. Le contrôle du caractère excessif du transfert du risque pourrait inviter « *le juge à examiner l'importance de la part de la rémunération soumise à une variation contractuelle au regard de la partie fixe* ». En cas de disproportion manifeste entre la part variable et la part fixe, le juge serait amené à condamner ces clauses de variation et donner ainsi une portée utile à l'interdiction formulée dans l'arrêt du 2 juillet 2002. Bien que teintée d'une certaine dose de subjectivité, cette conciliation entre le principe « *d'immunité du salarié face aux risques économiques* »¹⁸²¹ et la liberté contractuelle des parties permettrait de ne pas bouleverser la nature du contrat de travail qui, rappelons-le, est censé protéger la rémunération du salarié des aléas économiques de l'entreprise¹⁸²².

¹⁸¹⁷ Comme le fait remarquer le Professeur Patrick MORVAN, cette solution est cependant licite pour les gérants de succursales régis par l'article L. 7321-2 du Code du travail dont la rémunération peut être réduite en cas de déficits d'inventaire ou de gestion. Ils doivent néanmoins percevoir au moins le smic.

¹⁸¹⁸ Les clauses de variabilité ne pouvant priver les salariés du respect des minima légaux et conventionnels.

¹⁸¹⁹ GRATTON L.-K., « Les clauses de variation du contrat de travail », Dalloz, NBT, 2011, p. 223.

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ MORIN M.-L., « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », Dr. soc. 2000, p. 730.

¹⁸²² PASQUIER T., *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2010, p. 287. « *Ainsi doit-on considérer que la qualité de salarié n'emporte plus nécessairement protection contre les conséquences de l'aléa économique* ».

585. D'autre part, le refus du transfert des risques de l'entreprise pourrait utilement être mobilisé pour interdire les critères de variation qui, tout en étant objectifs et indépendants de la volonté de l'employeur, ne présentent aucun lien avec les résultats du travail. Un arrêt déjà évoqué du 4 mars 2003 permet d'illustrer ce propos¹⁸²³. En l'espèce, la rémunération du salarié dépendait d'un indice intitulé « valeur de point » qui évoluait suivant le système de facturation du fournisseur. Or, « *en faisant dépendre le montant de la rémunération des fluctuations affectant la facturation pratiquée par son fournisseur, l'employeur répercutait indubitablement la hausse du coût de la production sur la rémunération de la salariée* »¹⁸²⁴. Dès lors, la part variable de la rémunération dépendait uniquement de l'aléa économique de l'activité d'un tiers, et non de celle de l'entreprise du salarié. La variation du montant de sa rémunération n'avait, de ce fait, strictement aucun lien avec l'effort fourni par le salarié. Son implication dans la réalisation de sa prestation de travail n'était donc aucunement prise en compte par ce système de rémunération. La clause de rémunération variable se détourne alors de sa principale justification, qui est de stimuler la productivité des salariés et d'augmenter leur implication dans la réalisation de leur prestation de travail¹⁸²⁵. Elle n'est, dès lors, plus qu'un instrument de limitation des coûts salariaux en fonction de la situation économique dans laquelle se trouve l'entreprise. La sollicitation par le juge de la prohibition du transfert des risques pourrait permettre d'invalider ce type de critère afin de n'autoriser que ceux qui instituent un véritable lien entre rémunération et résultat du travail.

B. La sanction des clauses de variation illicites.

586. Dans le cadre d'un contentieux relatif à une prime de rémunération variable, la dimension aléatoire de la prime soulève des difficultés et le rôle du juge varie suivant les causes de l'illicéité. En cas de défaut d'une condition de validité, la sanction se traduit en principe par la suppression du caractère aléatoire de la prime, conduisant à une suppression du lien entre rémunération et résultat du travail. Pour autant, la Cour de cassation semble confier aux juges du fond la possibilité de suppléer aux carences des parties et de rétablir

¹⁸²³ Cass. soc. 4 mars 2003, n° 01-41.864, inédit.

¹⁸²⁴ GRATTON L.-K., *op. cit.*

¹⁸²⁵ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Une rémunération incitative, entre individualisation et partage du risque économique », SSL Suppl. 18 mars 2013, n° 1576, p. 42.

judiciairement le lien entre la prime et les résultats du travail, ce qui tend à amoindrir les conséquences de l'illicéité de la clause.

587. La variation de la rémunération est autorisée dès lors qu'elle repose sur « *éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur* »¹⁸²⁶. Lorsque l'élément dont dépend la rémunération variable ne répond pas à ces critères, le salarié est fondé à en demander la nullité devant les tribunaux. Cependant, la nullité de la clause de rémunération en son entier est exclue dans la mesure où elle priverait le salarié de tout droit à rémunération. Seule la condition est donc susceptible d'être annulée. Ainsi, « *l'obligation conditionnelle de l'employeur se nove en obligation pure et simple, inconditionnelle, d'acquitter la somme litigieuse* »¹⁸²⁷. Est nulle la condition lorsqu'elle donne à l'employeur « *la possibilité de modifier la rémunération prévue par le contrat en fonction d'éléments généraux, s'agissant notamment des remises consenties sur les droits d'entrée des produits souscrits, sans l'accord du salarié* »¹⁸²⁸. Cette sanction s'applique également lorsque l'employeur n'a pas permis au salarié de prendre connaissance des modalités de calcul de la rémunération variable. En conséquence, s'il ne lui fournit pas les documents qui permettent de vérifier le calcul de sa rémunération, il doit lui verser la totalité de la part variable, quand bien même il serait en mesure de démontrer que les objectifs n'ont pas été atteints¹⁸²⁹ ou encore lorsque les documents transmis n'ont pas été rédigés en français¹⁸³⁰. La nullité de la condition permettant la variation de la rémunération suivant les résultats du travail est donc encourue dès lors que l'objectivité de la clause n'est pas assurée. L'illicéité de la clause au stade de sa formation n'est pas la seule cause justificative de l'annulation de la condition de la rémunération variable. L'empêchement de l'accomplissement de la condition constitue également « *un cas d'abus spécifique* »¹⁸³¹. Quand le comportement de l'employeur contrarie la réalisation de la condition par le salarié, le juge condamne l'employeur à lui verser l'intégralité de la prime de rémunération variable. Il en va ainsi lorsque l'employeur licencie sans cause réelle et sérieuse un salarié avant qu'il ne puisse bénéficier d'une prime

¹⁸²⁶ Cass. soc. 2 juillet 2002, *op. cit.*

¹⁸²⁷ MORVAN P., « La détermination de la rémunération variable », *op. cit.*

¹⁸²⁸ Cass. soc. 8 mars 2012, n° 10-18.004, inédit.

¹⁸²⁹ Cass. soc. 14 octobre 2009, n° 07-44.965, Les cahiers sociaux, octobre 2009, n° 216, p. 15.

¹⁸³⁰ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-67.492, RDT 2011, p. 663.

¹⁸³¹ MORVAN P., « La détermination de la rémunération variable », *op. cit.*

annuelle¹⁸³², ou encore lorsqu'il ne lui donne pas les moyens matériels d'accomplir les objectifs fixés par la prime¹⁸³³. Cette solution est en totale adéquation avec l'article 1178 du Code civil qui dispose que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* »¹⁸³⁴. Elle présente, en outre, un aspect véritablement punitif à l'égard de l'employeur, propre à assurer le respect des conditions de mise en place de la rémunération variable. Il convient en ce sens de constater que, si la part variable trouve sa source dans le contrat de travail, l'employeur ne pourra suppléer à ces carences de manière unilatérale. La partie variable de la rémunération sera, pour l'avenir, « figée » à son plus haut niveau et fera partie intégrante du salaire fixe du salarié, sauf accord de sa part en sens contraire.

588. Toutefois, la nullité de la condition litigieuse n'est pas la seule sanction encourue par une clause de rémunération variable qui ne répondrait pas aux impératifs édictés par la jurisprudence. De manière plus originale, la Cour de cassation accorde aux juges du fond un pouvoir de révision à l'égard des clauses fondées sur des objectifs économiques. Dans un premier temps, le contentieux ne concernait que l'hypothèse des clauses dites « *de rendez-vous* », où le principe d'une rémunération variable était acquis, mais dépendait d'objectifs fixés périodiquement par accord entre l'employeur et le salarié. La Cour de cassation intime aux juges de fixer eux-mêmes les objectifs « *en présence d'un désaccord entre l'employeur et le salarié* ». Ils doivent pour cela « *déterminer le montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* »¹⁸³⁵. La solution se comprend dans la mesure où il est difficile de tenir pour responsable de l'échec des négociations l'une des parties en particulier. Le caractère « punitif » de la nullité de la condition n'a, dans cette hypothèse, pas lieu d'être. Le juge est, dès lors, investi du pouvoir

¹⁸³² Cass. soc. 13 novembre 2002, Dr. soc. 2003, p. 228.

¹⁸³³ Cass. soc. 21 mars 2001, n° 99-40.539, « *Le contrat de travail prévoyait une rémunération du salarié composée pour partie d'un salaire fixe, pour partie d'une commission de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé par ses soins et d'une prime d'un maximum de 5 % du même chiffre d'affaires, qu'obligation était faite au salarié de réaliser un chiffre d'affaires minimum et de consacrer tout son temps et toute son activité au service de la société SCIAR et que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de lui fournir les éléments permettant la réalisation de sa prestation de travail dont dépendait sa rémunération* ».

¹⁸³⁴ Article 1304-3 du Code civil nouveau. « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* ».

¹⁸³⁵ Cass. soc. 13 janvier 2009, n° 06-46.208, JCP S 2009, n° 10, 1096, p. 9 ; D. 2009, p. 1931. Solution initiée par Cass. soc. 22 mai 1995, n° 91-41.584.

de fixer les objectifs impartis au salarié mais également de vérifier *a posteriori* si celui-ci les a atteints¹⁸³⁶. Cette solution est également applicable en cas de fixation d'objectifs irréalistes. Par un arrêt du 13 novembre 2009, la Cour de cassation assimile l'accord déraisonnable à une absence d'accord¹⁸³⁷. La question s'est très vite posée de savoir si cette jurisprudence pouvait être étendue aux clauses de rémunération variable qui dépendent d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur¹⁸³⁸. La réponse a été apportée par un arrêt du 13 février 2013 qui tranche en faveur d'une identité de solution, quel que soit le mode de fixation des objectifs. Ainsi, « *lorsque le paiement de la rémunération variable du salarié résulte du contrat de travail et que l'employeur n'a pas fixé les objectifs pour l'exercice considéré, il appartient au juge de déterminer le montant de celle-ci en fonction des critères visés au contrat et des accords des années précédentes* »¹⁸³⁹. Cette solution est davantage surprenante dans la mesure où l'employeur, en raison de sa « posture discrétionnaire », paraît commettre une faute en ne déterminant pas les objectifs du salarié. Il nous semblerait plus pertinent que le juge puisse condamner l'employeur à verser l'intégralité de la prime, ou au moins des dommages-intérêts pour ne pas avoir exécuté loyalement ses obligations.

589. L'établissement d'un lien entre résultat du travail et rémunération semble avoir les faveurs de la jurisprudence. Une grande latitude est concédée aux employeurs afin de mettre en place ces formes de rémunération assises sur les résultats du travail. La diversité des sources permettant la détermination de la rémunération variable permet de s'émanciper de l'accord du salarié. Bien qu'elle doive reposer sur des critères objectifs, l'autonomie entre ces critères et la volonté de l'employeur n'existe plus totalement. Les sanctions en cas de mise en place d'un système de rémunération par objectif défaillant conduisent davantage à sauvegarder l'économie générale du mode de rémunération plutôt qu'à condamner l'employeur fautif. Enfin, la protection du salarié contre le transfert des risques de l'activité de l'entreprise sur sa rémunération n'est pas du tout assurée. Censé motiver les salariés et davantage les intéresser à la réalisation de leur prestation de travail,

¹⁸³⁶ Cass. soc. 27 janvier 2010, n° 09-40.050. Dans cet arrêt, les juges du fond, après avoir fixé lui-même les objectifs en se fondant sur les critères fixés au contrat et les éléments de la cause résultant des avenants conclus, déboute le salarié de sa demande de rappel de salaire pour ne pas les avoir atteints.

¹⁸³⁷ Cass. soc. 13 novembre 2009, n° 06-46.208, JCP S 2009, n° 10, 1096, obs. FAVENNEC-HERY F. ; D. 2009, p. 1931, comm. PASQUIER T.

¹⁸³⁸ PASQUIER T., « Réviser les objectifs salariaux », RDT 2013, p. 82.

¹⁸³⁹ Cass. soc. 13 février 2013, n° 11-21.073, cité in FABRE A., « La rémunération variable sous l'angle contentieux », Les cahiers sociaux, novembre 2015, n° 279, p. 595.

la rémunération variable semble pouvoir faire peser sur le montant de leur rémunération la situation économique dans laquelle se trouve l'entreprise, transformant ainsi leur rémunération en variable d'ajustement des coûts salariaux.

Section II : LES RÉSULTATS COMME INSTRUMENT DE CONTRÔLE DE LA RÉMUNÉRATION.

590. La fixation du montant de la rémunération des dirigeants de société en fonction des résultats du travail est relativement nouvelle d'un point de vue juridique. Le principe qui préside en la matière est celui de la liberté. Le laconique article L. 225-47 du Code du commerce rappelle à ce propos que c'est au conseil d'administration de déterminer unilatéralement la rémunération de son président¹⁸⁴⁰. La diversification des modes de rémunération a débuté dans les années 70 avec l'emprunt aux anglo-saxons des options de souscription ou d'achat d'actions¹⁸⁴¹. Depuis lors, les dispositifs de rémunération spécifiques aux dirigeants n'ont cessé de se diversifier et, à côté de la part fixe de la rémunération, s'est adjoint de nombreux instruments de rémunération variable. L'établissement d'un lien entre rémunération et résultats du travail a donc d'abord été le fruit de la pratique. Néanmoins, les divers et fréquents scandales concernant des dirigeants qui perçoivent des rémunérations sans commune mesure avec le travail accompli ou la santé financière de l'entreprise ont conduit le juge et le législateur à lutter contre le caractère excessif que pouvait prendre leur rétribution.

591. Dans un premier temps, et en l'absence de texte spécifique, la jurisprudence commerciale a dû puiser dans les règles du droit des sociétés, les dispositions juridiques nécessaires pour sanctionner un écart trop significatif entre la rémunération perçue par le dirigeant et le résultat de son travail. Cependant, au regard des décisions rendues, il semble que c'est moins la disproportion de la rémunération que le juge cherche à sanctionner que la mise en péril de l'entreprise. Dans un second temps, et devant l'échec du juge d'assurer seul

¹⁸⁴⁰ Cf. *Infra*.

¹⁸⁴¹ LE CANNU P., « La rémunération des dirigeants de société : les tendances du moment », *Revue de jurisprudence commerciale*, Novembre/décembre 2012, n° 6, p. 3.

la régulation des sommes versées aux dirigeants, le législateur a adopté une législation particulière dont la finalité avouée est d'interdire la perception de rémunérations jugées excessives.

592. L'établissement d'un lien entre la rémunération des dirigeants de société et le résultat de leur travail a d'abord été conçu comme un instrument de protection des intérêts de la société (§1) avant de permettre un véritable contrôle de son caractère excessif (§2).

§ 1 : Le contrôle indirect de la rémunération au nom de la protection de l'intérêt de la société.

593. Aucune disposition juridique ne vise explicitement à proscrire les rémunérations excessives versées aux dirigeants de société¹⁸⁴². Le juge a cependant pu utiliser des dispositifs dont la finalité n'est pas l'encadrement de la rémunération, pour annuler le versement de rémunérations considérées comme abusives. Il a, ainsi, sollicité plusieurs mécanismes du droit des sociétés aptes à « *faire rendre gorge au dirigeant coupable de s'être trop enrichi aux dépens de la société* »¹⁸⁴³. L'absence de texte soulève la question épineuse de la définition du caractère excessif de la rémunération. Plusieurs auteurs s'accordent pour dire que la jurisprudence pose deux critères de l'excès, dont l'un semble prédominant¹⁸⁴⁴. Les juges apprécient l'excès au regard de la situation économique de la société et des services effectifs rendus par le dirigeant. Il semble que c'est alors moins le caractère disproportionné de la rémunération que la mise en péril de l'entreprise qui est

¹⁸⁴² *A contrario*, le droit fiscal régit spécifiquement les rémunérations excessives perçues par les dirigeants sociaux. Aux termes de l'article 39, 1, 1°, alinéa 2 du Code général des impôts, les rémunérations versées ne sont admises en déduction des résultats de la société que dans la mesure où elles correspondent à un travail effectif et ne présentent pas un « caractère excessif » eu égard à l'importance du service rendu. Cependant, le droit fiscal a une finalité spécifique, « *faire la part entre les charges de l'entreprise qui sont raisonnablement déductibles et celles qui, par leur caractère excessif, ne sont plus considérées comme telles dès lors qu'elles témoignent d'un acte anormal de gestion* », (GARRON F., « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Revue des sociétés*, 2004, p. 795.). Il faut toutefois noter que ce traitement fiscal défavorable n'est pas en soi une limite à la fixation de rémunération excessive. Il permet seulement de ne pas diminuer trop fortement le montant de l'impôt sur les sociétés.

¹⁸⁴³ DONDERO B., « Les instruments de gouvernance en question », *in* La rémunération des dirigeants sociaux, 2010, p. 118.

¹⁸⁴⁴ GARRON F., *op. cit.* ; PRIEUR C.-E. et MEDIAZ N., « La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, septembre 2012, n° 101, p. 20.

sanctionnée. Les condamnations semblent donc intervenir principalement dans le cas où les sommes versées constituent des charges disproportionnées au regard des moyens de l'entreprise ou de ses résultats économiques. Il convient donc d'étudier les instruments sollicités par le juge afin de contrôler l'excès de la rémunération des dirigeants (A) et la manière dont il caractérise cet excès (B).

A. Les instruments de contrôle de l'excès.

594. Le juge a su tirer des règles du droit des sociétés des instruments de contrôle de l'excès de rémunération. L'abus de majorité ou encore le principe de révocation *ad nutum* ont, ainsi, été mobilisés, pour remettre en cause des décisions prises par l'organe exécutif de la société¹⁸⁴⁵. En ce sens également, le dispositif des conventions réglementées a pu être instrumentalisé afin de permettre l'annulation du versement de rémunération différée. Enfin, le recours au droit pénal, et spécialement à l'abus de biens sociaux, permet aussi de sanctionner les rémunérations jugées excessives. Pour autant, le juge demeure extrêmement prudent, et ne fait pas preuve d'une très grande audace en la matière, puisque le recours au droit commun des contrats lui aurait permis de disposer d'un instrument très efficace de contrôle de l'excès, recours auquel il a toujours refusé de se livrer.

1) Les instruments civils de sanction de la rémunération excessive.

595. L'abus de majorité, transposition « *en droit des sociétés de la théorie civiliste de l'abus de droit* »¹⁸⁴⁶, permet de sanctionner une décision prise par l'organe exécutif contraire à l'intérêt social dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité¹⁸⁴⁷. L'abus de majorité peut être utilement invoqué par des actionnaires minoritaires afin d'obtenir la remise en cause d'une décision attribuant une

¹⁸⁴⁵ Par organe exécutif, nous entendons parler de l'organe habilité à fixer et déterminer la rémunération des dirigeants de société. L'appellation de cet organe varie suivant la forme juridique de la société. Dans le cadre de la société anonyme moniste, il s'agit du conseil d'administration et, pour la société anonyme dualiste, du conseil de surveillance (Articles L. 225-47 et L. 225-61 du Code du commerce). Pour les autres sociétés, l'organe compétent dépendra du contenu du statut de la société. Il s'agira dans la majorité des cas de la collectivité des associés.

¹⁸⁴⁶ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis, 2015, 28^{ème} éd., p. 241.

¹⁸⁴⁷ Cass. com. 18 avril 1961, JCP 1961, 12164.

rémunération considérée comme anormale¹⁸⁴⁸. Dans une affaire relativement ancienne, la cour d'appel de Paris avait retenu un abus de majorité au sujet de la rémunération octroyée au président d'une société anonyme. Il avait été décidé d'une augmentation rétroactive de sa rémunération, « *dans son seul intérêt et sans égard à l'intérêt de la société* »¹⁸⁴⁹. Pour la cour d'appel, « *la rémunération ainsi fixée était exagérée tant dans son montant que du fait de sa rétroactivité et n'a pas été prise dans un intérêt social* » et en déduit que « *la nullité de la délibération abusive [...] du conseil d'administration doit être prononcée et le remboursement des sommes attribuées en supplément [...] doit être ordonné* »¹⁸⁵⁰. L'abus de majorité est cependant rarement retenu par les juges. Les critères de l'abus de majorité sont difficiles à réunir, « *la jurisprudence constante exigeant que les minoritaires, lésés par le montant de la rémunération, effectuent une démonstration claire et objective de la rupture d'égalité. En d'autres termes, les minoritaires doivent apporter la preuve que la décision dictée par « l'unique dessein » de favoriser les membres de la majorité a pour effet, voire pour objet, de porter préjudice aux membres de la minorité en sus d'être contraire à l'intérêt social* »¹⁸⁵¹.

596. La révocation des dirigeants ne leur ouvre, par principe, droit à aucune indemnité¹⁸⁵². Afin de pallier les conséquences d'une perte brutale du mandat social, l'organe exécutif de la société peut décider de leur attribuer une prime de départ dont le montant représente, dans certains cas, plusieurs années de rémunération¹⁸⁵³. Or, ce principe de libre révocation des dirigeants de société est d'ordre public¹⁸⁵⁴ et une telle indemnité peut s'avérer incompatible avec la mise en œuvre de ce principe, le montant excessif de la prime pouvant dissuader l'organe exécutif d'exercer son droit de révocation. Après une période de franche hostilité à l'égard de cet avantage, la Cour de cassation a trouvé, semble-t-il, un point d'équilibre entre

¹⁸⁴⁸ PRIEUR C.-E. et MEDIAZ N., « La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, septembre 2012, p. 20.

¹⁸⁴⁹ AMIEL-COSTE L., « Rémunération des dirigeants sociaux », *Répertoire de droit du travail*, Juin 2002, n° 89.

¹⁸⁵⁰ CA Paris, 30 mars 1977, *Rev. sociétés* 1977, p. 470 ; Cass. com. 9 nov. 1966, *JCP* 1967. II. 15250.

¹⁸⁵¹ ANDJECHAIRI S. et SERRA Y., « Abus de majorité et rémunération du dirigeant », *RJDA* 6/2012, p. 511.

¹⁸⁵² L'étendue du droit de révoquer les dirigeants varie suivant la forme juridique de la société. Les dirigeants de société anonyme sont révocables *ad nutum*, c'est à dire sur un simple signe de tête. Les gérants de SARL sont révocables pour justes motifs. Pour les autres dirigeants, les conditions de révocations doivent être déterminées par les statuts de la société.

¹⁸⁵³ Cf. *infra*.

¹⁸⁵⁴ Cass. soc. 15 mars 1983, *Rev. sociétés*, 1983, p. 355, note CHARTIER Y. ; Cass. Com. 22 juill. 1986, *Rev. sociétés*, 1987, p. 46, note GUYON Y.

ces deux antagonismes¹⁸⁵⁵. Par un arrêt de principe du 4 juin 1996, elle décide « *qu'est illicite la convention qui a pour objet ou effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne* »¹⁸⁵⁶. Cette jurisprudence a pu être étendue à d'autres éléments constitutifs du « package de rémunération » dû au dirigeant suite à la cessation de son mandat. Ainsi, des compléments de retraite ont pu être annulés sur ce même fondement¹⁸⁵⁷ ou encore une promesse de consentir au dirigeant démis de ses fonctions un contrat de travail¹⁸⁵⁸.

597. Il est de jurisprudence constante que la fixation de la rémunération des mandataires sociaux n'est pas soumise à la procédure des conventions réglementées instituée par les articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce¹⁸⁵⁹. Bien que de nature institutionnelle, le juge a pu, dans une visée purement punitive, étendre à la rémunération de l'exercice des fonctions sociales la procédure des conventions réglementées. Cette « *éviction de la procédure institutionnelle* » a été utilisée à plusieurs reprises afin de sanctionner les compléments de retraite attribués aux anciens dirigeants mais également, bien que de manière relativement isolée, à des rémunérations jugées fiscalement excessives¹⁸⁶⁰. Pour arriver à un tel résultat, il faut revenir sur le dispositif de contrôle des conventions conclues entre le dirigeant et la société. La soumission d'une convention entraîne l'application d'une procédure d'autorisation et de contrôle stricte¹⁸⁶¹. Sa réalisation nécessite le respect de cinq étapes¹⁸⁶². L'organe exécutif doit être informé par le dirigeant dès qu'il a connaissance d'une convention entrant dans le champ d'application de la procédure et il doit ensuite donner son autorisation préalable avant la conclusion de la convention¹⁸⁶³. Postérieurement à la conclusion, le président doit informer le commissaire aux comptes de la société qui rédige un rapport spécial. Ce rapport est enfin transmis à l'organe délibératif de la société¹⁸⁶⁴, qui

¹⁸⁵⁵ De CALBIAC J., *op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁵⁶ Cass. com., 4 juin 1996, Bull. 1996, n° 162 ; Cass. Com. 26 mai 2004, n° 01-03.569, JCP E 2004, 1344.

¹⁸⁵⁷ Cass. com., 15 juillet 1997, RTD Com., 1988, p. 73.

¹⁸⁵⁸ Cass. com. 26 janvier 1999, n° 97-10.018, BJS 1999, p. 657.

¹⁸⁵⁹ Cf. *Infra*.

¹⁸⁶⁰ En ce sens, De CALBIAC J., « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », Thèse, PUAM, 2012, p. 76.

¹⁸⁶¹ Article L. 225-38 et s. du Code de commerce.

¹⁸⁶² COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 361.

¹⁸⁶³ L'ordonnance du 31 juillet 2014 exige désormais que l'organe exécutif motive sa décision et justifie de l'intérêt de la convention pour la société et précise ses conditions financières.

¹⁸⁶⁴ Le plus souvent, l'assemblée générale des actionnaires.

donnera ou non son approbation au vu dudit rapport. Or, la soumission *a posteriori* à la procédure des conventions réglementées d'éléments de rémunération de nature institutionnelle conduit inéluctablement à l'impossibilité de respecter ces différentes étapes. Le juge peut tirer de cette irrégularité argument pour annuler le versement d'une rémunération excessive. En effet, les conventions qui n'ont pas été autorisées par le conseil d'administration ou de surveillance sont nulles dès lors qu'elles ont été préjudiciables à la société¹⁸⁶⁵. Une affaire est particulièrement révélatrice de cette capacité du juge à s'immiscer dans le contrôle du bien-fondé de l'octroi d'une retraite complémentaire. Dans les faits soumis à la Chambre commerciale de la Cour de cassation en le 10 novembre 2009¹⁸⁶⁶, le président de la société Carrefour s'était vu octroyer par le conseil d'administration une retraite complémentaire dont le montant représentait 40 % de sa rémunération globale. La cour d'appel, approuvée en l'espèce par la Cour de cassation, avait relevé que, malgré le bien positif de l'action du dirigeant, ces services ne justifiaient pas l'attribution d'une retraite en sus de la rémunération versée pendant l'exercice du mandat. La pension est alors analysée en « *une indemnité exceptionnelle, devant être soumise à la procédure des conventions réglementées* »¹⁸⁶⁷. Or, faute d'avoir été soumise à une telle procédure, la retraite a été annulée. Le détournement de la procédure des conventions réglementées au profit de la sanction des rémunérations différées est particulièrement strict. En effet, il est fondé sur le principe du « tout ou rien » et n'autorise pas le juge à moduler son appréciation¹⁸⁶⁸. Il est également regrettable que le juge cantonne son application uniquement aux éléments de rémunération différée et non à la rémunération principale du dirigeant.

598. On peut observer que la jurisprudence fait cependant preuve d'une certaine réserve dans le contrôle des rémunérations excessives. Certains auteurs estiment que le juge pourrait appliquer les solutions dégagées en matière de mandat pour contrôler efficacement la rémunération des dirigeants. En ce sens, les Professeurs Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY affirment que « *si l'on admet que les fonctions dirigeantes prennent*

¹⁸⁶⁵ Article L. 225-42 et L. 225-90 du Code du commerce.

¹⁸⁶⁶ Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-70.302, BJS 2010, p. 144, note SAINTOURENS B. ; Rev. sociétés 2010, p. 38, note Le CANNU P.

¹⁸⁶⁷ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., « Droit des sociétés », LexisNexis, 2015, 28ème éd., p. 340.

¹⁸⁶⁸ Le CANNU P., *op. cit.*

leur source dans un mandat, pourquoi ne pas faire application de la jurisprudence permettant la révision judiciaire des honoraires convenus lorsqu'ils sont hors de proportion avant le service rendu ? »¹⁸⁶⁹. De même, le Professeur Bruno DONDERO estime que « le droit spécial du mandat offre également une voie d'action, puisque la jurisprudence s'octroie de longue date le pouvoir de modifier la rémunération convenue par le mandataire et son mandant »¹⁸⁷⁰. Une jurisprudence ancienne reconnaît au juge le droit de contrôler la rémunération du mandataire et de la réduire, quand bien même la prestation aurait été correctement exécutée, lorsqu'elle paraît excessive, et disproportionnée par rapport au travail accompli¹⁸⁷¹. Il a cependant été mis en évidence que le juge n'a jamais voulu consacrer la nature contractuelle du lien unissant le dirigeant à la société, ce qui constitue un préalable nécessaire à l'adoption de cette jurisprudence¹⁸⁷².

2) Les instruments pénaux de contrôle de la rémunération excessive.

599. Deux fondements de droit pénal ont pu être mobilisés par le juge pour venir sanctionner une rémunération excessive, l'abus de biens sociaux et l'abus de pouvoir¹⁸⁷³.

600. Conformément à l'article L. 242-6, 3° du Code de commerce, l'abus de biens sociaux consiste pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ». Lorsque la rémunération est attribuée de manière irrégulière, le dirigeant peut être poursuivi pour abus de biens sociaux. Tel est le cas lorsque le président s'attribue de son propre chef une rémunération¹⁸⁷⁴ ou lorsque le gérant d'une SARL perçoit une commission et une prime non

¹⁸⁶⁹ COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *op. cit.*, p. 341.

¹⁸⁷⁰ DONDERO B., « Les instruments de gouvernance en question », *in* La rémunération des dirigeants sociaux, 2010, p. 118.

¹⁸⁷¹ Civ. 29 janv. 1867, DP 1867, 1, p. 53 : « Il appartient aux tribunaux [...] de réduire le salaire convenu, lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu ». Pour une présentation exhaustive de la jurisprudence, v. Le TOURNEAU, « Mandat », Répertoire de droit civil, n° 315 et s.

¹⁸⁷² Cf. *Infra*.

¹⁸⁷³ PERROTIN F., « Les dangers d'une rémunération excessive », Les petites affiches, 2012, p. 173.

¹⁸⁷⁴ Cass. Crim. 9 mai 1973, Bull. crim., n° 216, Rev. sociétés 1973. p. 696, note BOULOC B.

prévues par les statuts ou non autorisées par une décision des associés¹⁸⁷⁵. Néanmoins, la fixation régulière de la rémunération n'est pas dirimante et le juge demeure compétent pour sanctionner les rémunérations quand elles apparaissent excessives. Comme l'affirme la Cour de cassation, « *l'approbation donnée par le Conseil d'administration à la perception d'une rémunération et l'absence de réaction d'intervenants extérieurs ne peuvent faire disparaître à eux seuls le caractère délictueux des détournements* »¹⁸⁷⁶. A ainsi été condamné pour abus de biens sociaux le dirigeant d'une société dont la rémunération représentait quasiment le tiers de la marge bénéficiaire brute et la moitié des frais généraux¹⁸⁷⁷. La perception d'une rémunération exorbitante par le gérant alors que la société connaissait des difficultés financières importantes a également pu être sanctionnée d'abus de biens sociaux¹⁸⁷⁸. L'un des principaux intérêts de l'abus de biens sociaux réside dans sa capacité à sanctionner la rémunération principale de l'intéressé, ce que ne permettent pas les autres instruments juridiques sollicités par le juge. De manière plus novatrice, ce délit pénal a également été mobilisé pour sanctionner le versement d'une prime de bienvenue, ou *golden hello*. Cette pratique qui n'est pas réglementée par le droit positif constitue indéniablement un élément de rémunération. Dans une affaire du 30 juin 2010, le président d'une SASU, également associé unique de la société, s'était versé une prime d'arrivée. Cette prime était constituée d'une partie immédiatement versée lors de son entrée en fonction puis d'une autre partie devant être attribuée suivant le résultat futur de la société. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a considéré que le versement de la première partie de cette prime constituait un abus de biens sociaux dès lors qu'elle n'était pas la contrepartie de services rendus¹⁸⁷⁹.

601. Conformément à l'article L. 242-6, 4° du Code de commerce, l'abus de pouvoirs consiste pour « *le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont*

¹⁸⁷⁵ BOULOC B., « Abus de biens sociaux », Répertoire de droit des sociétés, juillet 2015, n° 84.

¹⁸⁷⁶ Cass. crim. 22 septembre 2004, Rev. Sociétés 2005, p. 200, note BOULOC B.

¹⁸⁷⁷ Cass. crim. 13 décembre 1988, Rev. Sociétés 1989, p. 257.

¹⁸⁷⁸ Cass. crim. 29 septembre 1999, n° 98-83.204, inédit.

¹⁸⁷⁹ Cass. crim. 30 juin 2010, n° 09-82.062, RTD Com. 2010, p. 748, note Le CANNU P. et DONDERO B.

intéressés directement ou indirectement ». Par une décision du 16 mai 2012, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet pour la première fois l'application du délit d'abus des pouvoirs en matière de rémunération des dirigeants¹⁸⁸⁰. En l'espèce, l'ancien président directeur général de Vinci avait, suite au refus permanent du comité de rémunération de dé plafonner sa rémunération variable, usé de son influence pour renouveler entièrement ce comité en y intégrant des personnes plus sensibles à ses intérêts. Ces manœuvres ont abouti, lui permettant de doubler sa rémunération sur deux ans et de se voir attribuer une indemnité de départ égale à trois années de rémunération ainsi qu'une retraite complémentaire annuelle égale à la moitié de sa rémunération en vigueur lors de la cessation de ses fonctions. Caractérise donc le délit d'abus de pouvoir le fait d'user volontairement de son pouvoir pour évincer les membres du comité de rémunération sans autre raison que leur refus de faire droit aux prétentions du dirigeant. Cette décision mérite approbation dans la mesure où elle complète utilement la « panoplie » des instruments juridiques au service du juge¹⁸⁸¹. Pour autant, et comme le relèvent certains auteurs, l'insuffisance de la peine encourue eu égard aux profits réalisés conduit à ce que l'infraction demeure lucrative pour l'auteur de l'infraction¹⁸⁸². A la sanction pénale, devrait ainsi se coupler la sanction civile de la nullité des rémunérations perçues. Certains auteurs préconisent que, sur le fondement des articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce qui font référence aux causes de nullité des sociétés en général, le juge puisse également annuler la décision de fixation des modalités de la rémunération¹⁸⁸³. Nous ne pouvons qu'approuver une telle proposition, qui permettrait une véritable sanction des rémunérations abusives.

602. Les instruments juridiques à la disposition du juge afin de lutter contre les rémunérations excessives paraissent, de prime abord, assez nombreux. Cependant, leur

¹⁸⁸⁰ Cass. crim. 16 mai 2012, n° 11-85.150, GP 28 juin 2012, n° 180, p. 7, note MESA R. ; Rev. Sociétés 2012, p. 697, note P. Le CANNU.

¹⁸⁸¹ BOUGRINE A. et BENAC A., « Les particularités du contrôle des rémunérations dans les sociétés anonymes cotées », *Journal des sociétés*, septembre 2012, p. 31. « *Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux sont souvent difficiles à caractériser notamment au sein des SA cotées qui réalisent de bonnes performances et qui disposent d'une surface financière importante* ».

¹⁸⁸² Le CANNU P., « Les pouvoirs du PDG sur sa propre rémunération, et l'abus qu'il peut en faire », note sous CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, Rev. Sociétés février 2012, p. 99. La peine d'amende prononcée est de 375 000 euros, ce qui est malgré tout 375 fois moins que le montant global obtenu par le condamné...

¹⁸⁸³ Le CANNU P., « Abus des pouvoirs : la Cour de cassation approuve la condamnation de l'ancien président-directeur général de Vinci », note sous Cass. crim. 16 mai 2012, n° 11-85.150, Rev. Sociétés 2012, p. 697.

mise en œuvre suppose, dans la majorité des cas, que le comportement du dirigeant entre en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise, ce qui limite grandement la portée du contrôle exercé par le juge.

B. La caractérisation de l'excès.

603. L'inexistence de dispositif légal d'encadrement des rémunérations des dirigeants a comme corollaire l'absence de définition textuelle de la rémunération excessive. Dans le sens courant, la rémunération étant définie comme la contrepartie d'une activité ou d'un service rendu¹⁸⁸⁴, l'excès devrait résulter d'une disproportion entre le montant de la rémunération perçue et la prestation réalisée par le dirigeant. Le simple constat d'une déconnexion entre rémunération et résultat du travail devrait suffire à établir l'existence d'une rémunération excessive. Cependant, l'étude de la jurisprudence révèle que le contrôle exercé par le juge ne se contente pas de ce simple constat. En effet, pour déterminer si une rémunération est excessive, les juges apprécient certes la rémunération au regard des services effectifs rendus par le dirigeant, mais ils prennent également en compte la situation économique de la société au moment du versement de la rémunération. Ce cumul de critères a pour conséquence de brider le pouvoir du juge, puisqu'il autorise le versement de rémunérations excessives dès lors que l'intérêt social de la société n'est pas menacé. En d'autres termes, *« la jurisprudence commerciale sanctionne indirectement la rémunération excessive sur le fondement du droit des sociétés, mais ne la condamne pas en tant que telle »*¹⁸⁸⁵.

604. Pour constater le caractère excessif de la rémunération, le juge s'attache à qualifier les conséquences dommageables du versement à l'encontre de la situation économique de la société. Dans le cadre du versement d'une indemnité de départ, un arrêt du 4 juin 1996 pose cette affirmation en principe. Ainsi, *« est illicite la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du directeur général d'une société »*

¹⁸⁸⁴ CORNU G., « Dictionnaire juridique », Association Henry CAPITANT, PUF, p. 748.

¹⁸⁸⁵ GARRON F., « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. Sociétés 2004, p. 795.

anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne »¹⁸⁸⁶. Dans des décisions plus récentes, l'engagement est annulé comme portant atteinte à la libre révocabilité du mandataire au motif qu'il « *était d'une ampleur susceptible de porter une atteinte majeure à l'équilibre financier de la société* »¹⁸⁸⁷ ou qu'il « *aurait eu des conséquences financières importantes pour la société en raison de son montant élevé qui aurait eu pour effet de dissuader les actionnaires de la société d'exercer leur libre droit de révocation* »¹⁸⁸⁸. En l'espèce, l'indemnité représentait près de la moitié du bénéfice annuel de la société¹⁸⁸⁹. Comme l'explique certains auteurs, « *la jurisprudence, après avoir retenu le principe selon lequel la somme à verser devait être « sans influence réelle sur la décision de révocation », s'est orientée vers la notion d'absence de « charge excessive » pour la société, passant d'un critère subjectif à une notion plus économique* »¹⁸⁹⁰. Ces arrêts sont à mettre en perspective avec la jurisprudence UBP relative aux conditions de validité des retraites complémentaires. Selon l'arrêt de principe de la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁸⁹¹, la rémunération différée que constitue une retraite versée par la société à un ancien dirigeant, est valable si trois conditions cumulatives sont respectées : la retraite doit avoir pour contrepartie des « *services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions* », l'avantage accordé doit être « *proportionné à ses services* » et il ne doit pas « *constituer une charge excessive pour la société* »¹⁸⁹². Dans la même lignée, le juge considère que le conseil d'administration dispose d'une compétence exclusive pour supprimer la pension viagère octroyée au président du conseil « *en raison des difficultés économiques de la société* » dès lors que celle-ci était devenue une « *charge excessive pour la société* »¹⁸⁹³. Le caractère excessif de la rémunération est donc éminemment subjectif, dans la mesure où il dépend avant tout de la situation financière dans laquelle se trouve la société. L'appréciation de l'excès procède donc davantage d'une comparaison entre le montant de la rémunération et des données économiques propres à la société, tels que le bénéfice réalisé, le chiffre

¹⁸⁸⁶ Cass. com. 4 juin 1996, n° 94-15.238, D. 1996, p. 176.

¹⁸⁸⁷ Cass. com. 15 novembre 2011, n° 09-10.893, Rev. Sociétés 2012, p. 234.

¹⁸⁸⁸ Cass. com. 24 mai 2004, n° 01-03.569, n° 38, JCP E 16 Septembre 2004, 1344, note VIANDIER A.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*

¹⁸⁹⁰ UETWILLER J.-J. et LEGOUT A.-L., « Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, septembre 2012, p. 11.

¹⁸⁹¹ Com. 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 64 ; Rev. sociétés 1987. 266, note Y. GUYON.

¹⁸⁹² Cf. *Infra*.

¹⁸⁹³ Cass. com. 24 octobre 2000, BJS 1 janvier 2001, p. 54, note STORCK M.

d'affaire, l'importance du capital social, les résultats de l'exercice ou les liquidités de trésorerie que de l'adéquation de son montant aux services rendus par le dirigeant¹⁸⁹⁴.

605. Ce constat est également notable dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Un auteur estime en ce sens qu'« *en matière pénale, c'est clairement la situation financière difficile, voire désespérée, de la société qui est l'élément essentiel de comparaison utilisé par le juge* »¹⁸⁹⁵. Ainsi, « *se rend coupable d'abus de biens sociaux le président-directeur général d'une société anonyme qui s'est attribué, de son propre chef, des rémunérations qu'il savait excessives eu égard aux ressources et à la situation de la société dont les pertes excédaient de trois fois le montant du capital social* »¹⁸⁹⁶. Dans un arrêt plus récent, la Chambre criminelle a relevé que « *la rémunération était d'autant plus abusive sur ces périodes que les pertes de la société atteignaient les 4 millions de francs* »¹⁸⁹⁷.

606. Les moyens existants sur le terrain judiciaire pour limiter les rémunérations excessives et davantage corréler rémunération et résultat du travail des dirigeants s'avèrent insuffisants. La cause de ce constat d'échec réside principalement dans la finalité de ces dispositifs. Institués initialement pour préserver l'intérêt social de l'entreprise, ils ont été instrumentalisés afin de sanctionner abus et excès de rémunération. Dès lors, leur mise en œuvre ne peut intervenir qu'à l'aune de la préservation de l'intérêt social. Or, les rémunérations perçues par les dirigeants, notamment dans les sociétés de dimension internationale, peuvent être excessives sans pour autant mettre en péril la société. C'est dans cette optique que le législateur est intervenu pour assurer un contrôle direct entre rémunération et résultat du travail.

§ 2 : Le contrôle direct du caractère excessif de la rémunération.

¹⁸⁹⁴ GARRON F., *op. cit.*

¹⁸⁹⁵ PRIEUR C.-E. et MEDIAZ N., « La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants », *Journal des sociétés*, septembre 2012, p. 20.

¹⁸⁹⁶ Cass. Crim. 9 mai 1973, Bull. crim., n° 216, Rev. sociétés 1973, p. 696, note BOULOC B..

¹⁸⁹⁷ Cass. Crim. 22 septembre 2004, Rev. Sociétés 2005, p. 200, note BOULOC B.

607. Les règles du droit des sociétés relatives à la fixation de la rémunération des dirigeants sociaux et à la divulgation de cette rémunération aux actionnaires « *sont restées d'une remarquable stabilité jusqu'en 2000* »¹⁸⁹⁸. Depuis, le législateur n'a eu de cesse d'intervenir pour réglementer la rémunération des dirigeants et d'en limiter les excès. Deux voies ont été empruntées pour parvenir à un tel résultat. Cette politique de régulation s'est, dans un premier temps, concrétisée par davantage de transparence dans l'attribution des différents éléments de rémunérations (A). Puis, devant l'absence notable de résultats, le législateur s'est attelé à conditionner la perception d'une rémunération aux performances de son bénéficiaire (B).

A. L'encadrement de la rémunération par la transparence.

608. Le droit français fait de la détermination de la rémunération des dirigeants l'apanage quasi-exclusif de l'organe exécutif de la société. De ce fait, l'organe délibératif, le plus souvent la communauté des actionnaires, s'est trouvée pendant longtemps privée de la possibilité de prendre connaissance du montant des rémunérations octroyées aux mandataires sociaux. L'essor de la théorie de la gouvernance d'entreprise¹⁸⁹⁹, mais peut-être plus encore les divers « scandales » financiers relayés par les médias¹⁹⁰⁰, ont conduit le législateur à favoriser l'accès des actionnaires à cette information. Le législateur a donc renforcé le droit à information des actionnaires, passant d'une information générale et collective, à une information personnelle et nominative (1). Le législateur a également accru la participation des actionnaires lors du processus d'attribution de la rémunération, en leur permettant de donner leur avis sur son opportunité (2).

1) Le renforcement de l'information des actionnaires.

¹⁸⁹⁸ UETTWILLER J.-J., « Transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », JCP S 2006, n° 12, 1233.

¹⁸⁹⁹ GERMAIN M. « La gouvernance des sociétés cotées », JCP E, 21 novembre 2013, n° 47, 1638.

¹⁹⁰⁰ Les origines de la loi NRE de 2001, première loi d'une longue série à venir réguler la rémunération des dirigeants, sont à rechercher dans le « scandale » Michelin. En septembre 1999, la société Michelin, affichait des bénéfices en hausse de 22 % alors que, dans le même temps, son PDG annonçait plus de 7500 licenciements. Bien que ne concernant pas directement la rémunération des dirigeants, cette affaire a conduit le gouvernement de Lionel Jospin à proposer un texte encadrant davantage le fonctionnement des sociétés. V. ANTHEAUME N., « Aux origines de l'obligation de publier des informations sociales et environnementales : le cas de la loi NRE en France », Normes et Mondialisation, mai 2004.

609. Les actionnaires ont toujours disposé d'un certain droit de regard sur les rémunérations versées aux dirigeants sociaux. Néanmoins, l'information qu'ils pouvaient revendiquer de droit était très parcellaire car elle était globale et non nominative. Le législateur a renforcé ce droit à l'information par l'obligation faite à l'organe exécutif de communiquer les données individuelles et nominatives relatives à la rémunération de leurs dirigeants. L'idée sous-jacente de cette politique législative est de permettre aux actionnaires de « *vérifier que les décisions relatives aux rémunérations qui ont été prises par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sont effectivement conformes à l'intérêt social* »¹⁹⁰¹. Le versement de rémunérations dont le montant serait sans commune mesure avec les résultats des dirigeants devrait, en toute logique, être évité par le risque, pour l'organe exécutif, d'être désavoué par les actionnaires et que ses membres ne soient pas reconduits lors d'un prochain vote¹⁹⁰².

610. Deux droits sont conférés aux actionnaires afin de leur permettre d'obtenir des informations relatives à la rémunération des dirigeants. L'information délivrée est néanmoins parcellaire puisque globale et non nominative. D'une part, l'annexe des comptes annuels transmise à l'assemblée générale dans le cadre de l'approbation des comptes sociaux doit fournir des informations détaillées sur la rémunération des dirigeants. Cependant, ces informations sont indiquées globalement par type d'engagement et par catégorie de rémunérations et ne permettent pas d'en déterminer les bénéficiaires¹⁹⁰³. D'autre part, en vertu de l'article L. 225-115 du Code de commerce, les actionnaires disposent de la faculté d'exiger que leur soit communiqué le montant global des

¹⁹⁰¹ MERVILLE A.-D., « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées », Mélanges AEDBF-France, 2013, p. 479.

¹⁹⁰² L'actualité semble cependant contredire cette équation. Le 29 avril 2016, les actionnaires de la société Renault se sont prononcés contre l'attribution au PDG Carlos Ghosn d'une rémunération dont le montant atteindrait les 7,2 millions d'euros. Le conseil d'administration a néanmoins maintenu sa décision, passant outre la volonté des actionnaires. Ce « scandale » médiatique a, une fois de plus, conduit le gouvernement à se prononcer en faveur d'une nouvelle (énième ?) réforme de la rémunération des dirigeants.

¹⁹⁰³ De CALBIAC J., « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », PUAM, Thèse, 2012, p. 58. L'article R. 123-197-8 du Code de commerce prévoit que doit figurer « le montant des engagements pris en matière de pensions, compléments de retraite et assimilés, (...) qui ont été contractés au profit de dirigeants ». L'article R. 123-198-1 du Code de commerce énonce aussi que pour les personnes morales qui ont adoptées une présentation simplifiée de leurs comptes, doit figurer dans l'annexe « le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice ».

rémunérations versées au cours de l'exercice précédent, aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées de la société, selon que celle-ci compte moins ou plus de 200 salariés¹⁹⁰⁴.

611. Ce n'est qu'à partir des années 2000 que le législateur a véritablement institué le droit à une information individuelle et nominative. La loi du 15 mai 2001, communément appelée loi NRE¹⁹⁰⁵, constitue en cela une incontestable avancée. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit que le rapport de gestion, document présenté annuellement à l'assemblée générale des actionnaires par l'organe exécutif¹⁹⁰⁶, doit faire figurer la rémunération totale et les avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social¹⁹⁰⁷. Par ailleurs, cette loi a également prévu l'obligation de présenter un rapport spécial aux actionnaires dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire pour les informer sur les plans d'options de souscription ou d'achat d'actions mis en place au sein de la société¹⁹⁰⁸. La loi du 1^{er} août 2003 dite de sécurité financière a cependant limité le champ d'application de ces dispositions aux seules sociétés cotées sur un marché réglementé. Cependant, la rédaction des dispositions issues de la loi du 15 mai 2001 présentait le défaut de cantonner l'exigence de transparence aux seuls « rémunérations et avantages » versés aux dirigeants. Dès lors, cette vision restrictive excluait *de facto* la présentation, dans le rapport de gestion, des éléments de rémunération perçus lors de la prise ou de la cessation des fonctions sociales. La loi du 26 juillet 2005, dite loi Breton, a remédié à cette carence en étendant le champ d'application du rapport de gestion aux « *engagements de toutes natures, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités, ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci* »¹⁹⁰⁹. Il doit donc inclure également les *goldens parachute*, les *goldens hello*, les clauses de non-concurrence et les régimes de retraite supplémentaire¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁴ Article issu de la loi du 24 juillet 1966.

¹⁹⁰⁵ L. 15 mai 2001, n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁹⁰⁶ Article L. 225-100 du Code de commerce.

¹⁹⁰⁷ BOUGRINE A. et BENAC A., « Les particularités du contrôle des rémunérations dans les sociétés anonymes cotées », *Journal des sociétés*, Septembre 2012, n° 101, p. 31.

¹⁹⁰⁸ Article L. 225-184 du Code de commerce. La loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 a étendu cette obligation aux attributions gratuites d'action.

¹⁹⁰⁹ Article L. 225-102-1 du Code de commerce.

¹⁹¹⁰ MALECKI C., « La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence », *BJS* novembre 2005, n° 263, p. 1195.

612. Le développement de l'obligation de transparence appelle nécessairement à s'interroger sur la sanction en cas d'omission, dans la présentation du rapport, d'éléments de rémunération devant y figurer. Le troisième alinéa de l'article L. 225-102-1, relatif aux informations sur les rémunérations des dirigeants, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 dispose que « *hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance du présent alinéa peuvent être annulés* ». Certains auteurs redoutent que ce texte donne « *au juge saisi un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de faire droit à la demande qui lui est présentée* »¹⁹¹¹. Pour autant, le pouvoir d'appréciation du juge semble incertain. En effet, les rémunérations et les engagements pris et non mentionnés dans le rapport de gestion « *peuvent être annulés* », sans que le texte ait précisé les causes d'annulation, ou au moins les critères à appliquer. Il y aurait « *ici un risque certain d'immixtion du juge dans la gestion des entreprises, via une éventuelle appréciation du niveau de rémunération des dirigeants sociaux* »¹⁹¹². Cependant, aucune décision de justice n'a, à ce jour, annulé le versement d'une rémunération sur ce fondement.

613. Le développement du contenu du rapport de gestion a permis une véritable mise en lumière des rémunérations perçues par les dirigeants. En soumettant la rémunération des dirigeants à ces exigences de publicité, les actionnaires n'ont cependant obtenu qu'un droit de regard sur le montant des sommes octroyées. Depuis peu, cette obligation de transparence est renforcée par l'essor du droit de se prononcer sur l'opportunité du versement de la rémunération.

2) La participation accrue des actionnaires.

614. La prise en compte de l'avis des actionnaires sur les rémunérations versées aux dirigeants a été réalisée par deux dispositifs distincts et complémentaires. Dans un premier temps, les éléments de rémunération attribués à la cessation des fonctions du dirigeant sont, désormais, soumis à la procédure des conventions réglementées. Dans un second

¹⁹¹¹ UETWILLER J.-J., « Transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », JCP S 21 Mars 2006, n° 12, p. 233.

¹⁹¹² *Ibid.*

temps, les actionnaires se sont vus attribuer le droit de se prononcer sur la pertinence de la rémunération de l'exercice des fonctions sociales accordée par l'organe exécutif. Dans les deux cas cependant, l'avis des actionnaires n'est pas susceptible de remettre en cause le versement d'une rémunération excessive.

615. La règle suivant laquelle la détermination du montant de la rémunération est une prérogative institutionnelle de l'organe exécutif de la société n'a pas été remise en cause. Néanmoins, la loi du 26 juillet 2005¹⁹¹³ a soumis les éléments de rémunération, les indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de fonctions du dirigeant, à la procédure des conventions réglementées¹⁹¹⁴. Ce dispositif nouveau n'a pas vocation à assurer la corrélation entre ces éléments de rémunération et les performances du dirigeant, mais est destiné « à assurer la transparence des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dont bénéficient les dirigeants sociaux »¹⁹¹⁵. Désormais, les avantages versés « post-mandat social »¹⁹¹⁶, sont soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance, au contrôle des commissaires aux comptes et, à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. Pour autant, l'approbation des actionnaires n'intervient qu'*a posteriori* de la conclusion de la convention octroyant l'avantage financier. La désapprobation de la convention par l'assemblée générale n'affecte pas la validité de la convention. En effet, en vertu de l'article L. 225-41 du Code de commerce, « les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers ». Toujours selon ce texte, seules les conséquences préjudiciables qui pourraient résulter du versement d'une rémunération à l'encontre de la société peuvent être mises à la charge du dirigeant et, le cas échéant, des membres de l'organe exécutif. Dès lors, cette disposition n'apparaît pas être davantage protectrice dans la mesure où la jurisprudence permet déjà de sanctionner les avantages post-mandat préjudiciables aux intérêts de la société¹⁹¹⁷. De plus, dans les

¹⁹¹³ L. 26 juillet 2005, n° 2005-842, pour la confiance et la modernisation de l'économie. Ces dispositions ne concernent que les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

¹⁹¹⁴ Article L. 225-42-1 et L. 225690-1 du Code de commerce.

¹⁹¹⁵ MALECKI C., *op. cit.*

¹⁹¹⁶ Indemnité de départ, clause de non-concurrence, retraite complémentaire. De ce fait, les primes de bienvenue ne sont pas concernées par ce dispositif.

¹⁹¹⁷ Cf. *Infra*.

sociétés d'envergure internationale, il semble illusoire de penser qu'une rémunération, même excessive, puisse mettre en péril la santé financière de ladite société.

616. La seconde illustration de la prise en compte de l'avis des actionnaires dans le processus de fixation de la rémunération réside dans l'adoption du mécanisme anglo-saxon du « *say on pay vote* ». En 2012, le gouvernement avait fait part de sa volonté de déposer un nouveau projet de loi afin d'encadrer la rémunération des dirigeants sociaux¹⁹¹⁸. Selon les mots du ministre de l'Economie, il a cependant été préféré de renvoyer aux sociétés le soin de procéder à une « *autorégulation exigeante* »¹⁹¹⁹. C'est à la suite de cette invitation que le Code AFEP-MEDEF a été réformé en juin 2013, avec comme principale mesure l'introduction du *say on pay*, « *consacrant la nature souple du dispositif* »¹⁹²⁰. L'innovation consiste en l'octroi d'un droit de vote aux actionnaires sur la politique de rémunération et sur le rapport concernant les rémunérations¹⁹²¹. Ce « *nouveau garde-fou efficace* » devait mettre un terme aux excès, par la soumission au vote des actionnaires de la totalité de la rémunération « *due ou attribuée* » aux dirigeants au titre de l'exercice clos¹⁹²². L'opprobre et le discrédit censés frapper le conseil d'administration ou de surveillance en cas de désapprobation de la part de l'assemblée générale des actionnaires devaient inciter l'organe exécutif de la société à une juste mesure dans l'attribution des rémunérations. Néanmoins, ce dispositif ne semble pas avoir produit les effets escomptés. D'une part, une étude relative au vote consultatif des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants tend à démontrer qu'en 2014 et 2015, toutes les résolutions proposées par les organes exécutifs des sociétés du Cac 40 ont été approuvées, alors même que le montant des rémunérations versées n'a pas diminué¹⁹²³. D'autre part, en 2016, le maintien de la rémunération du PDG de Renault décidé par le conseil d'administration en dépit du rejet de la résolution par les actionnaires, a mis en évidence l'absence de caractère véritablement dissuasif du dispositif¹⁹²⁴. Depuis cette affaire

¹⁹¹⁸ DONDERO B., « Rémunérations des dirigeants : annoncer, consulter... légiférer ? », GP octobre 2012, n° 280, p. 2

¹⁹¹⁹ DONDERO B. et LE CANNU P., « Droit des sociétés, LGDJ, Domat, 2015, 6^{ème} éd., p. 531.

¹⁹²⁰ GRANIER C., « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux », Revue des sociétés 2016, p. 207.

¹⁹²¹ CONAC P.-H., « Le contrôle de la rémunération (*say on pay*) », Revue des sociétés 2013, p. 400.

¹⁹²² MAGNIER V., « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? », D. 2016, p. 212.

¹⁹²³ FRANCOIS B., « Bilan du Say on Pay 2015 en France, Étude de Towers Watson, 3 juill. 2015 », Revue des sociétés 2015, p. 613.

¹⁹²⁴ Les échos, « Renault maintient le salaire de Ghosn malgré les oppositions », 2 mai 2016.

médiatique, l'AFEP-MEDEF s'est engagée à modifier de nouveau son code, afin de rendre le vote des actionnaires « *impératif mais non contraignant* », ce qui laisse, encore une fois, assez dubitatif sur les réels progrès à attendre d'une telle évolution¹⁹²⁵.

617. La politique de transparence initiée par la loi NRE de 2001 n'a pas eu pour effet de rétablir le lien entre rémunération et résultat du travail des dirigeants. Bien au contraire, la transparence a entraîné une augmentation des rémunérations. En effet, « *par le jeu des comparaisons faites à partir de grilles très précises élaborées par des cabinets de consultants, les patrons les plus performants veulent figurer dans le haut du panier et se rapprocher des standards américains. Les autres ne veulent pas figurer au-dessous de la rémunération moyenne de leurs pairs. Ce serait vécu comme un affront fait au dirigeant par le comité des rémunérations, l'organe du conseil d'administration chargé de proposer les fixes et les bonus* »¹⁹²⁶. Ce mécanisme d'appréciation salariale, connu sous le nom « *d'échelle du perroquet* »¹⁹²⁷, laisse penser que seuls les dispositifs permettant de lier directement la rémunération aux résultats du travail sont aptes à rendre effective cette corrélation.

B. L'encadrement de la rémunération par la performance.

618. La conditionnalité de la rémunération aux résultats obtenus par le dirigeant n'a jamais été formellement érigée en principe par le droit positif. Postérieurement à la loi Breton du 26 juillet 2005 cependant, la révélation du montant des indemnités de départ versées à Noël Forgeard suite à son départ d'EADS a conduit le législateur à intervenir afin de durcir les conditions d'octroi des avantages post-mandat social¹⁹²⁸. La loi du 21 août 2007 interdit, pour les sociétés cotées, l'octroi aux dirigeants « *d'éléments de rémunération, d'indemnités*

¹⁹²⁵ Les échos, « Salaire des dirigeants : le patronat va rendre « impératif » le vote des actionnaires », 20 mai 2016. En d'autres termes, en cas de vote négatif de l'assemblée générale des actionnaires, le conseil d'administration doit s'en saisir, analyser les raisons par un dialogue direct avec les actionnaires puis annoncer les mesures qu'il entend prendre.

¹⁹²⁶ LEROY P.-H., cité in L'express, « Salaires des patrons : l'effet pervers de la transparence », 5 juin 2013.

¹⁹²⁷ Rapport d'information du Sénat, « Rémunération des dirigeants mandataires sociaux : une première évaluation », n° 332, 8 avril 2009.

¹⁹²⁸ PACLOT Y., « Les avancées de l'article 17 de loi du 21 août 2007 relatif à l'encadrement des rémunérations différées des dirigeants des sociétés cotées », Journal des sociétés, décembre 2007, n° 49, p. 33. Cependant, comme le fait justement remarquer le Professeur Patrick Morvan, « *à supposer qu'elle eût été adoptée plus tôt, la loi TEPA n'aurait pas bridé la cupidité du dirigeant indélicat désigné dans l'affaire EADS ; les indemnités lui furent versées par la filiale néerlandaise du groupe qui n'est pas soumise à la législation française...* ». MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », Dr. Soc. 2008, p. 643.

ou d'avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci » si des conditions de performances ne sont pas remplies¹⁹²⁹. La perception de certains éléments de rémunération ne peut plus, désormais, être déconnectée de la qualité des résultats du dirigeant. L'exigence de performance doit être approuvée dans la mesure où elle permet d'exiger une contrepartie de la part du dirigeant. Cette obligation de performance « *est une obligation de résultat et non une obligation de moyen* »¹⁹³⁰. Par la même, « *on retrouve là l'idée, somme toute classique quoiqu'un peu perdu de vue, que le dirigeant, au contraire du salarié, doit être soumis au risque de l'entreprise et assumer financièrement les conséquences de sa propre gestion* »¹⁹³¹. L'effet « moralisateur » de ces nouvelles dispositions devrait cependant demeurer relativement modéré au vu du champ d'application particulièrement réduit du dispositif (1) et du fait que la détermination et l'appréciation de la performance soient laissées à la discrétion de l'organe exécutif de la société (2).

1) Le champ d'application restreint des éléments soumis au critère de performance.

619. La loi du 21 août 2007 vise uniquement, à l'instar de la loi Breton du 26 juillet 2005, les éléments de rémunération perçus lors de la cessation ou du changement de fonctions du dirigeant¹⁹³². Pour autant, son champ d'application *ratione materiae* est plus restreint dans la mesure où le législateur a explicitement exclu un certain nombre d'avantages de ce dispositif, qui demeurent seulement soumis à la procédure classique des conventions réglementées¹⁹³³. Dès lors, ce dispositif ne s'applique ni aux indemnités dues en contrepartie d'une clause de non-concurrence, ni aux régimes de retraite à prestations définies, ni aux régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance¹⁹³⁴. Enfin, les options de souscriptions ou d'achats d'action et les actions gratuites sont également écartées de son champ d'application. La sophistication des modes de rémunération risque alors de compromettre l'effectivité de la loi. Ainsi que le relève un auteur, de par l'ampleur des

¹⁹²⁹ Article L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce.

¹⁹³⁰ DONDERO B., « Les instruments de gouvernance en question », *in* La rémunération des dirigeants sociaux, 2010, p. 112.

¹⁹³¹ UETWILLER J.-J., *op. cit.*

¹⁹³² La rémunération versée en contrepartie de l'exercice de la fonction sociale n'est de ce fait pas concernée par la loi. Sa fixation demeure donc la prérogative exclusive de l'organe exécutif de la société.

¹⁹³³ Article L. 225-42-1 et L. 225-91-1 du Code de commerce.

¹⁹³⁴ Institués par l'article L. 171-11 du Code de sécurité sociale.

exclusions, « *la détermination apparente du législateur s'éémousse aussitôt... (...) Les golden parachutes revêtent donc aujourd'hui volontiers l'une de ces formes (notamment celle d'une contrepartie pécuniaire exorbitante d'une clause de non-concurrence artificielle)*¹⁹³⁵. Au-delà de ces éléments de rémunération explicitement exclus, l'imprécision des dispositions légales laisse penser que des avantages financiers perçus en fin de mandat pourraient échapper aux fourches caudines de la performance. En premier lieu, en cas de cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail, il est envisageable que l'indemnité de départ puisse être prévue au titre de la rupture du contrat de travail et non pas de la cessation des fonctions sociales. L'existence du contrat de travail étant, par principe, indépendante de l'exercice de fonctions sociales, il n'est pas évident que l'indemnité de départ stipulée dans ce cadre contractuel soit soumise à l'exigence de performance¹⁹³⁶. En second lieu, « *la tentation de se jouer de la loi* »¹⁹³⁷ pourrait advenir par la conclusion d'une transaction en lieu et place du versement d'un parachute doré. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a déjà reconnu la licéité de la conclusion d'une transaction conclue postérieurement à la révocation du président directeur-général¹⁹³⁸. A l'instar de l'exclusion légale retenue pour les clauses de non-concurrence, la Cour de cassation pourrait estimer que la cause de la conclusion d'un tel accord réside non pas dans les performances atteintes par le dirigeant, mais dans la volonté de mettre fin à un litige, né ou à naître entre celui-ci et la société, excluant de ce fait l'application du dispositif issu de la loi TEPA. Dans ce cas, l'accord transactionnel pourrait n'être « *qu'un habillage d'indemnités amiables de révocation* »¹⁹³⁹.

620. Conscient des multiples failles de ce dispositif, la loi Macron du 6 août 2015 a soumis les engagements de retraite supplémentaire à prestations définies visées par l'article L. 137-

¹⁹³⁵ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. Soc.* 2008, p. 643. L'actualité semble donner raison à cette analyse. En effet, lors de son départ d'Alcatel, l'ex directeur-général a perçu une clause de non-concurrence de 4,5 millions d'euros, dont le versement a été fixé à une date à laquelle il était connu qu'il ne rejoindrait pas une société concurrente. V. en cela, MAGNIER V., « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? », *D.* 2016, p. 212.

¹⁹³⁶ En ce sens, PACLOT Y. et MALECKI C., « Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA », *BJS*, juin 2008, n° 6, p. 525 ; COURET A., « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », *Dr. Soc.* 2008, p. 521. *Contra*, De CALBIAC, *op. cit.*, p. 102.

¹⁹³⁷ COURET A., *op. cit.*

¹⁹³⁸ Cass. Com. 1^{er} mars 2011, n° 10-13.993, *BJS* mai 2011, 182, p. 391.

¹⁹³⁹ DELGA J., « Les indemnités de révocation des PDG de SA en France sont interdites. Propos sur les golden parachutes », *JCP E* 2007, n° 1803.

11 du Code de sécurité sociale au respect de la condition de performance¹⁹⁴⁰. Pour autant, le champ d'application du dispositif subordonnant l'octroi de rémunération à un critère de performance demeure très restreint dans la mesure où il ne vise à s'appliquer explicitement qu'aux indemnités de départ et aux retraites supplémentaires à prestations définies. Aux multiples possibilités de contournement du dispositif s'ajoute l'extrême souplesse laissée à l'organe exécutif dans la détermination et le contrôle de la performance du dirigeant.

2) La détermination et l'appréciation de la performance, prérogative exclusive de l'organe exécutif.

621. Sur le plan procédural, la loi du 21 août 2007 instaure une nouvelle technique d'encadrement des rémunérations différées. L'attribution de ces avantages répond à une procédure spécifique qui se décompose en six étapes successives et distinctes¹⁹⁴¹. Un projet de convention est envisagé entre le dirigeant et la société. Ce projet, qui contient les critères de performance exigés du bénéficiaire, est autorisé par le conseil d'administration ou de surveillance. Une fois la convention conclue, cet acte est soumis au vote de l'assemblée générale sur rapport spécial du commissaire aux comptes¹⁹⁴². Lors de son changement de fonction ou au moment de son départ, le conseil d'administration ou de surveillance apprécie la performance réalisée par le dirigeant, décision qui fait l'objet d'une publicité spécifique. Enfin, le ou les versements sont effectués en exécution de l'engagement pris. Il ressort de cette procédure le rôle de l'assemblée générale demeure marginal, en ce qu'il se limite à une approbation *a posteriori* de la convention conclue avec le dirigeant¹⁹⁴³. Si le législateur a entendu imposer une « *obligation de corrélation* » entre les sommes versées et les performances du dirigeant, c'est à l'organe exécutif de la société qu'il revient d'en fixer et

¹⁹⁴⁰ FRANÇOIS B., « Retraites chapeau : de nouvelles mesures », *Revue des sociétés*, 2016, p. 267.

¹⁹⁴¹ LE CANNU P. et DONDERO B., « Encadrement des parachutes dorés par la loi TEPA », *RTD Com.*, octobre/décembre 2007, p. 764.

¹⁹⁴² Article L. 225-42-1 du Code de commerce. « *La soumission [des rémunérations différées] à l'approbation de l'assemblée générale (...) fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. Cette approbation est requise à chaque renouvellement du mandat exercé* ».

¹⁹⁴³ A l'instar de la procédure « classique » des conventions réglementées, le défaut d'approbation ne peut, en l'absence de fraude, remettre en cause la validité de la convention. Seules les éventuelles conséquences préjudiciables causées à la société peuvent être mises à la charge du bénéficiaire. V. article L. 225-42-1 et L. 225-89 du Code de commerce.

d'en apprécier les critères¹⁹⁴⁴. Pour se faire, il dispose d'une très grande marge de manœuvre puisque le Code de commerce ne donne qu'une indication très générale, la performance du bénéficiaire devant être appréciée au regard de celle de la société¹⁹⁴⁵.

622. Bien que la loi ne définisse pas les critères de performance attendus du dirigeant, de multiples indicateurs ont été proposés, sans pour autant être contraignants. Le ministère de l'Economie a ainsi évoqué un panier de critères, regroupant notamment « *l'emploi, le retour sur investissement, un certain nombre de ratios financiers, le cours de bourse, le recours à l'investissement extérieur* »¹⁹⁴⁶. Le rapporteur au Sénat a, quant à lui, mentionné « *l'évolution de la cotation en bourse, divers ratios financiers (chiffres d'affaires, résultat et marge d'exploitation, taux d'autofinancement et d'endettement, coût moyen pondéré du capital...), certains retours sur investissements ou objectifs commerciaux, la situation de l'emploi dans la société ou encore, telle réalisation particulière dans la mise en œuvre du projet d'entreprise* »¹⁹⁴⁷. Si les critères financiers sont principalement visés, avec pour objectif de rapprocher les intérêts du dirigeant de ceux des actionnaires, il n'est pas inenvisageable que la performance du dirigeant puisse être indexée sur des données davantage sociales, telles « *qu'un indicateur hygiène, sécurité, environnement ou encore d'autres indicateurs issus par exemple du bilan social* »¹⁹⁴⁸. En toute hypothèse cependant, les auteurs s'accordent pour dire que ces critères doivent obéir à deux conditions : être objectifs et revêtir un aléa certain¹⁹⁴⁹. Pour reprendre les propos du rapporteur du projet de loi, la performance du dirigeant, « *cela se mesure et se constate* »¹⁹⁵⁰. L'objectivité des

¹⁹⁴⁴ Selon le ministre de l'Economie de l'époque, « *le conseil d'administration doit rester souverain en la matière pour décider, au cas par cas, avec l'approbation des actionnaires (sic) dont il est l'émanation. (...) Il n'appartient pas au régulateur qu'est l'Etat ou au législateur de gouverner la relation individuelle entre un dirigeant et sa société* ». JOAN, 2^{ème} séance du 13 juillet 2007, cité in COURET A., *op. cit.*

¹⁹⁴⁵ Article L. 225-42-1 alinéa 2 du Code de commerce. Le projet de loi initial ne subordonnait les rémunérations différées qu'aux seules performances du dirigeant. L'évolution n'est pas fondamentale, mais devrait conduire à rejeter les systèmes de rémunération qui récompenseraient uniquement l'effort du dirigeant au détriment de la performance économique de la société. Il faut probablement y voir la volonté du législateur de promouvoir une obligation de résultat davantage qu'une obligation de moyen à la charge du dirigeant.

¹⁹⁴⁶ LAGARDE C., JOAN, 13 juillet 2007, 2^{ème} séance.

¹⁹⁴⁷ MARINI P., « Rapport sur le Projet de loi Projet de loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », 19 juillet 2007, n° 404.

¹⁹⁴⁸ COURET A., « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », Dr. Soc. 2008, p. 521.

¹⁹⁴⁹ PACLOT Y. et MALECKI C., « Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA », BJS, juin 2008, n° 6, p. 525 ; VIANDIER A., « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi du 21 août 2007 », JCP E 2007, n° 2129.

¹⁹⁵⁰ CARREZ G., JOAN, 13 juillet 2007, 2^{ème} séance, p. 292.

critères permet, en ce sens, à l'organe exécutif d'assurer sa mission de « *constatation de la réalisation* » de la performance¹⁹⁵¹. Par l'exigence d'objectivité, toute marge d'appréciation doit être exclue, le conseil d'administration ou de surveillance devant seulement vérifier que les critères de performance préalablement définis ont bien été remplis. Enfin, l'exigence d'un aléa permet naturellement de ne pas conférer de droit acquis à une rémunération versée en fin de mandat, la réalisation de la performance ne devant pas être certaine.

623. Malgré les efforts louables du législateur de vouloir corréliser les avantages post-mandat social aux performances du dirigeant, la création de la procédure des conventions dites sur-réglémentées ne semble pas apte à remplir ses objectifs. En premier lieu, l'exclusion injustifiée de certains éléments de rémunération post-mandat social risque de favoriser la mise en place de stratégie d'évitement des indemnités de départ au profit des clauses de non-concurrence. En second lieu, le primat donné à l'organe exécutif dans la fixation des critères de performance puis dans leur contrôle témoigne de la « *difficulté de mise en œuvre de la culture du résultat* » au sein des grandes entreprises¹⁹⁵². Il nous semble qu'il aurait été plus opportun d'associer davantage les actionnaires dans le processus, notamment en leur permettant de se prononcer de manière contraignante sur le constat de la réalisation des performances.

¹⁹⁵¹ VIANDIER A., *op. cit.*

¹⁹⁵² PACLOT Y. et MALECKI C., *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

624. Le développement des techniques d'individualisation permet d'associer étroitement la rémunération des salariés et des dirigeants de société aux résultats du travail. La corrélation de la rémunération aux résultats du travail répond à la volonté d'améliorer leur performance et leur productivité, ce que ne permettrait pas une rémunération uniquement déterminée selon une logique temporelle.

625. Pour les salariés, l'établissement d'un lien entre rémunération et résultat se réalise principalement par le biais du contrat du travail. La technique des clauses contractuelles permet d'indexer la rémunération sur différents critères, afin de prendre en considération la performance du salarié ou les résultats économiques. Le régime juridique élaboré par le juge a cependant évolué de manière particulièrement libérale. A cet égard, le contrat de travail n'est pas la seule source habilitée à mettre en place une clause de rémunération variable. D'autres sources, peuvent être sollicitées et permettent de passer outre l'accord du salarié. De plus, si par principe ces clauses doivent effectivement reposer sur des critères objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, le juge estime désormais qu'elles peuvent prendre appui sur des objectifs dont les contours sont déterminés unilatéralement par l'employeur. Enfin, ces clauses peuvent reposer sur des critères qui ne reflètent pas nécessairement la performance du salarié ou les résultats de son travail.

626. Pour les dirigeants de société, l'établissement, par le législateur, d'un lien entre rémunération et résultat du travail se justifie davantage par la volonté de lutter contre les rémunérations excessives, dont le montant serait disproportionné au regard des services rendus. L'incapacité du juge à trouver dans le droit des sociétés et le droit pénal les instruments juridiques capables de lutter contre le versement de rémunérations excessives a conduit le législateur à intervenir par deux séries de mesures. D'une part, assurer la transparence et l'information des actionnaires lors de l'attribution des divers éléments de rémunération. D'autre part, exiger que le versement d'avantages post-mandat social soit

subordonné à la constatation de critères de performance. En dépit des nombreuses réformes adoptées, ces dispositions ne sont pas parvenues à établir un juste équilibre entre le montant de la rémunération des dirigeants et les services rendus à la société.

Chapitre second : L'ASSOCIATION COLLECTIVE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU TRAVAIL

627. L'association collective des salariés au résultat de leur travail se matérialise par l'association de la rémunération aux résultats économiques de l'entreprise. Cette vieille antienne du droit du travail puise sa justification historique dans la volonté gaulliste de rapprocher le Capital du Travail. Dans un discours demeuré célèbre, le Général de Gaulle prônait en ce sens « *l'association digne et féconde de ceux qui mettraient en commun, à l'intérieur d'une même entreprise, soit leur travail, soit leur technique, soit leurs biens, et qui devraient en partager, à visage découvert et en honnêtes actionnaires, les bénéfices et les risques* »¹⁹⁵³. Cette doctrine sociale s'est concrétisée par une ordonnance du 7 janvier 1959 qui entendait encourager l'intéressement du personnel dans l'entreprise, puis par une ordonnance du 17 août 1967 qui a institué une formule obligatoire d'épargne salariale en donnant aux salariés un droit sur les bénéfices¹⁹⁵⁴. Bien que maintes fois amendés, ces dispositifs demeurent encore aujourd'hui sous la forme des accords collectifs d'intéressement et de participation¹⁹⁵⁵. L'évolution de ces modes de rémunération a conduit au développement « *d'une rémunération variable et collective calculée non plus en fonction du travail fourni individuellement, mais des résultats globaux de l'entreprise* »¹⁹⁵⁶. Plus récemment, le législateur a souhaité associer directement les salariés au destin économique de l'entreprise par l'ouverture du capital de la société aux salariés¹⁹⁵⁷. La loi du 31 décembre

¹⁹⁵³ Discours du Général de Gaulle prononcé à Strasbourg le 7 avril 1947 lors de la fondation du RPF. Cité in SAVATIER J., « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », Dr. Soc. 1988, p. 89. L'auteur met également en avant le rôle de l'Eglise catholique dans l'avènement de ce projet. Ainsi, le Pape Pie XI estimait, dans l'encyclique *Quadragesimo Anno*, qu'il était « *plus approprié aux conditions présentes de la vie sociale de tempérer quelque peu, dans la mesure du possible, le contrat de travail par des éléments empruntés au contrat de société* ».

¹⁹⁵⁴ AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 206, 30^{ème} éd., n° 996, p. 1047.

¹⁹⁵⁵ Pour un exposé quasi exhaustif, voir LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié, PUAM, 2012, n° 98, p. 106 et les références données. Voir également en dernier lieu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (JO 7 août 2015) qui modifie un grand nombre de règles en matière d'épargne salariale et d'actionnariat salarié.

¹⁹⁵⁶ HENNEBELLE D., « Essai sur la notion de salaire », PUAM, 2000, n° 177.

¹⁹⁵⁷ LASSALAS C., « L'actionnariat des salariés », Mélanges Stoufflet N., PU de la Faculté de droit de Clermont, 2001, p. 165.

1970 a ainsi intégré en droit français le mécanisme des options de souscription ou d'achat d'action issu du droit anglo-saxon¹⁹⁵⁸. Puis, à l'occasion des privatisations intervenues dans les années quatre-vingt¹⁹⁵⁹, la loi a aménagé les modalités d'acquisition de la qualité d'actionnaire par les salariés. Enfin, la loi de finance du 30 décembre 2004 a mis en place un dispositif d'attribution gratuite d'actions aux salariés et aux mandataires sociaux¹⁹⁶⁰. Ces sommes visent avant tout à récompenser l'effort collectif des salariés et conditionnent leur rémunération aux performances économiques de l'entreprise.

628. Un autre mouvement est à l'œuvre dans l'association collective de la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise. La philosophie de ces dispositifs considère que le montant de masse salariale de l'entreprise peut mettre en péril sa survie en cas de difficultés économiques. Le législateur a donc fait le choix de faire peser sur la rémunération des salariés le destin économique de l'entreprise. Ainsi, la conclusion d'accords collectifs de maintien de l'emploi, ou le recours à l'activité partielle, permet aux employeurs de répercuter les difficultés économiques de l'entreprise directement sur le niveau de rémunération de leurs salariés.

629. Ces différentes réformes modifient en profondeur l'économie générale du contrat de travail. Le compromis suivant lequel le contrat de travail réalise « *l'échange d'une liberté contre une sécurité* » et permet ainsi au salarié d'acquérir « *un droit à un salaire indépendant des aléas économiques de l'entreprise* » devient caduc¹⁹⁶¹. Dès lors, deux raisons distinctes semblent guider l'association de la collectivité des salariés aux résultats de l'entreprise. Il s'agit, d'une part, de l'association de la rémunération aux performances de l'entreprise, aux fins de dépasser le strict lien entre rémunération et contrepartie du travail fourni (section I). Il s'agit, d'autre part, de corréliser la rémunération des salariés aux risques de l'entreprise, dans le dessein de préserver l'emploi au détriment de la rémunération des salariés (section II).

¹⁹⁵⁸ MABILEAU R., « L'évolution des modes de rémunération », Thèse, Nantes, 2004, n° 120 ; BELIER G. et CORMIER A., « Stock-options et droit du travail », Dr. Soc. 2000, p. 838.

¹⁹⁵⁹ GUYON Y., « Actionnariat des salariés et privatisation des entreprises », Dr. Soc. 1987, p. 445.

¹⁹⁶⁰ L. 2004-1484 du 30 décembre 2004 ; DOM J.-P. « L'attribution gratuite d'action », BJS 2005, 188.

¹⁹⁶¹ RIVERO J. et SAVATIER J., « Droit du travail », PUF, Thémis, 1993, 13^{ème} éd., p. 79.

Section I : L'ASSOCIATION DE LA REMUNERATION AUX RESULTATS DE L'ENTREPRISE.

630. La loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation des salariés a marqué l'apparition dans notre droit positif de la notion de « dividende du travail »¹⁹⁶², qui a été introduite dans le Code du travail par la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail¹⁹⁶³. Bien que cette notion soit purement symbolique et dénuée de toute portée juridique, « elle signe le passage à une conception de la rémunération des salariés dans laquelle les accessoires du salaire sont appelés à prendre une place toujours plus grande »¹⁹⁶⁴. Selon les dernières statistiques disponibles, ce changement de paradigme est avéré. Au moins 56,1 % des salariés du secteur marchand non agricole ont eu accès, en 2013, à un dispositif de participation, d'intéressement ou de plan d'épargne¹⁹⁶⁵. Le titre III de la troisième partie du Code du travail, désormais intitulé « *Dividende du travail : intéressement, participation et épargne salariale* », regroupe les principales mesures censées favoriser le rapprochement du Capital et du Travail¹⁹⁶⁶. L'analyse des principales mesures ainsi que des dernières évolutions légales font apparaître que ces dispositifs sont « tiraillés » entre deux objectifs opposés¹⁹⁶⁷. D'une part, favoriser le développement d'une épargne salariale par le blocage des sommes recueillies par le biais des accords de participation, la promotion d'une épargne retraite et la constitution d'un « noyau d'actionnaire stable ». D'autre part,

¹⁹⁶² L. 30 décembre 2006, n° 2006-1770 ; VATINET R., « Développement de la participation des salariés », JCP S, 9 janvier 2007, n° 1, 1001, p. 13.

¹⁹⁶³ L. 3 décembre 2008, n° 2008-1258 ; VATINET R., « La loi en faveur des revenus du travail », JCP S, 9 décembre 2008, n° 50, 1644, p. 13. L'intitulé du Titre III de la troisième partie du Code du travail est désormais « Dividende du travail : intéressement, participation et épargne salariale ».

¹⁹⁶⁴ ALLOUACHE A. et VACARIE I., « La composition et la charge de la rémunération », Dr. Soc. 2009, p. 1025.

¹⁹⁶⁵ DARES Analyses, « Participation, intéressement et épargne salariale en 2013 », juillet 2015, n° 33.

¹⁹⁶⁶ Cf. OLLIER P., « Compte rendu des débats de la 1^{ère} séance du 23 septembre 2008 », JOAN 24 septembre 2008, p. 4978. Il s'agit « d'introduire de la lisibilité dans toutes les initiatives prises pour mettre en œuvre l'association du capital et du travail dans tous ces domaines que sont l'actionnariat salarié, la participation ou l'intéressement ».

¹⁹⁶⁷ LIEUTIER J.-P., *op. cit.*, p. 71. 1. « L'analyse révèle que le législateur semble hésiter entre deux objectifs contradictoires : la recherche de la stabilité du capital des entreprises françaises et l'augmentation du pouvoir d'achat qui permet de soutenir la consommation. En effet, le blocage de la participation contribue à la réalisation du premier objectif, alors que son déblocage anticipé concourt au second ».

dynamiser le pouvoir d'achat des salariés afin de soutenir la consommation, par la multiplication des cas de déblocages anticipés et par la banalisation des primes dites exceptionnelles.

631. Le développement d'une rémunération collective fondée sur les résultats de l'entreprise se traduit par une insertion de la rémunération des salariés dans deux logiques distinctes. D'une part, dans une logique d'épargne salariale (§1) et d'autre part, dans une logique de rémunération immédiate (§2).

§1 : L'insertion de la rémunération aux résultats dans une logique d'épargne salariale.

632. De manière historique, le rapprochement de la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise s'est orienté vers la constitution d'une épargne salariale, autrement dit par la promotion d'une rémunération différée. Cette tendance est toujours à l'œuvre, comme l'illustre la diversification des plans d'épargne salariale (A) et des sources d'alimentation de cette épargne salariale (B).

A. La diversification des plans d'épargne salariale.

633. Le plan d'épargne d'entreprise (PEE) a, jusqu'en 2001, été le seul dispositif d'épargne salarial. Depuis la loi du 19 février 2001, dite « loi Fabius », de nouveaux dispositifs ont vu le jour, ouvrant la voie à une pluralité des plans d'épargne salariale¹⁹⁶⁸. Depuis lors, le législateur n'a eu de cesse d'améliorer et de diversifier les possibilités d'épargne offertes aux salariés.

634. Le PEE, premier des plans d'épargne salariale, trouve son origine dans une ordonnance du 17 août 1967¹⁹⁶⁹. L'article L. 3332-1 du Code du travail le définit comme « *un système épargne collectif ouvrant droit aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide*

¹⁹⁶⁸ AUZERO G., « Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale. Présentation générale », BJS 2001, p. 345.

¹⁹⁶⁹ Ordonnance 17 août 1967, n° 67-694, JO 18 août 1967, p. 8290.

de l'employeur, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières ». Bien que ce dispositif soit purement facultatif, tant dans sa mise en place que par les sommes susceptibles d'y être déposées, tout concourt à son développement au sein de l'entreprise.

635. En premier lieu, les règles relatives à la mise en place d'un PEE facilitent son établissement au sein de l'entreprise. Si le PEE peut être mis en place selon le droit commun de la négociation collective¹⁹⁷⁰, des modalités spécifiques ont été prévues afin de pallier un défaut d'accord entre partenaires sociaux. L'accord instituant le PEE peut être approuvé directement par les salariés, par le biais du référendum. En effet, toutes les entreprises peuvent conclure un tel accord s'il est approuvé par la majorité des 2/3 du personnel¹⁹⁷¹. Bien que cette modalité ait été prévue prioritairement pour les entreprises dépourvues de délégué syndical, les textes ne paraissent pas s'opposer à l'approbation par le personnel en dehors de toute tentative de négociation avec ces derniers¹⁹⁷². En toute hypothèse, en cas d'échec des négociations, l'employeur peut mettre en place unilatéralement le PEE. Dans ce cas, il lui suffit d'établir un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées dans leur dernier état les propositions des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement¹⁹⁷³.

636. Ensuite, le champ d'application du PEE a été étendu à des non-salariés, afin d'encourager les employeurs à leur mise en place. Ainsi, s'agissant des mandataires sociaux, dans la mesure où ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail, ils ne pouvaient jusqu'à présent avoir accès à un PEE. La loi du 19 février 2001 a mis fin à cette exclusion de principe dans la mesure où elle pouvait « constituer un frein à la diffusion des PEE dans les PME, la loi nouvelle donne désormais à certains mandataires sociaux la possibilité d'avoir accès à un tel plan¹⁹⁷⁴ ». Toutefois, cette disposition n'était applicable que dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre un et cent salariés. Depuis, le bénéfice de la participation au PEE a été étendu aux chefs d'entreprise ainsi qu'à son conjoint s'il bénéficie du statut de conjoint collaborateur ou associé, de même que les présidents, directeurs généraux, gérants

¹⁹⁷⁰ Articles L. 3332-3 et R. 3332-7 du Code du travail.

¹⁹⁷¹ Articles L. 3322-6 et R. 3332-7 du Code du travail.

¹⁹⁷² DE LA VILLEGUERIN Y., « Epargne salariale et actionnariat salarié », Groupe Revue Fiduciaire, 3^{ème}, 2016, n° 1335, p. 223.

¹⁹⁷³ Article L. 3332-4 du Code du travail.

¹⁹⁷⁴ AUZERO G., « Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale. Présentation générale », BJS 1^{er} avril 2001, n° 4, p. 345.

ou membres du directoire dans les entreprises dont l'effectif est compris entre un et deux cents cinquante salariés¹⁹⁷⁵.

637. Enfin, la loi du 30 décembre 2006 impose indirectement la mise en place obligatoire d'un PEE dans toutes les entreprises soumises à un accord de participation¹⁹⁷⁶. Cette généralisation du PEE résulte de l'article 17 de loi qui modifie les modalités de gestion de la participation. En application de l'article L. 3323-2 du Code du travail¹⁹⁷⁷, l'accord de participation peut prévoir l'affectation des sommes de la réserve spéciale de participation soit à des comptes ouverts au nom des intéressés en application d'un PEE, soit à un compte que l'entreprise consacre à des investissements. En complément de ce texte, l'article L. 3323-3 du Code du travail dispose que ces sommes ne peuvent être affectées uniquement à un compte courant bloqué. Or, « *dès lors que l'affectation des sommes ne peut être exclusivement réservée au compte bloqué, chaque entreprise disposant d'un accord de participation sera tenue de mettre en place un PEE et d'y affecter une partie des sommes* »¹⁹⁷⁸.

638. La loi du 19 février 2001 a complété ce dispositif par la création du plan d'épargne interentreprises (PEI) et du plan partenarial d'épargne salarial volontaire (PPESV). Ce dernier a été remplacé par la loi du 21 août 2003 par le plan partenarial d'épargne salariale volontaire pour la retraite¹⁹⁷⁹, rebaptisé par loi de finances pour 2004 en plan d'épargne pour la retraite collectif (Perco)¹⁹⁸⁰. Le PEI n'est qu'une variante du PEE et permet aux petites entreprises de se regrouper afin de mettre en place un plan d'épargne, ce qui « *aura pour effet d'entraîner un allègement des coûts fixes de gestion, qui seront répartis entre elles* »¹⁹⁸¹. Plus original, le Perco a été institué afin de permettre aux salariés de se constituer un complément de revenus en vue de leur retraite, faisant de ce dispositif un genre de « *fonds de pension à la française* »¹⁹⁸². Les sommes déposées sur ce plan sont bloquées

¹⁹⁷⁵ Article L. 3323-6 du Code du travail issu de la loi du 3 décembre 2008. La loi a également étendu le dispositif à des travailleurs non-salariés, les agents commerciaux visés par l'article L. 134-1 du Code de commerce, ainsi qu'aux agents généraux d'assurance. Cette mesure de justice sociale n'a cependant pas comme conséquence de favoriser le déploiement des PEE au sein des entreprises.

¹⁹⁷⁶ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. Soc.* 2008, p. 643.

¹⁹⁷⁷ Anc. Art. L. 442-5 du Code du travail.

¹⁹⁷⁸ VATINET R., « Développement de la participation des salariés », *op. cit.*, n° 40.

¹⁹⁷⁹ L. 21 août 2003, n° 2003-775.

¹⁹⁸⁰ L. 30 décembre 2003, n° 2003-1311, JO 31 décembre 2003, p. 22530.

¹⁹⁸¹ AUZERO G., *op. cit.*

¹⁹⁸² VATINET R., « Développement de la participation des salariés », *op. cit.*, p. 13.

jusqu'au départ à la retraite du salarié. L'action du législateur s'oriente à une généralisation de ce nouveau plan d'épargne. Dans ce but, il a imposé aux entreprises titulaires d'un PEE depuis plus de cinq ans une obligation de négocier la mise en place d'un Perco. Ce délai a été réduit à trois ans par la loi du 30 décembre 2008. La loi du 6 août 2015 a également harmonisé les conditions de mise en place du Perco sur celles du PEE. En application de l'article L. 3334-5 du Code du travail, le Perco partage ainsi avec le PEE la faculté d'être mis en place par référendum¹⁹⁸³.

639. La diversification et l'assouplissement des règles de mise en place des plans d'épargne salariale octroient aux employeurs la faculté de faire dépendre la rémunération de leurs salariés de la situation économique de l'entreprise. Cette affirmation se vérifie par la multiplication des sommes susceptibles d'abonder ces plans d'épargne salariale.

B. La diversification des sources d'abondement de l'épargne salariale.

640. L'étude des sommes susceptibles d'alimenter les plans d'épargne salariale révèle l'existence d'un lien entre les plans d'épargne et les performances de l'entreprise. En effet, les sommes qui ont vocation à alimenter les plans d'épargne salariale sont principalement issues des dispositifs qui associent la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise. Il est cependant remarquable que le législateur ait largement contribué à étendre la liste de ces éléments. On assiste ainsi à une certaine forme de « normalisation » de la rémunération à la performance, dont la proportion dans la rémunération globale du salarié ne cesse de grandir¹⁹⁸⁴.

641. Les plans d'épargne salariaux peuvent être alimentés par différentes sources que l'on peut regrouper en deux catégories. D'une part, le plan peut recevoir des versements volontaires réalisés à l'initiative du salarié. D'autre part, le plan peut accueillir des abondements de l'employeur en vue de compléter la contribution du salarié. Afin de lutter contre les risques de « substitution » d'une rémunération du travail par une rémunération

¹⁹⁸³ LIEUTIER J.-P., « Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié », Dr. Soc. 2015, p. 777.

¹⁹⁸⁴ ALLOUACHE A. et VACARIE I., op. cit., p. 1025.

des résultats, la liste des éléments est limitée et des plafonds légaux ont été instaurés. Pour autant, cette liste a été plusieurs fois élargie en même temps que les plafonds ont été relevés.

642. Le PEE et le Perco doivent obligatoirement recevoir une aide de l'entreprise au bénéfice des adhérents¹⁹⁸⁵. Cette aide peut cependant se limiter à la simple prise en charge des frais liés au fonctionnement du plan. Il n'est, dès lors, pas impératif qu'un plan d'épargne prévoit un mécanisme d'abondement. Pour autant, dans le cadre d'un PEE, l'entreprise peut abonder le plan d'épargne, et plus précisément réaliser un versement complémentaire qui vient s'ajouter aux versements réalisés par les salariés participants. En l'absence de versement préalable du salarié, l'employeur ne dispose pas de la faculté d'abonder unilatéralement un PEE¹⁹⁸⁶.

643. Il en va autrement dans le cadre d'un Perco où la politique volontariste du législateur est plus accentuée. Dans le but d'encourager les salariés à adhérer à ce type de plan d'épargne, la loi du 3 décembre 2008 avait autorisé les employeurs à réaliser un versement initial en l'absence de toute contribution du salarié¹⁹⁸⁷. La loi du 6 août 2015 a, dans le même sens, levé l'interdiction pour les employeurs d'abonder le Perco en l'absence de contribution ultérieure du salarié. Désormais, les entreprises peuvent réaliser des versements périodiques sur ce plan, sous réserve d'une attribution uniforme à l'ensemble des salariés¹⁹⁸⁸. Selon un auteur, « *évolutions législatives permettront peut-être de changer les pratiques d'épargne salariale et d'épargne retraite qui répugnent à promouvoir ce type d'abondement ponctuel qui risque de leur faire ouvrir des comptes d'épargne alimentés de ce seul versement initial, ce qui n'est pas rentable pour eux* »¹⁹⁸⁹.

644. Les plafonds légaux d'abondement sont désormais déterminés en fonction d'un pourcentage du plafond annuel de la Sécurité sociale, soit 8 % pour les PEE et 16 % pour les PERCO, et limité au triple de la contribution du salarié, alors qu'auparavant ils étaient fixés

¹⁹⁸⁵ Article L. 3332-1 et L. 3334-1 du Code du travail.

¹⁹⁸⁶ Article L. 3332-10 du Code du travail et s.

¹⁹⁸⁷ AUZERO G., « Les principales mesures de la loi en faveur des revenus du travail », Lexbase hebdo, éd. Soc., 18 décembre 2008, n° 331.

¹⁹⁸⁸ AUZERO G., « Loi Macron : dispositions relatives à l'épargne salariale », Lexbase hebdo, éd. Soc., 3 septembre 2015, n° 623.

¹⁹⁸⁹ LIEUTIER J.-P., « Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié », Dr. Soc. 2015, p. 777.

en valeur absolue¹⁹⁹⁰. « *Il s'opère ainsi une augmentation et une réévaluation automatique de ces plafonds d'abondement* »¹⁹⁹¹.

645. Les évolutions concernant les versements réalisés par les salariés suivent la même politique incitative. En plus des versements volontaires des salariés, les plans d'épargne salariale ont une vocation naturelle à recevoir les sommes issues de la participation et de l'intéressement¹⁹⁹². Bien qu'il s'agisse d'un dispositif purement facultatif, la loi du 6 août 2015 prévoit une affectation par défaut de l'intéressement sur un PEE¹⁹⁹³. En application de cette disposition, si le salarié ne demande ni le versement de sa prime, ni son affectation sur un autre dispositif d'épargne, ces sommes sont, de plein droit, investies dans le PEE. Cette affectation automatique ne vaut pas exactement de la même manière pour les sommes issues d'un accord de participation. Dans le cadre de ces accords, la participation est investie pour moitié sur le PERCO et pour l'autre moitié sur le PEE¹⁹⁹⁴.

646. Depuis la loi du 31 mars 2005, le Code du travail prévoit également que les droits affectés sur un compte épargne-temps peuvent alimenter un PEE ou un PERCO dans la limite de dix jours par an¹⁹⁹⁵. Cependant, « *il y a peut-être ici un excès à les qualifier de dividendes du travail, car c'est une épargne qu'a opérée le salarié sur son temps ou son argent* »¹⁹⁹⁶. Dans cette hypothèse en effet, l'épargne salariale permet moins de capter les fruits issus de la performance de l'entreprise que la monétisation du temps de travail du salarié¹⁹⁹⁷.

647. Enfin, témoin explicite du lien entre plan d'épargne et performance de l'entreprise, les actions attribuées aux salariés dans le cadre du dispositif d'attribution gratuite d'actions peuvent, à l'expiration de leur période d'acquisition, être versées sur un PEE¹⁹⁹⁸. Cette possibilité est conditionnée par le versement d'actions gratuites à l'ensemble des salariés.

¹⁹⁹⁰ Le montant total des versements périodiques et de l'éventuel versement d'amorçage, ne peut pas dépasser 2 % du montant annuel du plafond de la Sécurité sociale.

¹⁹⁹¹ ALLOUACHE A. et VACARIE I., *op. cit.*, p. 1031.

¹⁹⁹² AUZERO G. et DOCKES E., « Droit du travail », Dalloz, Précis, 30^{ème} éd., 2016, p. 1063.

¹⁹⁹³ Article L. 3324-12 du Code du travail.

¹⁹⁹⁴ Article L. 3324-12 du Code du travail issu de la loi du 9 novembre 2010, n° 2010-1330.

¹⁹⁹⁵ Le plafond de 10 jours est désormais commun au PEE et au PERCO depuis la loi Macron du 6 août 2015.

¹⁹⁹⁶ SAURET A., « Les dividendes du travail », Petites affiches, 8 février 2007, n° 29, p. 4.

¹⁹⁹⁷ Cf. *Infra*.

¹⁹⁹⁸ Article L. 3332-14 du Code du travail issu de la loi du 30 décembre 2006, n° 2006-1770.

648. A l'instar de ceux de l'employeur, les versements des salariés sont plafonnés afin de limiter le risque de substitution. Ce plafond est fixé à 25 % de la rémunération annuelle du salarié, tout plan d'épargne confondu¹⁹⁹⁹. Toutefois, certaines sommes doivent être retraitées et n'entrent pas dans le calcul pour l'appréciation du respect de ce plafond. Ainsi, en application de l'article L. 3332-10 du Code du travail, le montant des droits inscrits à un CET utilisés pour alimenter un Perco ne rentrent pas dans l'assiette de calcul. Il en va de même si ces droits sont utilisés pour alimenter un PEE et qu'ils servent à l'acquisition de titres de l'entreprise ou d'une entreprise qui lui est liée, ou de parts de FCPE ou de SICAV d'actionnariat salarié²⁰⁰⁰. Sont également exclues de l'assiette de calcul les actions affectées à un plan d'épargne issues de la levée d'options sur titres acquises au moyen des avoirs indisponibles du PEE et versées dans celui-ci²⁰⁰¹.

649. La diversification des plans salariaux et l'augmentation des sources d'alimentation font de la performance de l'entreprise un instrument non négligeable de rémunération différée pour les salariés, au point qu'un risque de « substitution » a pu être pointé par certains auteurs²⁰⁰². Pour autant, ces dispositifs d'épargne salariale, ainsi que les mécanismes d'intéressement et de participation, se voient assigner une nouvelle finalité en totale contradiction avec cet objectif, celle de « dynamiser » le pouvoir d'achat des salariés.

§2 : L'insertion de la rémunération aux résultats dans une logique de rémunération immédiate.

650. Les différents dispositifs d'association collective de la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise s'inscrivent originellement dans une logique d'épargne salariale. Dans cette perspective, les sommes recueillies sont soumises à un principe de blocage et d'indisponibilité temporaire. Les récentes lois intervenues pour favoriser le pouvoir d'achat des salariés tendent à remettre en cause le caractère différé de ces sommes. On assiste en

¹⁹⁹⁹ Article L. 3332-10 du Code du travail.

²⁰⁰⁰ Article L. 214-165 et s. du Code monétaire et financier.

²⁰⁰¹ Article L. 3332-25 du Code du travail.

²⁰⁰² ALLOUACHE A. et VACARIE I., *op. cit.* ; LIEUTIER J.-P., *op. cit.*

effet à une multiplication des possibilités de versement de primes exceptionnelles (A), ainsi qu'au développement des cas de déblocages anticipés des sommes épargnées (B).

A. La multiplication des primes exceptionnelles.

651. La volonté d'améliorer le pouvoir d'achat des salariés s'est traduite par la multiplication des possibilités de verser des primes exceptionnelles, le plus souvent conditionnées par les résultats de l'entreprise²⁰⁰³. Si ces primes ont eu, pour la majorité d'entre elles, une durée de vie éphémère, le mécanisme du supplément d'intéressement et de participation a été pérennisé et modifie en profondeur la finalité de l'association collective des salariés aux performances de l'entreprise.

652. En matière de primes exceptionnelles, la loi du 26 juillet 2005 avait autorisé les employeurs à verser à leurs salariés « *une prime exceptionnelle d'intéressement liée aux résultats ou aux performances* »²⁰⁰⁴. Cette prime, d'un montant maximal de 200 euros par salarié, était conditionnée par l'existence d'un accord d'intéressement ou sous réserve de l'engagement de négociation d'un accord d'intéressement. La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2006 avait donné la possibilité aux employeurs de verser un bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1000 euros par salarié²⁰⁰⁵. Cette mesure non reconductible a pourtant été, peu ou prou, reconduite par la loi du 8 février 2008²⁰⁰⁶. La loi du 8 février 2008 avait également prévu la possibilité du versement d'une prime exceptionnelle d'intéressement d'un montant de 1500 euros dans les entreprises qui avaient conclu un accord d'intéressement ou un avenant à un accord d'intéressement en cours, postérieurement à la publication de la loi²⁰⁰⁷. En dernier lieu, la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011 avait institué une « *prime de partage des profits* »²⁰⁰⁸. A la différence des autres primes exceptionnelles, cette mesure présentait la particularité d'être obligatoire et son versement conditionné par une hausse des dividendes.

²⁰⁰³ Et dont le versement est incité par de larges exonérations sociales et fiscales.

²⁰⁰⁴ Loi du 26 juillet 2005, n° 2005-842, pour la confiance et la modernisation de l'économie.

²⁰⁰⁵ Loi du 19 décembre 2005, n° 2005-1579, de financement de la sécurité sociale pour 2006.

²⁰⁰⁶ Loi du 8 février 2008, n° 2008-111 pour le pouvoir d'achat. La seule différence est d'ordre procédural. Cette prime devant être instaurée par accord collectif et non en vertu d'une décision unilatérale.

²⁰⁰⁷ Loi du 3 décembre 2008, n° 2008-1258, en faveur des revenus du travail.

²⁰⁰⁸ Loi du 28 juillet 2011, n° 2011-894, de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

Le critère de déclenchement de l'obligation de mise en œuvre de la nouvelle prime était « *l'augmentation du dividende par action par rapport à la moyenne distribuée lors des deux précédents exercices* »²⁰⁰⁹. Autrement dit, en application de l'article 1^{er}, II, de ladite loi, « *lorsqu'une société commerciale attribue à ses associés ou actionnaires, en application de l'article L.232-12 du Code de commerce, des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés* ». Le principal intérêt de cette mesure était d'établir « *un lien entre la rémunération du travail et la rémunération du capital* »²⁰¹⁰. La rigueur apparente de l'obligation de versement était cependant largement atténuée par les règles de fixation du montant de la prime de partage des bénéfices. Si cette prime était, en effet, exonérée de cotisations sociales à hauteur de 1200 euros par an et par salarié, dans les faits, ce chiffre est demeuré purement symbolique, dans la mesure où ne pèse aucune obligation sur son montant. Concrètement, une fois la condition d'augmentation des dividendes constatée, la prime devait être instituée par accord collectif d'entreprise dans les trois mois²⁰¹¹. Cependant, en cas d'échec des négociations, il revenait à l'employeur le devoir d'en fixer unilatéralement le montant²⁰¹². Maintenu en vigueur jusqu'en 2014²⁰¹³, certains auteurs ont relevé « *l'intention louable* » de la prime, permettant de « *rétribuer les salariés qui, par leur travail, contribuent à l'enrichissement de la société qui les emploie, en évitant que cet enrichissement profite essentiellement, sinon exclusivement, à ses associés ou actionnaires* »²⁰¹⁴. Cette prime s'est révélée être, avant tout un, « *gadget* »²⁰¹⁵ et ne constituer, « *pour nombre de salariés, que poudre aux yeux* »²⁰¹⁶.

653. Bien plus pérenne, la mesure permettant de verser des primes d'intéressement et de participation aux salariés induit une indéniable évolution de la finalité de l'association

²⁰⁰⁹ RADE C., « Présentation de la nouvelle prime de partage des profits », Lexbase Hebdo, éd. Soc., 1er septembre 2011, n° 451.

²⁰¹⁰ VATINET R., « Une étrange prime de partage du profit », JCP S, 2011, 1385.

²⁰¹¹ Article 1^{er}, XI, de loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2011.

²⁰¹² *Ibid.*

²⁰¹³ WILLMANN C., « Régime social de la prime de partage de profits : prolongation, mais pour combien de temps ? », Lexbase hebdo, éd. Soc., 19 juin 2014, n° 575.

²⁰¹⁴ AUZERO G., « Eclairage – La prime sur la valeur ajoutée », BJS, 1^{er} septembre 2011, n° 9, 383.

²⁰¹⁵ FRANCOIS-XAVIER L., « Le gadget de l'été : la prime de partage des profits », BJS, 1^{er} septembre 2011, n° 9, p. 384.

²⁰¹⁶ AUZERO G., *op. cit.*

collective des salariés aux résultats de l'entreprise. La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 a introduit la faculté, pour les employeurs, de verser des suppléments d'intéressement et de participation à l'ensemble de leurs salariés²⁰¹⁷. Loin de constituer une « réforme ordinaire »²⁰¹⁸, ce nouveau dispositif engendre une révolution considérable des principes guidant l'intéressement et la participation. Désormais, en application des articles L. 3314-10 et L. 3324-10, le conseil d'administration ou le directoire peut décider de verser un supplément d'intéressement ou de réserve spéciale de participation au titre de l'exercice clos²⁰¹⁹. Bien que cela ne ressorte pas clairement des termes de la loi, il faut, mais il suffit, que les formules de calcul des accords donnent un résultat positif pour autoriser l'employeur à compléter le montant des primes issues de ces accords dans la limite des plafonds légaux²⁰²⁰. En raison des taux très élevés de ces plafonds, les montants des suppléments peuvent être sans commune mesure avec les primes issues de ces dispositifs. Théoriquement, une formule d'intéressement ouvrant droit à une prime d'un montant dérisoire peut donc permettre à un employeur de la compléter jusqu'à un montant représentant 20 % de la rémunération annuelle brute du salarié²⁰²¹. En ce qui concerne la participation, deux limites cumulatives s'appliquent. D'une part, la réserve totale de participation ne peut, en cas d'accord dérogatoire, dépasser l'un des quatre plafonds prévus à l'article L. 3324-2 du Code du travail²⁰²². D'autre part, le complément ne peut dépasser une somme égale aux trois quarts du montant du plafond annuel de la Sécurité sociale, soit 28 962 euros pour l'année 2016²⁰²³. Certains auteurs ont remarqué les avantages que procurait

²⁰¹⁷ L. du 30 décembre 2006, n° 2006-1770, JO 30 décembre 2006 ; BRIENS G., « les suppléments d'intéressement et de participation », SSL 11 juin 2007, n° 1311, p. 7.

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ La portée de ce texte ne se limite pas aux seules sociétés anonymes, comme pourrait le laisser penser la rédaction de ces articles. La suite de ces textes vise expressément les entreprises où il n'existe ni conseil d'administration, ni directoire. Pour celles-ci, c'est le « chef d'entreprise » qui est compétent pour décider du versement. Toute entreprise couverte par un accord d'intéressement ou de participation peut donc procéder à un tel versement.

²⁰²⁰ V. Circulaire du 15 mai 2007, DSS/5B/DGT/RT3/2007/199, relative à l'application de la loi du 30 décembre 2006. Ce texte, sous forme de questions/réponses, précise que le terme de « supplément » doit être entendu strictement. Cf. question 8 : « Cela signifie que les sommes attribuées au titre de l'accord d'intéressement ou de participation viennent obligatoirement en complément de ce qui est attribué au titre de l'accord (...). Par conséquent, si la formule de calcul de l'accord d'intéressement ou de participation donne un résultat nul, aucun « supplément » ne peut être attribué ».

²⁰²¹ Article L. 3314-8 du Code du travail.

²⁰²² Soit la moitié du bénéfice net comptable, le bénéfice net comptable diminué de 5 % des capitaux propres, le bénéfice net fiscal diminué de 5 % des capitaux propres ou la moitié du bénéfice net fiscal.

²⁰²³ Article D. 3324-12 du Code du travail.

pour les employeurs la souplesse introduite par ce « *couteau suisse* »²⁰²⁴. Ainsi, le Professeur Patrick MORVAN loue les vertus d'un dispositif à usages multiples, permettant de « *corriger a posteriori une formule d'intéressement ou de participation dérogatoire, d'allouer une prime de fin d'année exonérée, d'associer les salariés à l'atteinte de certains objectifs sur une période courte d'une année (ce que ne permet pas la durée triennale des accords d'intéressement), de contrebalancer une négociation annuelle obligatoire sur les salaires décevante (au risque que les syndicats dénoncent cette compensation comme une confusion des genres)...* »²⁰²⁵. Pour autant, bien que favorable à cette mesure, il pointe le fait que « *la liberté offerte à l'employeur est telle qu'elle peut engendrer une substitution de l'épargne salarial à la politique des rémunérations* »²⁰²⁶. Les opportunités ouvertes par la loi du 30 décembre 2006 expliquent certainement pourquoi les différentes primes exceptionnelles instaurées depuis 2005 n'ont pas été reconduites depuis, les suppléments d'intéressement et de participation permettant, dans une large mesure, de parvenir aux mêmes fins²⁰²⁷.

654. Bien qu'éphémère, la diversification des primes exceptionnelles indexées sur les résultats de l'entreprise témoigne de la volonté de généraliser, ou tout du moins, d'amplifier, la rémunération aux résultats au détriment de la rémunération du travail. C'est, cependant, la création du mécanisme des suppléments d'intéressement et de participation qui marque un point de rupture dans le droit de la rémunération. Remettant en cause le caractère aléatoire des accords d'intéressement et de participation, il offre aux employeurs la faculté de faire varier la rémunération des salariés au gré de la conjoncture économique. Ce phénomène n'en est que plus amplifié par la banalisation des facultés de déblocage anticipé de l'épargne salariale.

B. La banalisation des facultés de déblocage anticipé.

655. Si « *la philosophie dans laquelle s'inscrivent les principaux dispositifs d'épargne salariale résulte de leur objet et de leur fonctionnement* », il est incontestable que la

²⁰²⁴ BRIENS G., *op. cit.*

²⁰²⁵ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. Soc.* 2008, p. 643.

²⁰²⁶ *Ibid.*

²⁰²⁷ La nécessité d'avoir une formule positive de calcul pourrait, de prime abord, constituer un frein au versement de primes. Gageons cependant que les rédacteurs des accords d'intéressement sauront trouver des formules de calcul adéquates, susceptibles de laisser de grandes marges de manœuvre aux employeurs.

philosophie guidant la participation et, dans une moindre mesure, l'intéressement²⁰²⁸, s'est radicalement transformée depuis la fin de l'indisponibilité des sommes perçues²⁰²⁹.

656. Par principe, « l'épargne salariale n'est pas immédiate disponible pour le salarié », ce qui est logique dans la mesure où une l'idée de rémunération immédiate est contraire de celle d'épargne²⁰³⁰. Le Code du travail prévoit ainsi une durée d'indisponibilité minimale de 5 ans des sommes affectées à un PEE²⁰³¹. De même, les sommes issues de la participation sont exigibles par les salariés uniquement après une période de blocage de 5 ans, ou de 8 ans en cas d'application du régime d'autorité²⁰³². Des hypothèses de déblocage anticipé ont cependant toujours existé, permettant aux salariés d'obtenir la délivrance des avoirs qu'ils détiennent avant l'expiration de ce délai²⁰³³. Ces cas de déblocages anticipés, communs au PEE comme à la participation, sont néanmoins conditionnés par la survenance d'un événement limitativement énuméré par la loi. En application des articles L. 3324-10 et R. 3324-22 du Code du travail, il peut s'agir de la survenance d'un événement familial²⁰³⁴, personnel²⁰³⁵ ou professionnel²⁰³⁶. Les cas de déblocage anticipé du Perco sont cependant davantage restreints, ce qui se justifie par la nécessité d'une plus grande stabilité afin de permettre le développement d'une épargne retraite²⁰³⁷.

²⁰²⁸ Les sommes issues de l'intéressement ne sont pas obligatoirement bloquées. Cependant, tout est fait pour favoriser leur épargne (Régime fiscal et social favorable, affectation par défaut en cas d'absence de choix du salarié...).

²⁰²⁹ LIEUTIER J.-P., « Participation financière, participation à la gestion ; philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », Dr. Soc. 2014, p. 500.

²⁰³⁰ LIEUTIER J.-P., « Le modèle de l'actionnariat salarié », PUAM, Thèse, 2011, p. 66.

²⁰³¹ Article L. 3332-5 du Code du travail.

²⁰³² Article L. 3324-10 du Code du travail.

²⁰³³ Article R. 3332-28 et R. 3324-2 du Code du travail.

²⁰³⁴ Mariage ou pacs de l'intéressé ; Naissance ou adoption dans un foyer comptant au moins 2 enfants ; Divorce, séparation ou dissolution d'un Pacs avec résidence d'au moins un enfant chez l'intéressé.

²⁰³⁵ Surendettement du salarié ; Invalidité du salarié, de ses enfants de son conjoint ou partenaire de Pacs ; Décès du salarié, de son conjoint ou de la personne liée par Pacs ; Acquisition d'une résidence principale ; Agrandissement de la résidence principale ; Remise en état de la résidence principale suite à une catastrophe naturelle.

²⁰³⁶ Cessation de l'activité professionnelle ; Création d'une entreprise, installation pour l'exercice d'une activité non salariée ou acquisition de parts d'une SCOP.

²⁰³⁷ Article R. 3334-4 du Code du travail. Invalidité ou décès de l'intéressé, de ses enfants, de son conjoint ou de son partenaire ; acquisition ou remise en l'état de la résidence principale ; surendettement ; expiration des droits à l'assurance chômage.

657. Malgré l'existence de ces dérogations déjà conséquentes, le législateur est de plus en plus tenté de « *casser la tirelire* »²⁰³⁸, autrement dit de multiplier les hypothèses de déblocage afin de favoriser la rémunération immédiate des salariés sans que ne survienne un événement particulier. La loi du 9 août 2004 a, ainsi, autorisé le déblocage des sommes inscrites sur un PEE ou un Perco dans une limite de 10 000 euros²⁰³⁹. Puis, la loi du 26 juillet 2005 a autorisé, mais uniquement pour les droits acquis au titre de l'année 2004, le déblocage de tout ou partie des sommes issues de la participation²⁰⁴⁰. Le dernier déblocage exceptionnel résulte de la loi du 8 février 2008 qui permettait aux salariés des entreprises titulaires d'un régime de participation de demander le déblocage de tout ou partie de leurs avoirs dans la limite de 10 000 euros²⁰⁴¹.

658. La réforme introduite par la loi du 3 décembre 2008 est cependant de bien plus grande ampleur²⁰⁴². Ce texte met un terme à la règle d'indisponibilité de principe des sommes issues de la participation. Selon les termes du gouvernement, il s'agit de laisser le « *choix pour le salarié entre la disponibilité immédiate et le blocage de ses droits, pour lui laisser l'initiative d'une mobilisation rapide des sommes correspondantes, dans une logique de pouvoir d'achat à court terme, ou de leur placement dans une logique de pouvoir d'achat différé* »²⁰⁴³. Désormais, les salariés bénéficiaires disposent du choix entre le versement immédiat de ces sommes ou leur blocage pendant une durée de 5 ou de 8 ans²⁰⁴⁴. Chaque année, les droits peuvent être débloqués en tout ou partie sur simple demande du salarié²⁰⁴⁵. Par cette réforme, « *un rapprochement est opéré entre la participation et l'intéressement. Outre le caractère obligatoire de l'une et facultatif de l'autre, la différence ne tient plus qu'à leurs modes de calcul, ce qui conduit certains parlementaires à s'interroger*

²⁰³⁸ MORVAN P., *op. cit.*

²⁰³⁹ L. du 9 août 2004, n° 2004-804, relative au soutien de la consommation et à l'investissement, JO 11 août 2004.

²⁰⁴⁰ L. du 26 juillet 2005, n° 2005-842, pour la confiance et la modernisation de l'économie, JO 27 juillet 2005.

²⁰⁴¹ L. du 8 février 2008, n° 2008-111, pour le pouvoir d'achat. Le Professeur Patrick MORVAN (Le nouveau droit de la rémunération, *op. cit.*) remarque que les montants moyens des retraits opérés par les salariés (entre 2500 et 3500 euros) sont très éloignés du plafond légal, ce qui témoignerait, selon lui, d'un tarissement des sommes épargnées, du fait des nombreux déblocages opérés précédemment. Jean-Philippe LIEUTIER (Le modèle de l'actionnariat salarié, *op. cit.*, p. 67) propose une autre interprétation de ces chiffres. Selon lui, ils peuvent très bien manifester la volonté des salariés de conserver une partie de leur épargne.

²⁰⁴² L. du 3 décembre 2008, n° 2008-1258, en faveur des revenus du travail ; VATINET R., *op. cit.*

²⁰⁴³ Exposé des motifs du projet présenté par le Gouvernement, cité in VATINET R., *Ibid.*

²⁰⁴⁴ Article L. 3323-5 du Code du travail.

²⁰⁴⁵ Article L. 3324-10 du Code d travail.

sur la pertinence de la distinction »²⁰⁴⁶. De fait, la participation devient « *une source habituelle de revenu complémentaire* », au lieu et place d'être un instrument au service de l'épargne salariale²⁰⁴⁷.

659. Historiquement envisagé comme un des moyens de constitution d'une épargne salariale, l'association collective de la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise s'est progressivement muée en une source de rémunération immédiate, prenant une place grandissante dans la rémunération globale des salariés. Or, la conjoncture économique influence fortement le montant de la rémunération des salariés. Elle peut s'avérer nulle en cas de résultats négatifs, peu important les efforts déployés par les salariés. La protection offerte par le contrat de travail, qui permet de mettre la rémunération à l'abri des aléas économiques, s'émousse encore un peu plus avec le développement de mécanismes qui répercutent directement les conséquences de cette conjoncture économique sur la rémunération des salariés.

Section II : L'ASSOCIATION DE LA REMUNERATION AUX RISQUES DE L'ENTREPRISE.

660. Le contrat de travail est une convention organisée autour de l'échange suivant : le salarié met sa force de travail au service de l'employeur en échange de quoi ce dernier profite des fruits de son travail. Les aléas économiques de l'activité sont donc assumés par l'employeur, qu'ils soient positifs ou négatifs. Pourtant, comme il a été étudié précédemment, cet équilibre général est remis en cause avec le développement de formes de rémunération qui associent collectivement le montant de la rémunération aux résultats économiques de l'entreprise. Plus encore, la rémunération des salariés peut être perçue comme un obstacle à la bonne santé économique de l'entreprise lorsque les résultats de celle-ci sont négatifs. Afin d'éviter qu'elle ne périclite, des mécanismes légaux ont été

²⁰⁴⁶ VATINET R., « La loi en faveur des revenus du travail », *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁴⁷ ALLOUACHE A. et VACARIE I., *op. cit.*, p. 1028. Il faut cependant garder à l'esprit qu'en cas de versement immédiat, les sommes seront soumises à l'impôt sur le revenu (IRPP), à la différence des sommes épargnées, ce qui devrait inciter les salariés à épargner.

institués afin de reporter sur la rémunération des salariés le poids de la situation économique de l'entreprise. Deux dispositifs en particulier retiennent l'attention, puisqu'ils permettent de faire abstraction de la force obligatoire du contrat afin d'infléchir « *significativement la rigueur apparente de la répartition des risques telle qu'elle est traditionnellement enseignée s'agissant du contrat de travail* »²⁰⁴⁸. La capacité de résistance contractuelle du salarié se trouve dès lors amoindrie dans une logique de sauvegarde de l'entreprise et, en corolaire, de l'emploi salarié. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013²⁰⁴⁹, a instauré ou modifié ces deux dispositifs qui participent pleinement de cette logique. L'association de la rémunération aux risques de l'entreprise peut être réalisée soit par la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi (§1), soit par le recours à l'activité partielle, qui a succédé au chômage partiel (§2).

§1 : L'association de la rémunération aux risques de l'entreprise par les accords de maintien de l'emploi.

661. La validité d'accords « donnant-donnant », où des concessions sont réalisées par les salariés en contrepartie d'un engagement de l'employeur sur l'emploi, est reconnu par la jurisprudence depuis longtemps²⁰⁵⁰. La sécurité juridique entourant ces accords dit de compétitivité, est cependant largement insuffisante pour permettre leur pleine efficacité. La loi du 14 juin 2013 a tenté de donner un cadre légal afin « *d'encourager des voies négociées de maintien de l'emploi face aux difficultés conjoncturelles* »²⁰⁵¹. Le présupposé de départ de ces accords, désormais dénommé « de maintien de l'emploi », est de permettre « *à des entreprises qui connaissent une période difficile d'éviter de détruire des emplois* »²⁰⁵². Pour se

²⁰⁴⁸ GRATTON L.-K., « Les clauses de variation du contrat de travail », Dalloz, NBT, 2011, p. 222.

²⁰⁴⁹ L. 14 juin 2013, n° 2013-504, relative à la sécurisation de l'emploi ; TOURNAUX S., « Commentaire de l'article 17 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mise en place des accords de maintien de l'emploi », Lexbase hebdo, éd. Soc., 11 juillet 2013, n° 535.

²⁰⁵⁰ Cass. Soc. 1^{er} avril 1997, n° 95-45.284, Dr. Soc. 1997, p. 646, obs. RAY J.-E ; Cass. Soc. 10 octobre 2002, n° 00-42.906, Dr. Soc. 2002, p. 1158, obs. RADE C. En dernier lieu, pour l'appréciation par le juge du fond d'un accord antérieur à la loi de sécurisation de 2013, cf. CA Amiens, 5^{ème} ch., 16 septembre 2015, n° 13/06826, comm. ICARD J., « Les accords donnant-perdant », in Les cahiers sociaux, 2016, n° 282, p. 89.

²⁰⁵¹ FAVENNEC-HERY F., « Les accords de maintien de l'emploi, une mesure phare de la loi de sécurisation de l'emploi », GP, 22 octobre 2013, n° 295, p. 10.

²⁰⁵² COUTURIER G., « Accords de maintien de l'emploi », Dr. Soc. 2013, p. 805.

faire, « ils comportent, pour tout ou partie des salariés de l'entreprise, une adaptation de leurs conditions d'emploi et de rémunération en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi »²⁰⁵³. La variation de la rémunération est conditionnée par l'existence de « graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise » (A). Cependant, faute d'une rédaction pleinement satisfaisante, les contours de cette variation demeurent incertains (B).

A. Les conditions économiques de la variation de la rémunération.

662. Compte tenu des conséquences sur la rémunération et le temps de travail qu'engendrent les accords de maintien de l'emploi, ces derniers sont soumis à des règles de conclusion spécifiques. Tout d'abord, les syndicats signataires ne peuvent se contenter de recueillir une majorité d'engagement de 30 %, comme cela est normalement le cas pour les accords collectifs de droit commun²⁰⁵⁴. Le critère d'audience est porté à 50 %, ce qui en fait « une véritable majorité d'engagement et non une simple exigence d'audience minimale »²⁰⁵⁵. De même, à défaut de délégué syndical dans l'entreprise, seuls des représentants du personnel habilités par une organisation syndicale représentative dans la branche peuvent négocier ce type d'accord²⁰⁵⁶. Néanmoins, l'exigence la plus contraignante est censée résider dans la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi conditionnée par l'existence de « graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise »²⁰⁵⁷.

663. En conséquence, « tout situation vécue par l'entreprise ne justifie pas la négociation d'un accord collectif de maintien de l'emploi »²⁰⁵⁸. Or, la loi du 14 juin 2013 ne donne que très peu d'indications sur la détermination de ces graves difficultés économiques conjoncturelles ainsi que sur leur périmètre d'appréciation. En ce qui concerne son

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ Article L. 5125-4 du Code du travail.

²⁰⁵⁵ TOURNAUX S., *op. cit.*

²⁰⁵⁶ *Ibid.* Le droit commun autorise la conclusion d'accords collectifs par les élus du CE ou, à défaut, par les délégués du personnel dès lors que le texte est ensuite approuvé par la commission paritaire de branche.

²⁰⁵⁷ Article L. 5125-1 du Code du travail.

²⁰⁵⁸ MARTINON A., « Les accords de maintien de l'emploi », Cahiers sociaux, 1^{er} juillet 2013, n° 254, p. 309.

périmètre d'appréciation, l'article L. 5125-1 du Code du travail vise expressément l'entreprise, ce qui paraît devoir exclure toute appréciation au niveau du groupe²⁰⁵⁹.

664. En ce qui concerne la justification de l'accord, les textes ne sont pas d'une très grande utilité. L'article L. 5125-1 du Code du travail renvoie à des difficultés « conjoncturelles », ce qui semble de prime abord s'opposer aux difficultés « structurelles » telles qu'envisagées en cas de licenciement pour motif économique. Pour le Professeur Sébastien TOURNAUX, il semble qu'il faille retenir par difficultés conjoncturelles, des difficultés « *récentes et liées à des circonstances économiques exogènes à l'entreprise* » alors que les difficultés structurelles renvoient davantage à des difficultés « *plus pérennes et internes à l'entreprise, ne permettant pas la conclusion de ces accords* »²⁰⁶⁰. Cette distinction est également opérée par le Professeur Françoise FAVENNEC-HERY pour qui, ne sont pas visées « *les difficultés structurelles qui doivent pouvoir se résoudre par des mesures de restructuration, des décisions internes à l'entreprise ou au groupe* »²⁰⁶¹. Dès lors, la situation économique de l'entreprise ne devrait pas être obérée à un point tel qu'elle puisse justifier la mise en place de licenciement économique, et encore moins d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

665. La lecture de l'ANI du 11 janvier 2013, qui a inspiré la rédaction des articles L. 5125-1 et suivants du Code du travail, permet d'obtenir quelques précisions, dans l'hypothèse où ces articles devraient être lus « *à la lumière* » de ce texte²⁰⁶². L'article 18 de l'ANI énonce seulement que ces accords doivent permettre à l'entreprise de « *passer un cap difficile* »²⁰⁶³. L'annexe de ce texte est plus instructive, dans la mesure où elle vise « *des difficultés, prévisibles ou déjà présentes, susceptibles de mettre en danger l'emploi et/ou la survie de l'entreprise* ». Cette disposition pourrait autoriser la conclusion d'accords de maintien dans l'emploi « *pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise* », en l'absence de difficultés économiques avérées lors de la conclusion de l'accord. Pour autant, les auteurs semblent considérer que seule une lecture restrictive du texte doit être adoptée, interdisant de ce fait

²⁰⁵⁹ LOISEAU G., « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S., 18 juin 2013, n° 25, 1260.

²⁰⁶⁰ TOURNAUX S., *op. cit.*

²⁰⁶¹ FAVENNEC-HERY F., « Les accords de maintien de l'emploi, une mesure phare de la loi de sécurisation de l'emploi », GP, 22 octobre 2013, n° 295, p. 10.

²⁰⁶² MARTINON A., *op. cit.*

²⁰⁶³ ANI 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

la conclusion d'AME à la seule fin d'anticiper des difficultés économiques à venir²⁰⁶⁴. Pour le Professeur Grégoire LOISEAU, l'emploi du terme « grave » dans la rédaction de l'article L. 5125-1 du Code du travail renvoie nécessairement à des difficultés actuelles²⁰⁶⁵. Cette analyse peut se targuer comme argument supplémentaire de la consécration récente des accords de préservation de l'emploi par la loi Travail du 6 août 2016²⁰⁶⁶.

666. Ces accords, que la doctrine qualifie d'accord de maintien de l'emploi « *offensifs* »²⁰⁶⁷, ont été inspirés, entre autres, par le rapport remis par les économistes Henrik ENDERLEIN et Jean PISANI-FERRY afin d'insuffler davantage de flexisécurité en matière de rémunération et de temps de travail²⁰⁶⁸. A l'opposé des accords de maintien de l'emploi « classiques », dotés d'une « *fonction défensive, voire curative* », la conclusion de ces accords est orientée dans une logique d'anticipation, de prévention²⁰⁶⁹. Désormais, en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail, « *lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail* ». Ce type d'accord a, dès lors, « *vocation à être négocié en dehors d'un contexte de difficultés économiques, ou peut, à tout le moins, être négocié en dehors d'un tel contexte* »²⁰⁷⁰. La seule condition requise semble être la mention impérative, dans le préambule de l'accord, des objectifs de préservation ou de développement de l'emploi, ce qui n'est, à première vue, pas véritablement contraignant²⁰⁷¹. Ces AME « offensifs » s'affranchissent donc de la lourdeur et la rigidité reprochées aux AME « défensifs », accusées d'être responsables de l'échec de ce dispositif²⁰⁷².

²⁰⁶⁴ En ce sens, COUTURIER G., « Accords de maintien de l'emploi », Dr. Soc. 2013, p. 805.

²⁰⁶⁵ LOISEAU G., *op. cit.*

²⁰⁶⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

²⁰⁶⁷ GEA F., « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi offensifs ? », RDT 2014, p. 760.

²⁰⁶⁸ ENDERLEIN H. et PISANI-FERRY J., « Réformes, investissement et croissance : un agenda pour la France, l'Allemagne et l'Europe », 24 novembre 2014. Voir également, COMBEXELLE J.-D., « La négociation collective, le travail et l'emploi », Rapport remis au Premier ministre, 9 septembre 2015.

²⁰⁶⁹ GEA F., *op. cit.*

²⁰⁷⁰ FILIPETTO E., « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », RDT 2016, p. 415.

²⁰⁷¹ Article L. 2254-2 alinéa 3.

²⁰⁷² *Ibid.*, Au 15 mars 2015, seuls 10 accords de maintien de l'emploi avaient été conclus.

667. La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi ou, désormais, d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi, autorise la variation de la rémunération des salariés en vue de la sauvegarde de l'emploi. La faiblesse de la rédaction des textes rend cependant les contours de cette variation incertains.

B. Les contours de la variation de la rémunération.

668. La conclusion d'un AME oblige, pour une durée déterminée²⁰⁷³, l'employeur à ne pas procéder à des ruptures de contrats de travail pour motif économique²⁰⁷⁴ en échange de concessions de la part des salariés en matière de rémunération et de temps de travail. L'étendue du champ des concessions n'est cependant pas clairement délimitée et suscite un certain nombre d'interrogations.

669. Par définition, un AME a pour objet « *d'aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération* »²⁰⁷⁵. En termes de concessions, la rédaction de l'article L. 5125-2 du Code du travail peut laisser penser qu'un AME « *ne peut avoir pour effet ni de diminuer la rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés lorsque le taux horaire de celle-ci, à la date de conclusion de cet accord, est égal ou inférieur au taux horaire du salaire minimum interprofessionnel de croissance majoré de 20 %, ni de ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil* ». A la lecture de ce texte, il semble que la seule limite aux concessions faites par les salariés soit l'obligation de ne pas réduire leur rémunération horaire et mensuelle à 120 % du Smic. Pour autant, ces concessions doivent être réalisées dans le respect de certaines dispositions d'ordre public, comme le rappelle l'article L. 5125-1 du Code du travail. Ainsi, en matière de temps de travail, un AME ne peut déroger aux règles relatives à la durée légale, au contingent d'heures supplémentaires, au repos compensateur, aux temps de pause et de repos quotidien et hebdomadaire, aux durées maximales de travail, au travail de nuit et au chômage du 1^{er} mai. En matière de rémunération, il est seulement rappelé qu'il ne peut

²⁰⁷³ Initialement, la durée maximale d'un AME était de deux ans. La loi Macron du 6 août 2015 a porté cette durée à 5 ans.

²⁰⁷⁴ L'emploi du terme « rupture » au lieu de « licenciement » n'est pas neutre. Bien que les auteurs ne soient pas tous d'accord, il semble que cet engagement de maintien de l'emploi prohibe les ruptures conventionnelles s'il peut être démontré qu'elles sont motivées par un motif économique.

²⁰⁷⁵ Article L. 5125-1 du Code du travail.

déroger aux règles relatives au salaire minimum, précision superflue dans la mesure où il est prohibé de descendre en deçà de 120 % du Smic. Cette énumération laisse dès lors de côté les règles relatives au travail dominical ainsi que celles des forfaits heures et jours²⁰⁷⁶. Les AME, qui peuvent prévoir une augmentation et/ou une diminution du temps de travail ou de la rémunération²⁰⁷⁷, devront composer avec ces différentes règles impératives, ce qui n'ira pas sans soulever de difficultés. Ainsi, comment organiser une augmentation du temps de travail sans engendrer une hausse significative de rémunération dès lors que les règles relatives aux heures supplémentaires sont maintenues ? Peut-on également penser qu'un AME puisse augmenter le nombre de jours travaillés par un salarié en convention de forfait-jours sans augmentation de rémunération ? L'absence de décisions de justice sur ce sujet ne permet pas, pour l'heure, de répondre avec certitude à ces questions.

670. Les accords de préservation ou de développement de l'emploi paraissent, à première lecture, dotés d'une moins grande portée. En effet, si, en application de l'article L. 2254-2 du Code du travail, « *ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail* », ce même accord « *ne peut avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié* ». Le caractère *a priori* contradictoire de ces deux affirmations soulève des interrogations qui n'ont pas trouvé de réponses dans la version définitive de la loi du 6 août 2016. Aucune indication n'est donnée sur les sommes susceptibles de composer l'assiette de la rémunération mensuelle du salarié. Faut-il comprendre qu'il s'agit de la rémunération globale du salarié, telle que mentionnée sur le bulletin de paie ? Le texte ne précise pas comment appliquer cette règle aux éléments de rémunération dont la périodicité n'est pas mensuelle. C'est également l'intérêt même du dispositif qui paraît remis en cause par ces dispositions. En effet, si ces accords ne peuvent abaisser la rémunération des salariés, quel est l'intérêt de mentionner que les clauses relatives à la rémunération de l'accord de préservation de l'emploi se substituent pleinement à celles du contrat de travail ? Peut-on alors imaginer que ces accords puissent baisser le temps de travail des salariés dès lors que le taux horaire de rémunération demeure inchangé ? L'incertitude qui entoure les accords de préservation de l'emploi semble obérer les chances de réussite de ce nouveau dispositif.

²⁰⁷⁶ FAVENNEC-HERY F., *op. cit.*

²⁰⁷⁷ L'augmentation de rémunération paraît, bien évidemment, utopique...

671. Une des plus épineuses questions posées par ces accords est celle de son insertion dans le tissu conventionnel et contractuel²⁰⁷⁸. En ce qui concerne l'interaction entre le contrat de travail et l'AME, le Code du travail a prévu une clé de répartition. En effet, pour les salariés qui l'acceptent, « *les stipulations de l'accord sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci* »²⁰⁷⁹. Par contre, rien n'est prévu en ce qui concerne l'articulation entre l'AME et des accords d'entreprise antérieurs, ou encore avec l'accord collectif de branche dont relève l'entreprise. Cet oubli est clairement préjudiciable à la clarté du dispositif puisque ces accords collectifs contiennent bien souvent des dispositions qui intéressent directement la rémunération ou le temps de travail. Une précision est néanmoins donnée par l'article L. 5125-1 du Code du travail qui renvoie à l'article L. 2253-3 du même Code. L'AME ne peut déroger aux règles intéressant les salaires minima²⁰⁸⁰. Est-ce à dire qu'un AME ne peut aménager la rémunération en deçà des planchers minima conventionnels ? Si la réponse à cette question s'avère affirmative, la faculté de ces accords à moduler la rémunération des salariés se verrait profondément amoindrie, et bien plus limitée que le chiffre de 120 % du Smic énoncé par la loi.

672. En tout état de cause, la faculté d'un AME de s'appliquer en lieu et place d'un accord d'entreprise dépendra de la nature que le juge sera appelé à lui conférer. Emeric JEANSEN évoque en ce sens que la qualité d'avenant de révision pourrait aboutir à un tel résultat²⁰⁸¹. En effet, en vertu de l'article L. 2261-8 du Code du travail, l'avenant de révision « *se substitue de plein droit aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie* ». Une circulaire définit l'accord de révision par un critère formaliste, ainsi, « *seuls les accords se présentant comme des avenants à des textes de base seront considérés comme tels (...). Seul un critère formel subsiste : il faut que l'avenant soit explicité formellement comme portant révision d'une convention* »²⁰⁸². Cependant, la Cour de cassation ne fait que peu de cas de cette définition. Selon elle, doit être qualifié d'accord de révision, l'accord qui « *modifie et*

²⁰⁷⁸ JEANSEN E., « L'insertion de l'accord de maintien de l'emploi dans le tissu conventionnel », JCP S 5 août 2014, n° 31, 1327.

²⁰⁷⁹ Article L. 5125-2 du Code du travail.

²⁰⁸⁰ Mais également, ce qui ne nous intéresse pas pour la présente étude, les classifications, les garanties collectives complémentaires et la mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

²⁰⁸¹ JEANSEN E., *op. cit.*

²⁰⁸² Circ. 22 septembre 2004, 1.2, JO 31 octobre 2004.

remplace certaines dispositions » et ce peu important la volonté des parties²⁰⁸³. Cette définition large pourrait résoudre ce problème d'articulation entre AME et accord d'entreprise. Une autre voie est proposée par Emeric JEANSEN, qui consiste à voir en l'AME un accord autonome. Dès lors, l'articulation entre ces deux accords se résoudrait par l'application du droit commun en matière de conflit de sources en droit du travail. Selon lui, en application du principe de faveur, l'AME doit primer sur l'accord d'entreprise en ce qu'il contient une clause de garantie d'emploi, clause plus favorable par rapport au contenu de l'accord d'entreprise antérieur²⁰⁸⁴. Enfin, en matière d'articulation entre AME et accord de branche, il a été remarqué précédemment que le Code du travail contient une disposition qui dispose expressément que l'AME s'incline devant l'accord de branche en ce qui concerne les salaires minima. Cependant, pour les autres dispositions, rien n'indique comment apprécier les relations entre ces deux types d'accords. Un raisonnement *a contrario* « conduit à considérer que le caractère impératif de l'accord de branche est limité au thème de la rémunération »²⁰⁸⁵. Face au silence du législateur, la portée et le devenir des AME est dorénavant entre les mains du juge et de la qualification qu'il donnerait à ce type d'accord collectif si particulier.

673. La question de la volonté du salarié dans la mise en œuvre d'un AME a pu susciter un certain débat. En application de l'article L. 5125-2 du Code du travail, « *pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci* ». L'application d'un AME est donc soumise à son acceptation par les salariés concernés. La question du refus du salarié de se voir appliquer un AME était, dans la première version de ce dispositif, entouré d'un certain flou, dans la mesure où la loi ne tranchait pas clairement cette situation. La loi se contentait seulement d'énoncer que le licenciement du salarié suite à son refus reposait sur un motif économique, laissant place à l'interprétation quant au caractère réel et sérieux de ce comportement. La loi du 6 août 2015 a réparé cet oubli et le Code du travail dispose désormais que le

²⁰⁸³ Cass. Soc. 31 mai 2006, n° 04-14.060.

²⁰⁸⁴ JEANSEN E., *op. cit.*

²⁰⁸⁵ *Ibid.*

licenciement « repose sur une cause réelle et sérieuse »²⁰⁸⁶. Dès lors, toute « *possibilité de recours du salarié contre son licenciement est rendue impossible* »²⁰⁸⁷. Depuis l'introduction de cette disposition, la capacité d'un salarié à s'opposer à une réduction de sa rémunération afin de faire face aux risques de l'activité est clairement nulle en présence d'un AME valablement conclu.

674. La conclusion d'un accord de maintien de l'emploi permet de reporter les risques de l'activité de l'entreprise sur la rémunération des salariés. La force obligatoire du contrat de travail est niée au profit de la sauvegarde de l'emploi. Ce schéma est identique lorsque l'employeur recourt à l'activité partielle.

§2 : L'association de la rémunération aux risques par l'activité partielle.

675. Le « *chômage temporaire* » apparaît pour la première fois dans une ordonnance du 24 mai 1945 afin de faire face, entre autres dispositifs, à la pénurie de mains d'œuvre et aux destructions causées par la guerre²⁰⁸⁸. Maintes fois remanié, dispersé entre plusieurs dispositifs²⁰⁸⁹, la réforme opérée par la loi du 14 juin 2013 suite à l'ANI du 11 janvier 2013 a unifié l'ensemble des dispositifs existants sous le nouvel intitulé « d'activité partielle »²⁰⁹⁰. Le recours à ce mécanisme permet à un employeur confronté à une baisse temporaire de son activité de ne plus exécuter totalement son obligation de donner du travail à ses salariés²⁰⁹¹. Pour les salariés, cette perte de rémunération liée à la diminution du temps de travail est en

²⁰⁸⁶ Article L. 5125-2 du Code du travail. « *Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* ».

²⁰⁸⁷ ANTONMATTEI P.-H., « Accord de maintien de l'emploi : premier *lifting* législatif », Dr. Soc. 2015, p. 811. L'auteur pointe bien évidemment les risques d'un point de vue conventionnel et international d'une telle préqualification. Cette disposition pourrait bien contrevenir à la fois à l'article 6 de la CEDH, à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et aux articles 8-1 et 9-1 de la convention n° 158 de l'OIT.

²⁰⁸⁸ QUINQUETON P., « Petite histoire du contrôle de l'emploi », SSL 2013, 1592.

²⁰⁸⁹ Plusieurs dispositifs avaient été mis en place pour répondre à ces objectifs : le TRILD (temps réduit indemnisé de longue durée), le chômage partiel et, depuis 2009, l'activité partielle de longue durée.

²⁰⁹⁰ L. 14 juin 2013, n° 2013-504, Liaisons sociales quotidien, 8 novembre 2013, n° 16463.

²⁰⁹¹ BAUGARD D., « L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 », Dr. Soc. Octobre 2013, p. 798.

partie prise en charge par différents acteurs et ouvre droit à une indemnisation variable suivant les situations.

676. Pour pouvoir bénéficier de l'activité partielle, l'employeur est tenu de solliciter l'autorisation auprès de l'autorité administrative²⁰⁹². Cette demande d'autorisation a été au cœur de nombreux débats, notamment parce qu'elle serait peu adaptée face aux situations d'urgence auxquelles peuvent être confrontées les entreprises. Supprimée dans un premier temps par décret le 9 mars 2012, elle a été réintroduite peu après, le 19 novembre 2012, puis partiellement réécrite par décret du 26 juin 2013²⁰⁹³. En application de l'article R. 5122-2 du Code du travail, il appartient à l'employeur d'adresser au préfet du département où est implanté l'établissement concerné une demande préalable d'autorisation qui doit comporter un certain nombre de précisions, et être accompagnée de l'avis préalable des institutions représentatives du personnel. Parmi ces différentes informations, il doit obligatoirement être mentionné le ou les motifs justifiant le recours à l'activité partielle. Ces motifs sont limitativement énumérés par le Code du travail, et l'employeur ne peut placer ses salariés en activité partielle que lorsque l'entreprise est contrainte de réduire ou de suspendre son activité en raison de la conjoncture économique, des difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en énergie, d'un sinistre ou d'intempéries de caractère exceptionnel, de la transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise ou de toute autre circonstance de caractère exceptionnel. Le Code du travail précise toutefois, que, par exception, dans le cadre d'un lock-out, c'est-à-dire de la fermeture de l'entreprise décidée par l'employeur suite à un conflit collectif de travail, le bénéfice de l'activité partielle peut également être accordé si la fermeture se prolonge plus de trois jours²⁰⁹⁴. Face à ces éléments, l'autorité administrative se doit d'effectuer un contrôle de conformité et non d'opportunité²⁰⁹⁵. Ainsi, si elle peut être amenée à préconiser des mesures alternatives, telles « *l'apurement de reliquats de congés payés, la prise de repos compensateurs de*

²⁰⁹² Article L. 5122-1 du Code du travail.

²⁰⁹³ Pour davantage de précisions, WILLMANN C., « Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible, Dr. Soc. 2013, p. 57.

²⁰⁹⁴ Article R. 5122-8 du Code du travail.

²⁰⁹⁵ CE, 23 juillet 2003, n° 241874, cité in JARRY J.-J., « Activité partielle après la réforme... », Les Cahiers du DRH, septembre 2013, p. 3.

remplacement, de JRTT... »²⁰⁹⁶, elle ne peut conditionner l'octroi des indemnités à la réalisation de ses recommandations²⁰⁹⁷.

677. L'autorité administrative dispose d'un délai de 15 jour calendaire pour rendre sa décision. A défaut de réponse, l'autorisation est accordée tacitement. Une réponse positive de la part de l'administration autorise l'employeur à recourir à deux formes de réduction de l'activité²⁰⁹⁸. Il peut soit procéder à la fermeture temporaire de tout ou partie de son établissement, soit réduire l'horaire de travail en deçà de la durée légale de travail. Selon la jurisprudence, cette diminution unilatérale du temps de travail des salariés n'est pas considérée comme une modification du contrat de travail. Le refus de se soumettre à une mesure d'activité partielle constitue, de ce fait, une faute grave²⁰⁹⁹. A l'instar des accords de maintien de l'emploi, la capacité de résistance contractuelle des salariés est écartée. Pour autant, à la différence de ces accords, la diminution de rémunération est en partie compensée par un système d'indemnisation à la charge conjointe de l'Etat et de l'employeur. L'ancien régime du chômage partiel était composé de différentes allocations *« ayant pour objet de compenser la diminution mécanique de la rémunération des salariés mis au chômage partiel en raison des heures non travaillées »²¹⁰⁰*. L'absence de lisibilité du dispositif a souvent été pointée, de sorte que la loi du 14 juin 2013 a procédé à un regroupement de l'ensemble de ces allocations en une seule indemnité. Il s'agit d'une indemnité horaire, dont le montant correspond à une fraction de la rémunération perçue antérieurement. Par principe, le nombre d'heures chômées prises en charge est limité à 1000 heures par an et par salarié²¹⁰¹. L'article R. 5122-18 du Code du travail dispose que cette indemnité horaire est égale à 70 % de la rémunération brute du salarié servant

²⁰⁹⁶ *Ibid.*

²⁰⁹⁷ Cependant, en cas de recours récurrent à l'activité partielle par l'employeur, celui-ci doit souscrire à des engagements. Concrètement, en application de l'article L. 5122-1 du Code du travail, l'employeur qui a bénéficié d'une indemnisation dans les 36 derniers mois et qui sollicite à nouveau le bénéfice de l'activité partielle lors du dépôt de sa demande doit proposer des engagements. Il s'agit avant tout de mesure visant à maintenir dans l'emploi les salariés, de mettre en œuvre des formations, d'actions de GPEC et d'actions pour rétablir la situation économique de l'entreprise.

²⁰⁹⁸ La décision mentionne également la période prévisionnelle accordée, le nombre total d'heures accordée, le nombre de salariés susceptibles d'être placés en activité partielle.

²⁰⁹⁹ Cass. Soc. 9 mars 1999, n° 96-43.718 et Cass. Soc. 2 février 1999, n° 96-42.831.

²¹⁰⁰ BAUGARD D., *op. cit.*, p. 800.

²¹⁰¹ Arrêté du 26 août 2013, JO 6 septembre 2013. Ce nombre est fixé à 100 lorsque l'entreprise recourt à l'activité partielle pour moderniser des installations et des bâtiments. Au-delà de ces périodes d'indemnisation légale, l'absence de fourniture de travail par l'employeur constitue une faute susceptible de justifier une prise d'acte de la rupture du contrat à ses torts exclusifs.

d'assiette à l'indemnité de congés payés²¹⁰². Cette indemnité, qui est en premier lieu versée par l'employeur, lui ouvre droit à la perception d'une allocation financée conjointement par l'Etat et l'Unedic²¹⁰³. Son montant dépend, depuis le décret du 26 juin 2013, de l'effectif de l'entreprise concernée. Ainsi, en application de l'article D. 5122-13 du Code du travail, l'allocation rétrocédée à l'employeur est fixée à 7,74 euros pour les entreprises de un à deux cent cinquante salariés et à 7,23 euros pour les autres entreprises, la quote-part restante demeurant à sa charge.

678. Cet « *amortisseur de conjoncture* »²¹⁰⁴ a manifestement été simplifié par la loi du 14 juin 2013. Sa mise en œuvre permet d'associer collectivement la rémunération des salariés à la conjoncture économique de l'entreprise. Le montant de la rémunération du salarié peut, dès lors, varier suivant le risque de l'activité, sans que le salarié ne puisse opposer son contrat de travail. Bien que les conséquences en soient amoindries par le versement d'une indemnité à la charge conjointe de l'Etat et de l'employeur, il n'en demeure pas moins que l'activité partielle, à l'instar des accords de maintien de l'emploi, témoigne du bouleversement de l'équilibre général du contrat de travail. La sauvegarde de l'emploi du salarié est désormais privilégiée au détriment du lien entre rémunération et travail.

²¹⁰² L'assimilation d'un congé « forcé » à un congé « payé » laisse perplexe. L'assiette des cotisations sociales aurait peut-être été plus judicieuse.

²¹⁰³ Article L. 5122-1 du Code du travail.

²¹⁰⁴ FABRE A., « Le chômage partiel ne connaît pas la crise ! Retour sur une réforme au long cours », RDT 2012, p. 286.

CONCLUSION DU CHAPTRE SECOND

679. Les procédés qui permettent d'associer collectivement la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise connaissent un véritable essor. L'équilibre général du contrat de travail, qui s'articule autour de l'échange d'une liberté contre une sécurité, s'en trouve profondément modifié. Le droit à une rémunération indépendante des aléas économiques s'amenuise. On assiste ainsi à une certaine forme de « normalisation » de la rémunération au résultat, dont la proportion dans la rémunération globale du salarié ne cesse de grandir.

680. Une part de plus en plus importante est faite aux formes de rémunération liées aux performances économiques de l'entreprise. L'analyse des dernières évolutions légales en matière de participation, d'intéressement et d'épargne salariale font apparaître que la finalité de ces dispositifs évolue progressivement. Originellement, ils étaient conçus dans l'intention de favoriser le développement d'une épargne salariale par le blocage des sommes recueillies, la promotion d'une épargne retraite et la constitution d'un noyau d'actionnaires stables. Désormais, la multiplication des cas de débloqués anticipés et la banalisation des primes exceptionnelles conduisent bien plus à en faire des instruments de rémunération immédiate.

681. L'équilibre général du contrat de travail est également remis en cause par les dispositifs qui permettent de répercuter directement les difficultés économiques de l'entreprise sur la rémunération des salariés. Les accords de maintien de l'emploi et le recours à l'activité partielle autorisent, à cet effet, les employeurs à baisser unilatéralement la rémunération de leurs salariés dès lors que des difficultés économiques sont avérées. Cette orientation est d'autant plus critiquable que les salariés ne peuvent réellement s'y opposer. En effet, le refus de subir une baisse de rémunération justifie son licenciement pour cause réelle et sérieuse. La rémunération, naguère, élément clé du contrat de travail, s'incline désormais devant la nécessité de sauvegarder l'emploi.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

682. La sophistication des modes de rémunération tend vers une association toujours plus importante de la rémunération aux résultats du travail. En raison de la prétendue rigidité de la rémunération au temps, les pouvoirs publics et les entreprises ont favorisé le recours aux dispositifs permettant de déconnecter la rémunération du temps de travail. La configuration du rapport salarial s'en trouve modifiée. L'altération de cette liaison entraîne un transfert d'une partie des risques de l'activité sur la rémunération du salarié. Il découle de la concurrence de ces nouveaux modes de rémunération face aux formes traditionnelles de rémunération un risque de substitution que, ni le juge, ni le législateur, ne semblent en mesure d'endiguer.

683. L'association, par le recours à des techniques d'individualisation de la rémunération au résultat du travail, répond à une double préoccupation. Le développement des clauses de rémunération variable est censé permettre d'indexer la rémunération des salariés sur leur performance individuelle ou sur les résultats économiques de l'entreprise. L'encadrement de ces clauses par la jurisprudence est, à notre sens, insuffisant. Le juge ne tire aucune conséquence de l'affirmation selon laquelle ces clauses ne doivent pas conduire à transférer les risques de l'activité sur le salarié. De même, la jurisprudence relative aux objectifs permet à l'employeur de faire évoluer ces derniers selon la situation économique sans que le salarié ne puisse s'y opposer.

684. L'association, par des techniques collectives, de la rémunération au résultat du travail renforce ce constat. D'une part, les mécanismes d'intéressement, de participation et d'épargne salariale sont de plus en plus instrumentalisés afin de favoriser la perception d'une rémunération dont le montant dépend uniquement des résultats économiques de l'entreprise. D'autre part, la création des accords de maintien de l'emploi ainsi que la réforme de l'activité partielle, autorisent la diminution de la rémunération en cas de difficultés économiques de l'entreprise. Le transfert des risques sur la rémunération est, dans ces hypothèses, incontestablement éclatant.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

685. L'identification de l'objet de l'obligation principale du salarié en tant qu'obligation de mise à disposition de sa force de travail incitait à penser que la détermination du montant de la rémunération relevait principalement d'une logique temporelle. Historiquement, en effet, *« le droit du travail s'est construit autour de la référence au temps, qui a à la fois constitué un facteur essentiel de protection du salarié et le principal critère de rémunération du travail »*²¹⁰⁵. Les évolutions récentes du droit de la rémunération invitent cependant à fortement nuancer ce lien entre temps de travail et rémunération. La référence au temps est actuellement remise en cause au profit d'une vision davantage productive du travail salarié. Le développement des modes de rémunération déconnectés du temps fait apparaître que c'est principalement le résultat du travail, et non le travail lui-même, qui doit être le critère de détermination de la rémunération du salarié. Cependant, il convient de ne pas omettre que l'action du législateur tend, encore aujourd'hui, à faire du temps de travail une variable de la rémunération salariée. Mais, au sein même de cette dynamique, une vision essentiellement productive du temps de travail est promue.

686. La promotion du temps de travail comme critère de la rémunération se manifeste par l'augmentation de la durée du travail et des périodes pendant lesquelles le salarié peut être au service de son employeur. La libéralisation du recours aux heures supplémentaires, de même que la multiplication des dérogations au repos dominical et au travail de nuit illustrent cette volonté. Enfin, l'instauration d'une durée minimale du travail, bien que minée de nombreuses exceptions, achève de convaincre de la persistance d'un lien entre temps de travail et rémunération. Cependant, cette tendance est contrebalancée par une flexibilisation accrue du temps de travail et par la redéfinition de la notion de temps de travail effectif dans une logique essentiellement productiviste. L'instrumentalisation de la notion de temps de travail effectif permet, ainsi, d'exclure les périodes de travail où le salarié n'est pas pleinement productif. De ce fait, l'exclusion des temps de travail atypique de la sphère du temps de travail effectif permet de ne les rémunérer qu'à moindre coût, alors même que le salarié demeure sous l'autorité de l'employeur. De manière analogue,

²¹⁰⁵ LOKIEC P., « La déconnection du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv., mars 2012, p. 207.

l'alignement de l'horaire de travail et de la durée du contrat sur celle de l'activité de l'entreprise fait reposer sur le salarié les aléas de cette activité. Enfin, l'exclusion partielle ou totale de certaines catégories de salariés rompt définitivement le lien entre temps de travail et rémunération. La multiplication de ces dispositifs permet, ainsi, à l'employeur de faire coïncider la durée du travail avec celle de l'activité économique, « *de telle sorte que le salarié travaille de plus en plus en projet* »²¹⁰⁶. Le droit du travail offre, désormais, aux employeurs les moyens de flexibiliser le temps de travail au profit d'une maîtrise accrue du coût de la masse salariale.

687. La sophistication des modes de rémunération tend essentiellement à promouvoir la rémunération des résultats du travail. La validation des clauses de rémunération variable par le juge, permet de faire fluctuer la rémunération selon des objectifs ou des critères économiques. Ces clauses, dont le régime juridique est peu contraignant, permet de transférer une partie des risques de l'activité de l'entreprise sur la rémunération des salariés. Dans le même ordre d'idée, la rémunération des dirigeants de sociétés est de plus en plus dépendante de critères de performance afin de lutter contre les rémunérations excessives. Le développement de l'association des salariés aux bénéfices de l'entreprise se traduit par une promotion et un assouplissement des mécanismes d'intéressement, de participation et d'épargne salariale. La part grandissante de ces mécanismes dans la composition totale de la rémunération témoigne du changement de conception de la rémunération dans laquelle les périphériques du salaire sont appelés à occuper une place toujours plus importante. Ces nouvelles formes de rémunération ont pour caractéristique commune d'être dépendantes de la situation économique de l'entreprise dans la détermination de leur montant. Leur essor ouvre la voie à une redéfinition du contrat de travail conçu originellement comme une « *convention de répartition des risques* »²¹⁰⁷. Cette évolution est, enfin, renforcée avec la création des accords de maintien de l'emploi et la modification du régime de l'activité partielle. Avec ces dispositifs, le contrat de travail ne garantit plus le droit à une rémunération fixe, indépendante des aléas économiques, et doit s'incliner devant l'intérêt de la sauvegarde de l'emploi.

²¹⁰⁶ PASQUIER T., « L'économie du contrat de travail », Thèse, LGDJ, 2010, p. 315.

²¹⁰⁷ LYON-CAEN A., « Les clauses de transfert de risques sur le salarié », in « Les frontières du salariat », Dalloz, 1996, n° 39, p. 151.

CONCLUSION GENERALE

688. L'étude des liens entre rémunération et travail dans le cadre de la relation salariée, suscite de nombreux et légitimes questionnements juridiques. Ces questionnements apparaissent non seulement au stade de la qualification juridique de la rémunération, mais aussi lors de l'identification des obligations des parties. L'étude de cette liaison s'impose également lors de l'appréciation du travail comme critère de détermination du montant de la rémunération. Enfin, et avec toute l'humilité due face à l'ampleur du propos, il semble qu'elle puisse permettre, pour paraphraser le Professeur Alain SUPLOT, de « *contribuer à la compréhension de ce dont ces textes nous parlent : autrement dit, de nous donner une vue imprenable sur le changement économique et social* »²¹⁰⁸. La diversification des formes de rémunération permet d'illustrer, au moins pour partie, la nécessité de penser de nouvelles formes de travail.

689. La rémunération est une catégorie juridique. Il convient de déterminer avec précision les sommes perçues par le salarié qui entrent dans cette catégorie. A côté du « noyau dur » de la rémunération, constitué par le salaire de base, se développe des compléments ou accessoires de salaire qui entretiennent des liens plus ou moins étroit avec la prestation de travail. La composition de plus en plus complexe de la rémunération rend délicat l'exercice de qualification. La compréhension de la dissociation du lien entre rémunération et travail permet de mieux appréhender ce travail de qualification. Certaines règles s'accommodent d'une définition relativement restreinte de la rémunération. C'est le cas notamment de l'assiette de calcul du salaire minimum ou des différentes indemnités de rupture du contrat de travail. Pour autant, le choix du critère du travail contrepartie se révèle d'une utilité toute relative lors de l'exercice de qualification. Les multiples facettes du terme travail, qui peut être envisagé sous l'angle de la qualité, de la quantité ou des conditions dans lesquelles il est réalisé, rend ce critère de qualification totalement inopérant. Le juge semble, lui-même, n'y avoir recours que pour exclure de la qualification de rémunération, des sommes qui lui semblent impropre à y rentrer, sans réelle justification d'un lien entre l'avantage en cause et l'exécution d'un travail. D'autres règles, cependant, sont dépendantes d'une définition large de la rémunération pour être pleinement effectives. L'abandon pur et simple de l'analyse de

²¹⁰⁸ SUPLOT A., « Pourquoi un droit du travail ? », Dr. Soc. 1990, p. 489.

la rémunération comme contrepartie du travail s'avère, dans ces hypothèses, indispensable afin d'assurer l'effectivité de ces mécanismes juridiques et de tenir en échec les stratégies d'évitement du salaire. Dès lors, la définition de la rémunération ne doit plus être dépendante d'une analyse en termes de contrepartie, mais doit être dictée par la finalité de la règle à appliquer.

690. La rémunération constitue l'objet de l'obligation principale de l'employeur. En raison du caractère synallagmatique du contrat de travail, à l'obligation de l'employeur de verser une rémunération répond l'obligation du salarié de fournir un travail. Les liens entre travail et rémunération semblent, dans cette hypothèse, évidents. Pour autant, exiger du salarié qu'il fournisse un travail ne renseigne pas suffisamment sur les contours de cette obligation. L'analyse de la jurisprudence a permis de mettre en évidence l'évolution de l'obligation du salarié, qui concourt à une redéfinition de l'objet même du contrat de travail. De l'exécution d'une prestation de travail normale, l'obligation du salarié s'est muée en une mise à disposition de sa force de travail. Ce changement du contenu obligationnel du contrat de travail entraîne de profondes répercussions sur le droit à rémunération du salarié. Ce changement, particulièrement protecteur du salarié, autorise la perception d'une rémunération en cas de défaillance ou de refus de l'employeur de lui fournir du travail. Il justifie également le droit à rémunération pour les périodes interstitielles en dehors du cadre strict du contrat de travail, dans les hypothèses où le comportement de l'employeur a rendu impossible la mise à disposition du salarié auprès d'un autre employeur. L'identification de l'existence d'une obligation de mise à disposition à la charge du salarié a permis de mettre en évidence la spécificité de la contrepartie de la créance de salaire. Ce constat permet de la distinguer des autres sources de rémunération dont peut se prévaloir le salarié dans le cadre de son contrat de travail. Ainsi, l'intéressement du salarié aux résultats de l'entreprise, l'exercice d'une fonction de mandataire social, l'exploitation de l'image ou des droits de propriété intellectuelle du salarié, constituent autant de formes de rémunération qui ne trouvent pas leur fondement dans l'obligation de mise à disposition. Cet exercice de classification s'avère indispensable dans la mesure où, à chaque type de créance spécifique, correspond un régime juridique propre. On observe toutefois une certaine porosité entre ces catégories juridiques, le juge étant tenté d'appliquer à ses créances le régime protecteur du salaire, au détriment d'une analyse juridique rigoureuse.

691. Le travail est, enfin, le critère principal de détermination du montant de la rémunération. L'adoption de l'obligation de mise à disposition comme obligation principale du salarié consacre la spécificité du contrat de travail. Le montant de la rémunération est, par principe, indépendant des aléas économiques et varie, selon le principe de réciprocité des obligations, en fonction du volume d'heures de travail fournies par le salarié. Ainsi, *« celui qui prend en charge les risques de l'activité est un travailleur indépendant (...), tandis que celui qui travaille aux risques d'autrui est un salarié »*²¹⁰⁹. Les pouvoirs publics ont pris appui sur ce lien entre travail et temps afin de mener une politique d'amélioration du pouvoir d'achat. Ainsi, le recours aux heures supplémentaires a été facilité, de même que les dérogations au travail dominical et de nuit. Dans le même temps, et dans l'objectif contradictoire de diminuer le coût du travail pour les entreprises, l'action publique vise à exclure de la rémunération les temps de travail où le salarié est peu productif. Enfin, les procédés qui associent la rémunération des salariés aux résultats de l'entreprise connaissent un véritable essor. L'équilibre général du contrat de travail, qui s'articule autour de l'échange d'une liberté contre une sécurité, s'en trouve profondément modifié et le droit à une rémunération indépendante des aléas économiques ne cesse de reculer. Alors que se développent les formes de rémunération assises sur les résultats du salarié, il est important de rappeler, avec le Professeur Pascal LOKIEC, *« que la valeur du travail, qui se mesure notamment à la rémunération perçue par le salarié, n'est ni un prix, ni un dividende »*²¹¹⁰. Afin que soit préservé la spécificité du contrat de travail, il paraît important que ce mouvement soit davantage encadré, sinon ne connaisse un reflux.

692. Pour finir, comprendre la déconnexion progressive du travail et de la rémunération permet, enfin, de s'interroger sur la place du travail au sein de notre société. Les évolutions que connaît le droit de la rémunération ne seraient-elles pas, en effet, les témoins de la raréfaction du travail salarié ? Ainsi, la limitation de cette étude au strict cadre des relations salariées ne doit pas occulter le renouvellement des formes de travail en général. La diminution du travail salarié, l'accès de plus en plus fermé au contrat de travail à durée indéterminée, devenu pour beaucoup un grâle inaccessible, conduisent de plus en plus de travailleurs à rechercher, en dehors du droit du travail, de nouvelles sources de

²¹⁰⁹ PASQUIER T., « L'économie du contrat de travail », Thèse, LGDJ, 2010, p. 355.

²¹¹⁰ LOKIEC P., « Il faut sauver le droit du travail ! », Odile Jacob, 2015, p. 155.

rémunération. Si le travail salarié devient plus rare, le besoin de rémunération, lui, ne diminue pas. La création, puis le succès rencontré, par le statut d'autoentrepreneur, manifeste, certes, le désir d'entrepreneuriat éprouvé par beaucoup de travailleurs, mais illustre également cette nécessité de se procurer des revenus qu'une activité salariée n'est plus à même d'assurer²¹¹¹. Témoin de cette évolution, la loi Travail du 8 août 2016 fait entrer pour la première fois dans le Code du travail des travailleurs non subordonnés²¹¹². Aux termes de l'article L. 7341-1 du Code du travail, les « *travailleurs indépendants recourant, pour l'exercice de leur activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique* » sont désormais titulaires de droits spécifiques en matière d'accès à la formation, d'assurance des accidents du travail et de validation des acquis de l'expérience²¹¹³. Si l'ampleur que prendra ce phénomène est encore incertaine, il illustre toutefois les évolutions contemporaines des formes de travail et la nécessité, pour le droit du travail, de répondre à ces mutations.

²¹¹¹ CHAUCHARD J.-P., « L'entreprise individuelle, avant les professions », Dr. Soc. 2016, p. 142.

²¹¹² LYON-CAEN A., « Plateforme », RDT 2016, p. 301.

²¹¹³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- **AUBIN G. et BOUVERESSE J.**, « Introduction historique au droit du travail », PUF, 1995.
- **AUZERO G. et DOCKES E.**, « Droit du travail », Dalloz, coll. Précis, 2016, 30^{ème} éd.
- **AZEMA J. et J.-C. GALLOUX**, « Droit de la propriété industrielle », Dalloz, 2012, 7^{ème} éd.
- **BRUN A. et GALLAND H.**, « Droit du travail – Les rapports individuels de travail », SIREY, 1978, 2^{ème} éd.
- **CAMERLYNCK G.-H.**, « Le contrat de travail », Dalloz, 1982, 2^{ème} éd.
- **CAPITANT H. et CUCHE P.**, « Précis de législation industrielle », Dalloz, 1939, 5^{ème} éd.
- **CARBONNIER J.**, « Droit civil – La famille », PUF, 1999, 20^{ème} éd.
- **CARBONNIER J.**, « Droit civil – Les personnes », Thémis, PUF, 1982, 14^{ème} éd.
- **CARON C.**, « Droit d’auteurs et droits voisins », LexisNexis, 2015, 4^{ème} éd.
- **CASTEL R.**, « Les métamorphoses de la question sociale », Fayard, 1995.
- **CORNU G., (dir.)**, « Vocabulaire juridique », PUF, 2016, 11^{ème} éd.
- **COUTURIER G.**, « Droit du travail – Les relations individuelles de travail », PUF, 1993, 3^{ème} éd.
- **COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F.**, « Droit des sociétés », LexisNexis, 2015, 28^{ème} éd.
- **DIDRY C.**, « Droit et salariat dans l’histoire », La dispute, 2016.
- **DUPEYROUX J.-J., BORGETTO M. et LAFORE R.**, « Droit de la sécurité sociale », Dalloz, Précis, 2015, 18^{ème} éd.
- **DURAND P. et JAUSSAUD R.**, « Traité de droit du travail », Dalloz, Tome I, 1947.
- **DURAND P. et VITU P.**, « Traité de droit du travail », Dalloz, Tome II, 1950.
- **FAVENNEC-HERY F. et VERKINDT P.-Y.**, « Droit du travail », LGDJ, 2016, 5^{ème} éd.

- **FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É.**, « Les obligations. Tome 1 – L'acte juridique », Sirey 2014, 16^{ème} éd.
- **FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É.**, « Les obligations. Tome 2 - L'acte juridique », Sirey, 2009, 13^{ème} éd.
- **FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.**, « Les obligations. Tome 3 – Le rapport d'obligation », Sirey, 2013, 8^{ème} éd.
- **GAUDU F. et VATINET R.**, « Les contrats du travail », LGDJ, Traité des contrats, 2001.
- **HALPERIN J.-L.**, « Histoire du droit privé français depuis 1804 », PUF, 2012, 2^{ème} éd.
- **IMBERT J.**, « Histoire du droit privé », PUF, Coll. Que sais-je, 1995.
- **LE CANNU P. et DONDERO B.**, « Droit des sociétés », LGDJ 2015, 6^{ème} éd.
- **LE GOFF J.**, « Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail », Presses universitaires de Rennes, 2004.
- **LOKIEC P.**, « Droit du travail – Tome I Les relations individuels de travail », Thémis droit, PUF, 2011, 1^{ère} éd.
- **LYON-CAEN G.**, « Le salaire », *in* Traité de droit du travail (dir. Camerlynck G.-H.), Dalloz, tome 2, 1981, 2^{ème} éd.
- **MAZEAUD A.** « Droit du travail », Montchrestien, 20014, 9^{ème} éd.
- **MAZEAUD H.-L. et J. et CHABAS F.**, « Leçons de droit civil, Obligations », Montchrestien, 8^{ème} éd., 1991.
- **MEDA D.**, « Le travail. Une valeur en voie de disparition ? », Flammarion, Champs essais, 2010.
- **MORVAN P.**, « Restructuration en droit social », LexisNexis, 2013, 3^{ème} éd.
- **MORVAN P.**, « Droit de la protection sociale », LexisNexis, 2015, 7^{ème} éd.
- **OLSZAK N.**, « Histoire du droit du travail », Economica, 2011.
- **REYNAUD B.**, « Les théories du salaire », Repère, 1994.
- **RIVERO J. et SAVATIER J.**, « Droit du travail », PUF, Thémis, 1993, 13^{ème} éd.
- **SALOMON R. et MARTINEL A.**, « Droit pénal social », Economica, 2015, 2^{ème} éd.

- **TERRE F., SIMLER P ; et LEQUETTE Y.**, « Droit civil – Les obligations », Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2009.

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies :

A

- **ADAM P.**, « L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié individu », Thèse, LGDJ, 2005.

- **AFARA I.**, « L'égalité entre les travailleurs en droit du travail », Thèse, Université de Nantes, 2000.

- **AHNER F. et J.-J. TOUATI**, « Inventions et créations des salariés », Lamy 2013, 2^{ème} éd.

- **ANTONMATTEI P.-H.**, « Les clauses du contrat de travail », éd. Liaisons, 2009.

- **ARTUS P., CAHUC P. et ZYLBERBERG A.**, « Temps de travail, revenu et emploi », La documentation française, 2007.

- **ASKENAZY P. ET COHEN D. (dir.)**, « 5 crises, 11 nouvelles questions d'économie contemporaine », Albin Michel, 2013.

- **ASUNCION PLANES K.**, « La réfaction du contrat », Thèse, LGDJ, 2006.

B

- **BAILLY J.-P.**, « Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans les commerces », La documentation française, décembre 2013.

- **BAREGE A.**, « L'éthique et le rapport de travail », Thèse, LGDJ, 2008.

- **BARTHELEMY J.**, « Evolution du droit social », Lamy Axe droit, 2009.

- **BARTHÉLÉMY J.**, « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Liaisons sociales, 2015, 2^{ème} éd.

- **BERTHIAU D.**, « Le principe d'égalité et le droit civil des contrats », Thèse, LGDJ, Paris, 1999.

- **BERTHIER P.-E.**, « La récompense en droit du travail », Thèse, LGDJ, 2014.

- **BES L.**, « Le contrat de travail et les dirigeants sociaux », thèse, Toulouse I, 1981.

- **BOISARD P.**, « La durée du travail effectif : analyse d'une convention », La découverte, Coll. Recherches, 2006.

- **BOUCRIS-MAITRAL G.**, « Création et salariat », Thèse, Lyon 2, 2005.

C

- **CALBIAC J.**, « Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise », thèse, PUAM, 2012.

- **CESARO J.-F. (dir.)**, « L'égalité en droit social », LexisNexis, 2012.

- **CHANTEPIE G.**, « La lésion », thèse, LGDJ, 2001.

- **CLIQUET M.**, « Politique de rémunération et d'intéressement », Ed. de l'entreprise moderne, 1959.

- **COHEN M. et MILLET L.**, « Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe », LGDJ, 2016, 12^{ème} éd.

- **CORMIER LE GOFF A. et BENARD E.**, « Les restructurations », 3^{ème} éd., Wolters Kluwer, 2014.

- **COULOMBEL P.**, « Le particularisme de la condition juridique », Thèse, 1950.

D

- **DAVID N.**, « Les compléments de salaire », Thèse, Montpellier I, 1983.

- **DE LA VILLEGUERIN Y.**, « Epargne salariale et actionnariat salarié », Groupe Revue Fiduciaire, 2016, 3^{ème} éd.

- **DELHAYE Y.**, « Le contrôle de la rémunération des dirigeants », Mémoire, 2010, Bordeaux.

- **DIOTALLEVI G.-H.**, « De quelques obligations accessoires au contrat de travail », Thèse, LGDJ, 2015.

- **DOCKES E., JEAMMAUD A., PELISSIER J. et LYON-CAEN A.**, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2008, 4^{ème} éd.

- **DONNADIEU G.**, « Du salaire à la rétribution », éd. Liaisons, 1997, 3^{ème} éd.
- **DRAI L.**, « Le droit du travail intellectuel », Thèse, Lille 2, LGDJ 2005.
- **DUPOUEY C.**, « Essai sur la notion de contrepartie. Contribution à l'étude des rapports entre droit du travail et droit des contrats », Thèse, Toulouse 1, 2007.

F

- **FREYSSINET J.**, « Emploi et chômage, peu de résultats, beaucoup de rapports », IRES, 1995, Document de travail, n° 95.
- **FRIDENSON P. et REYNAUD B.**, « La France et le temps de travail (1814-2004) », Odile Jacob, 2004.
- **FROSSARD S.**, « Les qualifications juridiques en droit du travail », Thèse, LGDJ, 2000.

G

- **GADRAT M.**, « Restructuration et droit social », Thèse, Université de Bordeaux, 2014.
- **GARDES D.**, « La notion de travail : essai et enjeux d'une définition juridique », Thèse, Toulouse 1, 2011.
- **GARECHE B.**, « La qualification de quelques avantages financiers accordés aux dirigeants de sociétés en droit français », Thèse, Paris 13, 2013.
- **GENIAUT B.**, « La proportionnalité dans les relations de travail », Thèse, Dalloz, 2009.
- **GIBIRILA D.**, « Le dirigeant de société – Statut juridique, social et fiscal », Litec, 1995.
- **GRATTON L.-K.**, « Les clauses de variation du contrat de travail », Thèse, Dalloz, 2011.
- **GRÉVY M.**, « La sanction civile en droit du travail », Thèse, PUAM, 2000.
- **GUEDJ F. et VINDT G.**, « Le temps de travail, une histoire conflictuelle », Syros, 1997.

H

- **HENNEBELLE D.**, « Essai sur la notion de salaire », thèse, Aix-Marseille, 2000.

J

- **JEANSEN E.**, « L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail », Thèse, Economica, 2008.

- **JOHANSSON A.**, « La détermination du temps de travail », Thèse, LGDJ, 2006.

- **JUES J.-P.**, « La rémunération globale des salariés », coll. Que-sais-je, PUF, 1995.

L

- **LEBORGNE INGELAERE C.**, « La gratuité en droit social. Essai sur le régime juridique du travail gratuit », Thèse Lille 2, 2005.

- **LE CORRE P.-M.**, « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz Action, 2011, 6^{ème} éd.

- **LE GALLOU C.**, « La notion d'indemnité en droit privé », thèse, LGDJ, 2007.

- **LIEUTIER J.-P.**, « Le modèle de l'actionnariat salarié », thèse, PUAM, 2012.

- **LIPSKI J.-S.**, « Contribution à l'étude des dispositifs de la participation financière », thèse Panthéon-Assas, 2010.

- **LOKIEC P.**, « Il faut sauver le droit du travail ! », Odile Jacob, 2015.

- **LYON-CAEN G.**, « Le salaire », Traité de droit du travail, Dalloz, 2^{ème} éd., 1981.

M

- **MABILEAU R.**, « L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », thèse, Nantes, 2004.

- **MAGNIER V. (dir.)**, « La gouvernance des sociétés cotées dace à la crise », LGDJ 2010.

- **MEL J.**, « La création salariée en droit d'auteur », thèse, Paris XII, 2005.
- **MERIAUX O., KERBOURC'H J.-Y. et SEILER C.**, « Evaluation de la loi du 4 mai 2004 sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises », DARES, Août 2008.
- **MEURS D.**, « La rémunération du travail », coll. Que-sais-je, PUF, 1995.

O

- **ONDZE S.**, « La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur, Thèse, Nanterre, 2012.

P

- **PALLANTZA D.**, « La créance de salaire », Thèse, L'Harmattan, 2014.
- **PASQUIER T.**, « L'économie du contrat de travail – Conception et destin d'un type contractuel », Thèse, LGDJ, 2009.
- **PASSERONE T.**, « L'individualisation des rémunérations », thèse, Paris 2, 2010.
- **PELISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKES E.**, « Les grands arrêts du droit du travail », Dalloz, 2008, 4^{ème} éd.
- **PELLETIER F. et BEZILLE K.**, « Mise à disposition, prestation de service et sous-traitance », Wolters Kluwer, 2014.
- **PESSINA-DASSONVILLE S.**, « L'artiste-interprète salarié », Thèse, PUAM, 2006.
- **PIPPI F.**, « De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social », Thèse, LGDJ, 1966.

R

- **RADE C.**, « Responsabilité civile et droit du travail », Thèse, LGDJ, 1997.
- **RADE C.**, « Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise », Ed. Liaisons, 2011.

- **REJET T.**, « La force de travail, (étude juridique) », Thèse, Litec, 1992.
- **RIPERT G.**, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 1951, 2^{ème} éd.
- **ROBINNE S.**, « Contribution à l'étude de la notion de revenus en droit privé », Thèse, PU Perpignan, 2003.
- **ROCHFELD J.**, « Cause et type de contrat », Thèse, LGDJ, 1997.
- **ROMAN B.**, « Bâtir une stratégie de rémunération », DUNOD, 3^{ème} éd. 2016.
- **ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N.**, « Le juge et le contrat de travail – Essai d'une relecture judiciaire d'un contrat », Thèse, LGDJ, 2014.

S

- **SORIA O.**, « À la recherche du critère du contrat de travail », thèse, Bordeaux IV, 2003.
- **SUPIOT A. (dir.)**, « Le travail en perspectives », LGDJ, 1998.
- **SUPIOT A.**, « Critique du droit du travail », PUF, 2011, 3^{ème} éd.

T

- **TEYSSIE B. (dir.)**, « Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.

W

- **WOLMARK C.**, « La définition prétorienne », Thèse, Dalloz, 2007.

DIV

- « Analyse juridique et valeurs en droit social », Etudes offertes à Jean PELISSIER, Dalloz, 2004.
- « Créations et inventions de salariés, Rompre avec les schémas reçus... », Litec 2009, colloque de l'IRPI.

ARTICLES, FASCICULES ET RÉPERTOIRES :**A**

- **ACAR B. et BELIER G.**, « Astreintes et temps de travail », Dr. soc. 1990, p. 502.
- **ADAM P.**, « Harcèlement moral », Dalloz, Répertoire de droit du travail, septembre 2014.
- **AGUERA J.**, « Discrimination et égalité de traitement, Avant qu'il ne soit trop tard... », SSL Suppl. 2006, n° 1256, p. 31.
- **AKANDJI-KOMBE J.-F.**, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 », RDT 2011, p. 233.
- **AKANDJI-KOMBE J.-F.**, « La modulation du temps de travail : regard sur une validation constitutionnelle », SSL 2012, n° 1534, p. 10.
- **ALBIOL J.-M. et TODOROV P.**, « Pour un nouveau statut des dirigeants en France », Revue Lamy dr. Aff. 2009, n° 2071.
- **ALBOULY**, « Rémunération des dirigeants et performances financières », Analyse financière 2004, n° 10.
- **ALFANDARI E.**, « Le volontariat civil, au service des associations », RDSS 2001, p. 125.
- **ALFANDARI E.**, « Insertion et exclusion : l'insertion dans une communauté de vie exclut-elle le contrat de travail salarié ? », D. 2002, p. 1705.
- **ALLIX D.**, « Un nouveau passeport pour les loisirs, le vrai faux contrat de travail », Dr. Soc. 2009, p. 780.
- **ALLEAUME C.**, « La titularité des droits d'auteur des salariés de droit privé », Droit et patrimoine, avril 2006, n° 147, p. 158.
- **ALLOUACHE A. et VACARIE I.**, « La composition et la charge de la rémunération », Dr. Soc. 2009, p. 1025.
- **AMIEL-COSME L.**, « Rémunérations des dirigeants sociaux », Dalloz, Rép. des sociétés, Juin 2002.

- **ANDJECHAIRI S. et SERRA Y.**, « Abus de majorité et rémunération du dirigeant », RJDA 6/2012, p. 511.

- **ANTONMATTEI P.-H.**, « La qualification du salaire », Dr. Soc. 1997, p. 572.

- **ANTONMATTEI P.-H.**, « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois », Dr. soc. 1999, p. 996.

- **ANTONMATTEI P.-H.**, « Avantage catégoriel d'origine conventionnelle : évitons la tempête ! », Dr. soc. 2009, p. 1169.

- **ANTONMATTEI P.-H.**, « Accord de maintien de l'emploi : premier lifting législatif », Dr. soc. 2015, p. 811.

- **ASENCIO S.**, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial d'intérêt commun » », Rev. Sociétés 2000, p. 683.

- **ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, « La difficile distinction du contrat de bénévolat et du contrat de travail », RJS 12/2002, p. 983.

- **ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, « L'exonération de cotisations sociales et sa conjugaison avec le principe d'égalité de traitement », Dr. soc. 2013, p. 907.

- **ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, « Les avantages sociaux requalifiés en salaire », Dr. soc. 2014, p. 735.

- **AUBERT-MONPEYSSEN T.**, « Principe « à travail égal, salaire égal » et politique de gestion des rémunérations », Dr. Soc. 2005, p. 18.

- **AUVERGNON P.**, « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? », RDT 2013, p. 309.

- **AUZERO G.**, « La corporate governance et les salariés », Dr. ouv. 2000, p. 150.

- **AUZERO G.**, « Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, présentation générale », BJS 2001, p. 345, § 89.

- **AUZERO G.**, « Actionnariat salarié et gouvernement de l'entreprise », Bulletin de droit comparé et de la sécurité sociale, 2001, p. 129.

- **AUZERO G.**, « Attribution individuelle des stock-options et licenciement injustifié du bénéficiaire : le recours salutaire au droit des obligations », BJS 2005, p. 177.

- **AUZERO G.**, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », Dr. soc. 2006, p. 822.

- **AUZERO G.**, « Actions de préférence et actionnariat salarié », BJS, 2006, p. 1288.
- **AUZERO G.**, « Montant et modalités de paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence », RDT 2007, p. 308.
- **AUZERO G.**, « Développement de la participation et de l'actionnariat salarié (L. 2006-1770, 30 décembre 2006) », BJS 2007, p. 331.
- **AUZERO G.**, « Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : aspects de droit des sociétés et de droit du travail », BJS 2007, p. 1035.
- **AUZERO G.**, « Nouvelles précisions sur le régime juridique de la clause de garantie d'emploi », RDT 2007, p. 719.
- **AUZERO G.**, « Qualification des gratifications versées aux salariés par l'employeur », Lexbase Hebdo éd. soc., octobre 2009, n° 369.
- **AUZERO G.**, « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », RDT 2009, p. 358.
- **AUZERO G.**, « Je ne m'amuse pas, je travaille », RDT 2009, p. 507.
- **AUZERO G.**, « La détermination des créances garanties par l'AGS en matière d'épargne salariale », RDT 2009, p. 358.
- **AUZERO G.**, « Licéité des clauses de présence dans les plans de stock-options : évolutions et perspectives », RDT 2010, p. 28.
- **AUZERO G.**, « L'articulation des normes conventionnelles », Dr. ouv. 2010, p. 324.
- **AUZERO G.**, « La prime sur la valeur ajoutée », BJS 2011, p. 650.
- **AUZERO G.**, « Validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires », Lexbase Hebdo édition sociale, mars 2011, n° 434.
- **AUZERO G.**, « Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective », RDT 2012, p. 269.
- **AUZERO G.**, « Date de prise d'effets d'une requalification de contrat à durée déterminée en une relation à durée indéterminée », Lexbase Hebdo éd. soc., novembre 2013, n° 548.
- **AUZERO G.**, « Loi Macron : dispositions relatives à l'épargne salariale », Lexbase hebdo, éd. soc., septembre 2015, n° 623.

- **AUZERO G. et CHONNIER J.-M.**, « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », *Dr. soc.* 2011, p. 52.

- **AUZERO G. et FERRIER N.**, « Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *Dalloz, Rép. de droit du travail*, janvier 2010.

B

- **BACH O.**, « Retour sur les dispositifs d'aménagement du temps de travail », *Lexbase hebdo., éd. soc.*, 2015, n° 522.

- **BACH P.-O. et BRIVOIS D.**, « Avenant complément d'heures au contrat de travail à temps partiel », *JCP S* 2015, n° 22, 1190.

- **BAILLY P.**, « L'égalité dans les relations individuelles de travail : la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *in* *Egalité et droit social, Bibliothèque de l'IRJS*, 2014, p. 187.

- **BALHADERE A.**, « La loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat : les parachutes dorés », *Petites affiches*, 12 mai 2008, n° 132, p. 16.

- **BARADEL S.**, « Durée et charge de travail : objectifs et limites de l'exigence de rentabilité », *Dr. ouv.* 2012, p. 190.

- **BARRIERE F.**, « Les nouvelles règles d'encadrement des parachutes dorés », *Option Finance* 2007, n° 945, p. 35.

- **BARTHELEMY J.**, « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr. soc.* 1994, p. 156.

- **BARTHELEMY J.**, « Les relations du salaire et du temps de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 581.

- **BARTHELEMY J.**, « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », *JCP S* 2005, n° 17, 1276.

- **BARTHELEMY J.**, « Qualification de l'activité du participant à une émission de télé réalité », *SSL* 2009, n° 1382, p. 8.

- **BARTHELEMY J. et ROSE H.**, « L'arrêt Blue green en débat », *SSL Suppl.* 2008, 1343, p. 62.

- **BAUGARD D.**, « Le temps partiel dans la loi de sécurisation de l'emploi », Les Cahiers sociaux, 2013, n° 254.
- **BAUGARD D.**, « L'indemnisation de l'activité partielle après la loi du 14 juin 2013 et le décret du 26 juin 2013 », Dr. soc. 2013, p. 798.
- **BAUGARD D.**, « Le droit à l'emploi », Dr. soc. 2014, p. 332.
- **BAUGARD D.**, « L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non-concurrence », IRJS, Mélanges GAUDU F., 2014, p. 331.
- **BEAL S. et TERRENOIRE C.**, « Quel avenir pour la notion de « travaux ayant une valeur égale ? », SSL 2010, n° 1466, p. 5.
- **BEFFA J.-L., BOYER R. et TOUFFUT J.-P.**, « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », Dr. soc. 1999, p. 1039.
- **BENILSI S.**, « La clause de non-sollicitation », JCP S 2007, 1976, p. 15.
- **BÉLIER G. et CORMIER A.**, « Stock-options et droit du travail », Dr. soc. 2000, p. 838.
- **BENAC-SCHMIDT F. et LOURROUMET C.** « Responsabilité des commettants », Dalloz, Répertoire de droit du travail, juillet 1999.
- **BERTHOU K.**, « Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 27 mai 2008 », Dr. soc. 2009, p. 410.
- **BERTHOU K.**, « La CJCE et l'égalité de traitement : quelles orientations ? », Dr. Soc. 2001, p. 879.
- **BERTREL P.**, « Le débat sur la nature de la société », Mélanges Alain SAVAG, p. 131.
- **BEYSSAC T. et PERRETTI J.-M.**, « Evolution des politiques de rémunération : aperçu international », in « Les rémunérations, Politiques et pratiques pour les années 2000 », Vuibert, 2000, p. 35.
- **BLANC E.**, « La genèse de l'article 45 de la loi Warsmann », SSL 2012, n° 1534, p. 3.
- **BLANC D.**, « Foire aux questions sur l'aménagement collectif du temps de travail », Les cahiers du DRH, novembre 2015, n° 217/218.

- **BONNECHERE M.**, « Egalité professionnelle entre les hommes et les femmes : réflexions sur les limites du droit », Dr. ouv. 1984, p. 213.
- **BORDIER G.**, « Rémunération des dirigeants », LPA 17 novembre 2005, p. 55.
- **BOUBLI B.**, « Le Smic dans les professions à horaire prédéterminé : l'exemple des distributeurs de prospectus », JCP S 2005, n° 22, p. 11.
- **BOUDIAS A., BOUDIAS P. et VALLAT A.**, « L'attribution de stock-options : un schisme dans la définition de la rémunération ? », SSL 2011, n° 1503, p. 11.
- **BOUILLOUX A.**, « Les éléments de rémunération à prendre en compte pour calculer le montant du salaire minimum de croissance », D. 1995, p. 372.
- **BOUILLOUX A.**, « Les indemnités de rupture négociée et l'assiette des cotisations », SSL 2008, n° 1373.
- **BOULMIER D.**, « Intéressement des salariés. Analyse de 62 accords signés dans le Loiret en 1992 », SSL Suppl. 30 janvier 1995, n° 729.
- **BOULMIER D.**, « A propos du caractère de rémunération collective de l'intéressement des salariés », D. 2002, p. 2563.
- **BOULMIER D.**, « Lock-out : conséquences d'un lock-out illicite », Dr. soc. 2014, p. 292.
- **BOULOC B.**, « Abus de biens sociaux par rémunération excessive du président », Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, 2005, p. 200.
- **BOUGRINE A. et BENAC A.**, « Les particularités du contrôle des rémunérations dans les sociétés anonymes cotées », Journal des sociétés 2012, p. 31.
- **BOUVIER O.-L.**, « La notion de temps de travail effectif : évolutions en droit interne et en droit communautaire », RJS 11/05, p. 751.
- **BOY L.**, « La nature juridique de la retraite allouée par la société anonyme à son ancien président », Dr. soc. 1980, p. 413.
- **BRETON A.**, « La rémunération de l'indivisaire gérant », D. 1974, p. 113.

- **BRICE A. et GUILLOUET D.**, « Le régime social des indemnités de rupture », SSL 2008, n° 1358.
- **BRIENS G.**, « Les suppléments d'intéressement et de participation », SSL 11 juin 2007, n° 1311, p. 7.
- **BRIMO S.**, « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail », RDSS 2013, p. 251.
- **BRIOUDE B. et DUFLOS J.-J.**, « Régime social et fiscal des indemnités de rupture », SSL 6 mars 2000, n° 971.
- **BRISSY S.**, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. soc. 2008, p. 434.
- **BRISSY S.**, « Temps de trajet et temps de travail », JCP S 2009, n° 12, p. 29.
- **BRUDER A.**, « L'actionnariat salarié : vers une accession illusoire des salariés au pouvoir ? », Petites affiches, 19 juillet 2006, p. 4.
- **BRUDER A.**, « Actionnariat salarié et surperformance des entreprises », Petites affiches, 6 juillet 2009, p. 6.
- **BRUDER A.**, « Faut-il repenser les mécanismes de rémunération différée ? », JCP S, 2010, act. 375.
- **BRUGUIERE J.-M. et BREGOU A.**, « L'image, entre droit civil et droit d'auteur », D. 2008, p. 2985.

C

- **CAILLOUX-MEURICE L.**, « Le travail de nuit et le travail en soirée : à chaque nuit suffit sa peine », JCP S 2015, n° 38, 1319, p. 22.
- **CAIRE G.**, « Les trois âges de la liaison salaire-productivité », Travail et Emploi, juillet 2002, n° 91, p. 57.
- **CALVAYRAC D. et KANTOROWICZ B.**, « Le portage salarial : un mode d'organisation du travail enfin sécurisé », SSL 2015, n° 1673.
- **CALVO J.**, « Les créations des salariés », Petites affiches, 11 mars 1998, n° 30, p. 11.

- **CAMERLYNCK G.-H.**, « L'autonomie du droit du travail », D. 1956, chr. 23.
- **CAMERLYNCK G.-H.**, « L'indemnité de licenciement », JCP 1957, I, 1391.
- **CANUT F.**, « Temps de travail : le nouvel ordonnancement juridique », Dr. soc. 2010, p. 379.
- **CANUT F.**, « Stipulation d'une clause de non-concurrence nulle et indemnisation du salarié », Dr. ouv. 2011, p. 209.
- **CARON C.**, « L'adaptation du droit d'auteur de la création salariée à l'entreprise », Légicom 2003, p. 13.
- **CARON C.**, « Le contrat d'image n'est pas un contrat d'auteur », CCE février 2009, p. 27.
- **CASAUX-LABRUNEE L.**, « La légalisation risquée du portage salarial », SSL 2008 n° 1349.
- **CASEY J.**, « Les stock-option et le régime de communauté : retour sur une difficulté liquidative », JCP N 2006, n° 1213.
- **CASTALDO A.**, « L'histoire juridique de l'article 1781 du Code civil », Revue historique de droit français et étranger, 1977, p. 211.
- **CASTRONOVO M.**, « Clause de clientèle et clause de non-concurrence », RDT 2010, p. 507.
- **CATALA P.**, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », RTD Civ., 1966, p. 195.
- **CESARO J.-F.**, « Le contrat de travail à temps partiel et le contrat de travail intermittent », JCP S 2013, n° 26, 1270, p. 22.
- **CESARO J.-F et GAUTIER P.-Y.**, « Tenter sa chance : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », D. 2009, p. 2116.
- **CHALARON Y.**, « Congés payés annuels », Dalloz, Rép. de droit du travail, mai 2005.
- **CHALVIGNAC F.**, « A la recherche des fondements de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence », TPS février 2004, Chronique, p. 7.
- **CHAMPAUD C. et DANET D.**, « Informations sur les rémunérations des administrateurs », RTD Com., 2005, p. 749.
- **CHAMPAUD C. et DANET D.**, « Indemnisation dite parachutes dorés », RTD Com. 2007, p. 738.

- **CHARVERIAT A.**, « Attribution d'une retraite à un dirigeant », RJD 1992, p. 439.
- **CHAUCHARD J.-P.**, « L'évitement du salaire », Dr. soc. 2011, p. 32.
- **CHAUCHARD J.-P.**, « L'entreprise individuelle, avant les professions », Dr. Soc. 2016, p. 142.
- **CHELLE D.**, « L'assiette des cotisations de Sécurité sociale et les indemnités de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 535.
- **CHELLE D. et PRETOT X.**, « Indemnités de rupture des salariés : prélèvements sociaux et fiscaux (étude comparée) », RJS 7/90, p. 375.
- **COHEN D. et GAMET L.**, « Loft-story : le jeu travail », Dr. soc. 2001, p. 791.
- **COLIN E.**, « Bataille de sources sur les rémunérations », Cahiers sociaux, novembre 2015, n° 279, p. 602.
- **COMMERAS N., SAINT-ONGE S. et Le ROUX A.**, « La participation financière : historique, efficacité et conditions de succès », in Les rémunérations, Politiques et pratiques pour les années 2000 », Vuibert, 2000, p. 161.
- **CONAC P.-H.**, « Le contrôle de la rémunération (say on pay) », Revue des sociétés 2013, p. 400.
- **CORMIER LE GOFF A. et LEMERCIER A.**, « Les apports de la loi du 30 décembre 2006 en matière de participation et d'actionnariat salarié », Dr. soc. 2007, p. 152.
- **CORNETTE de SAINT-CYR X.**, « La fixation de la rémunération du gérant de SARL », LPA 1986, n° 109, p. 9.
- **CORNU G.**, « Les définitions dans la loi », Mélanges Jean VINCENT, Dalloz 1981, p. 77.
- **CORRIGNAN-CARSIN D.**, « Contrat de travail à durée déterminée », Dalloz, Rép. de droit du travail, septembre 2012, n° 258.
- **COTTIN J.-B.**, « La logique de l'égalité jurisprudentielle », in L'égalité en droit social, LexisNexis, 2012, p. 44.
- **COTTIN J.-B.**, « Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs », JCP S 2015, n° 9, 1065, p. 23.
- **COURET A.**, « Le sort des stocks options dans les liquidations de communauté et de succession : approche critique d'idées nouvelles », JCP N, 26 mars 1999, n° 12, p. 525.

- **COURET A.**, « Stock-options et bons de créateurs d'entreprise », GP, 24 mai 2001, n° 83, p. 23.
- **COURET A.**, « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », Dr. soc., 2008, p. 521.
- **COURET A.**, « Le désintérêt social », Mélanges Pierre BEZARD, Montchrestien 2003, p. 63.
- **COURET A.**, « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », Dr. soc. 2008, p. 521.
- **COURTHEOUX J.-P.**, « Principes, fonctions complémentaires et dépassement du salaire minimum », Dr. soc. 1978, p. 276.
- **COURTHEOUX J.-P.**, « Le salaire minimum, étalon de valeur », Dr. soc. 1984, p. 100.
- **COURTHEOUX J.-P.**, « Le salaire minimum, salaire de référence », Dr. soc. 1990, p. 836.
- **COUTURIER G.**, « Les techniques civilistes et le droit du travail », D. 1975, p. 151.
- **COUTURIER G.**, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. soc. 1998, p. 523.
- **COUTURIER G.**, « De quoi le salaire est-il la contrepartie ? », Dr. soc. Jan. 2011, p. 10.
- **COUTURIER G.**, « Accords de maintien de l'emploi », Dr. Soc. 2013, p. 805.
- **CREVEL L.**, « Le régime social définitif des indemnités de rupture », JCP S 2013, 1177.
- **CRISTAU A.**, « La mise en chômage technique consécutive à un conflit collectif du travail », Dr. soc. 2000, p. 1091.
- **CRISTAU A.**, « Lock-out et mise en chômage technique », Dalloz, Répertoire de droit du travail, janvier 2008.

D

- **DAIGRE J.-J.**, « Réflexions sur le statut sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », Rev. Sociétés 1981, p. 487.
- **D'ALLENDE M.**, « Réforme du repos dominical Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 », JCP S 2009, 1385, p. 8.

- **DANNEBERGER F.**, « Régime spécial de conventions réglementées pour les parachutes dorés », LPA 2007, n° 247 p. 6.
- **DEBOISSY F.** « Le contrat de société », Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henry Capitant sur le thème du contrat, mai 2005.
- **DECOOPMAN N.**, « La notion de mise à disposition », RTD Civ. 1981, p. 301.
- **DEDESSUS LE MOUSTIER N.**, « Les fonctions du compte épargne-temps », Dr. soc. 1998, p. 547.
- **DE LA GARANDERIE D.**, « Le contrôle des parachutes dorés », D. 2008, p. 2584.
- **DELGA J.**, « Les indemnités de révocation des PDG de SA en France sont interdites. Propos sur les goldens parachutes », JCP E 2007, n° 1803.
- **DELSOL X.**, « Quel statut social pour le travail communautaire ? », CSB spéc. juillet-août 2002, p. 39.
- **DELSOUIILLER J. et BERTRAND J.**, « Conventions réglementées : une synthèse au service des praticiens », JCP E 2010 n° 11, 1269.
- **DEPINCE M.** « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Com. 2009, p. 259.
- **DERUE A.**, « La durée minimale de travail », SSL 17 novembre 2014, n° 1652, p. 6.
- **DESCAMPS M.-P.**, « L'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale des avantages en espèces alloués par le comité d'entreprise », Dr. soc. 1991, p. 80.
- **DESJARDINS B.**, « La réintégration », Dr. soc. 1992, p. 766.
- **DOCKES E.**, « L'engagement unilatéral de l'employeur », Dr. soc. 1994, p. 227.
- **DOCKES E.**, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », Dr. soc. 1997, p. 140.
- **DOCKES E.**, « Consécration de la nature contractuelle du salaire », RJS 1998, p. 169.

- **DOCKES E.**, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », Etudes offertes à Jean PELISSIER, Dalloz, 2004, p. 203.
- **DOCKES E.**, « Contrat et répartition du temps de travail : une jurisprudence en chantier », Dr. soc. 2012, p. 147.
- **DOLE G.**, « La qualification juridique de l'activité religieuse », Dr. Soc. 1987, p. 381.
- **DOM J.-P.**, « L'attribution gratuite d'actions », BJS 2005, p. 187.
- **DONDERO B.**, « Pour une transparence ponctuelle de la rémunération des mandataires sociaux des sociétés anonymes non cotées », LPA 27 avril 2004, n° 84, p. 3.
- **DONDERO B.**, « Les golden hellos : le salut impossible ? », BJS 2008, p. 514.
- **DONDERO B.**, « Les instruments de gouvernance en question », *in* La rémunération des dirigeants sociaux, 2010, p. 118.
- **DONDERO B.**, « Rémunérations des dirigeants : annoncer, consulter... légiférer ? », GP 2012, n° 280, p. 2
- **DOUAOUI M.**, « Le nouveau régime social des indemnités de rupture du contrat de travail », JCP S 2011, n° 1089.
- **DRAGUE O.**, « De quelques éléments concernant les conséquences pécuniaires de la grève à l'égard des grévistes et de leurs organisations syndicales », SSL Suppl. 1986, p. 20.
- **DUCOULOUX-FAVARD C.**, « Quand y-a-t-il rémunération excessive des dirigeants de société ? », GP 2010, n° 35, p. 11.
- **DUPRILOT J.-P.**, « Contrat de travail à durée indéterminée (Modes de rupture autres que le licenciement : conditions) », Dalloz, Rép. de droit du travail 1994, n° 440.
- **DUVAL H.**, « La jurisprudence sur le SMIC ou la victoire de l'administration », JCP E 1989, II, 15464.
- **DURAND P.**, « A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », JCP 1944, I, 337.

- **DURAND P.**, « Rémunération du travail et socialisation du droit », Dr. soc. 1942, p. 83.
- **DURAND P.**, « L'association capital-travail », Dr. soc. 1951, p. 604.
- **DUFOUR O.**, « L'AMF s'invite dans le débat sur le gouvernement d'entreprise, LPA 2010, n° 29, p. 3.
- **DUPEYROUX J.-J.**, « Un nouveau regard sur la rémunération ? », Dr. soc. 1996, p. 506.
- **DU PONTAVICE**, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », *in* Mélanges Bastian, 1974, p. 177.

E

- **EDELMAN B.**, « Quand l'île de la tentation ne séduit pas le droit », D. 2009, p. 2517.
- **EL AHDAD J.**, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants », Rev. Sociétés 2004, p. 18.
- **EOCHE-DUVAL C.**, « L'adaptation du SMIC au secteur de la pêche : spécificité maritime ou laboratoire d'essai à l'usage terrestre ? », Dr. soc. 1998, p. 430.
- **EOCHE-DUVAL C.**, « Le recours au travail dominical et en soirée », JCP S 2014, n° 52, Actu. 465.
- **ESCANDE-VARNIOL M.-C.**, « Salaire (Définition - Formes) », Dalloz, Rép. Dt. Trav. 2013, n° 243.
- **ESCANDE-VARNIOL M.-C.**, « Une rémunération « incitative », entre individualisation et partage du risque économique », SSL Suppl. 2013, n° 1576, p. 42.

F

- **FABRE A.**, « Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ? », SSL 2010, n° 1454.
- **FABRE A.**, « Le portage salarial au milieu du gué ? », SSL 2010, n° 1435.
- **FABRE A.**, « Le chômage partiel ne connaît pas la crise ! Retour sur une réforme au long cours », RDT 2012, p. 286.

- **FABRE A.**, « Certains changements d'horaires, même temporaires, peuvent constituer une modification du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 1053.
- **FABRE A.**, « La rémunération variable sous l'angle contentieux », Les cahiers sociaux 2015, p. 595.
- **FABRE-MAGNAN, M.**, « Le contrat de travail défini par son objet », *in* Le travail en perspective, LGDJ, 1998, p. 101.
- **FABRE-MAGNAN M.**, « La réforme du droit des contrats : quelques contre-feux civilistes à la déréglementation du droit du travail », SSL 2016, n° 1715, p. 5.
- **FANTONI S. et VERKINDT P.-Y.**, « Charge de travail et qualité de vie au travail », Dr. soc. 2015, p. 106.
- **FAUSSURIER A.**, « Rémunérations des dirigeants : vers une moralisation des pratiques ? Revue Lamy Droit des affaires, Août-septembre 2009, p. 10.
- **FAVARIO T.**, « Regards civilistes sur le contrat de société », Revue des sociétés 2008, p. 53.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Le travail à temps partiel », Dr. soc. 1994, p. 165.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Mutations dans le droit de la durée du travail », Dr. soc. 2003, p. 34.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Vers l'autoréglementation du temps de travail de l'entreprise », Dr. soc. 2005, p. 794.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Réforme du temps de travail - Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 », JCP S 2008, 1461, p. 11.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Le droit de la durée du travail, fin d'une époque », Dr. soc. 2009, p. 251.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail ? », SSL 2010, n° 1464, p. 10.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « La validité du forfait-jours : le grand écart », RJS 8-9/11, p. 587.

- **FAVENNEC-HERY F.**, « Article 45 de la loi Warsmann : solution ponctuelle ou amorce d'une réforme de fond ? », *SSL* 2012, n° 1534, p. 10.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Les accords de maintien de l'emploi, une mesure phare de la loi de sécurisation de l'emploi », *GP* 2013, n° 295, p. 10.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Temps partiel : travail choisi ou travail forcé ? », *Dr. soc.* 2013, p. 785.
- **FAVENNEC-HERY F.**, « Travail dominical, travail en soirée », *Dr. soc.* 2015, p. 787.
- **FIESCHI-VIVET P.**, « Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice », *D.* 1976, p. 150.
- **FIESCHI-VIVET**, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS* 7/1991, p. 414.
- **FILIPETTO E.**, « Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi », *RDT* 2016, p. 415.
- **FLORES P.**, « Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes », *SSL* 2014, n° 1635, p. 5.
- **FORTIER V.**, « Le travail communautaire au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *CSB spéc.* juillet-août 2002, p. 41.
- **FOSSAERT A.**, « Télé-réalité et contrat de travail », *SSL* juin 2009, n° 1403, p. 3.
- **FOUILLAND J.-M.**, « Regards sur l'indemnité de clientèle des voyageurs représentants placiers », *JCP S* 2012, n° 8, p. 11.
- **FOUVET F.**, « L'avantage individuel acquis, le contrat et le projet de loi », *RDT* 2016, p. 429.
- **FRANCOIS B.**, « Bilan du *Say on Pay* 2015 en France, Étude de Towers Watson », *Revue des sociétés* 2015, p. 613.
- **FRANCOIS-XAVIER L.**, « Le gadget de l'été : la prime de partage des profits », *BJS* 2011, n° 9, p. 384.
- **FRANÇOIS B.**, « Retraites chapeau : de nouvelles mesures », *Revue des sociétés*, 2016, p. 267

- **FREMEAUX S. et NOEL C.**, « Qu'est-ce qu'une juste rémunération ? Ce que nous enseigne la conception du juste salaire de Thomas d'Aquin », Management et avenir, août 2011, n° 48, p. 76.

- **FRIEDEL G.**, « Les vicissitudes du principe du repos hebdomadaire », Dr. soc. 1967, p. 616.

G

- **GAILHBAUD C.**, « L'AGS dans la procédure de sauvegarde », Petites affiches, 28 novembre 2008, p. 3.

- **GALLOUX J.-C.**, « Les inventions de salariés », RTD Com., 2007, p. 523.

- **GALLAND H.**, « La grève perlée et ses conséquences juridiques », JCP G, 1947, I, 637.

- **GARAY A.**, « Bénévolat et travail communautaire », CSB 2002, n° 139, p. 157.

- **GARDIN A.**, « Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité », Dr. ouv. 2014, p. 64.

- **GARRON F.**, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », Revue des sociétés 2004, p. 795.

- **GASSER J.-M.**, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe « à travail égal, salaire égal » ? », RJS 8-9/07, p. 687.

- **GAUDU F.**, « Les notions d'emploi en droit », Dr. soc. 1996, p. 569.

- **GAUDU F.**, « Droit du travail et religion », Dr. soc. 2008, p. 959.

- **GAUDU F.**, « Le salaire et la hiérarchie des normes », Dr. soc. Jan. 2011, p. 24.

- **GEA F.**, « Et maintenant des accords de maintien de l'emploi offensifs ? », RDT 2014, p. 760.

- **GENIAUT B.**, « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », SSL Suppl., 2011, n° 1494, p. 28.

- **GENIAUT B.**, « Le contrat de travail et la réalité », RDT 2013, p. 98

- **GERMAIN M.**, « Rémunération des dirigeants : évolution ou révolution ? », JCP E 2009, n° 8, 1576.

- **GERMAIN M.** « La gouvernance des sociétés cotées », JCP E 2013, n° 47, 1638.
- **GIRAUD O.**, « L'exemple de la Communauté Emmaüs », Les cahiers sociaux, juillet-août 2002, p. 33.
- **GODON L.**, « La sévérité de la SAS », Rev. sociétés 2014, p. 507.
- **GRANDVUILLEMIN S.**, « Stock-options et licenciement », JCP E 2002, p. 638.
- **GRANIER C.**, « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux », Revue des sociétés 2016, p. 207.
- **GREVY M.**, « Où en est le temps de travail ? », Dr. ouv. 2009, p. 195.
- **GUICHAOUA H.**, « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat », Dr. ouv. 2013, p. 229.
- **GUILENSHMIDT M.**, « Communauté, collectivité et association », Les cahiers sociaux, juillet-août 2002, p. 25.
- **GUYON Y.**, « Actionnariat des salariés et privatisation des entreprises », Dr. Soc. 1987, p. 445.

H

- **HAMEL J.**, « L'article 40 de la loi de 1867 et la rémunération des Présidents de Sociétés anonymes », Gaz. Pal., 1957, II, p. 60.
- **HAUSER J.**, « La notion de salaire et le droit privé », Mélanges Michel DESPAX, 2002, PU de Toulouse, p. 373.
- **HEAS F.**, « Le renforcement des conditions d'accueil des stagiaires en entreprise », RDT 2014, p. 413.
- **HOVASSE H.**, « La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et les sociétés par actions », Droit des sociétés, novembre 2005, n° 13, p. 20.
- **HUMBERT F.**, « La rupture du contrat de travail pour inaptitude physique du salarié : incidences sur la nature juridique de l'indemnité de licenciement », Dr. soc. 1992, p. 244.

I

- **ICARD J.**, « Budgets du comité d'entreprise : le comptable et le légal », Les cahiers sociaux, mai 2013, p. 186.

- **ICARD J.**, « Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement », JCP S 2014, n° 45, 393.

J

- **JACQUEMONT A.**, « Un administrateur exerce-t-il une profession ? », JCP E 2001, p. 792.

- **JACQUOT L. et SETTI N.**, « Réduction du temps de travail et pratiques de gestion des ressources humaines », Travail et emploi, Octobre 2002, n° 92, p. 115.

- **JADAUD B.**, « Régime des rémunérations des dirigeants des associations », LPA 1^{er} novembre 2007, n° 219, p. 7.

- **JAVILLIER J.-C.**, « Fidélité et rémunération », Dr. soc. 1991, p. 386.

- **JARRY J.-J.**, « Accord sur le portage salarial : une (re)lecture nécessaire », SSL 2010, n° 1473.

- **JARRY J.-J.**, « Activité partielle après la réforme... », Les Cahiers du DRH, septembre 2013, p. 3.

- **JEAMMAUD A.**, « Les principes dans le droit français du travail », Dr. soc. 1982, p. 618.

- **JEAMMAUD A.**, « Les polyvalences du contrat de travail », Mélanges Gérard LYON-CAEN, Dalloz 1989, p. 299.

- **JEAMMAUD A.**, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », Dr. soc. 2001, p. 226.

- **JEAMMAUD A.**, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », Estudos juridicos en homenaje al doctor Nestor de Buen Lozano, 2003.

- **JEAMMAUD A.**, « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in Etudes offertes à Jean PELISSIER, Dalloz 2004, p. 305.

- **JEAMMAUD A.**, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. soc. 2004, p. 694.

- **JEAMMAUD A.**, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », SSL 2008, n° 1340, p. 18.

- **JEANSEN E.**, « L'insertion de l'accord de maintien de l'emploi dans le tissu conventionnel », JCP S 2014, n° 31, 1327.

- **JONIN D.**, « La prime de partage des profits », JCP G, 2011, act. 932.
- **JOUBERT A.**, « L'assiette des cotisations sociales », Dr. soc. 1993, p. 528.
- **JOUBERT A.**, « La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982 », Dr. soc. 2010, p. 367.
- **JOURDAN D.**, « Les nouvelles mesures en faveur des revenus du travail », JCP E, 2008, 2547.
- **JOURDAN D.**, « Les heures complémentaires et l'avenant complément d'heures », SSL 2014, n° 1652, p. 9.
- **FROUIN J.-Y.**, « La charge de l'entretien des vêtements de travail obligatoires », RDT 2008, p. 536.

K

- **KERBOUC'H J.-Y.**, « Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière », RJS 1/03, p. 4.
- **KELLER M.**, « L'intéressement rémunération collective », D. 1997, p. 137.
- **KLOTZ T.**, « Pratique contractuelle ; La rémunération de l'artiste-interprète de cinéma », CCE 2010, p. 41.
- **KOEPP P.**, « L'évolution récente de la durée du travail », Travail et emploi, 1980, p. 25.

L

- **LABARTHETTE D.**, « Les plans de stock-options à l'épreuve des attributions gratuites d'actions », JCP E, 2006, 1576.
- **LAHALLE T.**, « Rémunération du temps de pause et détermination du Smic », JCP S 2011, n°16-17, p. 11.
- **LAHERRE E.**, « Chiffrer le budget du comité d'entreprise : à quel prix ? », SSL 2013, n° 1608, p. 10.
- **LAGARDE X.**, « Prix et salaire », Mélanges Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 527.

- **LAGARDE X.**, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », RTD Civ. 2002, p. 435.

- **LALLEMENT M.**, « Les régulations du temps de travail en France », Informations sociales, 2009, n° 153, p. 56.

- **LAMOTTE B.**, « Individualisation des salaires et organisation du travail : quelles relations ? », Travail et emploi, 1993, n° 57, p. 48.

- **LAPRADE F.**, « La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers », BJS 2008, p. 542.

- **LAROQUE P.**, « Contentieux social et juridiction sociale », Dr. soc. 1951, p. 274.

- **LARONZE F.**, « Le salarié, justiciable au titre de son droit d'option », Dr. soc. 2014, p. 534.

- **LASSALAS C.**, « L'actionnariat des salariés », Mélanges Jean STOUFFLET, LGDJ 2001, p. 165.

- **LAVALLART J.-M.**, « Réflexions iconoclastes (?) sur le travail de nuit – à propos de l'arrêt Séphora », SSL 2015, 1667.

- **LAYE-BAFFERT C. et DADOIT M.**, « Le sort des stock-options dans les partages de communauté et les transmissions familiales », Defrénois 2002, p. 998.

- **LEBLOND J.**, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du Président-Directeur général, et du Directeur-général dans la doctrine institutionnelle », Gaz. Pal., 1957, II, p. 29.

- **LE CANNU P.**, « Rémunération des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions », BJS 1996, p. 567.

- **LE CANNU P.**, « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », BJS 1996, p. 11.

- **LE CANNU P.**, « Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales », *in* Mélanges AEDBF-France, 1997, p. 247

- **LE CANNU P.**, « La saisie des valeurs mobilières », Petites Affiches, 22 décembre 1999, n° 254, p. 23.

- **LE CANNU P.**, « L'encadrement de certains éléments de rémunération, indemnités et avantages accordés aux dirigeants », RTD Com. 2005, p. 764.
- **LE CANNU P.**, « L'encadrement des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées : l'apport de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat », Revue des sociétés 2007, p. 465.
- **LE CANNU P.**, « Fixation rétroactive par le conseil de la rémunération d'un membre du directoire sur proposition d'un comité », BJS 2008, p. 676.
- **LE CANNU P.**, « La rémunération des dirigeants de société : les tendances du moment », Revue de jurisprudence commerciale 2012, n° 6, p. 3.
- **LE CANNU P.**, « Les executive sessions : un nouveau mode de travail des administrateurs », RTD Com. 2013, p. 843.
- **LE CANNU P.**, « Société anonyme : les attraits du vice-président », RTD com. 2014, p. 235.
- **LE CANNU P. et DONDERO B.**, « Package du mandataire social et conventions réglementées », RTD com. 2009, p. 762.
- **LE CANNU P. et DONDERO B.**, « La prime d'arrivée n'est pas la bienvenue en droit des sociétés », RTD Com. 2010, p. 748.
- **LE CANNU P. et DONDERO B.**, « Parachutes dorés : une réglementation (supplémentaire) est-elle nécessaire ? », RTD Fin. 2007, n° 2, p. 75.
- **LE CANNU P. et DONDERO B.**, « Encadrement des parachutes dorés par la loi TEPA », RTD com. 2007, p. 764.
- **LECLERC O.**, « La réintégration du salarié gréviste à la suite d'un licenciement nul : quelle indemnisation ? » RDT 2006, p. 42.
- **LECOURT B.**, « Rémunération des dirigeants sociaux : la Commission européenne publie deux recommandations », Revue des sociétés 2009, p. 127.

- **LEFRANC-HAMONIAUX C.**, « Inclusion d'un complément de métier dans la détermination du SMIC », JCP G 2012, n° 1312.
- **LEFRANC-HAMONIAUX C.**, « Nouvelle réglementation du travail à temps partiel : une précarité moindre ? », RDT 2013, p. 451.
- **LENOIR C. et SCHECHTER F.**, « Le portage salarial doit sortir de ces ambiguïtés », Dr. soc. 2012, p. 771.
- **LEPRÊTRE J.-M. et SCHILLER S.**, « Le salarié licencié pour faute grave ne peut être privé du bénéfice de ses stock-options », JCP E, 2010, 1272.
- **LEROUGE L.**, « « Les risques psychosociaux au travail à la loupe du droit social japonais », RDT 2013, p. 723.
- **LIENHARD A.**, « Attributions d'actions gratuites », D. 2005, p. 138.
- **LIEUTIER J.-P.**, « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », Dr. soc. 2014, p. 500.
- **LIEUTIER J.-P.**, « Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionnariat salarié », Dr. soc. 2015, p. 777.
- **LINDON R.**, « Validité des clauses de non-concurrence... », JCP G 1960, I, 1593.
- **LINHART D., ROZENBLATT P. et VOEGELE S.**, « Vers une nouvelle rémunération scientifique du travail ? », Travail et emploi, 1993, n° 57, p. 30.
- **LOISEAU G.**, « Les accords de maintien de l'emploi », JCP S 2013, n° 25, 1260.
- **LOISEAU G.**, « Le contrat de travail dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP S 2015, n° 52, 1468.
- **LOKIEC P.**, « Les transformations du droit du temps de travail – Partie 1 », Dr. ouv. 2009, p. 418.
- **LOKIEC P.**, « La transformation du droit du temps de travail – Partie 2 », Dr. ouv. 2009, p. 487.

- **LOKIEC P.**, « Le chômage partiel : pour une autre approche », Dr. Soc. 2009, p. 393.
- **LOKIEC P.**, « L'adaptation du travail à l'homme », Dr. soc. 2009, p. 755.
- **LOKIEC P.**, « La déconnexion du temps de travail et de la rémunération », Dr. ouv. 2012, p. 207.
- **LOKIEC P.**, « La notion de cadre dirigeant », D. 2012, p. 1167.
- **LUCET F. et VAREILLE B.**, « Régimes communautaires : l'industrie personnelle sur un propre ne donne pas lieu à récompense au profit de la communauté », RTD Civ. 1993, p. 638.
- **LUCAS F.-X.**, « L'AGS et le droit martyrisés par la Chambre sociale », BJS Mars 2009, p. 221.
- **LYON-CAEN A.**, « L'égalité et la loi en droit du travail », Dr. soc. 1990, p. 68.
- **LYON-CAEN A.**, « Les clauses de transfert de risques », *in* Les frontières du salariat, Dalloz, 1996, p. 153.
- **LYON-CAEN A.**, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 16.
- **LYON-CAEN A.**, « Actualité du contrat de travail », Dr. soc. 1988, p. 540.
- **LYON-CAEN A.**, « La règle « à travail égal salaire égal ». Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 19.
- **LYON-CAEN A.**, « Plateforme », RDT 2016, p. 301.
- **LYON-CAEN G.**, « Le lock-out », Dr. ouv. 1950, p. 55.
- **LYON-CAEN G.**, « Le salaire en droit du travail et dans le droit de la Sécurité sociale », Dr. soc. 1960, p. 613.
- **LYON-CAEN G.**, « Sur quelques orientations récentes en matière de rémunération du personnel », *in* Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, LGDJ, 1961, p. 133.
- **LYON-CAEN G.**, « Les clauses restrictives de la liberté du travail », Dr. soc. 1963, p. 88.

- **LYON-CAEN G.**, « Défense et illustration du contrat de travail », archives de philosophie, t. 13, 1968, p. 59.
- **LYON-CAEN G.**, « Les principes généraux du droit civil en droit du travail », RTDC 1974, p. 229.
- **LYON-CAEN G.**, « Les travailleurs et les risques économiques », D. 1974, chr. 613.
- **LYON-CAEN G.**, « Encore la rémunération des PDG », Dalloz Affaires, 1996, p. 162.
- **LYON-CAEN G.**, « L'argent du travail », Archives philosophiques du droit, 1997, p. 32.
- **LYON-CAEN A. et VACARIE I.**, « Droits fondamentaux et droit du travail », Mélanges Jean Maurice VERDIER, Dalloz 2001.

M

- **MABRU J.-P.**, « Stock-options et régime de communauté : arguments pour une controverse », Droit et patrimoine 1999, p. 32.
- **MAGNIER V.**, « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? », D. 2016, p. 212.
- **MAGNIER V. ET PACLOT Y.**, « Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées », D. 2009, p. 1027.
- **MAILLARD S.**, « Licenciement économique : préjudice du salarié licencié puis réintégré », D. 2008, p. 618.
- **MAILLARD-PINON S.**, « Contrat de travail : modification », Dalloz, Répertoire de droit du travail, Juin 2015.
- **MALECKI C.**, « La loi Breton et les rémunérations de dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence », BJS 2005, p. 1193.
- **MALECKI C. et PACLOT Y.**, « La rémunération différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA », BJS 2008, n° 6, p. 525.

- **MANANGA F.**, « Le statut du travailleur handicapé mental en Etablissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT) et l'application du droit du travail », RDT 2008, p. 89.
- **MANSUY F.**, « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », Rev. Sociétés 1987, p. 1.
- **MARIETTE S.**, « Quelques réflexions sur le travail de nuit », RJS 11/15, p. 655.
- **MARTINON A.**, « Le salaire », *in* Les notions fondamentales du droit du travail, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 161.
- **MARTINON A.**, « Les accords de maintien de l'emploi », Cahiers sociaux 2013, n° 254, p. 309.
- **MASSON P.**, « Forfaits-jours : un encadrement presque parfait ? », Dr. ouv. 2014, p. 580
- **MATTOUT J.-P.**, « Les attributions gratuites d'actions aux salariés et dirigeants », Dr. Et patrimoine, 05/2005, p. 26.
- **MATTOUT J.-P.**, « les parachutes dorés des dirigeants de société anonymes cotées après la loi du 21 août 2007 », Revue Lamy Droit des affaires, octobre 2007, n° 20 pp. 10 et s.
- **MAURY S.**, « Sur la rémunération au mérite : emprunter les techniques du privé pour moderniser l'Etat ? », Dr. soc. 2008, p. 468.
- **MAZEAUD A.**, « Les indemnités de rupture du contrat de travail en régime de communauté », D. 1986, chron., p. 235.
- **MAZEAUD D.**, « Les clauses pénales en droit du travail », Dr. soc. 1994, p. 343.
- **MESSAI-BAHRI S.**, « Le régime juridique des parachutes dorées », BJS 2008, n° 6, p. 521.
- **MÉNARD A.**, « La rémunération variable et la fixation des objectifs », JCP S 2014, n° 22, 1223, p. 17.
- **MERVILLE A.-D.**, « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées », *in* Mélanges AEDBF-France, 1997, p. 479.

- **METEYE T.**, « L'AGS face à la jurisprudence sociale », Revy Lamy droit des affaires, 2009, n° 39.
- **MEYER F.**, « Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non cadres autonomes », Dr. ouv. 2005, p. 528.
- **MEYRAT I.**, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », RDT 2008, p. 648.
- **MICHAUD C. et LOISEAU G.**, « Le compte épargne-temps », Les Cahiers sociaux 2015, p. 111.
- **MILLET L.**, « La masse salariale pour le budget du comité d'entreprise : la bénédiction du compte 641 », Dr. ouv. 2014, p. 83.
- **MINE M.**, « Le droit du travail à l'épreuve de la Charte sociale », SSL Suppl. 2006, 1254.
- **MOLFESSIS N.**, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », RTD Civ. 2001, p. 699.
- **MONTANIER P. et KOVAK J.**, « Options sur actions », Dalloz, Rép. droit du travail, mars 2013, n° 25.
- **MONTEIREO E.**, « A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal », RTD civ, 1998, n° 1, p. 23.
- **MORAND M.**, « La face cachée du régime d'équivalence », JCP S 2008, n° 11-12, 1162.
- **MORAND M.**, « Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire », SSL 2004, 1156.
- **MORAND M.**, « Les déplacements professionnels après la loi de cohésion sociale », RJS 4/05, p. 247.
- **MORAND M.**, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », RJS 12/08, p. 955.
- **MORAND M.**, « Norme collective et principe d'égalité de traitement », JCP S 2010, 1167.
- **MORAND M.**, « Les cadres dirigeants et le temps de travail », RJS 5/12, p. 347.

- **MORAND M.** « Forfaits en jours : propositions pour une médication ! », JCP S 2015, n° 4, 1024, p. 31.
- **MORAND M. et COURSIER PH.**, « Le contrat de travail solidaire », Dr. soc. 2003, p. 155.
- **MORAND M. et VACHET G.**, « Bilan 2015 de la jurisprudence relative au temps de travail », JCP S 2016, n° 3, 1021, p. 5.
- **MOREAU M.-A.**, « Temps de travail et charge de travail », Dr. soc. 2000, p. 263.
- **MOREAU M.-A.**, « Les justifications des discriminations », Dr. soc. 2002, p. 1112.
- **MOREAU S.**, « L'activité désintéressée, fiction ou réalité du droit social ? », RDSS 1981, p. 508.
- **MOREL F.**, « Quel espace pour la pluri-annualisation du temps de travail ? », JCP S 2015, 1157.
- **MORIN M.-L.**, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », *in* Le travail en perspective, LGDJ 1998, p. 125.
- **MORIN M.-L.**, « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », Dr. soc. 2000, p. 730.
- **MORRIS-BECQUET G.**, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552.
- **MORVAN P.**, « Télé-réalité et contrat de travail », SSL oct. 2006, n° 1278, p. 5.
- **MORVAN P.**, « La détermination de la rémunération variable », JCP S 2008, 1180.
- **MORVAN P.**, « La révision de la rémunération variable », JCP S 2008, 1198.
- **MORVAN P.**, « Le nouveau droit de la rémunération », Dr. Soc. 2008, p. 643.
- **MORVAN P.**, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », JCP S 2009, 1558.
- **MORVAN P.**, « L'articulation des normes sociales à travers les branches », Dr. soc. 2009, p. 679.
- **MORVAN P.**, « Groupe d'entreprises et rémunération du travail », Dr. soc. 2010, p. 748.
- **MORVAN P.**, « Quelle masse salariale pour le budget du comité d'entreprise ? La malédiction du compte 641 », RJS 02/13, 99.

- **MOULY J.**, « A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement », D. 2008, p. 582.
- **MOULY J.**, « L'exception religieuse au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ? », Dr. soc. 2010, p. 1070.
- **MOULY J.**, « L'indemnité contractuelle de licenciement : révision plutôt qu'annulation », Dr. soc. 2014, p. 481.
- **MOULY J.**, « Du nouveau sur la nature juridique de la contrepartie financière des clauses de non-concurrences ? », Dr. soc. 2014, p. 288.
- **MOUSSERON J.-M.**, « Nouvelles technologies et créations des salariés », Dr. soc., Juin 1992, p. 563.
- **MOUSSERON J.-M.**, « L'auteur salarié, jouit du droit de l'auteur sur son œuvre », JCP E 1995, n° 25, p. 1047.

N

- **NERET J. et CATALA N.**, « Dirigeants sociaux et parachutes dorés : le saut dans le vide ? », Journal des sociétés décembre 2007, n° 49, p. 46.
- **NICOLAS E.**, « Le salarié, consommateur d'actions cotées de son entreprise », Dr. soc. 2014, p. 528.
- **NOTTE G.**, « Rémunération des dirigeants de sociétés cotées », JCP E, 2008, act. 441.
- **NURIT-PONTIER L.**, « Le statut social des dirigeants de société », JCP E 2002, p. 222.

O

- **OLCZAK-GODEFERT G. et BONNET C.**, « Rémunération variable – Le difficile équilibre entre exigence de flexibilité et protection du salaire », RJS 8-9/12, p. 571.
- **ORNANO P.-H.**, « La clause de vente menée à bonne fin », Cahiers sociaux, 2015, p. 605.

P

- **PACLOT Y.**, « Les avancées de l'article 17 de la loi du 21 août 2007 », *Journal des sociétés* décembre 2007, n° 49, p. 33.

- **PACLOT Y.**, « L'application contestable de la procédure des conventions réglementées à toutes les rémunérations versées en cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social », *JCP E* 2009, n° 44, 2034.

- **PACLOT Y.**, « Conditions du versement d'un complément de retraite à un ancien dirigeant » *JCP E* 2010, n° 4, 1087.

- **PACLOT Y. et MALECKI C.**, « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2007, p. 2481.

- **PAILLUSSEAU J.**, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » *D.* 1999, p. 157.

- **PALOMINO F.**, « La rémunération des patrons », *in* ASKENAZY P. ET COHEN D. (dir.), « 5 crises, 11 nouvelles questions d'économie contemporaine », Albin Michel, 2013, p. 109.

- **PASQUIER T.**, « Réviser les objectifs salariaux », *RDT* 2013, p. 82.

- **PATIN M.**, « Les décisions patronales à répercussion pécuniaire », *JCP S* 2014, n° 26, p. 21.

- **PELISSIER J.**, « La négociation des salaires », *Dr. Soc.* 1984, p. 678.

- **PELISSIER J.**, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 387.

- **PELISSIER J.**, « Clause de non-concurrence et contrepartie financière », *RDT* 2007, p. 95.

- **PELTIER M.**, « Coup de sifflet final pour la rémunération de l'image collective des sportifs », *D.* 2010, p. 905.

- **PERROTIN F.**, « Les dangers d'une rémunération excessive », *Les petites affiches*, 2012, p. 173.

- **PETEL P.**, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ. Com.* 2006, p. 174.

- **PETIT F.**, « La convention de stage comme technique d'accompagnement vers l'emploi », Dr. soc. 2007, p. 1127.
- **PETIT F.**, « Temps de travail effectif – temps d'habillage et de déshabillage », RJS 2008, p. 398.
- **PIEDELIEVRE S.**, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », RRJ, 01/94, n°1, p. 75.
- **PIERRE J.-L.**, « Bons de souscription de parts de créateur d'entreprise », Dr. Sociétés 2008, p. 215.
- **PIGNARRE G.**, « Le régime juridique de la créance de salaire », Dr. soc. 1997, p. 583.
- **PIGNARRE G.**, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », RTD Civ. 2001, p. 51.
- **PIGNARRE G.**, « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié », D. 2001, n° 44, p. 3547.
- **PIGNARRE G.**, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* - Pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD civ. 2001, p. 41.
- **PIGNARRE L.-F.**, « Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences », RDT mars 2009, p. 151.
- **PIGNARRE G. et L.-F.**, « Le salaire contrepartie du travail ou les vertus du synallagmatisme revisité par le droit du travail », RDT 2011, p. 647.
- **PILICHOWSKI E.**, « La rémunération à la performance est-elle efficace ? », publication de l'IGPDE, mars 2009, n° 30.
- **PLANTIN S.**, « l'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stock-options », JCP E 2005, n° 524.
- **PLASSARD J.-M. et VINCENS J.**, « Les rémunérations, Compte-rendu du Colloque XII^{ème} Journées d'Economie Sociale », Travail et emploi, 1993, n° 57, p. 4.
- **POCHET P.**, « Assistance et contrat de travail », TPS, déc. 2002, chron. n° 16, p. 4.

- **POINSOT O. et JOLY L.**, « Quel travail dans les ESAT ? », RDT 2015, p. 359.
- **POIRIER M.**, « La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail », Dr. ouv. 2013, p. 78.
- **POLLAUD-DULIAN F.**, « Propriétés intellectuelles et travail salarié », RTD Com. 2000, p. 273.
- **PONTIF V.**, « Les rythmes de travail », RDT 2012, p. 208.
- **PORTA J.**, « Discrimination, égalité, égalité. A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », RDT 2011, p. 290.
- **PRIEUR C.-E.**, « La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants », Journal des sociétés, septembre 2012, p. 20.
- **PRIEUR C.-E. et MEDIAZ N.**, « La fixation et le contrôle de la rémunération des dirigeants », Journal des sociétés, 2012, n° 101, p. 20.

Q

- **QUINQUETON P.**, « Petite histoire du contrôle de l'emploi », SSL 2013, 1592.

R

- **RADÉ C.**, « SMIC et réduction du temps de travail : la politique des petits pas », Dr. soc. 1999, p. 986.
- **RADÉ C.**, « Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », Dr. Soc. 2001, p. 514.
- **RADÉ C.**, « La figure du contrat dans le rapport de travail », Dr. soc. 2001, 802, n° 17.
- **RADÉ C.**, « SMIC et réduction du temps de travail : la fin du cauchemar », Dr. soc. 2003, p. 18.
- **RADÉ C.**, « Le juge, arbitre des différends salariaux », Dr. soc. 2004, p. 934.
- **RADE C.**, « L'indemnisation du gréviste réintégré : vive le cumul ! », Lexbase Hebdo éd. soc., février 2006, n° 202.
- **RADE C.**, « Garantie de l'AGS et rupture des contrats de travail postérieure au jugement de liquidation », Dr. soc. 2007, p. 984.

- **RADÉ C.**, « De l'effectivité du principe à travail égal, salaire égal », Dr. soc. 2008, p. 530.
- **RADÉ C.**, « Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail », Dr. Soc. 2008, p. 981.
- **RADE C.**, « La possibilité d'une île », Dr. soc. 2009, p. 930.
- **RADÉ C.**, « Faut-il limiter la rémunération des dirigeants d'entreprise ? Aider les entreprises à mettre en œuvre les instruments de régulation existants », RDT 2009, p. 140.
- **RADE C.**, « Variations autour de la justification des atteintes au principe à *travail égal salaire égal* », Dr. soc. 2009, p. 399.
- **RADÉ C.**, « Assiette du Smic : vers le grand chambardement ? », Lexbase Hebdo éd. soc., 2012, n° 507.
- **RADE C.**, « L'indemnisation du salarié harcelé, licencié et réintégré », Lexbase Hebdo, juillet 2012, n° 492.
- **RADÉ C.**, « Le juge et la contrepartie financière à la clause de non-concurrence », Dr. soc. 2012, p. 784.
- **RADE C.**, « Des critères du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 202.
- **RADÉ C.**, « Emile Zola et le roman ouvrier », in *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard AUBIN*, 2014, p. 260.
- **RAULT-DUBOIS O.**, « Interrogations sur la prime valeur ajoutée », SSL 2011, n° 1495, p. 2.
- **RAULT-DUBOIS O.**, « Primes contre dividendes : le jeu des questions », SSL 2011, n° 1495, p. 2.
- **RAY J.-E.**, « Les astreintes, un temps de troisième type », Dr. soc. 1999, p. 250.
- **RAY J.-E.**, « Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. soc. 1991, p. 376.
- **RAY J.-E.**, « Sea, sex... and contrat de travail », SSL 2009, n° 1403, p. 11.
- **RAY J.-E.**, « A travail inégal, salaire inégal », Dr. soc. 2011, p. 42.

- **REVET T.**, « L'objet du contrat de travail », Dr. soc. 1992, p. 859.
- **RIANDEY P.** La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération », Dr. Ouv. 2012, p. 213.
- **RIGAUD D.**, « Égalité de traitement et rémunération complémentaires », SSL suppl., avril 2006, n° 1256, p. 27.
- **ROBERT-DUVILLIERS P.**, « Les accessoires du salaire », JCP G 1948, I, n° 676.
- **ROBILLIARD -LASTEL B.**, « Bénévolat et volontariat », CSB 2002, D. 9, n° 141, p. 273.
- **ROCHE J.**, « A propos du SMIC », Dr. soc. 1988, p. 291.
- **ROCHFORT J.**, « Pas de retenue sur salaire sans salaire : truisme ou sophisme ? », RDT 2007, p. 290.
- **RODIERE P.**, « Le salaire dans les écrits de Gérard Lyon-Caen », Dr. soc. Jan. 2011, p.6.
- **ROMAN B.**, « Les goldens hellos : Nouvel Eldorado des dirigeants », JCP E 2004, p. 996.
- **ROSE H.**, « L'arrêt Blue green en débat – entretien avec Jacques Barthélémy », SSL Suppl. 2008, n° 1348, p. 62.
- **ROUAST A.**, « Les avantages complémentaires du salaire », Dr. soc. 1948, p. 370.
- **ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N.**, « La singularité de la réparation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail », JCP S 2015, n° 14, 1121, p. 17.
- **ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N.**, « L'assiette de calcul des budgets du comité d'entreprise : le compte 641 retenu par les juges du fond », Les Cahiers sociaux, mai 2016, n° 118.

S

- **SAINT JOURS Y.**, « Du salaire au revenu salarial », *in* Mélanges en l'honneur de Gérard LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 317.
- **SAINTOURENS B.**, « La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés », BJS 2002, p. 461.
- **SAINTOUREINS B.**, « Les réformes du droit des sociétés » Rev. Soc. 2005, p. 554.

- **SAINTOURENS B.**, « Conventions réglementées : caractérisation et régime de la nullité », BJS 2007, n° 4, p. 496.
- **SAINTOURENS B., CATHIARD C. et LEMERCIER A.**, « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue bimestrielle LexisNexis, Mars-avril 2009, p. 3.
- **SAURET A.**, « Les dividendes du travail », Petites affiches, 2007, n° 29, p. 4.
- **SAVATIER J.**, « contribution à une étude juridique de la profession », in Dix ans de conférence d'agrégation Etudes offertes à J. HAMEL, Dalloz, Paris 1961.
- **SAVATIER J.**, « Grèves et primes complémentaires du salaire », Dr. soc. 1981, p. 435.
- **SAVATIER J.**, « Les salaires d'inactivité », Dr. soc. 1984, p. 710.
- **SAVATIER J.**, « La portée du droit au SMIC selon les modalités de la rémunération », Dr. soc. 1985, p. 811.
- **SAVATIER J.**, « La réduction du salaire : inexécution ou modification unilatérale du contrat de travail ? », Dr. soc. 1986, p. 867.
- **SAVATIER J.**, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », Dr. soc. 1988, p. 89.
- **SAVATIER J.**, « Réflexions sur les indemnités de licenciement », Dr. soc. 1989, p. 125.
- **SAVATIER J.**, « La liberté dans le travail », Dr. soc. 1990, p. 56.
- **SAVATIER J.**, « L'interdiction de substituer un intéressement à un élément du salaire », Dr. soc. 1991, p. 756.
- **SAVATIER J.**, « La novation d'un contrat de travail en service gratuit », Dr. soc. 1992, p. 661.
- **SAVATIER J.**, « Le salaire servant de base au calcul des indemnités de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1993, p. 948.
- **SAVATIER J.**, « Treizième mois de salaire et primes analogues », Dr. soc. 1993, p. 641.
- **SAVATIER J.**, « L'autonomie du contrat de travail et du statut collectif », Dr. soc. 1995, p. 234.
- **SAVATIER J.**, « Les minima de salaire », Dr. soc. 1997, p. 575.

- **SAVATIER J.**, « Entre bénévolat et salariat : le statut des volontaires pour le développement », Dr. soc. 2000, p. 146.
- **SAVATIER J.**, « Vie communautaire et contrat de travail (à propos des compagnons d'Emmaüs) », Dr. soc. 2001, p. 798.
- **SAVATIER J.**, « La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association », Dr. soc. 2002, p. 494.
- **SAVATIER J.**, « Entre bénévolat et salariat : le volontariat associatif » Dr. soc. 2007, p. 197.
- **SAVATIER J.**, « Le travail non marchand », Dr. soc. 2009, p. 73.
- **SAURET A.**, « Les dividendes du travail », Petites affiches, 9 février 2009, p. 6.
- **SCHILLER S.**, « Pactes d'actionnaires », Rép. Sociétés Dalloz, 2009, n° 138.
- **SCHMIDT D.**, « L'amendement Houillon sur la transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », D. 2009, p. 1441.
- **SERNA M.**, « La participation à une émission de télé-réalité est un travail ». D. 2009, p. 1530.
- **SERRET J.-J.**, « Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié », Dr. soc. 1994, p. 759.
- **SERVERIN E.**, « Après la réforme : les employeurs plus que jamais maîtres du temps partiel », RDT 2013, p. 454.
- **SHIBATA Y.**, « Regards : Temps de travail et droit social au Japon », RDT 2014, p. 205.
- **SILHOL B.**, « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », RDT 2012, p. 24.
- **SIMON J.**, « Le concept de gouvernance - Le code de gouvernance AFEP-MEDEF », GP août 2014, n° 240, p. 20.
- **SPORTOUCH J.-M.**, « La fermeture de l'entreprise en cas de conflit collectif », Dr. soc. 1988, p. 686.
- **SUPIOT A.**, « Pourquoi un droit du travail ? », Dr. soc. 1990, p. 489.
- **SUPIOT A.**, « A propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Eglise », Dr. soc. 1991, p. 924.
- **SUPIOT A.**, « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. soc. 1995, p. 947.

- **SYLVESTRE S.**, « La rémunération « d'activité » des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme », BJS, juin 2008, p. 532.

T

- **TAURAN T.**, « Les primes de bilan », JCP S 2010, 1408.

- **TASSEL Y.**, « L'obligation de non-réembauchage », Dr. soc. 1977, p. 184.

- **TEILHAC E.**, « Essai d'une théorie des théories du salaire », Dr. soc. 1950, p. 330.

- **TEISSIER A.**, « Réforme du droit de la durée du travail : un dispositif unique d'aménagement conventionnel du temps de travail », JCP 2008, 1610, p. 21.

- **TEYSSIÉ B.**, « La réduction du salaire », Dr. soc. 1984, p. 695.

- **TEYSSIÉ B.**, « Épilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme », Dr. soc. 1997, p. 606.

- **TCHOTOURIAN I.**, « Gouvernance, risque et rémunération : dernières initiatives de la SEC », D. 2010, p. 428.

- **TOURNAUX S.**, « La privation de stock-options devient une sanction pécuniaire prohibée », Lexbase Hebdo éd. soc., 5 novembre 2009, n° 377.

- **TOURNAUX S.**, « La négociation des sujétions contractuelles du salarié », Dr. ouv. 2010, p. 293.

- **TOURNAUX S.**, « Un pas vers l'indemnisation généralisée au titre de l'utilisation du domicile à des fins professionnelles », Dr. soc. 2013, p. 353.

- **TOURNAUX S.**, « Commentaire de l'article 17 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mise en place des accords de maintien de l'emploi », Lexbase hebdo, éd. soc. 2013, n° 535.

- **TOURNAUX S.**, « Structure et montant des rémunérations : précision de l'articulation entre convention collective et contrat de travail », Lexbase Hebdo éd. soc. 2014, n° 565.

- **TOURNAUX S.**, « Loi Macron : dispositions relatives au repos dominical et au travail en soirée », Lexbase hebdo, éd. soc. 2015, n° 623.

- **TREBULLE F.-G.**, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », BJS décembre 2006, p. 1337.
- **TUFFERY-ANDRIEU J.-M.**, « Contribution à l'étude sur le travail en prison », RDT 2013, p. 239.

U

- **UETTWILLER J.-J.**, « Transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », JCP S 2006, n° 12, 1233.
- **UETTWILLER J.-J. et LEGOUT A.-L.**, « Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants », Journal des sociétés, septembre 2012, p. 11.

V

- **VACHET G.**, « Les avantages en nature au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale », RJS 10/96, p. 646.
- **VACHET G.**, « La compensation », Dr. soc. 1997, p. 600.
- **VACHET G.**, « La notion de rémunération au regard du droit de la sécurité sociale », Mélanges Michel DESPAX, PU Toulouse 2002, p. 359.
- **VACHET G.**, « A travail égal, salaire égal », Dr. soc. 2008, p. 1046.
- **VACHET G.**, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », Dr. soc. 2009, p. 896.
- **VACHET G.**, « Intéressement », Juris-classeur 2009, Fasc. 27-15, p. 7.
- **VACHET G.**, « La notion de frais professionnels au regard du droit social », JCP S 2011, 1129.
- **VACHET G.**, « Détermination de l'assiette de calcul du salaire minimum conventionnel », JCP S 2015, n° 1124, p. 29.
- **VACHET G.**, « Durée du travail (II - Fixation et aménagement du temps de travail) », Dalloz, Répertoire de droit du travail, septembre 2014.
- **VALUET J.-P.**, « Options de souscription ou d'achat d'actions. Le rapport du groupe de travail présidé par M. Levy-Lang », BJS 1995, p. 263.
- **VAREILLE B.**, « Régimes de communauté : l'industrie personnel d'un époux sur un bien propre source de récompense », RTD Civ. 2004, p. 132.

- **VATINET R.**, « Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises précisé par son décret d'application », JCP S 2006, 1205.
- **VATINET R.**, « Développement de l'actionnariat salarié (L. n° 2006-1779, 30 déc. 2006, Titre II) », JCP S 2007, n° 4, p. 11.
- **VATINET R.**, « La loi en faveur des revenus du travail », JCP S 2008, 1644.
- **VATINET R.**, « LFSS pour 2008 : institution d'une contribution patronale et salariale sur les stock-options et les attributions d'actions gratuites », JCP E 2008, 1257.
- **VATINET R.**, « Une étrange prime de partage des profits », JCP S 2011, 1385.
- **VATINET R.**, « Les ressources des comités d'entreprise », Dr. soc. 2014, p. 711.
- **VERKINDT P.-Y.**, « L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes », Dr. soc. 2008, p. 1051.
- **VERKINDT P.-Y.**, « Prendre le (et le contrat de travail) au sérieux », JCP S 2009, n° 5, 305, p. 3.
- **VERKINDT P.-Y.**, « Les conventions de forfait », Dr. soc. 2010, p. 387.
- **VERKINDT P.-Y.**, « Vivre dignement de son travail : entre salaire et revenu garanti », Dr. soc. 2011, p. 18.
- **VERKINDT P.-Y.**, « La présomption de travail à temps plein », SSL 2014, n° 1652, p. 3.
- **VELLIEUX P.**, « Les limites de la notion de salaire : œuvres sociales et cotisations sociales », Dr. soc. 1984, p. 720.
- **VERICEL M.**, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise », Dr. Soc. 2007, p. 918.
- **VERICEL M.**, « La loi du 20 août 2008 relative au temps de travail : une loi de revanche ? », RDT 2008, p. 574.
- **VERICEL M.**, « Réformer pour clarifier le dispositif des dérogations et renforcer réellement les garanties des salariés », RDT 2013, p. 675.

- **VERICEL M.**, « Les dispositions de la loi Macron sur le travail le dimanche et le travail de nuit, ou comment faire la part du feu », RDT 2015, p. 504.
- **VIANDIER A.**, « La soumission des indemnités de départ des dirigeants à la procédure des conventions réglementées », JCP E 2005 n° 44-45, 1585.
- **VIANDIER A.**, « Les engagements d'indemnisation des dirigeants sociaux après la loi n°2007-1223 du 21 août 2007 », JCP E 2007, 2129.
- **VIDAL D.**, « Les modifications apportées par l'article 17 de la loi n° 2003-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé », BJS 2007, p. 1148.

W

- **WAQUET P.**, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 1999, p. 383.
- **WAQUET P.**, « Les objectifs », Dr. soc. 2001, p. 120.
- **WAQUET P.**, « Le principe d'égalité en droit du travail », Dr. soc. 2003, p. 276.
- **WAQUET P.**, « Retour sur l'arrêt Ponsolle », RDT 2008, p. 22.
- **WILLMANN C.**, « L'activité bénévole du chômeur », Dr. soc. 1999, p. 162.
- **WILLMANN C.**, « Le service gratuit à la recherche de son contrat », RDSS 1999, p. 350.
- **WILLMANN C.**, « Politiques de l'emploi : la loi du 16 août 2012, l'occasion manquée », Dr. soc. 2012, p. 960.
- **WILLMANN C.**, « Chômage partiel et APLD : un ensemble complexe, très réformé et perfectible, Dr. Soc. 2013, p. 57.
- **WILLMANN C.**, « Régime social de la prime de partage de profits : prolongation, mais pour combien de temps ? », Lexbase hebdo, éd. soc. juin 2014, n° 575.

Z

- ZIENTARA-LOGEAY S.** « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes : une avancée significative », Dr. soc. 2010, p. 1076.

DIV

- « La rémunération des dirigeants », Journal des Sociétés, décembre 2007, p. 30.
- « Les rémunérations et avantages des dirigeants sociaux : du classique renouvelé et du nouveau revisité », BJS 2008, p. 513.

NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE :**- ALDIGE B.**

Avis sous Cass. soc., 21 novembre 2012, SSL Suppl., février 2013, n° 1571, p. 93.

- ALFANDARI E.

Note sous Cass. crim., 14 janvier 2003, RDSS 2003, p. 469.

- AMALRIC S.

Note sous Cass. soc., 26 septembre 2012, RDT 2013, p. 273.

- ANTONMATTEI P.-H.

Commentaire sous Civ 1^{ère}, 11 juin 1996, Dr. soc. 1997, p. 377.

Commentaire sous Cass. soc., 31 janvier 2012, Dr. soc. 2012, p. 536.

Commentaire sous Cass. soc., 27 janvier 2015, Dr. soc. 2015, p. 351.

- ANTONMATTEI P.-H. et RADE C.

Observations sous Cass. soc., 8 juin 2011, Dr. soc. 2011, p. 986.

- AUBERT-MONPEYSSEN T.

Commentaire sous Cass. soc., 30 avril 2009, RDT 2009, P. 516.

Note sous Cass. soc., 22 février 2000, D. 2000, p. 377.

- AUZERO G.

Commentaire sous Cass. soc., 28 novembre 2007, Lexbase hebdo éd. soc., déc. 2007, n° 286.

Commentaire sous Cass. soc., 23 octobre 2007, RDT 2007, p. 719.

Commentaire sous Cass. soc., 14 octobre 2009, Lexbase hebdo éd. soc., 2009, n° 369.

Commentaire sous Cass. soc., 27 octobre 2009, Lexbase hebdo éd. soc., 2009, n° 371.
Commentaire sous Cass. com., 15 mars 2011, Lexbase hebdo éd. soc., mars 2011, n° 434.
Commentaire sous Cass. com., 15 mars 2011, RDT 2011, p. 306.
Commentaire sous Cass. soc., 28 avril 2011, RDT 2011, p. 370.
Commentaire sous Cass. soc., 8 novembre 2011, Lexbase hebdo éd. soc., nov. 2011, n° 462.
Commentaire sous Cass. soc., 12 décembre 2012, Lexbase hebdo éd. soc., janv. 2013, n° 511.
Commentaire sous Cass. soc., 6 novembre 2013, Lexbase hebdo éd. soc., nov. 2013, n° 548.
Commentaire sous Cass. soc., 9 juillet 2014, Lexbase hebdo éd. soc., juillet 2014, n° 581.
Commentaire sous Cass. soc., 9 juillet 2014, Lexbase hebdo éd. soc., sept. 2014, n° 581.
Commentaire sous Cass. soc., 22 octobre 2014, Lexbase hebdo éd. soc., nov. 2014, n° 590.
Note sous Cass. soc., 7 mars 2007, RDT 2007, p. 308.

- BARBIERI J.-F.

Note sous Cass. com., 30 novembre 2004, Rev. Sociétés 2005, p. 631.
Note sous Cass. com., 22 janvier 2008, Rev. Sociétés 2008, p. 179.
Note sous Cass. com., 8 octobre 2013, Rev. Sociétés 2014, p. 102.

- BAREGE A.

Note sous Cass. soc., 12 décembre 2012, JCP S 2013, 1098, p. 26.
Note sous Cass. soc., 17 décembre 2014, JCP S 2015, n° 9, p. 29.

- BARTHELEMY J.

Observations sous Cass. soc., 28 septembre 2010, p. 151.

- BERNARD N.

Note sous Cass. com., 8 avril 1976, JCP G 1977, II, 18739.

- BICHON A.

Note sous CE 29 décembre 2000, JCP E 2001, p. 810.

- BOSSU B.

Commentaire sous Cass. soc., 7 avril 2010, RDT 2010, p. 517.

Note sous Cass. soc., 14 janvier 2014, JCP S 2014, n° 22, 1226, p. 25.

- BOUILLOUX A.

Commentaire sous Cass. soc., 29 mars 1995, Dr. soc. 1995, p. 372.

- BOULMIER D.

Commentaire sous Cass. soc., 21 mars 2002, D. 2002, p. 2563.

Note sous Cass. soc., 2 juillet 2003, JCP E 2003, n° 1512.

Note sous Cass. soc., 17 décembre 2013, Dr. soc. 2014, p. 292.

- BOULOC B.

Obs. sous Civ 1^{ère}, 10 février 1981, RTD Com. 1990, p. 461.

Note sous Cass. crim., 9 mai 1973, Revue des sociétés 1973, p. 696.

Note sous Cass. crim., 22 septembre 2004, Revue des sociétés 2005, p. 200.

- BOUSEZ F.

Note sous Cass. soc., 10 novembre 2009, JCP S, février 2010, n° 5, 1042, p. 33.

- BRISSY S.

Note sous Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP S, mars 2009, n° 12, 1124, p. 29.

- BROUSSE A. et KATZ T.

Note sous Cass. soc., 2 mars 2011, Dr. ouv. 2011, p. 587.

- CANUT F.

Commentaire sous Cass. soc., 12 janvier 2011, Dr. ouv. 2011, p. 209.

Commentaire sous Cass. soc., 2 juillet 2014, RDT 2014, p. 694.

Commentaire sous Cass. soc., 12 mai 2015, RDT 2015, p. 471.

Commentaire sous Cass. soc., 13 novembre 2014, RDT 2015, p. 124.

- CESARO J.-F.

Note sous Cass. soc., 30 janvier 2008, JCP S 2008, n° 5, 1274.

Note sous Cass. soc., 25 mars 2009, JCP S 2009, 1320.

- CHARTIER Y.

Note sous Cass. soc., 15 mars 1983, Revue des sociétés 1983, p. 355.

- COUTURIER G.

Observations sous Cass. soc., 26 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 103.

- CRISTAU A.

Commentaire sous Cass. soc., 4 juillet 2000, Dr. soc. 2000, p. 1091.

- DANIEL J.

Observations sous Cass. soc., 8 juin 2011, JCP S juillet 2011, n° 27, 1321, p. 25.

- DEBOISSY F.

Observations sous Cass. com., 4 mai 2010, JCP E 2010, 1993.

- DIDIER P.

Note sous Cass. com., 2 mai 1983, Rev. Sociétés 1984, p. 775.

- DOCKES E.

Commentaire sous Cass. soc., 28 janvier 1988, RJS 3/98, p. 168.

Commentaire sous Cass. soc., 3 novembre 2012, Dr. soc. 2012, p. 147.

- DONDERO B.

Note sous Cass. com., 4 octobre 2011, BJS 2010, p. 547.

- DORIGNON C.

Observations sous CA paris 8 décembre 2010, Dr. ouv. 2010, p. 281.

- DRAI L.

Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, JCP S 2009, n° 50, 1558, p. 19.

Note sous Cass. soc., 5 décembre 2012, JCP S 2013, n° 8, 1090, p. 29.

Note sous Cass. soc., 24 septembre 2014, JCP S 2014, n° 47, 1445, p. 25.

- DUPEYROUX J.-J.

Observations sous Civ 2^{ème}, 2 décembre 1965, D. 1966, p. 285.

Observations sous Cass. soc., 11 mai 1988, Dr. soc. 1988, p. 503.

- DUQUESNE F.

Observations sous Cass. crim. 22 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1252.

Observations sous Cass. crim., 15 février 2011, Dr. soc. 2011, p. 719.

- EVERAERT-DUMONT D.

Note sous Cass. soc., 7 avril 2010, JCP S, juillet 2010, n° 27, 1286, p. 24.

- FABRE A.

Commentaire sous Cass. soc., 10 octobre 2012, JCP S novembre 2012, n° 1560, p. 11.

- FAVENNEC-HERY F.

Commentaire sous Cass. soc., 28 septembre 2010, SSL 2010, n° 1464, p. 10.

Commentaire sous Cass. soc., 25 septembre 2013, SSL 2013, n° 1602, p. 9.

Chronique sous Cass. soc., 29 juin 2011, RJS 2011, p. 587.

Observations sous Cass. soc., 12 juillet 1999, Dr. soc. 1999, p. 953.

Observations sous Cass. soc., 13 novembre 2009, JCP S 2009, n° 10, 1096.

- FLORES P.

Commentaire sous Cass. soc., 28 septembre 2010, SSL 2010, n° 1472, p. 10.

- FOY R.

Note sous Cass. soc., 3 mars 2012, Revue des sociétés 2012, p. 29.

- FRATEZ M.

Observations sous Cass. soc., 14 octobre 2009, Les Cahiers sociaux, 2009, n° 216, p. 15.

- FROSSARD S.

Observations sous Cass. soc., 28 septembre 2010, D. 2011, p. 219.

- FROUIN J.-Y.

Commentaire sous Cass. soc., 21 mai 2008, RDT 2008, p. 536.

- GODON L.

Note sous Cass. com., 4 novembre 2014, Rev. Sociétés 2015, p. 108.

- GREVY M.

Commentaire sous Cass. soc., 13 novembre 2008, RDT 2009, p. 117.

- GROUDEL H.

Observations sous Ass. Plén. 28 janvier 1972, Dr. soc. 1973, p. 64.

- GUYENOT J.

Note sous Cass. com., 16 juillet 1985, BJS 1985, p. 865.

- GUYON Y.

Note sous Cass. com., 3 mars 1987, Rev. Sociétés 1987, p. 266.

- HAUSER J.

Observations sous Cass. soc., 8 octobre 1996, RTD Civ. 1997, p. 633.

- HUGLIO J.-G.

Chronique sous Cass. soc., 27 janvier 2015, RJS 3/15, p. 155.

- ICARD J.

Commentaire sous Cass. soc., 20 mai 2014, Les cahiers sociaux 2014, n° 264, p. 365.

Commentaire sous CA Amiens, 16 septembre 2016, Les cahiers sociaux, 2013, n° 282, p. 89.

- JEAMMAUD A.

Observations sous Cass. soc., 12 novembre 1997, Dr. soc. 1998, p. 75.

- JOURDAIN P.

Observations sous Civ 1^{ère}, 18 juillet 2000, RTD Civ. 2001, p. 146.

- KELLER M.

Observations sous Cass. soc., 9 mai 1996, D. 1997, p. 137.

- KOBINA GABA H.

Commentaire sous Cass. soc., 3 novembre 2011, JCP S 2012, n° 15, 1159, p. 13.

- LARDY-PELISSIER B.

Commentaire sous Cass. soc., 5 avril 2006, RDT 2006, p. 22.

Commentaire sous Cass. soc., 13 décembre 2007, RDT 2008, p. 100.

- LARRIEU J.

Observations sous Cass. soc., 31 mars 2009, RDT 2009, p. 442.

- LE CANNU P.

Note sous Cass. com., 18 octobre 1994, BJS 1994, p. 1311.

Note sous Cass. com., 16 mai 1995, BJS 1995, p. 757.

Note sous Cass. com., 4 juillet 1995, Rev. Sociétés 1995, p. 504.

Note sous Cass. crim. 16 mai 2012, Revue des sociétés 2012, p. 697.

- LE CANNU et DONDERO B.

Note sous Cass. crim. 30 juin 2010, RTD Com. 2010, p. 748.

- LECLERC O.

Observations sous Cass. soc., 2 février 2006, RDT 2006, p. 42.

- LEGROS J.-P.

Note sous Cass. com., 22 janvier 1991, Rev. Sociétés 1991, p. 61.

- LERNOULD J.-P.

Commentaire sous Cass. soc., 13 novembre 2013, JSL, janvier 2015, n° 380, p. 7.

- LINDON R.

Conclusions sous Cass. soc., 17 octobre 1958, Dr. soc. 1959, p. 148.

- LOKIEC P.

Note sous Cass. soc., 3 novembre 2011, D. 2012, p. 67.

- LYON-CAEN A.

Note sous Cass. soc., 29 octobre 1996, Dr. soc. 1996, p. 1013.

- LYON-CAEN G.

Observations sous Cass. soc., 13 février 1973, Dr. soc. 1973, p. 376.

Note sous Cass. soc., 28 février 1962, D. 1962, p. 605.

- LYON-CAEN P.

Avis sous Cass. soc., 27 juin 2000, RJS 11/00, p. 716.

Avis sous Cass. soc., 10 juillet 2002, RJS 12/02, p. 995.

- MALAURIE-VIGNAL M.

Commentaire sous Cass. soc., 13 juin 2007, Contrats, concurrence, consommation 2006, n° 248.

- MARTINON A.

Observations sous Cass. soc., 17 février 2010, JCP S 2010, n° 24, p. 1244.

Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, JCP S2009, n° 50, 1557, p. 18.

- MATTOU J.-P.

Note sous Cass. com., 10 février 2009, Rev. Sociétés 2009, p. 359.

- MESTRE J.

Commentaire sous Cass. com., 12 novembre 1996, RTD Civ. 1997, p. 422.

- MILLET L.

Note sous TGI Paris, 17 septembre 2013, Dr. ouv., 2014, p. 83.

- MORAND M.

Note sous Cass. soc., 11 juin 2014, JCP S 2015, n° 4, 1024, p. 31.

Note sous Cass. crim. 22 septembre 2015, JCP S 2015, n° 46, 1406, p. 29.

Note sous Cass. soc., 9 avril 2015, JCP S 2015, n° 24, 1213, p. 19.

Note sous Cass. crim. 22 septembre 2015, JCP S 2015, n° 46, p. 29.

Observations sous Cass. soc., 7 décembre 2010, JCP S 2011, 1060.

Observations sous Cass. soc., 29 juin 2011, JCP S 2011, 1333.

- MOREL F.

Commentaire sous Cass. soc., 18 mars 2015, JCP S, avril 2015, 1157.

- MORVAN P.

Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, JCP E 2003, p. 508.

Note sous Cass. soc., 20 mai 2005, JCP S 2005, 1009.

Note sous Cass. soc., 22 février 2006, JCP S 2006, 1441, p. 20.

Note sous Cass. soc., 2 mars 2011, JCP S 2011, 1196.

- MOULY J.

Note sous Cass. soc., 18 octobre 2006, D. 2007, p. 695.

Observations sous Cass. soc., 9 janvier 2001, Dr. soc. 2001, p. 441.

Observations sous Cass. soc., 17 octobre 2001, Dr. soc. 2001, p. 192.

Observations sous Cass. soc., 10 octobre 2007, Dr. soc. 2008, p. 250.

Observations sous Cass. soc., 23 juin 2010, Dr. soc. 2010, p. 1254.

Observations sous Cass. soc., 17 novembre 2010, Dr. soc. 2011, p. 335.

Observations sous Cass. soc., 2 mars 2011, Dr. soc. 2011, p. 860.

Observations sous Cass. com. 15 mars 2011, Dr. soc. 2011, p. 717.

Observations sous Cass. soc., 12 janvier 2011, Dr. soc. 2011, p. 468.

Observations sous Cass. soc., 2 mars 2011, Dr. soc. 2011, p. 860.

Observations sous Cass. soc., 15 janvier 2014, Dr. soc. 2014, p. 288.

Observations sous Cass. soc., 5 mars 2014, Dr. soc. 2014, p. 481.

- PAGANI C.

Note sous Cass. soc., 16 mars 2016, JCP S 2016, n° 19, p. 3.

- PASQUIER T.

Commentaire sous 13 novembre 2009, D. 2009, p. 1931.

- PETIT B.

Note sous Cass. com., 18 octobre 1994, RTD Com. 1995, p. 434.

- PIGNARRE G.

Commentaire sous Cass. crim., 15 février 2011, RDT 2011, p. 319.

Commentaire sous Cass. soc., 14 novembre 2013, RDT 2014, p. 475.

Commentaire sous Cass. soc., 13 novembre 2014, RDT 2015, p. 195.

- PIGNARRE G. et L.-F.

Commentaire sous Cass. soc., 22 octobre 2008, RDT 2009, p. 230.

Commentaire sous Cass. soc., 28 septembre 2011, RDT 2011, p. 647.

Commentaire sous 31 janvier 2012, RDT 2012, p. 369.

Commentaire sous Cass. soc., 4 avril 2012, RDT 2012, p. 297.

- POLLAUD-DULIAN F.

Commentaire sous Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, RTD Com. 2009, p. 722.

- PRETOT X.

Observations sous Civ 2^{ème}, 14 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 483.

- QUANDALLE-BERNARD J.

Commentaire sous Cass. soc., 26 mars 2008, SSL avril 2008, n° 1348, p. 10.

- RADE C.

Commentaire sous Cass. soc., 20 février 2008, Dr. soc. 2008, p. 530.

Commentaire sous Cass. soc., 21 mai 2008, Lexbase hebdo éd. soc., juin 2008, n° 307.

Commentaire sous Cass. soc., 7 avril 2010, Lexbase hebdo éd. soc., avril 2010, n° 392.

- Commentaire sous Cass. soc., 13 juillet 2010, Lexbase hebdo éd. soc., juillet 2010, n° 405.
- Commentaire sous Cass. soc., 21 mars 2012, Lexbase hebdo éd. soc., avril 2012, n° 480.
- Commentaire sous Cass. soc., 16 mai 2012, Dr. soc. 2012, p. 784.
- Commentaire sous Cass. soc., 20 juin 2012, Lexbase hebdo éd. soc., juillet 2012, n° 492.
- Commentaire sous Cass. soc., 14 novembre 2012, Lexbase hebdo éd. soc., nov. 2012, n° 507.
- Commentaire sous Cass. soc., 14 novembre 2012, Dr. soc. 2013, p. 88.
- Commentaire sous Cass. soc., 5 décembre 2012, Lexbase hebdo éd. soc., déc. 2012, n° 510.
- Commentaire sous Cass. soc., 14 novembre 2012, Dr. soc. 2013, p. 88.
- Commentaire sous CE 17 juin 2014, Lexbase hebdo éd. soc., juillet 2014, n° 577.
- Commentaire sous Cass. soc., 4 février 2015, Lexbase hebdo éd. soc., février 2015, n° 602.
- Note sous Cass. soc., 21 février 2007, Dr. soc. 2007, p. 647.
- Note sous Cass. soc., 21 novembre 2012, Dr. soc. 2013, p. 86.
- Observations sous Cass. soc., 23 novembre 1999, Dr. soc. 2000, p. 216.
- Observations sous Cass. soc., 3 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1004.
- Observations sous Cass. soc., 3 juillet 2001, Dr. soc. 2001, p. 1009.
- Observations sous Cass. soc., 2 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 998.
- Observations sous Cass. soc., 1^{er} décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 330.
- Observations sous Cass. soc., 17 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 325.
- Observations sous Cass. soc., 22 février 2005, Dr. soc. 2005, p. 589.
- Observations sous Cass. soc., 25 mai 2005, Dr. soc. 2005, p. 924.
- Observations sous Cass. soc., 20 février 2008, Dr. soc. 2008, p. 536.
- Observations sous Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, Dr. soc. 2009, p. 1002.
- Observations sous Cass. soc., 3 mars 2010, Dr. soc. 2010, p. 605.
- Observations sous Cass. soc., 7 avril 2010, Dr. soc. 2010, p. 712.
- Observations sous Cass. soc., 3 novembre 2010, Dr. soc. 2011, p. 95.
- Observations sous Cass. soc., 21 mars 2012, Dr. soc. 2012, p. 630.
- RAY J.-E.**
- Observations sous Cass. soc., 1^{er} avril 1997, Dr. soc. 1997, p. 646.
- REVET T.**
- Observations sous CA Douai, 30 mai 1984, JCP G 1986, II, 20628.
- ROCHEFLED K.**
- Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, RDC 2003, p. 17.

- ROY LOUSTAUNAU C.

Observations sous Cass. soc., 14 janvier 1997, Dr. soc. 1997, p. 315.

- SAINT JOURS Y.

Note sous Cass. soc., 19 mars 1975, JCP G 1975, II, 18067.

Note sous Cass. soc., 11 janvier 1990, D. 1990, p.339.

- SAINTOUREINS B.

Note sous Cass. com., 8 octobre 2013, BJS 2014, p. 17.

Note sous Cass. com., 10 novembre 2009, BJS 2010, p. 143.

- SAVATIER J.

Commentaire sous Cass. soc., 20 novembre 1986, Dr. soc. 1987, p. 275.

Commentaire sous Cass. soc., 20 février 1991, Dr. soc. 1991, p. 322.

Commentaire sous CA Douai, 26 avril 1991, Dr. soc. 1991, p. 756.

Commentaire sous Cass. soc., 9 mai 2001, Dr. soc. 2001, p. 798.

Observations sous Cass. soc., 5 janvier 1995, Dr. soc. 1995, p. 194.

Observations sous Cass. soc., 17 décembre 2002, Dr. soc. 2003, p. 337.

Observations sous Cass. soc., 18 octobre 2006, Dr. soc. 2007, p. 103.

Observations sous Cass. soc., 13 décembre 2007, Dr. soc. 2008, p. 242.

Observations sous Cass. soc., 26 mars 2008, Dr. soc. 2008, p. 744.

- SERRA Y.

Observations sous Cass. soc., 12 octobre 1993, D. 1994, Somm. 221.

Note sous Cass. soc., 10 juillet 2002, D. 2002, p. 2491.

- STORCK M.

Note sous Cass. soc., 24 octobre 2000, BJS 2001, p. 54.

- TAURAN T.

Note sous Civ 2^{ème}, 19 juin 2008, JCP S 2008, n° 37, 1472, p. 37

- TRICOIT J.-P.

Note sous Cass. soc., 13 juillet 2010, JCP S., décembre 2010, n° 50, 1536, p. 20.

- TOURNAUX S.

Commentaire sous Cass. soc., 13 octobre 2010, Lexbase hebdo éd. soc., oct. 2010, n° 414.

Commentaire sous Cass. crim., 15 février 2011, Lexbase hebdo éd. soc., mars 2011, n° 430.

Commentaire sous Cass. soc., 3 novembre 2011, RDT 2012, p. 31.

Commentaire sous Cass. soc., 10 octobre 2012, Lexbase hebdo éd. soc., oct. 2012, n° 503.

Commentaire sous Cass. soc., 12 décembre 2012, Lexbase hebdo éd. soc., déc. 2012, n° 511.

Commentaire sous Cass. soc., 6 février 2013, Dr. soc. 2013, p. 576.

Commentaire sous Cass. soc., 14 janvier 2014, Lexbase hebdo éd. soc., janvier 2014, n° 556.

Commentaire sous Cass. soc., 4 novembre 2015, Lexbase hebdo éd. soc., déc. 2015, n° 635.

Observations sous Cass. soc., 3 novembre 2011, RDT 2012, p. 31.

Observations sous Cass. soc., 31 janvier 2012, Dr. soc. 2012, p. 422.

- VACHET G.

Note sous Cass. soc., 21 novembre 2012, JCP S 2013, 1056, p. 26.

Note sous Cass. soc., 4 février 2015, JCP S avril 2015, n° 14, 1124, p. 29.

- VATINET R.

Chronique sous Cass. soc., 10 juillet 2002, Dr. soc. 2002, p. 949.

Note sous Cass. soc., 11 juillet 2006, JCP S 2006, 1642.

Note sous Cass. soc., 16 septembre 2009, JCP S 2010, 1186.

- VERICEL M.

Note sous CJCE 1^{er} décembre 2005, RDT 2006, p. 33.

Note sous Cass. soc., 31 octobre 2007, RDT 2008, p. 110.

Note sous Cass. soc., 23 septembre 2009, RDT 2010, p. 114.

Note sous Cass. soc., 7 décembre 2010, RDT 2011, p. 252.

Note sous Cass. soc., 14 novembre 2012, RDT 2013, p. 343.

Note sous Cass. soc., 24 avril 2013, RDT 2013, p. 493.

Note sous Cass. soc., 15 mai 2013, RDT 2013, p. 569.

Note sous Cass. soc., 24 septembre 2014, RDT 2015, p. 197.

- VIANDIER A.

Note sous Cass. com., 24 mai 2004, JCP E 2004, 1344.

- WAQUET P.

Note sous Cass. soc., 14 novembre 2001, Dr. soc. 2001, p. 99.

- **WAUQUIER V.**

Note sous Cass. soc., 2 juillet 2002, D. 2003, p. 391.

- **WOLMARK C.**

Commentaire sous Cons. Constit., 14 juin 2013, RDT 2013, p. 565.

INDEX

Accords collectifs, 539, 569

- Aménagement du temps de travail, 474
- Avantage individuel acquis, 569
- Avenant complémentes d'heures, 509
- Maintien de l'emploi, 660
- Préservation de l'emploi, 664

Abus de biens sociaux, 600

Abus de majorité, 595

Abus de pouvoirs, 601

Actionnariat salarial, 302

Activité partielle, 674

- Autorisation, 676
- Cas de recours, 675
- Indemnisation, 676

AGS, 108

- Sommes exclues, 110, 118 et s.
- Sommes garanties, 109, 111 et s.

Artiste-interprètes, 322

Attribution gratuite d'actions, 303

- Bénéficiaires, 305
- Gain, 312

Avantages en nature, 18, 128

Cadres, 534

- Cadres autonomes, 540
- Cadres dirigeants, 535
- Définition, 536, 539

Charge de travail, 543, 547

Comité d'entreprise, 127

- Activité sociale et culturelle, 16, 21
- Avantage, 127

- Masse salariale brute, 133

- Subvention, 132

Compte épargne-temps, 409

- Abondement, 141
- Champ d'application personnel, 410
- Finalité, 419
- Monétisation, 422

Contrat de travail

- Activité lucrative, 151
- Critères, 143
- Durée déterminée, 225
- Force obligatoire, 475
- Louage d'ouvrage, 169
- Modification, 215, 483
- Mise à disposition, 174 et s., 201
- Objet, 144, 165
- Obligation de fournir du travail, 207
- Prestation de travail, 144, 147 et s.
- Rémunération, 151 et s.
- Saisonnier, 225
- Subordination juridique, 143

Contrat de travail à temps partiel, 227

- Présomption, 228

Convention forfait jours

- Conclusion, 538
- Durée, 546
- Encadrement, 548
- Régime juridique, 544

Clauses du contrat de travail

- Liberté expression, 371
- Non-concurrence, 364, 611, 619
- Non-sollicitation, 368
- Objectif, 561, 579
- Sources, 566
- Utilisation domicile privée, 370

- Variabilité, 563, 571, 573, 586

CRDS/CSG, 131 et s.

Cotisations sociales, 122, 130

- Critère, 123
- Forfait social, 131

Dirigeants de sociétés

- Administrateur, 264
- Conventions réglementées, 597, 618, 620
- Cumul contrat de travail, 265
- Définition, 245
- Nomination, 248, 263
- Performance, 619
- Révocation, 596
- *Say on pay*, 616
- Transparence, 608, 611

Dividende du travail, 629

Egalité

- « A travail égal, salaire égal », 97
- Champ d'application, 99
- Egalité de traitement, 97, 101
- Exclusion, 102
- Périmètre de comparaison, 104

Emmaüs, 158

Epargne salariale, 632, 655

Force majeure, 220

Frais professionnels, 356

- Nature juridique, 359

Grève, 198

- Grève perlée, 199
- Lock-out, 217, 220, 335

Heures supplémentaires, 389

- Assiette, 75 et s., 88
- Condition de recours, 395
- Contingent, 391
- Contreparties, 401, 405
- Régime, 406
- Suppression, 485

Image du salarié, 316

- Cession, 317
- Nature juridique, 319

Indemnités, 331

- Assiette, 75 et s.
- Bienvenue (*golden hello*), 280 et s., 611
- Clientèle
- Congés payés, 75 et s., 89
- Cumul salaire, 336, 338
- Départ (*golden parachute*), 101, 274 et s., 611
- Fin de contrat, 347
- Inexécution du contrat, 332
- Licenciement, 80, 87, 130, 343
- Préavis, 82, 87, 349
- Licenciement sans cause réelle et sérieuse, 81, 345
- Retraite, 344, 611
- Salarié inapte, 343, 347

Individualisation, 561

Intéressement, 293

- Nature, 294, 297
- Supplément, 652

Invention du salarié, 325

Jetons de présence, 127

Mannequins, 316

Ministre des cultes, 157**Participation, 293**

- Accord, 636
- Nature, 294, 297
- Supplément, 652

Pension de retraite, 269

- Conditions d'octroi, 272
- Encadrement, 620

Plan d'épargne d'entreprise, 632, 643

- Abondement, 639, 644, 645
- Champ d'application, 635
- Déblocage anticipé, 654, 657
- Mise en place, 634
- PEI, 637
- PERCO, 637
- PPESV, 637, 643

Portage salarial, 224**Pourboire, 127****Prime**

- Ancienneté, 65, 125
- Assiduité, 65
- Gratification, 93
- Jours fériés, 66
- Situation personnelle du salarié, 125
- Temps de pause, 62
- Tickets-restaurant, 100
- Treizième mois, 88, 100

Requalification, 223

- Contrat à durée indéterminée, 224
- Contrat à temps plein, 227

Réintégration, 335, 339**Repos dominical, 427**

- Contrepartie, 453 et s.
- Dérogation géographique, 432

- Dimanches du maire, 440
- Etablissement de vente au détail, 436
- Principe, 428
- PUCE, 433
- Volontariat, 448
- Zone touristique, 434
- Zone touristique international, 435

Salaire minimum interprofessionnel de croissance (Smic)

- Assiette, 38, 66
- Critères, 48 et s.
- Finalité, 40
- Régime juridique, 44

Sanctions pécuniaires, 210**Service d'aide par le travail (ESAT), 163****Sportif professionnel, 126****Stage, 160****Stock-options, 303**

- Bénéficiaires, 304
- Gain, 311
- Plus-value de cession, 93

Temps de travail

- Aménagement, 468, 482
- Annualisation, 476
- Astreinte, 519, 528
- Changement d'horaire, 486
- Compensation, 526
- Déplacement professionnel, 522, 529
- Douche, 524, 531
- Effectif, 513, 551
- Flexibilisation, 466
- Habillage/déshabillage, 523, 530
- Heures d'équivalence, 518, 527
- Trajet, 522

Transfert des risques, 582

- Economie du contrat de travail, 584, 628, 680

Travail à temps partiel, 490

- Avenants compléments d'heures, 509
- Champ d'application, 496
- Durée minimale, 492
- Dérogations, 497

- Dérogations conventionnelles, 503
- Heures complémentaires, 506

Travail carcéral, 162**Travail de soirée, 442**

- Condition de recours, 445
- Contrepartie, 458
- Travail de nuit, 443

TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	5
Abréviations et acronymes.....	7
Première partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LA NOTION DE RÉMUNÉRATION.	36
Titre premier : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE DÉFINITION DE LA CRÉANCE DE RÉMUNÉRATION	38
Chapitre premier : LE TRAVAIL, CRITÈRE IMPARFAIT DE DÉFINITION DE LA RÉMUNÉRATION	40
Section I : LE ROLE RESIDUEL DU TRAVAIL COMME CRITERE DE DEFINITION DE LA REMUNERATION.	42
§ 1 : La référence au travail dans la détermination de l'assiette du smic.....	43
A. L'absence de critère légal d'imputation.....	43
1) La recherche du critère d'imputation par la détermination de la finalité du SMIC.	44
2) Les différents critères envisagés.	48
B. Le choix jurisprudentiel du travail contrepartie comme critère d'imputation.....	53
1) Le changement opéré par la jurisprudence.....	54
2) Un critère d'imputation inexploitable et inopportun.....	57
§ 2 : La référence au travail dans la détermination de l'assiette des indemnités et majorations pour heures supplémentaires.	61
A. Des indemnités et majorations guidées par des finalités spécifiques.	62
1) Des indemnités et majorations accordées pour atténuer la pénibilité du travail.....	62
2) Des indemnités accordées lors de la perte de l'emploi.....	66
B. Des indemnités et majorations déterminées par un critère unique.....	69
1) La contrepartie du travail comme critère apparent de l'assiette des indemnités et majorations de salaire.	70
2) La finalité de la règle comme critère véritable d'imputation.....	72
Section II : LE DEPASSEMENT DU TRAVAIL COMME CRITERE DE DEFINITION DE LA REMUNERATION.	75
§ 1 : Le dépassement du travail afin d'assurer la protection des intérêts des salariés.	76
A. L'influence déclinante du travail dans le principe « à travail égal, salaire égal ».	76

1) L'extension du domaine de l'égalité.....	78
2) L'extension du périmètre de comparaison.....	81
B. L'influence inexistante du travail dans la garantie de l'AGS.....	84
1) L'extension progressive du champ d'application matériel de l'AGS.	85
2) L'extension constante du critère de rattachement des sommes prises en charge par l'AGS.	88
§ 2 : Le dépassement du travail afin d'assurer la protection des institutions propres au droit du travail.	92
A. La détermination de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.	93
1) L'appartenance à l'entreprise, critère de détermination de l'assiette des cotisations sociales.	93
2) Le rapatriement des sommes exclues dans le giron de l'assiette des cotisations sociales. .	96
B. La détermination de l'assiette des subventions allouées au comité d'entreprise.	99
Chapitre second : LE TRAVAIL, SOURCE PRINCIPALE DE LA RÉMUNÉRATION	106
Section I : LE TRAVAIL COMME ENJEU DU CONTRAT DE TRAVAIL.	108
§ 1 : Le travail, critère du contrat de travail.....	109
A. La finalité économique du travail comme critère d'inclusion.....	109
1) Un travail réalisé en vue de produire un bien économique.	110
2) La rémunération comme conséquence du contrat de travail.	113
B. La finalité désintéressée du travail comme critère d'exclusion.....	115
1) Le travail réalisé au sein d'une communauté.....	116
2) Le travail réalisé dans une finalité d'insertion.....	119
§ 2 : Le travail, objet du contrat de travail.....	123
A. Le louage d'ouvrage comme objet traditionnel du contrat de travail.	124
1) Le contrat de travail, espèce particulière du contrat de louage d'ouvrage.	124
2) Le rejet du louage d'ouvrage comme objet du contrat de travail.....	126
B. La mise à disposition comme objet renouvelé du contrat de travail.....	128
1) La mise à disposition de la force de travail du salarié.	128
2) L'obligation de praestare du salarié.	130
Section II – LE TRAVAIL COMME CONTREPARTIE DE LA RÉMUNÉRATION.....	132
§1 : De la rémunération de la prestation de travail à la rémunération de la mise à disposition de la force de travail.	133
A. La conception classique de l'obligation du salarié : l'accomplissement d'une prestation de travail.	134
1) Une créance de salaire liée à l'accomplissement d'une prestation de travail effectif.....	135
2) Une conception limitant l'obligation de l'employeur à la rémunération d'un travail normal.	137

B. La conception moderne de l'obligation du salarié : la mise à disposition de la force de travail.....	141
1) Une conception renouvelée par le dépassement de la logique productiviste de la valeur travail.....	141
2) Une conception justifiée par des fondements juridiques pertinents.....	144
§2 : Les liens entre mise à disposition et droit à rémunération.	148
A. La mise à disposition de la force de travail comme fait générateur de rémunération durant l'exécution du contrat de travail.	149
1) La mise à disposition de la prestation prévue au contrat.	149
2) L'exonération de l'employeur en cas de force majeure et de situation contraignante.	153
B. La mise à disposition comme fait générateur de rémunération en dehors du cadre du contrat de travail.....	156
1) La rémunération de la mise à disposition durant les périodes interstitielles entre plusieurs contrats de travail atypiques.....	157
2) La rémunération de la mise à disposition en cas de requalification du contrat de travail à temps partiel.	160

Titre second : LE TRAVAIL COMME ÉLÉMENT DE CLASSIFICATION DES CRÉANCES

SALARIALES.....168

Chapitre premier : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES

DE REMUNERATION170

Section I – LA RÉMUNÉRATION DE LA FONCTION DE MANDATAIRE SOCIAL.....171

§1 – La rémunération, contrepartie de l'exercice d'une fonction sociale..... 173

A. L'adoption de la nature institutionnelle de la rémunération due en contrepartie de l'exercice de fonctions sociales..... 174

 1) L'abandon de l'analyse contractuelle du mandat social dans la société anonyme..... 174

 2) L'extension de l'analyse institutionnelle aux autres formes de sociétés. 177

B. La délimitation de la rémunération due en raison de l'exercice d'un mandat social.... 179

 1) La souveraineté de l'organe délibératif dans la détermination de la rémunération. 179

 2) La limitation de la rémunération octroyée par l'organe délibératif..... 182

§2 – Les avantages versés en raison de l'existence d'un mandat social. 184

A. Les avantages versés lors de la cessation des fonctions..... 185

 1) La nature rémunératoire de la pension de retraite..... 186

 2) La nature indemnitaire de la prime de départ. 189

B. Les avantages versés lors de l'entrée en fonction..... 193

 1) La nature juridique incertaine de la prime de bienvenue. 194

 2) La qualification contestable de la prime de bienvenue retenue par les conseils d'administration. 196

Section II : LA REMUNERATION DU PRODUIT DU TRAVAIL.	199
§1 - Les créances salariales dues en raison de l'inscription du salarié dans une logique de participation financière.	200
A. L'association du salarié aux résultats de l'entreprise.	201
1) La rémunération d'un résultat aléatoire.	201
2) La rémunération d'un effort collectif.	204
B. L'association du salarié au capital de l'entreprise.	206
1) Une rémunération dotée d'un caractère collectif.	207
2) Une rémunération conditionnée par une variation du cours de l'action de l'entreprise.	211
§2 – Les créances salariales dues en raison d'un cumul de statut protecteur.	213
A. La rémunération de l'utilisation de l'image du salarié.	214
B. La rémunération des créations du salarié.	217
C. La rémunération du salarié inventeur.	219

Chapitre second : LE TRAVAIL COMME ELEMENT DE CLASSIFICATION DES CREANCES

INDEMNITAIRES	224
Section I – L'INDEMNISATION DU COMPORTEMENT FAUTIF DE L'EMPLOYEUR.	225
§1 - L'indemnisation de l'inexécution du contrat.	225
A. L'inexécution du contrat de travail, fait générateur de la créance indemnitaire.	225
B. Le cumul de la créance indemnitaire avec la créance de salaire.	228
§2 - La rupture du contrat de travail, fait générateur de créances multiples pour le salarié.	231
A. Les indemnités réparant les conséquences de la rupture du contrat de travail.	231
B. Les indemnités rémunérant le salarié lors de la rupture du contrat de travail.	234
Section II - L'INDEMNISATION D'UNE SUJETION PARTICULIERE.	238
§ 1 - L'indemnisation d'une contrainte imposée par l'intérêt de l'entreprise.	238
A. Le remboursement des frais professionnels, fait générateur d'une créance indemnitaire	238
B. L'indemnisation de situations contraignantes, fait générateur de créances salariales.	241
§2 - L'atteinte à une liberté fondamentale, fait générateur de créances salariales.	243
A. L'obligation de non-concurrence, source d'une créance salariale.	243
B. L'extension du droit à indemnisation en cas d'atteinte à une liberté fondamentale.	247

Seconde partie : L'INCIDENCE DU TRAVAIL SUR LE MONTANT DE LA RÉMUNÉRATION.

Titre premier : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE TEMPS DE TRAVAIL.	260
Chapitre premier : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AU TEMPS DE TRAVAIL EFFECTIF.	262

Section I : L'AUGMENTATION DE LA QUANTITÉ DE TRAVAIL DISPONIBLE.	263
§ 1 : L'augmentation des heures supplémentaires disponibles.	263
A. La libéralisation du recours aux heures supplémentaires.	263
1) L'augmentation du nombre d'heures supplémentaires disponibles.....	264
2) L'assouplissement des conditions de recours aux heures supplémentaires.....	266
B. L'évolution des contreparties aux heures supplémentaires.....	269
1) L'octroi d'une contrepartie financière.	270
2) L'octroi d'une contrepartie en repos.....	272
§ 2 : La monétisation des temps de repos.	274
A. Le compte épargne-temps, un dispositif de monétisation souple.....	275
1) Les contours malléables du champ d'application personnel.	275
2) La libéralisation des éléments transférables.	277
B. Le compte épargne-temps, un dispositif de monétisation aux finalités multiples.	280
1) La finalité originelle, le financement de congés non rémunérés.	280
2) La finalité moderne, l'amélioration du pouvoir d'achat des salariés.	282
Section II : L'AUGMENTATION DES TEMPS DE TRAVAIL DISPONIBLES.	284
§ 1 : L'assouplissement des dérogations au travail dominical et de nuit.	286
A. L'assouplissement des dérogations au travail dominical.	286
1) L'élargissement des dérogations géographiques.	286
2) L'accroissement des dérogations administratives.	291
B. La création du travail de soirée.	292
§ 2 : Le renforcement des contreparties.....	295
A. La protection du consentement du salarié.	295
B. L'absence d'unité des contreparties pécuniaires.	298
Chapitre second : LA RÉMUNÉRATION LIÉE AUX TEMPS DE TRAVAIL PRODUCTIFS...304	
Section I : LA FLEXIBILISATION DU TEMPS DE TRAVAIL COMME MOYEN DE	
RATIONALISATION DE LA REMUNERATION.....	306
§ 1 : L'aménagement de l'horaire de travail.	307
A. L'alignement de l'horaire de travail sur les périodes de travail productives.	307
1) Un aménagement de l'horaire de travail imposé au salarié.	307
2) Une déconnexion du lien entre temps de travail et rémunération.....	311
B. Les limites de l'alignement de l'horaire de travail sur les périodes de travail	
productives... ..	314
1) Le refus du salarié légitimé en cas de modification du contrat de travail.....	314
2) Le refus du salarié légitimé en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.	317
§ 2 : L'aménagement de la durée de travail.	320
A. Le recours au travail à temps partiel encadré.	320

1) L'instauration d'une durée minimale de travail.	320
2) Un champ d'application limité par de nombreuses exceptions.	323
B. Le recours au temps partiel flexibilisé.	326
1) La possibilité de déroger conventionnellement à la durée minimale.	327
2) La possibilité de déroger au paiement des majorations pour heure complémentaire.	328
Section II : L'INSTRUMENTALISATION DU TEMPS DE TRAVAIL COMME MOYEN DE	
RATIONALISATION DES TEMPS DE TRAVAIL PEU PRODUCTIFS.....	332
§ 1 : L'instrumentalisation de la notion de temps de travail effectif.....	333
A. L'exclusion des temps de travail atypiques de la qualification de temps de travail	
effectif.....	333
1) L'exclusion des temps de travail soumis à une obligation de disposition atténuée.	334
2) L'exclusion des temps de travail contraints.	336
B. La faiblesse des compensations accordées en contrepartie des temps de travail	
atypiques.....	339
§ 2 : La suppression de la référence au temps de travail effectif.	345
A. L'abandon du lien entre temps de travail effectif et rémunération.	345
1) L'exclusion quasi totale du droit du temps de travail des cadres dirigeants.	346
2) L'exclusion partielle du temps de travail des salariés en forfait jours.	349
B. L'essor du lien entre charge de travail et rémunération.	352
1) La survivance d'un lien partiel entre rémunération et temps de travail.....	353
2) La rémunération d'une charge de travail raisonnable.	354
Titre second : LA DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION PAR LE RÉSULTAT DU	
TRAVAIL.....	362
Chapitre premier : L'ASSOCIATION INDIVIDUELLE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU	
TRAVAIL.	364
Section I : LES RÉSULTATS COMME INSTRUMENT DE VARIATION DE LA RÉMUNÉRATION.	
.....	366
§ 1 : L'établissement du lien entre rémunération variable et résultat du travail.	367
A. Le caractère protéiforme des sources de la rémunération variable.	367
1) La décontractualisation conventionnelle de la rémunération variable.	368
2) La décontractualisation unilatérale de la rémunération variable.	370
B. L'appréciation des critères de la rémunération variable.....	372
1) L'exigence d'objectivité des critères de la rémunération variable.....	372
2) Le caractère relatif du critère de l'indépendance à l'égard de la volonté de l'employeur.	374
§ 2 : L'encadrement du lien entre rémunération variable et résultat du travail.	377
A. L'absence de contrôle du transfert des risques sur la rémunération du salarié.	378
B. La sanction des clauses de variation illicites.	380

Section II : LES RÉSULTATS COMME INSTRUMENT DE CONTRÔLE DE LA RÉMUNÉRATION.

.....**384**

§ 1 : Le contrôle indirect de la rémunération au nom de la protection de l'intérêt de la société. 385

A. Les instruments de contrôle de l'excès...... 386

1) Les instruments civils de sanction de la rémunération excessive. 386

2) Les instruments pénaux de contrôle de la rémunération excessive. 390

B. La caractérisation de l'excès...... 393

§ 2 : Le contrôle direct du caractère excessif de la rémunération...... 395

A. L'encadrement de la rémunération par la transparence...... 396

1) Le renforcement de l'information des actionnaires..... 396

2) La participation accrue des actionnaires..... 399

B. L'encadrement de la rémunération par la performance. 402

1) Le champ d'application restreint des éléments soumis au critère de performance..... 403

2) La détermination et l'appréciation de la performance, prérogative exclusive de l'organe
exécutif..... 405

Chapitre second : L'ASSOCIATION COLLECTIVE DES SALARIÉS AU RÉSULTAT DU

TRAVAIL.**409**

Section I : L'ASSOCIATION DE LA REMUNERATION AUX RESULTATS DE L'ENTREPRISE.**411**

§1 : L'insertion de la rémunération aux résultats dans une logique d'épargne salariale...... 412

A. La diversification des plans d'épargne salariale...... 412

B. La diversification des sources d'abondement de l'épargne salariale...... 415

§2 : L'insertion de la rémunération aux résultats dans une logique de rémunération immédiate.

..... 418

A. La multiplication des primes exceptionnelles. 419

B. La banalisation des facultés de déblocage anticipé. 422

Section II : L'ASSOCIATION DE LA REMUNERATION AUX RISQUES DE L'ENTREPRISE......**425**

**§1 : L'association de la rémunération aux risques de l'entreprise par les accords de maintien de
l'emploi.**..... 426

A. Les conditions économiques de la variation de la rémunération. 427

B. Les contours de la variation de la rémunération...... 430

§2 : L'association de la rémunération aux risques par l'activité partielle...... 434

Conclusion...... **443**

Bibliographie...... **437**

Index...... **507**