

Questions-réponses sur la modification du salaire

En ces temps de conjoncture économique dégradée, de nombreux employeurs contraints de réduire les coûts peuvent être tentés de s'attaquer à la masse salariale en diminuant les salaires. Mais indépendamment de tout contexte difficile, il peut être nécessaire de faire évoluer les modalités de rémunération d'un salarié, par exemple, pour introduire une part variable. Attention, toutefois : l'exercice est délicat, car modifier la rémunération, c'est toucher un des points fondamentaux de la relation contractuelle. D'où l'importance de bien connaître les règles applicables.

1 Objet et limites de la modification

► Quels éléments de la rémunération peut-on modifier ?

La rémunération se compose, en général :
– d'un **salaire de base** déterminé par la loi (smic), par la convention collective ou par le contrat de travail ;

– auquel s'ajoute éventuellement des **primes**, des **gratifications**, des **avantages en nature**, des pourboires.

Le droit de l'employeur de modifier ces éléments dépend de leur **source** : s'il n'a aucune marge de manœuvre lorsque ceux-ci sont prévus par la **loi** ou par une **convention** ou un accord collectif de niveau supérieur à l'accord d'entreprise (**branche**, interprofessionnel), sauf disposition conventionnelle particulière, il en va autrement lorsque ces éléments découlent d'un **accord d'entreprise**, d'un **usage**, d'une décision unilatérale de l'employeur ou du **contrat** de travail, sous réserve de respecter les conditions et procédures décrites ci-après.

► Quelles sont les limites au pouvoir de l'employeur ?

L'employeur est, dans tous les cas, tenu de respecter :

– le **principe de non-discrimination**, directe ou indirecte, en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions

religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap (*C. trav., art. L. 1132-1 et s.*) ou en raison de l'appartenance à un syndicat ou de l'exercice d'une activité syndicale (*C. trav., art. L. 2141-5*);

– l'obligation d'assurer l'**égalité** des salaires entre les **hommes et les femmes** effectuant un même travail ou un travail de valeur égale (*C. trav., art. L. 1142-1; L. 3221-2*);

– le principe général « **à travail égal, salaire égal** » (*v. dossier pratique - A travail égal, salaire égal - n° 223/2013 du 6 décembre 2013*);

– l'interdiction des **sanctions pécuniaires** (*C. trav., art. L. 1331-2*). Ainsi, l'employeur ne peut pas, en application de ce principe, supprimer le versement d'une prime en raison d'une faute du salarié (*Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 05-45.365*).

2 Comment modifier la rémunération contractuelle ?

► FAUT-IL L'ACCORD DU SALARIÉ ?

La rémunération contractuelle constitue par nature un **élément du contrat de travail** qui ne peut être modifié par l'employeur, ni dans son **montant**, ni dans sa **structure**, sans l'**accord** du salarié (*Cass. soc., 18 avril 2000, n° 97-43.706*).

C'est notamment le cas de :

– la **diminution** du **salaire horaire** contractuel (*Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-40.641*);
– la diminution d'**indemnités kilomé-**

triques prévues par le contrat de travail (Cass. soc., 3 mars 1993, n° 89-41.504) ;

– la substitution d'une **prime de performance** par une prime exceptionnelle sur objectif (Cass. soc., 26 mai 2010, n° 08-44.470) ;

– l'attribution de **stock-options** au lieu du versement d'une partie de la rémunération variable (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-67.492) ;

– la suppression d'un **avantage en nature** tel qu'un véhicule ou un logement de fonction (Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 09-73.029).

Peu importe que la modification soit **sans effet sur le montant global** de la rémunération (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175), voire **plus avantageuse** pour le salarié (Cass. soc., 5 mai 2010, n° 07-45.409).

À NOTER Il ne suffit pas de constater une baisse de la rémunération du salarié pour conclure à la modification du contrat de travail. Ainsi, l'adoption d'une nouvelle politique commerciale de l'entreprise ayant entraîné une baisse du chiffre d'affaires de l'intéressé, et par voie de conséquence de sa rémunération, ne constitue pas une modification du contrat (Cass. soc., 19 juin 2001, n° 99-42.810). Il en est de même de la suppression d'une prime liée à une tâche ayant disparu à la suite d'une nouvelle affectation du salarié (Cass. soc., 16 mars 2011, n° 08-42.671). En outre, lorsque le mode de calcul de la rémunération résulte non pas du contrat de travail, mais de la convention collective ou d'un engagement unilatéral, la modification de la convention ou de l'engagement sur ce point est opposable aux salariés, sans qu'ils puissent invoquer une modification de leur contrat de travail (Cass. soc., 27 juin 2000, n° 99-41.135).

➤ Quid des modifications indirectes ?

Ce principe s'applique également aux modifications indirectes de la rémunération du salarié.

Ce dernier peut dès lors s'opposer à :

– un changement de **lieu de travail**, malgré une clause de mobilité, si la nouvelle affectation a lieu dans un établissement ayant un chiffre d'affaires très inférieur (Cass. soc., 14 octobre 2008, n° 07-41.454) ;

– la demande de son employeur de ne plus proposer **certains contrats** aux clients existants (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-40.321) ;

– la décision unilatérale de l'employeur de modifier la **durée du travail** (Cass. soc., 24 mars 2004, n° 02-45.130).

■ La rémunération variable peut-elle être révisée ?

Lorsque le contrat de travail prévoit le principe d'une **rémunération variable sans en fixer les modalités**, toute modification, directe ou indirecte, de cette part variable nécessite l'accord du salarié (Cass. soc., 8 janvier 2002, n° 99-44.467). En aucun cas l'employeur ne peut décider seul.

C'est par exemple le cas de la modification du **taux de commission** perçue par un salarié (Cass. soc., 18 avril 2000, n° 97-43.706), du **plafonnement du volume des commandes** lorsque le salarié est rémunéré sur un pourcentage des ventes réalisées (Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-41.222) ou encore en cas de modification de la **nature des objectifs** à atteindre, lesquels déterminent la part variable de la rémunération (Cass. soc., 28 octobre 2008, n° 07-40.372).

Cependant, la jurisprudence reconnaît à l'employeur une certaine marge de manœuvre sur la rémunération variable.

Peut-on insérer dans le contrat une clause de révision annuelle de la partie variable ?

Les clauses prévoyant une révision périodique des modalités de calcul de la partie variable du salaire sont **licites**, sous réserve de remplir les **conditions** suivantes :

– la variation de la rémunération doit être fondée sur des **éléments objectifs** indépendants de la volonté de l'employeur (Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 05-44.621 : *chiffre d'affaires, pourcentage des ventes, etc.*) ;

– le salarié ne doit pas supporter le **risque de l'entreprise** (pas question de faire varier le salaire en cas de déficit d'inventaire) ;

– la clause ne doit pas avoir pour effet de réduire la rémunération en dessous des **minima légaux** (le smic) et conventionnels (Cass. soc., 2 juillet 2002, n° 00-13.111 ; Cass. soc., 4 mars 2003, n° 01-41.864).

Attention ! Lorsqu'une telle clause a ainsi vocation à s'appliquer de plein droit, l'employeur ne doit pas solliciter l'accord du salarié. S'il le fait, cela signifie que sa « proposition » est une modification de contrat que le salarié peut donc refuser (Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-42.993).

En revanche, l'employeur ne peut pas, par une clause spécifique, s'arroger le **droit de modifier le contrat de travail à tout moment** et selon des critères dont il est seul juge. Une telle **clause serait nulle** (Cass. soc., 3 juillet 2001, n° 99-42.761). Le salarié ne peut pas en effet être tenu d'accepter, par avance et sans les connaître, les modifications que l'employeur se réserve d'apporter au contrat. Est donc nulle et ce faisant dépourvue d'effet :

– la clause qui prévoit une rémunération composée d'un fixe et de **commissions** dont les **modalités de calcul** sont définies avec précision, mais que l'employeur se réserve le droit de **modifier à tout moment** (Cass. soc., 27 février 2001, n° 99-40.219) ;

– la clause autorisant un employeur à modifier la partie variable du salaire d'un commercial en fonction de

MODIFIER LE REMBOURSEMENT DE FRAIS PROFESSIONNELS

Les remboursements de frais professionnels n'ont pas, en principe, le caractère de salaire et peuvent donc être modifiés unilatéralement par l'employeur. Ils correspondent à des sommes versées au salarié pour couvrir des dépenses exposées pour les besoins de son activité professionnelle.

En revanche, lorsque le principe et les modalités du remboursement des frais professionnels sont fixés par le contrat de travail, ils ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié, comme tout autre élément de la rémunération contractuelle (Cass. soc., 21 septembre 2010, n° 08-44.875).

Dès lors que les modalités de remboursement des frais professionnels du salarié figure dans une annexe au contrat de travail, signée par les parties, les modalités ont été contractualisées, de sorte que l'employeur ne peut les modifier sans l'accord exprès du salarié (Cass. soc., 3 novembre 2010, n° 09-42.994).

Attention, si l'employeur a consenti au remboursement des frais professionnels pendant une longue période, celui-ci s'incorpore au contrat de travail et devient donc un élément de la rémunération contractuelle (Cass. soc., 8 mars 2007, n° 05-44.675 : au sujet du remboursement des frais de déplacement entre le domicile du salarié et le lieu de travail dont il a bénéficié pendant 10 ans ; Cass. soc., 10 octobre 2007, n° 06-43.051 : au sujet d'une indemnité de grand déplacement dont le paiement par l'employeur était systématique).

l'évolution du marché et des produits de la marque, et ce en raison de son **imprécision** (Cass. soc., 30 mai 2000, n° 97-45.068).

L'employeur peut-il réviser seul les objectifs ?

Lorsque le contrat de travail prévoit la fixation des objectifs d'un **commun accord** entre le salarié et l'employeur, ce dernier ne peut pas les modifier unilatéralement.

À défaut d'accord entre les parties, le **juge** :

- détermine la rémunération variable en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes ou à défaut, sur les données de la cause (Cass. soc., 13 janvier 2009, n° 06-46.208; Cass. soc., 18 décembre 2007, n° 06-44.799);

- fixe l'objectif de résultat par référence aux années antérieures (Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-14.140; Cass. soc., 9 mai 2007, n° 05-45.613).

Mais en pratique, les objectifs dont dépend la partie variable de la rémunération sont rarement contractualisés par les parties, le contrat de travail renvoyant la plupart du temps au **plan de rémunération variable** dont le contenu est **déterminé unilatéralement** par l'employeur. Bien que cette modification puisse avoir un impact sur la rémunération, le régime de la modification contractuelle est alors écarté. Dans ce cas, l'employeur peut modifier unilatéralement les **objectifs** à condition que ceux-ci soient **raisonnables** et que le **salarié** en soit **informé** en début d'exercice (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-44.977, v. *Bref social* n° 15814 du 14 mars 2011).

Quelles formalités respecter pour modifier la rémunération contractuelle ?

Lorsque l'employeur envisage de modifier un élément essentiel du contrat de travail pour un **motif économique**, il doit en faire la **proposition** au salarié par **lettre recommandée** avec avis de réception. Il indique au salarié en quoi consiste cette modification envisagée et l'informe qu'il dispose d'un **délai d'un mois** à compter de la réception de la lettre recommandée pour faire connaître son refus, et qu'à défaut de **réponse** dans ce délai, il sera réputé avoir accepté la modification proposée (C. trav., art. L. 1222-6).

Lorsque le contrat est modifié pour **motif personnel**, la proposition au salarié n'est soumise à **aucune formalité**. Mais il est recommandé au salarié un délai de réflexion suffisant (au minimum 15 jours).

À NOTER La seule hypothèse où le salaire peut être modifié pour motif disciplinaire est celle de la rétrogradation disciplinaire. Dans ce cas, l'employeur doit respecter l'intégralité de la procédure disciplinaire.

Quelles sont les conséquences de l'acceptation du salarié ?

Si le salarié accepte la proposition de modification de sa rémunération, le contrat de travail se poursuit aux conditions nouvelles.

Rappelons que si la modification envisagée a un **motif économique**, le **silence** du salarié au terme du délai de réflexion d'un mois, à compter de la réception de la lettre de proposition de son employeur, **vaut acceptation** de la modification (C. trav., art. L. 1222-6).

En revanche, si la modification envisagée n'a **pas de motif économique**, l'acceptation par le salarié ne se présume pas et ne peut résulter que de son **consentement exprès**. Ainsi, le fait qu'il continue de travailler aux nouvelles conditions sans rien réclamer ne vaut pas consentement, y compris si ce silence dure plusieurs

mois ou années (Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-43.452; Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-40.702).

Quelles sont les conséquences d'un refus du salarié ?

L'employeur **ne peut, en aucun cas, imposer la modification** au salarié. Si tel est le cas, le salarié peut exiger la poursuite du contrat aux conditions antérieures en saisissant le conseil des prud'hommes en **référé** afin d'obtenir le **rétablissement de son salaire initial** (Cass. soc., 18 février 1998, n° 97-41.916). Il peut aussi faire constater par le juge la rupture de son contrat du fait de l'employeur ou peut **prendre acte de la rupture** de son contrat de travail du fait de la modification unilatérale de sa rémunération par l'employeur (Cass. soc., 5 mai 2010, n° 07-45.409).

Face au refus du salarié, l'employeur n'a que **deux solutions** :

- soit **renoncer** à son projet et maintenir la rémunération du salarié aux conditions antérieures;

- soit engager une procédure de **licenciement**.

Cependant, le refus du salarié ne peut pas être, en lui-même, le motif de licenciement. C'est la raison entraînant la modification qui constitue le motif. Par exemple, si le motif de la modification est économique, l'employeur doit **justifier d'un motif économique** au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail. Il devra alors respecter la **procédure de licenciement économique** avec toutes les obligations qui en découlent, notamment en termes d'information-consultation des représentants du personnel et, le cas échéant, de plan de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1233-8 et s.).

3 Comment modifier la rémunération prévue par accord d'entreprise ?

Lorsque le salaire ou ses accessoires trouvent leur source dans une convention ou un accord collectif d'entreprise, l'employeur qui entend les modifier ou les supprimer doit :

- soit **dénoncer** la convention ou l'accord (C. trav., art. L. 2222-6 et L. 2261-9 et s.);

- soit **négoier** une **révision** de l'accord ou de la convention (C. trav., art. L. 2222-5 et L. 2261-7).

L'employeur ne peut, en aucun cas, modifier unilatéralement la convention collective.

Dénonciation de l'accord

La convention ou l'accord collectif à durée indéterminée peut être **dénoncé** par ses signataires, après **consultation** préalable du **CE**, sous réserve d'un **préavis** qui, à défaut de clause expresse, est de **trois mois** (C. trav., art. L. 2222-6 et L. 2261-9 et s.). La dénonciation est notifiée par son auteur aux autres signataires et est déposée à la Direccte. Une nouvelle négociation s'engage alors.

L'accord dénoncé continue à s'appliquer jusqu'à l'**entrée en vigueur de l'accord qui le remplace** ou, à défaut, pendant une durée maximale d'un an à compter de l'expiration du préavis. Pendant cette période, il n'est pas possible, par avenant au contrat de travail, de négocier avec le salarié des dispositions moins favorables que celles de l'accord dénoncé, y compris si les dispositions de l'avenant ne sont destinées à s'appliquer qu'après l'expiration du délai de survie. Une telle clause est nulle.

Lorsque la convention ou l'accord dénoncé n'est **pas remplacé par un nouveau texte**, il cesse de s'appliquer, sous réserve du maintien des avantages individuels acquis. Or, constitue un **avantage individuel acquis** le niveau de la rémunération (*Cass. soc.*, 26 janvier 2005, n° 02-44.712) ainsi que le taux horaire (*Cass. soc.*, 7 novembre 2007, n° 05-45.698) et la structure de la rémunération (*Cass. soc.*, 1er juillet 2008, n° 06-44.437). En l'absence d'accord de substitution, ces éléments seront alors intégrés au contrat de travail et ne pourront être modifiés par l'employeur qu'avec l'accord du salarié.

Si un accord de substitution a été conclu, il se substitue automatiquement à l'ancien. Ainsi, le passage d'une rémunération aux pourboires à une rémunération au smic par un accord de substitution s'impose aux salariés sans que ces derniers puissent se prévaloir d'une modification du contrat de travail (*Cass. soc.*, 27 juin 2000, n° 99-41.135).

■ Révision de l'accord

Autre possibilité : réviser l'accord (*C. trav.*, art. L. 2222-5 et L. 2261-7). En l'absence de clause de révision dans

le texte, le **consentement unanime des signataires** est nécessaire à l'engagement d'une négociation sur sa modification.

Toutes les organisations syndicales représentatives ayant un délégué syndical dans l'entreprise, même non-signataires du texte initial, sont convoquées à l'avenant de révision. À défaut, celui-ci est nul. Cependant, seules les organisations syndicales signataires de l'accord initial ou qui y ont adhéré sont habilitées à signer l'avenant portant révision. Mais la validité de cet avenant n'est pas subordonnée à la **signature** par la totalité des syndicats liés à l'accord initial.

L'avenant portant révision se substitue de plein droit aux stipulations du texte modifié. Il est opposable à l'employeur et à l'ensemble des salariés qui ne peuvent se prévaloir d'une modification de leur contrat de travail ou du maintien des avantages individuels acquis.

4 Et la rémunération prévue par accord atypique, usage ou engagement unilatéral ?

L'employeur peut modifier ou supprimer unilatéralement un élément de rémunération prévu par accord atypique, usage ou engagement unilatéral à condition : – d'**informer les représentants** du personnel et chaque **salarié** individuellement par écrit ;

– de respecter un **délai de prévenance** suffisant.

La dénonciation n'a pas à être motivée, mais si elle répond à un motif illicite, elle est nulle.

La dénonciation régulière s'impose au salarié. Elle ne constitue **pas une modification de son contrat** de travail, sauf si celui-ci fait expressément référence à l'avantage supprimé ou si cet avantage a été contractualisé avant la dénonciation. En revanche, faute d'une dénonciation régulière, l'avantage reste toujours en vigueur et le salarié garde la possibilité d'en réclamer l'application, notamment par la voie d'une demande de rappel de salaire si l'avantage concerne la rémunération.

Attention : lorsque la rémunération du salarié résulte exclusivement d'un accord atypique, d'un usage ou d'un engagement unilatéral à durée indéterminée et à exécution successive, leur dénonciation n'autorise pas l'employeur à fixer seul le salaire. Celui-ci doit résulter d'un accord contractuel. À défaut, c'est au juge de se prononcer (*Cass. soc.*, 20 octobre 1998, n° 95-44.290).

À NOTER La conclusion d'un accord collectif sur le même objet que celui de l'engagement unilatéral ou de l'usage a pour effet d'y mettre fin, peu important qu'il ait été ou non préalablement dénoncé (*Cass. soc.*, 10 mars 2010, n° 08-44.950).

5 Quel est le rôle du comité d'entreprise et des syndicats ?

■ Le CE doit-il être informé et consulté ?

Le comité est informé et consulté sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail résultant notamment des modes de rémunérations (*C. trav.*, art. L. 2323-27). Tel est le cas d'une décision entraînant une modification de la rémunération, dès lors qu'il s'agit d'une **mesure générale et non temporaire** (*Cass. soc.*, 7 mars 2000, n° 99-83.398) ou lors de la dénonciation d'un accord ou d'une convention collective.

MODIFIER LA RÉMUNÉRATION DANS LE CADRE D'UN ACCORD DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 offre aux entreprises confrontées à de graves difficultés économiques conjoncturelles la possibilité, par un accord d'entreprise, d'aménager la durée du travail, les modalités d'organisation et de répartition du temps de travail ainsi que les rémunérations, en s'engageant en contrepartie à maintenir les emplois (*C. trav.*, art. L. 5125-1 à L. 5125-7, v. dossier juridique -Empl. et chô.- n° 116-2013 du 21 juin 2013).

Les partenaires sociaux peuvent ainsi convenir d'une baisse de la durée du travail et des salaires, ou d'une augmentation du temps de travail sans répercussion sur le salaire. L'aménagement de la rémunération peut porter sur le salaire ou le traitement ordinaire de base ou minimum ainsi que tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur. Attention, l'application de cet accord ne doit pas entraîner une baisse de rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés dont le taux horaire serait, à la date de conclusion de l'accord, égal ou inférieur à 1,2 smic, ni porter la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil.

Pour être valable, l'accord doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections. S'il est conclu avec un élu mandaté ou un salarié mandaté, il doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans les conditions déterminées par l'accord.

L'accord de maintien de l'emploi ne s'applique qu'aux salariés qui l'acceptent. L'employeur doit donc préalablement recueillir l'accord de chaque salarié concerné. Si l'accord ne détermine pas le délai et les modalités de la réponse du salarié, la procédure de notification de la modification du contrat de travail pour motif économique, prévue à l'article L. 1222-6 du Code du travail s'applique. Ainsi, l'employeur doit proposer la modification au salarié par LRAR. Le salarié a un mois à compter de la réception de ce courrier pour faire connaître son refus. Passé ce délai, il est réputé avoir accepté.

Si le salarié accepte l'accord, les clauses contraires de son contrat de travail sont suspendues. Si le salarié refuse, l'employeur peut le licencier selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, quel que soit le nombre de salariés concernés.

Outre des sanctions pénales pour **délit d'entrave**, l'employeur qui applique une mesure affectant le mode de rémunération et concernant les conditions de travail sans avoir auparavant consulté le comité d'entreprise risque de voir sa **décision suspendue** par le juge jusqu'à ce qu'il respecte ses obligations (*Cass. soc.*, 28 novembre 2000, n° 98-19.594).

À NOTER Rappelons que si plusieurs salariés refusent la modification de leur contrat pour motif économique, le comité d'entreprise sera informé et consulté dans le cadre de la procédure collective de licenciement pour motif économique (*voir infra*).

■ L'employeur doit-il négocier avec les syndicats représentatifs ?

Dans les matières relevant de la **négociation annuelle obligatoire**, la Cour de cassation limite le pouvoir de décision de l'employeur. Lorsque ce dernier envisage

de prendre une décision sur une question qui relève de cette négociation, il doit respecter son **obligation de négocier** avant de la mettre en œuvre. L'employeur ne peut, par conséquent, prendre une décision unilatérale ayant des conséquences sur les salaires effectifs tant que la négociation obligatoire est en cours, ni prendre une telle décision entre deux négociations si celle-ci n'a pas été examinée lors de la dernière (*Cass. soc.*, 28 novembre 2000, n° 98-19.594).

Selon les cas, l'employeur peut soit inclure son projet de modification des salaires dans le cadre du round annuel de négociation sur les salaires, soit engager immédiatement des négociations. Si la négociation échoue et aboutit à un procès-verbal de désaccord, l'employeur peut alors mettre en place son projet de manière unilatérale. Si, au contraire, elle réussit, la mise en place du projet est formalisée par la signature d'un accord collectif.