

NEWSLETTER / SOCIAL

L'actualité en droit social

Rémunération variable :

attention à l'opposabilité des clauses contractuelles

La rémunération variable peut être un excellent outil de motivation et même un moyen d'aligner des intérêts individuels et les objectifs stratégiques de l'entreprise (encore trop souvent présentés comme opposés).

Elle est aussi source de nombreux contentieux. Sur le plan social comme juridique, la rédaction des clauses de rémunération variable doit faire l'objet de la plus grande attention.

Les contentieux en la matière sont initiés (i) soit à titre individuel notamment à l'occasion de la rupture du contrat de travail, (ii) soit à titre collectif par exemple en cas de modification du plan collectif de rémunération variable.

La vigilance est de mise tant à l'occasion de la rédaction de la clause de rémunération variable que lors de sa mise en œuvre pratique (fixation d'objectifs en français, précis et réalistes au début de période de référence, transparence sur les paramètres de calculs, consultation du CSE en cas de plan collectif de rémunération variable etc).

La Cour de Cassation est récemment venue faire quelques piqûres de rappels.

Dans une première affaire ([Cass. soc. 29 septembre 2021 n°13-25.549](#)), une salariée a sollicité le paiement de primes commerciales sur objectifs. La société a refusé de les lui payer au motif que le contrat de travail subordonnait le paiement des dites primes à la présence de la salariée dans l'entreprise le 31 décembre de l'année considérée. La Cour de Cassation rappelle que si l'ouverture du droit à un élément de rémunération afférent à une période travaillée peut être soumise à une condition de présence à la date de son échéance, le droit à rémunération est acquis lorsque cette période a été intégralement travaillée et ne peut donc être soumis à une condition de présence à la date postérieure de son versement.

Dans une seconde affaire ([Cass. Soc. 13 octobre 2021 n°19-19.407](#), voir aussi dans le même sens [Cass. Soc. 22 mai 2019 n°17-31.517](#)), la Cour de cassation revient sur une pratique consistant à verser une rémunération forfaitaire congés payés inclus. Si la Cour de cassation ne s'y oppose pas par principe, elle rappelle les conditions de validité d'une telle clause, à savoir :

- (i) le fait que des conditions particulières le justifient (exemple salariés payés à la commission),



Myrtille Lapuelle
Associée / Partner

lapuelle@coblence-avocats.com



Alexandra Briens
Collaboratrice / Associate

briens@coblence-avocats.com



coblence
avocats

- (ii) que la prise en compte des congés payés résulte d'une clause contractuelle transparente et compréhensible ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés et,
- (iii) que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris.

A défaut, la clause n'est pas opposable au salarié qui peut donc obtenir des rappels d'indemnité compensatrice de congés payés.

Ces affaires illustrent le soin qui doit être apporté à la structuration de la rémunération variable comme à la rédaction de la clause de rémunération variable.

A vos crayons !

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

➤ [Questions-réponses sur l'obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire pour certaines professions](#)

Le questions-réponses du gouvernement a été mis à jour le 13 octobre dernier.

Depuis le 15 octobre 2021, les majeurs non-vaccinés qui ne bénéficient pas d'une prescription médicale et qui doivent présenter un test antigénique ou un test PCR en guise de pass sanitaire, doivent déboursier pour ce faire un montant de 22 € à 44 €.

Le Questions/Réponses précise que le coût des tests virologiques ne constitue pas un frais professionnel. L'employeur n'est pas tenu de le prendre en charge.

➤ [Circulaire UNEDIC n°2021-13 du 19 octobre 2021 relative à la réglementation d'assurance chômage au 1^{er} octobre 2021](#)

Il s'agit d'une mise à jour des fiches techniques mises en ligne par l'Unedic depuis le 6 octobre 2020 pour tenir compte de l'entrée en vigueur au 1er octobre 2021 du second volet de la réforme de la réglementation d'assurance chômage issue du décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019.

La mise à jour concerne essentiellement les thèmes suivants :

- La durée d'indemnisation ;
- Le salaire de référence ;
- Le salaire journalier de référence ;
- Les modalités de calcul du différé congés payés, ainsi que l'ordonnancement des différés d'indemnisation





ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

❑ Réforme de l'assurance chômage

- [CE, ordonnance de référé 22 octobre 2021, n°457300 : Le Conseil d'Etat ne suspend pas l'exécution du Décret 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime de l'assurance chômage](#)

Saisi par plusieurs syndicats, le juge des référés du Conseil d'État a décidé par ordonnance qu'il ne suspendrait pas le décret fixant au 1er octobre 2021 la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul de l'allocation de retour à l'emploi.

Une suspension avait été décidée [en juin dernier](#) au motif que la situation du marché de l'emploi ne permettait pas d'atteindre l'objectif de réduction du recours aux contrats courts fixé par le gouvernement.

Une évolution favorable est observée depuis plusieurs mois et le Conseil d'Etat confirme que la tendance générale du marché de l'emploi ne constitue plus un obstacle à la mise en place de la réforme.

❑ Exécution du contrat de travail

- [Cass. soc. 15 septembre 2021, n°19-23.909 : le motif du CDD doit être défini précisément dans le contrat](#)

Une salariée saisit le juge prud'homal aux fins d'obtenir la requalification en CDI de son CDD conclu « *pour faire face à la réorganisation du service commercial de l'entreprise* ». En appel, elle obtient gain de cause. L'employeur forme un pourvoi en cassation, indiquant que la réorganisation mentionnée dans le CDD génère nécessairement un accroissement temporaire d'activité, ce qui constitue le motif précis exigé par les articles L.1242-2 et L.1242-12 du Code du travail.

Il soutient par ailleurs que la Cour aurait dû constater que la salariée avait été embauchée dans le cadre d'un unique contrat à durée déterminée, qu'à l'expiration de ce contrat, aucun salarié n'avait été embauché pour occuper les fonctions assumées auparavant par la salariée et que la mission qui avait été assignée à celle-ci, consistant à accompagner l'équipe commerciale dans la réorganisation des méthodes de travail, n'avait vocation à perdurer que le temps de cette transition.

La Cour de cassation confirme l'analyse de la Cour d'appel : « *Ayant constaté que le contrat de travail et ses avenants mentionnent qu'ils ont été conclus pour « une réorganisation du service commercial », la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que cette mention ne constitue pas l'énonciation d'un motif précis.* »

- [Cass. soc. 29 septembre 2021 n° 19-19-223 : obligation pour l'employeur de démontrer l'effectivité du droit à congés payés de son salarié](#)

A la rupture de son contrat, un salarié réclame un solde de congés payés acquis et non pris.

L'employeur lui oppose les bulletins de paie, sur lesquels figurent les mentions relatives aux congés payés pris et au solde de congés.

Le juge prud'homal, puis la Cour d'appel, appréciant les éléments versés aux débats par l'employeur ainsi que ceux produits par le salarié, déboutent ce dernier de ses prétentions au motif qu'il ne démontre pas avoir travaillé durant les jours de congés rémunérés par l'employeur.

Le salarié se pourvoit alors en Cassation.

La Cour de cassation casse l'arrêt confirmatif et rappelle que l'employeur est le débiteur d'une obligation d'assurer au salarié la possibilité de bénéficier effectivement de son droit à congés.

Dès lors, il ne peut se contenter de montrer qu'il a payé les congés : il doit démontrer avoir pris des mesures pour que le salarié les prenne effectivement.

- [Cass. soc. 29 septembre 2021 n°20-13.969 : faculté de report par l'employeur du départ en congé sabbatique du salarié](#)

En juin 2016, une salariée adresse à son employeur une demande de congé sabbatique pour la période allant du 26 septembre 2016 au 25 août 2017.

Par courrier reçu par la salariée le 27 juillet 2016, l'employeur l'informe de son opposition à ce que le congé commence le 26 septembre 2016 et lui indique qu'il commencera le 15 novembre suivant.

La salariée est tout de même absente à compter du 26 septembre 2016.

Licenciée le 10 novembre 2016 pour faute grave tirée d'un abandon de poste, elle saisit la juridiction prud'homale afin de faire juger son licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. Au soutien de sa demande, elle indique que le report de son congé sabbatique est irrégulier car non motivé, l'employeur ne lui ayant donné aucune explication dans le courrier l'informant du report. Elle estime, dès lors, que la décision de l'employeur ne lui est pas opposable et que son absence est justifiée par son départ en congé sabbatique.

La Cour d'appel donne raison à la salariée en retenant que l'employeur ne pouvait reporter le départ en congé qu'en fonction du pourcentage de salariés simultanément absents au titre du congé pour la création d'entreprise, pour l'exercice de responsabilités de direction au sein d'une entreprise répondant aux critères de jeune entreprise innovante et au titre du congé sabbatique ou en fonction du pourcentage de jours d'absence prévu au titre de ces congés.

L'arrêt d'appel est cassé par la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui rappelle que l'employeur a la faculté de différer le départ en congé sabbatique, dans limite de 6 ou 9 mois, selon l'importance de l'effectif de l'entreprise, sans avoir à apporter de justification spécifique au salarié. La Cour d'appel a posé une condition supplémentaire là où la Loi n'en définit pas (Article L.3142-29 du Code du travail).

En cas de contentieux, il devra cependant pouvoir justifier de la légitimité de sa décision, notamment au regard du pourcentage de salariés simultanément absents ou que le nombre de jours d'absence.

❑ Travail dissimulé

➤ [Conseil constitutionnel 7 octobre 2021, n°2021-937 QPC : cumul des sanctions applicables au travail dissimulé](#)

Lorsque l'infraction de travail dissimulé est reconnue, un double système de sanctions peut être actionné à l'égard de l'employeur.

En premier lieu, en application de l'article L.8224-5 du Code du travail, l'employeur responsable est passible d'une peine d'amende, d'un affichage ou d'une diffusion de la décision prononcée, de la dissolution de la personne morale, de l'interdiction d'exercer l'activité incriminée, de la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement, de l'exclusion des marchés publics, de la peine de confiscation, ou encore de l'interdiction de percevoir les aides publiques.

En second lieu, l'article L.243-7-7 du Code de la Sécurité sociale prévoit également, en cas de reconnaissance d'une situation de travail dissimulé, l'application de majorations sur les redressements opérés par les organismes de sécurité sociale.

La Société DELIVEROO, condamnée au titre d'une situation de travail dissimulé et passible de sanctions au visa de ces deux articles, a saisi le Conseil Constitutionnel d'une QPC. La Société a soutenu que l'application cumulative de ces dispositions pouvait conduire à ce qu'un employeur soit poursuivi et sanctionné deux fois pour de mêmes faits de travail dissimulé. Il en résulterait, selon la Société, une méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines et du principe « non bis in idem » qui en découle.

Le Conseil Constitutionnel répond par la négative : les sanctions respectivement prévues par le Code du travail et le Code de la Sécurité sociale sont de nature différente et peuvent donc être cumulées.

❑ Rupture du contrat de travail

➤ [Cass. soc. 22 septembre 2021, n°20-10.843 : utilisation du système de vidéo-surveillance comme moyen de preuve](#)

Un salarié est soupçonné de voyeurisme. L'employeur, grâce aux images de la caméra de vidéo-surveillance placée dans un couloir réservé aux stocks de l'entreprise, le surprend à plusieurs reprises en train de s'introduire dans les toilettes des femmes attenantes à ce couloir.

Il licencie alors le salarié. Ce dernier conteste la mesure, notamment au motif que le système de vidéo-surveillance n'a pas fait l'objet de la procédure déclarative auprès de la CNIL, ni d'une consultation des représentants du personnel préalable à sa mise en place, ni d'une information individuelle des salariés.

La Cour d'appel lui donne raison, mais la Cour de cassation censure l'arrêt : « *En se déterminant ainsi, sans constater que le système de vidéo-surveillance avait été utilisé pour contrôler le salarié dans l'exercice de ses fonctions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.* »

Il s'avère que le système de vidéo-surveillance avait été mis en place pour filmer les issues du magasin, afin d'en assurer la sécurité, et non pour contrôler l'activité des salariés. Dès lors, la vidéo-surveillance pouvait servir de preuve sans que la procédure préalable de déclaration/information/consultation préalable à la mise en place du système de caméras doive être observée.

➤ **Cass. soc. 22 septembre 2021, n°20-11.045 : le salarié ne peut se rétracter tardivement de sa demande de départ à la retraite**

Le 31 août 2012, un salarié fait part à son employeur de sa décision de faire valoir ses droits à la retraite, avec un départ effectif au 1er janvier 2013. A compter du 15 novembre 2012, le salarié est placé en arrêt de travail pour maladie en raison d'un cancer tardivement diagnostiqué. Le 3 décembre 2012, la Société prend acte de la décision de départ à la retraite du salarié. Le 27 décembre suivant, soit quatre jours avant la prise d'effet de sa décision, le salarié se rétracte et sollicite son retour dans l'entreprise.

La Société refuse cette rétractation, qu'elle juge tardive. Le salarié saisit le juge prud'homal au motif que ce refus serait abusif et discriminatoire, car fondé sur ses activités syndicales.

L'affaire est portée en appel, et la Cour d'appel considère valable et non discriminatoire le refus de rétractation.

La Cour de cassation confirme ensuite la position du juge du fond, en rappelant que le salarié avait présenté une décision claire et non équivoque de faire valoir ses droits à la retraite et qu'il n'était pas établi que la société avait connaissance de l'état de santé dans lequel se trouvait le demandeur.

La Cour a pu retenir que le refus de l'employeur de tenir compte de la rétractation tardive du salarié ne constituait pas un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé (dont l'employeur n'avait pas connaissance) ou de ses activités syndicales (le salarié ne présentant pas d'éléments relatifs à ce grief).

➤ **Cass. soc. 22 septembre 2021, n°18-22.204 : une convention collective peut prévoir un entretien préalable pour toute notification d'une sanction légère (avertissement, rappel à l'ordre)**

Le salarié d'un établissement pour personnes handicapées fait l'objet d'une mesure de licenciement pour faute. Il conteste cette mesure, au motif que l'article 33 de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, applicable dans l'établissement, prévoit que sauf en cas de faute grave, il ne pourra y avoir de mesure de licenciement à l'égard d'un salarié si ce dernier n'a pas fait l'objet précédemment d'au moins deux sanctions préalables prises dans le cadre de la procédure légale.

Est visé, en ce qui concerne la « procédure légale », l'article L. 1332-2 du Code du travail, qui dispose que lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié.

Pour débouter le salarié de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel retient que l'intéressé a fait l'objet de deux lettres d'observations constitutives de sanctions disciplinaires qui, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, ne nécessitaient pas d'entretien préalable. Ces deux sanctions disciplinaires régulières pouvaient ouvrir la voie à l'engagement d'une procédure de licenciement.

La Cour de cassation, saisie du litige, ne se joint pas à cette analyse. Elle rappelle en premier lieu que si, en principe, l'employeur n'est pas tenu de convoquer le salarié pour un entretien avant de lui notifier un avertissement ou une sanction de même nature, il en va autrement lorsque des dispositions d'une convention collective, instituant une garantie de fond, subordonnent le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures.

L'employeur aurait donc dû convoquer le salarié à des entretiens préalablement à la notification des courriers d'observations.

Cependant, la Cour de cassation relève que le salarié n'a pas demandé l'annulation des sanctions disciplinaires. Dès lors, le moyen relatif à l'irrégularité de ces sanctions, invoqué à l'appui de la contestation du licenciement, est inopérant.

➤ [CE 7 octobre 2021, n°430899 : indemnisation par l'Etat du salarié protégé en cas de méconnaissance, par l'Inspecteur du travail, de ses règles de compétence](#)

Dans cette décision, le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois sur la responsabilité de l'Etat dans l'hypothèse d'une décision d'incompétence rendue par un Inspecteur du travail.

En l'espèce, l'Inspecteur du travail s'était déclaré incompétent au sujet d'une demande d'autorisation de licenciement consécutif au constat de l'inaptitude d'un salarié protégé au sein d'une régie municipale.

L'Inspecteur a, en effet, considéré que le salarié était agent de droit public, et donc, qu'il ne relevait pas des dispositions protectrices du Code du travail relatives à la procédure spéciale de licenciement.

Le salarié, licencié sans autorisation administrative, a saisi le Conseil de Prud'hommes aux fins de contester la mesure, mais il a été débouté, la juridiction prud'homale considérant que la décision de l'Inspection du travail s'imposait à elle.

Le salarié a alors engagé une procédure administrative en reconnaissance de la responsabilité de l'autorité administrative.

Le Conseil d'Etat a reconnu finalement la responsabilité de l'Etat sous deux conditions réalisées en l'espèce : d'une part, il était possible de constater que le refus de l'Inspecteur de se prononcer sur la demande d'autorisation était illégal. D'autre part, le salarié était en mesure de démontrer que cette faute lui causait un préjudice direct et certain.

❑ **Contentieux prud'homal**

➤ [Cass. soc. 22 septembre 2021, n°19-26.144 : régime de la preuve en matière de discrimination et article 145 du Code de procédure civile](#)

L'article L.1134-1 du Code du travail aménage le régime probatoire en matière de discrimination : le salarié doit présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En matière de discrimination syndicale, se pose la question du recours, par le salarié, aux mesures d'instruction visées à l'article 145 du Code de procédure civile. Aux termes de ce texte, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

En l'espèce, un salarié saisit la formation de référé sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile aux fins d'obtenir la communication d'un extrait du registre du personnel identifiant les salariés embauchés la même année à 2 ans près dans la même catégorie, au même niveau de qualification, leurs bulletins de paie du mois de décembre de chaque année depuis leur embauche, les formations suivies et leurs dates, leurs fiches d'évolution et d'autres éléments personnels aux salariés.

La Cour d'appel rejette sa demande au motif que le régime spécifique de la preuve en matière de discrimination rappelé ci-dessus rend inutile la demande en référé. Elle relève par ailleurs que la société, dans le cadre de la procédure initiée au fond dans un second temps, produit des éléments qu'elle considère comme suffisants pour permettre au salarié de procéder à la comparaison souhaitée.

La Cour de cassation, saisie par le salarié, casse l'arrêt d'appel. En premier lieu, elle rappelle que l'article L.1134-1 du Code du travail, en soi, n'exclut pas l'application de l'article 145 du Code de procédure civile.

Elle rappelle ensuite que le juge, pour faire application de l'article 145 du Code de procédure civile, doit rechercher si la communication demandée est nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la discrimination alléguée et proportionnée au but poursuivi et s'il existe ainsi un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Ensuite, si les éléments dont la communication est demandée sont de nature à porter atteinte à la vie personnelle d'autres salariés, le juge doit vérifier quelles mesures sont indispensables, et restreindre éventuellement la communication sollicitée.

➤ [Dol – le juge doit rechercher si l'employeur aurait refusé de transiger : Cass. soc. 8 septembre 2021, n°20-15.730](#)

Une transaction est signée entre un employeur et un salarié dans le prolongement du licenciement de ce dernier.

Peu de temps après, l'employeur découvre que le salarié, avec la complicité d'un de ses collègues, avait vendu du matériel de l'entreprise sur un site internet de vente entre particuliers. L'employeur saisit alors le Conseil de Prud'hommes pour faire annuler la transaction, invoquant le dol (vice du consentement). La cour d'appel fait droit à sa demande : le silence du salarié sur la vente du matériel n'avait pas permis à l'employeur de transiger de manière éclairée et équilibrée car s'il avait eu connaissance des agissements de son salarié, l'employeur aurait pu refuser de transiger ou, à tout le moins, transiger à un montant inférieur à celui retenu dans le protocole d'accord.

La Cour de cassation, saisie par le salarié, casse et annule l'arrêt.

Elle censure l'analyse du premier juge, au motif que ce dernier aurait dû pouvoir constater effectivement que l'employeur, s'il avait eu connaissance des agissements du salarié, aurait refusé de transiger. En effet, la seule circonstance que des mensonges reprochés au salarié ont amené l'employeur à lui consentir des concessions plus avantageuses n'est pas de nature à affecter la validité de la transaction : le dol, tel que défini à l'article 1130 du Code civil, ne se présume pas et doit être prouvé.

ACTUALITÉ DU CABINET

ÉVÉNEMENTS A VENIR

📅 Webinar: Mardi 18 janvier 2022

de 09h à 10h30

« *Actualité jurisprudentielle 2021 :
panorama* »

➔ Inscriptions : evenement@coblence-avocats.com

ACTUALITÉ MÉDIAS

➔ Coblence avocats de nouveau classé parmi les meilleurs cabinets en droit social dans l'édition 2021 du guide Décideurs Relations sociales et droit du travail

👉 Contentieux individuel à risques: <https://bit.ly/3npMjwe>

👉 Négociations collectives et relations sociales <https://bit.ly/3FuK15n>

👉 Restructurations, plans sociaux et contentieux associés :
<https://bit.ly/3CkML2Z>

👉 Gestion sociale des M&A et audits sociaux <https://bit.ly/3kHBios>

VOS CONTACTS

Catherine Davico-Horau : hoarau@coblence-avocats.com

Chantal Giraud-van Gaver : van-gaver@coblence-avocats.com

Laurent Guardelli : guardelli@coblence-avocats.com

Myrtille Lapuelle : lapuelle@coblence-avocats.com

Martine Riou : riou@coblence-avocats.com