



La rémunération variable : questions-réponses

publié le **21/02/2011**, vu **12469** fois, Auteur : [Xavier Berjot | SANCY Avocats](#)

La rémunération variable, ou sur objectifs atteints, pose de nombreuses difficultés d'ordre pratique. Définition des objectifs à atteindre, incidence de la suspension du contrat sur la rémunération, conséquences de la non-atteinte des objectifs, etc., voici récapitulées les principales règles applicables sous forme de questions-réponses.

1. Le salarié peut-il être rémunéré uniquement au résultat ?

Dans la plupart des cas, le contrat de travail prévoit que la rémunération du salarié comprend une part fixe et une part variable (sur objectifs atteints, proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé, etc.).

Cela étant, le contrat de travail peut-il prévoir que le salarié ne percevra aucune rémunération fixe, mais seulement une rémunération variable ?

Il résulte des articles L. 3231-1 et suivants du Code du travail que le salarié a droit à un salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC).

Selon la Cour de cassation, la rémunération variable versée au salarié ne doit pas aboutir à le priver de cette rémunération minimum (Cass. soc. 11 février 1998, n° 95-44118).

Les conséquences pratiques de cette règle sont de deux ordres :

- Le contrat de travail peut prévoir une part fixe d'un montant inférieur au SMIC ;
- Toutefois, quand la rémunération variable du salarié n'atteint pas le SMIC un mois donné, l'employeur doit lui verser un complément de rémunération.

Enfin, il convient de préciser que si la convention collective prévoit un salaire minimum supérieur au SMIC, le salaire total (fixe et variable) doit au moins correspondre à ce minimum.

2. Comment calculer l'indemnité de congés payés du salarié bénéficiant d'une rémunération variable ?

Selon l'article L. 3141-22 du Code du travail, l'indemnité de congés payés est égale :

- Au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence ;

- Sans pouvoir être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler.

- En cas d'application de la **règle du dixième**, il convient d'inclure dans l'assiette de calcul de la rémunération la part variable du salaire correspondant à l'activité personnelle du salarié et qui n'est pas calculée sur l'année entière, périodes de travail et de congés confondues (ex. taux perçu par un salarié sur la réalisation d'objectifs fixés : Cass. soc. 19 décembre 1990, n° 88-40073).

En sens inverse, n'a pas à être incluse la part variable du salaire qui ne correspond pas seulement à l'activité personnelle du salarié, mais dépend également de l'activité des autres salariés et qui, de ce fait, n'est pas réduite lorsque le salarié est en congés.

- En cas d'application de la **règle du maintien de rémunération**, il est par hypothèse impossible de savoir quelle rémunération variable le salarié aurait perçue s'il avait continué à travailler.

Dans ce cas, en l'absence de solution jurisprudentielle établie, il est d'usage de calculer une moyenne, par exemple sur la base de la rémunération variable de l'année écoulée.

3. Quelle rémunération convient-il de maintenir en cas de maladie ?

La question du maintien de la rémunération pose les mêmes difficultés que celles rencontrées dans le calcul de l'indemnité de congés payés.

Selon l'article 37 de la circulaire du 27 juin 1978 concernant l'application de la loi 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle :

- « ... *Le principe à appliquer doit être que le salaire de référence soit significatif au regard de l'absence indemnisée, ce qui peut conduire à retenir soit celui de la période de paie précédant cette absence, soit un salaire moyen perçu au cours d'une période plus longue, le trimestre, par exemple.* »

Par conséquent, la solution réside dans l'établissement d'une moyenne suffisamment pertinente pour servir de base au maintien de salaire.

Le contrat de travail a intérêt à prévoir cette hypothèse, afin d'éviter toute difficulté pratique, à moins qu'elle ne soit envisagée par la convention collective applicable.

4. La rémunération variable peut-elle évoluer dans le temps ?

L'intérêt de la rémunération variable tient dans son caractère motivant. En effet, la rémunération variable est un des outils de développement du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Il est donc essentiel que la rémunération variable puisse être ajustée en fonction de l'évolution de l'entreprise, de ses produits, marchés et concurrents.

Cette nécessité économique se heurte au principe selon lequel la rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail, qui ne peut être modifié de manière unilatérale (Cass. soc., 19 mai 1998, n° 96-41573).

Pour la Cour de cassation (Cass. soc. 2 juillet 2002, n° 00-13111), « *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 le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels.* »

En l'espèce, le contrat de travail prévoyait que la rémunération du salarié était constituée par un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la société.

Cet arrêt de principe ne répond cependant pas aux exigences économiques des entreprises, qui peuvent légitimement vouloir adapter leurs systèmes de rémunération variable.

Or, pour la Cour de cassation, est nulle la clause offrant à l'employeur « *la faculté d'adapter la partie variable de la rémunération selon l'évolution du marché et des produits de la marque* » (Cass. soc. 30 mai 2000 n° 97-45068).

Cette solution, bien établie, contraint l'employeur à solliciter l'accord du salarié en cas de modification du système de rémunération variable ou de commissionnement.

5. Quelles sont les conséquences du désaccord du salarié sur la rémunération variable ?

Dans la mesure où le salarié ne peut pas être contraint d'accepter une modification du mode de calcul de sa rémunération variable, se pose la question des conséquences du désaccord des parties sur le sujet.

Pour la Cour de cassation, en l'absence d'accord, il incombe aux juges du fond de déterminer la rémunération variable « *en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes* » (Cass. soc. 27 mai 1998 n° 96-41152)

L'employeur ne peut donc pas licencier le salarié au motif qu'il refuse les nouvelles conditions de sa rémunération variable, à moins que ce dernier ne fasse systématiquement obstruction aux propositions de l'employeur

Ici encore, des difficultés pratiques peuvent surgir en cas de désaccord entre l'employeur et le salarié au sujet de la rémunération variable, puisque l'obtention d'un jugement du Conseil de prud'hommes demande bien souvent plus d'un an...

6. L'employeur peut-il ajuster la rémunération variable selon les salariés concernés ?

Dans un arrêt du 30 avril 2009 (Cass. Soc. 30 avril 2009, n° 07-40.527), la Cour de cassation a jugé que l'employeur ne peut, en invoquant son pouvoir discrétionnaire, établir des différences de rémunération entre ses salariés, en matière de prime ou salaire variable.

- Si la prime est liée à l'atteinte d'objectifs quantitatifs ou qualitatifs, ceux-ci doivent être définis d'un commun accord entre les parties et les salariés placés dans une situation identique doivent bénéficier du même système de rémunération variable.

- Si la prime correspond à une gratification exceptionnelle, elle doit être versée de manière uniforme entre les salariés, sauf à déterminer des critères d'attribution objectifs : condition d'ancienneté dans l'entreprise, surcharge d'activité dans un service, etc.

7. Quelles sont les conséquences de la non-atteinte des objectifs par le salarié ?

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, « *la seule insuffisance de résultats ne peut, en soi, constituer une cause de licenciement* » (Cass. soc. 30 mars 1999, n° 97-41028).

Cette solution est valable même si des objectifs chiffrés figurent au contrat de travail et que le salarié les a expressément acceptés, et même si le contrat prévoit que la non-atteinte des objectifs pendant une certaine durée est constitutive d'un motif de licenciement.

Par conséquent, en présence d'une insuffisance de résultats, les juges du fond doivent vérifier si celle-ci procède « *soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable* » au salarié (Cass. soc. 3 avril 2001, n° 98-44069).

Enfin, l'employeur ne peut invoquer l'insuffisance de résultats d'un salarié que si les objectifs fixés sont raisonnables et cohérents par rapport au marché.

8. Comment déterminer le droit à rémunération variable en cas de licenciement ?

Il est fréquent que le contrat de travail subordonne le versement de la rémunération variable à certaines conditions (ex. condition de présence du salarié au moment du versement).

Dès lors, en cas de licenciement, l'application de ces clauses peut conduire à des difficultés.

Pour la Cour de cassation, « *si l'ouverture du droit à un élément de la rémunération afférent à une période travaillée peut être soumis à une condition de présence à la date de son échéance, le droit à rémunération, qui est acquis lorsque cette période a été intégralement travaillée, ne peut pas être soumis à une condition de présence à la date, postérieure, de son versement* » (Cass. soc. 3 avril 2007 n° 05-45.110).

A titre d'exemple, il n'est pas possible de priver un salarié de sa rémunération variable au titre de l'année 2010, au motif que les rémunérations variables sont versées au 1^{er} mars de l'année N + 1 et que le salarié a quitté l'entreprise à cette date.

9. Comment calculer l'indemnité compensatrice de préavis en cas de licenciement ?

Aux termes de l'article L. 1234-5, alinéa 2 du Code du travail :

- « *L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.* »

Sur le fondement de ce texte, la Cour de cassation considère que la rémunération variable doit être comprise dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc. 2 juillet 2003, n° 01-43113).

S'agissant du montant à prendre en compte, l'arrêt susvisé a approuvé la Cour d'appel de s'être référée au taux moyen des commissions du salarié au cours des douze derniers mois.

10. Comment calculer l'indemnité de licenciement ?

Qu'il s'agisse de l'indemnité légale ou de l'indemnité conventionnelle de licenciement, il convient de tenir compte de la meilleure moyenne des 3 ou 12 rémunérations brutes précédant la rupture du contrat de travail, salaire variable inclus.

La particularité en la matière tient dans le fait l'employeur est en droit d'exclure de l'assiette de l'indemnité les commissions perçues pendant la période de référence mais afférentes à des affaires des années précédentes (Cass. soc. 13 mars 1990, n° 87-41500).

Xavier BERJOT

Avocat Associé

OCEAN AVOCATS

www.ocean-avocats.com