

Rémunération variable : les représentants du personnel ne doivent pas pâtir de l'exercice de leur mandat



Pour la première fois, à notre connaissance, la Cour de cassation prend position sur les discriminations dont les représentants du personnel peuvent être victimes en matière de rémunération variable et propose une méthode de calcul adaptée.

→ **Faits :** une salariée, employée de banque en tant que conseillère commerciale, exerce divers mandats électifs et syndicaux auxquels elle consacre une partie significative de son temps de travail. S'estimant victime de discrimination syndicale dans le déroulement de sa carrière, elle saisit la juridiction prud'homale. Elle réclame notamment des dommages et intérêts pour discrimination dans l'attribution de primes variables sur plusieurs années. Celles-ci dépendent en effet du nombre d'entretiens commerciaux réalisés ou du nombre de produits financiers vendus. Or, pour attribuer ces primes à la salariée, l'employeur n'a jamais pris en compte le fait que son temps de travail productif était réduit en raison de l'exercice de ses mandats. Devant la cour d'appel, l'intéressée obtient partiellement gain de cause. S'agissant des primes calculées en fonction du nombre d'entretiens commerciaux, tout en reconnaissant le caractère discriminatoire du mode d'attribution, les magistrats déboutent la salariée, au motif qu'elle n'a pas effectué les déclarations individuelles nécessaires. S'agissant en revanche des primes calculées sur la base du nombre de produits financiers vendus, la cour d'appel accueille favorablement sa demande, mais fixe une indemnisation forfaitaire. La salariée se tourne alors vers la Cour de cassation pour faire valoir le caractère discriminatoire des deux types de primes, et solliciter une indemnisation égale à la différence entre le montant de la prime qu'elle a perçue et le montant moyen de celle versée aux autres salariés. Elle obtient au final entièrement gain de cause.

→ **Solution :** le caractère apparemment discriminatoire de la prime calculée en fonction du nombre d'entretiens commerciaux ayant été constaté, il appartenait à l'employeur de justifier, d'une part, que la clientèle confiée à la salariée avait été **adaptée** en fonction des seules heures consacrées à l'exécution de ses obligations contractuelles et, d'autre part, que le montant de cette prime était identique à celui prévu au profit des autres salariés et était soumis à des **abattements** eux-mêmes **proportionnés au temps de travail** de production de la salariée. Par ailleurs, l'exercice de mandats représentatifs ne pouvant avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié, l'intéressée avait droit de percevoir, au titre de la prime assise sur les produits financiers vendus, une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, du **montant moyen** de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'**objectifs réduits à la mesure de ce temps** [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354].

Les critères d'une rémunération variable non discriminatoire

→ L'employeur ne peut pas prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière, notamment, de rémunération [C. trav., art. L. 2141-5]. Par ailleurs, l'exercice d'un mandat ne doit avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié. Au nom de ce principe, la Cour de cassation a pu considérer, par exemple, qu'un salarié ne pouvait être privé d'une prime d'assiduité du fait d'absences justifiées par l'exercice de son mandat [Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-44.474]. Les représentants du personnel ne doivent en effet subir aucune perte de rémunération du fait de leur mandat. Ils ne peuvent donc pas percevoir un salaire inférieur à celui qu'ils auraient gagné s'ils avaient effectivement travaillé pendant leurs heures de délégation, primes et accessoires de salaire inclus.

→ C'est ce principe qui prévaut dans la décision du 6 juillet 2010, s'agissant de la question des rémunérations variables qui, à notre connaissance, n'avait pas jusqu'à présent donné lieu à jurisprudence. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il fournit un exemple permettant d'illustrer concrètement les exigences des juges. Les primes en question étaient en effet calculées sur la base de deux éléments : le nombre d'entretiens commerciaux conduits par l'agent et le nombre de

produits financiers vendus. Cette affaire est donc l'occasion pour la Cour de cassation de mettre en lumière les solutions permettant à l'employeur de ne pas discriminer ses représentants du personnel.

→ En premier lieu, il doit justifier avoir **adapté la clientèle aux heures consacrées à l'exécution du contrat de travail** : une première démarche doit donc être conduite pour donner au salarié un portefeuille de clients adapté à son temps de travail. Ce dernier doit être en mesure de suivre sa clientèle dans la même proportion que des salariés à temps plein.

→ En deuxième lieu, la Cour énonce que **les objectifs doivent être diminués en proportion du temps de présence**. Position logique : un salarié qui, du fait de son mandat, assure l'équivalent de deux tiers du temps de production d'un salarié non investi de mandat, doit voir ses objectifs réduits dans les mêmes proportions.

→ En dernier lieu, le montant de base de la prime doit être **identique à celui prévu au profit des autres salariés** et soumis à des **abattements eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production** du salarié exerçant un mandat.

La méthode de calcul de la prime variable

Ces principes étant posés, la Cour de cassation propose une méthode de calcul garantissant aux représentants du personnel une absence de pénalisation en termes de rémunération. Cette méthode consiste à opérer une distinction selon l'activité du salarié, en calculant le montant de la prime globale en deux temps. Ainsi, le salarié a droit de recevoir :

→ pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, une **somme égale au montant moyen de la prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés** ;

→ pour la partie de son activité égale à son temps de production, une **somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps**.

Prenons par exemple un service où les salariés placés dans une même situation peuvent percevoir une prime annuelle de 1 000 € à raison de 500 produits financiers vendus.

Un représentant du personnel consacre un dixième de son temps de travail à ses mandats :

- pour la partie de son activité correspondant à ceux-ci, il aura droit à un dixième du montant moyen de la prime versée à ses collègues ;

- pour la partie de son activité correspondant à son temps de production, il aura droit à une prime de 900 € (9/10e de 1 000 €) s'il atteint un objectif de vente de 450 produits financiers (9/10e de 500).

La complexe non-discrimination du fait du mandat

En lisant cette décision, revient immédiatement en mémoire celle du 17 octobre 2006 qui avait fait grand bruit en matière d'entretien d'évaluation des représentants du personnel, à la suite duquel les commentateurs avaient prudemment conseillé aux entreprises de supprimer des entretiens d'évaluation toute référence aux mandats exercés, quand bien même le temps de travail productif des intéressés était réduit du fait de l'exercice des mandats [Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393 ; voir également Cass. soc., 1er juill. 2009, n° 08-40.988]. L'entretien annuel est pourtant le moment réservé où sont définis les objectifs du salarié. Or sur ce point, la Cour énonce clairement que ces objectifs doivent être adaptés pour tenir compte du temps réservé à l'exercice des mandats... Les DRH devront donc veiller à mettre en place des supports d'entretien intégrant subtilement et objectivement la prise en compte des différents mandats dans la définition des objectifs, sans que la mention de ces mandats n'apparaisse comme l'indice de mesures discriminatoires dans l'évaluation du salarié. Contentieux à suivre ?