

[Jurisprudence] Rémunération variable : un revirement jurisprudentiel salutaire

Réf. : Cass. soc., 27 janvier 2021, n° 17-31.046, FP-P+R+I ([N° Lexbase : A65084DE](#)) et n° 18-21.391, FP-D ([N° Lexbase : A16034E4](#))

N6587BYM



par Sonia Blondeau, Avocat conseil, cabinet Avanty Avocats, avec la participation de Marc-Antoine Couterut, juriste, le 24-02-2021

Mots clés : cotisations sociales • rémunération variable • assiette de rémunération • CSS, art. L. 241-8 • marge nette • liberté contractuelle

Par un arrêt de la Chambre sociale du 27 janvier 2021, la Cour de cassation opère un revirement de sa jurisprudence concernant la détermination de l'assiette de la rémunération variable à l'aune de la prohibition de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale ([N° Lexbase : L4944ADH](#)).

De son propre aveu, la Haute juridiction « fait évoluer » sa jurisprudence et rompt avec l'interdiction pure et simple, en matière de détermination de l'assiette de la rémunération variable, d'assoir l'assiette de la rémunération variable sur un indicateur de performance « net » dont est déduit les cotisations patronales. Elle distingue ainsi, de manière opportune, la détermination de la rémunération variable de l'obligation pesant sur l'employeur de payer les cotisations patronales sur les rémunérations effectivement versées aux salariés.

Au fil des années, la Cour de cassation a adopté une position divergente sur la question centrale de savoir quel degré d'autonomie elle laissait aux parties dans la détermination de la rémunération variable, élément déterminant de la rémunération d'un grand nombre de salariés, plus particulièrement de ceux ayant des activités commerciales.

Pendant près de vingt ans, la Cour de cassation a considéré que le fait de calculer l'assiette de la rémunération variable en déduisant les cotisations patronales, revenait à faire indirectement reposer sur le salarié le paiement des cotisations patronales. Elle considérait que la règle édictée à l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale selon laquelle « la contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit » devait ainsi également être appliquée pour la détermination de l'assiette de la rémunération variable.

En opérant un tel revirement, la Chambre sociale revient à une interprétation plus orthodoxe de l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale, en limitant l'application du principe posé à cet article au versement des cotisations patronales.

Ainsi, elle élargit l'exercice de la liberté contractuelle dans la détermination de la rémunération variable des salariés.

On le sait, la rémunération variable a plusieurs objectifs et, notamment, celui d'associer les salariés aux performances de l'entreprise, en leur octroyant un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé ou encore de la marge produite.

La licéité d'une clause du contrat de travail prévoyant la rémunération variable du salarié demeure subordonnée à des conditions fixées par la jurisprudence :

- la clause de rémunération variable doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur comme le montant de chiffre d'affaires ou le volume de ventes [\[1\]](#) ;

- la clause ne doit pas faire porter sur le salarié le risque économique propre à l'employeur [2] ;
- la clause ne doit pas réduire la rémunération du salarié en deçà des minima légaux et conventionnels [3].

Ces rémunérations variables sont évidemment soumises à charges sociales.

La position de la Cour de cassation renforce donc considérablement l'autonomie reconnue aux parties dans la détermination de l'assiette de la rémunération variable, et revient à une interprétation plus rigoureuse de l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale.

I. Le débat

L'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale dispose que « la contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit ».

La règle édictée par cet article est claire. L'employeur ne peut faire supporter le paiement des contributions et charges sociales qui lui sont échues par son salarié. Toute disposition conventionnelle contraire serait considérée comme nulle.

Cette disposition concerne le paiement des cotisations patronales et figure dans le titre du Code de la Sécurité sociale relatif aux « Ressources » servant à financer le régime général de la Sécurité sociale.

La Cour de cassation avait, depuis un premier revirement de jurisprudence, considéré que ce principe devait également trouver application dans le cadre de la détermination de l'assiette de la part variable de la rémunération des salariés [4]. Par une forme d'interprétation téléologique du texte, les juges avaient dû considérer que le fait de déduire de l'assiette de la part variable les cotisations sociales revenait à faire peser indirectement sur le salarié le coût des cotisations patronales. Cette interprétation très extensive du principe édicté à l'article L. 241-8 du code précité a perduré pendant deux décennies, et sa jurisprudence en la matière était constante.

Dès 2000, la Cour de cassation avait estimé que la clause contractuelle par laquelle les commissions dues aux salariés sont diminuées du montant des contributions et cotisations sociales patronales était nulle [5]. Il s'agissait en l'espèce d'un inspecteur d'assurance dont la part variable de la rémunération était calculée en prenant en compte « divers postes au titre de son apport à l'activité de l'entreprise » et, en débit, les dépenses en résultant pour celle-ci, parmi lesquelles figurait la totalité des charges versées par l'employeur. Évidemment, une fois le montant de la prime déterminé, l'employeur supportait les cotisations patronales y afférents.

Ce type de clause avait donc été sanctionné alors même que de très nombreuses entreprises utilisaient une méthode similaire pour déterminer la part variable des salariés, sachant qu'elle permet d'intéresser les salariés directement à la valeur ajoutée qu'ils créent. Bien souvent, les contentieux en la matière avaient pour toile de fond la contestation du licenciement du commercial qui, à cette occasion, contestait la manière dont avait été déterminée la part variable de ces rémunérations.

Les entreprises avaient donc dû réécrire les clauses contractuelles qui renaient cette forme de calcul, d'autant que ce principe, a été réaffirmé par la Cour de cassation à plusieurs reprises :

« Les cotisations sociales dues par l'employeur restent exclusivement à sa charge, toute convention contraire est nulle » [6].

« La clause contractuelle, selon laquelle la rémunération revenant au salarié était déterminée par le solde d'un compte comprenant, en crédit, divers postes au titre de son apport à l'activité de l'entreprise et, en débit, les dépenses en résultant pour celle-ci, parmi lesquelles figurait la totalité des charges versées par l'employeur sur la rémunération du salarié, était nulle » [7].

Elle a également considéré que la convention, par laquelle l'employeur dont l'entreprise ne comporte pas d'établissement en France désignant alors un salarié de son entreprise pour remplir ses obligations déclaratives et de versement des cotisations sociales, est nulle de plein droit et ne peut produire aucun effet, quand bien même la clause prévoit que le salarié ne supportera pas définitivement la charge résultant de ce versement [8].

Elle estimait ainsi que cette prohibition s'appliquait non seulement au paiement des cotisations sociales patronales mais également à la détermination de son assiette, restreignant ainsi la liberté contractuelle des parties.

Preuve que cette interprétation des dispositions de l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale par la jurisprudence était sujette à controverse, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été soulevée par un justiciable précisément sur le sujet.

À la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris [9], une société a soulevé la QPC suivante :

« Les dispositions de l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, sont-elles contraires aux principes constitutionnels de liberté contractuelle, de liberté d'entreprendre et de

droit de propriété en ce qu'elles interdisent aux parties à un contrat de travail de prendre en compte pour la détermination de la rémunération variable (versée en plus d'un salaire fixe supérieur au minimum légal et/ou conventionnel) les charges patronales payées sur la rémunération des salariés ? » [\[10\]](#).

La Cour de cassation n'a pas renvoyé cette question au Conseil constitutionnel estimant son manque de caractère sérieux et cela « dès lors que la nullité d'une clause du contrat de travail faisant supporter, fût-ce de manière indirecte, les cotisations patronales par le salarié ne vise qu'à assurer l'effectivité des règles de répartition de la charge des cotisations sociales entre salariés et employeurs et que la portée ainsi donnée par la jurisprudence à la disposition légale contestée, édictée dans un objectif de protection des salariés, ne fait que traduire la conciliation voulue par le législateur entre, d'une part, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, et, d'autre part, l'intérêt général et l'ordre public social ».

Les juges estimaient que la prohibition de ce type de clause était justifiée par l'intérêt général et l'ordre public social, qu'ainsi l'atteinte à la liberté contractuelle n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

II. La nouvelle position de la Cour de cassation

Par deux arrêts du 27 janvier 2021, la Cour de cassation rompt, de son propre aveu, avec sa précédente jurisprudence [\[11\]](#).

L'attendu de principe est on ne peut plus clair :

« Toutefois s'agissant de la détermination de l'assiette de la rémunération variable, de telles dispositions contractuelles n'ont pas pour effet de faire peser sur le salarié la charge des cotisations patronales. Il en résulte qu'il y a lieu de juger désormais que la détermination de l'assiette de la rémunération variable ne relève pas de la prohibition de l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale qui ne concerne que le paiement des cotisations sociales ».

Concernant cette espèce, le salarié demandeur était bénéficiaire outre de sa rémunération fixe, d'une rémunération variable caractérisée par une clause lui allouant une commission de 20 % de la marge nette dégagée par son secteur d'activité.

La marge nette était calculée comme étant la différence entre la marge brute et tous les frais de voiture, téléphone, restaurant, péage, exposés par le salarié et d'un forfait au titre des charges sociales.

Le salarié demandait que le forfait au titre des charges sociales soit réintégré dans l'assiette correspondante à la marge nette.

Le salarié a été débouté par la cour d'appel de Nîmes de cette demande (CA Nîmes, 10 octobre 2017, n° 16/00555 [N° Lexbase : A2169W99](#)).

Il s'est alors pourvu en cassation estimant que la position de la cour d'appel allait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la prohibition de toute clause relative à l'article L. 241-8 du Code de la Sécurité sociale.

Mais la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en estimant que :

« C'est dès lors à bon droit que la cour d'appel, après avoir retenu qu'il est stipulé au contrat de travail que le salarié percevra, outre son fixe, une commission de 20 % de la marge nette de son secteur et que la société détermine la marge brute perçue par elle pour chaque produit vendu, que de cette marge brute est déduit, outre tous les frais de voiture, téléphone, restaurant, péage exposés par le salarié, un forfait au titre des charges sociales, que la déduction de ces frais détermine la marge nette sur laquelle est calculée la commission de 20 %, en a déduit que l'employeur détermine simplement le montant de la marge nette, laquelle constitue l'assiette du commissionnement, sans faire ainsi supporter au salarié les cotisations patronales de sécurité sociale ».

Par cette décision, la Chambre sociale a pour objectif « d'élargir l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle dans la fixation des conditions de rémunération du salarié » [\[12\]](#).

Les parties ont la possibilité dans la fixation de la rémunération variable du salarié, d'exclure de l'assiette de calcul la part des cotisations sociales patronales, sans aucunement remettre en cause le paiement de ces cotisations par l'employeur.

La Cour de cassation dans sa note explicative rappelle, par ailleurs, que les indicateurs retenus pour la détermination de la rémunération variable doivent être cohérents au regard de l'objet qu'elle vient récompenser. Dès lors, et à la condition que les éléments qui la déterminent soient clairement fixés, les cotisations patronales peuvent valablement être exclues de la détermination de l'assiette du variable.

On peut donc saluer cette position de la Cour de cassation, celle-ci venant renforcer l'attractivité de la rémunération variable des salariés par la mise en place de rémunérations incitatives fonction des performances de l'entreprise et des salariés eux-mêmes, et directement liées à la création de valeur des salariés eux-mêmes.

Dès lors que le paiement des cotisations sociales patronales est bien effectué par l'employeur, aucune atteinte ni à l'intérêt général, ni à l'ordre public social ne peut se caractériser.

On peut donc s'attendre à une réécriture des clauses relatives à la détermination de l'assiette de la rémunération variable, revenant ainsi à la situation qui préexistait avant le revirement du 17 octobre 2000. Qui a dit que l'histoire était un éternel recommencement ?

-
- [1] Cass. soc., 2 juillet 2002, n° 00-13.111, publié [N° Lexbase : A0669AZS](#)).
- [2] Cass. soc., 23 janvier 1992, n° 88-43.275, publié [N° Lexbase : A9304AAT](#)).
- [3] Cass. soc., 2 juillet 2002, préc..
- [4] Cass. soc., 17 octobre 2000, n° 98-45.669 ([N° Lexbase : A7648AHQ](#))
- [5] Cass. soc., 17 octobre 2000, préc..
- [6] Cass. soc., 14 septembre 2005, n° 03-43.314, F-D ([N° Lexbase : A4454DK8](#)).
- [7] Cass., soc., 15 décembre 2009, n° 08-42.917, F-D ([N° Lexbase : A7194EP7](#)).
- [8] Cass. soc., 9 février 2017, n° 16-10.796, F-P+B+I ([N° Lexbase : A7678TBY](#)).
- [9] CA Paris, Pôle 6, 4ème ch., 27 février 2018, n° 15/01330 ([N° Lexbase : A5873XEA](#)).
- [10] Cass. QPC, 21 novembre 2018, n° 18-15.844, FS-P+B ([N° Lexbase : A0117YNN](#)).
- [11] V. note explicative relative à l'arrêt n° 138 du 27 janvier 2021 (n° 17-31.046) [\[en ligne\]](#).
- [12] V. note explicative, préc..

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable