

N° 449229
Société Orange

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 20 mars 2023
Lecture du 12 avril 2023

Conclusions

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée va vous permettre de vous prononcer sur la question de savoir comment s'analyse l'incidence d'un changement dans les conditions de travail d'un salarié sur sa rémunération, en particulier sur la part variable de cette rémunération.

* M. Sébastien M... était salarié de la société France Telecom, devenue Orange, dans l'agence « Entreprise Rhône Alpes Auvergne », en qualité d'ingénieur commercial service. Depuis 2012, il était positionné essentiellement sur le secteur « Haut de Marché » de la clientèle, étant précisé qu'à ce titre, il intervenait en appui de commerciaux responsables de vente. Il exerçait également les fonctions de délégué du personnel puis de défenseur syndical. Fin 2015, l'employeur a défini une nouvelle répartition du périmètre d'activité des ingénieurs commerciaux de l'agence ce qui a conduit à positionner prioritairement M. M... sur le secteur « Milieu de Marché ». M. M... a refusé ce changement et il s'en est suivi une très forte dégradation de ses relations avec sa hiérarchie et ses collègues, à tel point qu'une enquête CHSCT a été diligentée. En janvier 2017, son employeur a demandé à le licencier pour faute en lui reprochant des actes d'insubordination.

L'inspecteur du travail puis le ministre du travail ont rejeté la demande d'autorisation du licenciement au motif que la réorganisation s'analysait comme une modification du contrat de travail que M. M... était en droit de refuser ; la société Orange a saisi en vain le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel et elle se pourvoit régulièrement en cassation.

Précisons, même si cela n'a pas de caractère décisif que M. M... a entre-temps saisi le juge judiciaire de demandes qui mettent en cause plus largement le comportement de son employeur et tendent notamment à voir constater la résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur. Par un jugement du 25 juin 2019, le conseil des prud'hommes de Lyon a rejeté sa demande de résiliation judiciaire en estimant que M. M... n'était pas en droit de refuser le changement de ses conditions de travail mais, par un arrêt du 1^{er} février 2023, la cour d'appel de Lyon vient d'infirmer le jugement sur ce point en jugeant que M. M... était en droit d'opposer un tel refus. La société Orange a annoncé qu'elle entend se pourvoir en cassation. Contrairement à ce qui était soutenu devant vous par la société Orange, avant l'infirmerie du jugement du conseil de prud'hommes, nous ne croyons pas que le juge judiciaire ait dans ce litige tranché une question d'interprétation du contrat de travail qui s'imposerait à l'administration ou au juge administratif. La question est de savoir si M. M... a

commis une faute en s'opposant à la décision de son employeur de changer son secteur de clientèle et, partant, de savoir si l'incidence de ce changement sur sa rémunération conduit à qualifier cette réorganisation de modification du contrat de travail. L'appréciation de l'administration sur ce point ne nous paraît pas conditionnée à celle du juge judiciaire ; nous serions même plutôt enclins à penser que l'inverse est vrai, mais ce n'est pas une question que vous aurez à juger.

S'agissant du dossier soumis au juge administratif, nous partageons avec le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Lyon l'analyse selon laquelle la question décisive est de savoir si M. M... était ou non en droit de refuser le changement de secteur de clientèle qui lui a été assigné à la fin de l'année 2015 par son employeur. Comme l'ont exactement apprécié les juges du fond, hors de la dégradation des relations consécutives au refus réitéré de M. M..., le dossier n'établit pas clairement d'autres actes d'insubordination qui caractériseraient une faute de nature à justifier le licenciement.

* Venons-en donc à la question cruciale du dossier. Depuis un avenant signé en 2010, le contrat de travail de M. M... prévoyait qu'outre la part fixe de son salaire, il bénéficiait « *du dispositif spécifique relatif à la part variable des vendeurs correspondant à son poste et complété par les décisions d'application portées à sa connaissance par son encadrement* ». En d'autres termes, la part variable de son salaire était calculée selon les mêmes modalités que celles des commerciaux auxquels il venait en appui en tant qu'ingénieur commercial service. Cette part variable était déterminée selon un document établi unilatéralement par l'employeur, un « *pay plan* », révisé de façon périodique. Enfin, comme la CAA l'a pertinemment relevé, la marge-produit du « *pay plan* » est plus élevée dans le secteur « Haut de marché » que dans le secteur « milieu de marché ».

M. M... soutenait que le changement de portefeuille de clientèle induisait une baisse de sa rémunération et en déduisait qu'il était en droit de refuser une telle modification de son contrat de travail. Au contraire, l'employeur contestait l'existence d'une telle baisse et faisait valoir que, dans le secteur « milieu de marché » le niveau plus faible des marges se trouve plus que compensé par le nombre plus élevé des transactions.

Pour rejeter la demande d'autorisation, le ministre a estimé que dès lors que le changement avait une incidence sur la rémunération, « *quelles que soit les variations constatées à la hausse ou à la baisse en fin d'année sur la paye du salarié* », il constitue une modification du contrat de travail. Alors que le tribunal administratif avait estimé que la modification conduisait à une baisse de la rémunération, le raisonnement de la CAA rejoint celui du ministre puisqu'elle juge que les modifications des modalités de détermination de la part variable issue des nouvelles attributions de M. M... doivent être considérées comme affectant les modalités de sa rémunération et constituent une modification de son contrat de travail « *alors même que l'analyse de l'espérance de gain des équipes vendeur [...] démontre que les espérances de gain sont supérieures pour les vendeurs strictement affectés aux clients dits de « milieu de marché ».*

C'est ce raisonnement que la société Orange critique par un moyen tiré de l'erreur de droit, de l'inexacte qualification juridique et de la dénaturation des faits ainsi que d'insuffisance de motivation.

Précisons d'emblée que le moyen d'inexacte qualification juridique des faits ne peut être retenu. Vous jugez en effet que l'appréciation par les juges du fond de la portée des modifications apportées à un contrat de travail d'un salarié protégé est souveraine, le contrôle de cassation se bornant à la dénaturation (CE, 14 novembre 2008, *Mme V...*, n° 306226, B). Nous ne voyons pas davantage matière à dénaturation sur un dossier dont les données complexes ont été analysées avec précision par le juge du fond.

* La question est de savoir si le salarié est en droit de refuser une modification de son portefeuille de clientèle au motif qu'il en résulte une incidence sur sa rémunération, sans qu'il soit démontré que cette incidence est à la baisse.

Comme vous le savez, en 1996, la Cour de cassation a abandonné la distinction entre les modifications substantielles du contrat de travail, que le salarié était en droit de refuser, et les modifications non substantielles que l'employeur pouvait lui imposer. Par deux arrêts du 10 juillet 1996 (*X... c/Sté GAN Vie* et *Le Berre c/Sté Socorem*), la chambre Sociale a substitué une distinction qui oppose désormais le changement dans les conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur, et la modification du contrat de travail, qui ne peut s'opérer sans l'accord des deux parties. Le salarié qui refuse un changement dans ses conditions de travail commet en principe une faute justifiant son licenciement.

Par une décision du 10 mars 1997, *M. Vincent*, n°170114, A et T, vous avez repris cette grille d'analyse.

- S'agissant de la rémunération du salarié fixée dans le contrat (qu'il s'agisse de son montant ou des modalités de son calcul, la chambre sociale juge de manière constante que toute modification requière l'accord du salarié. Il en va ainsi « *peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération est sans effet sur le montant global de la rémunération du salarié* » (Soc. 18 mai 2011, 09-69175, Bull.) et même que « *peu important que le nouveau mode soit plus avantageux* » (Soc., 5 mai 2010, 07-45.409, Bull. 2010, V, n 102 ;

Soc., 25 janvier 2017, n° 15-21.352). Ces arrêts, fondés sur la force obligatoire du contrat, interdisent donc d'imposer au salarié une modification, même plus généreuse, de la rémunération directement fixée par son contrat de travail.

- Lorsqu'au contraire le contrat prévoit une part variable de rémunération en fonction d'objectifs fixés par l'employeur, la Chambre sociale juge que l'employeur peut modifier ces objectifs dans le cadre de son pouvoir de direction et cette modification peut porter non seulement sur la définition des objectifs quantitatifs mais aussi sur les modalités de calcul de la part variable (Soc., 2 mars 2011, 08-44.977, Bull. 2011, V, n° 5).

La Chambre sociale admet ainsi que l'employeur puisse modifier unilatéralement le « *pay plan* » des salariés dont le contrat de travail prévoit qu'ils sont rémunérés sur des objectifs commerciaux mais elle subordonne cette possibilité au respect de trois conditions. D'abord, la variabilité de la rémunération doit rester fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur (Soc. 2 juillet 2002, 00-13111, Bull V n° 229). Ensuite les objectifs doivent être réalisables – ou « *réalistes* » (Soc., 22 mai 2001, 99-41.970, 99-41.838, Bull. 2001, V, n° 180 ; Soc., 6 octobre 2016, 15-15.672) et enfin, ils doivent avoir été portés à la connaissance du salarié préalablement (Soc., 30 mars 2011, 09-42.737). Dans ce cadre, la circonstance que les nouveaux objectifs ou les nouvelles modalités de calcul de la part

variable soient de nature à entraîner une baisse de la rémunération n'est pas de nature à caractériser une modification du contrat de travail lui-même puisque ce contrat permet expressément cette variabilité.

Entre ces deux situations opposées (celle dans laquelle le contrat fixe lui-même les éléments de la rémunération et celle dans laquelle le contrat habilite l'employeur à faire varier unilatéralement la part variable) est la situation dans laquelle une réorganisation ou une modification des missions du salarié décidée par l'employeur exerce une incidence sur la part variable de la rémunération du salarié. C'est dans cette situation que se place l'affaire appelée devant vous qui nécessite de clarifier un point délicat de la frontière entre modification du contrat de travail et changement dans les conditions de travail.

La jurisprudence de la Cour de cassation en la matière existe, mais elle n'est pas publiée au Bulletin et elle n'a pas répondu exactement à la question qui vous est soumise.

La Chambre sociale juge d'abord que la détermination du secteur d'activité d'un salarié exerçant des fonctions commerciales n'est pas en soi un élément du contrat de travail (Soc., 19 janvier 2012, 10-23.675). Un commercial n'a donc pas un droit à conserver son portefeuille de clientèle. Quatre autres arrêts rendus dans les dix dernières années approuvent la cour d'appel d'avoir estimé que la réorganisation ou la modification du secteur de clientèle du salarié avait une incidence sur sa rémunération, via la part variable et devait, par suite, s'analyser comme une modification du contrat de travail : Soc., 27 juin 2012, 11-10.858, 11-10.860 ; Soc. 13 mars 2013, 11-27.715 ; Soc., 10 avril 2013, 12-10.193, 12-10.195 ; Soc., 12 février 2015, 13-19.309.) Toutefois, dans tous ces arrêts, la Cour de cassation, ou le juge du fond avant elle, avait constaté, soit directement une « *réduction de la rémunération variable* » soit une « *limitation de la zone de prospection* » de nature à « *amoindrir le potentiel commercial* », soit à tout le moins une absence de « *garantie* » du maintien de la rémunération ou une « *amputation d'une part de la clientèle* » d'une telle importance qu'elle rendait inopérant le moyen tiré de ce que la réorganisation était peut-être de nature à permettre une augmentation du chiffre d'affaires.

Mérite enfin d'être citée la jurisprudence par laquelle la Chambre sociale juge que la mise en œuvre d'une clause de mobilité prévue par le contrat de travail ne peut être imposée au salariée lorsqu'elle entraîne une réduction de sa rémunération (Soc. 15 décembre 2004, 02-44.714, Bull V n° 336 ou Soc., 15 février 2006, n° 04-45.584).

Selon une formule d'un commentateur de l'arrêt du 15 décembre 2014 : « *c'est le caractère préjudiciable de la mutation qui a déterminé sa qualification de modification du contrat* »¹. Il s'agit d'une jurisprudence constante et comme le jugeait un précédent arrêt non publié du 27 mai, le juge doit vérifier que la décision prise par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction n'entraîne « *ni rétrogradation, ni modification de la qualification, ni diminution de salaire ou des avantages dont l'intéressé bénéficiait* » (Soc., 27 mai 2003, pourvoi n° 01-41.807).

¹ Jean- Mouly, « Contrat de travail. Modification. Clause de mobilité. Rémunération. Fixe et pourcentage sur le chiffre d'affaires du magasin. Mise en œuvre de la clause. Réduction de la rémunération. Nécessité de l'accord du salarié », *Droit Social*, 2005, n° 3, pp 337-339.

Cette longue et sans doute trop méticuleuse présentation de la jurisprudence de la Chambre sociale n'est pas de nature à conduire tout droit à la solution qui devait être retenue pour juger de la situation de M. M....

Il nous semble toutefois que cette jurisprudence dessine une distinction entre, d'une part, la force obligatoire du contrat dont il résulte que lorsque la rémunération est fixée par le contrat lui-même, sa modification, même plus généreuse, ne peut résulter que d'un accord de l'employeur et du salarié ; et, d'autre part, la question des limites à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur à l'égard de salariés dont la rémunération comporte une part variable. La jurisprudence de la Cour de cassation, telle que nous l'avons analysée, sur les incidences qu'une décision unilatérale de l'employeur peut avoir sur la rémunération variable du salarié, est destinée non à limiter en soi le pouvoir de direction de l'employeur mais à garantir que l'exercice de ce pouvoir ne puisse imposer au salarié une dégradation de sa situation.

Pour reprendre une formule de l'avocat général dans son avis sur la décision déjà citée du 15 décembre 2014, la « neutralité salariale »² de la mutation que l'employeur met en œuvre dans le cadre de son pouvoir de direction constitue donc une garantie plancher.

Ce cadre nous paraît pouvoir être appliqué dans la situation à l'origine de la présente affaire. Par suite, après avoir estimé, d'abord, que la rémunération de M. M... comportait une part variable que l'employeur avait donc le pouvoir de modifier, ensuite que son affectation sur le secteur « Haut de Marché » de la clientèle n'était pas prévue par son contrat de travail, la cour administrative d'appel aurait dû vérifier sa réaffectation sur le secteur « Milieu de marché » exposait à une baisse de la rémunération du salarié. Elle a au contraire jugé qu'il était « démontré » que les espérances de gain des commerciaux étaient supérieures sur le secteur milieu de marché ce qui confirme l'erreur de droit. La CAA n'est pas allée au bout du raisonnement qu'il lui incombait de tenir en jugeant que la seule circonstance que le changement de secteur de clientèle avait une incidence sur ses modalités de rémunération impliquait une modification du contrat de travail que M. M... était en droit de refuser.

PCMNC :

- Annulation de l'arrêt de la CAA de Lyon ;
- Renvoi de l'affaire à la CAA de Lyon ;
- Rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par la société Orange au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

² Pour reprendre la formule de l'avocat général Jacques Duplat sur l'arrêt du 15 décembre 2014 (Sem. soc. Lamy 10 janvier 2005, p. 13).