

L'argent du travail

Gérard LYON-CAEN

RÉSUMÉ : L'argent a une odeur ; son régime juridique est différent selon qu'il est un revenu du capital ou du travail, du travail salarié ou du travail indépendant. Le salaire lui-même a un visage différent selon qu'on se tourne vers son créancier ou son débiteur.

1. *Le travail désintéressé*, bénévole, sans contre partie en argent, existe à coup sûr, même s'il ne peut constituer qu'une forme exceptionnelle d'activité. Il existe dès lors qu'au-dessus de ses intérêts, de la satisfaction de ses besoins, l'homme entend placer le service d'une église, d'une cause, d'une idée. Il ne peut qu'occuper une place restreinte dans une société qui met au-dessus de tout le progrès matériel et qui estime démontrée l'opinion selon laquelle le bien de tous résulte de la recherche par chacun de ses propres intérêts pécuniaires.

Ce qui est plus inattendu c'est que le bénévolat est devenu suspect ; suspect pour le fisc qui cherche si des contreparties occultes n'expliqueraient pas la générosité revendiquée ; suspect pour l'assurance chômage qui voit avec méfiance le sans-emploi se consacrer à des activités associatives ou caritatives non rémunérées. On pourrait presque avancer que, dans la société moderne, le travail sans contrepartie, gratuit, engendre le soupçon et confine à la fraude. Il est déjà presque du travail au noir. Il faut probablement voir dans cette inversion des valeurs le signe distinctif de notre temps : « c'est le temps où les choses mêmes, qui, jusque-là, n'étaient jamais échangées – données, mais jamais vendues – acquises, mais jamais achetées : vertu, amour, science, conscience – où tout enfin passa dans le commerce ; le temps où toute chose, morale ou physique, étant devenue valeur vénale, doit être portée au marché, pour être appréciée à sa juste valeur »¹. La valeur d'un homme se mesure à son gain, et non comme naguère à sa vertu, ou à son dévouement, ou même à sa science. Il n'y a ici ni regret, ni dénonciation, ni position morale, mais constatation de fait.

2. Exactement au pôle opposé du travail sans rémunération, se rencontre la figure de *la rémunération sans travail*. Le Droit distingue nettement revenu « du capital » et revenu « du travail ». Toutefois le revenu du capital est loin d'être un concept simple ni unique : un loyer n'est pas un dividende, un intérêt n'est pas une redevance. L'argent

¹ K. Marx.

n'a pas d'odeur, sans doute, mais est très diversement traité par la loi ; tout spécialement il a une odeur variable pour le fisc, et l'opinion ne regarde pas avec les mêmes lunettes un « épargnant », un « retraité », un « propriétaire », un « rentier », un « capitaliste », même si, du point de vue de l'argent stipulé et reçu, ces situations sont proches².

La complexité gagne en ampleur lorsque revenu du travail et revenu du capital ont même source et même titulaire. Il en est ainsi dans l'actionnariat salarié. La jurisprudence est en train de mieux qualifier, et donc de mieux opposer, l'intéressement et le salaire³. Mais il est de fait du moment où le salarié « participe », – est intéressé – aux résultats, ou est adhérent à un plan d'épargne d'entreprise, l'argent change pour lui de couleur. Les modalités extrêmement nombreuses soit d'épargne salariale, soit d'association des travailleurs aux résultats par l'effet cumulatif recherché et réalisé, modifient en profondeur le régime économique, en transformant le salariat lui-même.

Encore est-il bien difficile de parler en cette hypothèse de revenu distinct du travail. Même si la cause juridique du revenu, n'est plus *stricto sensu* le travail, (et même le travail au service d'une entreprise) celui-ci en est l'occasion, et de subtils échanges d'influence sont décelables entre salaire et intéressement⁴.

3. Avant même de parler de salaire, – terme dont la signification juridique est précise et rigoureuse –, il est encore nécessaire de souligner l'extrême variété des modes de rémunération de l'activité humaine et de s'arrêter sur le travail *non salarié*, qui non seulement survit sous ses formes traditionnelles, mais aurait même tendance à gagner en ampleur. Dresser une liste est ici hors d'atteinte ; et le professionnel indépendant n'aperçoit souvent l'argent que sous la forme globale d'un prix (prix d'un service ou prix d'une marchandise). Il réalise un gain. Mais sous l'influence du fisc (et de la sécurité sociale), des différences plus ou moins justifiées ou plus ou moins dictées par l'habitude, sont classiques entre l'honoraire (mais aussi le droit d'auteur, la redevance de brevet, plus généralement le bénéfice non commercial) et le bénéfice résultant d'une marge entre prix d'achat et prix de vente d'un produit : le bénéfice commercial. Où placer la commission ? Le courtage ? Du côté du prix d'un service, aux yeux du Droit du travail, mais de celui des bénéfices commerciaux sous l'angle fiscal.

Quoi qu'il en soit, le revenu professionnel non salarial échappe à toutes les règles applicables au salaire. À titre de simple exemple, le travailleur non salarié n'a droit à aucun revenu minimum, comparable au SMIC : le déficit d'exploitation le laisse sans recours (sauf exception⁵). Du haut en bas de la hiérarchie des professionnels indépendants, du notaire ou de l'expert comptable au marchand à la sauvette, sa rémunération est

² Il y a un *fumus bonae pecuniae*.

³ Pour échapper aux cotisations de sécurité sociale, les sommes dues au titre de l'intéressement doivent avoir un caractère *collectif* (Soc. 9 mai 1996, *Dr. soc.* 1996.953. D.1993.137) et non individuel ; elles doivent être *aléatoires* et non être dues quel que soit le résultat (Soc. 24 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996.1109). Faute de quoi, elles se substituent purement et simplement au salaire et devront suivre son régime.

⁴ Ainsi l'assurance garantie du salaire en cas d'insolvabilité couvre expressément les sommes dues au titre de l'intéressement. Celui-ci est-il bien un revenu du capital ?

⁵ Influence essentielle de l'article L. 781.1 du code du trav. qui transforme des non salariés en salariés soumis à la législation sociale

exclusivement fonction des sommes versées par les clients. Celui qui « se met à son compte » formule qui fait image, est plus exposé aux risques que le salarié. Il n'existe qu'une définition générale du revenu professionnel non salarial, – celle esquissée par la législation de sécurité sociale des travailleurs indépendants, laquelle renvoie au code général des impôts. C'est « l'excédent des *recettes* totales sur les *dépenses* nécessitées par l'exercice de la profession »⁶. Le gain d'argent implique finalement toujours une confrontation entre recettes et dépenses, donc est sujet à des risques ou aléas.

4. Le salaire se définit au contraire comme une dette de somme d'argent *forfaitaire*, plafonnée à un certain chiffre, mais que les risques économiques ne sont pas susceptibles d'amputer ; donc comme indépendante et des profits nés de l'activité déployée –, et des *pertes* éventuelles d'un exercice⁷. En fait le Droit, derrière une apparente stabilité, témoigne ici d'importants changements.

5. La *stabilité* résulte de ce que depuis un demi-siècle le montant du salaire est librement fixé par convention et de ce que le paiement du salaire obéit en revanche à des prescriptions minutieuses d'ordre public qui remontent pour la plupart à plus d'un siècle (ce que la simple lecture du code ne permet pas de découvrir).

6. La *libre détermination* des salaires ne doit pas s'interpréter de manière simpliste ; dans la pratique elle est tout à la fois, la fixation du chiffre du salaire par conventions ou accords *collectifs* au niveau de la branche ou à celui de l'entreprise (ce qui laisse une chance à l'action collective) –, et la fixation ultime de ce chiffre par le contrat *individuel*. Cette dernière formule n'est pas sans ambiguïté, car si le contrat peut décider d'un salaire « contractuel » supérieur au minimum « conventionnel » (celui de l'accord collectif), il est également vérifiable – pour peu que l'accord collectif soit ancien – ou qu'une entreprise n'y soit pas assujettie – que le salaire contractuel reflète l'état du marché ; en période où l'offre d'emploi est rare et la demande intense et multiple, la partie dominante à la négociation impose inévitablement son chiffre. Sauf si la qualification du candidat à l'emploi est recherchée et rare. (D'où l'importance du « marché des compétences »).

7. Les règles relatives au *paiement* à l'inverse se sont imposées par la nature des choses, comme règles impératives. Alors même qu'il est inexact d'affirmer comme on l'entend parfois dire que la créance est de caractère alimentaire, il demeure certain que son strict règlement est nécessaire à la vie même, à l'entretien de la force de travail. D'où diverses obligations légales rigides : paiement périodique et régulier, en monnaie scripturale au-delà d'un certain chiffre (chèque, virement) avec justificatif à l'appui (bulletin de paie) ; impossibilité de procéder à des retenues allant au-delà d'un certain *quantum* soit au profit de créanciers du salarié, soit de l'employeur lui-même (régime spécial de la saisie et de la compensation).

⁶ Pour le gérant de succursale ou le pompiste assimilés à des salariés (Soc. 20 juill. 1977, Bull. V, n° 499, p. 398).

⁷ Soc. 9 avril 1987, Bull. V. n° 213.

8. Mais derrière cette immutabilité de surface, laquelle continue à faire apparaître le salaire comme le simple prix de location de la force de travail⁸ – un prix nécessairement proportionnel à la durée d'utilisation de celle-ci⁹ – que de *transformations* !! Transformations largement contradictoires au demeurant. Ce n'est pas si surprenant, dès lors que l'argent n'est pas la chose du monde la mieux partagée. Est-il inexplicable que le salaire connaisse des évolutions contrastées selon l'angle sous lequel on le regarde ? Concernant le *débiteur*, le salaire est pour lui une charge, un coût qui ampute son bénéfice. Il inventera inéluctablement des techniques et artifices pour payer *moins*. Aux yeux du *créancier*, le salaire est un revenu nourricier qui lui est nécessaire tout au long de l'année pour faire vivre les siens et même pour se constituer une épargne. Il s'achamera à obtenir *plus*. Dans une certaine mesure, ces tendances regroupées autour des intérêts du créancier et du débiteur s'opposent point par point. C'est logique. Mais l'observation montre que cette logique ne doit pourtant pas être poussée trop loin. Sans paradoxe, le salarié n'a pas intérêt à trop demander et l'employeur n'a pas intérêt à tout refuser.

Ce dernier a intérêt à attirer par un haut salaire les talents et les capacités que lui disputent ses concurrents ; à les retenir ensuite plutôt que de les voir quitter l'entreprise, et à les retenir par des augmentations. Il a également intérêt à stimuler l'activité ; et ainsi de suite. Quant au salarié, créancier de somme d'argent, il n'a pas intérêt à « tuer la poule aux œufs d'or ». Son salaire dépend de son emploi et celui-ci de la prospérité et de la croissance de l'entreprise. Son sens des responsabilités coïncide avec son intérêt bien compris¹⁰.

I. — LE SALAIRE COMME CRÉANCE DU TRAVAILLEUR SUBORDONNÉ

9. Seul – ou dans le cadre d'une action collective, le salarié ou créancier ne cesse au fil des époques, d'être habité par une seule et unique revendication : *faire échapper le salaire au Droit commun des obligations*, (des obligations de somme d'argent).

Ainsi, même si la méthode n'est pas générale et est discutée dans ses effets, le créancier est ici assuré d'un chiffre *minimum* pour sa créance (SMIC ou minimum conventionnel). Au surplus, si le débiteur (l'entreprise) devient insolvable, la créance de salaire n'est pas traitée comme une autre créance et est garantie par un mécanisme *d'assurance*. – Les créanciers de salaires cherchent à faire admettre des modalités automatiques d'augmentation régulière de ceux-ci. – En cas d'interruption temporaire et même durable d'activité, (le principe restant celui d'une stricte corrélation entre salaire et travail presté), le créancier a souvent obtenu le maintien total ou partiel de sa rémunération. Celle-ci ne trouve plus sa cause dans la prestation de travail et pour faire image, on parle de salaire d'*inactivité*. – Entre créancier (et concernant les travailleurs non dirigeants) un principe d'*égalité* se fraie, non sans mal, un chemin, – égalité entre créanciers que le

⁸ Sur ce point : Revêt, Thèse Montpellier 1992 et *Dr. soc.* 1992, p. 853.

⁹ Jusqu'à quel point l'idée de durée *légitime* du travail, comme celle qui la suit comme son double, celle d'heures supplémentaires, payées à tarif plus élevé – ne sont pas obsolètes ?

¹⁰ Créancier et débiteur ne sont pas ici seuls. Le point de vue de l'État ne saurait être ignoré, même s'il s'agit de rapports privés auxquels il ne saurait se mêler. La masse des salaires distribués est loin d'être sans incidence sur la situation économique de la nation en général. Et l'État est aussi un employeur.

Droit commun ignore. – Le créancier de rémunération (concernant cette fois les cadres dirigeants) parvient à donner à celle-ci une physionomie de plus en plus atypique, proche de celle du traitement. À ces quelques traits, qui vont être repris et expliqués, on mesure la singularité de la créance de somme d'argent due par suite d'une prestation de travail subordonné.

10. – L'idée que le créancier doit recevoir une somme d'argent minimale est par elle-même une singularité. Loin d'être une anomalie française comme on l'entend dire, elle est consubstantielle à la fixation des salaires par voie de négociation collective. La convention collective ne peut guère fixer pour chaque catégorie professionnelle que des *minima*. Mais la plupart des systèmes juridiques s'en tiennent là.

De la période de l'économie dirigée, le Droit français a conservé un salaire minimum interprofessionnel (national). Toutefois son fondement n'a cessé d'osciller, de vaciller aussi et tel qu'il subsiste, il est plutôt une curiosité culturelle. À l'origine (dès avant 1950 dans le régime des arrêtés de salaire) il constituait seulement le point de départ de la hiérarchie administrative des salaires ; à une pyramide, il faut bien une base ; et il était alors qualifié de minimum *vital* : le mot a-t-il un sens ? Il signifie bien qu'il s'agit d'une somme nécessaire à la survie, correspondant aux besoins strictement élémentaires de l'être humain. Dans la loi du 11 février 1950 qui rétablissait la liberté des salaires, ce minimum cessait d'être vital pour être qualifié de *garanti*. Deux ans après, un gouvernement pourtant libéral¹¹ introduisait une idée encore différente, celle de l'indexation de ce salaire théorique sur le *coût de la vie* avec une certaine dose d'automatisme dans la hausse, si l'indice du coût de la vie de son côté manifestait une tendance à la hausse – chose, en ce temps-là, fréquente. On n'en resta pas là. La loi du 2 janvier 1970 faisait du nouveau SMIC une institution double et ambiguë. Elle maintenait le lien automatique entre le salaire minimum et le coût de la vie ; mais elle ajoutait une possibilité pour les pouvoirs publics d'augmenter ce minimum en vue d'assurer aux salariés à faible rémunération une « participation au développement économique de la nation » ; le salaire minimum devenait un salaire « de croissance » (SMIC). Comme les prix sont devenus stables, la fonction de garantie de pouvoir d'achat s'est effacée derrière celle de participation à la croissance (deux idées malaisément conciliables). De ce fait, les majorations annuelles du SMIC constituent surtout un instrument de guidage de l'économie et un outil de la politique des revenus. On est assez loin de l'idée de créance minimale. Mais le SMIC n'est pas dans les esprits ce qu'il est dans les réalités et on est autorisé à parler aussi à son sujet d'institution culturelle, comportant une certaine dose de sacré, même s'il est probable qu'il constitue en général un frein à une hausse des « bas salaires ».

11. Le sort de la créance de salaire est lié à celui de la solvabilité de l'entreprise débitrice. Dans les procédures de faillite, même s'ils ont droit (depuis 1935) au paiement immédiat d'une fraction de la rémunération due (échappant ainsi partiellement au concours), les créanciers de salaires risquaient gros. Avec une grande richesse d'inventivité, la loi du 27 décembre 1973 a isolé le non-paiement des salaires échus – par suite de l'insolvabilité du débiteur, – en a fait un risque à part et l'a mutualisé, en instituant

¹¹ Le gouvernement Pinay.

une assurance (AGS) garantissant les salaires dus à la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Cette assurance est financée par des cotisations calculées comme celles dues à l'assurance chômage et gérée par une association patronale qui en confie le fonctionnement aux Assedic. Cette assurance du salaire contre l'insolvabilité, de caractère obligatoire, a donné lieu à un abondant contentieux. Celui-ci n'oppose plus un créancier au débiteur, mais le plus souvent les administrateurs au règlement judiciaire, aux Assedic (mandataires de l'association AGS).

Il s'en faut pourtant de beaucoup que le créancier de salaire soit ainsi assuré contre les risques courus par lui. En effet, dans les procédures d'exécution collective, il risque aussi son emploi, c'est-à-dire le support même de ses gains professionnels pour l'avenir.

12. La revendication du créancier de salaire d'être titulaire d'un droit variable, régulièrement ajusté en fonction de paramètres à définir, est aussi ancienne que l'existence du travail subordonné. Mais si le chef de l'entreprise admet facilement des variations qui seraient fonction des résultats – il s'oppose aussi bien à des ajustements qui dépendraient du coût de la vie, plus généralement d'indices extérieurs à sa propre activité.

Finalement le compromis actuel n'est pas clair. Il a été remis en cause lors de la crise de 1982 et il est difficile de dire en quoi l'indexation de la créance de salaire obéit à des règles et a des prohibitions différentes de toute autre indexation. Seul point sûr quoique paradoxal : l'interdiction de l'indexation d'un salaire sur le SMIC.

13. La stricte corrélation entre le montant du salaire dû et la durée de l'activité paraît une donnée évidente du Droit contractuel. Dans tout contrat synallagmatique, l'obligation d'une des parties (le débiteur du salaire) dépend de l'exécution par l'autre partie de sa propre obligation (fournir un certain temps de travail). Et de fait en cas d'absence au travail, par exemple due à une interruption collective d'activité (grève) la créance de salaire est réduite à due proportion.

Mais les parties peuvent en décider autrement. Et c'est une des plus surprenantes évolutions de la créance de salaire que d'être de plus en plus souvent « décrochée » de la prestation de travail – d'être fixée dans son montant indépendamment de l'étendue de la prestation de travail fournie. On en donnera trois exemples.

– Ce qu'on a appelé la *mensualisation* (loi du 19 janvier 1978 et accord annexé). Le terme est loin d'être sans équivoque – ; mais dans l'une de ses dimensions, la mensualisation a bien pour raison d'être et pour effet de rendre la rémunération « indépendante pour un horaire effectif de travail déterminé, du nombre de jours travaillés dans le mois » (art. 2 de la loi citée). Notamment le chômage des jours fériés n'entraîne plus réduction du salaire mensuel.

– Ce qu'on dénomme souvent le *forfait de salaire*, (terme également ambigu puisque tout salaire est en un sens forfaitaire). On désigne ainsi une clause du contrat dont l'objet est de fixer pour une période déterminée un chiffre de salaire donné, supérieur au chiffre correspondant à la durée légale du travail (mais quel est-il ?) entraînant dispense de rémunérer distinctement les heures dites supplémentaires. Utilisé surtout pour les cadres, afin de n'avoir pas à faire un décompte journalier des heures consacrées à leur fonction au-delà de l'horaire, le procédé a toujours été discuté dans sa régularité. Il se pratique maintenant pour les indemnités de congé payé incorporées forfaitairement au salaire.

– *Le paiement du salaire en cas de maladie* ou d'accident dès lors que l'interruption de travail n'excède pas une certaine durée (variable) et que le salarié remplit certaines conditions et se soumet à certaines formalités de contrôle. Il s'agit d'une sorte de pénétration de l'idée de sécurité sociale à l'intérieur du rapport de travail. Le salaire est alors versé hors toute fourniture de travail et on a pu parler d'un salaire d'inactivité¹². C'est la même situation que l'on rencontre dans un contexte très différent au cas de chômage partiel ; mais le financement est alors en partie à charge de l'État et le salaire intégral n'est pas versé¹³. L'analyse juridique de la créance de salaire en un loyer de la force de travail ne coïncide plus avec ces différentes hypothèses qui évoquent plus le traitement attaché à une fonction.

14 – On est bien loin de la créance de somme d'argent du Droit civil, dès lors que l'on peut affirmer avec la jurisprudence contemporaine : « à travail égal, salaire égal »¹⁴. Le principe n'est pas si nouveau. Il doit depuis 1950 figurer dans les conventions collectives selon la loi elle-même. Il s'impose avec une rigueur exceptionnelle dès lors qu'il s'agit des salaires féminins et masculins (art. 119, tr. Rome – art. L. 140.2, c. trav. – jurisprudence abondante et subtile de la Cour de justice des C.E. – Loi du 13 juil. 1983). Traditionnel, il n'en est pas moins curieux. Dès lors qu'il ne s'agit pas de discrimination (à raison de l'activité syndicale, de la nationalité ou de la race, du sexe, etc.), le principe oblige à considérer que des contrats de travail conclus avec des travailleurs distincts, ne font pas de ces travailleurs, des tiers les uns par rapport aux autres au sens de l'article 1165, c. civ. : l'un d'eux pourra invoquer un contrat auquel il est étranger, et s'il a pu établir que le travail fourni est identique ou de valeur égale, il pourra obtenir un réajustement de sa propre rémunération. Est-on encore dans une logique contractuelle ? On est plutôt dans celle du fonctionnement d'une collectivité ; et le principe d'égalité est emprunté au Droit public.

15. A la tête de la collectivité figurent des dirigeants dont les uns ont la qualité de mandataires sociaux – les autres celle de cadres supérieurs salariés. Juridiquement les premiers ne perçoivent pas un salaire. Dans la réalité, la situation est plus complexe et même d'une excessive complexité¹⁵.

Dans le cas de la société anonyme, les administrateurs, certainement mandataires et non salariés, perçoivent des jetons de présence à la nature juridique incertaine, mais qui échappent quasi totalement au régime juridique du salaire. Il s'agit d'un prélèvement sur le bénéfice. Quant au PDG et aux directeurs généraux, leur « rémunération » est d'essence tout aussi floue¹⁶. Le seul facteur d'unité en ce domaine est la pratique des administrations fiscales. En tendance, cette rémunération s'aligne progressivement sur

¹² J. Savatier, « Les salaires d'inactivité », *Dr. soc.* 1984. 710

¹³ Soc. 26 mars 1996, *Dr. soc.* 1997. 93, note J. S.

¹⁴ En dernier lieu Soc. 29 oct. 1996 (Ponsolle), Bull V, n° 359, *Dr. soc.* 1996.1013, note Antoine Lyon-Caen. La charge de la preuve qu'une inégalité est justifiée par des éléments objectifs pèse sur l'employeur (v. aussi Soc. 12 fev. 1997, *Dr. soc.* 1997. 526).

¹⁵ Même si on écarte la question dite du cumul, d'un mandat social et d'un contrat de travail.

¹⁶ Les directeurs généraux comme le PDG sont des mandataires (Soc. 28 janv. 1988 ; Bull. V, n° 83).

les règles applicables au salaire – mais elle serait plus proche de ce qu'on qualifie en général de traitement de fonction¹⁷.

Dans la SARL, la rémunération des gérants est probablement de nature différente selon qu'ils sont majoritaires dans le capital ou non.

Dans tous les cas, on ne peut éviter de rapprocher les sommes allouées aux mandataires sociaux d'un prélèvement sur les bénéfices donc d'un revenu du capital. D'autant que, souvent, c'est un certain pourcentage de ceux-ci qui est prévu (sauf pour les administrateurs avec la disparition des tantièmes) ; et que l'excès dans le montant de la rémunération est parfois constitutif d'un détournement des fonds sociaux (abus de biens). On est sur la ligne de crête entre le paiement d'un travail, qui est ici un travail de gestion, et l'attribution d'une part des profits réalisés par la société¹⁸.

Les cadres supérieurs quant à eux, exerçant des fonctions de direction, sont normalement créanciers d'un salaire *stricto sensu*, au chiffre figurant dans leur contrat de travail. Toutefois le mode variable de calcul de celui-ci, surtout les avantages annexes, donne à ces créanciers des allures d'associés. Il en est ainsi avec la foudroyante progression des *stock-options* ; ces options peuvent constituer la partie principale des avantages pécuniaires accordés ; et la différence de cours qui en constitue l'intérêt, ne peut certes pas s'analyser en rémunération du travail.

II. — LE SALAIRE COMME DETTE DE L'ENTREPRISE

16. Le débiteur de la dette de salaire n'est pas un débiteur ordinaire de somme d'argent, mais ce débiteur est une « entreprise » qui a des actionnaires, d'autres créanciers que les salariés, qui réalise des profits... ou des pertes. Sa dette est donc de nature assez particulière, à la mesure de la situation assez atypique du débiteur lui-même. Le responsable de l'entreprise n'est comparable ni à un débiteur civil quelconque, ni à un débiteur commercial, tel qu'un emprunteur ou un locataire.

– La dette de salaire constitue un *coût* de production que le chef d'entreprise a le devoir de s'efforcer de réduire dans toute la mesure du possible comme les autres frais généraux ou charges d'exploitation.

– La dette de salaire est en outre l'assiette servant à délimiter l'ampleur de *charges* dites sociales, additionnelles au salaire et légalement dues « en supplément ».

– Cette dette quoique d'origine contractuelle n'est pas si rigoureusement fixée dans son *chiffre* qu'elle soit indépendante de la volonté de l'employeur et qu'il ne soit tenté de la réviser (à la baisse, à la hausse).

– Le débiteur s'efforce de faire *varier* le salaire en fonction des résultats de sa propre activité (de celle de la société) ou en fonction de la productivité de l'activité de ceux qu'il emploie.

¹⁷ Caractéristique : l'apparition d'indemnités en cas de révocation et autres *golden parachutes*. Un vrai droit du travail spécifique des gestionnaires se met en place.

¹⁸ Gérard Lyon-Caen, « La rémunération du président directeur général » (*Dalloz affaires* 1996, p. 162). Cette « rémunération » n'est pas un salaire, mais est traitée comme telle par le Droit fiscal, le Droit de la sécurité sociale —, elle est déductible en charges d'exploitation, — elle subit les cotisations sociales — sauf si elle est excessive auquel cas elle est réintégrée dans les bénéfices.

– Le régime juridique de cette dette et plus encore son régime fiscal et social est tel, qu'un risque de *dissimulation* de l'étendue de la dette n'est jamais à écarter et que des questions de *qualifications* sont de ce fait à prévoir. Il est nécessaire d'insister sur ces divers points, inégalement selon leur intérêt juridique.

17. Pour le chef d'entreprise, le salaire n'existe pas, mais plutôt la masse salariale globale et sa définition relève du Droit comptable. Charge d'exploitation, cette « dépense de main d'œuvre » peut être maîtrisée par divers procédés : en réduisant le nombre des créanciers (ce que le progrès technique permet et ce qui conduit à des suppressions d'emplois génératrices de licenciements) ; en réduisant l'âge des créanciers par une politique démographique (à raison des majorations de salaires découlant de l'ancienneté) ; en obtenant des concessions des salariés ou en imposant des diminutions de la rémunération ; – en restructurant l'entreprise, formule devenue quasi-magique.

C'est l'ensemble du Droit du travail vu sous l'angle de la gestion du personnel qui est alors concerné, ce qui ne peut être ici développé.

18. Ce n'est pas seulement le salaire direct qui constitue une charge d'exploitation mais aussi le salaire *indirect*. Ce dernier concept n'est pas significatif pour le salarié, il l'est pour l'employeur, puisqu'à son égard, il est constitué par toutes les charges dites salariales, c'est-à-dire venant s'ajouter au salaire lequel en figure l'assiette.

Mais ici de nombreuses observations s'imposent. Du strict point de vue juridique, certaines de ces *charges* annexes peuvent s'analyser sans conteste comme un salaire car elles en sont le complément. Ainsi la convention collective impose-t-elle le paiement d'un 13^e mois ; la loi ou la convention collective une semaine supplémentaire de congé payé ? Ces charges sont de nature salariale ; leur cause juridique est bien la fourniture de travail. Et on sait que se sont multipliées au fil des années des primes ou gratifications lesquelles, même mises en corrélation avec un autre facteur que la prestation de travail, ne sont que des accessoires de salaire, empruntant à celui-ci sa qualification, puisque payées directement au travailleur dans le cadre du contrat.

D'autres charges, à propos desquelles on parle encore de salaire indirect avec plus de raisons, servent à financer des prestations qu'une caisse de maladie, une caisse de retraite ou une caisse de chômage versera au créancier, dans telle ou telle circonstance précise. Le salaire est bien sous-jacent puisqu'il sert à calculer la cotisation prélevée (ou ajoutée) et le plus souvent à calculer ultérieurement la prestation¹⁹. Mais on pourrait tout aussi bien dire que le chef d'entreprise ne fait que servir de percepteur à un prélèvement « social » destiné à un service extérieur à l'entreprise. La cotisation de sécurité sociale mérite-t-elle encore d'être considérée comme l'argent du travail ? Le débat n'est pas que théorique.

Pour le responsable de l'entreprise, ces charges estimées excessives lorsqu'elles lui sont légalement imposées, – sont relativement bien tolérées lorsqu'elles résultent de son propre consentement. La lecture d'une feuille de paie est éclairante, qui témoigne d'importantes charges « conventionnelles », telles celles servant à financer un régime

¹⁹ « Le revenu de remplacement », appellation officielle de l'indemnité de chômage, remplace le salaire. Il n'est pas soumis aux mêmes règles.

de prévoyance ou de retraite « supplémentaire » (outre la retraite légalement obligatoire et la retraite « complémentaire » conventionnellement obligatoire).

Enfin la protection sociale n'est pas le seul domaine où fleurissent les charges s'ajoutant au salaire. Le financement par l'entreprise des « œuvres » rebaptisées « activités » sociales et culturelles est dans son volume largement dépendant des volontés du chef d'entreprise. Calculé en pourcentage de la masse salariale, ce financement est bien partie intégrante des charges sur salaire.

Et la liste n'est pas close et ne le sera jamais car ces dépenses de main d'œuvre qui oscillent du facultatif à l'obligatoire ont toujours constitué un moyen de s'attacher un personnel stable et dévoué, ou comme on dit, de fidéliser les hommes. Cela est si vrai que parmi ces prélèvements d'ampleur variable d'une entreprise à une autre, figurent dorénavant les dépenses d'apprentissage et de formation. Et le concept de salaire indirect est ici bien inapproprié.

La politique des Urssaf est évidemment d'obtenir des tribunaux une qualification extensive des avantages reçus par les salariés ; ainsi dans la dernière période pour les avantages reçus sous des modalités variables, du comité d'entreprise et non pas de l'employeur²⁰.

La politique des pouvoirs publics est directement contraire. En vue d'inciter à l'embauche, un nombre croissant de contrats de travail sont *exonérés* de charges sociales²¹.

19. L'entreprise est débitrice des salaires. Mais les salariés sont subordonnés ; le contrat de travail est d'adhésion ; la volonté unilatérale du responsable de l'entreprise n'est pas dépourvue de tout effet : fixer le salaire du nouveau recruté ; l'augmenter si l'entreprise souhaite le conserver à son service ; le réduire si l'entreprise connaît des difficultés : ce sont là des actes juridiques qui ont du mal à s'insérer dans un rapport juridique de Droit civil fondé sur l'égalité des parties, l'intangibilité du pacte conclu, l'impossibilité de toute révision unilatérale. Et pourtant cahin-caha, non sans retouches et repentirs, la jurisprudence a reconnu à l'employeur, à la condition de respecter certaines formes, la maîtrise du chiffre du salaire ; il n'en serait autrement que si le travailleur salarié bénéficiait d'une carrière et recevait un statut ; ceci subsiste dans le secteur public, mais n'a jamais pu s'imposer dans l'entreprise privée. Il n'est pas nécessaire de parler de l'individualisation du salaire, comme d'une politique nouvelle : le salaire est individuel parce que son chiffre est fixé par l'employeur et peut être modifié dans le sens de la hausse ou de la baisse par l'employeur, de façon quasi discrétionnaire (il y a des limites). L'employeur peut refuser d'augmenter ; ce ne sera pas une sanction. Il est libre dans ses décisions d'augmentation. Il peut lui-même fixer les critères qui serviront de guide. Ces formules sont empruntées aux décisions des tribunaux.

Concernant la réduction, elle s'effectue dans le cadre de la modification du contrat de travail²². Si le salarié refuse, ce qu'il lui est toujours loisible de faire, il s'expose à un licenciement et le débat se déroulera sur le seul terrain de la cause justificative ; il appar-

²⁰ Soc. 11 mai 1988, *Dr. soc.*1988.503, Bull V, n° 282 à 287 ; 11 janv. 1990, Bull V, n° 10 ; 9 juin 1992, *Dr. soc.* 1993.80 : jurisprudence difficile à fonder en droit, sinon sur une sorte de présomption de fraude.

²¹ En dernier lieu le contrat dit initiative emploi faisant suite à plusieurs autres.

²² Le plus souvent, la réduction du salaire a lieu à travers une réduction de la durée du travail, ou la généralisation du travail à temps partiel.

tiendra aux parties d'établir que la diminution du salaire, mesure économique, ne s'explique pas par la volonté de sauvegarder la compétitivité, donc de l'emploi – mais par le simple désir d'accroître les profits²³.

20. Le débiteur de salaires, s'il est avisé, aura à cœur d'éviter ces à-coups, forcément sources de tensions. Le conflit est toujours à l'arrière-plan de toute cette matière. À cet effet, il élaborera une « politique » d'évolution des salaires ; et s'il le peut, il la fera accepter par ses interlocuteurs syndicaux. Cette politique consistera toujours plus ou moins à faire varier les salaires en fonction de deux types de paramètres :

– Le premier est la productivité du travail. Si la quantité d'activité réalisée par unité de temps s'accroît, le salaire croîtra. La méthode est aussi ancienne que l'industrie avec le salaire au rendement, les primes de productivité, les normes moyennes de fabrication. Elle est utilisable dans le commerce et les services avec le paiement à la commission (par affaire traitée, par contrat d'assurance placé...). Le progrès technique y a évidemment sa part.

– L'autre est constitué par les résultats de l'entreprise. Toutes les modalités de rémunération instituant un lien de dépendance entre le bénéfice net (ou le chiffre d'affaires) et le montant des salaires ont été expérimentées. Aujourd'hui le plus souvent, à une partie fixe du salaire, s'ajoute une partie variable²⁴.

21. La plupart des débats juridiques concernant le salaire soulèvent une question de *qualification*. Cela est vrai d'abord – on l'a dit – pour les hautes rémunérations des dirigeants, dont il est douteux qu'on puisse les ramener à un salaire pur et simple. La ligne de partage entre le salaire et le *profit*, sur lequel cette rémunération est prélevée, demeure d'un tracé confus, puisqu'aussi bien cette rémunération constitue une charge d'exploitation. Question de qualification aussi (et constamment) : l'assiette des cotisations sociales ; par exemple qu'est-ce qui est salaire ou remboursement d'une dépense liée à la profession (remboursée trait pour trait – ou forfaitairement sous forme de *frais* ou d'allocations pour frais). Le contentieux est quotidien. L'intérêt des deux parties au contrat de travail est de minorer ce qui entre dans l'assiette des cotisations ou l'assiette fiscale ; et en face d'eux, le demandeur en requalification sera l'Urssaf ou le Fisc. Il existe des difficultés comparables pour séparer le rémunérateur de l'*indemnitaire* ; et ici les enjeux sont multiples, mais toujours, avant tout, d'ordre fiscal. Or le vocabulaire est incertain. On parle d'une indemnité de congés payés ou même compensatrice de congés payés alors qu'il s'agit d'un salaire. On parle de manière analogue d'indemnité de préavis alors qu'il s'agit du salaire de la période de préavis, que le préavis soit travaillé ou qu'il y ait dispense de travail. Ne constituent à coup sûr des dommages intérêts que les indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse ayant rendu le licenciement abusif ou celle pour violation des formes du licenciement. L'indemnité dite de licenciement, due à l'occasion de toute rupture – (fut-elle pleinement conforme à la loi) – demeure quant à

²³ Le coût prétendument trop élevé du travail n'est pas une cause économique justifiant le licenciement : Soc. 16 mars 1994, *Dr. soc.* 1994.515 ; 5 mars 1997 *Jur. soc.* 1997/607, p. 265. La volonté d'accroître les bénéfices n'est pas un motif économique de rupture : Soc. 25 nov. 1996 *Jur. soc.* 1997/604, p. 124.

²⁴ Cf. ce qui a été dit n° 2 de l'intéressement, n° 15 des *stocks-options*.

elle depuis un bon demi-siècle de nature indécise. Il semble aventureux de parler de salaire différé et capitalisé. Mais dès lors qu'il y a indemnisation, c'est une indemnisation fondée sur le *risque* de l'emploi, puisque l'indemnité ne suppose aucune faute, même abus de droit, de l'employeur.

À propos de toute règle figurant dans le régime juridique spécifique du salaire (la couverture par l'assurance garantie des salaires – la prescription quinquennale – la limitation de la saisie à une fraction de la créance – l'assujettissement à cotisation sociale – l'existence d'un salaire minimum...) se pose une question de *qualification*. De ce fait, le déguisement ou la fraude constituent une permanente tentation.

Et l'entreprise en cette hypothèse a en face d'elle moins souvent les membres de son personnel, que le fisc ou la sécurité sociale, l'AGS ou l'Assedic. Le litige n'interviendra directement avec le personnel (ou un syndicat) que si l'entreprise conteste l'existence même d'une obligation de payer ; ou prétend que telle somme constitue un complément de salaire s'ajoutant au salaire principal, en sorte que le salaire minimum (SMIC ou salaire minimum conventionnel) est respecté, alors que son adversaire soutiendra que cette même somme n'étant pas de nature salariale, le minimum exigible n'est pas atteint à raison de l'insuffisance du principal²⁵. C'est encore de qualification qu'il sera question si une avance est consentie à un salarié : est-ce un acompte sur le salaire ? Est-ce un prêt remboursable ?

La somme d'argent versée au travailleur « subordonné » en contrepartie de son travail, – mérite donc l'attention, non seulement des économistes (lesquels depuis longtemps connaissent ses fonctions majeures dans le fonctionnement de l'économie de marché) mais également des juristes²⁶.

Une théorie juridique de l'argent ou de la monnaie ne peut se concevoir que fondée sur la *diversité* de régime et de nature des différentes obligations de somme d'argent. En somme, au regard du Droit, l'argent a une odeur.

²⁵ Cette question dite de *l'imputation* sur le SMIC ou de calcul du SMIC, est source d'une litigation permanente. Exemple : si une prime individuelle s'impute sur le SMIC, ce n'est pas vrai d'une prime collective de résultat (Crim. 5 nov. 1996, *Jur. soc.* 1997. 603, p. 94). Mise au point la plus récente dans J. Savatier, *Dr. soc.* 1997. 575.

²⁶ Sans parler des sociologues, l'ouvrage de référence étant ici celui de Simmel, *Philosophie de l'argent*, PUF, 1987.