

NOTE SUR INTERPRETATION DE L'ORDONNANCE DU 7/11/08 ET SUR  
L'EVOLUTION DE LA NAO

- a) L'article L 2242-8 du code du travail (anc. L132-27), relatif à la négociation annuelle obligatoire, dispose que cette négociation doit concerner les salaires effectifs<sup>1</sup>, la durée effective du temps de travail, l'organisation du temps de travail, la prévoyance maladie, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'épargne salariale, l'emploi des salariés âgés, l'emploi des travailleurs handicapés.  
*« Tant que la négociation est en cours (...), l'employeur ne peut dans les matières traitées arrêter de décisions unilatérales concernant l'activité des salariés, à moins que l'urgence ne le justifie » [article L 2242-3 du code du travail]*

Interrogé notamment, sur l'intégration des plans de commissionnement<sup>2</sup> ORACLE, dans le champs de la NAO, le juge des référés du TGI de Nanterre, dans son ordonnance du 7 novembre 2008, a relevé que les plans de compensation ORACLE dans la mesure où ils *« déterminent les conditions générales d'attribution et les taux de la rémunération variable par catégorie de personnel concerné, (...) il apparaît avec l'évidence requise en matière de référé, que le plan de commissionnement a pour effet de fixer le montant des salaires effectifs de plusieurs catégories de personnel et relève à ce titre de la négociation obligatoire »*

Ces plans ne pouvaient donc être déployés unilatéralement tant que les négociations n'étaient pas achevées, en conséquence, le juge a ordonné leur suspension<sup>3</sup>.

- b) Les déclarations de la société ORACLE suivants lesquelles ces plans dans leurs volets collectif et individuel (objectifs individualisés), seront redéployés à l'identique à la clôture des NAO, trahit l'absence de loyauté dont l'employeur entend faire preuve dans la poursuite des négociations et dans l'exécution des contrats de travail.

Or, si ORACLE avait respecté ses obligations en matière de NAO, et plus largement les prérogatives des organisations syndicales, aucun plan n'aurait dû être déployé à ce jour et donc aucun objectif n'aurait été arrêté. Il en résulte, que la notion de suspension, ne peut être entendu de manière aussi restrictive que l'envisage ORACLE.

Les plans de compensations, et plus particulièrement les objectifs individuels des salariés qui en découlent, ne peuvent être simplement redéployés à l'identique à la clôture des négociations, mais devront nécessairement être réajustés en tenant compte des résultats de la négociation (notamment en ce qui concerne le contenu

<sup>1</sup> Cass. Soc. 28 novembre 2000, n°98-19.594 Sur le thème des salaires effectifs, la Cour de cassation a précisé que la négociation annuelle doit porter sur les modalités des salaires variables des commerciaux

<sup>2</sup> *Terms and conditions*

<sup>3</sup> Cass. Soc. 28 Novembre 2000, n°98-19.594. Lorsque la décision prise en dehors de la phase de la négociation est considérée comme devant relever de la négociation annuelle obligatoire, la Cour de cassation admet une suspension de l'application de cette décision aux salariés concernés, tant que la décision n'a pas été soumise à la négociation obligatoire

des conditions générales) et du temps dont disposeront les salariés pour réaliser l'objectif assigné (à ce jour à peine 6 mois avant la clôture de l'exercice fiscal.)

Rappelons que les objectifs doivent être raisonnables, c'est-à-dire réalistes et réalisables, compte tenu, d'une part, de la situation économique du secteur professionnel dans lequel intervient le salarié, d'autre part, du niveau de compétence de ce dernier<sup>4</sup>.

Si ORACLE devait effectivement faire le choix de déployer les mêmes plans à l'issue de la NAO et les mêmes objectifs, alors même qu'après 6 mois d'exercice l'employeur constate sur son activité les difficultés du contexte économique et leurs impacts, les salariés, avec le soutien des organisations syndicales, pourraient légitimement faire état de l'absence de loyauté de la société et du caractère irréaliste des objectifs imposés (et de leur fixation tardive).

- c) ORACLE, enjoint par l'ordonnance du 7 novembre 2008 à payer des avances sur commissions, entend procéder à leur reprise dès la clôture des NAO, dès lors qu'il serait constaté que les objectifs n'ont pas été atteints.

Il convient ici de préciser que lorsque la rémunération variable est déterminée en fonction d'objectifs annuels (ou une autre période) dont la réalisation ne peut être vérifiée qu'en fin de d'année (ou de période), il est possible de prévoir le paiement des commissions par avances (par exemple mensuelles ou trimestrielles.)

Si à la fin de l'année (ou de la période de référence), l'employeur constate que les objectifs ne sont pas atteints, il ne peut, pour obtenir la restitution du variable déjà payé, procéder à des retenues sur le dernier salaire de l'année (ou de la période de référence) et sur les salaires de l'année suivante, que dans la limite du un dixième du montant de ces salaires (article L3251-3 du code du trav. Cass. Soc. 28 octobre 2008 n°07-40.372)

- d) A la lecture des conditions générales, il convient également de rappeler que les critères d'attribution d'une rémunération variable doivent être objectifs, suffisamment précis et reposer sur des éléments vérifiables pour ne pas dépendre de la seule volonté de l'employeur (prohibition des clauses potestatives).

Or, la société ORACLE s'arroge le droit de « *modifier ou d'amender le Plan de commissionnement personnalisé ou les conditions générales de commissionnement FY09, pendant ou après la clôture de l'exercice fiscal (...) Des ajustements, modifications et amendements peuvent être apportés à des chiffres d'affaires commissionnables, taux de commission, objectifs de vente, formules de financement ou toute autre condition générale applicable susceptibles d'entraîner une diminution ou une augmentation du commissionnement.(...) Plan de commissionnement personnalisé n'a pas besoin d'être délivré à l'employé pour que celui-ci le respecte* ». <sup>5</sup>

Le caractère potestatif - donc illicite - de cette clause paraît évident.

---

<sup>4</sup> Jurisprudence constante

<sup>5</sup> « A. *Interprétation du Plan / Modification du Plan* » page 10 des terms & conditions

De manière générale, il apparaît que les conditions générales de commissionnement comportent de multiples clauses par lesquelles l'employeur s'arroge le droit de modifier unilatéralement et après « signature »<sup>6</sup> du plan de commissionnement personnalisé des éléments essentiels permettant d'être éligible au versement de primes ou d'influer sur le montant.

Or de telles clauses sont juridiquement nulles (Cass. Soc. 27 février 2001, n°99-40219).

- e) Enfin, en ce qui concerne « *le bonus discrétionnaire* », dont le principe est inscrit dans le contrat de travail, le refus de la société ORACLE de communiquer leurs critères d'attribution dans le cadre de la NAO nous paraît également discutable.

En effet, il est contractuellement acquis que certains salariés sont annuellement « *éligibles à un bonus discrétionnaire* » et par leur importance (en terme de montant et de salariés concernés), il nous semble que ces bonus entrent dans le champs de la négociation annuelle obligatoire au titre des salaires effectifs.

A ce titre, il a déjà été jugé que « *eu égard à l'importance des primes allouées, ainsi qu'au nombre de leurs bénéficiaires, une organisation syndicale est fondée à demander des précisions sur leurs critères d'attribution, l'article L132-28 du code du travail précisant que les informations devant être fournies par l'employeur doivent faire apparaître les raisons et les situations comparées des hommes et des femmes, notamment en ce qui concerne les salaires payés. Les divers renseignements sollicités étant d'ordre général et ne devant pas faire état des salaires individualisés, l'exigence de leur communication est justifiée dans la perspective des négociations ultérieures* » (CA Paris 9 février 1996, 1<sup>er</sup> Ch. B, syndicat Général CFDT de la métallurgie de l'Essonne c/ ALCATEL ; RJS 4/96 n°427).

La demande des organisations syndicales d'avoir communication d'informations telles que les critères d'attribution, le nombre de salariés bénéficiaires (ventilé par catégorie professionnelle) le montant global (et ventilé par catégorie professionnelle), nous paraît par conséquent tout à fait légitime.

---

<sup>6</sup> S'il n'est pas illicite de prévoir au contrat le principe d'une rémunération variable en fonction de plan de rémunération variable négociés annuellement (les objectifs ne sont dans ce cas pas précisés au contrat mais sont régulièrement modifiés), les objectifs doivent alors être fixés à chaque fois par accord entre l'employeur et le salarié. Mais cela n'autorise pas l'employeur à fixer indirectement le montant du variable de manière unilatérale et discrétionnaire. Pour autant ORACLE prévoit la possibilité de s'exonérer d'un accord express du salarié. (Cf. page 10 des conditions générales)

La lecture des conditions générales fait apparaître d'autres clauses contestables au plan juridique, notamment le caractère de fait contractuel du document qui s'imposerait au salarié en dehors des règles applicables en matière de modification du contrat de travail, l'obligation de se soumettre à des chartes dont le contenu n'est pas précisé, voire non soumis au préalable aux instances du personnel (et à la CNIL ?), le fait que le paiement d'une prime entraînent renonciation à toute réclamation ultérieure, l'exécution du plan en anglais, l'absence de précision sur les dispositions ne s'appliquant pas au droit français....