

SOC.

LG

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 4 novembre 2021

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen  
faisant fonction de président

Arrêt n° 1212 F-D

Pourvois n°  
G 19-23.681  
P 19-24.215 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 4 NOVEMBRE 2021

I. Mme [E] [D], domiciliée [Adresse 1], a formé le pourvoi n° G 19-23.681, contre l'arrêt rendu le 12 septembre 2019 par la cour d'appel de Versailles (11e chambre), dans le litige l'opposant à la société Biogen France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 6], défenderesse à la cassation.

II. La société Biogen France, société par actions simplifiée, a formé le pourvoi n° P 19-24.215 contre le même arrêt rendu par la même cour d'appel, dans le litige l'opposant :

2°/ à Pôle Emploi, dont le siège est [Adresse 5],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse au pourvoi n° G 19-23.681 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi n° P 19-24.215 invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Cavrois, conseiller, les observations de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de Mme [D], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Biogen France, après débats en l'audience publique du 15 septembre 2021 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Cavrois, conseiller rapporteur, M. Rouchayrole, conseiller, Mme Rémerly, avocat général, et Mme Jouanneau, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° G 19-23.681 et P 19-24.215 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 12 septembre 2009), Mme [D] a été engagée le 19 décembre 1996, par la société Biogen Idec France, en qualité de directrice internationale du Marketing. Le 27 avril 2009, elle a été nommée vice-présidente de la société Biogen Idec France.

3. Licenciée le 16 octobre 2014, la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 7 novembre 2014, contestant le bien fondé de son licenciement et réclamant paiement de diverses sommes.

Examen des moyens

Sur le second moyen du pourvoi de la salariée n° G 19-23.681 et le moyen unique du pourvoi de l'employeur n° P 19-24.215, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, l'un n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation et l'autre étant irrecevable.

Mais sur le premier moyen du pourvoi de la salariée, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

5. La salariée fait grief à l'arrêt d'infirmier le jugement déféré en ce qu'il a jugé que les primes CSPU et MSU ont la nature d'une rémunération et de fixer en conséquence le montant des indemnités de rupture ainsi que le montant du rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et celui de l'indemnité de non-concurrence, alors : « que lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est

Pourvoi N°19-23.681-Chambre sociale  
obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées, peu important son caractère variable ; qu'en l'espèce, il ressort  
4 novembre 2021

des propres constatations de l'arrêt attaqué que le plan de rémunération à long terme" dont bénéficiait Mme [D] procédait d'un engagement unilatéral de l'employeur expressément lié à ses fonctions et sa qualification de vice-présidente" ; qu'en retenant cependant à l'appui de sa décision excluant que ces avantages aient la nature d'une rémunération que le versement des LTI en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ne concerne que l'origine de l'avantage, est insuffisant à lui attribuer la nature de rémunération du travail du salarié la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3 - dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017-, L. 3211-1 du code du travail, 1134 devenu 1103 et 1104 du code civil, ensemble les articles 15 de la convention collective nationale de la fabrication et du commerce des produits à usage pharmaceutique, parapharmaceutique et vétérinaire du 1er juin 1989 et 4 de l'accord du 26 février 2014. »

#### Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

6. Lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu importe son caractère variable.

7. Pour dire que l'attribution gratuite d'actions dans le cadre du plan de rémunération à long terme n'est pas la contrepartie du travail de la salariée et ne doit donc pas être intégrée au salaire annuel pour évaluer le montant du salaire mensuel moyen de la salariée, l'arrêt retient que le versement des LTI (long-term incentives) en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ne concerne que l'origine de l'avantage, est insuffisant à lui attribuer la nature de rémunération du travail de la salariée.

8. En statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les primes « CSPU » et « MSU » avaient été payées en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, ce dont elle aurait dû déduire qu'ayant le caractère de salaire, elles étaient obligatoires et devaient être prises en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture, de l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, de l'indemnité de non-concurrence et du rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Biogen France à payer à Mme [D] les sommes de 18 282,81 euros de rappel de salaire outre les congés payés afférents au titre de la mise à pied conservatoire, de 81 183, 30 euros outre les congés payés afférents à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de 348 224,40 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, de 320 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il déboute Mme [D] de sa demande de rappel d'indemnité de non-concurrence, l'arrêt rendu le 12 septembre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Condamne la société Biogen France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Biogen France et la condamne à payer à Mme [D] la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quatre novembre deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat aux Conseils, pour Mme [D], demanderesse au pourvoi n° G 19-23.681

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement déféré en ce qu'il a jugé que les primes CSPU et MSU ont la nature d'une rémunération ; d'AVOIR en conséquence fixé à la somme de 38 691,60 € le salaire mensuel moyen de Mme [E] [Y] [D] ; condamné la société Biogen France à lui verser les sommes de 81 183,30 €, outre les congés payés y afférents à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 348 224,40 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 18 282,81 € à titre de salaire de la mise à pied conservatoire, outre les congés payés y afférents, 320 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, ainsi que d'AVOIR débouté Mme [D] de sa demande en paiement d'une indemnité de non concurrence ;

AUX MOTIFS QUE « Les parties s'opposent sur la nature des CSPU « Cash settled Performance Units » et MSU « Market Stock Units » accordées par la SAS Biogen à ses vice-présidents en application du Plan de Rémunération à Long Terme LTI, question qui conditionne l'assiette de calcul des indemnités de rupture et des rappels de primes.

Mme [D] prétend que les long term incentives (LTI) revêtent la nature d'une rémunération, versée en contrepartie de son travail. Elle explique qu'il s'agit d'un complément de salaire résultant d'un engagement unilatéral de l'employeur, cette rémunération variable étant versée en contrepartie de son contrat de travail et non de son mandat social, sur la base de son niveau de performance individuelle apprécié par son supérieur hiérarchique, donnant lieu à une conversion en unités CSPU et MSU, qui sont ensuite affectées d'un coefficient multiplicateur lié aux performances de la société et payées par tiers les trois années suivantes.

Elle affirme que les sommes qui sont versées à titre de L et T de manière annuelle en février et mars, apparaissant sur ses bulletins de paie et soumises à cotisations sociales et fiscales, sont traitées comme des salaires et constituent nécessairement des éléments de rémunération au sens du droit du travail et plus précisément, de rémunération variable.

QUE La SAS Biogen France explique que les unités d'actions accordées à l'ensemble des dirigeants de Biogen dans le cadre d'un plan d'actionnariat, afin de les fidéliser et de les associer aux performances du groupe Biogen et de l'action Biogen sur le marché américain, ne revêtent pas la nature de rémunération.

Elle soutient que les LTI dépendent exclusivement des performances financières du groupe et des filiales mondiales et du cours de l'action de la société tête de groupe sur le marché américain, qu'ils ne sont aucunement liés à la notation ou à l'atteinte des objectifs individuels du salarié, les unités d'actions étant attribuées de manière discrétionnaire par l'employeur.

Pour remettre en cause le jugement du conseil des prud'hommes, [l'employeur] explique que s'agissant d'actions accordées au niveau mondial par une société de droit américain et en vertu d'un plan d'actionnariat régi par le droit américain, ces actions ne sont pas soumises aux dispositions du code de commerce français sur les attributions gratuites d'actions et ne bénéficient pas des exonérations de cotisations sociales y afférentes, ce qui explique que les LTI dont a bénéficié Mme [D] ont été soumises aux cotisations françaises de sécurité sociale. Il ajoute qu'il ne peut être déduit de la mention des LTI sur les fiches de paie leur nature de rémunération, compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur ce point et dès lors, que c'est l'assujettissement de ces sommes aux cotisations sociales et aux prélèvements fiscaux qui nécessite leur mention sur les bulletins de salaire. Il souligne que de nombreux engagements unilatéraux ou contractuels de l'employeur ne portent pas sur la rémunération.

QUE Sur le montant du salaire mensuel moyen

Il ressort des écritures des parties que le litige se cristallise autour de la qualification des sommes versées au titre du

La lecture des pièces produites et notamment du plan de rémunération à long terme établit qu'au titre des CSPU, le dirigeant se voit attribuer annuellement et de manière gratuite un nombre d'unités d'action qui sont multipliées par un taux de performance, évalué en fonction des résultats du groupe Biogen, permettant de déterminer le nombre total d'unités d'action acquises par le salarié pour trois ans. Chaque année, le salarié perçoit la contrepartie financière du tiers des unités d'action acquises, multiplié par le cours de l'action à la date de dévolution.

La valeur des unités d'action attribuées à la salariée au titre des MSU, qui contrairement aux CSPU ne sont pas converties en argent, est déterminée selon un mécanisme similaire.

Il ne ressort donc pas de cette procédure que la performance individuelle de Mme [D] intervient dans l'évaluation des primes allouées au titre des CSPU et des MSU qui dépendent uniquement des résultats financiers du groupe Biogen, seul facteur déterminant le taux de performance appliqué aux unités d'action accordées gratuitement et discrétionnairement. Il s'agit donc pour l'entreprise de permettre aux dirigeants de participer aux résultats du groupe Biogen auxquels ils contribuent.

Le programme de LTI des dirigeants précise d'ailleurs qu'il a pour finalité de récompenser la performance du groupe Biogen à laquelle participent les dirigeants : « Les plans de rémunération à long terme sont adoptés tous les ans pour motiver et récompenser la performance mesurée par la réalisation des objectifs à long terme. Ils sont destinés à :

- Aligner les intérêts des dirigeants avec la réalisation de notre stratégie à long terme et les intérêts de nos actionnaires à travers des programmes motivants et compétitifs par rapport au marché,
- Récompenser de façon très importante les performances élevées sur lesquelles les cadres dirigeants ont une influence directe,
- Attirer et retenir les dirigeants de haut niveau ».

Il s'agit donc bien de motiver les dirigeants en les associant aux résultats de l'entreprise et non pas de récompenser leur performance individuelle. Si, comme le soutient Mme [D], le niveau de performance de chaque dirigeant a effectivement une influence directe sur les résultats financiers du groupe, lesquels déterminent le taux de performance appliqué aux unités d'action, il n'en demeure pas moins que ce ne sont pas les résultats individuels de la salariée qui sont pris en compte, mais ceux de la collectivité des salariés et dirigeants constituant l'entreprise.

Si la salariée se prévaut du relevé de sa rémunération totale mentionnant le taux d'augmentation au mérite, il apparaît que ce pourcentage ne concerne que le salaire de base et qu'il n'est pas appliqué aux LTI. Par ailleurs, la grille de « recommandations pour les primes au mérite LTI 2013/2014 en fonction de l'évaluation » ne s'applique manifestement pas à Mme [D] dès lors que les niveaux de poste varient de 1 à 13, alors que le relevé de rémunération produit par Mme [D] établit qu'elle était cadre dirigeant dont le niveau de poste s'élevait à 20, ce qu'elle ne conteste pas. En outre, le relevé de rémunération qu'elle produit mentionnant un niveau de poste 12 évoque, au titre des LTI, l'attribution de RSU, « restricted Stock Units » et non de CSPU et MSU. La pièce n° 37-4 mentionne également ces RSU pour les « Directeurs seniors et en dessous » et les distingue des L et T octroyés aux « VP+ », soit les vices présidents comme Mme [D]. Ces éléments démontrent ainsi qu'un autre programme de LTI était appliqué aux salariés dont le niveau de poste était inférieur au sien. S'il ressort des pièces communiquées par la salariée, notamment des pièces n° 32-6, 33-13 à 17, 34-2, que l'évaluation de la performance individuelle influe sur les LTI, rien ne permet d'établir que ces documents internes à l'entreprise concernent les dirigeants, alors qu'il résulte des autres pièces produites que pour les salariés de niveau de poste 1 à 13, le programme de LTI qui leur est appliqué tient compte de la performance individuelle. Le plan de rémunération à long terme invoqué par l'employeur s'applique précisément aux cadres dirigeants et ne fait aucune référence à une grille d'évaluation correspondant au niveau de Mme [D] dont la salariée ne justifie d'ailleurs pas. Le versement des LTI en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ne concerne que l'origine de l'avantage, est insuffisant à lui attribuer la nature de rémunération du travail du salarié. Il en va de même de l'assujettissement des LTI aux cotisations sociales et prélèvements fiscaux. S'agissant de l'intitulé des versements figurant sur les bulletins de salaire, l'employeur verse aux débats une attestation de M. [L], directeur administratif et financier de la SAS Biogen Idec France, qui explique :

- « - que les mentions « avantage en nature actions » et « prime exceptionnelle hors CP » utilisées sur les bulletins de paie de Biogen Idec correspondent aux CSPU et MSU qui sont des « awards » spécialement octroyés par le groupe Biogen à ses dirigeants,
- que le libellé « avantage en nature actions » est utilisé pour les MSU (unités d'actions) afin de les valoriser sur les bulletins de paie et de les soumettre à cotisations de sécurité sociales,
- que le libellé « primes exceptionnelle hors CP » utilisé pour les CSPU (unités d'action converties en cash) a été choisi pour des raisons de commodité puisque cette rubrique à ce jour n'existe pas, étant précisé que Mme [D] était la seule à

Les sommes litigieuses n'étant pas la contrepartie du travail de Mme [D], elles ne doivent pas être intégrées au salaire annuel pour évaluer le montant du salaire mensuel moyen de la salariée.

QUE Les dispositions de l'article 4 de l'accord du 26 février 2014 ayant pour objet de fixer les Rémunérations Minimales Mensuelles Garanties (RMMG) et les Rémunérations Annuelles Garanties (RAG) et celles de l'article 15 de la convention collective applicable sont sans effet sur ce point.

En effet, l'article 4 précité prévoit que : « Les éléments de rémunération à retenir pour établir la comparaison avec la Rémunération Annuelle Garantie (RAG) sont, outre le salaire de base et le complément différentiel de salaire ou JRRT :

- Les avantages en nature,

- Toutes les primes ayant le caractère d'un complément de salaire », tandis que l'article 15 de la convention collective relatif à l'indemnité de licenciement dispose que : « Le salaire à prendre en considération pour l'indemnité de licenciement est la rémunération moyenne brute des douze derniers mois ou des trois derniers mois.

Pour le calcul de cette rémunération entrent en ligne de compte tous les éléments du salaire qui, par leur nature, sont soumis aux cotisations de sécurité sociale. »

Or, les sommes versées en contrepartie d'actions gratuites ne sont ni un élément de salaire, ni une prime.

De même, les dispositions de l'article 15 de la convention collective applicable font référence aux éléments de salaire, auxquels n'appartiennent pas les L et T.

Dans ces conditions, le salaire mensuel moyen de Mme [D] doit être évalué à la somme de 38 691,60 euros » ;

1°) ALORS QUE lorsqu'elle est payée en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées, peu important son caractère variable ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que le « plan de rémunération à long terme » dont bénéficiait Mme [D] procédait d'un engagement unilatéral de l'employeur expressément lié à ses fonctions et sa qualification de « vice-présidente », ; qu'en retenant cependant à l'appui de sa décision excluant que ces avantages aient la nature d'une rémunération que « le versement des LTI en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ne concerne que l'origine de l'avantage, est insuffisant à lui attribuer la nature de rémunération du travail du salarié » la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3 -dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017-, L. 3211-1 du code du travail, 1134 devenu 1103 et 1104 du code civil, ensemble les articles 15 de la convention collective nationale de la fabrication et du commerce des produits à usage pharmaceutique, parapharmaceutique et vétérinaire du 1er juin 1989 et 4 de l'accord du 26 février 2014 ;

2°) ALORS en outre QUE ne constitue pas un avantage discrétionnaire l'attribution annuelle gratuite aux cadres dirigeants d'« unités d'actions » de la société employeur en exécution d'un engagement unilatéral la prévoyant comme « récompense des performances [du groupe] sur lesquelles ils ont une influence directe », dont seul le montant est indéterminé ; qu'en l'espèce, il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que le programme de LTI des cadres dirigeants de la SAS Biogen France dont bénéficiait Mme [D] en considération de ses fonctions de vice-président prévoyait : « Les plans de long-term incentives sont attribués annuellement pour motiver et récompenser la réussite à travers la réalisation d'objectifs à plus long terme » et que leur paiement avait été « régulier » ; que le principe de l'allocation annuelle des LTI résultait de cet engagement exprès, son montant seul devant être déterminé en fonction des résultats du groupe ; qu'en retenant à l'appui de sa décision refusant la qualification de rémunération que les unités d'actions étaient « accordées gratuitement et discrétionnairement » la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé derechef les textes susvisés ;

3°) ALORS subsidiairement QUE constitue un élément de rémunération une prime en numéraire ou en actions versée au salarié en contrepartie ou à l'occasion de son travail, peu important que son montant ne soit pas directement corrélé à sa « performance individuelle », mais à celle de l'entreprise ou du groupe ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que dans le cadre de sa promotion au poste de « vice-président » de la société Biogen France, c'est à dire de cadre dirigeant, Mme [D] s'était vu octroyer le bénéfice d'un « plan de rémunération à long terme » dit « long term incentives » (LTI) résultant d'un engagement unilatéral de l'employeur, avec « pour finalité [de] récompenser de façon très importante les performances élevées [du groupe] sur lesquelles les cadres dirigeants ont une influence directe », de sorte que cet avantage servi en contrepartie du travail de la salarié constituait un élément de rémunération, assujetti comme tel aux cotisations sociales et à l'impôt sur le revenu ; qu'en décidant le contraire aux

4°) ALORS en toute hypothèse QUE les mentions des bulletins de salaire font foi contre l'employeur jusqu'à preuve contraire ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de la cour d'appel que les LTI perçues par Mme [D] figuraient sur ses bulletins de salaire à titre de « prime exceptionnelle hors congés payés » (CSPU) et d' « avantage en nature action » (MSU) et étaient soumises aux mêmes cotisations sociales et au même régime fiscal que les autres éléments de sa rémunération ; qu'il appartenait dès lors à l'employeur de démontrer que ces mentions résultaient d'une erreur, et que les sommes et avantages considérés étaient sans lien avec l'activité de la salariée ; qu'en se déterminant aux termes de motifs inopérants, pris de ce que l'employeur « expliquait » par attestation de son directeur administratif et financier que ces mentions avaient été « choisies pour des raisons de commodité », et faisant peser sur la seule salariée la charge de la preuve de la nature des avantages perçus, la cour d'appel a violé les articles R. 3243-1 du code du travail, 1315 devenu 1351 du code civil.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif d'AVOIR débouté Mme [D] de sa demande en paiement d'une somme de 1 756 711,07 € au titre des primes CSPU et MSU payables en 2015, 2016 et 2017 ;

AUX MOTIFS QUE « Mme [D] sollicite le paiement de 1 756 711,07 euros au titre des LTI qui auraient dû lui être réglés en 2015, 2016 et 2017 si elle n'avait pas été licenciée par la société Biogen en octobre 2014. Subsidiatement, elle sollicite une indemnisation équivalente sur le fondement de la perte de chance de recevoir des L et T en 2015, 2016 et 2017. L'employeur s'y oppose expliquant que les LTI constituent des instruments de fidélisation des dirigeants de Biogen, de sorte que leur versement est différé dans le temps et assorti d'une condition de présence. Il ajoute qu'aucune perte de chance indemnisable n'est caractérisée, dès lors que Mme [D] a été licenciée pour faute grave.

La condition de présence dans l'entreprise, qui se déduit des stipulations de la convention d'attribution des CSPU et MSU dans le cadre du plan général de 2008 (paragraphe C) ne peut faire échec à la demande de la salariée pour les motifs précités, au regard de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement infligé à Mme [D]. En revanche, il ressort des éléments précités que le préjudice de Mme [D] ne peut consister qu'en une perte de chance de percevoir les LTI, dès lors que leur montant dépend, à la fois, de l'attribution décidée par l'employeur, de la performance du groupe et du cours de l'action. Or, si leur paiement apparaît régulier sur les fiches de paie communiquées, rien n'établit que Mme [D] aurait, de façon certaine, toujours été salariée de la SAS Biogen France en 2015, 2016 et 2017 et qu'elle aurait donc rempli les conditions de paiement de ces LTI à la date de leur versement. Il convient en conséquence de lui accorder au titre de ce préjudice la somme de 1 100 000 euros » ;

ALORS QUE la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de la cour d'appel, d'une part que l'employeur, aux termes du plan de rémunération à long terme, s'était engagé à délivrer annuellement à la salariée des unités d'action acquises pour trois ans, et dont elle devait percevoir chaque année la contrepartie financière à hauteur du tiers sous condition de présence lors du paiement, d'autre part, qu'il avait licencié la salariée sans cause réelle et sérieuse, de sorte que cette condition de présence devait être réputée accomplie, et que la contrepartie financière des unités d'action octroyées en 2012, 2013 et 2014, payable en 2015, 2016 et 2017 était due ; qu'en décidant cependant, pour limiter à 1 100 000 € l'indemnisation de Mme [D], que le préjudice souffert n'était que de la perte d'une chance, dès lors que « rien n'établit de façon certaine que Mme [D] aurait toujours été salariée de la société Biogen France en 2015, 2016 et 2017 et qu'elle aurait donc rempli les conditions de paiement de ces LTI à la date de leur versement » la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1178 devenu 1304-3 du code civil. Moyen produit par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Biogen France, demanderesse au pourvoi n° P 19-24.215

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Biogen France à verser à Mme [D] les sommes de 348 224,40 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement et de 453 679,62 € à titre d'indemnité contractuelle de départ ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le montant du salaire mensuel moyen Il ressort des écritures des parties que le litige se cristallise autour de la qualification des sommes versées au titre du programme de LTI dont bénéficiait Mme [D] et de leur prise en considération pour le calcul des indemnités dus au titre de la rupture du contrat de travail. La lecture des pièces produites et notamment du plan de rémunération à long terme établit qu'au titre des CSPU, le dirigeant se voit attribuer annuellement et de manière gratuite un nombre d'unités d'action qui sont multipliées par un taux de performance, évalué en fonction des résultats du groupe Biogen, permettant de déterminer le nombre total d'unités d'action acquises par le salarié pour trois ans. Chaque année, le salarié perçoit la contrepartie financière du tiers des unités d'action acquises, multiplié par le cours de l'action à la date de dévolution. La valeur des unités d'action attribuée à la salariée au titre des MSU, qui contrairement aux CSPU ne sont pas converties en argent, est déterminée selon un mécanisme similaire. Il ne ressort donc pas de cette procédure que la performance individuelle de Mme [D] intervient dans l'évaluation des primes allouées au titre des CSPU et des MSU, qui dépendent uniquement des résultats financiers du groupe Biogen, seul facteur déterminant le taux de performance appliqué aux unités d'action accordées gratuitement et discrétionnairement. Il s'agit donc pour l'entreprise de permettre aux dirigeants de participer aux résultats du groupe Biogen auxquels ils contribuent. Le programme de LTI des dirigeants précise d'ailleurs qu'il a pour finalité de récompenser la performance du groupe Biogen à laquelle participent les dirigeants : « Les plans de rémunération à long terme sont adoptés tous les ans pour motiver et récompenser la performance mesurée par la réalisation des objectifs à long terme. Ils sont destinés à : - Aligner les intérêts des dirigeants avec la réalisation de notre stratégie à long terme et les intérêts de nos actionnaires à travers des programmes motivants et compétitifs par rapport au marché, - Récompenser de façon très importante les performances élevées sur lesquelles les cadres dirigeants ont une influence directe, - Attirer et retenir les dirigeants de haut niveau ». Il s'agit donc bien de motiver les dirigeants en les associant aux résultats de l'entreprise et non pas de récompenser leur performance individuelle. Si, comme le soutient Mme [D], le niveau de performance de chaque dirigeant a effectivement une influence directe sur les résultats financiers du groupe, lesquels déterminent le taux de performance appliqué aux unités d'action, il n'en demeure pas moins que ce ne sont pas les résultats individuels de la salariée qui sont pris en compte, mais ceux de la collectivité des salariés et dirigeant constituant l'entreprise. Si la salariée se prévaut du relevé de sa rémunération totale mentionnant le taux d'augmentation au mérite, il apparaît que ce pourcentage ne concerne que le salaire de base et qu'il n'est pas appliqué aux LTI. Par ailleurs, la grille de « recommandations pour les primes au mérite LTI 2013/2014 en fonction de l'évaluation » ne s'applique manifestement pas à Mme [D], dès lors que les niveaux de poste varient de 1 à 13, alors que le relevé de rémunération produit par Mme [D] établit qu'elle était cadre dirigeant dont le niveau de poste s'élevait à 20, ce qu'elle ne conteste pas. En outre, le relevé de rémunération qu'elle produit mentionnant un niveau de poste 12 évoque, au titre des LTI, l'attribution de RSU, « restricted Stock Units » et non de CSPU et MSU. La pièce n°37-4 mentionne également ces RSU pour les « Directeurs seniors et en dessous » et les distingue des CSPU et MSU octroyés aux « VP+ », soit les vices présidents comme Mme [D]. Ces éléments démontrent ainsi qu'un autre programme de LTI était appliqué aux salariés dont le niveau de poste était inférieur au sien. S'il ressort des pièces communiquées par la salariée, notamment des pièces n° 32-6, 33-13 à 17, 34-2, que l'évaluation de la performance individuelle influe sur les LTI, rien ne permet d'établir que ces documents internes à l'entreprise concernent les dirigeants, alors qu'il résulte des autres pièces produites que pour les salariés de niveau de poste 1 à 13, le programme de LTI qui leur est appliqué tient compte de la performance individuelle. Le plan de rémunération à long terme invoqué par l'employeur s'applique précisément aux cadres dirigeant et ne fait aucune référence à une grille d'évaluation correspondant au niveau de Mme [D], dont la salariée ne justifie d'ailleurs pas. Le versement des LTI en exécution d'un engagement unilatéral de l'employeur, qui ne concerne que l'origine de l'avantage, est insuffisant à lui attribuer la nature de rémunération du travail du salarié. Il en va de même de l'assujettissement des LTI aux cotisations sociales et prélèvements fiscaux. S'agissant de l'intitulé des versements figurant sur les bulletins de salaire, l'employeur verse aux débats une attestation de M. [L], directeur administratif et financier de la SAS Biogen Idec France, qui explique : « - que les mentions « avantage en nature actions » et « prime exceptionnelle hors CP » utilisées sur les bulletins de paie de Biogen Idec correspondent aux MSU et CSPU qui sont des « awards » spécialement octroyés par le groupe Biogen à ses dirigeants, - que le libellé « avantage en nature actions » est utilisé pour les MSU (unités d'actions) afin de les valoriser sur les bulletins de paie et de les soumettre à cotisations de sécurité sociales, - que le libellé « primes exceptionnelle hors CP » utilisé pour les CSPU (unités d'action converties en cash) a été choisi pour des raisons de commodité puisque cette rubrique à ce jour n'existe pas, étant précisé que Mme [D] était la seule à bénéficier de ces versements en France dû à son statut de vice-présidente ». Les sommes litigieuses n'étant pas la contrepartie du travail de Mme [D], elles ne doivent pas être intégrées au salaire annuel pour évaluer le montant du salaire mensuel moyen de la salariée. Les dispositions de l'article 4 de l'accord du 26 février 2014 ayant pour objet de fixer les Rémunérations Minimales Mensuelles Garanties (RMMG) et les Rémunérations Annuelles Garanties (RAG) et celles de l'article 15 de la convention collective applicable sont sans effet sur ce point. En effet, l'article 4 précité



Garantie (RAG) sont, outre le salaire de base et le complément différentiel de salaire ou JRTT : - Les avantages en nature, - Toutes les primes ayant le caractère d'un complément de salaire », tandis que l'article 15 de la convention collective relatif à l'indemnité de licenciement dispose que : « Le salaire à prendre en considération pour l'indemnité de licenciement est la rémunération moyenne brute des douze derniers mois ou des trois derniers mois. Pour le calcul de cette rémunération entrent en ligne de compte tous les éléments du salaire qui, par leur nature, sont soumis aux cotisations de sécurité sociale. » Or, les sommes versées en contrepartie d'actions gratuites ne sont ni un élément de salaire, ni une prime. De même, les dispositions de l'article 15 de la convention collective applicable font référence aux éléments de salaire, auxquels n'appartiennent pas les CSPU et MSU. Dans ces conditions, le salaire mensuel moyen de Mme [D] doit être évalué à la somme de 38 691,60 euros. - Sur les indemnités de rupture et le rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire Au regard de la convention collective applicable, notamment des articles 3 et 8 de l'avenant III à la convention collective, relatif aux dispositions particulières aux cadres, il convient d'évaluer les indemnités de rupture dues à Mme [D] comme suit : - 81 183,30 euros, au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, - 8 118,33 euros au titre des congés payés afférents, - 348 224,40 euros, au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement. Par ailleurs, la décision entreprise doit être infirmée en ce qu'elle a condamné l'employeur à payer à Mme [D] la somme de 20 274,63 euros de rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire, outre celle de 2 027,46 euros au titre des congés payés afférents, dès lors qu'à la lecture du bulletin de salaire du mois d'octobre 2014, il apparaît que la somme retenue est limitée à 18 282,81 euros. La SAS Biogen France sera condamnée au paiement de cette somme, outre celle de 1 828,28 euros au titre des congés payés afférents. Lors de la rupture du contrat de travail, la salariée bénéficiait d'une ancienneté de plus de deux ans et la SAS Biogen France employait de manière habituelle au moins 11 salariés. En application de l'article L. 1235-3 du code du travail, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé à celui-ci, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Comme indiqué précédemment, à la date du licenciement, Mme [D] percevait une rémunération mensuelle brute de 38 691,60 euros. Elle était âgée de 50 ans et bénéficiait au sein de l'entreprise d'une ancienneté de presque 18 ans. Il est établi qu'elle a retrouvé un emploi en 2015. Dans ces conditions, il convient de lui allouer, en application de l'article L. 1235-3 du code du travail, une somme de 320 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. - Sur l'indemnité contractuelle de départ La SAS Biogen France ne conteste pas qu'aux termes du courrier du 29 avril 2009 et de l'Omnibus Equity Plan 2008, une indemnité contractuelle de départ est prévue au bénéfice de la salariée : « Indemnités de départ des cadres dirigeants : Dans certaines circonstances, vous serez en droit de recevoir des indemnités de départ dans le cadre du plan d'indemnités de départ pour les Vice-Présidents Internationaux. Vos indemnités de départ sont détaillées dans le document ci-joint ». S'il est soutenu par l'employeur que cette indemnité n'est pas due lorsque la rupture intervient pour une cause réelle et sérieuse, définie par l'omnibus [Adresse 4] 2008, comme « une malhonnêteté à l'égard de la société ou d'une filiale, une insubordination, une importante malversation ou non-exécution grave de ses fonctions, ... », il apparaît, pour les motifs précités, que le licenciement de Mme [D] est dénué de cause réelle et sérieuse, aucune faute n'ayant été caractérisée à son encontre. Dans ces conditions, l'indemnité contractuelle de départ est due. Son montant est déterminé selon une formule détaillée au courrier du 29 avril 2009. Compte tenu de l'ancienneté de Mme [D], du montant de sa rémunération de base annuelle et du montant de son bonus annuel à la date de la rupture du contrat de travail, tels qu'ils ressortent des pièces produites, l'employeur doit être condamné à payer à la salariée la somme de 453 679,62 euros. Le jugement entrepris doit être infirmé sur ce point » ;

1. ALORS QUE l'article 1er de l'avenant III « relatif aux dispositions particulières aux cadres » de la convention collective nationale de la fabrication et du commerce des produits à usage pharmaceutique, parapharmaceutique et vétérinaire du 1er juin 1989 limite son champ d'application aux « salariés classés dans les niveaux 8 à 12 inclus de la classification » ; qu'il en résulte que seuls ces derniers peuvent prétendre à l'indemnité conventionnelle de licenciement fixée par l'article 8 dudit avenant ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que Mme [D], qui occupait les fonctions de « Vice President, Managing Director » de la société exposante, disposait pour cela du statut de cadre dirigeant, niveau 20 (arrêt, p. 13, al. 1) ; qu'en condamnant néanmoins la société Biogen à lui verser une somme de 348.224,40 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, quand il ressortait de ses propres constatations que la salariée n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions conventionnelles visées, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé l'article 15 de la convention collective nationale de la fabrication et du commerce des produits à usage pharmaceutique, parapharmaceutique et vétérinaire du 1er juin 1989, dite Facophar, ensemble les articles 1er et 8 de son avenant III relatif aux dispositions particulières aux cadres ;

2. ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QU'en cas de concours de normes, les avantages ayant le même objet ne se cumulent pas, seul le plus favorable d'entre eux pouvant être accordé ; que sauf disposition expresse contraire, l'indemnité de rupture stipulée par le contrat de travail ne se cumule pas avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ; qu'au cas présent, l'indemnité contractuelle de départ des cadres dirigeants prévue par la lettre du 29 avril 2009 et l' « Omnibus Equity Plan 2008 » présentait le même objet que l'indemnité conventionnelle des cadres prévue par la convention collective dite « Facophar », à savoir indemniser le salarié de la rupture de son contrat de travail décidée unilatéralement par l'employeur, sous réserve que cette rupture n'ait pas pour origine un comportement gravement fautif du salarié ; qu'en condamnant la société Biogen à verser à Mme [D] à la fois une somme de 348.224,40 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement et une somme de 453.679,62 € à titre d'indemnité contractuelle de départ, cependant que les deux avantages, qui avaient le même objet, ne pouvaient se cumuler, la cour d'appel a violé l'article L. 2254-1 du code du travail, ensemble le principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application.