



## **AVIS DE Mme RÉMERY, AVOCAT GÉNÉRAL**

**Arrêt n° 1426 du 15 décembre 2021 – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 20-18.782**

**Décision attaquée : 11 juin 2020 de la cour d'appel de Nancy**

**la société Vicat**

**C/**

**M. [B] [X]**

---

### **FAITS ET PROCÉDURE**

La société Vicat (la société), spécialisée dans la fabrication et la vente de ciment, béton, granulats et accessoirement de papier, a engagé M. [X] en qualité d'ouvrier d'expédition par contrat de travail à durée indéterminée en date du 8 février 1989, à effet au 1er mars 1989. Le salarié exerçait les fonctions de contremaître dans le dernier état de la relation de travail.

En arrêt maladie depuis le 22 novembre 2016, il a été déclaré inapte à l'issue de la visite médicale de reprise du 22 janvier 2018 et a été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 5 avril 2018.

Le 9 juillet 2018, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Nancy aux fins de voir juger son licenciement abusif et condamner son employeur au paiement de différentes sommes à titre d'indemnités de rupture, de congés payés afférents et à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour le préjudice moral distinct et pour violation par l'employeur de son obligation d'informer le salarié des motifs s'opposant à son reclassement avant d'engager la procédure de licenciement.

Par jugement du 7 mars 2019, la juridiction prud'homale a rejeté l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt infirmatif du 11 juin 2020, la cour d'appel de Nancy a, statuant à nouveau, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné la société à payer au salarié les sommes de 9 504, 63 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 950,63 euros au titre des congés payés y afférents, la somme nette de 63 364, 20 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et celle de 300 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'article L. 1226-2-1 du code du travail.

C'est l'arrêt attaqué par la société qui a formé un pourvoi comportant deux moyens par lesquels elle reproche à la cour d'appel de l'avoir condamnée au paiement d'une **somme nette** à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 puis de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 qui a instauré un barème applicable à la fixation par le juge de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, prévoit des montants calculés en mois de salaire brut (1<sup>er</sup> moyen) ainsi qu'à une somme à titre d'indemnité pour absence de notification écrite, avant l'engagement de la procédure de licenciement, des motifs qui s'opposent au reclassement d'un salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie non professionnelle alors que cette indemnité prévue par l'article L. 1226-2-1 ne se cumule pas l'indemnité octroyée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (2<sup>ème</sup> moyen).

## DISCUSSION

Le pourvoi pose ainsi deux questions :

1. - celle du calcul en mois de salaire brut ou en mois de salaire net du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 29 mars 2018.

2. - celle du cumul ou non de l'indemnité pour non-respect par l'employeur de la notification des motifs qui s'opposent au reclassement due aux salariés dont l'inaptitude est d'origine non professionnelle avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### **I. Calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.**

Il convient, à titre liminaire, d'écarter le grief de nouveauté du moyen soutenu par le mémoire en défense dès lors que l'employeur exposait déjà, dans ses conclusions en appel, les divergences fondées sur la base de calcul de cette indemnité (voir conclusions p. 29 telles que rappelées dans le rapport).

Lorsque le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse et que la réintégration du salarié n'est pas proposée ou si elle est refusée, le juge, en application de l'article L. 1235-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, accorde au salarié une indemnité à la charge de l'employeur dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans un tableau en fonction de l'ancienneté de l'intéressé dans l'entreprise.

Il est précisé dans ce tableau que l'indemnité minimale et l'indemnité maximale sont exprimées **en mois de salaire brut**. L'indemnité est ainsi calculée en fonction de la rémunération brute du salarié précédant la rupture de son contrat de travail.

Ces dispositions ont été jugées conformes à la Constitution (Cons. Const., n° 2018-761 DC du 21 mars 2018) et dans deux avis du 17 juillet 2019, la formation plénière pour avis de la Cour de cassation a considéré qu'elles étaient compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT(avis n° 19-70.010 et 19-70.011).

Avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, l'article L.1235-3 du code du travail disposait, en cas de refus de réintégration, que : *“ si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.”*

La question s'était alors posée de savoir si l'indemnité octroyée au salarié devait être exprimée en somme nette de charges (pour l'évaluation des sommes revenant au salarié, le montant de la part salariale de cotisations sociales doit être précompté par l'employeur sur sa rémunération) ou bien en somme brute, devant être diminuée des cotisations sociales applicables et vous aviez décidé que, faute de précisions à ce sujet par le juge, la somme s'exprimait en brut (Soc. 19 mai 2016, n° 15-10954 et Soc 3 juillet 2019 n° 18-14.074). La part salariale des cotisations et contributions sociales afférente à une indemnité devait être supportée par le salarié, sauf précision expresse contraire par le juge.

L'on rappellera, à cet égard, que les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail entrent dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Cependant, l'article L. 242-1 II-7° du code de la sécurité sociale a prévu une exonération partielle dans la limite de deux fois le plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur à la date du versement de l'indemnité (soit 82.272 € pour 2021<sup>1</sup>) pour les indemnités non assujetties à l'impôt sur le revenu en application de l'article 80 duodecies du code général des impôts parmi lesquelles figure l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

De la même façon, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse est incluse dans l'assiette de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS). Cependant, en vertu de l'article L 136-1-1, III- 5°(qui a remplacé l'article L.136-2,II-5°) du code de la sécurité sociale, sont exclues de l'assiette de ces contributions les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail dans la limite du plus petit des montants suivants :

- le montant prévu par la convention collective de branche, l'accord professionnel ou la loi si ce dernier est le plus élevé, ou en l'absence de montant légal ou conventionnel, le montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ;
- le montant fixé en application du 7° du II de l'article L 242-1 du CSS précité (à savoir la part exclue de l'assiette des cotisations de sécurité sociale) étant précisé que les indemnités versées à l'occasion de la rupture de la relation de travail d'un montant supérieur à dix fois le plafond annuel de la sécurité sociale sont intégralement assujetties.

Il importe de relever que dans votre arrêt du 13 février 2019 (n° 17-11.487), vous référant à l'article L 136-2-II, 5° du CSS dans sa version applicable, antérieure aux ordonnances de 2017, vous aviez précisé que les dommages et intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse étaient exonérés de la CSG et de la CRDS à hauteur du minimum légal des salaires des six derniers mois fixé par l'article L. 1235-3 dans sa rédaction alors applicable.

En conséquence, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, calculée selon le barème légal de l'article L. 1235-3 dans sa version actuelle applicable à la cause, pourrait être exonérée de CSG et de CRDS à hauteur des montants maxima prévus par ce barème, l'article L 136-1-1 prévoyant une exonération à hauteur du montant prévu par la loi<sup>2</sup>.

Une indemnité inférieure à la somme de 82.872 euros devrait être exonérée en totalité de cotisations de sécurité sociale, de CSG et de CRDS.

**En l'espèce**, la cour d'appel qui a relevé, sans être contestée, que le salarié avait 29 ans d'ancienneté dans l'entreprise et que son salaire brut était de 3.168, 21 euros, lui a

---

<sup>1</sup> Mémento pratique social 21 n° 22840 et 22845. Editions Francis Lefebvre

<sup>2</sup> En ce sens, Mémento paie 2021 "CSG et CRDS" n° 65780; RJS 4/19 n° 247 ; Occajuris 26/03/2019;

alloué le montant de l'indemnité maximale prévue soit 20 mois de salaire mais a condamné l'employeur au paiement d'une somme nette de 63.364,20 euros au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Or, la mise en place du barème s'inscrit dans une perspective d'uniformisation et de prévisibilité de l'indemnisation. Comme l'exprime un auteur<sup>3</sup> il fallait "*permettre à l'employeur de connaître à l'avance le prix à payer pour se séparer d'un salarié*".

L'article L 1235-3 enferme ainsi la fixation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse dans des limites minimales et maximales qui "jouent respectivement pour le juge comme des planchers et des plafonds impératifs"<sup>4</sup> et ces limites s'imposent à lui quand il détermine le montant de cette indemnité.

En conséquence, la possibilité qui était laissée au juge, sous l'empire de l'article L.1235-3 dans sa rédaction antérieure à la loi du 29 mars 2018, de fixer l'indemnité à un montant exprimé en une somme nette de charges, ne peut, à mon sens, être maintenue puisque désormais, le montant total de l'indemnité ne doit pas dépasser les maxima imposés par la loi dont le calcul est expressément fondé sur la rémunération mensuelle brute du salarié précédant la rupture du contrat de travail.

Au cas d'espèce, l'indemnité maximale qui pouvait être octroyée au salarié était bien de (3168,21 € X 20) soit 63.364, 20 euros mais ce montant ne pouvait être exprimé qu'en brut.

**Je suis à la cassation de l'arrêt attaqué sur ce premier moyen** qui pourrait être prononcée **sans renvoi**, comme le propose le mémoire ampliatif puisque vous pourriez mettre fin au litige en condamnant la société Vicat à verser au salarié la somme brute de 63 364,20 euros à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## **II. Cumul ou non de l'indemnité pour non-respect par l'employeur de la notification des motifs qui s'opposent au reclassement due aux salariés dont l'inaptitude est d'origine non professionnelle avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.**

La cour d'appel a condamné la société à payer au salarié l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que la somme de 300 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'obligation inscrite à l'article L.1226-2-1 du code du travail.

En application de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article, lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie ou d'un accident non professionnel, il doit lui faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent à son reclassement.

---

<sup>3</sup> J. Mouly, les indemnités en matière de licenciement, Dr.soc.2018.10

<sup>4</sup> A. Fabre Répertoire de droit du travail - Avril 2020 Contrat de travail à durée indéterminée : Sanctions du défaut de cause réelle et sérieuse

Ce texte est issu de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 entrée en vigueur le 1er janvier 2017 applicable à la cause et étend cette obligation de notification au salarié des motifs s'opposant à son reclassement à l'inaptitude physique résultant d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle alors qu'elle n'était prévue jusque-là que pour l'inaptitude professionnelle (L. 1226-12 CT).

Ce n'est là que l'une des manifestations du rapprochement entre les régimes de l'inaptitude d'origine professionnelle et non professionnelle. L'on peut citer, à ce titre, le recueil de l'avis des délégués du personnel (à présent du comité social et économique) sur les propositions de reclassement de l'employeur prévu par l'article L.1226-2 dont la rédaction est à présent identique à celle de l'article L. 1226-10<sup>5</sup>.

Il existe encore, certes, des différences notamment pour ce qui concerne les possibilités de rupture durant la suspension du contrat de travail, l'indemnisation et les sanctions qui n'ont pas été unifiées. Ainsi les dispositions des articles L. 1226-14 (indemnité égale au double de l'indemnité légale de licenciement, indemnité compensatrice égale à l'indemnité compensatrice de préavis) et L. 1226-15 (indemnité qui ne peut être inférieure aux six derniers mois de salaire en cas de méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié) prévues en cas de rupture du contrat de travail pour inaptitude d'origine professionnelle n'ont pas été étendues à l'inaptitude d'origine non professionnelle, l'article L.1226-4 ne prévoyant que l'allocation de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse "barémisée" si l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement .

Vous avez déjà jugé, dans le cas de l'inaptitude d'origine professionnelle, que la méconnaissance par l'employeur de son obligation de notification des motifs s'opposant au reclassement ne l'expose pas aux sanctions prévues par l'article L 1226-15 déjà cité mais au paiement d'une indemnité que les juges du fond apprécient souverainement en fonction du préjudice subi (Soc 29 juin 2005 n° 03-44.949; Soc 28 mai 2014 n° 13-11.868).

Surtout, les dommages et intérêts réparant le préjudice subi par le salarié du fait de l'absence de notification des motifs s'opposant à son reclassement, qui sanctionnent un manquement constituant une irrégularité de forme - y compris depuis la recodification des dispositions du code du travail, celle-ci étant faite à droit constant sauf dispositions contraires - ne se cumulent pas avec l'indemnité prévue à l'article L 1226-15 qui sanctionne le non-respect par l'employeur de son obligation de reclassement constitutive d'une irrégularité de fond (Soc 23 octobre 2001 n° 99-40.126<sup>6</sup>-RJS 1/02 n°28 ; Soc 8

---

<sup>5</sup> A. Gardin, Chronique "La réforme des règles relatives à la santé au travail : entre ombres et lumières" RJS 04/17

<sup>6</sup> Soc 23 octobre 2001 : "Vu les articles L. 122-32-5, alinéa 2, et L. 122-32-7 du Code du travail ; Attendu que la cour d'appel, relevant que l'employeur avait omis de faire connaître par écrit à l'employeur, avant d'engager la procédure de licenciement, les motifs qui s'opposaient à son reclassement, énonce que ce manquement, à raison du préjudice spécifique qu'il a entraîné en privant M. Y... d'une information essentielle à la sauvegarde de ses droits, justifie le G1514258 7 versement de dommages et intérêts qui s'ajoutent à l'indemnité accordée au salarié sur le fondement de l'article L. 122-32-7 du Code du travail ;

juillet 2003 B.V n° 219 ; Soc 20 mars 2013 n° 12-12.899- RJS 06/13 n°444). L'indemnité allouée au salarié en application de l'article L. 1226-15 du code du travail inclut ainsi nécessairement la réparation du dommage résultant du défaut de notification écrite des motifs qui s'opposent au reclassement (Soc 22 juin 2016 n° 14-14.258 ; Soc 18 septembre 2019 n° 18-13.522).

L'indemnité prévue à l'article L1226-12 ne se cumule pas non plus avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc 18 novembre 2003 n° 01-43.710 B.V n° 286<sup>7</sup> ; Soc 4 octobre 2007 n° 06-43.856, Soc 20 mars 2013 n° 12-12.899).

En effet, vous avez jugé que le droit du salarié, victime d'un accident du travail, à obtenir une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'absence de notification écrite des motifs qui s'opposent à son reclassement ou l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse était alternatif et subordonné au caractère fondé ou non du licenciement (Soc 2 décembre 2009 n° 08-40.417). L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et celle pour défaut de notification écrite avant la mise en oeuvre de la procédure de licenciement sont ainsi exclusives l'une de l'autre (Soc 7 octobre 2015 n° 14-12.835).

L'on observera, plus généralement, que le législateur n'est plus très favorable au cumul d'indemnités. Pour exemple, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, à la différence des salariés ayant deux ans d'ancienneté licenciés par une entreprise d'au moins onze salariés, les salariés relevant de l'article L. 1235-5 du code du travail pouvaient cumuler des indemnités pour défaut de cause réelle et sérieuse et pour non-respect de la procédure (Soc 28 janvier 1998, n° 95-43.914), sans préjudice de l'éventuelle indemnité contractuelle de licenciement (Soc 28 février 2006 RJS 2006 n° 553). Désormais, ce cumul est impossible, l'irrégularité de fond absorbant l'irrégularité de forme (art. L. 1235-2)<sup>8</sup>.

Les articles L. 1226-2-1 et L.1226-12 imposant en des termes identiques à l'employeur une obligation de notification des motifs s'opposant au reclassement du salarié inapte, quelle que soit l'origine professionnelle ou non de son inaptitude, il importe, dans un

---

*Attendu, cependant, que si le salarié a droit à des dommages et intérêts réparant le préjudice nécessairement subi du fait de l'absence de notification écrite par l'employeur avant que soit engagée la procédure de licenciement, des motifs s'opposant à son reclassement, cette indemnité ne peut se cumuler avec celle qui sanctionne l'irrégularité de fond résultant de la violation par l'employeur des règles particulières aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle*”.

<sup>7</sup> Arrêt du 18 novembre 2003 : “Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné l'employeur à payer des dommages-intérêts pour absence de notification par écrit des motifs qui s'opposaient à son reclassement alors, selon le moyen, que le manquement à cette obligation n'est pas une simple irrégularité de forme mais rend le licenciement illégitime de sorte que la cour d'appel a violé les dispositions combinées de l'article L. 122-32-5 et celles de l'article L. 122-14-4 du Code du travail ; Mais attendu que l'absence de notification écrite des motifs s'opposant au reclassement du salarié victime d'un accident du travail n'expose pas l'employeur aux sanctions prévues par l'article L. 122-32-7 mais le rend redevable d'une indemnité en réparation du préjudice subi qui ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;”

<sup>8</sup> Dalloz- Code du travail- Art. L.1235-5 (mise à jour août 2021)

souci de cohérence juridique, d'étendre la jurisprudence développée à l'occasion de l'application de l'article L. 1226-12 aux termes de laquelle l'indemnité prévue par ce texte ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à l'article L. 1226-2-1.

Aucun argument de texte ne s'oppose à ce non-cumul d'indemnités et l'on observera que lorsque le législateur a voulu un cumul d'indemnités, il a généralement introduit une disposition claire en ce sens (par ex. L. 1235-3, al. 5)<sup>9</sup>.

**Je suis aussi à la cassation sur le second moyen qui pourrait intervenir sans renvoi.**

---

<sup>9</sup> Répertoire de droit du travail n° 287