



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE Mme SALOMON,
CONSEILLÈRE**

Arrêt n° 4 du 10 janvier 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-19.165

Décision attaquée : Cour d'appel de Grenoble du 02 juin 2022

la société Trimet France

C/

M. [U] [W]

Ce rapport contient une proposition de rejet non spécialement motivé du second moyen.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [W] a été engagé le 1^{er} octobre 1999 par la société Aluminium Pechiney aux droits de laquelle vient la société Trimet France, sur un poste de « ceinture noire d'amélioration continue ».

La société applique la convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952 et notamment l'avenant n°3 du 16 juin 1955 relatif aux ingénieurs et cadres.

Le 12 octobre 2017, le salarié et l'employeur ont signé une convention de rupture du contrat de travail, prévoyant le versement d'une indemnité spécifique de rupture de 58 000 euros, outre 15 000 euros au titre du financement d'une formation. La rupture a pris effet le 19 novembre suivant.

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 30 octobre 2018 aux fins d'obtenir le versement prorata temporis de la part variable de rémunération due de juillet à octobre 2017, outre le versement d'un complément d'indemnité de rupture.

Par jugement du 23 juillet 2020, le conseil de prud'hommes de Grenoble l'a débouté de l'ensemble de ses demandes.

Le 2 juin 2022, la cour d'appel a infirmé cette décision et, statuant à nouveau, a condamné l'employeur au paiement de sommes au titre de la part variable de rémunération due pour la période de juillet à octobre 2017 et de complément d'indemnité de rupture conventionnelle, outre une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Déclaration de pourvoi de la société du 19 juillet 2020

MA du 21 novembre 2022 (3 000 euros demandés au titre de l'art. 700 du CPC)

MD du 23 janvier 2023 (3 500 euros réclamés sur le même fondement)

La procédure apparaît régulière

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comprend deux moyens. Le premier fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de complément d'indemnité de rupture conventionnelle, alors :

1) que la convention de rupture conclue en application des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail fixe la date de la rupture du contrat qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation ; que selon l'article 14-3 de l'avenant n°3 à la convention collective des industries chimiques, la base de calcul de l'indemnité de licenciement est la rémunération totale mensuelle gagnée par le cadre pendant le mois précédant le préavis de licenciement ; qu'il en résulte qu'en cas de rupture conventionnelle, la base de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement est la rémunération du mois précédant la date de la rupture fixée par la convention de rupture ; qu'en l'espèce, la société Trimet soutenait que la convention de rupture du contrat conclue le 12 octobre 2017 fixait au 19 novembre 2017 la rupture du contrat, de sorte que le mois précédant la rupture était le mois d'octobre 2017 et non celui de septembre 2017 ; qu'en se bornant à affirmer, pour retenir le salaire du mois de septembre 2017 comme base de calcul de l'indemnité de licenciement, qu'« en l'absence de préavis de congédiement, les parties prennent en compte le salaire du mois précédant le congédiement sans préavis » et que le salaire de référence retenu par l'employeur n'inclut pas l'intéressement et la participation versés en septembre 2017, cependant qu'elle avait constaté que la rupture avait pris effet le 19 novembre 2017, la cour d'appel a violé les articles 14-3 de l'avenant n° 3 de la convention collective des industries chimiques du 30 décembre 1952 et l'article L.1237-13 du code du travail ;

2) que selon l'article 14 de l'avenant du 16 juin 1955 à la convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952, la base de calcul de l'indemnité de licenciement est la rémunération totale mensuelle gagnée par le cadre pendant le mois précédant le préavis de licenciement, sans pouvoir être inférieure à la moyenne des rémunérations mensuelles des 12 mois précédant le préavis de congédiement, étant précisé que pour le calcul de cette rémunération entrent en ligne de compte, outre les appointements de base, les majorations relatives à la durée du travail, les avantages en nature, les primes de toute nature, y compris les primes à la productivité, les participations au chiffre d'affaires ou aux résultats, les indemnités n'ayant pas le caractère d'un remboursement de frais, les gratifications diverses ayant le caractère contractuel ou de fait d'un complément de rémunération annuelle, à l'exclusion des gratifications exceptionnelles ; qu'il en résulte qu'à défaut d'autre disposition de la convention collective, celles des primes, participations au chiffre d'affaires ou aux résultats et gratifications versées au cours du mois de référence, et dont la périodicité est supérieure à un mois, ne peuvent être prises en compte que pour la part venant en rémunération de ce mois ; qu'en retenant néanmoins, comme assiette de calcul de l'indemnité conventionnelle de congédiement, la rémunération totale perçue par le salarié au cours du mois de septembre 2017 incluant, sans proratisation, les primes annuelles d'intéressement et de participation versées au cours de ce mois pour l'année écoulée, la cour d'appel a violé le texte conventionnel précité.

Le second moyen fait grief à l'arrêt de condamner l'employeur au paiement d'une somme au titre de la part variable de la rémunération due pour la période de juillet 2017 à octobre 2017, alors « qu'en l'absence de fixation des objectifs dont dépend la rémunération, le juge doit fixer ces objectifs et la rémunération variable due en fonction des critères fixés au contrat et des éléments de la cause ; qu'en l'espèce, l'avenant du 1er février 2009 au contrat de travail de M. [W] prévoit le versement d'une rémunération variable en fonction de sa performance individuelle et de celle de l'entreprise et précise que « la rémunération maximale que vous pourriez percevoir sera plafonnée à deux fois la cible en cas de performance exceptionnelle au regard de l'ensemble des critères » ; qu'il ressort en outre des constatations de l'arrêt attaqué qu'au titre de l'exercice 2016-2017, M. [W] a perçu une rémunération variable individuelle d'un montant de 5.373 euros, soit le montant de sa rémunération variable cible, « pour un score de performance individuelle retenu à hauteur de 100 % sur une échelle de 0 % à 200 % » ; qu'en se bornant à affirmer qu'en l'absence d'objectif fixé au salarié pour l'exercice 2017-2018, « M. [W] est bien-fondé à solliciter une rémunération variable individuelle à hauteur d'un score de performance de 200% pour la période de juillet 2017 à octobre 2017 », sans expliquer sur quel élément elle se fondait pour reconnaître au salarié le droit à une rémunération variable supposant, au-delà de la réalisation des objectifs à 100 %, une « performance exceptionnelle », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 devenu 1103 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail.

3 - Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Assiette de calcul de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle - Rémunération variable –

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le premier moyen :

L'article L.1237-13 du code du travail prévoit que la convention de rupture définit les conditions de celle-ci, notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9.

Elle fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

A compter de la date de sa signature par les deux parties, chacune d'entre elles dispose d'un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie.

L'indemnité spécifique de rupture conventionnelle ne peut pas être d'un montant inférieur à celui de l'indemnité conventionnelle de licenciement, lorsque celle-ci est supérieure à l'indemnité légale de licenciement (Soc. 5 mai 2021, n°19-24.650, publié).

Nous avons jugé que « *l'article L. 1237-13 du code du travail prévoit comme montant minimal de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 du même code, de sorte que le calcul de ce minimum est celui fixé par les articles R. 1234-1 et R. 1234-2 de ce code.* » (Soc. 30 septembre 2020, n°19-15.675, publié, également Soc. 3 juin 2015, n°13-26.799, *Bull.* V n°109).

Aux termes de l'article R1234-4, le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

1° Soit la moyenne mensuelle des douze derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ;

2° Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Selon notre jurisprudence constante, le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date à laquelle l'employeur envoie la lettre de licenciement (Soc. 11 janvier 2007, n°04-45.250, *Bull.* V n°3, 11 mars 2009, n°07-42.210, 11 septembre 2019, n°18-12.606, publié). Le délai de préavis court à compter de la présentation de la lettre de licenciement (Soc. 7 novembre 2006, n°05-42.323, *Bull.* V n°327).

Nous avons précisé qu'en l'absence de clause expresse contraire, le droit du salarié au bénéfice de l'indemnité conventionnelle de licenciement naît à la date de

notification de son licenciement et non à celle de la fin du préavis (Soc. 16 décembre 2003, n°01-45.991, *Bull. V n°316*).

En l'occurrence, aux termes de l'article 14-3 de l'avenant n°3 à la convention collective nationale des industries chimiques, à partir de 2 ans d'ancienneté il est alloué aux cadres congédiés, sauf pour faute grave de leur part, une indemnité distincte du préavis, tenant compte de leur ancienneté dans l'entreprise et s'établissant comme suit :

- pour la tranche de 0 à 10 ans, 4/10 de mois par année à compter de la date d'entrée dans l'entreprise ;
- pour tranche de 10 à 15 ans, 6/10 de mois par année au-delà de 10 ans ;
- pour la tranche au-delà de 15 ans, 8/10 de mois par année au-delà de 15 ans.

(...)

La base de calcul de l'indemnité de congédiement est la rémunération totale mensuelle gagnée par le cadre pendant le mois précédant le préavis de congédiement ; elle ne saurait être inférieure à la moyenne des rémunérations mensuelles des douze mois précédant le préavis de congédiement.

Pour le calcul de cette rémunération entrent en ligne de compte outre les appointements de base, les majorations relatives à la durée du travail, les avantages en nature, les primes de toute nature y compris les primes à la productivité, les participations au chiffre d'affaires ou aux résultats, les indemnités n'ayant pas le caractère d'un remboursement de frais, les gratifications diverses ayant le caractère contractuel ou de fait d'un complément de rémunération annuelle, à l'exclusion des gratifications exceptionnelles notamment celles résultant de l'application de l'article 17.

L'indemnité de congédiement résultant du barème ci-dessus ne peut être supérieure à 20 mois.

La difficulté réside en l'occurrence dans le fait que la mise en oeuvre de la rupture conventionnelle, mode autonome de rupture du contrat de travail exclusif du licenciement ou de la démission, n'implique pas l'exécution d'un préavis.

Le salarié soutenait qu'il fallait prendre en considération la rémunération perçue en septembre 2017, mois précédant la signature de la convention, et l'employeur celle d'octobre, la rupture ayant été effective le 19 novembre 2017.

Ce dernier, demandeur au pourvoi, se prévaut d'un arrêt du 29 janvier 2014 relatif à la date de levée de l'obligation de non-concurrence par l'employeur (n°12-22.116, *Bull. V n°35*), solution que nous avons ensuite modifiée en décidant qu'« *En matière de rupture conventionnelle, l'employeur, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, nonobstant toutes stipulations ou dispositions contraires.* » (Soc. 26 janvier 2022, n°20-15.755, publié). Cette jurisprudence se justifie par l'atteinte portée à la liberté de travailler du salarié, lequel doit être fixé sur l'existence ou non d'une obligation de non-concurrence mise à sa charge par l'employeur au moment où il quitte effectivement l'entreprise.

Nous avons récemment décidé :

-« *Il résulte des articles L. 1237-11, L. 1237-13 et L. 1237-14 du code du travail que la créance d'indemnité de rupture conventionnelle, si elle n'est exigible qu'à la date*

fixée par la rupture, naît dès l'homologation de la convention. » (Soc. 11 mai 2022, n°20-21.103, publié).

Au cas d'espèce, la cour d'appel a retenu qu'« en l'absence de préavis de congédiement, les parties prennent en compte le salaire du mois précédent le congédiement sans préavis. »

La formation dira si ces motifs doivent être approuvés (1^{ère} branche).

S'agissant de la 2^{ème} branche du moyen, nous jugeons « que l'article 14-3 de la convention collective nationale des industries chimiques prévoyant que l'indemnité de congédiement est calculée sur la base de la rémunération totale servant de référence, à la seule exclusion des gratifications exceptionnelles, il n'y a pas lieu d'exclure de l'assiette de calcul la participation, l'intéressement et l'abondement. » (Soc. 11 mars 2015, n°14-13.051, 14-13.036, 14-13.037, 14-13.038, 14-13.039, 14-13.043, 14-13.044, 14-13.046, 14-13.050), à l'exclusion des gratifications exceptionnelles (Soc. 22 octobre 2015, n°1422535).

Cette solution a été déclinée en matière d'indemnité de départ à la retraite, prévue à l'article 21 bis de la convention et rédigée en termes similaires (Soc. 26 juin 2013, n°12-15.817, 10 octobre 2007, n°06-44.807, Bull. V n°158).

En ce qui concerne l'indemnité tant légale (Soc. 11 mars 2009, n°07-40.146) que conventionnelle (Soc. 10 octobre 1995, n°91-45.093, Bull. V n°265) de licenciement, la chambre décide que les primes ou gratifications dont la périodicité est supérieure au mois ne doivent être prises en considération que pour la part venant en rémunération du mois de référence :

- « En vertu de l'article 14 de la Convention collective de la Fédération nationale des coopératives de consommation, le traitement pris en considération pour le calcul de l'indemnité de congédiement sera le traitement effectif du dernier mois. Il en résulte que le salaire de référence à prendre en considération s'entend du salaire de base du dernier mois de travail, augmenté des gratifications ayant le caractère d'un complément de salaire versées le même mois. Toutefois, à défaut d'autre disposition de la convention collective, celles des gratifications versées au cours de ce mois, dont la périodicité est supérieure à un mois, ne peuvent être prises en compte que pour la part venant en rémunération dudit mois. » (Soc. 10 octobre 1995 précité, également Soc. 1^{er} février 2000, n°97 42 040, 18 juin 2002, n°00-43.501, 10 juillet 2013, n°12-18.273, Bull. V n°192) .

En l'espèce, la cour d'appel a retenu :

« Il y a lieu de constater que les dispositions conventionnelles précitées visent la rémunération totale gagnée pendant le mois précédant le préavis de congédiement, sans qu'aucune disposition ne stipule expressément une proratisation des primes ni une moyenne de rémunération mensuelle.

M. [U] [W] est donc bien fondé à solliciter un complément d'indemnité calculé sur la base de la rémunération totale de 12 913,02 euros (5 597 + 7 316,02) perçue en septembre 2017. »

La formation dira si la cour d'appel pouvait statuer comme elle l'a fait.

Sur le second moyen :

Lorsque la rémunération variable dépend d'objectifs définis unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, à défaut de fixation de ces objectifs, la rémunération variable doit être payée intégralement (Soc. 10 juillet 2013, n°12-17.921, 28 septembre 2016, n°15-10.736, 15 décembre 2021, n°20-11.934, 27 octobre 2022, n°21-23.332) au salarié « *qui devait dès lors percevoir le montant maximum prévu pour la part variable.* » (Soc. 30 juin 2021, n°19-25.519).

Et, dans une espèce où la clause relative à la rémunération variable était rédigée de manière similaire à celle prévue dans le litige qui nous est soumis, nous avons censuré une cour d'appel qui n'avait pas alloué au salarié le montant maximal de la rémunération :

« Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

4. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

5. Pour limiter à certaines sommes le rappel de rémunération variable de l'année 2013, outre les congés payés afférents, et débouter le salarié du surplus de ses demandes au titre de la rémunération variable, l'arrêt retient que le salarié fait valoir que les objectifs lui étaient communiqués très tardivement, ce dont il rapporte la preuve en ce qui concerne l'année 2013, par la production des courriels de son supérieur hiérarchique qui démontrent qu'ils n'étaient pas complètement arrêtés le 29 novembre 2013, alors qu'ils étaient censés lui être communiqués avant le 31 mai de chaque année. Il ajoute que le salarié sollicite, en conséquence de l'inopposabilité des objectifs des années 2011 à 2014, le versement du bonus cible maximum de 12 %, lequel correspond à un taux d'atteinte des objectifs de 200 %. Il en déduit que l'inopposabilité des objectifs servant à la détermination du montant de la rémunération variable a pour conséquence le paiement de l'intégralité du montant de cette rémunération variable, soit en l'espèce à l'équivalent du bonus cible de 6 % correspondant à 100 % d'atteinte de ses objectifs et pas au-delà.

6. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté l'inopposabilité au salarié des objectifs servant à la détermination du montant de la rémunération variable pour l'année 2013, de sorte que celle-ci devait lui être versée intégralement à hauteur du bonus cible maximum de 12 %, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé. » (Soc. 25 novembre 2020, pourvoi n° 19-17.246).

Selon le commentaire à la RJS de cet arrêt : « *Lorsque la détermination de la part variable de la rémunération du salarié dépend de la réalisation d'objectifs, ceux-ci peuvent être fixés par accord annuel des parties ou bien unilatéralement par l'employeur.*

Dans le premier cas, à défaut d'accord et en cas de litige, il appartient au juge de fixer le montant de cette rémunération en fonction des critères visés au contrat de travail et des accords conclus les années précédentes (Cass. soc. 22-5-1995 n° 91-41.584 : RJS 7/95 n° 784 ; Cass. Soc. 13-7-2004 n° 02-14.140 FS-PB : RJS 11/04 n° 1204 ; Cass. soc. 13-1-2009 n° 06-46.208 : RJS 3/09 n° 250) et, à défaut, des données de la cause (Cass. Soc. 15-5-2019 n° 17-20.615 F-D : RJS 7/19 n° 405).

En revanche, lorsque les objectifs sont fixés unilatéralement par l'employeur, le défaut de fixation de ceux-ci n'autorise pas le juge à les fixer lui-même. Ainsi, lorsque la part variable de la rémunération dépend de la réalisation d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur et que celui-ci n'a ni précisé les objectifs à réaliser ni fixé des conditions de calcul de cette rémunération, cette part doit être intégralement versée au salarié (Cass. soc. 10-7-2013 n° 12-17.921 F-D : RJS 10/13 n° 681). En effet, les objectifs servant au calcul de la rémunération variable doivent être fixés et portés à la connaissance du salarié en début d'exercice par l'employeur (Cass. soc. 2-3-2011 n° 08-44.977 FP-PB : RJS 5/11 n° 393 ; Cass. soc. 2-3-2011 n° 08-44.978 FP-D : RJS 5/11 n° 393), sauf pour celui-ci à démontrer qu'il était dans l'impossibilité de le faire (Cass. soc. 21-9-2017 n° 16-20.426 FS-PB : RJS 12/17 n° 795).

La Cour de cassation se prononce en l'espèce sur les conséquences du défaut de fixation des objectifs par l'employeur sur le montant de la rémunération variable due, l'intérêt de l'arrêt résidant dans le fait qu'il était prévu un bonus majoré en cas de dépassement des objectifs. La rémunération variable du demandeur, dépendante d'objectifs fixés unilatéralement par l'employeur, s'élevait en effet à 6 % de sa rémunération fixe en cas d'atteinte des objectifs à 100 % et pouvait atteindre 12 % en cas d'atteinte de 200 % des objectifs. Les objectifs du salarié devaient lui être communiqués avant le 31 mai de chaque année. Or, pour l'année 2013, le salarié prouvait que ceux-ci lui avaient été communiqués très tardivement, puisqu'ils n'étaient pas complètement arrêtés le 29 novembre de cette année-là. La cour d'appel avait déduit de l'inopposabilité des objectifs servant à la détermination du montant de la rémunération variable que cette rémunération variable devait être payée comme si le salarié avait atteint ses objectifs, c'est-à-dire à l'équivalent du bonus de 6 % correspondant à l'atteinte de 100 % des objectifs.

L'arrêt de la cour d'appel est cassé : les objectifs étant inopposables, la rémunération variable devait être fixée à hauteur du bonus cible maximum correspondant à l'atteinte de 200 % des objectifs. »

Le moyen manque en droit dans la mesure où les objectifs étaient fixés unilatéralement par l'employeur. La cour d'appel a appliqué notre jurisprudence et le rejet non spécialement motivé de ce moyen est proposé.