



AVIS DE Mme WURTZ, AVOCATE GÉNÉRALE

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]

1. FAITS ET PROCEDURE

Engagé à compter du 1^{er} octobre 1999 par la société Aluminium Pechiney aux droits de laquelle vient la société Trimet France, Monsieur [W] a signé une convention de rupture de son contrat de travail le 12 octobre 2017, pour une prise d'effet le 19 novembre suivant.

Contestant avoir été rempli de ses droits, il a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la condamnation de son ancien employeur au paiement d'un complément d'indemnité de rupture, outre le versement de la part variable de sa rémunération sur la période de juillet à octobre 2017.

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

Par arrêt du 2 juin 2022, la cour d'appel a infirmé le jugement et a condamné la société Trimet France au paiement de diverses sommes.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi formé par la société Trimet France, lequel est fondé sur deux moyens de cassation qui, pour l'essentiel, reprochent à l'arrêt :

S'agissant du premier moyen :

- une violation des 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, 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 ;

- une violation du même article 14 de l'avenant, en retenant 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 ;

S'agissant du second moyen :

- un manque 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, 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* ».

2. DISCUSSION

Assiette de calcul de l'indemnité prévue à l'article 14-3 de l'avenant n°3 « *ingénieurs et cadres* » de la convention collective des industries chimiques, en présence d'une rupture conventionnelle.

Office du juge en cas de contestation du calcul de la rémunération variable.

2-1 Calcul de l'indemnité de congédiement en présence d'une rupture conventionnelle : quels mois et salaire de référence ? (premier moyen)

Le présent pourvoi vous demande de préciser les conditions d'application de l'article 14-3 de l'avenant n°3 de la convention collective des industries chimiques du 30 décembre 1952, plus particulièrement lorsqu'une rupture du contrat intervient en application des dispositions propres à la rupture conventionnelle.

2.-1-1 Sur le mois à prendre en considération (1^{ère} branche)

Aux termes de cet article, le calcul de l'indemnité de « *congédiement* » due aux ingénieurs et cadres est assis sur « *la rémunération totale mensuelle gagnée par le cadre pendant le mois précédant le préavis de congédiement* »¹.

La question posée par le pourvoi est de savoir si, dans le cadre d'une rupture conventionnelle, le calcul de l'indemnité doit être adossé au mois précédant la rupture effective du contrat, soit la date de rupture telle que fixée dans la convention (thèse soutenue par le pourvoi) ou au mois précédant l'accord des parties pour rompre le contrat, soit la date de la signature de la convention (thèse soutenue par la défense).

Vous n'avez encore jamais eu à juger de cette question.

Pour mémoire, la rupture conventionnelle introduite par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 reprend pour l'essentiel les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

Aux termes de l'article L.1237-11 du code du travail, l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie, sous certaines conditions, lesquelles sont destinées à garantir la liberté du consentement des parties.

Parmi ces conditions figurent le montant de l'indemnité spécifique de rupture qui ne peut être inférieur à l'indemnité légale de licenciement et la date de la rupture du contrat, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation de la convention par l'autorité administrative ².

En considération de l'avenant n°4 du 18 mai 2009 (étendu par arrêté du 26 novembre 2009) à l'ANI du 11 janvier 2008, la chambre sociale a également précisé, pour les entreprises membres d'une organisation signataire de l'ANI et dont l'activité relève du champ d'application d'une convention collective de branche signée par une fédération patronale adhérente au Medef, à l'UPA ou à la CGPME, que l'indemnité de rupture ne pouvait être inférieure à l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par la convention collective applicable ³.

Pour vérifier si l'indemnité de rupture conventionnelle est supérieure à l'indemnité légale, il faut se référer aux dispositions de l'article R.1234-4 du code du travail lequel fixe les règles comme suit : le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, soit :

- la moyenne mensuelle des 12 derniers mois précédant le licenciement ou, en cas d'ancienneté inférieure à 12 mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ;

¹ Termes soulignés par l'auteur du présent avis

² Article L1237-13 du code du travail

³ Soc.27 juin 2018, n° 17-15.948 ; Soc.5 mai 2021, n°19-24.650

- le tiers des 3 derniers mois, les primes ou gratifications exceptionnelles ou annuelles n'étant prises en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Par ailleurs, vous avez jugé que *« le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date à laquelle l'employeur envoie la lettre de licenciement ; qu'il en résulte que l'indemnité versée au salarié au titre du délai congé n'entre pas dans le calcul de l'indemnité de licenciement qui se fait, selon l'article R. 122-2, alinéa 4, devenu R. 1234-4 du code du travail, sur les douze ou sur les trois derniers mois précédant le licenciement »*⁴, la période de référence visée à l'article R. 1234-4 *« ne comprenant pas le temps de préavis »*⁵ ; cette solution est confirmée pour l'indemnité conventionnelle de licenciement, sauf clause contraire⁶.

Dans le cadre du régime autonome de la rupture conventionnelle qui n'est ni un licenciement, ni une démission, si la rupture est actée dans son principe dès la date de signature de la convention qui formalise l'accord des parties, elle n'est véritablement acquise entre les parties qu'à l'expiration du délai de rétractation qui leur est ouvert et valide juridiquement qu'après l'homologation de la convention par la DREETS.

C'est pourquoi l'article L.1237-13 du code du travail précise que la convention *« fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation »*. En effet, la validité de la convention de rupture étant subordonnée à son homologation, sa prise d'effet qui marque la fin effective des relations contractuelles est nécessairement postérieure.

Par ailleurs, la chambre juge qu'aucune prise d'acte de la rupture n'est possible entre la date d'expiration du délai de rétractation et la date de prise d'effet de la rupture pour des manquements autres que ceux survenus au cours de cette période.

En effet, *« Si la rupture n'est pas encore effective, puisqu'il manque l'homologation par l'administration du travail, on peut considérer, sous l'angle contractuel, qu'il existe d'ores et déjà un accord de volontés définitif de mettre fin au contrat de travail. Permettre, dans ces conditions, au salarié de mettre fin unilatéralement au contrat pour d'autres motifs que des manquements survenus postérieurement à cet accord serait l'autoriser à méconnaître la force obligatoire de la convention qu'il a conclue, consolidée par l'expiration du délai de rétractation, même si la rupture reste suspendue à l'homologation »*.⁷

Comment articuler ces règles propres au régime de la rupture conventionnelle avec la convention collective en cause dans le présent pourvoi ?

⁴ Soc.11 mars 2009, n° 07-42.209

⁵ Soc.11 mars 2009, n°07-40.146 ; Soc. 11 janvier 2007, n04-45.250 ; Soc.11 mars 2009, n07-42.210 ; Soc.11 septembre 2019, n18-12.606, cités dans le rapport

⁶ Soc.16 décembre 2003, n°01-45.991

⁷ Soc 6 octobre 2015 n 14-17.539 ; comm. G.Loiseau JCP S 2015 1430 ; RJS 12/15 n 772).

En l'espèce, les termes de la convention qui vous sont soumis visent la rémunération pendant le mois « précédant le préavis de congédiement ».

Par « *congédiement* », il faut retenir la date à laquelle la rupture est actée, ce qui correspond en matière de licenciement, comme rappelé ci-dessus, à la date de sa notification, indépendamment de l'exécution ou non d'un préavis.

Mais appliqué à la rupture conventionnelle, quatre options s'offrent à vous :

- soit la date de la signature de la convention qui correspond à la rencontre des volontés des deux parties de rompre le contrat,
- soit le lendemain de l'expiration du délai de rétractation de quinze jours calendaires courant à compter de la signature de la convention, qui donne un caractère définitif à la rencontre des volontés, si aucune rétractation n'est exercée,
- soit la date de l'homologation de la convention de rupture par l'autorité administrative qui lui confère sa validité juridique,
- soit la date de rupture effective fixée dans la convention

Aux termes de votre arrêt du 11 mai 2022 ⁸, vous avez précisé dans une affaire où le salarié était décédé après l'homologation de la convention de rupture, 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 », de sorte qu'elle était entrée dans le patrimoine du salarié antérieurement à son décès.

Cette solution que vous avez affirmée pour la date de naissance de la créance indemnitaire doit-elle être appliquée pour déterminer l'assiette de calcul de cette indemnité ?

Une telle solution serait en cohérence avec le régime propre à la rupture conventionnelle qui se déroule en plusieurs phases, toutes nécessaires, pour un accord de volonté parfait des parties et une rupture valide juridiquement.

Toutefois, comme en matière de licenciement/congédiement, le critère déterminant de la volonté actée de rompre me paraît devoir être appliqué à la rupture conventionnelle et vous faire retenir en conséquence la date de la signature de la convention. C'est en effet à cette date qu'est transcrite la volonté commune de rompre le contrat.

Cette solution a en outre l'avantage de donner au salarié, dès la signature de la convention, une visibilité précise et complète de ses droits, ce qui lui permet donc en toute connaissance de cause, avec un consentement éclairé, de fixer avec l'employeur le montant de l'indemnité due.

Cette position n'est pas pour autant en contradiction avec votre arrêt du 11 mai 2022 qui poursuivait une autre finalité, celle de fixer la date de naissance de la créance indemnitaire dans le patrimoine du salarié, ce qui exigeait donc une rupture validée juridiquement par l'homologation administrative ⁹.

⁸ Soc.11 mai 2022, n° 20-21.103

⁹ En outre, cette solution n'est soutenue par aucune des parties au litige

Tel n'est pas le cas de la détermination de la période de référence pour le calcul de l'indemnité de rupture qui doit être connue et négociée entre les parties au stade de la signature de la convention.

Dans ces conditions, la cour d'appel qui a retenu que l'indemnité de congédiement doit prendre en compte le salaire du mois précédant le congédiement sans préavis a fait une exacte application du texte.

AVIS DE REJET

2-1-2 Sur la proratisation de la prime d'intéressement (seconde branche)

Votre jurisprudence rappelée dans le mémoire en défense et relative à l'article 14-3 de la convention collective nationale des industries chimiques, a précisé 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* »¹⁰. Elle a donc censuré une cour d'appel qui a exclu du calcul de cette indemnité les participations aux chiffres d'affaires ou aux résultats « *en l'absence de disposition conventionnelle expresse* »¹¹.

Si le présent pourvoi ne revient pas sur ce principe, il reproche à la cour d'appel de ne pas avoir procédé à la proratisation de la somme due. Il fait valoir que le salaire de référence, pour le calcul de l'indemnité de licenciement, étant « *le salaire du mois précédant le préavis de licenciement, les primes perçues par le salarié au cours de ce mois, mais dont la périodicité est supérieure au mois, ne doivent être prises en compte que pour leur part qui vient en rémunération de ce mois* »¹².

Considérant que l'article 14-3 manque de clarté, faute de préciser si les primes de périodicité supérieure au mois doivent ou non être prises en compte dans leur intégralité, le moyen tend à vous faire juger qu'il doit être interprété comme la loi, c'est à dire conformément aux dispositions de l'article R.1234-4 du code du travail, lesquelles précisent : « *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* ». Il renvoie, à ce titre à deux arrêts de la chambre, rendus au visa des articles 14-3 et 14-4 de l'avenant cadres de la convention collective.

Il convient de noter en effet que l'article 14-4 précise « *Il est versé au cadre congédié bénéficiant de primes ou participations au chiffre d'affaires ou aux résultats une somme correspondant à ces primes ou participations calculée pro rata temporis pour l'exercice en cours au moment du congédiement.* ».

¹⁰ Soc. 11 mars 2015, n° 14-13.036 à 14-13.051

¹¹ Soc. 22 octobre 2015, n° 14-10.139

¹² Mémoire ampliatif page 8

Les stipulations de l'article 14-3 et 14-4 de l'avenant, lues de façon combinée exigent donc une proratisation des primes dont la périodicité est supérieure au mois.

Cette solution est en outre conforme à votre jurisprudence constante tant sur l'indemnité légale que conventionnelle de rupture aux termes de laquelle 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 ¹³.

Je suis donc à la cassation de l'arrêt de la cour d'appel qui a alloué au salarié l'intégralité de la prime.

AVIS DE CASSATION SUR LA SECONDE BRANCHE

2-2 office du juge lorsque la part variable de la rémunération dépend de la réalisation d'objectifs qui n'ont pas été fixés (second moyen).

Le contrat de travail peut prévoir une rémunération variable, dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur et ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié, ni n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels.¹⁴

Lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ¹⁵.

Lorsque la rémunération variable est adossée à des objectifs assignés au salarié et qu'ils sont définis unilatéralement par l'employeur, ces objectifs doivent être réalisables et portés à la connaissance du salarié en début d'exercice ¹⁶.

En cas de litige, s'agissant de l'office du juge, il convient de faire la distinction entre la part variable fixée contractuellement et celle déterminée unilatéralement par l'employeur.

Lorsqu'elle est contractuelle et que les objectifs n'ont pas été précisés en début d'exercice, il incombe au juge de déterminer la rémunération variable en fonction des

¹³ Soc. 18 juin 2002, n° 00-43.501 ; Soc. 21 décembre 2006, n° 05-42.113 s'agissant de primes de vacances et de treizième mois ; Soc. 10 juillet 2013, n° 12-18.273 s'agissant d'une prime d'objectif

¹⁴ Soc., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-13.111, Bull. 2002, V, n° 229 ; Soc., 20 avril 2005, pourvoi n° 03-43.696 ; Soc., 9 mai 2019, pourvoi n° 17-27.448

¹⁵ Soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-17.471 ; Soc., 16 mai 2018, pourvoi n° 16-18.830

¹⁶ Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977, Bull. 2011, V, n° 55

critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes ¹⁷ et à défaut des données de la cause ¹⁸.

Lorsque la part variable est déterminée unilatéralement, la chambre juge que « *faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, et en l'absence de période de référence dans le contrat de travail, cette rémunération devait être payée intégralement* »¹⁹.

En l'espèce, la cour d'appel qui constaté que le salaire de base du salarié était contractuellement défini comme composé d'une partie fixe et d'une partie variable cette dernière subordonnée à l'appréciation de sa performance ; qu'il « *est établi M. [U] [W] a perçu, au titre de la rémunération variable individuelle pour l'exercice 2016-2017, un montant brut de 5'373 euros pour un score de performance individuelle retenu à hauteur de 100% sur une échelle de 0% à 200%, tel qu'il résulte d'un courrier de l'employeur du 23 octobre 2017. D'une seconde part, il n'est justifié d'aucun objectif fixé au salarié pour l'exercice suivant alors que la période de référence avait déjà commencé en juillet, la clôture et l'évaluation de l'exercice précédent étant réalisée fin juillet-début août 2017 pour un versement en octobre. En conséquence, M. [U] [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. Sur la base de l'exercice précédent, pour un score de performance de 200 %, la prime sur une année complète s'établit à 10'746 euros (5'373 x 2). Partant la société TRIMET France est condamnée à verser à M. [U] [W] une somme de 4'029,75 euros bruts (10'746 /12 x 4,5 mois) par infirmation du jugement déféré au titre de la part variable de rémunération restant due.* » a donc légalement justifié sa décision.

AVIS DE REJET

¹⁷ Soc., 27 septembre 2017, pourvoi no 16-13.522

¹⁸ Soc. 15 mai 2019, n°17-20.615

¹⁹ Soc., 10 juillet 2013, pourvoi no 12-17.921 ; Soc., 28 septembre 2016, pourvoi no 15-10.736.

