

# Jurisprudence commentée

## ■ LICENCIEMENT (INDEMNITÉS)

### 408-2 L'indemnité contractuelle de licenciement peut être réduite par le juge

DELSOL | AVOCATS  
LA QUALITÉ DE LA RELATION

Philippe Pacotte,  
Avocat associé,  
Delsol Avocats

Gabriel Halimi,  
Avocat,  
Delsol Avocats

*Cass. soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-23.861, arrêt n° 556 FS-P+B*

Lorsqu'un contrat de travail opère un renvoi, non pas à l'appréciation globale d'un accord collectif de travail, mais aux seules modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement dudit accord, l'indemnité présente alors un caractère contractuel, lui conférant la qualité de clause pénale susceptible d'être réduite, ou augmentée, si elle s'avère être d'un montant manifestement excessif ou dérisoire.

### Les faits

Un salarié est embauché en qualité de directeur général à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009. Lors de son embauche, l'ancienneté acquise au sein de sa précédente entreprise avait été contractuellement reprise. En outre, l'article 8 de son contrat de travail opérait un renvoi aux modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement prévue par l'accord collectif d'entreprise applicable au sein de sa précédente en-

treprise. Quelques mois après le début de l'exécution des relations contractuelles, ce salarié est finalement licencié pour faute grave.

### Les demandes et argumentations

Le salarié saisit la juridiction prud'homale afin de contester le bien fondé de son licenciement. La cour d'appel, retenant que les griefs visés par la notification de licenciement n'étaient pas

Décoder les lettres accolées aux numéros d'arrêt de la Cour de cassation

**F** = Formation  
**FS** = Formation de section  
**FP** = Formation plénière

**P** = Publication dans le Bulletin civil de la Cour de cassation

**B** = Flash dans le Bulletin d'Information de la Cour de cassation

**R** = Mention dans le rapport de la Cour de cassation

**I** = Figure sur le site Internet de la Cour de cassation

établis, ou ne résultaient pas d'une volonté délibérée du salarié, considère que le licenciement ne repose ni sur une faute grave, ni sur une cause réelle et sérieuse.

En prévision d'une éventuelle condamnation au paiement d'une indemnité de licenciement, l'employeur formulait une demande subsidiaire fondée sur l'article 1152 du Code civil. À cet effet, il considérait que l'indemnité de licenciement, dont le contrat de travail faisait référence par renvoi aux dispositions d'un accord collectif non obligatoirement applicable au sein de la société, présentait une nature contractuelle. Dès lors, en application de la jurisprudence établie de la Cour de cassation, une telle clause pouvait s'analyser en une clause pénale et l'indemnité fixée pouvait être soumise au pouvoir modérateur du juge.

La Cour d'appel de Paris, ne retenant pas les arguments présentés par l'employeur, condamne ce dernier au paiement d'une somme, à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, d'un montant de 288 740, 72 euros.

Afin d'écartier la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement, et ainsi se priver du pouvoir d'apprécier son caractère manifestement excessif, la cour d'appel retient que la reprise d'ancienneté contractuellement accordée au salarié n'avait pas pour effet de transformer l'indemnité conventionnelle en une indemnité de nature contractuelle. Ainsi, aucun obstacle juridique ne s'opposait à ce que le salarié fasse valoir un accord collectif de travail expressément visé dans son contrat de travail, dans la mesure où il s'avérait plus favorable pour le salarié.

## La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel en ce qu'il condamne la société à payer au salarié la somme de 288 740, 72 euros au titre d'une indemnité conventionnelle de licenciement.

Au visa des articles 1134 et 1152 du Code civil, la Chambre sociale considère que « l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif ».

Au cas particulier, la Cour estime que le contrat de travail se réfère « non pas à l'appréciation globale de l'accord d'entreprise [du précédent employeur et dont il était fait référence au contrat de travail], mais seulement à la base de calcul de l'indemnité conventionnelle prévue par cet accord ». Il appartenait alors aux juges du fond de vérifier si l'indemnité contractuelle de licenciement ainsi stipulée présentait un caractère manifestement excessif.

### • Détermination du caractère contractuel d'une indemnité de licenciement

La décision commentée expose les éléments permettant la détermination du caractère contractuel d'une indemnité de licenciement, inscrite dans le cadre d'un contrat de travail, mais procédant à un renvoi aux dispositions d'un accord collectif.

Il avait précédemment été jugé que « lorsque les parties contractantes conviennent de l'application au contrat de travail d'une convention collective autre que celle applicable de droit, l'indemnité de licenciement prévue par ladite convention collective revêt la nature d'une indemnité conventionnelle non susceptible d'être réduite par le juge » (Cass. soc., 9 nov. 2011, n° 09-43.528).

Loin d'être contredite, cette décision est complétée, et de ce fait confortée, par la solution de l'arrêt commenté. En effet, l'application au contrat de travail de l'ensemble des dispositions d'une convention collective ne liant pas à titre obligatoire l'employeur caractérise son application volontaire. Une telle application doit résulter d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur (Cass. soc., 5 oct. 1993, n° 89-43.869) et peut émaner de sources diverses : usage, décision unilatérale ou accord d'entreprise. Un contrat de travail peut également valablement se référer à une convention ou un accord collectif, autre que celui dont relève l'entreprise à titre obligatoire. Cette référence rendra applicable, à la relation de travail, l'ensemble des dispositions transposables les plus favorables issues de cette norme conventionnelle (Cass. soc., 16 déc. 2005, n° 03-40.888).

Au cas particulier, les parties contractantes ne se trouvaient toutefois pas dans une telle situation puisque le contrat de travail se réfère « non pas à l'appréciation globale de l'accord d'entreprise » mais renvoyait uniquement à la « base de calcul de l'indemnité conventionnelle prévue par cet accord ».

Cette référence contractuelle circonscrite à la seule base de calcul de l'indemnité de licenciement consacre, pour la Cour de cassation, la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement, du fait d'une volonté clairement identifiée. C'est vraisemblablement en ce sens qu'il convient d'interpréter la référence, dans le visa de l'arrêt commenté, à l'article 1134 du Code civil. Ainsi, sur la base d'un double constat, la Cour offre une grille de lecture permettant de définir la nature contractuelle d'une indemnité de licenciement. Une telle indemnité suppose : (a) le renvoi à un accord collectif de travail non applicable à titre obligatoire et (b) un renvoi limité à la seule base de calcul de l'indemnité de licenciement.

Il convient de noter que la cour d'appel, afin d'écartier la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement, estimait que « la reprise d'ancienneté n'a pas eu pour effet de transformer l'indemnité conventionnelle à laquelle l'appelant a droit en une indemnité de nature contractuelle » (CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 12/00279). Pour cette dernière, la reprise contractualisée de l'ancienneté ne conférait pas, par un effet de contagion, une nature contractuelle à l'indemnité de licenciement, quand bien même il s'agissait d'un élément permettant sa détermination et, *in fine*, l'appréciation de son caractère manifestement excessif. La Cour de cassation ne s'appropriant pas ce raisonnement casse, et annule, l'arrêt d'appel sur ce point. En définitive, c'est donc le constat du caractère résiduel, et limité, du renvoi aux dispositions conventionnelles qui fige la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement.

### • Assimilation de l'indemnité contractuelle de licenciement à une clause pénale

La clause pénale se définit classiquement comme la clause permettant aux parties contractantes de fixer forfaitairement les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution de leurs obligations.

En l'espèce, et en application d'une jurisprudence désormais stable, dès lors que l'indemnité litigieuse était qualifiée de contractuelle, elle présentait le caractère d'une clause pénale et devenait, de ce fait et sous réserve de la caractérisation de son excès, tributaire du pouvoir modérateur des juges du fond.

Si cette solution est dorénavant constante, l'assimilation d'une indemnité de licenciement à une clause pénale fut par le passé discutée et a pu être le terrain d'une certaine résistance des juges du fond (Cass. soc., 17 oct. 1996, n° 95-40.503). En effet, l'indemnité de licenciement ne semblait nullement, de prime abord, correspondre aux caractéristiques de la clause pénale. L'employeur dispose d'un droit unilatéral de résiliation du contrat de travail encadré par la loi, son pouvoir d'usage semble difficilement s'analyser comme une inexécution, ou une violation, de ses obligations. En outre, le caractère indemnitaire de l'indemnité de licenciement, destinée à réparer le préjudice résultant de la perte d'emploi, induit que cette dernière a vocation à être versée dans son intégralité, excluant la possibilité d'un pouvoir réducteur du juge judiciaire.

Cependant, il est loisible aux parties de convenir, dans le cadre de l'instrumentum contractuel, d'une indemnité pour rupture anticipée du contrat d'un montant supérieur à celui fixé par la loi ou les dispositions conventionnelles applicables. Une telle clause pourra alors présenter un effet comminatoire, dissuadant l'employeur de faire usage de son droit de rupture unilatérale du contrat de travail. En tant que telle, il peut être conçu qu'elle présente le caractère d'une clause pénale susceptible d'être réduite si elle venait à entraver, de par son montant manifestement excessif, toute possibilité d'usage effectif du droit de rupture.

Ces considérations ont conduit la Cour de cassation à assimiler l'indemnité contractuelle de licenciement à une clause pénale. Une telle solution semble opportune puisqu'elle a vocation à tempérer les effets de clauses portant une atteinte disproportionnée à la liberté de licencier. En tout état de cause, il convient de distinguer le droit de regard du juge sur l'indemnité de licenciement qualifiée de clause pénale et son pouvoir de réduction, lequel sera soumis à la démonstration du caractère manifestement excessif de la sanction, et dont la motivation sera strictement appréciée par la Cour de cassation. En définitive, dès lors que la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement sera caractérisée, la contestation des effets induits par la qualification de clause pénale passera nécessairement par la contestation du caractère manifestement excessif de l'indemnisation.

- **Éléments d'appréhension du caractère manifestement excessif d'une indemnité contractuelle de licenciement**

Une fois la qualification de clause pénale acquise, les éléments permettant l'appréciation du caractère manifestement excessif d'une indemnité contractuelle de licenciement seront d'autant plus es-

sentiels que l'indemnité pourra être réduite d'office par le juge, en application de l'article 1152 du Code civil (Cass. soc., 5 mars 2014, n° 12-23.106). Cette disposition, d'ordre public, ne peut faire l'objet de stipulations contraires qui seraient automatiquement réputées non écrites. Il est, par conséquent, intéressant d'analyser les indices permettant de révéler le caractère manifestement excessif d'une indemnité de licenciement, pouvant éventuellement être perçue comme entravant toute possibilité effective de rupture.

Une décision illustre ainsi les éléments permettant au juge de motiver sa décision de modération d'une indemnité contractuelle de licenciement (Cass. soc., 8 juill. 1998, n° 96-43.196). Il a ainsi valablement pu être considéré que l'ancienneté d'un salarié dans l'entreprise au jour du licenciement, et les difficultés économiques rencontrées par une société, reentraient dans le périmètre d'appréciation des juges du fond afin de justifier du caractère manifestement excessif d'une indemnité contractuelle de licenciement.

Au cas présent, la Cour de cassation casse et annule, l'arrêt d'appel en ce qu'il a dénié la nature contractuelle de l'indemnité de licenciement et, par voie de conséquence, sa qualification de clause pénale. La Cour de cassation renvoie donc les parties sur ce point devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée, pour y être fait droit. Compte tenu des faits de l'espèce, l'arrêt qui sera rendu par la Cour d'appel de Paris permettra de mieux cerner le pouvoir modérateur du juge. En effet, l'ancienneté d'un salarié au jour de son licenciement peut être appréhendée par le juge afin d'opérer une réduction de l'indemnité contractuelle de licenciement. Or, en l'espèce, le salarié avait été licencié pour faute grave à peine plus de trois mois après le commencement de l'exécution des relations contractuelles. Toutefois, les parties contractantes avaient organisé la reprise contractuelle de son ancienneté acquise au service d'un précédent employeur. Cette ancienneté, particulièrement conséquente, expliquait le montant élevé accordé au titre de l'indemnité de licenciement.

Il reviendra donc à la Cour d'appel de Paris d'apprécier si la faible ancienneté effective dans l'entité procédant au licenciement pouvait justifier une réduction de l'indemnité contractuelle de licenciement ou si, au contraire, la volonté de parties contractantes d'organiser la reprise d'une ancienneté supérieure privait le juge d'un droit de regard la brièveté des relations ayant lié le salarié à son dernier employeur.

En tout état de cause, et afin de limiter les contestations éventuelles sur le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement, les parties ont tout intérêt à motiver l'insertion d'une telle clause dans le contrat de travail, prévoyant ainsi la probable ingérence des juges du fond dans leurs prévisions contractuelles.