

■ LICENCIEMENT NUL / INDEMNITÉ / SALAIRE DE RÉFÉRENCE

607-4 Indemnité pour licenciement nul : précisions sur les modalités de calcul

/majorelleavocats/



Antonin
Descamps
Avocat,
Cabinet

Majorelle Avocats

Cass. soc., 2 avr. 2025, n° 23-20.987 F-B

À défaut de réintégration dans l'entreprise, le salarié dont le licenciement est nul a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Le montant de cette indemnité doit être calculé en tenant compte des primes perçues, le cas échéant proratisées, et des heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail.

Demandes salariales et indemnitaires liées à l'exécution et à la rupture du contrat de travail

Dans cette affaire, un salarié occupant un poste de direction est licencié le 26 juin 2017.

Dans le cadre de son action prud'homale, ce dernier sollicitait un certain nombre de demandes liées à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail.

Deux principales catégories de prétentions sont à relever.

La première concerne l'inopposabilité de la convention de forfait annuel en jours pour défaut d'entretien avec sa hiérarchie sur l'évaluation de ses missions et de sa charge de travail. Le salarié sollicitait à ce titre un rappel d'heures supplémentaires, la réévaluation de sa prime d'ancienneté et, par voie de conséquence, de son salaire de référence.

La seconde porte sur la reconnaissance d'un harcèlement moral, impliquant la nullité de son licenciement. À défaut de réintégration, le demandeur réclamait une indemnité sur le fondement de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

Pour chacune de ces demandes, la cour d'appel d'Amiens a fait droit aux prétentions du salarié.

Toutefois, malgré la fixation de son salaire moyen à hauteur de 9 173,10 euros après réintégration

des heures supplémentaires et de sa prime, l'indemnité pour licenciement nul est limitée à hauteur de 40 000 euros.

Ainsi, les juges du fonds refusent de calculer cette indemnité sur la base du nouveau salaire de référence, estimant simplement qu'« il n'y a pas lieu de réintégrer le rappel de salaire et de primes précédemment accordé », sans autre motivation.

Le salarié forme un pourvoi, considérant que la cour d'appel aurait dû, pour fixer le montant de l'indemnité résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaire, prendre en compte le montant des heures supplémentaires et des primes auxquelles il pouvait prétendre au cours des six mois précédant le licenciement et au paiement desquelles l'employeur avait été condamné.

Obligation pour le juge de tirer toutes les conséquences en cas de rappel de salaire

Au visa de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, la Cour de cassation rappelle tout d'abord qu'en cas de licenciement nul et si le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

La Haute cour accède donc à l'argument développé par le pourvoi et confirme que le montant de l'indemnité en réparation de la nullité du licenciement « doit être calculé en tenant compte des primes perçues, le cas échéant proratisées, et des heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail ».

Il revenait donc aux premiers juges de tirer toutes les conséquences du rattrapage salarial opéré dans l'arrêt pour fixer le montant de l'indemnité pour licenciement nul.

Cette solution ne souffre d'aucune contestation. En effet, retenir l'inverse reviendrait *in fine* à pénaliser le salarié contraint d'obtenir des rappels de salaire par la voie judiciaire. Or, la condamnation judiciaire vise précisément à reconnaître que ces sommes auraient dû lui être versées directement par l'employeur pendant la période d'exécution du contrat de travail.

À cet égard, la solution de cet arrêt a vocation à demeurer, peu important que l'article L. 1235-3-1 en vigueur au jour du licenciement, ait depuis été modifié par l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui a étendu le champ de la sanction à tous les cas de nullité.

Pour cette même raison, elle trouve également à s'appliquer à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Une solution déjà retenue sous l'empire des anciens textes

L'arrêt rendu apparaît d'autant plus évident que la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'appliquer cette position à de multiples positions sous l'empire des précédents textes.

En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur du barème « Macron » en 2017, l'article L. 1235-3 du Code du travail prévoyait que le juge avait la charge d'octroyer au salarié une indemnité, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne pouvant « être inférieure aux salaires des six derniers mois ». La rédaction de cette disposition était donc identique à celle de l'article L. 1235-3-1 actuel.

Sur le fondement de cette disposition, la chambre sociale avait déjà eu l'occasion de censurer une cour d'appel ayant limité le montant de l'indemnité à une somme égale aux salaires des six derniers mois payés par l'employeur, sans prendre en compte le rappel d'heures supplémentaires opéré (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.585).

La décision commentée est donc la confirmation d'une solution déjà connue.

Sans l'énoncer, la Cour de cassation applique ici le **principe d'interprétation à droit constant** : il n'y a pas lieu de donner une interprétation différente à un texte rédigé en des termes identiques.

Ce faisant, d'autres arrêts rendus relativement à l'ancien article L. 1235-3 du Code du travail trouvent donc à s'appliquer à l'actuel article L. 1235-3-1.

Devraient donc être censurés les juges du fonds tentés de fixer l'indemnité sur la base du salaire net cumulé des six derniers mois de présence du salarié dans l'entreprise (Cass. soc., 22 juin 1993, n° 91-43.560) ou de prendre en considération un salaire brut moyen (Cass. soc., 29 oct. 2002, n° 00-46.414 ; Cass. soc., 31 mars 2010, n° 08-42.767) en lieu et place de la rémunération brute des six derniers mois d'activité.

Une indemnité plancher, fonction du préjudice subi

La sanction indemnitaire de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail constitue un minimum : en cas de licenciement nul, le salarié pourra, en tout état de cause, prétendre à une indemnité égale aux salaires bruts perçus au cours des six derniers mois précédents sa rupture.

Cette indemnité s'ajoute alors à l'indemnité de licenciement (Cass. soc., 20 nov. 2024, n° 23-18.235) et à l'indemnité compensatrice de préavis (Cass. soc., 14 déc. 2005, n° 04-40.266) avec lesquelles elle ne se confond pas.

Peu importe donc que le salarié ait une faible ancienneté ou que la taille de l'entreprise soit inférieure à onze salariés.

Pour définir ce **montant plancher**, le juge sera parfois contraint d'innover en fonction des circonstances de l'espèce.

Ainsi, dans l'hypothèse où le salarié disposerait d'une ancienneté inférieure à six mois au jour de la rupture de son contrat de travail, il y a lieu de fixer ce montant sur la base des éléments de rémunération perçus au cours de la courte relation contractuelle (Cass. soc., 16 mars 2022, n° 21-11.257).

En cas de maladie au cours des mois précédant la rupture, la chambre sociale a eu l'occasion de préciser que les juges du fond doivent se baser sur les derniers mois exempts d'arrêts de travail pour maladie (Cass. soc., 26 juin 2019, n° 18-17.120).

La même solution semble devoir être retenue dans le cas de mi-temps thérapeutiques, à la lumière des derniers arrêts rendus en matière d'indemnités de préavis, de licenciement et de licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975 ; Cass. soc., 5 mars 2025 n° 23-20.172).

Enjeu lié à la validité des conventions de forfait en jours

Cet arrêt est enfin l'occasion de mesurer les conséquences, parfois sous-estimées lors de l'analyse de risque, liées à la validité d'une convention de forfait annuel en jours et d'un rappel d'heures supplémentaires subséquent.

Dans la décision commentée, le rappel d'heures supplémentaires portait ainsi sur 92 000 euros bruts.

Outre le rappel d'heures supplémentaires à proprement parler et les cotisations afférentes, l'employeur s'expose alors à la **majoration du salaire de référence** permettant de calculer certaines primes (ici, la prime d'ancienneté), l'indemnité de licenciement et l'indemnité pour licenciement illicite.

On rappellera en outre que l'employeur pourrait encore être condamné au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé dont le montant, forfaitaire, est égal à six mois de salaire en application de l'article L. 8223-1 du Code du travail.

Une fois encore, l'addition sera d'autant plus salée qu'il y aura lieu de prendre en compte, pour la détermination de ce montant, les heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 05-40.464 ; Cass. soc., 26 avr. 2017, n° 16-11.660). CQFD.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Amiens, 29 mars 2023), M. [N] a été engagé en qualité de chargé d'étude par un contrat de travail à durée déterminée à temps partiel du 10 mars au 31 octobre 2011 puis en qualité de directeur du développement et expansion réseau à compter du 1^{er} novembre 2011 par la Société anonyme coopérative Giphar (la société Sogiphar).
2. Licencié le 26 juin 2017, il a saisi la juridiction prud'homale de demandes relatives à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal et les premier, deuxième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi incident.

3. 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 qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le second moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter le montant de la condamnation de l'employeur à titre de dommages-intérêts en réparation de la nullité du licenciement à la somme de 40 000 euros, alors « que salarié victime d'un licenciement nul et qui ne réclame pas sa réintégration a droit, quelle que soit son ancienneté dans l'entreprise, d'une part, aux indemnités de rupture, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaire ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a fixé le salaire mensuel moyen de M. [N] au montant de 9 173,10 euros après réintégration des heures supplémentaires et des primes ; qu'après avoir dit que le licenciement de M. [N] est nul, la cour d'appel a estimé que, s'agissant de fixer une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois, il n'y a pas lieu de réintégrer le rappel de salaire et de primes précédemment accordé, puis s'est bornée à affirmer que, compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée au salarié, de son âge, des éléments fournis sur sa situation professionnelle depuis la rupture, de son ancienneté dans l'entreprise (6 ans) et de l'effectif de celle-ci, la cour fixe à 40 000 euros les dommages et intérêts pour licenciement nul ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'elle allouait à M. [N] un rappel d'heures supplémentaires pour la période du 20 septembre 2014 au 26 juin 2017, date de la rupture du contrat de travail, en sorte qu'elle devait prendre en compte dans la rémunération du salarié le montant des heures supplémentaires et des primes auxquelles il pouvait prétendre au cours des six mois précédant le licenciement et au paiement desquelles elle avait condamné l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-3, L. 1235-3 et L. 1235-3-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1235-3-1 du code de travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

5. Selon ce texte, lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu en méconnaissance des articles L. 1132-1, L. 1153-2, L. 1225-4 et L. 1225-5 et que le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

6. Le montant de cette indemnité doit être calculé en tenant compte des primes perçues, le cas échéant proratisées, et des heures supplémentaires accomplis par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail.

7. Pour fixer le montant de l'indemnité en réparation de la nullité du licenciement à 40 000 euros, l'arrêt, après avoir fixé le montant du salaire mensuel moyen à la somme de 9 173,10 euros, retient que pour fixer une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois, il n'y a pas lieu de réintégrer le rappel de salaire et de primes précédemment accordé.

8. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le troisième moyen du pourvoi incident, pris en sa seconde branche

Énoncé du moyen

9. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre de rappel de primes sur dossier, alors « que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas contesté qu'une prime liée au nombre et à la taille des pharmacies adhérentes était prévue ; qu'en affirmant ensuite que M. [N] produisant la liste des dossiers pour lesquels il réclamait cette prime, en précisant le montant afférent, il appartenait à l'employeur de verser aux débats les pièces permettant d'établir qu'un autre salarié, en ayant assuré le suivi, avait été gratifié, et qu'à défaut, il convenait de considérer que la somme réclamée, non contestée dans son quantum, était due, quand il incombait au salarié de démontrer qu'il était à l'origine de l'adhésion des pharmacies sur le fondement de laquelle il réclamait la prime, une telle preuve ne dépendant pas d'éléments détenus par le seul employeur, la cour d'appel a violé l'article 1315 devenu 1353 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1315, devenu 1353, du code civil :

10. Selon ce texte, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

11. Pour condamner l'employeur à payer au salarié une somme à titre de primes sur dossier, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté qu'une prime liée au nombre et à la taille des pharmacies adhérentes était prévue, que le salarié produisant la liste des dossiers pour lesquels il réclame cette prime en précisant le montant afférent, il appartient à l'employeur de verser aux débats les pièces permettant d'établir qu'un autre salarié, en ayant assumé le suivi, a été gratifié, et qu'à défaut, il convient de considérer que la somme réclamée, non contestée, est due.

12. En se déterminant ainsi, sans préciser les conditions d'octroi de cette prime ni constater que le salarié justifiait les remplir, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Portée et conséquences de la cassation

13. La cassation des chefs de dispositif limitant la condamnation de l'employeur à la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de la nullité du licenciement et condamnant l'employeur à payer la somme de 2 700 euros à titre de rappel de primes sur dossier n'emporte pas celle des chefs de dispositif de l'arrêt le condamnant aux dépens ainsi qu'au paiement d'une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, justifiés par d'autres condamnations prononcées à l'encontre de celui-ci.

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 Sogiphar à payer à M. [N] la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de la nullité du licenciement et celle de 2 700 euros à titre de rappel de primes sur dossier, l'arrêt rendu le 29 mars 2023, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ;

Remets, 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 Douai ;

Condamne la société Sogiphar aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Sogiphar et la condamne à payer à M. [N] 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 transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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