

1° SALAIRE – Part variable – Fixation – Office du juge.

2° LICENCIEMENT – Indemnité conventionnelle – Versement conditionné par le motif de la rupture – Défaut de cause réelle et sérieuse – Incidence.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 juin 2009

J. contre HSBC (pourvoi n° 07-43.198)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 7 mai 2007), que M. J. a été engagé par la société Banque Hervet à compter du 9 janvier 2001 en qualité de directeur de succursale ; qu'il a été licencié par lettre du 2 avril 2004 pour insuffisance professionnelle ; que contestant la cause réelle et sérieuse de son licenciement et estimant avoir fait l'objet d'un licenciement économique, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ; (...)

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de l'avoir débouté de ses demandes d'indemnités conventionnelle complémentaire et contractuelle de licenciement alors, selon le moyen :

1°/ que, lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'indemnité conventionnelle de licenciement la plus favorable doit bénéficier au salarié ; qu'en refusant de lui accorder paiement de cette indemnité conventionnelle la plus favorable prévue par la convention collective des banques, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil et l'article L. 120-4 du Code du travail, ensemble les articles de la convention collective des banques ;

2°/ que, lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'indemnité contractuelle de licenciement doit bénéficier au salarié, peu important les conditions prévues par le contrat de travail ; qu'en refusant de lui accorder paiement de cette indemnité contractuelle, la Cour d'appel a violé les articles 1134 du Code civil et L. 120-4 du Code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement, la Cour d'appel a exactement

décidé que le salarié, licencié pour un motif personnel non disciplinaire, ne pouvait prétendre qu'à l'indemnité conventionnelle prévue par les articles 26 et suivants de la convention collective nationale de la banque du 20 janvier 2000, en cas de licenciement pour motif personnel non disciplinaire et ne pouvait exciper des dispositions de la convention collective prévoyant une indemnité supérieure en cas de licenciement pour motif économique ;

Et attendu, d'autre part, que le licenciement ayant été prononcé pour insuffisance professionnelle, l'indemnité contractuelle prévue en cas de licenciement économique n'était pas due ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu que la société HSBC Hervet fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à M. J. des sommes à titre de prime de performance pour les exercices 2002 à 2004 alors, selon le moyen, que le contrat de travail de M. J. stipulait au paragraphe "Rémunération" : "votre rémunération annuelle brute, fixée à 370 000 F (soit 56 406,14 euros) vous sera versée en 13 mensualités. Le 13ème mois, calculé au prorata temporis, est versé en décembre. Nous vous garantissons, à titre exceptionnelle, et sous réserve de votre présence dans l'entreprise à cette date, une prime de 30 000 F brut qui vous sera versée en mars 2002" puis au paragraphe suivant "Rémunération variable" : "Compte tenu de votre fonction, vous bénéficierez de la prime de performance au titre du système de rémunération en vigueur au sein de la Banque" ; qu'il en résulte que la prime exceptionnelle de 30 000 F soit

4 573,47 euros n'était pas une prime de performance ni un élément de rémunération variable, mais seulement un complément ponctuel à la rémunération fixe ; qu'en allouant à M. J. des primes de performance pour 2002, 2003 et 2004 calculées sur la base de la prime exceptionnelle, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que, lorsque le droit à une rémunération variable résulte du contrat de travail et à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, il incombe au juge de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, de sorte que, si l'objectif de résultats dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération variable n'a pas été déterminé, il appartient au juge de la fixer par référence aux années antérieures ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui a constaté que le contrat de travail prévoyait expressément au titre de la rémunération variable que le salarié devait bénéficier d'une prime de performance annuelle au titre du système de rémunération en vigueur au sein de la banque sur lequel l'employeur ne communiquait aucun élément, a pu décider que le salarié avait droit à ce titre au paiement de la prime calculée selon les mêmes critères que les années antérieures ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois tant principal qu'incident.

(Mme Collomp, prés. - M. Rovinski, rapp. - M. Aldigé, av. gén. - M^e Rouvière, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)

Note.

1. L'arrêt que vient de rendre la Cour de cassation le 4 juin 2009 constitue une nouvelle illustration du principe exposé il y a peu dans ces colonnes par Michel Henry (1).

Les faits de l'espèce sont les suivants. Un contrat de travail stipule l'existence d'une rémunération versée sur treize mois. Pour la première année d'exécution du contrat, il est prévu à titre ponctuel le versement d'une prime exceptionnelle d'un montant de 30 000 F brut ; pour les années suivantes, il est prévu le bénéfice d'une prime de performance. Cette prime de performance n'a pas été versée et l'employeur n'a pas communiqué les éléments susceptibles de permettre le calcul de son montant.

La Cour d'appel de Paris, dont le raisonnement est validé par la Cour de cassation juge que le salarié peut prétendre pour les années postérieures à 2001 au paiement de la prime calculée selon les mêmes critères que les années antérieures. Cela signifie que le salarié a le droit de percevoir pour ces années-là les 30 000 F garantis à titre exceptionnel pour l'année 2001.

Pour l'employeur, la Cour de Paris a violé l'article 1134 du Code civil en faisant jouer à une prime ayant un caractère exceptionnel le rôle d'une prime de performance aménagée comme un élément autonome de rémunération, et stipulée sous un paragraphe intitulé « rémunération variable ».

A ce moyen, la Cour de cassation oppose un principe qu'elle invoque désormais de manière constante au terme duquel en cas de désaccord des parties sur le montant de la part variable de la rémunération, il appartient au juge de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes.

L'arrêt du 4 juin 2009 inspire deux observations.

2. Sur le fond, la Cour de cassation, pour tout ce qui concerne le salaire, s'éloigne des principes civilistes classiques. En droit commun et en matière contractuelle, le juge n'est que le ministre de la volonté des parties.

Au cas particulier, le texte du contrat semble exclure du champ de la volonté des parties l'intention d'assimiler la prime exceptionnelle versée pour la première année d'exécution du contrat à la prime de performance devant être versée pour les années postérieures et calculée selon des modalités spécifiques.

Cela n'empêche pas la Cour de cassation d'ouvrir le droit au salarié confronté à un employeur qui n'a pas respecté le contrat conclu de percevoir au-delà des limites de ce qui avait été strictement convenu la prime stipulée pour la première année.

Cela signifie comme l'a démontré Michel Henry que lorsque l'on touche au salaire, le contractuel n'est pas enserré dans l'*instrumentum* qui a enregistré initialement l'accord des parties. Cela signifie qu'un employeur qui ne respecte pas les obligations qu'il a souscrites au moment de l'engagement de son salarié ne peut pas profiter de ce comportement fautif pour verser une rémunération inférieure à ce qui avait été convenu initialement. Il appartient au juge dans un tel cas de figure d'apprécier les droits du salarié en fonction de l'avantage que lui procurait le contrat initialement convenu en matière de rémunération.

C'est la même logique qui, en matière de rémunération, inspire la jurisprudence lorsqu'un avantage de rémunération exclusivement créé par un accord collectif dénoncé, par un usage dénoncé, ou par un engagement unilatéral lui-même dénoncé, est appelé à disparaître.

(1) « Salaire : le tout contractuel fait de la résistance », Dr. Ouv. 2009 p. 316.

En d'autres termes la rémunération en tant que telle, dans sa structure, dans son montant et dans son évolution présente par nature un caractère contractuel.

Cela signifie qu'un employeur se doit d'assurer la gestion des clauses contractuelles sur la durée, notamment en matière de rémunération. Un employeur ne peut espérer échapper à la logique contractuelle en substituant au contrat initial qu'il va décider de ne pas appliquer un usage, un accord collectif ou un engagement unilatéral.

Ceci fait écho à la jurisprudence se rapportant aux clauses de mobilité ou aux clauses de non-concurrence.

3. Sur le droit de la preuve, la Cour de cassation précise, ce qui n'était pas indispensable au cas d'espèce, que l'employeur n'a pas fourni les éléments susceptibles de permettre le calcul de la prime de performance. C'est le deuxième élément constitutif de la faute qui lui est reprochée.

En effet, le contrat en ce qu'il crée des obligations à la charge de l'employeur impose à celui-ci de fournir au salarié les éléments lui permettant de vérifier que les obligations contractuelles ont bien été respectées. Divers arrêts très récents procèdent à un rappel de cette règle (2).

Il est constant qu'en cas de litige, le salarié doit être en mesure de chiffrer le rappel de salaire qu'il sollicite ; en revanche, lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, ce dernier est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire. Lorsque l'employeur refuse de communiquer au salarié les données comptables lui permettant de vérifier qu'il a bien rempli son obligation de verser la rémunération, élément essentiel du contrat de travail, la Cour de cassation considère qu'il a purement et simplement manqué à son obligation contractuelle.

Le salarié est alors en droit de solliciter pour ce motif la résiliation judiciaire du contrat de travail ou la requalification de la prise d'acte de rupture du contrat de travail dans les termes d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le régime probatoire, influencé par le droit contractuel est en parfaite harmonie avec les règles de fond analysées ci-dessus.

Enfin, là où se manifeste l'intérêt qui s'attache à l'équation "rémunération = contractuel", c'est lorsque l'on procède au constat que la Cour de cassation, dans l'arrêt du 4 juin 2009 a ignoré le contentieux indemnitaire qui pouvait permettre, sur le terrain de la perte de la chance, d'indemniser le salarié de la banque Hervet.

Michel Sabatté, *Avocat au Barreau de Toulouse*

(2) Soc. 21 février 2008, n° 06-41547 ; Soc. 18 juin 2008, n° 07-41910, Dr. Ouv. 2009 p. 533, Avis F. Deby ; Soc. 24 septembre 2008, n° 07-41383, Dr. Ouv. 2009 p. 99 n. M. Pécher.