

La rupture du contrat de travail

Les conséquences de la rupture du contrat de travail

par Sophie GUENIER-LEFEVRE, Conseillère à la Chambre sociale de la Cour d'appel de Caen, Marie-Noëlle ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, Membre de l'Institut Demolombe (EA 967), Avocat Fidal

PLAN

I. Le droit à l'indemnisation

- A. Le préjudice, condition du droit à indemnisation
- B. L'identification des préjudices sources d'un droit à indemnisation

II. Le montant de l'indemnisation

- A. Le reflet de l'évaluation du préjudice
- B. Le montant de l'indemnisation, un trompe-l'œil ?

Il est souvent affirmé, sans que cela soit tout à fait certain, que le mot travail vient du latin *tripalium*, moyen de torture. Dans cette perspective, la rupture du contrat de travail ne devrait générer aucun préjudice et devrait être, au contraire, considérée comme un soulagement pour son heureux bénéficiaire !

L'encombrement des juridictions prud'homales démontre que la réalité est bien différente, puisque les chiffres du ministère de la Justice révèlent que, sur 186.400 saisines des conseils des prud'hommes en 2014, 95 % étaient liées à la contestation du bien-fondé de la rupture du contrat de travail. En considération du pouvoir des juridictions qu'ils saisissent, l'objectif de ces demandeurs est d'obtenir l'indemnisation des préjudices résultant pour eux de la rupture de leur relation contractuelle (1).

Même si cela paraît un peu iconoclaste, ne peut être négligé le fait que l'employeur subit lui-même un préjudice dès lors qu'il perd, à l'occasion de la rupture du contrat de travail, quelle qu'en soit la cause, un salarié qu'il connaît, rôdé à ses pratiques, détenteur d'une connaissance ou d'un savoir-faire. Malgré la réalité d'un tel dommage, force est de constater que la quasi-totalité, pour ne pas dire la totalité, des demandes relatives à la rupture des contrats de travail

émane des salariés du point de vue desquels seront donc envisagées ici les conséquences pécuniaires de cette dernière.

Indépendamment de la fonction même de l'indemnisation, il s'agira d'en déterminer les conditions et de tenter de définir les types de préjudices indemnisables (I), puis de vérifier, à l'aune du principe de la réparation intégrale, le montant des indemnités allouées (II).

I. Le droit à l'indemnisation

En principe, l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'employeur nécessite la réunion de trois éléments : une inexécution contractuelle, un préjudice et un lien de causalité entre cette inexécution et le préjudice. Autrement dit, l'existence d'un préjudice lié à la rupture du contrat de travail constitue, en théorie, une condition du droit à indemnisation du salarié (A). La difficulté consiste alors à identifier les divers types de préjudices liés à la rupture du contrat de travail dont peut se prévaloir le salarié (B).

A. Le préjudice, condition du droit à indemnisation

Compte tenu de l'application de différents forfaits d'indemnisation légaux et jurisprudentiels lors de la rupture du contrat de travail, il est permis de s'interroger sur la nécessité, pour le salarié, de prouver l'existence de son préjudice. En réalité, malgré la multiplication des présomptions de préjudices liés à la rupture du contrat de travail, le salarié peut avoir intérêt à en rapporter la preuve.

(1) E. Serverin, *Agir aux prud'hommes*, hier et aujourd'hui, Dr. Ouvr. 2014, p. 699.

1. L'existence du préjudice présumée

Fréquemment, la preuve d'un préjudice lié à la rupture du contrat de travail est présumée.

Tel est le cas en ce qui concerne le versement des indemnités de licenciement et de précarité. Le salarié licencié qui compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement (2). Le montant de cette indemnité est fixé forfaitairement par le Code du travail (3). Lors de la survenance du terme du contrat à durée déterminée, le salarié a droit à une indemnité de précarité dont le montant est, ici encore, déterminé forfaitairement par le législateur (4). L'indemnité a, semble-t-il, pour objet de compenser le préjudice consécutif à la perte d'emploi (5) ou, plus précisément, en ce qui concerne le terme du contrat à durée déterminée, l'absence de poursuite de la relation contractuelle (6). Qu'il s'agisse de l'indemnité de licenciement ou de précarité, la preuve d'un préjudice, ainsi que celle d'une inexécution contractuelle ne sont donc pas nécessaires.

Par ailleurs, lorsque la procédure de licenciement est irrégulière dans une entreprise de 11 salariés et plus et que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté a systématiquement droit au versement d'une indemnité au plus égale à un mois de salaire (7). Ici encore, l'existence du préjudice est présumée (8).

Enfin, diverses indemnités planchers sont prévues par le Code du travail. En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins 11 salariés se voit verser une indemnité plancher

correspondant aux six derniers mois de salaire (9). Tel est également le cas lorsque le licenciement est nul, quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise (10).

Dans chacune de ces hypothèses, la preuve du préjudice réellement subi par le salarié paraît indifférente. Pourtant, une telle affirmation doit d'emblée être nuancée.

2. La preuve du préjudice, un élément déterminant

La présomption de l'existence du préjudice lié à la rupture du contrat de travail ne saurait être généralisée.

En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou appartenant à une entreprise de moins de 11 salariés peut prétendre à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi (11). Il en est de même en cas de non-respect de la procédure de licenciement. Dans ces hypothèses, le salarié doit donc, *a priori*, apporter la preuve de son préjudice.

Certes, jusqu'à une période récente, la Cour de cassation décidait que tout manquement de l'employeur causait nécessairement un préjudice au salarié (12). Autrement dit, l'existence du préjudice était présumée (13). Toutefois, cette jurisprudence paraît désormais remise en cause (14). Ainsi, la Cour de cassation a notamment retenu, à propos de l'allocation de dommages-intérêts pour inobservation de la procédure de licenciement, que « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » (15). Le dommage ne serait donc plus déduit de la faute.

(2) C. trav. art. L. 1234-9.

(3) C. trav. art. R. 1234-2 : « L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté ».

(4) C. trav. art. L. 1243-8.

(5) En effet, l'indemnité de licenciement n'est pas due en cas de démission. Le salarié choisit de rompre la relation contractuelle ; *a priori*, la rupture n'est à l'origine d'aucun préjudice pour ce dernier. V. sur la nature de l'indemnité de licenciement : C. Wolmark, Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement, Dr. Ouvr. 2015, p. 450.

(6) Le versement de l'indemnité de précarité est exclu lorsque le salarié refuse la poursuite de la relation contractuelle sous forme de contrat à durée indéterminée. Il en est de même en cas de contrat saisonnier ou d'usage ou encore en ce qui concerne le contrat conclu avec un jeune pendant ses vacances scolaires ou universitaires. Dans ces hypothèses, tout espoir vain de poursuite de la relation contractuelle est écarté ; l'existence d'un préjudice est donc logiquement évincée. V. sur ce point : décision n° 2014-401 QPC du 13 juin 2014 et décision n° 2014-402 QPC du 13 juin 2014, Dr. Ouvr. 2014, p. 686, n. P.-Y. Gahdoun.

(7) C. trav. art. L. 1235-2.

(8) Il est permis de penser que le préjudice subi consiste dans la perte d'une chance de conserver son emploi.

(9) C. trav. art. L. 1235-3.

(10) C. trav. art. L. 1235-3-1. Cette indemnisation est susceptible d'atteindre douze mois de salaire en cas de licenciement pour motif économique nul : C. trav. art. L. 1235-10 et L. 1235-11. V. aussi en cas de licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle art. L. 1226-15.

(11) C. trav. art. L. 1235-5.

(12) Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation avait notamment considéré que le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse avait nécessairement subi un préjudice dont il appartenait au juge d'apprécier l'étendue. V. not. Cass. Soc. 26 févr. 2003, n° 01-41.386. V. aussi en cas de non-respect de la procédure de licenciement : Cass. Soc. 20 juin 2007, n° 05-44.314.

(13) V. not. sur cette question : L. Gratton, Le dommage déduit de la faute, RTD civ. 2013, p. 275.

(14) Cass. Soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293, Dr. Ouvr. 2016, p. 580, n. J. Jardonnet. V. égal. Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 14-20.578, Dr. Ouvr. 2016, p. 576, n. F. Canut et L.-F. Pignarre.

(15) Cass. Soc. 30 juin 2016, n° 15-16.066.

Au demeurant, quand bien même la présomption de préjudice subsisterait, le salarié qui dispose d'éléments probants en sa faveur n'a-t-il pas intérêt à s'en prévaloir afin de garantir l'efficacité de son droit à indemnisation ? Une chose est de voir l'existence de son préjudice présumée ; une autre est d'obtenir une indemnisation substantielle correspondant au préjudice réellement subi. La théorie du dommage nécessaire obligeait les juges du fond à accorder une indemnisation au salarié. Mais ceux-ci étaient naturellement réticents à octroyer une indemnisation conséquente au salarié lorsque la preuve de son préjudice n'était pas rapportée. L'indemnisation était d'ailleurs susceptible d'être fixée à un euro symbolique (16). Autrement dit, ce n'est pas parce que le préjudice est présumé que le salarié n'a pas intérêt à le prouver.

D'ailleurs, lorsque les indemnisations planchers, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou licenciement nul, ont vocation à s'appliquer, le salarié peut avoir intérêt à démontrer la réalité de son préjudice. Certes, il est susceptible de bénéficier d'une indemnisation systématique supérieure au préjudice subi. Tel est notamment le cas lorsque le salarié a retrouvé un emploi (17). Mais, dans certaines hypothèses, compte tenu de l'ancienneté du salarié, de sa situation personnelle ..., la réparation intégrale n'est garantie que s'il parvient à démontrer la réalité de son préjudice.

La difficulté consiste alors à identifier les préjudices réparables consécutifs à la rupture du contrat de travail.

B. L'identification des préjudices sources d'un droit à indemnisation

Que l'octroi d'une indemnisation soit systématique (ainsi pour le non-respect des règles d'assistance du salarié (18)) ou que le montant de l'indemnisation soit ou non limité par la loi dans le cadre de forfaits, de barèmes ou de planchers, cela ne dispense pas le juge d'avoir à identifier le préjudice qu'il entend indemniser. Ce d'autant qu'au-delà des dommages résultant des violations des règles de forme et de fond de la rupture du contrat de travail, les salariés sollicitent, souvent de manière très erratique, la réparation de dommages dont il faudra vérifier qu'ils n'ont pas été déjà indemnisés, le principe de la réparation intégrale s'exprimant dans l'adage « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* » et interdisant, dès lors, qu'un même préjudice soit indemnisé deux fois.

1. Les préjudices nés de la violation des règles de forme et des règles de fond de la rupture

Tout ce qui est simple étant faux, selon Valéry, il doit être précisé que la violation de certaines règles qui pourraient apparaître comme étant des règles de forme (défaut de notification du licenciement pour faute dans le délai de deux mois, non-respect d'une procédure conventionnelle préalable, et notamment défaut d'information d'une commission paritaire, (19)) rend le licenciement non seulement irrégulier, mais dénué de cause réelle et sérieuse.

Cela étant précisé, dès lors que les règles de procédure doivent être considérées comme ayant été instaurées dans la perspective de laisser au salarié le temps de préparer sa défense, de pouvoir s'exprimer et de se voir traiter dignement, les préjudices nés de la violation de ces règles résident dans tout manquement qui le prive de ces droits. Ainsi en est-il, par exemple, du non-respect des délais, de la privation de l'entretien préalable ou de l'absence d'information sur le droit à l'assistance, interdisant à l'intéressé de faire valoir des arguments ou des moyens de nature à influencer la décision de l'employeur, ou simplement à s'expliquer (20).

S'agissant des règles de fond dont le non-respect conduira au constat de l'absence de cause réelle et sérieuse ou à la nullité de la rupture, le préjudice à réparer tient à la perte injustifiée de l'emploi, dont les conséquences sur le plan psychologique et matériel devront être évoquées pour que puissent être déterminés les préjudices en découlant, la justification de ces derniers par des pièces tangibles étant indispensable et pouvant se faire, par exemple, par la production de certificats médicaux ou, sur un autre plan, par le versement aux débats des relevés des prestations versées par Pôle Emploi.

La détermination précise de la nature et de l'étendue du préjudice subi permet au juge de vérifier, lorsque d'autres indemnisations lui ont été demandées, que les dommages évoqués ne se confondent pas.

2. Les autres préjudices

Les salariés évoquent souvent et de manière fort imprécises les conditions vexatoires de la rupture de leur contrat de travail. De ce qui précède, il résulte que le préjudice moral en résultant doit être distingué de celui que le salarié évoque éventuellement comme étant une des conséquences de son licenciement.

(16) Cass. Soc. 5 mars 2002, n° 00-41.453.

(17) L'indemnisation n'est alors plus compensatoire ; elle revêt les traits d'une peine privée.

(18) C. trav. art. L. 1235-5, al. 2.

(19) Cass. Soc. 25 janv. 1995, n° 93-43.887 ; Cass. Soc. 27 juin 2012, n° 11-14.036.

(20) C. Varin, Le recours aux droits procéduraux fondamentaux à l'occasion de l'exercice des pouvoirs patronaux, Dr. Ouvr. 2016, p. 407.

Ainsi, une brusquerie particulière dans la mise en œuvre de la procédure ou une publicité incongrue donnée à la mesure peuvent générer un préjudice moral qui se distingue du dommage résultant du non-respect de la procédure ou du caractère injustifié de la rupture, le salarié devant prendre le soin d'établir, même de manière sommaire, le préjudice qu'il attache aux circonstances de la rupture.

De même, les conséquences du licenciement peuvent-elles être envisagées au regard de la perte qu'il génère sur les avantages retraite ou santé.

Quels qu'ils soient, il appartient aux demandeurs d'identifier le plus clairement possible les préjudices dont ils demandent réparation afin que le juge, dans son travail d'évaluation, pour lequel la Cour de cassation lui laisse les plus larges pouvoirs, puisse fixer la somme qu'il considérera comme étant de nature à indemniser le dommage subi.

II. Le montant de l'indemnisation

Conformément au principe de la réparation intégrale (21), le montant de l'indemnisation doit, en principe, constituer le reflet du préjudice subi par le salarié (A). Pourtant, le montant définitivement perçu par le salarié ne correspond pas nécessairement à celui-ci (B).

A. Le reflet de l'évaluation du préjudice

Le Code du travail n'impose pas le respect d'une méthode d'évaluation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail. Le juge et les parties au contrat de travail peuvent néanmoins s'appuyer sur certains outils susceptibles de les guider dans la détermination du montant de l'évaluation. Reste que ceux-ci sont imparfaits. La recherche de critères pertinents d'évaluation du préjudice demeure essentielle.

1. L'existence d'outils d'aide à la décision

Sont apparus relativement récemment des barèmes ou référentiels indicatifs. Ainsi, en cas de conciliation, l'employeur et le salarié peuvent convenir par accord du versement d'une indemnité forfaitaire, dont le montant varie en fonction d'un barème reposant sur le critère exclusif de l'ancienneté (22).

Outre ce barème applicable en cas de conciliation, la loi *Macron* a prévu le principe d'un référentiel facultatif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse (23). Ce référentiel a fait l'objet d'un décret qui détermine le montant de l'indemnité due au salarié en cas de licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse en fonction de son ancienneté. L'indemnité est majorée d'un mois si le salarié était âgé d'au moins 50 ans au moment de la rupture et en cas de difficultés particulières de retour à l'emploi (24).

En définitive, qu'il s'agisse du barème applicable en cas d'accord de conciliation ou du référentiel indicatif, l'indemnisation dépend principalement de l'ancienneté du salarié. Un tel critère est pertinent. Le sentiment d'appartenance à l'entreprise s'accroît avec le temps. L'ancienneté ouvre droit à des avantages spécifiques (prime d'ancienneté, jours de congés supplémentaires) récompensant la fidélité du travailleur. Plus la rupture intervient tardivement, plus les préjudices matériels et moraux risquent d'être importants. Toutefois, l'ancienneté n'est pas le seul critère pertinent. L'âge, la situation personnelle du salarié devraient notamment être pris en considération. La majoration d'un mois de salaire lorsque le salarié est âgé de plus de 50 ans ne semble pas suffisante. Le fait que le salarié ait retrouvé un nouvel emploi ne devrait-il pas être également pris en considération ? À cet égard, le barème et le référentiel indicatif sont perfectibles.

L'utilisation de logiciels prédictifs est également susceptible de faciliter la détermination du montant des dommages-intérêts dus en cas de rupture du contrat de travail. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique prévoit que toutes les décisions de justice doivent être mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées (25). Autrement dit, les bases de données des décisions jurisprudentielles auront nécessairement vocation à s'enrichir dans les prochaines années (26). Ainsi, certaines start-up ont mis en place des logiciels qui non seulement rassemblent les diverses décisions judiciaires, mais les analysent, permettant la réalisation de statistiques. Tel est le cas du logiciel *Prédictice*. L'avocat

(21) V. sur ce thème les actes du colloque du Syndicat des Avocats de France reproduits au Dr. Ouvr. avr. 2011, not. E. Serverin, Trois définitions pour introduire une réflexion sur la réparation intégrale, p. 226 et M. Keller, Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail, p. 234.

(22) C. trav. art. L. 1235-1 et D. 1235-21.

(23) Loi n° 2015-990 du 6 août 2014, art. 258.

(24) C. trav. art. R. 1235-22.

(25) Art. 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016, JO 8 oct. 2016.

(26) Sur *légifrance* sont principalement proposées en libre accès les décisions de la Cour de cassation.

peut évaluer les chances de succès d'une action d'un salarié en contestation de son licenciement selon la juridiction concernée et, le cas échéant, conseiller à celui-ci ou à l'employeur de privilégier la négociation. Cet outil d'analyse et de statistique est également susceptible d'aider les juges lors de la détermination du montant des dommages-intérêts. Les Cours d'appel de Douai et de Rennes ont ainsi accepté de tester le logiciel Prédicite durant trois mois (27). Il s'agit, selon Bruno Cathala, le premier président de la Cour d'appel de Douai, de « révéler au juge leur jurisprudence », de « traiter plus rapidement ce qui a été jugé, rejugé et encore rejugé », afin de permettre au juge de se concentrer sur les cas les plus complexes.

Pour autant, si les apports de la justice prédictive sont indéniables, l'automatisme ne doit pas prévaloir sur la prise en considération des circonstances propres à chaque espèce (28). Le juge doit privilégier une approche réfléchie et humaine. Il demeure donc indispensable de s'interroger sur les critères d'évaluation du préjudice lié à la rupture du contrat de travail.

2. La recherche de critères pertinents d'évaluation

Cette recherche répond à la volonté de respecter le principe d'indemnisation de l'intégralité du préjudice dont le Conseil constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 18 juin 2010 (29), la valeur fondamentale, le fait que l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 6 septembre 2002 (30) laisse au juge le soin d'apprécier souverainement le montant du préjudice dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en a faite ne venant en rien atténuer la tâche qui lui revient.

S'agissant du dommage lié au caractère injustifié de la rupture, la recherche de son critère d'évaluation doit se faire une fois admis le fait que le montant minimum de six, voire de douze mois prévu par la loi lorsqu'il est dû s'analyse en une peine privée (tout comme le remboursement aux organismes ayant versé les allocations de chômage est une peine privée accessoire), venant sanctionner la violation du droit par le versement d'un minimum forfaitaire, le préjudice supplémentaire devant donc donner lieu à évaluation.

De même, dès lors que l'indemnité de licenciement est considérée, comme le propose M. Antoine Mazeaud, comme la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur, elle ne peut

venir, en conséquence, qu'elle soit légale, en application de l'article L. 1234-9 du Code du travail, ou conventionnelle, mordre sur les dommages et intérêts alloués pour sanctionner une rupture injustifiée.

Cela posé, le premier critère paraissant pouvoir être retenu est celui de l'ancienneté du salarié au moment de la rupture de son contrat de travail. C'est d'ailleurs ce qu'ont manifestement fait certaines juridictions, dont le calcul du préjudice se bornait à multiplier le dernier salaire par le nombre d'années d'ancienneté.

Cependant, cette pratique doit pouvoir être remise en cause, en ce que, d'une part, elle ne permet pas une individualisation suffisante de l'indemnisation au regard du préjudice réellement subi, ce mécanisme aboutissant à allouer au salarié très proche de l'âge de la retraite au moment de la rupture de son contrat une indemnité plus importante que celle attribuée au salarié plus jeune, lequel se heurte pourtant à une diminution plus importante et plus longue de ses revenus et cotisations au régime d'assurance sociale.

L'âge, le sexe, la nature de l'emploi occupé, la situation du bassin d'emploi doivent également entrer en ligne de compte pour permettre au juge une plus grande individualisation, dès lors qu'il ne peut être nié que retrouver un emploi après 45 ans est certaines fois particulièrement difficile, spécialement pour une femme, dans le bassin d'emploi Bas-Normand par exemple, en l'état actuel de la situation économique.

Le manque à gagner résultant de la perception de l'Aide au retour à l'emploi (ARE) sera un critère aisément définissable, mais la durée de la prise en considération de cette perte devra être déterminée, alors qu'en l'état actuel du droit du travail, les salariés ne peuvent prétendre au maintien inéluctable de leur emploi jusqu'à leur admission à la retraite, et donc à l'indemnisation des pertes de salaire jusqu'à ce terme.

Il en est de même du préjudice moral dont l'ampleur doit, sous la même observation, être nécessairement cantonnée, de même que l'incidence du licenciement sur la retraite ne peut être intégralement prise en considération et doit être fixée en fonction de la perte de chance de percevoir une retraite calculée sur la base du salaire précédemment perçu.

Quant aux autres préjudices, qu'il s'agisse de ceux liés au non-respect des règles de forme ou des préjudices moraux nés, par exemple, du caractère

(27) Les juges expérimentent la justice prédictive, Le Figaro, samedi 6 mai et dimanche 7 mai, n° 22624.

(28) V. not. B. Dondero, La justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?, D. 2017, p. 532.

(29) N° 2010-8, Dr. Ouvr. 2010, p. 612 obs. F. Guiomard, p. 639 obs. M. Badel.

(30) N° 98-22.981.

vexatoire du licenciement, seule l'analyse des pièces versées au cas par cas viendra en justifier l'ampleur et permettra au juge d'en fixer l'indemnisation, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, quelquefois limité par des seuils légaux.

En conclusion, l'individualisation des dommages et intérêts liés à la rupture du contrat de travail est l'effort ultime que doit produire le juge pour trancher le litige, à l'aide, certes, de critères objectifs, mais en mettant en œuvre, à cette occasion, toute l'acceptation de son pouvoir souverain d'appréciation, de la même façon que s'impose au juge pénal le devoir d'individualisation de la peine qu'il prononce.

Il serait dommage que, dans un souci de productivité que sous-tend la volonté de désengorger les juridictions du travail, soient instaurés des barèmes, des forfaits, des minima ou des maxima plutôt qu'engagée une réflexion collective des juges du contrat de travail sur la détermination de la nature et de l'ampleur des préjudices indemnisables.

B. Le montant de l'indemnisation, un trompe-l'œil ?

Fréquemment, le montant de l'indemnisation fixée par le juge ou les parties en faveur du salarié, lors de la rupture de son contrat de travail, ne correspond pas, en définitive, à ce qu'il perçoit réellement. Le régime social et fiscal des sommes versées au salarié est susceptible d'affecter le montant de l'indemnisation (1.), au même titre que la prise en compte de ces sommes dans le calcul du différé spécifique d'indemnisation applicable en matière d'assurance-chômage (2.).

1. Les incidences du régime social et fiscal

Il était permis de penser que les sommes versées lors de la rupture du contrat de travail ayant pour objet de compenser le préjudice subi par le salarié, étaient exonérées de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu. Pourtant, elles obéissent à un régime relativement complexe (31).

Les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat font l'objet d'un régime social particulier défini par l'article L.242-1 du Code de la Sécurité sociale, qui renvoie à l'article 80 duodecimes du CGI. Ainsi, les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail qui sont exonérées d'impôt sur

le revenu bénéficient d'une exonération de cotisations sociales, dans la limite de deux fois le plafond annuel de la Sécurité sociale, soit 78.456 euros en 2017 (32). Il importe donc, dans un premier temps, d'identifier les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat exonérées d'impôt sur le revenu.

L'article 80 duodecimes du CGI prévoit que sont imposables les sommes versées à l'occasion de la rupture du contrat, à l'exception de certaines indemnités qu'il énumère. Il s'agit des indemnités versées en cas d'inobservation de la procédure de licenciement ou de licenciement sans cause réelle et sérieuse, de certaines indemnités versées en cas de licenciement économique, des indemnités de licenciement ou de départ volontaire versées dans le cadre d'un PSE, ainsi que des indemnités transactionnelles pour leur fraction ayant un caractère indemnitaire (33). Sont également exonérées, dans une certaine limite, les indemnités de licenciement, les indemnités versées en cas de rupture conventionnelle et les indemnités de mise à la retraite (34).

En conséquence, seules ces sommes non soumises à l'impôt sur le revenu sont susceptibles d'être exonérées de cotisations sociales, dans la limite de deux fois le plafond de Sécurité sociale. À cet égard, lorsque le salarié perçoit plusieurs indemnités, il convient d'en faire masse afin de déterminer si la limite des deux plafonds de Sécurité sociale est atteinte (35). La difficulté consiste alors à identifier les sommes qui doivent être prises en considération. En effet, l'employeur est parfois condamné, dans un même jugement, à indemniser le salarié en raison de l'absence de cause réelle et sérieuse, d'une part, et à lui verser des dommages-intérêts compensant un préjudice subi pendant l'exécution du contrat, d'autre part. Dans ce cas, les sommes compensant le préjudice né pendant l'exécution du contrat doivent-elles être soumises à charges sociales ? Sont-elles prises en compte dans la limite des deux plafonds de Sécurité sociale ? La nature indemnitaire de ces sommes voudrait qu'elles échappent au régime spécifique des indemnités de rupture et qu'elles soient totalement exonérées. Toutefois, la position de l'ACOSS sur ce point est obscure et la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur cette question.

La détermination du régime social et fiscal des sommes versées lors de la rupture du contrat de

(31) Il ne s'agit pas d'exposer l'ensemble des règles applicables en la matière, mais d'insister sur l'importance du régime social et fiscal (hors CSG, CRDS et forfait social). V. sur le régime social et fiscal des indemnités de rupture versées aux salariés dirigeants C. Terrenoire, Indemnités de rupture versées aux salariés et aux dirigeants : quel régime social et fiscal ?, FRS 6/17, n° 14.

(32) Depuis le 1^{er} janvier 2017, l'exonération prévue par l'article L.242-1 du CSS ne s'applique que si le montant total

des indemnités ne dépasse pas un montant égal à 10 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (loi n°2016-1827 du 23 déc. 2016, art. 14 : JO 24).

(33) Cass. Soc. 10 févr. 1994, n°91-19.783.

(34) Article 80 duodecimes.

(35) Circ. DSS du 14 avr. 2011, n°1 : BOSS n°5/1

travail peut donc s'avérer particulièrement complexe. Reste qu'elle est essentielle et doit être anticipée.

Par exemple, un salarié ayant vingt ans d'ancienneté, dont la rémunération moyenne brute mensuelle est de 4.000 euros par mois, est susceptible de percevoir, outre l'indemnité de licenciement, des dommages-intérêts à hauteur de trois ans de salaire. Il doit alors avoir conscience que plus de la moitié des sommes qui lui seront versées seront soumises à charges sociales et impôt sur le revenu.

De même, un salarié en âge de partir à la retraite doit éviter de conclure une rupture conventionnelle. En effet, l'indemnité est alors intégralement soumise aux charges sociales et impôt sur le revenu (36). À l'inverse, le salarié en âge de partir à la retraite déclaré inapte perçoit une indemnité de licenciement exonérée - au moins en partie - de charges sociales et fiscales.

Dès lors, il est indispensable que l'employeur, l'avocat et le salarié se soient préalablement interrogés sur le régime social et fiscal des sommes dont il est envisagé le versement.

2. Le différé spécifique de l'indemnisation chômage

Le différé spécifique de l'indemnisation chômage doit également être pris en considération lors de la détermination du montant des indemnités de rupture (37). Il s'agit, en effet, d'un report du point de départ du versement des allocations de chômage calculé en fonction du montant des indemnités de rupture, « *quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative* » (38).

Sont notamment prises en compte, dans l'assiette de ce différé, les indemnités de licenciement ou de rupture conventionnelle versées aux salariés ayant moins d'un an d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle pour la fraction excédant le montant de l'indemnité de licenciement, l'indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi que l'indemnité transactionnelle pour la part excédant le montant de l'indemnité légale de licenciement.

Ce différé d'indemnisation spécifique est actuellement limité à 180 jours (39). Autrement dit, le salarié qui perçoit des indemnités de rupture peut être privé du bénéfice des allocations-chômage pendant un délai de six mois. Si, au terme de ce délai, il retrouve un emploi, il peut avoir le sentiment - légitime - que les sommes versées lors de la rupture du contrat se sont, en définitive, substituées aux allocations-chômage. Certes, sont désormais exclues de l'assiette de calcul les indemnités inhérentes à la rupture du contrat allouées par le juge (40). Mais les indemnités transactionnelles demeurent incluses dans celles-ci. Or, n'est-il pas incohérent de priver le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse de son droit aux allocations-chômage au motif qu'il a conclu un accord transactionnel avec son employeur ? Les sommes compensant un préjudice lié à la rupture du contrat de travail ne devraient pas avoir pour fonction d'assurer un revenu de remplacement au salarié.

En réalité, ces règles - à l'instar de celles qui régissent le régime social et fiscal des sommes versées en cas de rupture du contrat de travail - portent atteinte au principe de la réparation intégrale. Il serait souhaitable que le caractère indemnitaire des sommes compensant le préjudice lié à la rupture du contrat de travail soit pleinement reconnu. Rien ne justifie, en effet, l'éviction des règles gouvernant le droit de la responsabilité civile en ce qui concerne la réparation du préjudice lié à la perte d'emploi.

**Sophie Guenier-Lefèvre et
Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian**

(36) V. not. art. 80 duodecies, 6 et circ. ACOSS 2008-81 du 16 oct. 2008, n° 2.2.

(37) V. not. sur cette question L. Joly, L'impact de l'assurance-chômage sur la réparation de la perte d'emploi, Dr. Ouvr. 2015, p. 458.

(38) Règlement général annexé à la convention Unedic du 14 mai 2014, art. 21 § 2.

(39) En ce qui concerne le licenciement pour motif économique, le différé d'indemnisation est limitée à 75 jours (règlement général annexé à la convention Unedic du 14 mai 2014, art. 21 § 2). À compter du 1^{er} octobre 2017, le différé d'indemnisation sera limité à 150 jours (protocole d'accord du 28 mars 2017 relatif à l'assurance-chômage).

(40) Règlement général annexé à la convention Unedic du 14 mai 2014, art. 21 § 2. V. aussi circ. Unedic 2016-10 du 29 févr. 2016, arrêté du 19 févr. 2016 relatif à l'agrément de l'avenant du 18 déc. 2015 à la convention du 14 mai 2014.