

Un employeur qui, après avoir licencié un salarié pour faute grave, signe avec lui un protocole transactionnel, renonce nécessairement à la qualification de faute grave.

# La transaction suite à un licenciement pour faute grave

**Viviane Stulz**, Avocat à la Cour, spécialisée en droit social, Cabinet Actance, Auteur de « *Ruptures conventionnelles et Départs négociés* », EFE 2012

**P**ar un arrêt du 20 septembre 2012 (*Cass. 2<sup>e</sup> civ., n° 11-22.916*), la Cour considère que si le salarié a été licencié pour faute grave, l'indemnité transactionnelle comporte nécessairement, pour partie, une indemnité compensatrice de préavis. Elle juge donc que l'URSSAF est bien fondée à réintégrer dans l'assiette des cotisations sociales la fraction de l'indemnité transactionnelle correspondant au salaire qu'aurait perçu le salarié durant le préavis auquel il aurait eu droit en cas de licenciement « ordinaire ».

## 1 RENONCIATION À LA QUALIFICATION DE FAUTE GRAVE

La Cour pose, par cet arrêt, le principe selon lequel l'employeur qui, après avoir licencié un salarié pour faute grave, signe avec lui un protocole transactionnel, au titre duquel il verse au salarié une indemnité transactionnelle, a nécessairement renoncé à la qualification de faute grave.

Au cas d'espèce, l'employeur avait pourtant fait valoir que la faute grave est privative du préavis et que la transaction a pour contrepartie la renonciation du salarié à saisir le Conseil de prud'hommes pour contester son licenciement ou la gravité de la faute et que l'indemnité versée n'est assujettie à cotisations sociales que si elle englobe des éléments de rémunération. Or, en l'espèce, le salarié qui avait contesté son licenciement, ne réclamait pas le paiement d'une indemnité compensatrice de préavis mais uniquement une indemnité pour préjudice subi du fait du licenciement. Les transactions se renferment dans leur objet, tel qu'il est décrit dans le protocole transactionnel, et le droit au préavis ne

faisait pas partie des réclamations du salarié.

Il est vrai que, lorsque le salarié conteste la qualification de faute grave ou la validité même de son licenciement, dans tous les cas, s'il obtient gain de cause devant le Conseil de prud'hommes, il a droit au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis et à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, outre le paiement de dommages-intérêts pour préjudice subi du fait de la qualification excessive de faute grave ou du fait que son licenciement était dépourvu de motif réel et sérieux. Cependant, si le salarié ne réclame pas compensation du préavis perdu, il accepte plutôt nécessairement un montant global et forfaitaire pour mettre un terme définitif au litige portant sur la rupture de son contrat de travail.

En outre, ce qui est surprenant, c'est la formulation de la deuxième chambre civile, considérant que l'employeur avait renoncé au licenciement pour faute grave, initialement notifié au salarié, en acceptant de verser une indemnité transactionnelle.

On sait bien entendu que, selon une jurisprudence constante, le juge est tenu de rechercher si l'indemnité transactionnelle versée n'englobe pas des éléments de rémunération qui sont, eux, soumis à cotisations et ce, quelle que soit la qualification retenue par les parties pour l'indemnité accordée au salarié. Ainsi, si le protocole transactionnel vise à la fois la contestation du licenciement du salarié et une réclamation au titre d'une somme à caractère de salaire (salaire, prime, heures supplémentaires, congés payés...), l'URSSAF est bien fondée à soumettre à cotisations sociales les sommes à caractère de salaire incluses dans l'indemnité forfaitaire transactionnelle globale qui n'est pas limitée à des dommages-intérêts.

De la même manière, lorsque le salarié ●●●

●●● renonce au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis ou demande à avancer la rupture du contrat de travail pour ne pas effectuer son préavis de licenciement, le protocole transactionnel doit démontrer la renonciation du salarié à tout ou partie de son préavis, à défaut de quoi l'URSSAF peut requalifier la somme correspondante en salaire. La Cour considère que, dès lors que le protocole démontre cette renonciation du salarié, l'indemnité correspondante ne peut être soumise à cotisations. L'attendu d'un arrêt du 2 novembre 1989 est à cet égard parfaitement clair : « *Mais attendu qu'il résulte des énonciations des juges du fond que les parties au contrat de travail, usant à l'occasion de la rupture de la faculté qu'elles avaient d'arrêter à leur convenance la date d'expiration dudit contrat, ont décidé d'un commun accord par la transaction du 15 novembre 1983, sans qu'il soit porté atteinte à une règle d'ordre public, d'abrégier la durée du préavis que le salarié devait à son employeur et d'en fixer le terme au 16 novembre 1983; qu'ayant constaté l'existence d'une renonciation réciproque et sans indemnité au délaicongé, ils en ont exactement déduit que le salarié avait perdu le droit à une indemnité compensatrice de préavis qui ne pouvait dès lors avoir*

*été comprise dans le montant de l'indemnité transactionnelle.* » (Cass. soc., 2 nov. 1989, n° 87-11.117).

Il n'en demeure pas moins qu'il est prudent de faire acter de manière expresse dans la transaction la renonciation du salarié à son préavis et de pouvoir démontrer que le salarié avait une raison substantielle pour renoncer à son préavis, pour éviter d'avoir à combattre la position de l'URSSAF qui cherchera à assujettir à cotisations sociales le montant correspondant au préavis apparemment « perdu » dans l'indemnité transactionnelle.

De la même manière, lorsque le montant convenu avec le salarié englobe des sommes à caractère de salaire, il est fortement conseillé de les faire ressortir expressément dans le protocole pour éviter des questions inutiles de la part du contrôleur URSSAF et, bien entendu, de les soumettre à cotisations sociales.

Ainsi, par exemple, la deuxième chambre civile considère qu'il appartient au juge de déterminer, à l'intérieur de l'indemnité transactionnelle, le montant correspondant à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, afin de ne pas la soumettre à CSG et à CRDS, lorsque l'indem-

nitée transactionnelle est exclue des autres cotisations sociales (*par ex.*, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 2008, n° 07-14.408; 10 nov. 2009, nos 08-14.675 à 14.694). La Cour de cassation adopte ici une position plus favorable aux employeurs que celle prise par l'ACOSS dans sa lettre-circulaire n° 2001-022 du 25 janvier 2001, qui considère que la CSG et la CRDS sont, dans un tel cas, applicables dès le premier euro (y compris donc sur la fraction de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement qui aurait dû être versée au salarié s'il n'avait pas été licencié pour faute grave).

## 2 UNE JURISPRUDENCE EXTENSIVE ?

L'arrêt Avenir Télécom ouvre-t-il la voie à une application généralisée par la chambre civile de la notion de « *renonciation de l'employeur à se prévaloir de la faute grave* » pour assujettir à cotisations sociales et/ou CSG et CRDS des sommes qui, jusqu'à présent, ne l'étaient pas ?

L'arrêt Avenir Télécom pourrait-il être étendu à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement : la deuxième chambre civile reviendra-t-elle sur sa jurisprudence de principe du 10 novembre 2009 pour assujettir à CSG et à CRDS la fraction de l'indemnité transactionnelle de licenciement correspondant à l'indemnité légale ou conventionnelle au motif que l'employeur a renoncé à se prévaloir de la faute grave en signant avec le salarié licencié une transaction pour mettre un terme à un litige qui en découle ?

Quid du cas où, aux termes du contrat de travail, l'indemnité de licenciement est due même en cas de faute grave ? S'agissant alors d'une indemnité contractuelle de licenciement, et non de l'indemnité légale ou conventionnelle (puisque pas due en cas de faute grave ou lourde), l'URSSAF est bien fondée à requalifier, dans l'indemnité transactionnelle, le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement et à la soumettre à CSG et à CRDS, puisque seule l'indemnité légale ou conventionnelle est exonérée de ces contributions.

La lettre-circulaire ACOSS précitée du 25 janvier 2001 pose le principe selon lequel « *dans le cas particulier d'un salarié licencié pour faute lourde ou grave, qui ne peut bénéficier d'aucune indemnité de licenciement, il convient d'admettre que l'indemnité versée au salarié dans le cadre d'une transaction et destinée à éviter tout contentieux, est exonérée de cotisations dans les conditions et limites applicables à l'indemnité de licenciement* », position différente de celle qu'elle adopte en matière de CSG et de CRDS.

Au regard de la position prise par la Cour de cassation dans l'arrêt visé ici, la conclusion pourrait être identique, par conséquent, en cas

L'arrêt Avenir Télécom ouvre-t-il la voie à une application généralisée de la notion de « *renonciation de l'employeur à se prévaloir de la faute grave* » ?

de licenciement pour faute lourde, suivi d'une transaction, pour les congés payés acquis par le salarié à la date de rupture du contrat de travail et perdus, comme le préavis, du fait de la faute lourde.

Ne pourrait-il également en être de même pour le salaire correspondant à la durée de la mise à pied à titre conservatoire, entre la convocation à l'entretien préalable et la date de la notification du licenciement pour faute grave ou lourde : en cas de transaction signée, postérieurement à la rupture, l'URSSAF ne pourrait-elle pas réintégrer dans l'assiette des cotisations sociales le montant du salaire correspondant à la mise à pied comme la Cour l'y autorise pour le préavis ?

Si le juge de la sécurité sociale peut redonner aux sommes versées au titre de l'indemnité transactionnelle leur vraie nature au sens de l'assujettissement à cotisations sociales, rappelons qu'il ne peut arguer d'une règle de pur droit du travail pour considérer la transaction nulle et réintégrer l'intégralité du montant versé dans l'assiette des cotisations ; il n'a en effet pas le pouvoir de se prononcer sur la validité de la transaction en droit du travail pour assujettir la totalité des sommes versées à cotisations sociales. Ainsi en a-t-il été jugé d'une transaction signée avant l'envoi de la lettre de licenciement ou alors que la lettre de licenciement n'avait pas été adressée au salarié par courrier recommandé avec demande d'avis de réception. Si, en effet, la chambre sociale considère que, bien que l'envoi en recommandé de la lettre de licenciement n'est nécessaire qu'à des fins de preuve, l'envoi de la lettre de licenciement par courrier simple rend la transaction postérieure nulle. La Cour d'appel d'Orléans a, dans un arrêt du 27 avril 2005, jugé que l'URSSAF ne pouvait valablement réintégrer dans l'assiette des cotisations sociales l'indemnité transactionnelle versée dans son intégralité au motif que la transaction n'avait pas été conclue conformément au droit positif. Le Tribunal des affaires de sécurité sociale n'a pas le pouvoir de trancher la question de la validité d'un protocole transactionnel, ce pouvoir relevant de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes. S'agissant d'ailleurs d'une nullité relative et non d'une nullité absolue, seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la transaction, et non l'URSSAF.

La jurisprudence Avenir Telecom pose enfin un problème majeur. Comme le fait remarquer notre confrère Sébastien Poncet (*Jurisprudence sociale Lamy* n° 219, 5 avr. 2012), lorsque, pour mettre un terme au litige découlant du licenciement pour faute grave du salarié, les parties se mettent d'accord sur une indemnité transactionnelle qui est inférieure à l'indemnité compensatrice de préavis à laquelle le salarié aurait eu droit en l'absence de faute grave, si l'on considère

que l'indemnité transactionnelle comprend l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité transactionnelle serait alors totalement absorbée par le préavis ; si la somme versée est une indemnité compensatrice de préavis au sens de la sécurité sociale, y a-t-il alors encore transaction valable au sens du droit du travail ? Peut-on totalement désolidariser droit du travail et droit de la sécurité sociale pour déterminer la validité du protocole transactionnel ? (*CA Lyon, 23 janv. 2012 n° 10/05978*).

Alors que, depuis deux ans, au fil de lois de sécurité sociale successives et parfois rétroactives, les seuils d'exonération des cotisations sociales portant sur les indemnités de rupture du contrat de travail se sont réduits comme peau de chagrin pour se limiter dorénavant à deux plafonds annuels de sécurité sociale (74 064 euros à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013), sous réserve encore que l'indemnité soit exonérée fiscalement, la renonciation du salarié à son préavis peut être tentante pour les deux parties. En tout état de cause, dès lors que la renonciation du salarié est exprimée clairement dans le protocole transactionnel, l'URSSAF ne devrait pas pouvoir faire fi de cette renonciation du salarié et considérer que l'employeur a *de facto* renoncé à se prévaloir de la faute grave.

Il faudra suivre attentivement la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans les mois à venir pour vérifier si elle entend étendre la position prise ici pour l'indemnité compensatrice de préavis et maintenir son argument selon lequel, dès lors qu'il signe une transaction avec un salarié qu'il a licencié pour faute grave – et *a fortiori* pour faute lourde –, l'employeur a nécessairement renoncé à se prévaloir de la qualification de la faute initialement retenue au moment du licenciement, avec toutes les conséquences qui en découleraient alors en termes de cotisations et contributions sociales. ■

**Le Tass n'a pas le pouvoir de trancher la question de la validité d'un protocole transactionnel, ce pouvoir relevant de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes**



Le texte de l'arrêt page suivante

## LE TEXTE DE L'ARRÊT

## Sur le moyen unique

**Attendu**, selon l'arrêt confirmatif attaqué (*Aix-en-Provence, 16 juin 2011*), qu'à la suite d'un contrôle portant sur la comptabilité des années 2003, 2004 et 2005, l'URSSAF des Bouches-du-Rhône a notifié à la société Avenir Télécom (la société) un redressement relatif notamment à la réintégration dans l'assiette des cotisations sociales de la fraction des indemnités transactionnelles correspondant à l'indemnité compensatrice de préavis, versées à des salariés auxquels avait été auparavant notifié un licenciement pour faute grave ; que celle-ci a saisi une juridiction de sécurité sociale ;

**Attendu que** la société fait grief à l'arrêt de rejeter son recours alors, selon le moyen :

1°/ que le licenciement prononcé pour faute grave est exclusif du paiement de l'indemnité de préavis et il incombe à l'URSSAF d'établir l'existence de la créance salariale dont elle demande réintégration dans l'assiette des cotisations sociales ; qu'en jugeant en l'espèce qu'elle n'était pas fondée à contester le redressement opéré par l'URSSAF, faute de rapporter la preuve que les salariés avaient renoncé dans leur transaction au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis, quand il incombait à l'URSSAF d'établir que, malgré leur licenciement pour faute grave les privant de toute indemnité compensatrice de préavis, les salariés avaient néanmoins perçu une indemnité transactionnelle incluant une somme de nature salariale au titre du préavis, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ;

2°/ que les sommes payées en application d'une transaction ont pour contrepartie la renonciation du salarié à saisir le conseil de prud'hommes pour contester la cause de son licenciement ou la gravité de la faute, et elles ne sont pas sujettes à cotisations, sauf si l'accord englobe des éléments de rémunération ; que le licenciement prononcé pour faute grave prive le salarié du droit au paiement de l'indemnité de préavis ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que les salariés avaient été licenciés pour faute grave et que les transactions ne mentionnaient pas le paiement d'une indemnité de préavis, ce dont il résultait que l'indemnité transactionnelle avait seulement pour but de réparer le préjudice résultant de la rupture du contrat de travail, la cour d'appel ne pouvait justifier le redressement qui réintérait dans l'assiette des cotisations la part représentative du préavis, en énonçant qu'il ne ressort pas des accords transactionnels que les parties aient entendu renoncer expressément ou implicitement au préavis ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, l'article L. 122-8 ancien de venu le nouvel article L. 1234-5 du Code du travail, ensemble les articles 2044 et suivants du Code civil ;

3°/ que ne sont assujetties au paiement des cotisations de sécurité sociale que les sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail ; que, pour confirmer en l'espèce le redressement opéré par l'URSSAF, la cour d'appel s'est bornée à affirmer qu'elle n'avait pas rapporté la preuve de la renonciation des salariés au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis ; qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'indemnité transactionnelle forfaitaire n'avait pas pour seul objet de réparer le préjudice résultant pour les salariés de la perte effective et durable de leur emploi, comme cela résultait des termes mêmes des transactions conclues, de sorte que cette indemnité qui avait un caractère indemnitaire, n'entraînait pas dans l'assiette des cotisations sociales, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ;

4°/ que, dans ses conclusions délaissées, elle avait fait valoir et justifié que les accords transactionnels faisaient apparaître que les parties avaient distingué les éléments de salaire soumis à cotisations (congés payés, RTT) et l'indemnité transactionnelle qui répare le préjudice découlant de la rupture, que ne figurait aucune mention au titre du préavis car le salarié licencié pour faute grave en est privé et qu'aucun des salariés n'avait réclamé le bénéfice d'une indemnité de préavis, que ce soit avant ou après la signature de la transaction ; qu'ayant cotisé au titre des éléments de salaire (congés payés, RTT, ...), elle ne pouvait subir un redressement réintégrant dans l'assiette des cotisations une fraction de l'indemnité transactionnelle correspondant, selon l'URSSAF, à la rémunération du préavis « théorique » et des congés payés afférents, y compris lorsque l'indemnité transactionnelle payée était inférieure au montant théorique, l'URSSAF méconnaissant les règles d'exonération de cotisations sociales eu égard à la nature des indemnités payées et à leur montant ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen pertinent, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

**Mais attendu que** par motifs propres et adoptés, l'arrêt énonce exactement qu'en cas de versement au salarié licencié d'une indemnité forfaitaire, il appartient au juge de rechercher si, quelle que soit la qualification retenue par les parties, elle comprend des éléments de rémunération soumis à cotisations, et observe justement qu'en l'occurrence, le versement d'une indemnité en plus des indemnités de congés payés impliquait que l'employeur avait renoncé au licenciement pour faute grave initialement notifié, de sorte qu'il ne pouvait se prévaloir des effets de celui-ci ;

**Que** de ces énonciations, la cour d'appel a déduit à bon droit, sans inverser la charge de la preuve, que l'indemnité transactionnelle globale comprenait nécessairement l'indemnité compensatrice de préavis sur le montant de laquelle les cotisations étaient dues ;

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

## PAR CES MOTIFS :

**REJETTE** le pourvoi

Condamne la société Avenir Télécom aux dépens ;

► *Cass. civ., 20 sept. 2012, n° 11-22.916*