



# L'indemnité de licenciement : questions-réponses

publié le 11/04/2011, vu 8333 fois, Auteur : [Xavier Berjot | SANCY Avocats](#)

**La détermination de l'indemnité de licenciement donne fréquemment lieu à des difficultés d'ordre pratique, liées à son assiette de calcul, à la moyenne des salaires à prendre en compte ou, encore, au taux à retenir. Par ailleurs, le calcul de l'indemnité de licenciement est susceptible de dépendre de plusieurs sources (légale, conventionnelle ou même contractuelle), ce qui complique sa détermination.**

## 1. En quoi consiste l'indemnité légale de licenciement ?

Selon l'article L. 1234-9, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, « *le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte **une année d'ancienneté** ininterrompue au service du même employeur, a droit, **sauf en cas de faute grave**, à une indemnité de licenciement.* »

L'indemnité légale de licenciement est donc due au salarié comptant au moins un an d'ancienneté, sauf faute grave (ou lourde).

Pour la Cour de cassation, le droit à l'indemnité de licenciement naît à la date où l'employeur manifeste, par l'envoi de la lettre de licenciement, la volonté de résilier le contrat de travail (Cass. Soc. 11 janvier 2007, n° 04-45250).

Par conséquent, l'ancienneté d'un an visée par le texte s'apprécie à la date d'envoi de la lettre de licenciement.

En revanche, il convient de prendre en compte l'ancienneté à la date d'expiration du préavis, qu'il soit ou non exécuté, pour calculer l'indemnité de licenciement (Cass. Soc. 25 novembre 1997 n° 94-45010).

Précisons que les événements entraînant la suspension du contrat de travail n'entrent pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté exigée pour bénéficier de l'indemnité de licenciement (article L. 1234-11, alinéa 2 du Code du travail).

Enfin, le taux de l'indemnité légale de licenciement est fixé par l'article R. 1234-2 du Code du travail, qui dispose que « *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.* »

## **2. Quelle base de salaire doit-on retenir pour calculer l'indemnité légale de licenciement ?**

Il résulte de l'article L. 1234-9, alinéa 2 du Code du travail que les modalités de calcul de l'indemnité légale de licenciement sont fonction « *de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail.* »

Selon l'article R. 1234-4 du Code du travail, le salaire à prendre en compte est la formule la plus avantageuse parmi les deux suivantes :

- 1° Soit le douzième de la rémunération des 12 derniers mois précédant le licenciement ;
- 2° Soit le tiers des 3 derniers mois.

Dans ce dernier cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel (13<sup>ème</sup> mois, prime de résultat, etc.) versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que prorata temporis.

Le but est que la rémunération de référence ne soit pas artificiellement gonflée sur les 3 derniers mois, en incluant des éléments de salaire qui se rapportent en réalité à l'année.

Il convient enfin de préciser que l'indemnité de licenciement des salariés ayant travaillé successivement à temps complet et à temps partiel est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi effectuées selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise (article L. 3123-13 du Code du travail).

## **3. Quels éléments doit-on prendre en compte dans le salaire de référence ?**

Le salaire des 12 ou des 3 derniers mois doit en principe inclure l'ensemble des éléments de rémunération (salaire de base, prime d'ancienneté, rémunération variable, prime d'astreinte ou d'assiduité, 13<sup>ème</sup> mois, etc.).

La Cour de cassation a été conduite à apporter certaines précisions à cette règle.

Ainsi, elle a récemment jugé que n'a pas le caractère de salaire et ne doit pas être prise en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture une gratification bénévole dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique (Cass. Soc. 14 octobre 2009, n° 07-45587).

De même, la Cour de cassation considère que les sommes versées au salarié à titre de remboursement de frais professionnels n'entrent pas en compte dans l'assiette de calcul (Cass. Soc. 10 mai 2006, n° 04-47730).

Enfin, il convient d'exclure de l'assiette du calcul les commissions perçues par le salarié pendant la période de référence mais relatives à des affaires antérieures à cette période (Cass. Soc. 13 mars 1990 n° 87-41500).

#### **4. Quelles règles s'appliquent au versement de l'indemnité légale de licenciement ?**

L'indemnité de licenciement doit être versée à l'expiration du contrat de travail, que le préavis soit exécuté ou non.

Aucune cotisation n'est applicable à l'indemnité légale de licenciement, puisqu'elle ne constitue pas un élément de salaire mais revêt une nature indemnitaire (Cass. Soc. 11 décembre 1985 n° 81-41.635).

L'indemnité de licenciement doit néanmoins figurer sur un bulletin de salaire et être mentionnée sur le solde de tout compte du salarié.

#### **5. En quoi consiste l'indemnité conventionnelle de licenciement ?**

L'indemnité légale de licenciement ne constitue qu'un minimum, et la plupart des conventions collectives prévoient un mode de calcul plus favorable au salarié, qui doit donc être appliqué.

Les accords collectifs d'entreprise peuvent également prévoir les conditions de versement (taux, base de calcul, etc.) de l'indemnité de licenciement.

Pour ce qui concerne la convention collective applicable, la Cour de cassation a précisé que le calcul de l'indemnité de licenciement est régi par les règles fixées par la convention collective applicable au moment de la rupture et non par celles de la convention en vigueur au moment de l'embauche du salarié (Cass. Soc 14 novembre 1991 n° 90-42916).

Cette question peut se poser en cas de transfert d'entreprises, quand le contrat de travail du salarié a été soumis successivement à plusieurs conventions collectives.

Dans cette même hypothèse, il ne faut pas calculer l'indemnité de licenciement selon les règles fixées par les conventions collectives successivement applicables aux différentes périodes de travail ; seule la convention collective applicable à la date de la rupture doit être retenue (Cass. soc. 16 décembre 1971 n° 70-40525).

## **6. En quoi consiste l'indemnité contractuelle de licenciement ?**

Parfois, l'indemnité de licenciement est prévue au contrat de travail du salarié (en particulier dans le contrat de travail des cadres dirigeants).

L'intérêt de telles clauses est de faire bénéficier le salarié d'une indemnité de rupture « sur-mesure », plus favorable que l'indemnité légale ou conventionnelle, et qui est généralement négociée à l'occasion de l'embauche.

En présence d'une indemnité contractuelle de licenciement, le juge du fond dispose du pouvoir de réduire le montant de cette indemnité lorsque celui-ci apparaît manifestement excessif, conformément aux termes de l'article 1152 du Code civil (Cass. Soc. 18 décembre 2001, n° 99-46367).

## **7. Les diverses indemnités de licenciement peuvent-elles se cumuler ?**

La question se pose de savoir comment s'articulent les indemnités légales, conventionnelles et contractuelles.

Selon la Cour de cassation, l'indemnité légale de licenciement ne se cumule pas avec l'indemnité conventionnelle ou contractuelle de licenciement (Cass. soc. 15 octobre 1997 n° 95-41.168).

La même règle est applicable aux indemnités conventionnelles et contractuelles de licenciement, qui ne peuvent se cumuler (Cass. Soc. 13 décembre 2007 n° 06-44935).

En effet, ces indemnités ont le même objet, qu'elles soient prévues par la loi, la convention collective ou le contrat de travail.

Par exception, si le contrat de travail prévoit l'octroi au salarié, en cas de rupture du contrat de travail, sauf faute lourde ou grave, d'une indemnité contractuelle s'ajoutant à l'indemnité conventionnelle de licenciement, ces deux indemnités sont dues au salarié (Cass. Soc. 6 juin 2007 n° 05-43054).

## **8. Quelles sont les conditions d'attribution de l'indemnité conventionnelle ou contractuelle de licenciement ?**

En règle générale, les conventions collectives (ou le contrat de travail) prévoient les conditions d'attribution de l'indemnité de licenciement, comme le taux de l'indemnité, la base de salaire à retenir, l'ancienneté requise ou, encore, un éventuel plafond.

Les conditions d'attribution de l'indemnité de licenciement sont propres à chaque texte et il convient à chaque fois de s'y reporter.

Cela étant, les conventions collectives prévoient rarement l'ensemble des modalités de calcul de l'indemnité de licenciement.

Pour la Cour de cassation, sauf dispositions contraires, les modalités de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement sont déterminées par les dispositions légales (Cass. soc. 19 juillet 1988 n° 85-45.003).

Par conséquent, si la convention collective ou le contrat de travail n'apportent aucune précision sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement, il convient de se reporter aux solutions applicables à l'indemnité légale.

Xavier Berjot

Avocat Associé

OCEAN AVOCATS

[www.ocean-avocats.com](http://www.ocean-avocats.com)